

第2節

知財の在り方に関する基礎理論の研究

I. 中日における不正競争防止法に関する比較研究

中国社会科学院 知識産権センター 李 明德 教授

「世界知的所有権機関を設立する条約」、「パリ条約」及び「TRIPS協定」によると、不正競争の禁止は、人類の知的活動の成果に対する保護であり、知的財産の範疇に属する。関連国際条約に基づいて、禁止すべき行為には、商業標識の偽造、商業信用毀損、虚偽宣伝、他人の営業秘密の窃取及び商業標識の希釈化が含まれる。このほか、一部の国家ではパブリシティ権の保護及びデットコピーの禁止についても規定している。

日本は1934年に「不正競争防止法」を規定し、絶え間ない改正により、その規定内容は、偽造、希釈化、デットコピー、営業秘密、商業信用毀損及び虚偽宣伝などに及ぶ。中国は1993年に「反不正当竞争法」を制定し、偽造、虚偽宣伝、商業信用毀損及び他人の営業秘密の窃取行為を禁止する以外に、独占禁止の内容及びその他の内容を規定し、特殊な混合立法に属する。

日本の「不正競争防止法」は、基本的に知的財産保護法に属し、一般条項の規定がなされていない。中日両国における不正競争を禁止する立法について比較することは、中国の立法、行政、司法部門及び学術界において、反不正当竞争法の本質の更なる理解に有益であり、当該法律をよりよく改正・運用し、市場競争を規律することにつながる。

1. 不正競争禁止に関する立法

不正競争禁止に関する法律規則は、商標に対する保護に始まった。大陸法系における不正競争の禁止に関する規則は「フランス民法典」1382条までに遡ることができる。当該規定によれば、いかなる者の自己の行為により他人に損害を生じさせたとき、自己の過失につき、賠償賠償を負うべきである。当該条文の規定に基づいて、フランス裁判所は商標に保護を与え、1857年に世界で初めての商標登録法を制定した。同時に、この条文があることにより、フランス裁判所は徐々に不正競争の禁止に関する規則を抽出し、のちに、1905年の「詐欺防止法」のような一連の不正競争禁止に関する単行法を制定した¹。ドイツは1896年に世界初めて成文法としての「不正競争防止法」を公布し、1909年に大幅な改正を行った。ドイツに続き、オーストリアは1924年に、スイスは1943年にそれぞれ「不正競争防止法」を公布した²。

英米法の国家も同様に、不正競争禁止に関する法律規則は商標の保護に始まった。例えば、イギリスは長い期間にわたり、偽造防止に関する法律規則を通じて商標を保護していた。偽造防止法を基礎として、イギリスは1876年に「商標登録法」を制定し、商標の登録による保護を与えた。偽造防止法も存在し続け、未登録商標及び商号を保護するだけでなく、虚偽宣伝と商業信用毀損の禁止にまで範囲を広げた。今日に至るまで、イギリスの不正競争防止法は依然として「偽造防止法」と呼ばれている³。米国は建国初期、イギリスの商標の偽造防止に関する法律を継ぎ、これに基づいて不正競争禁

*中国社会科学院知的財産センター研究員、国家知的財産専門家委員会委員。

¹ See Dannis Campbell, *Unfair Trading Practices*, Kluwer Law International, pp 91-92.

² 孔祥俊『反不正当竞争法新論』（人民法院出版社2001年、23ページ～25ページ）を参照。

³ See Cornish & Llewelin, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 6th edition, PP 606-607, 2007.

止に関する規則を展開し、商標及びそれに伴う商業名誉に対して保護を与えた⁴。経済が発展するにつれて、米国議会は1870年に連邦法としての登録商標法を制定した。この法律は、1879年に米国の連邦最高裁判所より違憲と判断されたが⁵、米国議会は最終的に1946年に登録商標法である「ランハム法」を制定し、商標に対して連邦の登録保護を与えた。それと同時に、連邦と各州の不正競争防止法は、引き続き未登録商標に対する保護を提供し、虚偽宣伝、商業信用毀損及び希釈化の禁止並びに営業秘密とパブリシティ権の保護にまで及んだ。

国際条約レベルについて、不正競争禁止原則は、1900年に初めて「パリ条約」のブラッセル改正条約において言及された。当時の10条の2によれば、同盟国の国民は、すべての同盟国において、国民と同様の不正競争禁止の保護を与えるべきである⁶。これは、明らかに関連原則の公表であり、実質的な意義がほとんどない。1925年になって初めて、「パリ条約」のヘーグ改正条約において、同盟国は意匠の国際登録に関して、二つの不正競争行為を禁止すべきであると規定された。すなわち、商業標識の偽造と商業信用毀損である⁷。1958年「パリ条約」のリスボン改正条約において、同盟国は公衆に誤解をもたらす虚偽宣伝を禁止すべきであることを新設した⁸。これにより「パリ条約」において、禁止されるべき不正競争行為は、三種類になった⁹。

WTOの「TRIPS協定」になって、不正競争禁止に関する範囲は、営業秘密にまで拡大された。当該協定の39条により、加盟国はパリ条約10条の2に規定する不正競争を有効に規制する規定に依拠して、開示されていない情報に対する保護を与え、無断で公正な商慣習に反する方法で、関連未開示情報の開示、取得又は使用を防止する¹⁰。ここでいう未開示情報とは、営業秘密を指している。このほか、「TRIPS協定」16条は、著名商標の希釈化防止に関する保護を規定する。当該規定によれば、他人の著名登録商標と同一又は類似の登録商標を類似でない商品又はサービスに使用することが、当該商品又はサービスが著名商標の権利者との間の関連性を示唆し、かつ、当該権利者の利益が害されるおそれがある場合、当該行為は法律によって禁止すべき行為である¹¹。著名商標の希釈化防止に関する保護について、商標法による国もあれば、不正競争防止法による国もある。

「パリ条約」及び「TRIPS協定」に規定された上記五つの不正競争行為を除き、一部の国はパブリシティ権保護とデットコピーの禁止についても規定している。例えば、米国の「不正競争防止法リステイメント」46条により、営業目的で、許諾なしに他人の姓名、肖像、又はその他の身分標識を使用することは、他人の身分の商業価値を侵害する行為であり、使用差止めや損害賠償責任を負うべきである¹²。ドイツ「不正競争防止法」の規定により、他人の商品又はサービスモデルを模倣する行為は、不正競争行為に該当する¹³。国際知的財産保護協会（AIPPI）1996年の専門家意見によれば、独創性のない模倣又はやや独創性のない模倣（slavish or quasi-slavish imitation）はオリジナル商

⁴ See Paul Goldstein: *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*, 1997, p219.

⁵ Trade-mark Cases, 100 U. S. 82 (1879) .

⁶ See Paris Convention, article 10bis, Brussels, 1900.

⁷ See Paris Convention, article 10bis, Hague, 1925.

⁸ See Paris Convention, article 10bis, Lisbon, 1958.

⁹ See Paris Convention, article 10bis, Stockholm, 1967.

¹⁰ See TRIPS Agreement, Article 39.

¹¹ See TRIPS Agreement, Article 16.

¹² American Law Society, Restatement (third) of Unfair Competition, Section 46.

¹³ ドイツ「反不正競争防止法」第4条9項を参照。

品又はサービス (original product or service) に及ぶときのみ、不正競争と認定できる¹⁴。

中日両国の不正競争禁止に関する法律は、いずれも「パリ条約」と「TRIPS協定」の関連義務を履行し、商業標識の偽造、商業信用毀損、虚偽宣伝、営業秘密の侵害及び希釈化のために保護を提供した。その上、日本は、特別にデッドコピーの禁止についても規定した。まず、日本の「不正競争防止法」の立法プロセスについて述べる。

日本は、すでに1871年に特許保護に関する臨時法律を制定していた。1885年になって、日本は現代的な「特許法」を制定し、技術発明に特許保護を与えた。同年、日本は意匠法を制定し、工業品の外観デザインに保護を与えた。この後、日本はドイツをまねて、1905年に「実用新案法」を制定し、発明と意匠の間の実用的な小発明に保護を与えた¹⁵。1934年までになって、日本はようやく「パリ条約」の規定に基づき、「不正競争防止法」を制定し、さらに1938年に改正を行った。当該法律により、市場競争者は、訴訟を提起することにより他人の偽造及び商業信用毀損行為を規制することができる。しかし、当時の市場競争がまだ成熟していない状況の中で、当該法律の適用は非常に限られたものであった。

20世紀60年代末期になって、日本の市場競争関係が徐々に成熟し、市場主体、裁判所及び立法機関は、「不正競争防止法」を重視するようになった。例えば、東京地方裁判所は、1966年の「ヤシカ」事件において、「不正競争防止法」を適用して、被告が異なる種類の商品で原告の商標を使用することは、消費者に混同をもたらしていないものの、不正競争に該当する判断した¹⁶。これは著名商標に希釈化防止の保護を与えた。また、東京地方裁判所は、1991年の「木目化粧紙」事件において、デッドコピー禁止の保護を与えた¹⁷。また、日本国会では、1990年に「不正競争防止法」を改正し、営業秘密に対して不正競争禁止の保護を与えた¹⁸。上述の立法と司法実務を基礎にして、国会は1993年に「不正競争防止法」を大幅に改正し、司法判決の経験を取り入れ、全国的な馳名商標に希釈化防止の保護、デッドコピー禁止の保護を明確に規定した¹⁹。

1993年以降、日本は数回にわたり「不正競争防止法」の小規模改正を行った。例えば、1998年の「不正競争防止法」改正で、外国公務員に対する不正な利益供与を禁止し、外国役人に対する贈賄を禁止した。また、1999年の「不正競争防止法」改正で著作権に関する技術的保護手段を規定した。2001年の「不正競争防止法」改正において、ドメインネームに対する保護も規定した²⁰。

次は中国の「反不正当竞争法」制定プロセスについて述べる。中国の現代的知識産権法律体系は1978年以降に整備された。そのうち、「商標法」は、1982年に制定され、1983年に施行した。「専利法」は1984年に制定し、1985年に施行した。1990年に「著作権法」を制定した（1991年に施行した）。「反不正当竞争法」の制定は相対的に遅く、1993年に公布、施行された。実際、中国は80年代の半ばから末にかけて「反不正当竞争法」を起草し始めたが、その進展はほとんど見られなかった。

¹⁴ WIPO, *Model Provision on Protection against Unfair Competition*, Notes on article 1, 1996. And see Christopher Heath, *the System of Unfair Competition Prevention in Japan*, Kluwer Law International 2001, 3/129.

¹⁵ 中山信弘『産業財産権法（第二版増補版）（上）』（弘文堂、2000年）。

¹⁶ 東京地方裁判所、「ヤシカ」事件昭和41.8.30、下民17巻、7=8号729ページ。

¹⁷ 東京高等裁判所「木目化粧紙」事件、平成3.12.17、知裁集23巻3号808ページ。

¹⁸ 日本「不正競争防止法」2条1項4、5、6、7、8及び9号を参照する。

¹⁹ 日本「不正競争防止法」2条1項2号（希釈化）、3号（デッドコピー）を参照する。

²⁰ 日本「不正競争防止法」18条（外国公務員を賄賂する）、2条1項11及び12号（技術措置保護）、2条1項13号（ドメインネーム保護）を参照。

1992年1月になって、中米両国は「知識産権保護に関する覚書」に合意した。当該覚書の中で、中国政府は、1994年1月までに、「パリ条約」10条の2の規定に基づき、営業秘密に対して不正競争行為を禁止することによる保護を承諾した²¹。「パリ条約」10条の2に基づき、中国はまた偽造、商業信用毀損及び虚偽宣伝を禁止することによる保護を与えなければならない。明らかに中米における初めての知的財産保護に関する覚書の背景下で、中国は「反不正競争法」の立法速度が速められ、1993年9月に全国人民代表大会常務委員会でも可決され、1993年12月に施行された。

中国「反不正競争法」は、2条において誠実信用原則を規定した。当該条文によれば、「事業者は市場取引の中で自由意思、平等、公平、誠実信用の原則を遵守し、公認の商業道徳を遵守しなければならない」。そのうえ、四つの条文において、商業標識の盗用、虚偽宣伝、商業信用毀損及び営業秘密の侵害について規定した。

商業標識の偽造について、5条で「事業者は、以下に記載する不正手段を用い市場取引を行い、競争相手に損害を与えてはならない。①他人の登録商標を盗用すること。②無断で著名商品の特有な名称、包装、デザインを使用し、又は著名商品と類似する名称、包装、デザインを使用して他人の著名商品と混同させ、購入者に当該著名商品であるかのように誤認させること。③無断で他人の企業名称又は氏名を使用して公衆に当該他人の商品であるかのように誤認させること。」と規定された。

登録商標には、商品商標、サービス商標、団体商標及び証明商標を含む。著名商品の特有な名称、包装及びデザインは、具体的に未登録商標と指す。そして企業名称又は氏名は、商号を指す。それ以外、「反不正競争法」2条3項で「本法において事業者とは、商品の経営或いは営利性サービス（以下「商品」という場合は、サービスを含む。）に従事する法人、その他の経営組織及び個人をいう。」と規定している。5条及び2条3項の規定を併せてみた場合、商業標識の模倣は、登録商標、未登録商標及び商号の模倣に及んでいる。その中の登録商標、未登録商標及び商号は、また商品・サービスに関連する全ての標識を含む。したがって、中国「反不正競争法」の商業標識の模倣に関する規定は、広範な意味を有している。

虚偽宣伝について、「反不正競争法」9条及び5条において三つの状況が規定された。一つ目、事業者は、広告又はその他の方法を用いて商品の品質、成分、性能、用途、生産者、有効期限、産地などに対して公衆に誤解を与える虚偽宣伝を行ってはならない。二つ目、事業者は、商品上に品質認定標識、優秀著名標識など品質標識を模倣し盗用し、又は原産地を偽造して公衆に誤解させる商品品質の虚偽表示をしてはならない。三つ目、広告事業者は、明確な又は知りうるべき状況のもとで虚偽の広告を代理、設計、制作、公布してはならない²²。上記の三つの虚偽宣伝行為の中で、一つ目と二つ目は、商品及びサービスの虚偽についての規定であり、三つ目は広告事業者に関する規定である。広告事業者を虚偽広告の範囲としたことは中国の特徴である。

商業信用侵害について、「反不正競争法」第14条に「事業者は虚偽の事実を捏造し散布して競争相手の商業名誉或いは商品信用を侵害してはならない。」と規定されている。

²¹ 「中米知的財産の保護に関する備忘録」（1992年），4条。

²² 中国の「反不正競争法」5条は、偽造に関する規定であり、商標、商号の偽造を含める。5条4項は、偽造又は認証標識を盗用、産地偽造の虚偽宣伝行為である。立法の方法から見れば、5条4項の規定を9条の虚偽宣伝の中に取り入れるべきだ。

他人の営業秘密に対する侵害について、「反不正競争法」に、事業者は以下に記載する手段を用いて、営業秘密を侵害してはならないと規定されている。①窃盗、誘引、脅迫又はその他の不正手段をもって権利者の営業秘密を獲得すること。②前項定める手段を用いて獲得した権利者の営業秘密を披露、使用又は他人に許諾すること。③取り決め又は権利者の営業秘密保守に関する要求に違反して具有している営業秘密を獲得、使用或いは披露した場合、営業秘密を侵害するとみなされる。第三者は前項に該当する違法行為であることを知りながら或いは知りうる場合、他人の営業秘密を獲得し使用し或いは披露した場合、営業秘密を侵害するとみなされる。」と規定されている。

上述他人の営業秘密に対する侵害についての規定は、比較的複雑であり、一部中国の学者は、中国がよりよい営業秘密への保護を与えたと論証を試みた。事実、上述規定は、「TRIPS協定」39条の規定を超えているものではない。すなわち、他人の承諾を得ずに、公正な商慣習に反する方法で、関連営業秘密を開示し、取得し又は使用してはならない²³。

中国「反不正当竞争法」は、1993年に制定されてから一度も改正が行われていない。その原因の一つは、この法律の規定が「パリ条約」と「TRIPS協定」の要求を十分に反映しているからである。例えば、現行の「反不正当竞争法」は、「パリ条約」の誠実経営の一般原則について規定し、模倣、商業信用毀損と虚偽宣伝の禁止について規定を行い、「TRIPS協定」で求められた営業秘密の保護について規定している。国際条約に要求された義務の履行という観点から見れば、当該法律を改正する外的動力が存在しない。無論、他方では、当該法律の制定は、比較的拙速な側面が存在し、条文の順序・配列及び一部の用語において、改正と解釈の余地がある。

例えば、5条は商業標識模倣についての規定であるべきところ、その4項において「商品上における品質認定標識、優秀著名標識等の品質標識の模倣又は盗用、原産地の偽造、商品の品質について公衆の誤解を与える虚偽宣伝。」を規定した。明らかに、これは虚偽宣伝に関する規定であり、虚偽宣伝に関する条文に盛り込むべきである。また例えば、5条による商業標識の模倣についての規定、9条で虚偽宣伝について規定し、10条で他人の営業秘密の摂取について規定し、14条で商業信用毀損について規定しており、多少これらの不正競争行為間の関係を切り離している。少なくとも、実際の商業活動の中で、虚偽宣伝と商業信用毀損は通常同時に存在し、一つの条文又は連続した二つ条文の中に規定することがよりこの二つの行為の本質を反映しやすくなる。さらに、例えば5条2項の「周知商品の特有な名称、包装、デザイン」は、字面だけを見れば、先に商品の周知があり、その後に「特有な名称、包装、デザイン」に対する保護がある。しかし、事実上、保護を受けるのは周知なもの又は商品又はサービスの出所を示せる、特有な名称、包装及びデザインであるべきである。このほかに、5条1項に規定されている「他人の登録商標を冒認すること」を混同惹起と理解すれば、「反不正当竞争法」に規定する必要がない。なぜならば、「商標法」の混同に関する規定は、既に登録商標の混同問題を解決できるからである。もし、他人の登録商標の「冒認」を「模倣」と理解するのであれば、つまり、混同をもたらすわけではないが登録商標権者に他の損害を引き起こすと理解するのであれば、例えば希釈化は、非常に積極的な意義を有することになる。

²³ See TRIPS Agreement, Article 39.

2. 不正競争の禁止及び知的活動成果

不正競争禁止に関する法律、又は反不正競争法は知的活動成果を保護する法律である。例えば、1967年に締結された「世界知的所有権機関を設立する条約」2条に「知識産権権は以下の内容についての権利を含むべきである。

文芸、美術及び学術の著作物；
実演家の実演、レコード及び放送；
人間の活動の全ての分野における発明；
科学的発現；
意匠；
商標、サービス・マーク及び商号その他の商業上の表示；
不正競争に対する保護；

に関する権利並びに産業、学術、文芸又は美術の分野における知的活動から生ずる他の全ての権利をいう。」²⁴。

この定義によれば、知的財産は、人類知的活動成果についての権利であり、作品、発明、意匠、商業標識の権利を含め、不正競争禁止に関する保護も含まれる。不正競争禁止に対する保護は、知的財産保護の範疇に属する。

伝統的な分類方法に従えば、知的財産権は、著作権と工業所有権によって構成される。その中の工業所有権は、専利、商標と不正競争の禁止を含む。例えば、「パリ条約」の2条に「工業所有権の保護は、特許、実用新案、意匠、商標、サービス・マーク、商号、原産地表示又は原産地名称及び不正競争の防止に関するものとする。」²⁵と規定されている。事実上、「パリ条約」は、工業所有権についての国際条約であり、また不正競争禁止に関する保護を規定し、不正競争禁止に関する保護が工業財産権の一部であることを明らかにしている。これについて、「パリ条約」10条の2は、更に「各同盟国は、同盟国の国民を不正競争から有効に保護する。工業上又は商業上の公正な慣習に反する全ての競争行為は、不正競争行為を構成する。同盟国は偽造禁止、商業信用毀損と虚偽宣伝を禁止すべき」と規定した²⁶。

WTOの「TRIPS協定」は、知識産権についての国際条約である。「TRIPS協定」は、2条において、加盟国は、1967年の「パリ条約」のストックホルム改正条約の1条から12条まで及び19条の規定を遵守する²⁷と規定している。「パリ条約」の1条から12条までは、工業所有権保護についての規定であり、不正競争防止保護の実質条項を含む。これは、知的財産又は工業所有権の保護において、「TRIPS協定」が「パリ条約」の規定を完全に受け入れたことを明らかにしている。これをベースに、「TRIPS協定」は更に39条で、加盟国は「パリ条約」10条の2に規定する不正競争からの有効な保護を確保するために、営業秘密に保護を与えるべきと明確に規定した²⁸。この規定から見ると、まさに不正競争禁止という観点から、協定が営業秘密の保護を知的財産の範囲に取り入れたことがわか

²⁴ Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, 1967, article 2 (8) .

²⁵ Paris Convention, article 2.

²⁶ See Paris Convention, article 10bis.

²⁷ See TRIPS Agreement, article 2.

²⁸ See TRIPS Agreement, article 39

る。この他に、「TRIPS協定」は、16条3項で著名商標希釈化の防止に関する保護も規定した²⁹。

具体的な禁止すべき不正競争行為について、「パリ条約」は商業標識の模倣、商業信用毀損及び虚偽宣伝を規定した。「TRIPS協定」は、商標の希釈化と他人の営業秘密に対する侵害を規定しているため、合わせて計五つがある。この五つの行為を禁止するのは、市場主体の所有する知的活動成果を保護するためである。

例えば、商業標識の模倣を禁止することは、消費者が商品又はサービスの出所に対する混同を防ぐためであるが、その核心は商業標識の信用を保護することである。なぜならば、商業標識の信用は、企業の技術イノベーションと経営イノベーションから生じ、企業の無体財産に属するからである。また、商業信用毀損と虚偽宣伝は信用と深い関係がある。なぜならば、商業信用毀損は、他人の商品、サービス及び企業経営に関し、悪い評判を流布し、直接に関連商標、商号の信用を侵害するからである。虚偽宣伝に関して、一方面では自己の商品又はサービスの評判を拡大し、他方では他人の商標又はサービスの評判をけなすことである。さらに「TRIPS協定」に規定された希釈化防止の保護と営業秘密の保護は、知的活動成果に対する保護である。前者について言えば、希釈化の防止が及んでいることは、明らかに著名商標の信用であり、また、他人の同一又は類似標識に関する使用であり、もし他人の著名商標の信用を利用して、例え消費者が混同する可能性がなくても、禁止すべきである。後者について言えば、そのうちのノウハウであれ営業秘密であれ、いずれも営業秘密の所有権者が有している無体財産であり、他人の許諾得ずに誠実信用原則を反する方法で、他人の営業秘密を開示し、取得し又は使用してはならない。

上述から見れば、「世界知識産権機関を設立する条約」、「パリ条約」及び「TRIPS協定」の不正競争禁止に関する規定であれ、模倣、商業信用毀損、虚偽宣伝、商標の希釈化及び営業秘密の侵害に対する分析であれ、いずれも争う余地がなく、不正競争禁止に関する保護は、知的産保護に属すると言える。これに応じて、関連加盟国の不正競争禁止に対する保護に関する国内立法はもまた、知的財産法律体系の一部である。例えば、米国の連邦不正競争防止法は、「ランハム法」の43条1項と3項である。そのうち1項は、模倣、虚偽宣伝と商業信用毀損の禁止を規定し、3項は、商標標識の希釈化の禁止を規定している³⁰。また、各州の不正競争防止法は、営業秘密とパブリシティ権に対する保護を与えている。そのうちのパブリシティ権は、他人の許諾を得ずに、有名人の身分要素における商業価値を使用してはならない。米国連邦と各州の不正競争防止法について、米国法律協会は、1995年に公布した「不正競争防止法リステイメント」において、虚偽宣伝、商業信用毀損、商業標識の模倣と希釈化、営業秘密及びパブリシティ権の保護を含め、全面的に総括した³¹。したがって、米国の不正競争防止法は連邦レベルであれ、州法レベルであれ、いずれも知的活動成果を保護する法律であり、単純な知的財産法に属する。

国内立法において、日本の「不正競争防止法」は、基本的に知的活動成果を保護する法律である。例えば、日本は1934年に「不正競争防止法」を制定し、その目的は、「パリ条約」10条の2の規定を実施するためであった。当時のヘーグ改正条約によれば、「パリ条約」の加盟国は少なくとも二つの不正競争行為、すなわち商業標識の模倣と商業信用毀損を禁止しなければならない。これに応じて、

²⁹ See TRIPS Agreement, article 16.

³⁰ See Lanham Act, article 43 (a), (c).

³¹ See American Law Society: Restatement (Third) of Unfair Competition, 1995.

日本は、1934年の「不正競争防止法」において、商業標識の模倣と商業信用毀損の禁止を規定した。1958年のリスボン改正条約のときに、「パリ条約」10条の2は、禁止行為として虚偽宣伝を加えた。日本もこれに応じ、1965年に「不正競争防止法」を改正し、虚偽宣伝の禁止を新設した。また、日本は1990年に「不正競争防止法」を改正し、営業秘密に関する保護を与え、更に1993年に「不正競争防止法」を改正し、商業標識の希釈化とデッドコピーの禁止を規定した。1993年の「不正競争防止法」改正が完成するにつれ、日本は商業標識の模倣、希釈化、デッドコピー、商業信用毀損、虚偽宣伝及び営業秘密の侵害の禁止に関する6つの事例を持つようになった³²。日本の現行の「不正競争防止法」は既に「パリ条約」と「TRIPS協定」の不正競争禁止に関するに関連する義務を履行し、かつ特別にデッドコピーの例も規定した。

中国は、1993年に「反不正当竞争法」を制定し、ほぼ知的活動成果を保護する法律に属する。この法律は、20世紀80年代の中後期から起草を始めたが、公布・施行されたのは1993年であり、しかも1992年に締結された「中米知識産権の保護に関する覚書」の影響である。この覚書において、中国は1994年1月までに、「パリ条約」10条の2の規定を履行し、営業秘密に対して不正競争禁止の保護を与えることを約束した。これは、「中米知的財産の保護に関する覚書」に促されて制定された「反不正当竞争法」は、知的財産法律の範囲に属することを表している。同じように、「パリ条約」10条の2に基づいて制定した「反不正当竞争法」は、工業所有権の範囲に属する。実際、中国が1993年に制定した「反不正当竞争法」は、明らかに「パリ条約」10条の2に基づいて、商業標識の模倣、虚偽宣伝と商業信用毀損に対する禁止を規定した。同時に、当該法律は、「TRIPS協定」草案に基づき、営業秘密に対する保護を規定した³³。まさにこの意義において、中国現行の「反不正当竞争法」は、知的活動成果に対して、保護を与える法律であり、知識産権法律体系の一部である。また、当該法律の制定と施行があったからこそ、その前に公布・施行された「商標法」「専利法」と「著作権法」とともに、中国現代の知的財産法律体系を構成したと言える。

中日両国の不正競争禁止に関する法律は、ともに「パリ条約」と「TRIPS協定」の義務を履行したと言うべきである。しかし、これをベースに、日本はデッドコピーに対する禁止も規定した。デッドコピーの禁止規定は、ドイツの裁判所が作り出した原則であり、ドイツの「不正競争防止法」に取り入れられた。ドイツの「不正競争防止法」4条9項に基づき、競争者が他人の商品又はサービスモデルを模倣して、消費者に当該商品又はサービスの出所を混同させ、又は不合理に利用・模倣された商品若しくはサービスの評判を侵害した場合、不正競争を構成する³⁴。ドイツの不正競争防止理論と実務の影響を受けて、日本は1993年に「不正競争防止法」を改正し、2条3項にデッドコピーに対する禁止を規定する。当該条文によれば、「他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡若しくは引渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸入し、又は輸入する行為」は、不正競争行為であり、商品機能によって必要不可欠な部分の模倣は含まれない。この規定から見れば、日本のデッドコピーに関する規定は、二つの面においてドイツの規定と異なる。一つ目は、商品の外観だけに関わり、サービスモデルに関わらないことである。二つ目は、商品の外観に対して三年だけの保護を与え、関連商品が日本で

³² 「不正競争防止法」2条を参照。

³³ 中国が1993年の「反不正当竞争法」を制定する際に、「TRIPS協定」の草案は既に公布されていた。

³⁴ ドイツ「不正競争防止法」4条9項を参照。

販売された日から起算される³⁵。したがって、日本はドイツの影響を受けてデッドコピーを禁止する保護を規定したものの、関連保護においては大いにその範囲を縮小させた。

知的財産の法律体系から見れば、不正競争防止法においてデッドコピーの禁止という保護を与えることは、少し蛇足であるように思える。知的財産の法律体系に、専利法又は意匠法は工業品のデザインに保護を与える法律であり、商標法又は不正競争防止法は、識別性のある商業標識に保護を与える法律である。これらの法律以外にデッドコピーの禁止という保護を追加することは、専利法又は意匠法によって保護されなかった工業品のデザインに対して特別な保護を与え、また識別性のない商品様式又はサービスモデルに特別な保護を与えた。米国、イギリス、フランスなど多くの国は、デッドコピーの禁止に関する保護を与えていない。これについて、世界知的所有権機関は1996年に公布した「反不正競争の示範規定」において、意図的にデッドコピーの禁止を取り入れなかった。この点について、「示範規定」の注釈解釈に「本示範はデッドコピーを禁止する規定が含まれていない。これは、少なくとも現段階において、当該行為の禁止に関する普遍的要件を規定して、特許法以外で当該条件を採用する正当な理由を証明できないからである。」³⁶と言及した。

近年、ドイツの不正競争防止法の法理論と学説の影響を受けて、中国のほんの一部の学者は、不正競争の禁止の枠組みにおいて、デッドコピーに対して禁止を与えることを望んでいる。しかし、中国は「専利法」を通じてすでに工業品のデザインを保護し、「商標法」と「反不正競争法」を通じて周知性のある商業標識を保護している中で、明らかにもうドイツと日本のやり方を真似る必要がない。少なくとも、現在の知識産権法律体系と多くの国のやり方によれば、商品のデザインは関連法律の要求を合致する状況で意匠の保護を受けることができ、商品又はサービスのモデルが商品又はサービスの出所を示すことができるならば、商標の保護を受けられる。もし商品のデザインが意匠の保護を受けられず、商品又はサービスのモデルが商標として商標法又は反不正競争法の保護を受けられなければ、それに対して特別なデッドコピーの禁止の保護を与える必要がない。

3. 知的財産法と混合法

「世界知的所有権機関を設立する条約」に基づいても、「パリ条約」と「TRIPS協定」に基づいても、不正競争禁止の保護は知識産権の範囲に属する。これに応じて加盟国レベルの不正競争防止法もまた、知的活動成果を保護する法律であるべきである。しかし、多くの加盟国の関連立法は「不正競争防止法」と呼んでいるものの、「パリ条約」と「TRIPS協定」の義務を履行すると同時に、又は模倣、商業信用毀損、虚偽宣伝、希釈化及び営業秘密の侵害を禁止するを規定すると同時に、他の内容に関しても多少規定した。この意義からすれば、これらの国の「反不正競争法」は混合法の色又は特徴を有している。

加盟国の立法レベルにおいて、ドイツ「不正競争防止法」は典型的な混合法系の立法である。本来、ドイツは1896年に世界初めての単行法である「不正競争防止法」を制定し、他の国が関連法律を制定するための模範となった。事実上、この法律は市場競争を規範する立場から、誤解、けなす、商

³⁵ 日本「不正競争防止法」2条1項3号、19条1項5号を参照。

³⁶ WIPO Model Provisions on Protection against Unfair Competition, WIPO Publication No. 832, 1996.

業信用毀損、偽造及び企業秘密の漏洩のような一連の禁止すべき不正競争行為を列挙した³⁷。明らかに、これらの行為は、商業標識、商業信用毀損、虚偽宣伝及び営業秘密に及び、知的活動成果の保護と深い関係にある。1909年になって、ドイツは改めて「不正競争防止」を制定し、主に良俗に反することを禁止にした一般条項を追加し、競争者を規範する問題においては変化がなかった。

20世紀30年代になり、社会法学の影響を受けて、ドイツ裁判所は判例を通じて公衆利益の保護を「不正競争法」を取り入れた。立法機関はまた「景表法」と「割引法」を規定し、販売者が景品贈与と割引の方法で消費者を引きつけることを禁止することで、消費者の利益を保護しようとした。このほかに、裁判所はいかなる比較広告も禁止し、消費者を欺瞞することを防いだ。1965年に、裁判所はまた消費者団体（個人ではない）が「不正競争防止法」に基づいて訴訟を提起できる権利を与えた³⁸。このような変革によって、ドイツの「不正競争防止法」は保護主旨の面で、競争者だけに限定せず、消費者も取り入れた。従来、不正競争防止法は、競争秩序を規範し、市場主体の知的活動成果を保護したのは、一般公衆の利益を守るためであった。それ故、消費者保護の導入につれ、ドイツの「不正競争法」は、保護目標上の三層系を形成し、即ち競争者、一般公衆と消費者である。

20世紀90年代、ドイツは不正競争防止法の問題で、自由化と緩和化の傾向が表れ、一方で「景表法」と「割引法」を廃棄し、もう一方で比較広告を制限しなくなった。しかし、不正競争禁止に関する三層系主旨は継続して使用された。例えば、ドイツ現行の「不正競争防止法」1条に「本法は不正商業行為の侵害を防ぐため、競争者、消費者及び他の市場参加者に保護を与え、同時に社会公衆の正当利益を保護する。」と規定した³⁹。事実上、ドイツの「不正競争防止法」は不正商業行為は競争者と消費者の両面から定義されているのである。例えば、3条1項に「不正商業行為とは競争者、消費者又は他の市場参加者の利益を顕著に損害する行為である。」⁴⁰と規定されている。市場競争秩序の維持と消費者の保護の二重目標に始まり、ドイツ「不正競争防止法」は競争者に、模倣、希釈化、デッドコピー、虚偽宣伝、商業信用毀損及び営業秘密の侵害に対する禁止のような、知的活動成果の保護を与え、一連の消費者利益のための保護規定を作り出した⁴¹。ドイツの「不正競争防止法」は、単純な知的活動成果の保護法ではなく、消費者の保護も配慮した混合法系の立法である。

ドイツの「不正競争防止法」が同時に市場競争者及び消費者の利益を保護することは、一元論の学説から来ている。当該学説によれば、市場競争者、消費者及び他の市場参加者は切り離せない共同体であり、同一の法律に規定すべきである。これはフランスなどの国が採用している二元論とは違う。なぜならば、二元論の学説によれば、市場競争者と消費者の保護は個別に立法すべきである⁴²。一元論の学説に基づき、ドイツの「不正競争防止法」は、市場競争者に対してだけでなく、消費者に対しても保護を規定し、市場主体だけでなく消費者団体にも不正競争禁止に関する訴訟の提起を許可した。もちろん、市場競争と消費者を保護することは、最終的に一般公衆の利益の保護という目標も達成した。

³⁷ アンスカー・オーリィ「ドイツ不正競争法導読」（范長軍『ドイツ不正競争法研究』、法律出版社2010年、2ページ）。

³⁸ 同上。

³⁹ ドイツ「反不正競争法」1条を参照する。

⁴⁰ ドイツ「反不正競争法」3条1項を参照する。

⁴¹ ドイツ「反不正競争法」4条「不正商業行為の列挙」5条「ミスリード商業行為」5条「ミスリードの不作为」6条「比較広告」、7条「予期不可の騒ぎ」及び17条から19条まで営業秘密保護。

⁴² アンスカー、前掲注37、1ページを参照。

加盟国の立法レベルにおいて、中国「反不正当竞争法」は、ドイツとは異なる混合法系の立法モデルである。その中で、模倣、虚偽宣伝、商業信用毀損及び営業秘密の侵害に対する禁止のような知的活動成果に対する保護を規定しただけでなく、独占禁止とその他の内容も規定した。知的活動成果を保護する規定について、上記で述べたので、ここでは独占禁止とその他の内容について検討する。大まかにいうと、独占禁止に関する主な規定は下記の通りである。

6条：「公共企業又は法により独占地位を有している事業者は他人に指令しその指定する事業者の商品を購入させてその他の事業者の公正競争を排除してはならない。」

7条：「政府及び所属部門は行政権力を乱用してその他の他方の商品が本地域の市場に参入し或いは本地域の商品がその他の地方の市場に参入することを制限してはならない。」

12条：「事業者は商品を販売する場合、購入者の意思に背いて商品の抱き合わせ販売をし、或いはその他不合理的な条件をつけてはならない。」

15条：「入札者は入札談合をして入札の価格の引き上げ、引き下げをしてはならない。入札者と入札を募るものが、結託して競争相手の公正競争を排除してはならない。」

その他の内容について、8条は商業賄賂についてであり、「事業者は財産物品又はその他の贈賄手段を用いて商品を販売或いは購入してはならない。相手組織或いは個人に記帳しない割合金を与えた場合、贈賄行為とみなして処断する。相手組織或いは個人は記帳しない割合金を受け取った場合、収賄行為とみなして処断する。」と規定されている。

11条は、低コスト販売についてであり、「事業者は競争相手を排除することを目的としてコストを割る価格で商品を販売してはならない。」と規定されている。

13条に懸賞景品付販売についてであり、「事業者は以下に記載する懸賞景品付販売をしてはならない。①懸賞があることを偽る、或いは意図的に内定者に懸賞を得させる詐欺方式を用いて懸賞景品付販売をすること。②懸賞景品付販売の手段を利用して品質悪い商品を高価格販売する。③抽選方式による懸賞景品付販売の場合、一等賞の金額が5000元を超えること。」と規定されている。

上記の8条、11条及び13条の規定は、知的活動成果の保護範囲だけでなく、独占禁止の範囲にも属さないもので、その他の規定と称されている。

言うべきことは、中国が1993年に「反不正当竞争法」を制定し、混合法系の立法モデルを採用したことには特別な歴史的原因がある。まず、中国は「パリ条約」と中米1992年の知識産権保護に関する覚書に基づき、偽造、虚偽宣伝、商業信用毀損及び営業秘密の侵害に対する禁止の保護を与えなければならなかった。次に、当時の中国は独占禁止法がなく、しかし、現実生活においては禁止しなければならない独占禁止行為が現れたので、臨時的な措置として「反不正当竞争法」の中に規定した。このほか、認識上が原因で、1993年「反不正当竞争法」は商業賄賂、低コスト販売及び懸賞景品付販売を禁止すべき範囲に盛り込んだ。

数年前、ドイツの一元論学説の影響を受け、中国の一部の学者は、消費者が不正競争禁止に関する訴訟の提起を許可すべきであり、あるいは少なくともドイツを参考し、消費者団体の不正競争禁止に関する訴訟の提起を許可すべきであると提案した。不正競争禁止に関する問題で、中国は二元論の立法方針を採用し、1993年に事業者を保護する「反不正当竞争法」を制定しただけでなく、同年に「消

費者権益保護法」も制定した⁴³。これについて、「反不正競争法」の関連規定は、明確的消費者を排除し、消費者団体が訴訟を提起する可能性も含まれている。例えば、「反不正競争法」第二章の11つの条文に不正競争行為が規定され、うち9つの条文は「事業者」が関連行為をしてはならないことを規定した。7条だけが「政府及び所属部門は行政権力を乱用してはならない」を規定している。15条は「入札者は入札談合をして入札の価格の引き上げ、引き下げをしてはならない。入札者と入札を募るものとが、結託して競争相手の公正競争を排除してはならない」と規定している。前者について言えば、「政府及び所属部門」は消費者と関係がなく、後者について言えば、入札者と入札を募るものが具体的に指しているのも事業者である⁴⁴。さらに、「反不正競争法」2条の一般条項は、「事業者は市場取引の中で誠実信用の原則を遵守すべき」と明確に規定されている。これを基礎にして、2条3項は「事業者」を定義し、すなわち、事業者とは商品の経営或いは営利性の業務に従事する法人、その他の経済組織及び個人をいう⁴⁵。したがって、中国「反不正競争法」と消費者の保護は直接関係がないことがわかる。

中国の「反不正競争法」は、市場事業者を規範する角度から制定されている。しかし、当該法律が市場事業者を規範するとき、知的活動成果の保護を含め、独占禁止の内容及びその他の内容にも及んでいる。このような混合法系の立法方法が適当であるかどうかは深く検討する価値がある。前記のとおり、「世界知的所有権機関を設立する条約」、「パリ条約」及び「TRIPS協定」によれば、「不正競争の禁止」は知的活動成果に対する保護であり、これを基づいて制定された「反不正競争法」は当然知的産権法律体系の一部である。中国が1993年に「反不正競争法」を制定するとき、さまざまな原因により、一部の独占禁止の内容及びその他の内容を取り入れた。今日になって、中国は2007年に「独占禁止法」を制定し、同時に低コスト販売と懸賞景品付販売に対する異なる認識を持ち、かつ、「刑法」などの法律に商業賄賂に対する処罰を規定した。このような状況で、「反不正競争法」の混合法の性質を保留し続ける必要がない。少なくとも筆者から見れば、中国の「反不正競争法」は、その他の内容を混ぜた混合法ではなく、知的活動成果を保護する法律であるべきである。

総体的に言えば、「商標法」、「特許法」、「著作権法」を含む日本近代の法律体系はドイツから深い影響を受けている。不正競争を禁止する問題において、日本はしっかりと「パリ条約」のあとにつき、1934年に「不正競争防止法」を制定し、偽造と商業信用毀損の禁止を規定した。その後、日本はまた「パリ条約」の発展に基づいて、虚偽宣伝の禁止に関する内容を増設した。さらに、現実の需要に基づき、営業秘密に対する保護、商標標識の希釈化の防止、デッドコピーの禁止に関する規定を増設した⁴⁶。少なくとも不正競争を禁止する問題において、日本はドイツの一元論を受け入れずに、「不正競争防止法」に消費者保護の内容を規定しなかった。中国と比べて、日本の「不正競争防止法」は独占禁止に関する規定がない。事実上、日本はすでに1947年に単独の独占禁止法を規定し、即ち「私人独占禁止及び公平取引を確保に関する法律」である。そのうえ、二つの法律の「公」と「私」ははっきりとしている。うち、「不正競争防止法」は私法の範囲に属し、問題が起こった際に、市場競争者は裁判所に訴訟を提起し、私法の救済を求めることができる。逆に、独占禁止法は公

⁴³ 中国の「消費者権益保護法」を参照し、1993年10月31日に全国人大常委会で可決された。

⁴⁴ 中国「反不正競争法」5条から15条までの規定を参照。

⁴⁵ 中国「反不正競争法」2条2項と3項を参照。

⁴⁶ 本文第一部分の日本が「不正競争防止法」を制定と修正することについての論述を参照する。

法の範囲に属し、問題が起こった際に、行政機関である「公平取引委員会」が調査を行い、相応の処理をするのである⁴⁷。

無論、日本の「不正競争防止法」は、模倣、希釈化、デッドコピー、営業秘密の侵害、商業信用毀損及び虚偽宣伝に対する禁止を規定しただけでなく、その他の内容も規定した。例えば、2条1項11号と12号は、他人の音像製品とプログラムを保護するために設置された技術措置を妨げてはならないと規定している。2条1項13号は、他人の商標又は商号をドメイン名として登録してはならないと規定している。2条1項16号は、代理人又は代表人は被代理人又は被代表人代理人或者代表人の商標を使用してはならないと規定している。18条に外国公務員を賄賂してはならないと規定している⁴⁸。言うまでもなく、これらの規定は、「パリ条約」と「TRIPS協定」に規定された不正競争、特に模倣、商業信用毀損、虚偽宣伝、希釈化及び営業秘密の侵害に関する禁止とは関係がない。

具体的に言えば、他人の音像製品とプログラムを保護するために設置された技術措置を妨げてはならないことは世界知的所有権機関の「著作権に関する世界知的所有権機関条約」と「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約」に由来する⁴⁹。代理人又は代表人に至って、被代理人又は被代表人の商標を先に登録又は使用してはならないことは、「パリ条約」6条の6に由来している⁵⁰。多くの国では「不正競争防止法」ではなく「商標法」に規定されている。また、他人の商標又は商号をドメイン名として登録してはならないことを単独規定する必要があるかどうかは検討する価値がある。20世紀90年代末から21世紀初めにかけての数年間、多くの国はドメイン名を独立した対象と見なしていた。しかし、ドメイン名の性質に対して認識が深くなるにつれ、各国は徐々に商標標識として見なすようになり、商標法の混同理論と不正競争防止法の希釈化理論を運用して、ドメイン名に関する紛争を処理した。これに応じて、他人の商標又は商号をドメイン名として登録してはならないことを単独に規定するのは、多少余計なことに見える。

上記の分析を見れば、日本の「不正競争防止法」は、模倣、希釈化、デッドコピー、商業信用毀損、虚偽宣伝及び営業秘密の侵害に対する禁止を規定しただけでなく、技術措置、ドメイン名、代理人又は代表人が被代理人又は被代表人の商標を先取り登録又は使用してはならないことにも及んでいる。後者の規定らは「パリ条約」と「TRIPS協定」における不正競争禁止の保護に属さず、広義的な知的財産の保護範囲に属していない。「不正競争防止法」の全部の規定の中で、外国公務員を賄賂してはならないことだけが知的財産と関係がないと言うべきである。この意義から言えば、日本の「不正競争防止法」は、基本的に知的活動成果を保護する法律である。無論、「不正競争防止法」に技術措置、ドメイン名、及び代理人又は代表人が他人の商標を登録、使用する等の問題を規定する必要があるかどうかは、別途検討できる問題である。

4. 一般条項と具体例

不正競争防止法の中で、一般条項とは法律より規定された誠実信用、良俗、商業倫理などの原則で

⁴⁷ 孔祥俊、前掲2、28ページ～29ページ。

⁴⁸ 日本の「不正競争防止法」第2条及び第18条を参照。

⁴⁹ See WCT, article 11, WPPT, article 19.

⁵⁰ See Paris Convention, article 6 septies.

ある。これに関して、「パリ条約」と多くの国の不正競争防止法は、誠実信用などの一般条項規定し、その上、禁止すべき不正競争の行為を列挙した。例えば、「パリ条約」10条の2第2項に「工業上又は商業上の公正な慣習に反する全ての競争行為は、不正競争行為を構成する。」⁵¹と規定されている。また、ドイツは2008年に「不正競争防止法」3条でその他の競争者と消費者の利益を害する「不正」商業行為を禁止した⁵²。中国の「反不正当竞争法」2条1項に「事業者は市場取引の中で自由意思、平等、公正、誠実信用の原則を遵守し、公認の商業道徳を遵守しなければならない。」⁵³と規定されている。

一般条項と具体的なケースの関係で、「具体例」とは模倣、商業信用毀損、虚偽宣伝及び営業秘密の侵害などの行為を指している。誠実信用、正当競争及び商業倫理などの原則は、理性、公平、正義の原則と同じく、抽象的な概念である。「パリ条約」は誠実信用原則の下に、偽造、商業信用毀損と虚偽宣伝が不正競争行為であることを規定した。また、「TRIPS協定」は「パリ条約」を基礎にして、営業秘密の侵害が不正競争行為に該当すると規定した。米国はさらに許諾を得ずに他人の肖像を商業的に使用することは不正競争に属し、ドイツと日本はデッドコピーが不正競争に属すると規定する。このように、「パリ条約」と「TRIPS協定」であれ、加盟国レベルの立法であれ、いずれも具体例を通じて一般条項を説明、解釈する。

一般条項と具体例の関係で、よく論争を起こしている問題は、関連国の不正競争防止法は誠実信用の一般条項を規定しなければならないのかということである。「パリ条約」10条の2は、先に誠実信用の一般条項を規定し、そのあとに不正競争の具体例を列挙し、このような形式にすることには必要性がある。なぜならば、国際条約の立場から見れば、「パリ条約」は加盟国が一致又は基本な一致に達した状況でしか、不正競争の事例を規定又は増設できない。これのように、誠実信用の一般条項を規定した前提で、一部の加盟国は条約で列挙された事例以外のその他の不正競争の事例を規定できるようになる。注意すべきことは、「パリ条約」10条の2に規定された一般条項は誠実信用原則に違反する「いかなる」行為も不正競争行為に該当する⁵⁴ということである。この全てを含むような規定を通じて、加盟国がより多くの事例を反不正競争法に取り入れるための空間を充分に残した。例えば、このような枠組みにおいて、米国とイギリスなどの国はパブリシティ権の保護を不正競争防止法に取り入れた。また、ドイツと日本はデッドコピーを不正競争防止法に取り入れた。事実上、WTOの「TRIPS協定」も「パリ条約」10条の2に規定された一般条項を利用して、不正競争の禁止という意味において、営業秘密に対する保護を与えた⁵⁵。このような枠組みにおいて、関連国際条約であれ、加盟国の立法であれ、いずれも新たに不正競争の事例を規定する可能性があると言える。

しかし、具体的な加盟国について言えば、必ず不正競争防止法に誠実信用の一般条項を規定するかどうかは検討する価値がある。例えば、日本の「不正競争防止法」は誠実信用、良俗などの一般条項を規定せず、直接模倣、希釈化、デッドコピー、営業秘密の侵害、商業信用毀損及び虚偽宣伝などの不正競争行為を列挙した。また、米国の連邦不正競争防止法は、「ランハム法」43条1項と3項にあ

⁵¹ See Paris Convention, article 10bis.

⁵² ドイツ「反不正当竞争法」第3条を参照。

⁵³ 中国「反不正当竞争法」第2条第1項を参照。

⁵⁴ See Paris Convention, article 10bis.

⁵⁵ See TRIPS Agreement, article 39.

り、誠実信用又は良俗の一般条項を規定していない⁵⁶。しかし、米国の連邦裁判所は、一連の判決を通じて、模倣、虚偽宣伝、商業信用毀損及び商業標識の希釈化が不正競争行為であると確定した。このほかに、各州の裁判所は、判例を通じて営業秘密とパブリシティ権の保護を確定した。日本と米国は、「パリ条約」の加盟国であり、いずれの国も当該条約10条の2の誠実信用原則を規定しないが、国際上に、日本と米国が条約の義務を履行していないことに対して悪い評価は出ていない。関連加盟国は「パリ条約」及び「TRIPS協定」で列举された不正競争の事例を規定しさえすれば、国際条約の義務を履行したと言える。誠実信用の一般条項を規定するかどうかについては、条約義務を履行するための必須条件ではない。

1993年の「不正競争防止法」改正の過程において、日本では一般条項を規定すべきかどうかの論争が起こった。関連資料によれば、一般条項の規定に賛成する理由は主に以下の三つがあり、①変化し続ける商業活動に対して、「不正競争防止法」で全部の禁止すべき不正競争行為を列举することが難しい。したがって、市場競争、産業と貿易発展の要求に答えるために、一般条項を規定する必要がある。「パリ条約」10条の2に誠実信用の一般条項を規定されているため、立法の完備と全面的な条約規定の実施の観点から見て、「不正競争防止法」に一般条項を取り入れるべきである。③ドイツとスイスのような一部の先進国はいずれも不正競争防止法に一般条項を規定し、日本よりも参考にする価値がある。また、反対派も一連の理由を提出し、①一般条項の法的効果は不安定であり、市場主体は自己の行為が一般条項に違反する行為であるかどうかについて判定しにくい。これに応じて、もし裁判所が一般条項を頼りすぎるならば、市場競争をねじ曲げ、市場主体の誠実な経営活動に不利である。②具体的に不正競争行為を列举する立法モデルに基づき、市場事業者は法律上の禁止行為、容認行為を明確に知り、必要な経済活動に従事することができる。もし具体的な不正競争行為を列举すると同時に、一般条項を規定したならば、法律体系全体がぼやけ、具体例以外の行為を不正競争範囲に取り入れる可能性がある。これは、市場競争に不安定性を生じさせることにもなる。③「パリ条約」の関連規定により、加盟国は国内法で偽造、商業信用毀損及び虚偽宣伝などの三つの行為を明確的に禁止すべきであると要求されたが、必ず誠実信用の一般条項を規定すべきということは要求されていない。④ドイツの「不正競争防止法」の一般条項は「民本典」826条の権利侵害責任に関する規定から来ている。しかし、日本の「不正競争防止法」は、「民法」709条の不法行為責任の規定から来ているものではないため、ドイツの状況を日本に適用することは妥当でない⁵⁷。

「不正競争防止法」に一般条項を取り入れることに賛成という論点は、ほとんど空っぽな論理によるものであり、例えば、一般条項を増設すべき、ドイツとスイスを参考にすべき、全面的に「パリ条約」10条の2の規定を実施すべきなどである。逆に反対派の論点は立論の基点を「一般条項」が市場競争おける不安定性を有していることに置いた。これを基礎にして、反対派はさらに、「パリ条約」は加盟国に一般条項の規定を強制しておらず、ドイツの法体系は日本と異なることなどを強く主張した。言うまでもなく、市場競争関係はより強い安定性を有するべきだという立場から、日本国会は反対派の意見を受け入れ、1993年の改正「不正競争防止法」に誠実信用に関する一般条項を規定しなかった。

⁵⁶ See Lanham Act, article 43 (a), (c).

⁵⁷ 旧通商産業省「不正競争防止法の見直し方向」（産業構造審議会知的財産政策部会報告書、1992年12月14日）を参照。

事実上、「不正競争を禁止する」という文言、あるいは「不正競争防止法」の名称は、それ自体はすでに企業倫理の要求を表し、誠実信用の理念を反映した。このような理念から、米国裁判所は具体的な事件の要求に基づいて、商業標識の希釈化の禁止だけでなく、許諾を得ずに他人の肖像を利用してはならないという事例も作った。この理念により、日本裁判所は関連司法判決において、馳名商標の希釈化の禁止及びデッドコピー禁止の事例を作った。また、日本の立法機関は法律を改正し、司法が作った希釈化とデッドコピーを「不正競争防止法」に盛り込んだ。米国と日本の経験によれば、「不正競争防止法」という文言はすでに良俗、誠実信用理念を表現しており、「正当競争」を関連法律の一般条項とみなすことができると言える。

一般条文と具体例の関係において、もう一つの検討に値する問題は、一般条項が具体例の上に立つことができるのかという問題である。言い換えれば、具体例以外の行為が生じたとき、裁判所は一般条項に基づいて、関連行為を不正競争として解釈し、禁止することができるのかということである。この問題についてはドイツの「不正競争防止法」の変遷から説明する。ドイツが1896年に制定した「不正競争防止法」には一般条項がなく、誤解、けなす、商業信用毀損、商標偽造及び企業秘密の侵害の五つの不正競争行為を列挙し、一般条項を規定しなかった。1909年に、ドイツは「不正競争防止法」を改正し、一方では1条に「商業取引中、競争を目的とし善良風俗を違反し、たの競争者より行為しない及び損害賠償を支払うと請求する」⁵⁸という一般条項を増設し、他方では典型的な列挙方法により、いくつかの禁止すべき不正競争行為を制定した。このような立法体系に従い、関連案件の処理において、裁判所は、まず「不正競争防止法」に列挙された典型例に基づくべきである。もし、法律に列挙された典型例に該当しない場合は、良俗に違反してはならないという一般条項に基づき、デッドコピー、比較広告及びパブリシティ価値などの新たな事例を作るべきである。立法者に至っては、適切に「不正競争防止法」を改正し、司法が作った事例を成文化にすべきである。ここから、ドイツ1909年の「不正競争防止法」における一般条項、「覇権条項」とも言われた。それはまさに当該定義は一般条項が具体例の上に君臨していることを意味する。

しかし、「良俗に違反してはならない」という一般条項は、極めて強い曖昧性と多くの可能な解釈の余地を有しており、司法における一部の混乱を引き起こした。すなわち、景品贈与、価格割引及び比較広告のような禁止すべきでない商業行為も相応の解釈によって、良俗違反の範囲に入れられた⁵⁹。2004年に、ドイツは「不正競争防止法」を改正し、一般条項と具体例の関係について二つの変更を行った。一つ目は、より明確な「不正商業行為」という文言を使用し、もともとの「良俗違反」行為に取って代わることである。言うまでもなく、「不正商業行為」は「良俗違反」よりも大きな確定性があり、解釈の余地が相対的に少ない。二つ目は、11つの不正競争行為を列挙することで、一般条項における「不正商業行為」を具体化することである。この形式に従えば、一般条項における「不正商業行為」は、11つの具体的な行為によって説明できる。関連案件の処理において、裁判所は「不正競争防止法」に列挙された11つの不正競争行為に基づいた。当該11つの不正競争行為に適用できないときのみ、「不正商業行為」の一般条項に基づくことができる。立法主旨からすれば、一般条項を適用することは特例である⁶⁰。ドイツは2008年に「不正競争防止法」を改正し、EUの「不公正取引行為

⁵⁸ ドイツ1909年「不正競争防止法」1条を参照。

⁵⁹ アンスカー、前掲注37、1ページを参照。

⁶⁰ Frauke Henning-Bodewig, A New Act Against Unfair Competition in Germany, IIC 4/2005.

指令」「付録一」で列举された31つの不正当商業行為を導入したことを除けば、一般条項と具体例の関係においてその他の変化はなかった⁶¹。

中国「反不正当竞争法」2条に事業者は、誠実信用原則の一般条項を遵守すべきであり、その上、4つの知的活動成果に係る不正行為、4つの独占行為及び3つのその他の行為を規定した。近年、中国市場競争関係が発展するにつれ、特にネット領域の競争が激化し、一部の市場主体、弁護士、裁判官及び学者は、「誠実信用」の一般条項に注目するようになり、「反不正当竞争法」に規定された具体例以外で、彼らが「不正競争行為」だと思ふ一部の行為を、禁止の範囲内に入れようとした。一方では、誠実信用原則の曖昧性は拡大解釈の余地を残した。他方でも、中国「反不正当竞争法」の混合特徴が「不正競争行為」に拡大理解の余地を残した。しかし、一般条項を法律規定の具体例の上に立たせ、又は法律が明確に規定しない行為を誠実信用違反の範囲内に入れようとすることは、法律根拠と理論根拠がない。

まずは、法律根拠の欠乏についてである。中国「反不正当竞争法」2条1項に誠実信用の一般原則を規定しただけでなく、2項で「本法において不正競争とは、事業者が本法に違反してその他の事業者の合法的な権益を損害し社会経済秩序を攪乱する行為をいう」⁶²と規定した。2項によれば、禁止すべきなのは「本法規定に違反する」行為であり、その他の行為ではない。言うまでもなく、「本法規定に違反する」不正競争行為は、「パリ条約」10条の2第1項の誠実信用に違反する「いかなる」行為とも異なれば、ドイツ「不正競争防止法」3条規定の「不正当商業行為」とも異なる。「本法規定に違反する」行為とは、まさに中国の「反不正当竞争法」第二章で列举された11つの禁止すべき商業行為である。事実上、第二章のタイトルは、「不正競争行為」である⁶³。もし、2条2項と第二章を結びつけば、中国の「反不正当竞争法」における禁止行為又は誠実信用原則に違反する行為は「本法規定に違反する」の11つの行為であり、その他の行為ではないと結論づけることができる。少なくとも、中国「反不正当竞争法」には「その他の不正競争行為」という文言が存在しない。これに応じて、その他の行為を不正競争行為と解釈することには法律根拠がない。

次は理論根拠の欠乏についてである。「パリ条約」10条の2と「TRIPS協定」39条によれば、事業者が商業活動において誠実信用原則を遵守すべきであるということは知的活動成果の保護にしか及ばない。なぜならば、「パリ条約」と「TRIPS協定」は、知識産権保護に関する条約であり、独占禁止に関する条約ではないからである。これにおいて、中国の「反不正当竞争法」も「パリ条約」10条の2の原則規定に基づいて制定したものである。具体的に言えば、中米両国は1992年1月に「知識産権保護に関する覚書」の合意に達し、中国政府は1994年1月までに、「パリ条約」10条の2の規定を履行し、営業秘密に対して不正競争禁止の保護を与えることを承諾した⁶⁴。この承諾に従い、中国は1993年9月に「反不正当竞争法」を可決し、1993年12月から施行し、模倣、虚偽宣伝、商業信用毀損及び営業秘密の侵害の禁止に関する保護を与えた。当該法律には、独占禁止の内容とその他の内容も含まれているものの、はっきりと言えることは、当該法律は「パリ条約」10条の2と1992年「中米知識産権の保護に関する覚書」に基づいて制定されたものであり、その目的は知的活動成果に対する不正競争禁

⁶¹ ドイツの「反不正当竞争法」及び附録を参照。

⁶² 中国「反不正当竞争法」2条2項を参照。

⁶³ 中国「反不正当竞争法」第二章「不正競争行為」及5条ないし15条を参照。

⁶⁴ 「中米知的財産を保護するに関する覚書」（1992年）4条を参照。

止の保護である。これに応じて、もしどうしても「反不正競争法」2条の一般条項に基づいて、一部の行為に「不正競争」のレッテルを貼りたい場合、それでも知的活動成果の保護という観点から考えるべきである。少なくとも、我々は知的活動成果の保護という意味において、独占禁止又はその他の行為と解釈してはならない。もし独占禁止法の学者が独占行為を拡大解釈しようとしても、「反不正競争法」ではなく「独占禁止法」に根拠を探すべきである。

一般条項と具体例の関係で、中国はドイツの回り道を再確認し、そこから教訓を得るべきである。実際、ドイツ裁判所は1909年以降、一般条文を重視して、「良俗違反」を拡大解釈したため、すでに一部において正常の商業活動を妨害している。長年の反省と総括により、ドイツは2004年に「不正競争防止法」を改正し、改めて一般条項と具体例の関係を確定し、一般条項をほぼ無用な地位に置いた。中国の市場主体、弁護士、法官及び学者は、「反不正競争法」が明確に規定していない禁止行為に対して、ある種の寛容な態度をとり、これらの行為により他人に損害を与えるおそれがある又は実際に与えているかについて、拘る必要がないように推測される。少なくとも、筆者からすれば、一部の問題は、技術発展の産物であり、技術そのものの発展を通じて解決できる。その他の問題は、市場競争のモデルチェンジに属し、市場モデルの発展を通じて解決できる。これはいわゆる、技術の問題は技術発展に委ね、市場モデルの問題は市場モデルの発展に委ねることである。裁判所又は裁判官は、解決すべきことに至っては、法律問題だけである。これにおいて、裁判所又は裁判官は、自己の権限を超えて技術発展そのものの問題を解決する必要がなく、市場競争モデルそのものの問題を解決する必要もない。不正競争防止法を含めた知的財産法、ひいては法体系全体は、技術と市場の発展に枠組みを提供したにすぎない。法的枠組みは必須であるものの、万能ではない。立法者、司法者及び法律実務従事者が解決すべき問題は、法的枠組みそのものの問題だけである。

5. 結論

不正競争の禁止は、商標に対する保護から始まり、知的活動成果に対する保護に属する。英米法であれ、大陸法であれ、いじれも不正競争防止法の基礎の上に、商標法を制定し、商標に対する保護を強化した。この意味から言うと、商標法は広義的な不正競争防止法に属する。市場競争関係が発展、成熟するにつれ、不正競争の禁止に関する保護は、もはや商標の領域に限定されない。「パリ条約」と「TRIPS協定」に基づき、加盟国の禁止すべき不正競争行為は、商業標識の模倣、商業信用毀損、虚偽宣伝、営業秘密の侵害、及び商業標識の希釈化に及ぶ。それ以外に、一部の国は、パブリシティ権に対する保護とデッドコピー禁止の保護も規定した。

日本は1934年に「不正競争防止法」を制定し、それからの数年にわたり「パリ条約」と市場競争の需要に基づいて当該法律を改正し、模倣、希釈化、デッドコピー、営業秘密、商業信用毀損と虚偽宣伝の禁止に関する保護を与えた。中国は1993年に「反不正競争法」を制定し偽造、営業秘密、商業信用毀損及び虚偽宣伝の禁止に関する保護を与えた。また、中国は「商標法」に登録商標に対する反希釈化保護を与えた。中日両国の不正競争禁止に関する法律について、いずれも「パリ条約」と「TRIPS協定」の関連義務を履行していると言える。当然、日本は特別にデッドコピー禁止の保護を与えた。

日本の現行「不正競争防止法」は、模倣、希釈化、デッドコピー、営業秘密、商業信用毀損及び虚

偽宣伝を規定しただけでなく、技術措置の保護、ドメイン名先取り出願、代理人又は代表人が被代理人又は被代表人の商標を先取り出願又は使用の禁止にも及んでいる。当該内容は、「パリ条約」と「TRIPS協定」に規定されている禁止すべき不正競争法行為に該当しないものの、知識産権の保護と深い関係がある。日本の「不正競争防止法」において、外国公務員に対する賄賂の禁止の規定だけが知識産権保護と関係がない。この意味から言えば、日本の「不正競争防止法」は、基本的に知識産権法に属する。

中国の「反不正当竞争法」は、一種の混合法である。模倣、虚偽宣伝、商業信用毀損、及び営業秘密の侵害に対する禁止を規定しているほか、独占禁止の内容も規定している。例えば公用事業機関の競争を制限する行為、行政機関の競争を制限する行為、抱き合わせ販売、談合及び商業賄賂、低コスト販売と景品付き販売を含むその他の内容である。中国は1993年に「反不正当竞争法」を制定するとき、一部独占禁止及びその他の行為を規定したことには、一定の歴史的必須性を有する。しかし、中国の「独占禁止法」が2008年に施行され、他の法律が既に商業賄賂、低コスト販売を規範し、景品付き販売に新たな認識が生じた状況で、まだ「反不正当竞争法」にこれらの内容を保留する必要があるかどうかという問題は、検討する価値がある。もしかしたら、中国は「反不正当竞争法」を改正する過程において、独占禁止とその他の内容を削除し、「パリ条約」と「TRIPS協定」がいう知識産権保護法に変わる必要性があるかもしれない。

不正競争禁止に対する保護において、一般条項と具体例の関係は紛争を起しやすき問題である。「パリ条約」10条の2は誠実信用原則を規定し、さらに模倣、商業信用毀損、虚偽宣伝の三つ事例を規定した。明らかに、このような形式は加盟国がより多くの不正競争行為を規定することに対して余地を残している。加盟国レベルにおいて、誠実信用の一般条項については、必ず規定する必要があるわけではない。これについて、中国「反不正当竞争法」には一般条項の規定があり、日本の「不正競争防止法」には一般条文の規定がない。実際、関連法律用語としての「正当競争」と「不正競争」は、そもそも商業倫理の要求を含んでいて、一般条項としての作用を発揮できる。

中国の不正競争防止の理論と実務は、ドイツから大きな影響を受けている。ある学者はドイツを参考して、競争法の概念を提案した。すなわち、競争法に独占禁止法不正競争防止法が含まれることは、公法と私法の区別を混同させていると考えた。もちろん、不正競争防止の理論と実務について、世界はドイツ一国だけでない。中国はドイツの関連理論と実務に注目するだけでなく、「パリ条約」と「TRIPS協定」などの国際条約、日本、米国の不正競争防止法の理論と実務にも注目を払うべきである。関連国際条約の立場に立つてこそ、欧米・日の立場に立つてこそ、中国は、どんな「反不正当竞争法」を必要としているのかという質問に対して、より良い回答をすることができる。

Ⅱ. インターネット企業のイノベーションモデルと知財保護政策の発展の方向性

中国社会科学院 知識産権センター 唐 広良 教授

序言 研究テーマ及び研究構想変化に関する一部の説明

数年来の個人的な興味と研究主題に基づき、筆者は2015年度の研究テーマを「中国インターネット企業のイノベーションモデルと知財保護政策の発展の方向性」と定めた。テーマを確定した後、最初に考えたことは、目的性をもって中国で顕著な影響力を持つインターネット企業を選定し、実地調査・研究を行い、調査・研究に基づいて、研究報告の執筆を完成することであった。しかし、インターネット企業2社に対する調査・研究を行った後、以下のことが判明した。すなわち、中国の企業経営モデルは、まさに激変しており、いわゆる「伝統産業」にしても、これに対応する「新興インターネット産業」にしても、変革を遂げつつあり、経営手段は、いずれも絶え間なく相手の領域へ浸透しつつあり、伝統産業はますます「インターネット化」し、インターネット産業は、さまざまな方法により伝統産業に浸透しつつあることである。

2013年12月12日に、中国中央テレビ局が主催した「中国経済年度人物」の授賞式において、小米社の董事長兼CEOである雷軍と格力電器の董事長兼総裁である董明珠は、いずれも経済年度人物に選ばれた。授賞時に、番組効果の煽りにより、雷軍と董明珠はその場で「世紀の賭け」に出た。雷軍は、仮に5年以内に小米の経営・販売高が格力電器を抜いた場合、董明珠は自分に対して1元を支払ってほしいという。そこで、董明珠は直ちに応戦し、仮に自社が抜かれた場合は、10億元を支払うと当該賭けに「熱い油」を注いだ。当該賭けを交わした後、雷軍は自社の目標について、2015年までに「小米」モバイルの販売量を1億台に達成させると定めた。それに対し、董明珠は自社の目標について、2012年度の販売高1000億元を基にして毎年200億元ずつ増加させると宣言した。

2015年末までに当該「世紀の賭け」から、すでに丸2年も立っている。時間が経つにつれて、賭けの両当事者及びそれぞれの企業は、中国大陆において、依然として比較的に強い影響力を有するものの、当時と比べると、2社の栄光は、ほとんど消えてしまい、当時に宣言していた目標は、いずれも実現できていない。したがって、多くの人が辛抱強く話題の二人の最終的な勝敗結果を期待していたとき、一部の評論家はすでに「二人とも敗戦した！」と断言した。

2015年12月16～18日、第2回世界インターネット大会が中国浙江省烏鎮で開催された。今回の大会を宣伝するために、中国中央テレビ局では一連のスペシャル番組を制作した。スペシャル番組の放送期間において、中央テレビ局ではもう一つの手強いインターネット販売会社である「京東商城」の総裁である劉強東と格力電器の董明珠を招待し、「公益公告」を制作した。当該広告の概要は、下記のとおりである。劉強東が「インターネットがなければ、君は真珠暗澹になる」と話した後に、董明珠が「先進製造業がなければ、君は空中樓閣である」と話し、最後に二人が一緒に「それでは、我々は連携しよう、世界に中国製を愛してもらえるために」と話す内容になっている。

董明珠と雷軍の当時の賭けは、伝統的製造業とインターネット経営・販売業との間の対立として見なされている。言い換えれば、まさに二年ほど前までに、中国の伝統的製造業者は、依然として自らが産業界のトップであると考え、インターネット経営・販売業を軽視していた。しかし、それから二年後、伝統的販売ルートは、日増しに暗澹たるものとなり、製造業者らもインターネットに目を向け

ざるを得なくなった。「インターネット・プラス」というスローガンがますます人々の心に浸透するにつれ、インターネットを基礎とする新興経済と製造業を柱とする伝統経済は、現在、互いに近づきつつあり、最終的にある時点で一体になるであろう。したがって、本研究報告では、一般意義上の「インターネット企業」のみに注目するのではなく、インターネット背景下で、マクロの立場から企業のイノベーション活動に対する中国の新たなイノベーション激励政策の影響、及び未来における中国知識産権保護政策の方向を見直していく。

本課題研究の進行期間において、中国政府は、三つの非常に重要な公文書を公布した。すなわち、2015年5月8日付で国務院が公布した「中国製造2025」、2015年10月29日付で中国共産党第十八期中央委員会第五回全体会議で議決された「国民経済と社会発展の第十三回目の五ヵ年計画の制定に関する中共中央の提案」及び2015年12月18日付で国務院が公布した「新情勢下での知識産権強国構築の加速化に関する若干意見」である。当該三つの公文書は、中国社会の今後10～35年間の発展のための、基本的な方向と道筋を定めている。より重要なことは、当該三つの公文書が及んでいる主題は、それぞれ異なるものの、同一の理念を伝えている。すなわち、中国社会と経済発展における唯一の活路は、絶え間ないイノベーションであり、完璧な知的財産保護はイノベーションに対する激励であると同時に保護にとって不可欠な一環であるということである。

1. 中国経済と社会発展情勢に対する簡単な評価

簡単に言えば、現在、中国の経済発展は、未曾有の困難に直面しており、肝心の歴史的時期に入っている。国内の状況からみれば、旧経済体制と産業発展モデルは、すでに行き詰まっており、徹底的にモデルチェンジしなければならない。特に中国の工業基礎である石炭、鋼鉄、紡績、化工等の「旧工業企業」は、それぞれ生産能力過剰、効率低下、市場萎縮等の窮境に直面している。新興産業にもイノベーション能力の不足と相互模倣による深刻な同質化及び根本的な競争力の欠乏等の問題が存在している。国際的な背景からみれば、中国では全般的にオリジナルイノベーション能力を有せず、絶大多數の技術分野においては、いずれも先進国の既存技術を追跡・模倣するレベルに留まっている。それと同時に、多くの先進国では、すでに中国をライバル視し始めており、政治、経済、科学技術等の分野において中国を排斥し、かつ、一部の国際連携という行為を通じて、中国の生存空間を縮小し、最大限に中国の国際的影響力を弱化させようとしている。

総じて言えば、中国目下の社会と経済発展の情勢について、下記のいくつかの面において解釈することができる。

（1）「新常态」にある経済発展

いわゆる「新常态」とは、中国の過去35年間における急速な経済成長の態勢に比べて言う場合であり、最も基本的な特徴は、経済発展の速度が緩和され、「中高速」と言う経済発展時期¹に入ったことを指す。政府の言葉で言うならば、「新常态」の背景はいわゆる「三期叠加（三つの期間の重な

¹ 参照先 <http://baike.haosou.com/doc/3292092-7757022.html> [最終アクセス：2016年3月]。

り)」²であり、すなわち、中国の経済発展が「①経済成長速度のギアチェンジ期、②構造改革の陣痛期、③4兆元景気対策の消化期」に入っていることである。「三期叠加」後の結果は、まさに中国経済の発展について、政府主導型経済から徐々に市場主導型経済へ移行し、財政支持型経済から徐々に本当の「適格者生存」の競争型経済へ移行することである。

事実上、「三期叠加」の三つの「時期」における構造改革と4兆元景気対策消化の両期は、依然として政府が主導し、かつ、構造改革とは、主に国有経済における伝統的産業構造の調整を指しており、政府が従来の財政資金と政府政策に頼り過ぎる産業を市場へ推し進めるために行う「最後の関与」である。今回の調整を経て、仮に所有制度上は、依然として国家持株の企業に該当するとしても、その生存方法は最大限に市場化されるものである。政府が出資者としてその権利を行使し、二度と保護者としての過剰な責任と義務を負わなくなる。4兆元景気対策の消化期は、社会に対して二つの重要な情報を伝えている。一つは、政府は企業に対し、4兆元景気対策が一部の産業に対して未だ一定の保護役割を有するため、まだ最も困難な時期に至っていないことを明確に告げることである。ひとたびかかる役割が徹底的に消失するならば、数多くの企業は、より大きな困難に臨むおそれがある。もう一つは、今後、政府は二度と前回の世界金融危機のときのように巨額の財政資金をもって企業をサポートしないことである。言い換えれば、今後、どのような経済局面を迎えるとしても、企業は市場システムを通じて活路を探すしかなく、政府が救いの手を差し伸べてくれることを期待できない。

まとめて言えば、今後、中国は正真正銘の市場経済の道筋を歩んでいくことになる。

もちろん、中国は「新興市場経済国」に過ぎないため、企業又は政府にかかわらず、市場経済ルールに対する把握と運用の経験がいずれも明らかに不足しており、特にグローバル化経済の背景下で、中国の発言権と決裁権はまだ明らかに不足している。かかる状況下で、全部の運命と前途を市場に、先進国主導の市場に任せることは、決して現実的なものではない。したがって、政府は、さらにマクロに全体の社会経済発展の方向と道筋について総体的に把握と指導を行わなければならない。これこそが中国が五年ごとに国民経済と社会発展の計画を制定し続ける原因である。

事先の計画と引導のほかに、具体的な執行過程において、さらに政府は各種の政策をもって市場と企業の行為に対して指導的賞罰を行い、絶えず社会に各種の指導的政策シグナルを放出し、かつ、引き続き資本運用等の市場方法を通じて、国家経済の命脈に係る重要な経済分野とステップをコントロールする。

なお、中国の社会公衆はある程度において政府の世話に慣れており、いかなることでも「政府に助けを求める」ので、短時間で社会公衆に完全に市場化された社会システムに適応させることも非常に難しい。特に市場経済発展において面倒に直面したとき、政府が本当に放置するならば、大多数の社会公衆は受け入れられない可能性がある。特に市場化により一部の人々に収入減少をもたらし、続いて生活レベルを低下させたとき、社会の安定性はますます大きな挑戦に直面することになる。したがって、中国政府は、社会公衆を導いて経済発展の「新常态」に適応させると同時に、依然として今後五年の経済発展のために「中高速経済成長維持」という目標を決めている。

² 参照先 <http://baike.haosou.com/doc/7357539-7623973.html> [最終アクセス：2016年3月]。

（２）TPPが中国の経済発展に係る国際環境にもたらす圧力

米国ホワイトハウスの公式サイトにおいて、TPPが米国にもたらすメリットを宣伝する際に「TPPは、米国が国際貿易規則を再構成して米国の中産階級に有利になることを認めた。なぜならば、米国がこのようにしなかった場合、米国の価値観を受け入れない中国のような国家に米国が取って代わってしまうからである。」³と公然に言った。

ホワイトハウスのほかに、米国のその他の数多くのウェブサイト及びメディアは、TPPを宣伝する際に、同様に中国を標的とすること、中国を敵と見なす政策目標をほとんど隠してない。これは、総じていえば、貿易の自由化というグローバル目標のためにサービスを提供するほかに、米国がTPP交渉においてその他の国家に譲歩した最も重要な動機の一つは、TPP協議を締結することによって、米国は、環太平洋の十数カ国を一つの「グループ」として束ね、共同で中国の台頭に対抗するためであることを意味している。

もちろん、米国を除くその他の11つのTPP参加国は、必ずそれぞれの政策目標があるにもかかわらず、米国はTPPによって米国の経済が利益を受けるだけではなく、更に米国の価値観を表すことができると言ったため、その労働者権利と環境等に対する高標準の保護は完全に米国の価値観を反映し、歴史上初めてのことである。

中産階級、特に労働者階級の支持を勝ち取るために、米国政府がTPPのために設計した公式アイコンにおけるスローガンは、まさに「米国製（Made in America）」であり、かつ、TPPの発効によって、18000種類を超える米国製の製品が関係国で関税を免除されるというメリット⁴を享受できるため、米国製の製品がより強い競争力を有するようになり、米国製造業の労働者収入を増加して彼らの生活を改善できると言っている。

現在、TPPの参加国は、12カ国であるが、そのうち、日本、オーストラリア、シンガポール、マレーシア、ベトナム、カナダ等は、いずれも中国の重要なビジネスパートナーである。米国の考えによればTPPは短期間内に中国の参加を認めないため、中国はかかる重要なビジネスパートナーからの自由貿易の政策優遇を受けることができない。中国は、まさに二国間又は多国間における努力を通じて関係国と自由貿易協定の締結に関する交渉を行い、一定の成果を得たものの、TPPに比べると、カバー範囲であれ、又は関係免税項目と幅等であれ、遥かに及ばない。したがって、中国製の製品は、極めて長い期間にわたり、かかる重要なビジネスパートナー国において、少なくとも同一品質・同一価格の状況下では米国製品と競争することができないことを意味する。

それと同時に、ここ数年間、中国でも労働力のコストが大幅に向上し、ブルーカラー労働者が不足する現象が現れており、製造業のコストも同時に上昇し、輸出製品の競争力もそれに応じて低下している。したがって、TPPの発効は、「中国製」に対して「火に油を注ぐ」こととなり、中国経済発展に係る国際環境にもたらすTPPからの圧力を読み取ることができる。

³ 参照 <https://www.whitehouse.gov/issues/economy/trade>[最終アクセス：2016年3月]。

⁴ <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/10/05/fact-sheet-how-trans-pacific-partnership-tpp-boosts-made-america-exports>[最終アクセス：2016年3月]。

(3) 「二人っ子」政策と「人口ボーナス」

人口が多すぎることは、近代社会に入ってから以来、ずっと国全体が臨んでいる深刻な社会問題である。資源の徐々な枯渇、地区経済発展のアンバランス化及び教育レベルの相対的な低下により、いまだに大多数の国民は、貧困及び窮屈な状態下で生活している。一部の地方の国民は、基本的な衣食住ですら保障できていない。急激な人口増加により、さらに貧しくなることを回避するために、中国政府は、1978年から全国で「計画生育」政策を遂行し始め、かつ、「夫妻一組に子供一組」から「夫妻一組に子供一人」に移行することを提唱していた。分析データによれば、20世紀60年代から70年代までの人口出生率を計算した場合、計画生育政策を推進してからのこの三十数年における中国で出生してこなかった人口は、10億人以上に達する可能性があり、そのうち純粋に計画生育政策の執行により出生してこなかった人口は、少なくとも4億人を超えるということである。

しかし、社会の進歩及びそれによってもたらされる健康保障システムと技術が発展するにつれ、人の平均寿命はますます長くなり、「高齢化」問題はますます際立ちつつある。高齢者の人口に比べて、労働体力があり、お金を稼いで高齢者を扶養できる「労働力」は、ますます少なくなっている。特に国民経済発展の労働力に対するニーズが極めて高いレベルに達したとき、「工人荒（労働者不足）」という問題が現実的に中国企業の目の前に突きつけられた。かかる局面に直面して、中国政府は約40年間も実施してきた人口政策の改革を決断し、原則的に「計画生育」という基本国策を留保し、先行して2013年から夫妻双方のうちの一人が一人っ子である場合は、「二人っ子」政策を開放し、二番目の子供の出生を認めた。1年以上経った2015年末には、全面的に「二番目の子供を産むことができる」と言う政策を実施し始めた。方正証券（601901）の予測によれば、これからの4年間は最大5212万人の新生児が増加し、5年目からの毎年の新生児増加人数は約480万となる⁵。

一部の人口問題の専門研究文献によれば、中国の人口増加は、10～15年以内にピークに達し、総人口は約14億人に達する可能性があり⁶、それ以降はマイナス成長の趨勢が現れるということを明らかにしている。しかし、一部の研究文献では、中国人口は継続的な増加状態を保ち、2050年には総人口が約15億人⁷に達するだろうと考えられている。無論、今後の10～30年間の中国の総人口がどのように変化していくかにかかわらず、目下の状況からみれば、人口が多いことの最大のメリットは、消費力が強いことであるが、これは、すでにここ数年間の中国人の購買力に対する国際社会全般の認識により裏付けられている。2014年と2015年の「双十一」[ダブルイレブン]ショッピング祭において、中国電子取引プラットフォームの取引高は、莫大なインターネットユーザーの数によってもたらされる商品取引高も人々を驚かせるものであることが更に証明されている。かかる事実を意識したことが原因かもしれないが、中国政府は、ようやく30年間以上も実施してきた厳しい計画生育政策を放棄することになった。人口政策を調整すると同時に、中国政府が経済発展を導く過程において設計した重要な道筋は、まさに「消費による経済の向上」を通じて経済成長を促進することである。言い換えれば、あらゆる方法を尽くして社会公衆が消費することを誘導・激励し、本国国民の消費ニーズの増加を通じて経済成長を保障・促進することである。これは、TPP又はその他のどの多国間取決にも取っ

⁵ 参照 <http://esf.sz.fang.com/newsecond/news/19034092.htm>[最終アクセス：2016年3月]。

⁶ 参照 <http://www.ytbs.com/thread-2496923-1-1.html>[最終アクセス：2016年3月]。

⁷ 参照 <http://www.doc88.com/p-24280957287.html>[最終アクセス：2016年3月]。

て代われないことである。

数多くの研究は、10年後にインドが中国に代わって人口世界一の大国となることを表明しているものの、中国と西洋国家との間の競争だけをみれば、14億人という膨大な消費群は、区域又は多国間取決によって「中国製」を排斥しようとするいずれの陰謀をも無効にするであろう。

2. 中国インターネット企業の生存とイノベーションモデル

(1) 中国インターネット発展の現状

中国インターネット情報センターが2016年1月に発表した「第37回中国インターネット発展状況に関する統計報告」⁸によれば、1996年に公衆に公開されて以来、20年間の発展を経て、中国はすでに世界一のインターネット大国になっている。2015年12月までに、中国ネットユーザーの規模は、6.88億人に達し、中国ドメイン名の総数は3102万件であり、中国ウェブサイトの総数は423万件である。そのうち、「.CN」におけるウェブサイトの件数は213万件で、中国ホームページ件数は2123億件（そのうち、静態ホームページ件数は1314億件であり、ホームページ総件数の61.9%を占め、動態ホームページ件数は808億件であり、ネットページ総件数の38.1%を占めている。）である。

同様に、同統計報告によれば、2015年12月末までに、中国企業がコンピューターで仕事をする割合は95.2%で、インターネットの使用率は89.0%（そのうち、製造業のインターネット使用率は88.1%で、全体のサービス業は90.0%であるものの、そのうち、卸売・小売・宿泊と飲食業のインターネット使用率は依然として低く、87.2%である。）である。インターネットへのアクセス方法からみれば、固定ブロードバンドのアクセス方法を通じてインターネットを使用する企業の割合は86.3%であり、移動ブロードバンドを通じてアクセスするのは23.9%である。また、オンライン販売、オンライン仕入を展開している割合は、それぞれ32.6%と31.5%であり、インターネットを利用して経営・販売促進活動を展開している割合は33.8%である。

2015年度の新規ネットユーザー数は計3951万人である。インターネット普及率は50.3%で、2014年末に比べて、2.4%上昇している。2015年12月までに、中国モバイルネットユーザーの規模は、すでに6.20億人に達し、2014年末に比べ、6303万人が増加している。全部のネットユーザーにおいて、携帯電話端末でインターネットにアクセスする人数の割合は、2014年度の85.8%から90.1%に増加した。

中国企業のインターネット応用状況の具体的な情報とデータについては、前記統計報告⁹を参照されたい。

(2) 中国企業がインターネットを運用する主なモデル

課題研究の過程において、我々は、5社の企業を選定して対面座談会を行い、具体的に当該5社の経営モデルとインターネットの運用状況を把握した。当該5社には、電子商取引専門プラットフォーム1

⁸ 第37回「中国インターネット発展状況統計報告」

<http://www.cnnic.cn/hlwfzyj/hlwzbg/201601/P020160122469130059846.pdf> [最終アクセス：2016年3月]。

⁹ 前掲8) 19頁～34頁。

社、インスタントメッセージをメインにし、同時に多種のインターネット付加価値サービスを提供する企業1社、インターネットを介して輸入食品販売に従事するB2C企業1社、電子書籍と資料サービスに従事する企業1社、食品と健康食品の生産と販売に従事する企業1社を含む。

当該5社に対する調査・研究、及び中国インターネット業界に対する筆者の理解に基づき、関連問題について、次のような結論と見方をまとめる。

(i) コミュニケーションツール

いわゆるコミュニケーションツールには、電子メール、電子ファイル交換システム、インスタントメッセージとインタラクティブ式コミュニケーションにおけるサービスを含む。ブロードバンドの増加及び各種通信ネットワークの相互融合につれて、インターネットを利用して、情報交換を行うことは、すでに現段階における中国企業の最優先なものになっている。一部の企業の若い社員の間において、インターネットに基づくボイスメッセージによる意見交換は、すでにある程度、電話に取って代わっている。広範な「微信」の利用は、電子メール、電子ファイル交換システムの役割を明らかに弱体化させている。特に「微信公式アカウント」サービスの普及は、まったく関連性がなかったそれぞれのグループに同じ情報源の情報を共用させることができ、極めて低いコストで各種情報が非特定のグループに伝達することを可能にしたため、数多くの中小・零細企業が宣伝・普及するための重要な手段となっている。

同じコミュニケーションツールとして、電子メール、電子ファイル交換システム及び早期インスタントメッセージは、基本的にいずれも「点对点 (point-to-point)」の作業方法に該当するものの、微信等の新型インスタントメッセージの利用を経て、非特定の公衆向けのインスタントメッセージの公開と非特定出所からの情報取得は、すでに現実になり、単一の個体が情報を公開・取得する効率を大いに高めている。したがって、電子メールと電子ファイル交換システム等は、「+インターネット」モデルに該当し、微信等の「一対多」、及び同時に多種の情報とデータフォーマットによる情報交換・コミュニケーション方法を採用することは、「インターネット・プラス」モデルに該当する。

現在、企業の管理者又は社員にかかわらず、個人として、多くの人は微信アカウントを作っている。しかも、数多くの企業では、さらに宣伝及び販売のための微信公式アカウントも作っている。これに比べ、電子メール等の「点对点」の通信方法の使用率は素早く低減している。調査・研究を受けた5社の中で、輸入食品販売に従事する電子商企業だけは日常業務の中でいまだに電子メールを使用しているが、その他の企業は基本的にすでにQQ、微信等のインスタントメッセージをもって電子メール、ショートメッセージ等の方法を取って代わった。我々の結論は、現在の大多数の中国企業にとって、電子メールはほとんど少数「公式文書」のやりとりをするための専用ツールになっている。

(ii) 電子商取引プラットフォーム

現在の中国において、電子商取引はすでに人々に浸透し、僻遠な地にある農村を含む過半数の中国人は、すでに電子商取引の参加者になっている。専門的に電子商取引プラットフォームサービスを提供する1社のほかに、今回の調査・研究に及んでいるその他の4社もそれぞれの方式により電子商取引を展開している。そのうちの1社は、完全に電子商取引プラットフォームに依存して自社商品を販

売しており、いかなるオフライン販売活動も行っていない1社は、すでにオフラインの伝統的経営活動の中で相当大きい規模の市場シェアを占めている。現状からみれば、オフライン販売は、依然として主な部分であるものの、ここ2年間のオンライン販売シェアは、徐々に高まりつつあり、電子図書と資料サービスに従事する1社では、すでにオンラインサービスモデルを有し、各種の学校ラン向けのオフライン販売チームも構成している。しかしながら、将来的に中国の教育機構が全面的なネットワーク化を実施して、「情報共用」を実現した後、当該企業のオフライン販売モデルが終了せざるを得なくなると断言できる。

「インターネット・プラス」行動の推進の下で、特に中国の労働コストの向上につれ、全面的な反腐敗運動は、特権と繋がる一部のオフライン販売活動の空間を縮小し、かつ、高速配送システムが日増しに改善されており、より多くの企業が電子商取引ルートを通じて自社製品とサービスを販売・提供している。近年以来、伝統的百貨店とスーパーマーケットの営利空間はますます小さくなり、各地でも商店とスーパーマーケットが次々に閉店する現象が起きている。しかし、これと同時に、アリババ社傘下の電子商取引プラットフォームの1社として、T-mallは、その反対に一層全国各地でオフラインショップ「天猫スーパーマーケット」を開設し、オンラインとオフラインが同一価格という販売モデルを採用すると同時に、オンライン販売の配送センターも担っている。これは、まさに一石二鳥であり、良好な業績を得ている。

（iii）検索エンジン

検索サービスは、かつて数多くの大手インターネットサービス・プロバイダーに見込まれており、かつ、グーグル、マイクロソフト、ヤフー、百度、搜狐等の有名インターネット会社は、現在に至るまで依然として検索サービスに対し、大量に投入している。中国の状況からみれば、検索サービスプロバイダーの過去20年間の成長が迅速であった主な原因は、インターネットユーザーの単純な情報検索に対するニーズが旺盛であったのではなく、かかるプロバイダーが事実上、バックグラウンドの「内容」サービスを通じてユーザーの目と忠誠を引いているからである。中国の知的財産に対する保護力が拡大されるにつれて、かかるバックグラウンドの内容サービスにおける価値ある情報は、益々少なくなりつつあり、かつ、大部分の情報が有償サービスに変わったため、検索サービスプロバイダーのユーザーが大量に流失した。

なお、大多数のインターネットユーザーは成熟し始めており、二度と端末ディスプレイに溢れたビジネス広告に惑わされないのが、インターネット広告の数は減少し、価格も降下した。関連法律制度の改善につれ、同意を得ずにユーザー向けにビジネス広告を発送する行為は、将来的に不法行為を構成するであろう。そのときになって、検索サービスプロバイダーの営利空間は、更に縮小され、単純に「検索+広告」サービスだけを提供するサービスプロバイダーは、最終的に歴史の舞台から消えるであろう。現在は、すでに検索サービスプロバイダーのモデルチェンジの肝心な時期に入った。

無論、すでに数年間にわたって検索サービスに従事している企業にとって、最大の優勢は膨大なデータ量を掌握していることである。次のステップである「ビッグデータ」、「クラウドストレージ計算」等の利用過程において、かかる優勢は検索サービス業者ができるだけ早く新たな収益事業を見つけることを助けることができる。しかも、億単位以上のユーザー累計も検索サービスプロバイダーが利用できる重要な資源である。

なお、インターネット環境下でのデータと情報の数量がますます大きくなり、ますます複雑になっているので、伝統的な目録とリスト式の検索サービスはすでにサポートを求めるユーザーを嫌がられ始めている。これからの数年間、膨大で煩雑なデータトラフィックの中からユーザーが求めている特定のデータ情報を精確かつ素早く探し出すことは、検索サービスプロバイダーが真剣に考慮すべき問題になるだろう。

(iv) データ・情報の資源提供

伝統的な「図書館」は、最も全面的で、最も権威的なデータ・情報センターであった。したがって、一部の企業は、データ・情報サービスを介して利益を追求するために、それぞれを「デジタルライブラリー」として装った。現在、数多くの伝統的図書館は、いずれもオンラインデジタル図書サービスを提供し始めている。特に中国「国家図書館」のオンラインデジタルライブラリーは、ほとんどすべての現有の公衆分野の文献をデジタル化し、かつ、オンライン方法を介して無料で公衆に提供している。したがって、商業性のあるデジタルライブラリーで提供されている大多数の図書は、いずれも「著作権法」に保護されている内容である。しかも、各種の出版物、学術論文、統計データ及び科学研究データ等は、出版機構、関連権力機構の傘下にあるデータセンター等がコントロールしている。

現代社会は、すでにビッグデータ時代に入っている。このような時代の背景下で、限られたデータ資源を提供するサービスプロバイダーは、いずれもデータ・情報資源に対する公衆のニーズを満たすことができない。調査・研究を受けた企業からみれば、既存出版物のデジタル化を通じて、ユーザーに「データベース」を提供するサービス方法は、基本的に終わりを迎えている。ここ数年、分類ごとの購買、オンライン上のビデオデータは、すでに企業が学習者に提供している最も重要な情報資源サービス方法となっている。しかし、情報源がますます多くなっているため、学習者はすでに新鮮さを失い、かつ、インタラクティブ機能の欠如により人々に親切さや活気を感じさせないので、インターネットユーザーを引き付ける力が徐々に消えつつある。

社会雇用システムがますます実用化されるにつれて、人に対する評価システムもますます科学化されており、「学歴教育」モデルは、だんだんその魅力を失っている。しかも、ニーズに応じた学習や精確な関連知識の取得のような「能力教育」は、将来的に公衆の学習や人材育成のための重要な方法になるだろう。それゆえ、データ・情報資源のプロバイダーは、現有のデータ情報の提供方法を変えなければならず、数千年間に及ぶ「出版物」を媒体とするシステムの知識を機能が明確な断片的なデータ情報に転化し、さらに需要者の特定の要求と目的に合わせて需要者に提供する。しかし、現在に至るまで、このような技術準備を終えている企業は一つもない。

(v) インターネット通信とストレージスペースサービス

インターネット通信とストレージスペースサービスは、ずっとネットワークサービスの基本形式であった。現在に至るまで、中国のインターネット通信は、数社の国有通信会社にコントロールされたままであり、スペースサービスとホスティングサービスは、すでに社会的に開放している。中国市場のさらなる開放につれ、近い将来、インターネット通信サービスにも十分な競争原理を導入し、海外投資者を含みその他の従事者による当該サービスの提供が許されるものと信じている。

インターネット使用量の激増につれて、ネットユーザー数もスピーディーに上昇していて、ブロードバンド問題は、すでに中国インターネット使用を制限する最も肝心なステップとなっている。ネットスピードの向上及びユーザー使用状況の改善を図るために、政府は各種のルートを通じてプロバイダーにブロードバンドの増加、最終ユーザーのブロードバンドにおける他人との共有状態から専用状態への変更を求めたものの、技術、施設及び資金等の要素に制限されているため、中国のインターネット通信サービスはいまだにユーザーを満足させることができず、かつ、好転の速度も非常に遅い。無論、客観的に言えば、インターネット通信の安定性は、ここ2年間で確かに保障されている。

アップル、マイクロソフト等の大手会社による率先垂範があったので、「クラウド」を基本モデルとするストレージスペースサービスは、素早く発展している。しかし、クラウドサービスに対する中国企業の使用率は、それほど高くない。中国インターネット情報センターの調査データによれば、2015年末までに、クラウドサービスを使用している中国企業は、約15%に過ぎず、かつ、相当多い中国企業では、根本的に未だこのようなサービスの存在が知らされていない。今回の課題で調査・研究した5つの企業において、2社は企業を含む一般公衆にクラウドサービスを提供している典型的で代表的な企業であり、1社はサーバーホスティング形式を介して中国のいくつかの重点都市にデータセンターを設立している。その他の2社は、電子商取引プラットフォームを介して電子商取引を行っているものの、その規模はいずれも大きくなく、当該企業では自己のサーバーを享有しているため、外部のストレージスペースサービスを利用していなかった。

調査・研究によれば、中国企業内部のサーバーとネットワークシステムは10年、ひいてはもっと長い期間使用されており、多くの設備は相当古く、時代後れである。基本的にはすでに更新すべき年限に至っているものの、調査・研究を受けた企業は、まだ外部サービスを使用するつもりがない。筆者の調査によれば、ここ数年間で新たに設立された小・零細企業は、最初から外部のクラウドサービスを採用し始め、企業経営・販売場所では一本のブロードバンドケーブルに何台かの固定端末を接続したに過ぎず、各社員はいずれもWIFIを介してそれぞれのPCをインターネットにアクセスし、場所を問わずにいつでも企業が作ったクラウドストレージにアクセスできる。中国インターネット情報インター報告に引用されたIDC研究報告は、2014年から2018年までの間、中国の公有クラウドサービスの市場規模は7億ドルから20億ドルまでに増加すると予測されている。

(vi) 名称とアドレスサービス

インターネット名称とアドレスサービスの管理体制は、現在、依然として官僚体質を有している。すなわち、1つの中核管理機構が管理しているのである。しかし、一般公衆向けの具体的なサービスを提供するステップ、競争システムは、すでに構築されている。かかるサービスの内容が比較的単一であり、かつ、市場の空間が限られ、普遍的な意義を有していないことに鑑み、本稿では当該内容に対する詳細な検討を行わないものとする。

(3) 中国企業がインターネットを利用して実現すべき目標

(i) ユーザーにとっての最大の魅力

インターネット経済は、最初から「アテンション・エコノミー」と呼ばれており、営利と注目度は

正比例の関係にある。すなわち、注目する者が多ければ多いほど、営利の可能性も大きくなる。したがって、インターネットを通じて経営活動に従事する全ての企業は、あらゆる手段を尽くして最大限のユーザーグループを求めている。一部の企業では虚偽ニュースや製造経営チームのメインメンバーのスキャンダルを捏造することも惜しまずに、自社の知名度を高めようとしている。「ネットワークマーケティング」は、中国ではすでにある程度悪評の意味を帯びる名詞になっている。しかも、専門的に他人に代わってサイトのアクセス数、出来高、人気指数を高める業界が現れている¹⁰。

他人が経営するための電子商取引プラットフォームを提供するプラットフォームサービス業者にしろ、電子商取引プラットフォームへの加入、又は単独でのウェブサイトの開設で自社の商品を販売する企業、いずれもインターネットの「人気」集めの役割を重視している。現況からみれば、インターネット上の売主が顧客を引きつける唯一の必勝の切札は、依然として「低価、低価、再低価」であり、一部の商品の価格はすでにコスト回収不可能の程度までに下がっている。しかし、人気指数を高め、より多くのアテンションを吸きつけるために、大多数の売主は初期段階から一定の宣伝又は経営・販売コストを投入するを望んでいる。しかも、我々は、いまだに電子商取引がオフライン取引に取って代わったその他の説得力ある原因を発見できていない。

もちろん、消費者が日増しに成熟するにつれて、現在の企業は、インターネット上に1つの経営場所を開設するだけでは、もう充分な人気を集められない。ここ2年間の統計データによれば、毎年、億単位で計上される電子商取引高のうちの80%以上は、20%以下の売主が実現したものであり、80%以上の電子商取引売主には数年間にわたり取引記録がないことすらある。したがって、単純な「+インターネット」が企業にもたらす利益は、限られていることが分かる。また、企業はあらゆる工夫をして、低価競争を除くその他の顧客を吸きつける手段を見付けて初めて、インターネットの助けの下でより多くの営利を実現することができる。

（ii）顧客に対する最大限の選択肢の提供

「インターネット・プラス」が簡単な「+インターネット」でない理由は、インターネットの利用を通じて、顧客に対し、以前よりも多くの選択肢を提供できるからである。伝統的ビジネス取引の環境下で、取引用地の大きさにかかわらず、収容できる商品の品種と数量は、極めて限られたものであり、仮に現場で用意された商品のほかに、売主がさらに顧客が選択できる商品カタログを提供したとしても、商品カタログによって提供できる情報は限られ、かつ、配送上の制限が存在するので、消費者は大多数の状況下で「見たものを買う」しかない。しかし、インターネット環境は売主に空間上の無限性と商品情報の全面性を提供したため、消費者は出かけることなく数社の商品を比較でき、ひいては自己のニーズに合わせた商品を発注することができる。

しかも、ビッグデータと工業クラウドストレージの利用によって、供給側の製造者は、より効率的に製造過程を配置、完成させられるだけでなく、相互間の緊密な提携を行うこともできる。しかし、事実上、本課題の研究過程において、我々は、すでにビッグデータと工業クラウドストレージを利用し始め、生産活動の最適化を実現した実例を見付けられなかった。しかし、調査・研究を受けた企業

¹⁰ 当該「業界」で行っている物事は、虚偽事実をもってネットユーザーの判断に影響を与えることにより、相当大きい欺瞞性を有するので、本質的には不法行為に該当する。したがって、当該業界は、一種の「地下業界」、すなわち、合法的な登録を得ず、正当なビジネス管理に納入されず、いんちきな業界である。

は、いずれも将来的に必ず本当の「ニーズに基づく生産」を実現させ、消費者又は最終ユーザーに商品の生産を決定させ、かつ、より多くの個性を商品に持たせることを認めたいと表明している。現段階において、電子商取引、特に「自由市場」性質を有する電子商取引プラットフォームを利用することによって、消費者は発注する前に関連商品をより深くより広く理解できると同時に、最終的に最も好ましい売主と取引することができる。

なお、インターネットの利用により、消費者はより一層厳しくなり、生産者は製品の品質及び多様性の問題を重視せざるを得なくなる。

(iii) ますます増加するユーザーの自ら参与する機会

ここ数年間、「クラウドファンディング」と言うコンセプトが数多くの分野で流行り始め、かつ、数多くの若者の反響を得ている。インターネットの開放性は、ちょうど多くの現代人の「万事に自ら参与する」という理念に合致している。伝統的商品生産モデルにおいて、各生産セクションは、相対的に閉鎖的な個体であり、仮に相互が協力関係にあるとしても、その多くは生産チェーンにおける各ステップの連結に過ぎず、各生産セクションは、設計要求に基づいてそれぞれの作業を完成すればよいのである。しかし、インターネット時代において、分業はより細くなるものの、各生産セクションの間の協力と連結はより頻繁・緊密になり、また、生産チェーンにおける各ステップの生産者が直接その他のステップの物事に関与することを認めている。さらに、重要なことは、ユーザーも最終製品が生産・完成する前にその生産過程に関与することにより、未来の製品に対して、より深い情感を持つようになる。

課題調査・研究過程の中で分かったことは、インターネットから起業した企業であれ、又はその後「ネットタッチ」の伝統企業であれ、ネットワーク環境下ではいずれも特別なユーザー/消費者の体験を重要視している。ユーザーへの製品販売によって収益を実現するほかに、さらに売主はユーザーのフィードバックに基づき、随時その製品を改良・改善し、販売策略を調整し、ユーザーの非商業性の宣伝を通じて、より多くのユーザーを吸きつけるという目的を達成しようとしている。

(iv) ユーザーにより多くの自由を認めること

現在に至るまで、かなり多くの人はまだ、現実の世界に比べてインターネットは、個体により高い自由度を許してくれる空間であると考えている。一部の人は、中国の電子商取引が急激に発展した重要な原因の一つは、まさに選択自由に対する一般公衆の渴望を叶えたことであるとされている。数多くの人がネットショッピングで購入したものは、必ずしも特別に必要なわけではなく、場合によっては買った直後に放置し、またその他の類似商品を購入する。これは、消費者が追求する目標がショッピング自体の楽しさにあるからである。

ネットユーザーが追求する自由と個性化のニーズに迎合するために、インターネット企業は知恵を絞り、ネット上のオークション、DIY、ネットワークサービスによるPCのフロントフェースの設計、ネットワークEQチャージ等、ネットユーザーが自由と刺激を体験できるさまざまな新しいアイデアは、いずれもインターネットの支えによって現実に変わりつつある。しかし、それと同時に、一部のネットワークサービス業者は、ネットユーザーの名義を偽称することにより、ユーザーが所有する知的財産のデータと情報をインターネット上にアップロードしたり、又はネット大V（VはVIPのVであ

り、中国のSNSにおいて、多くのフォロワーを持つ有名人のことをいう。)の手を借りて道德の最低ラインを突破するような、ひいては公然に違法な情報を散布・伝達していた。しかし、法律制度が徐々に完備されるにつれ、法律の抜け穴を利用して自己の利益を求めようとするビジネス行為はますます立脚できなくなっている。

(v) より多くの若者に達成感を感じさせること

より多くの人に達成感を感じさせることは、多くのインターネット企業の経営理念の一つである。世界各国の状況からみれば、ほとんど全ての著名インターネット企業、ひいては全ての知名IT企業は、いずれも無一文から財を築いた若者によって設立されたものである。インターネットがすでに社会生産と生活の全ての細部にまで浸透している現在に置いて、若者の役割及び彼らの社会全体の発展に対する影響は、ますます無視できなくなっている。

調査・研究を受けた5社の中で、全ての企業は、自社管理体制の構築において、十分に若者の役割を発揮させる問題を考慮し、いずれも業績と連動する歩合報酬体系を有しているほかに、一部の企業では更に「イノベーション奨励」を設置することにより、本職業務を完成するだけではなく、更により多くの精力を投入することにより企業発展の新路を探索する若者を奨励するために用いていた。一部の企業では若者の大胆なイノベーションを激励するために、新たなアイデアを持っている一部の若者のために必要経費を提供し、個人のアイデアの実施を手助けしている。一旦失敗したとしても、元の持ち場に戻り、仕事を継続することができ、一定期間の探索を経て、その可能性が認定さえしてもらえれば、企業では新たな部門を設立し、同一主題に対し、興味を持つ者によりビジネス運用を行うものである。一部の企業では内部競争制度を導入し、同様の作業について、数組のチームが同時にその責任を負い、互いの足を引っ張らず、かつ、業績指標が競争制度を導入する前の指標を下回らないことを保証し、数組のチームがそれぞれの策略に基づいて運用することを認めている。

(4) 企業の市場地位とイノベーションの衝動

(i) 中国において、ほとんどすべてのインターネット企業は、先進国のビジネスモデルを「模倣」することから財を築いている。

アリババ、テンセントのようなトップインターネット企業は、その時価又はユーザー数からみれば、いずれもすでに世界トップ企業に入っている。しかし、客観的に言えば、当該両社を含むほとんど全てのインターネット企業は、いずれかの米国企業のビジネス経営モデルを「模倣」することから始まっている。当該企業らがすでにトップ企業に成長した今でも、かかる企業は自社のオリジナルイノベーション技術に該当するものを持たず、少なくともコア技術においては持っていない。

したがって、少数の評論家は、現在まだ活力があるように見える数社の大手インターネット企業がこれから何年存続することができるのだろうかと疑っている。

無論、中国の専利制度と著作権制度は、すでに相当完備されており、かつ、ここ数年間の救済力も絶えず拡大されているため、中国のインターネット企業は、コア技術を掌握していないものの、かかる企業は、決して簡単な権利侵害者ではなく、その他の国の技術発明者の知的財産権を侵害するという問題は存在せず、又はほとんどは存在しないと断言できる。しかし、問題は、かかる企業がいまだ

に問題なく生存し、かつ、悪くない市場業績を取得していることは、決してこれらの企業が核心イノベーションを有しない状況において、永久に生存し、発展できることを指しているわけではないということである。

すでに自社のビジネスモデルが根本的なイノベーションに欠けているという先天的な欠陥を意識してからかもしれないが、アリババ又はテンセントは、いずれも既存顧客数の優勢をもって油断することなく、絶えずインターネット金融への参入、工業クラウドストレージとビッグデータサービスの提供、公共交通と自動車の製造、スポーツ投資と大衆娯楽産業、電子政務とスマートシティ構築プロジェクトへの参与等を含む新たなビジネスモデルを探索している。無論、このような努力は、いずれも「商務」性質に過ぎず、人々はほとんどいかなる技術イノベーションにおける進歩を見つけられない。ただし、かかる企業はそれぞれの研究・開発センターを持ち、早くからコア技術の研究・開発活動を開始しており、さらに、すでに実質的な成果を取得しているものの、いまだ社会に公開してないだけかもしれない。

(ii) ユーザー体験の改善を通じて、いわゆる「ラストワンマイル」のイノベーションによりもっと多くのユーザーを取得する。

中国のインターネット企業ではコア技術のイノベーションがない。しかし、ユーザーのニーズを満たすことにおいて、これらの企業は、確かに多くの努力を尽くし、いわゆる数え切れない「ラストワンマイル」イノベーションを完成している。すなわち、ユーザーに対して最も友好的で、最もユーザーに受け入れられやすい方法により、米国人の発明したインターネット技術における利用を極致に至らしめた。

産業チェーンの立場からみれば、「ラストワンマイル」イノベーションは、全体の市場価値がそれほど高くないかもしれないものの、同業競争に参加する数多くの企業において、イノベーション者を先駆けさせ、最終的な勝利をもたらす。最も重要なことは、同様なイノベーション技術だとしても、先行して完成し、かつ、利用のために投入した者が市場優勢において、一步遅れた者の勝利の機会を完全に喪失させてしまう。例えば、中国において、テンセント社は、先行してICQを模倣し、QQインスタントメッセージを提供しているのに対し、中国最大の移動体通信事業者である「中国移动」は、ほどなく「飛信」サービスを提供し、かつ、機能上ではQQとほとんど相違なく、特にユーザーが専用のアプリをダウンロードした後、機能上では完全にQQに取って代わることができる。中国移动社は、自社の「飛信」がQQに取って代わるだろうと思っていた矢先に、テンセントはさらに「微信」というより強い機能を持つインスタントメッセージを開発した。特にその音声チャット機能は、ほとんどすでに一般音声電話をに取って代わることができるが、モバイルデータ通信の制限による音質上の問題が存在し、現在に至るまでにまだ移動体通信事業者によるネットワークのサポートに依存しているからこそ、携帯電話は歴史的墓への埋葬を免れた。微信が天地を覆い尽くし、誰もが知るようになった後、中国移动社は、自社の「飛信」を改善することにより、強力なライバルを消そうとする気配を見せなかった。無論、微信の場合は、必ずモバイルネットワークに依存しなければならないので、その流行により移動体通信事業者の利益を損害するところが、反って数万倍ものモバイルネットワークのデータ量を増加させたということは、誰しも分かることである。したがって、現在、テンセント社のQQと微信は、すでに移動体通信事業者との間で相互依存するパートナー関係を結成してい

る。

そもそも市場経済は社会上のそれぞれの役割の間で分担・協力することを求めている。したがって、中国企業が「ラストワンマイル」イノベーションだけに責任を負うという役割の位置づけは疑う余地もない。しかし、問題は「ラストワンマイル」イノベーションがあくまでもコア技術を基礎としてこそ価値を有するということである。1つの国家にとって、コア技術を掌握していないことは、永遠に他人から制限を受けるということと等しい。筆者からすれば、「ラストワンマイル」イノベーションのみに注目するという現在の局面が短期間中に改良されない場合、中国のインターネット企業もまた先進国の同業者と同じ土俵で戦う機会を喪失するであろう。

(iii) 最も多くのユーザーを勝ち取ったものが勝者になる。

上述通り、インターネット環境下で、最も多くのユーザーを掌握し、最も多くの注目を集めた者が最も大きな利益を勝ち取ることができる。中国の企業経営者にとって、最大利営を実現することこそが在任期間中のコアな目標である。本課題の研究は、5つの企業に及んでいるが、いずれも管理層の報酬と販売業績との間に何らかの歩合制が実施されている。仮に、いわゆる契約制の「固定報酬」制の場合であっても、販売業績は変わらず管理層の能力を評価する最も重要な指標になっている。約束した任期中に契約締結時に設定した目標を達成できなかった場合は、重要な人物、ひいては管理チーム全体が契約満期後に継続雇用の機会を失ってしまう。

このような管理モデルにおいて、上層部が同時に企業の所有者を兼ねる場合、又は上層部が企業の営利目標に対する責任を負う必要がない場合を除き、全ての管理活動は最も多くのユーザーの獲得、利益の最大化又は類似の目標を中心に行わなければならない。無論、企業のイノベーション活動も例外ではない。調査・研究を受けた企業のうち、3社の中・小型企業は、ほぼ年度営利目標のみ設置し、中・長期発展計画については、完全に設置していなかった。2社の大手企業では、主な精力を市場安定とサービスの改善に投入し、我々に企業の具体的な中・長発展計画を提供してくれなかった。しかし、大手企業は、独立した研究・開発部門を設置しているため、イノベーション活動は、すでに企業の日常経営の一部となっていた。さらに、2社の大手企業は、ともに専門チームを設置し、先進国の同業他社の技術イノベーション状況とビジネス活動状況を追跡・研究し、「彼を知り己を知れば百戦殆うからず」を実現するために尽力し、随時最尖端の技術情報と可能な技術発展動向を掌握するために努力している。

(iv) 企業が発展して相当大きな規模になったとき、ユーザーは企業の「ファン」になる。

中国では俗に「店大欺客」と言う造語があるが、その意味は、「会社が強くなったとき、二度と特別に顧客及び消費者の気持ちに気を配らない」ということであり、ひいては消費者を脅迫してある品種の商品又はサービスを受け入れさせたり、消費者を「欺瞞」したり、さらには「虐め」たりすることを指す。法律制度が完備されるにつれて、消費者に対する欺瞞又は強制は、いずれも違法行為に該当し、法律による制裁を受けなければならないものの、もう一つの現象に対しては、法律をもって関与することができない。すなわち、1つの企業がすでに業界の「親分（ナンバーワン）」になっているとき、同社が行っている全ての行為は「ベンチマーキング」、ひいては標準となり、たとえそれがどのような欠陥や不足が存在するとしても、その他の同業者はそれを模倣するしかなくなり、消費者

さえも自然に当該企業の標準が最高標準であると認定してしまう。しかも、ひとたび、このような状態になった場合、仮に企業がイノベーションを考案しようとしても、特にまったく新しい経営プロジェクトを導入しようとする場合でも、既存ユーザーの受け入れ程度を考慮せざるを得なくなる。なぜならば、ひとたび既存ユーザーに受け入れられなくなると、必然的に大量のユーザーを失い、企業は従来有していた地位を失うことになる。

これは、すでに1つのパラドックスを形成しているようである。すなわち、インターネット企業が大きな規模になっているか否かについては、忠実なユーザーの数で判断しなければならない。そして、ひとたび、ある企業のユーザー数が一定のランクに達し、企業が依存せざるを得ない要素となったとき、企業のイノベーションと発展に影響を与えるおそれがある。かかる状況も中国の数社の大手インターネット企業が直面している一つの厄介な問題である。

3. いかに知的財産保護政策を調整すべきであるか

上述の紹介と分析によれば、現在、中国はすでに世界第二位の経済体になっている。しかし、事実上は依然として発展途上国であり、国家全体の市場競争力であれ、又は単一企業の競争力とイノベーション能力であれ、いずれもいまだかなり低いレベルに留まっている。したがって、中国政府は、ようやく「中国製造2025」計画を発表し、今後10～35年間の製造業とイノベーション能力における国家全体の奮闘目標を決定している。

総体目標の実現にしても、又は具体的プロジェクトの完成にしても、いずれも技術イノベーションから離れられず、技術イノベーションは必然的に知識産権の保護問題に及んでいることは明らかである。したがって、これは、「中国製造2025」で決定した目標が実現できるか、及び35年後に中国が国際社会全般においてどのような地位になるかについて、これからの知識保護政策が重要な役割を有することを意味している。

2015年5月8日、国務院は、「中国製造2025」計画綱要を公布した。国務院は、当該綱要の数箇所において、明確に知的財産問題に言及し、そして特に知識産権運用の強化を強調した。製造業の重点分野におけるコア技術の知識産権の備蓄を強化し、産業化による専利組合せと戦略配置を構築する。企業が知的財産を運用して市場競争に参入することを激励・支持し、一群の知的財産の総合的な実力を有する優勢な企業を育成し、知的財産連盟の構築を支持し、市場主体が知的財産協同運用を展開することを推進する。健全な知的財産評価制度を構築し、業界の基幹企業及び専門機構が重点分野において、専利評価、購入、運営及びリスク予測と対応について連携・展開することを激励・支持する。知的財産総合運用に関する公共サービスプラットフォームを構築する。多国籍知的財産許諾の展開を奨励する。中小企業の知的財産出願、保護及び権利維持コストの低減に係る政策措置を研究・制定する。

2015年10月29日、中国共産党第十八期中央委員会第五回全体会議で議決された「国民経済と社会発展第十三回目の五カ年計画の制定に関する中共中央の提案」において、政府は、科学技術体制の改革を深め、産業技術イノベーション連盟の構築を導き、多分野・多業界にわたる協同イノベーションを推進し、科学技術と経済との深い融合を促進することを提案した。技術と知識産権取引プラットフォームの構築を強化し、実験研究、実験調査から生産に至るまでの全過程の科学技術イノベーショ

ンの融資モデルを構築し、科学技術成果の資本化・産業化を促進する。包括的イノベーション支持政策体系を構築し、金融支持と税収優遇度を拡大させる。知的財産分野の改革を深め、知的財産保護を強化する。

2015年12月8日、国務院は、対外的に「新情勢下における知的財産強国構築の加速化に関する若干意見」（以下「意見」という。）を發布した。当該「意見」の序言部分において、国務院は、中国では現在、依然として「知的財産は、莫大であっても強くなく、多くても優位ではなく、保護が厳格ではなく、権利侵害が多発・容易発生し、イノベーション創業の熱情に影響を与える等の問題」に直面していることを認識した。かかる問題を早期解決するために、国務院は、「四つの堅持」を提案した。すなわち、戦略的な引導を堅持し、改革とイノベーションを堅持し、市場の主導を堅持し、統一的に計画し各方面に配慮することを堅持する。目標は、2020年までに知的財産権の重要分野及び肝心なステップの改革において、決定的な成果を取得し、知的財産権の付与・権利確定と法執行保護体系をさらに改善し、基本的に明晰な権利範囲、合理的分担、権利と責任の一致、高効率運転及び法治保障による知的財産体制・メカニズムを形成し、知的財産の創造、運用、保護、管理及びサービス能力を大幅に向上させ、更にイノベーション創業環境を最適化し、徐々に産業をもって国際競争に参入する知的財産の新たな優勢を形成し、基本的に知的財産統治システムと統治能力の現代化を実現し、一定数の知的財産の強い省・市を構築し、全方位にわたる知的財産大国の地位を強固なものにし、中国の特色、世界レベルの知的財産強国を構築するために、堅実な基礎を固める。

紙数に限りがあるので、本文では上述の三つの公文書に係る具体的な内容を詳細に述べずに、個人の理解に基づいて、この三つの公文書において、本課題研究に係る情報を紹介する。

（1）いかに知的財産「大国」から知的財産「強国」に転換するか？

世界一の人口大国という地位によって、中国が何をするにしても、先進国と比べ、短期間で素早く「大」になれる。しかし、かかる「大」は、主体個数の量だけを指し、具体的に単一主体をみたときに、国際競争力又は消費者の認知度にかかわらず、いずれも先進国の競争相手と比べることができない。知的財産分野においても同様である。

通常、中国で知的財産「大国」を体现するための指標は、法律上で認められた知的財産権の件数が世界一に達している状態、特に専利と商標等の産業財産権の数を指している。中国の知的財産権が「大きくても強くない」と言われている原因は、まさにこのように膨大な数の知的財産権が所有者に実際の市場競争力をもたらしておらず、さらには実際の利益ももたらしてないだけでなく、数多くの所有者に重い権利保護の負担を背負わせているからである。

大多数の業界関係者は、中国の知的財産権の件数が激増している主な原因の一つがまさにここ数年間の、政府の支援政策にあること主張している。すなわち、政府が財政資金を用いて知識産権の権利者を奨励したことにより、多くの人が当該奨励を目当てに出願するようになり、ひいては専門的に知識産権の出願と登録の手續を代理して、政府手当を受領する機構や人が現れるようになり、専利出願において虚偽出願、二重出願が大量に発生するようになった。商標の場合、今まで中国は、主に「先願主義」の登録制を実施し、かつ、登録商標に実際の使用を求めてこなかった。総じて言えば、制度問題が産業財産権証書の氾濫をもたらす一番目の原因である。

この問題を根本的に解決するために、当然政府は優先的に関連制度と政策を改正しなければならない。例えば、知識産権の付与に対する政府の財政手当を完全に撤廃し、かつ、政府部門の審査から知的財産権件数の項目を排除すること、国家知識産権局が二度と各省・市・区の専利出願と権利付与のランキングを公布しないこと、各地が馳名商標、著名商標に対する奨励をなくし、二度と馳名商標の認定状況を公布せず、地方政府が二度と著名商標の選考を行わないこと等である。総じて言えば、知的財産権は私権に当たり、法律と規則を制定、執行するほかに、政府は、私権の取得と行使状況に対し、二度といかなる関与もしてはならない。

次は、知的財産代理サービス市場を整理・規範化し、専門的に悪意の商標登録出願を代理し、かつ、政府手当を騙し取ることを目的とする専利出願代理機構と人員に対する懲罰を強化すると同時に、悪意による出願については、その関係機構と個人の信用記録の中に記録すべきである。

さらには、経済的レバーを利用して、知的財産の権利付与の件数を調節すべきである。例えば、出願料の値上げ、権利保護費の値上げにより、実用価値のない出願について、最初から権利付与プログラムから排除し、かつ、所有者に関連専利又は商標の登録を放棄させる。それに相応して裁判所でも訴訟の敷居を高めると同時に、濫訴に対する懲罰を拡大すべきである。

なお、立法機構は「商標法」意義上の「使用」に対して厳格に解釈すべきであり、それにより使用していない、真正な使用意図がない登録商標を無効にすべきである。無論、理想な状態は、商標登録ステップに「真正な使用意図」の要求を導入し、実際に使用する可能性のない登録出願については却下すべきである。司法手続の中では未使用登録商標を保護しない制度を堅持することにより、登録証書一枚で儲けようとする者がその目的をかなえないようにすべきである。

（２）知的財産保護力は、どの程度までに強化すべきか？

絶大多數の人は司法判決における賠償額の大小をもって比較することに慣れており、かつ、それにより国家の知識財産保護力の強弱を断定している。このような基準に基づくと、中国の知的財産権侵害事件、特に専利権侵害事件の権利者が勝訴後に得られる賠償額は非常に少ない¹¹。しかし、当該内容を根拠にすれば、中国の知的財産保護力は確かに低すぎると認定せざるを得なく、多くの業界関係者の反対を招く可能性がある。その主な原因は、下記のとおりである。第一、賠償額の多少は、権利者の主張及び権利者が提供する証拠により決定されるものであり、法律には何ら制限に関する規定がない。第二、原告の専利そのものがそれほどの価値がなく、又は関連専利の高い価値を証明できる証拠を提供していない。第三、実務上、専利権侵害が権利者に巨額の損失をもたらしたにも関わらず、裁判所がその賠償を認めなかったことを証明できる事例は、未だに一つも存在しない。

賠償額が少ないことを理由に中国の知的財産保護力が欠如していると考えるほかに、権利侵害事件の「多発」もまた、先進国が中国の知的財産の保護力不足を非難する肝心の指標の一つである。国务院の「意見」においても権利侵害事件の多発問題を指摘していた。すなわち、権利侵害事件の発生件数を知識財産保護政策の強化目標に取り入れるものの、正直に言えば、当該目標は恐らくいずれかの上層部及びその上層部が制定する何らかの政策により決定されるものではないであろう。数多くの人

¹¹ 中南財經政法大学の呉漢東教授の研究チームは、かつて当該方面に係る統計研究を行い、非常に詳細なデータを掌握している。

は、賠償額が少なすぎることで、すなわち、権利侵害のコストが低すぎることでこそが権利侵害事件の多発をもたらしている原因と考えているのかもしれない。しかし、我々はまだ当該内容に関するなんらかの実証研究を見つけることができない。筆者の立場からみれば、中国の知的財産侵害事件が多発する原因は、次の内容が含まれる。一つ目は、中国の人口が多すぎることであり、人口の基数が大きいことは、必然的に全ての要素における統計結果を非常に大きくしている。二つ目は、中国は社会のモデルチェンジ時期にあり、相当多くの人は、いまだに社会において体裁のいい立ち位置を見付けておらず、さまざまな不法手段により自己の利益を追求しようとしていることである。三つ目は、中国の伝統的文化の中で無体物に対し、効果的な価値認識が形成してこなかったことである。特に、他人の知的財産に対する使用行為が一般的な窃盗、欺瞞、強奪等の不法行為に関連付けられていない場合、多くの人々は、当該行為が不法行為であると認識しない。すべての一般公衆に無体物の価値観を確立する場合は、少なくとも百年以上の時間がかかるであろう。したがって、事件発生率を減少させることは、目下の目標の中で実現しかねる内容の一つである。

一部の人は、刑事制裁の力を強化し、かつ、刑事責任の普遍化を実現することは、知的財産侵害行為を抑止するための有効な手段であり、かつ、数多くの権利者も警察の介入、特に「逮捕する」という方法で権利を保護することを望んでいる。しかし、中国の警察法執行活動に対する全体的な制約に伴い、事件の届出を受けた大多数の公安機関[中国の警察組織]は、徐々に知的財産に係る事件が民事案件に該当すると認識し、立件しない傾向にある。それと同時に、筆者を含め多くの人において、被疑侵害者の人身自由を制限することにより、私権を保護する方法は、絶大多數の公衆に認められず、かつ、基本的人権原則に反すると考えている。無論、刑罰は、人身自由に対する制限だけに限られず、更に関連物品の廃棄、罰金の徴収等も含まれる。しかし、かかる刑罰は、通常、民事手続によって権利侵害の成立が認められたことを前提に、適用することができる。

上述の分析によれば、いわゆる知的財産保護力を更に強化するために、可能な空間に次の内容を含むべきであるということがわかる。一つ目は、立法業務を更に改善し、一部の国際公認の法律規則を法律規範に導入することである。二つ目は、権利付与と訴訟手続を最適化し、できる限り権利者の時間的なコストを低減させることである。三つ目は、法定賠償額の上限を高め、かつ、適切に裁判官の自由裁量権を拡大させることにより、個別事件の単一事件賠償額を大幅に高める¹²ことである。四つ目は、「懲罰的賠償」制度を導入することである。具体的な事件の状況に合わせて、裁判官が権利侵害者に対し、権利者が証明した損失に基づき、当該損失の数倍にもなる賠償額の負担を命じる判決を言い渡す。五つ目は、信用記録制度を導入することにより、悪意による知的財産権侵害行為を不良記録に記載し、かつ、法により権利侵害者のビジネス活動を制限することである。

(3) 一種の基本的立場として、中国は「独占」を支持すべきか、それとも「自由競争」に対する小玲を選択すべきか。

知的財産は、合法的な独占として見なされている。特に専利は、そもそも「独占」という意味である。したがって、知的財産に対する保護は、少なくとも一定の意義において、独占を保護することで

¹² しかし、「ニューバランス」事件における9000万元以上の賠償金についての判決は、すでに多くの注目を浴びており、かつ、法官自由裁量権を疑う典型的事例となる可能性がある。

あり、特定の技術と知識における少人数による独占を保護することである。

現在、中国は依然として発展途上国であり、まだ計画経済から市場経済にモデルチェンジする過程にあって、自由競争の市場メカニズムの形成は遥かに遅れている。このような歴史的な段階において、極めて重要な任務は、計画経済期に形成された独占を打破し、さまざまな資本を自由に各業界に参入させることにより、最終的に相互が公平に競争できる市場メカニズムを形成することである。知的財産保護制度の本質は、強者が一層強くなり、弱者が更に弱くなる法律制度である。強力な知的財産保護は、従来からの制度的独占の基礎上に、より深刻な市場独占の局面を形成するのではないかと考えられる。

上述のような問題は、常に誰かが提起しており、かつ、さまざまな場合において、繰り返し意見が衝突しているものの、いまだに公式見解が得られていない。しかし、事実上、中国政府は、すでに知的財産保護を一層強化することを選択している。無論、知的財産保護を強化することは、決して必然的に独占を保護することではない。なぜならば、知的財産法制度を整備させる過程において、立法者は知的財産権濫用の防止と制限に用いられる制度についても考えているからである。したがって、中国が各種のルートを通じて伝えている知的財産保護の強化に係る情報の中には、トップ企業が市場支配的地位を濫用することを許可するという要素が含まれていない。2014年末から2015年初に至るまでに、中国国家発展改革委員会が米国クアルコム社に対して科した人民元約61億元の処罰決定¹³は、上述の内容を有力に説明していると言える。

¹³ 参照 <http://tech.sina.com.cn/t/2015-02-10/doc-ichmifpx7646750.shtml> [最終アクセス：2016年3月]。

Ⅲ. 財産権制度における知的財産の承継とイノベーション

中南財經政法大学 知識産権研究センター 熊 琦 教授

1. 序論

知的財産史は、情報の所有権化に係る歴史であり、知的財産制度は、生まれた当時から科学技術の発展と密接に関連し、技術と文化イノベーション及び保護の権利に基づくものである。何れの技術の変遷も、知的財産制度の設計に対して影響をもたらさう¹。したがって、知的財産法は、少なくとも科学技術の発展がもたらす問題に応じてこそ自己のインセンティブ機能を実現でき、有体物に基づくその他の財産権に比べ、知的財産制度の安定性は、比較的脆弱である²。所有権化の過程は、原有利益の再分配を意味し、新技術によりもたらされる新市場も新たな脅威をもたらし、変革の時代に直面し、様々な利益集団は、必然的にかつ積極的に自己の利益に有利な正当性のある理論的な解釈を発掘しているが、それにはロマン主義の労働財産権説、人格権理論³、功利主義のインセンティブ理論もあれば⁴、徐々に成形している民主論と人権説もある⁵。かかる理論又は論証が知識産権の理由を拡張したり、又は知的財産権の見解に対する制限を主張したりすることは、何れも異なる立場から知的財産制度がある範疇内においてその合理性を有することを論証しようとしている。理論学説の正反対は、必然的に現実制度の選択上の難儀をもたらし、更に制度機能の実現に影響を与えてしまう。如何に真っ向から対立する概念上の衝突を回避するか、如何に情報の所有権化を推進する原動力を発掘するか、これらは、知的財産制度の次の発展を決める肝心な問題となる。

知的財産制度の発展歴史からみれば、知的財産制度の変遷と理論の変革は、相互補完的なものであり、事実上、従来ではいわゆる唯一の知的財産理論体系が存在せず、如何なる正当性の解読は、実践上のニーズを基礎にして形成されている。歴史上、知的財産制度の変革は、ずっと知的財産産業の投

¹ Robert P. Merges, Peter S. Menell and Mark A. Lemly, *Intellectual Property in the New Technological Age* (4th edition), Aspen Publishers (2006), p. 367.

² 知的財産の客体は、一種の公共用品 (common goods) として、非競争性 (Non-rival) と非排他性 (Non-excludable) を具有し、前者は、公共用品が一旦出来上がると無限に使用でき、新たな利用者の加入により、その価値が低減されることがないことを意味し、後者の場合は、所有者に如何なる費用も支払う必要なしに、人々が使用できることを説明する。従来では技術的原因により、権利者がその外部性を制限しようとする場合、すなわち、使用料を支払っていない者を排除し、そのコストが非常に高かった。それゆえ、無形財産としての著作物は、土地、不動産などのような有形財産と同様に自由に処分・交換することができなかったが、それは、使用料を払っていない者の「ただ乗り」の問題を解決することができなかったためである。かかる状況下で、知的財産の客体は、法律を介してこそ「強制性の希薄」を実現でき、法律を通じて権利類型を設計する方法は、より重要なことである。知的財産公共用品に対する経済学分析については、次を参照されたい。Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982), pp. 1610-1611, Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 Tex. L. Rev. 1031 (2005).

³ See Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 Geo. L. J. 287 (1988).

⁴ See William Landes and Richard Posner, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. Legal Stud. 325 (1989), Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (6th edition), Aspen Publishers (2003). Lemley, *supra* note 2.

⁵ 民主論について、主に次を参照されたい。Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 Yale L. J. 283 (1996), Neil Weinstock Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena*, 51 Vand. L. Rev. 217 (1998). 人権学説について、次を参照されたい。Laurence Helfer, *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence*, Program in Law and Public Affairs, Princeton University, 2003, Research Paper No. 04-003, Paul L. C. Torremans (ed.), *Copyright and Human Rights*, Kluwer Law International (2004).

資家と著作物のユーザーの間で行われた所有権の帰属問題上のゲームプレーの結果であり、今日、適用されている知的財産制度そのものには、如何なる必然性又は唯一性がない。その他の制度と同様に、立法者が知的財産制度の発生時に行っていた選択には試行錯誤があり、我々は、制度適用の前に必ずしも正確であると断言できないものの、当該制度はが初期段階の運用において利益の増加を実現するのであれば、迅速により広範に学習・普及され始めるものである。ハイエクは、かかる現象を「提携上の秩序拡張」と呼んでいた⁶。知的財産制度の変遷過程で諸解釈論が現れる根本的な理由は、一方で「理性が及ばぬ」認識上の局限性によるものであり、もう一方では、同時に試行錯誤の方法による利益再分配である。知的財産制度の変革が社会と科学技術の進歩によりよく適応させるために、我々は、特定な立場に立つての構築又は批判を断るべきであり、よりマクロな視覚により制度の変遷過程を解釈すべきである。新制度経済学における「誘致性の変遷」理論 (Induced Institutional Change) では、系統的に「提携上の秩序拡張」を解釈し、制度の変革は、先ず個人又は団体が新たな利益の取得機会に応答するときに提唱するものであり、更に徐々に学習と伝達を通じて拡張してきた変遷モデルであり、政府命令と法律により導く強制性の変遷と区別されていると主張している⁷。様々な歴史段階において、知的財産産業の投資家とユーザーの間の利益関係は、変動しやすいものであり、我々は、ある立場における既存の価値観に基づいて知的財産制度の変革趨勢を評価すべきではなく、社会における様々な利益集団がゲームプレーと協議を経て私的秩序 (private ordering) を形成し、かつ、制度に対し、性能稼働率を実施することを通じてその諾否を行い、かつ、最終的に公的立法の中で吸収することを許さなければならない。これは、我々が当事者として傍目八目というような制限性を回避し、マクロ的な観点から制度変革と理論解釈の間の関係を分析し、如何に伝統的な財産権制度と私権モデルが知的財産度に入られるかを整理し、かつ、その更なる発展のためにより多い知的支援を提供するのに有利である。

2. 知的財産権と財産権の歴史関連 — 利益集団の法制定・ゲームプレーと理論の選択

米国学者ポール・ゴールドSTEIN (Paul Goldstein) は、かつて知的財産法の不安定性は、それが立脚するための基礎理論が決して完璧ではないからであると指摘した⁸。楽観主義者は、自然権利を通じてその権利を守ることができ、悲観主義者は、個人の自由を借りて拡張を反対することができるが、立法者と裁判官による結論は、上述の理論と完全に無関係になる可能性もある⁹。知的財産制度の変革は、情報の所有権化の過程で体现されるものであり、当該過程は、技術的進歩が情報利用の利益を増加させることから起因され、権利者は、それにより「内部化」がもたらすコストを受け入れることができる。歴史を見渡してみれば、正に印刷術が普及されたことで、コピーのコストが低減でき、著作物の価値も際立ち始め、著作物の売買を通じて利益を実現するビジネスモデルが生じ、直接利益分配を王室から出版業者へ転向し、更に出版業者が提唱する知識産権法が生じた。その後、毎回

⁶ 【英】ハイエクを参照 「致命的自負」 訳者 馮克利 中国社会科学出版社2000年版、第1、73～96ページ。

⁷ 具体的には林毅夫を参照する。「制度変遷に関する経済学理論—誘致性変遷と強制性の変遷」 【英】コス等に掲載、「財産権利と制度変遷」 訳者 劉守英等 上海三聯書店1994年版 第384ページ。

⁸ See Paul Goldstein, *Copyright*, 38 J. Copyright Soc'y 109 (1991), pp. 109-111.

⁹ Paul Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox (Revised Edition)*, Stanford University Press (2003), pp. 10-11.

の伝達技術の突破は、何れも知的財産制度に衝撃をもたらし、20世紀90年代から普及し始めたデジタル技術は、更に知的財産制度を構造的変革に直面させている¹⁰。利益の再分配の過程において、既得権者と新たな権利者の間では必ず競争関係が存在し、特に所有権規則は、変化寸前において、各関係者は、何れも立法に影響を与えることを通じて利益分配が自己に傾けるよう尽力し、かつ、自己利益を支持するための理論体系を探し、鼓吹していた。かかる現象は、知的財産制度が生じる段階で直ちに始まり、現在の知的財産の国際化の段階に至るまで益々激しくなりつつある。

歴史上、投資家は、往々にして利益平衡の突破口になっている。ビジネス目的のために、投資家は、一貫して全力を尽くして知的財産を自己の制御範囲内に納めようとしている¹¹。様々な段階において、投資家の構成もそれぞれ異なっているものの、それには主に発明者と伝達者と言う両種類が含まれている。自己の利益が法的かつ社会的に認められることを目指し、投資家は、様々な時期において様々な理論をもって自己利益の正当性を解釈している。

（1）産業化と貿易化の興起期のロマン主義の知的財産観

その他の法律制度と同様に、知的財産法もある国家の内部ニーズから起源されている。ベニス独占法案にしろ、又はイギリスのアン法にしろ、何れも本国の関連産業の発展ニーズに対する応答であり、正に本国の経済モデルと産業発展が相異することにより、知的財産法を構成する著作権法、専利法と商標法が様々な国家で様々な時機に生じさせている。19世紀に入ってから、工業革命の影響が深まるに伴い、及び欧州国家の面積と人口の要素などにより、多国貿易は、欧州国家で経済を発展させるための重要な動力を形成し、一つの国家の文化と科学技術分野における進歩性の成果は、他国で保護を受けることが重要な議題となり、区域化された知的財産の保護が現れ始めた。1828年、デンマークでは、他国との互惠要件に基づき、外国著作物保護に係る指令を發布し、1827年～1829年の間には、プロシアとドイツのその他州と32項の双務条約を締結し、引き続きフランスと英国等の国家と数多い著作権保護に関する双務条約を締結した。19世紀末に至って、主な欧州国家の間ではすでに双務条約を特徴とする区域性の著作権保護体系を構築していた¹²。著作権制度と同様に、専利と商標制度も徐々に双務条約時代に入り始めた。1883年のみですでに69個のビジネス協議、領事協議、宣言と特殊な手配を含む双務条約を採択した¹³。

印刷術が発明される前の時代において、著作物のコピーは、完全に手作業で転写していたので、その伝達コストは非常に高かった。一冊の書籍を買うために支払う費用は、主に複写本を転写するための手作業費用であり、著作物自体の価値ではなかった。印刷術の応用により、出版業は、徐々にビジネス化された運営へ進み、利益を求める手段に変わってきた。当時、著作物自体の価値は、すでにコピーのコストを超えてしまい、図書の市場価格と印刷コストの間では、ビジネス利潤を取得するため

¹⁰ See Peter K. Yu, *Intellectual Property at a Crossroads: Why History Matters*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 1 (2004), p. 2.

¹¹ Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press (2004), p. 173.

¹² Peter K. Yu, *Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime*, 38 Loy. L.A. L. Rev. 333-339.

¹³ *Id.* at 343-348.

の空間が現れてきた¹⁴。国家の立場からみれば、出版業は、新政府の税収上の成長点でもあれば、新思想の伝達ルートでもあって、政府が制御できる対象となってしまった。ビジネスの立場からみれば、図書貿易により、出版業者は、新興産業の投資家として現れるようになって来た。当時の英国では印刷技術に対する欧州出版業界協会の独占を打破するために、本国の税収を増加し、エリザベス女王は、「独占販売」を条件にして欧州大陸の印刷労働者と印刷技術を導入し、英国工業の発展を促進させた。

英国女王の政策によれば、英国王室は、十六、十七世紀の間において、印刷労働組合に対し、独占出著作権を付与し、技術を導入すると同時に、言論に対する取締も実現した¹⁵。十七世紀末に至り、印刷術は、二百年以上になる期間で、徐々に発展・普及し、独占経営権を介する保護過程において徐々に諸問題を生じてきた。1694年、英国国会は、王室に反抗し始め、許諾法案の改正を拒むことにより、言論自由に対する王室の制限を喪失させ、印刷労働組合が所有する権利は、海賊版業者に対し、損害賠償を求める民事権利しか残らなかった¹⁶。印刷労働組合は、独占審査特権を求められなくなった後、その策略を変え始め、著作者の権利に対する保護を強調し、著作者に対する財産権の付与を主張することにより、著作者の創作を激励しようとした。3年間の遊説を経て、国会は、とうとう1710年に「アン法」(the statute of Anne)を採択した。しかし、「アン法」については、著作者の保護に関する法律と言うより、出版業者の独占的利益を継続させる産物と言ったほうが適切であり、それが元来の著作者、出版業者と消費者の間の利益分配状態を変え、そもそも出版業者が独占していた権利が何れかの者に享有され、文学作品の財産権が出版業者業界の特権の中で独立しているものの、実質的には、出版業者が継続的に図書出版業に対する制御を維持するために取っている迂回方式の立法戦略に該当する¹⁷。知的財産権が著作者の「私権」になっているように見えても、印刷技術と設備が何れも出版業者の手中に掌握されているので、著作者は、報酬を取得するために、必ず知的財産権を出版業者に譲渡しなければならず、さもなければ、出版業者は、著作者のために著作物を印刷するようなことをしない。知的財産権を「私権」として看做すことは、腐心して著作者から知的財産権を「自由に」出版業者に譲渡させるためである。

「アン法」が採択された後、出版業者は、そこで手を引くのではなく、いわゆる著作者に永久性の権利を取得させるために、出版業者は、それぞれmillar v. TaylorとDonaldson v. Beckettの2つの事件において、慣習法上の永久な知的財産権を主張していたが、これら両事件も知的財産史上の著名な「文学財産権問題」を形成している¹⁸。上訴過程において、前者事件の弁護士は、労働財産権学説を利用して知的財産権の正当性を解釈し始めた。弁護士は、著作物を著作者による知的労働の成果として看做していた。文学作品は、著作者の労働と天賦の結晶であり、著作物により生じた利益は、当

¹⁴ 具体的に頼文智の「数位知識産権法」を参照する。翰芦図書出版有限公司2003年版 第7ページ。

¹⁵ See L. Ray. Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press (1968), pp. 92-112.

¹⁶ 当時の出版業者は、「出版業者自体が実際損失金額を確定することは、ほとんど不可能である。仮に海賊版業者が千冊の海賊版本を印刷した場合、かかる本が英国各地の百・千人を超える人々が購入する可能性があり、出版業者はそのうちの十冊すら回収することができない」との文句を言っていた。See Goldstein, *supra* note 9, at 31-37.

¹⁷ See Michael D. Birnhack, *The Idea of Progress in Copyright Law*, 1 Buffalo IP. L. J. 3 (2001), pp. 4-6.

¹⁸ 両事件は、前後して一勝一敗であり、最終的に知識産権を永久性の権利に成らせなかった。具体的な内容は、次を参照する。Brad Sherman & Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property: The British Experience, 1760-1911*, Cambridge University Press (1999), pp. 11-42.

然に著作者により享有されるべきである¹⁹。

したがって、次のとおり、考えることができる。知的財産権が徐々に独占権から私権へ進化することには、決して先にいわゆる「自然権利」又は「自然法」を理論の基礎とすることがあったのではなく、新技術の普及過程において、産業組織（印刷業界協会）を代表とする出版業者（投資家）が極力争った結果であり、彼らの目的は、新興科学技術を通じて得るべき利益を争うことに過ぎないものの、法案の採択を目指すためであり、彼らの理由は、「著作者と読者を保護」することであった。「アン法」の正式名称は、「知識創作を奨励するために、すでに書籍に印刷された図書について、著作者及び購買者に対し、一定の時期内における権利を付与する法律」であり²⁰、当該法案の立法目的は、出版業者が著作者の許諾を得ずに、無断でその著作物を印刷・作成、出版、再出版することを回避し、かつ、知識人が実用的な書籍を創作することを奨励することであると明確に表明していた。したがって、アン法を第一部の著作者権保護法として看做すことは誤読である。先ず、排他的権利として、出著作権は、1695年の図書出版許諾法の中で確立されていた。次に、アン法の最終目的は、著作者の権益を保証するのではなく、当時の政治条件下で再び立法の形式をもって、間接的に図書貿易における出版業者の知的財産権を確認し、当時の人文主義の思潮が隆盛していることを借りて、人の主体的な地位を際立てさせていることにあり、ロマン主義の労働財産権学説と人格権理論は、出版業者の理論上の「イチジクの葉」になっていた²¹。彼らは、知的財産制度の正当性を「公有」資源に対する人類の労働への肯定と著作者の「自由意志」を保護する表現上に構築したが、これは、明らかに投資家としての自己の利益をより旨く隠すためであった。

（2）産業化と貿易化の発展期における商品化された知的財産観

第二回工業革命以降、新技術の更新速度は、徐々に加速化されていた。19世紀末から音楽著作物は、レコードの形式で伝達され始め、映画技術により小説と演劇も映画の姿で現れ、録音機、複写機とビデオデッキ等の設備が続々普及されてきたが、これらは、何れも元来出版業者に専属されていたコピー技術を大衆に享有させるようになった。新技術は、一方で新たな客体類型の取引モデルの出現を促進し、新たな利益空間をもたらし、もう一方では、知識産権取引に対する知識産権者の制御能力を絶え間なく弱化させた。過去、単純に図書貿易に投資していた出版業者も図書、音楽と映画等の各分野における著作権企業と発展し、知的財産制度に恵まれている新興階層を構成した。新たな知的財産市場から利益を得るために、投資家は、極力立法機関を遊説して、知的財産の客体と権利の類型を拡

¹⁹ Sherman & Bently, *supra* note 18, at p. 16. 労働財産権学説に導入した史料については、Vaidhyathan Siva の「著作権保護した誰」 訳者 陳宜君 商周出版2007年版 第59～63ページ。

²⁰ アン法の英語の正式名称は、an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentionedである。

²¹ ジョンロックは、1690年にその「政府論」において、労働財産権学説を提出したとき、折りしも知的財産制度の誕生を迎えたが、労働について、財産権の正当性を取得する根拠であると解釈し、知的財産制度上に参照・運用され、英国の知的財産制度における主流学説となった。人格権理論は、欧州大陸法系で哲学の中の先験主義を参照し、主体意志の立場から知的財産制度を構築している。例えば、フランスでは、1789年の「人権宣言」において、「自由交流思想と意見は、最も貴重な人格の1つであるので、全ての公民は、法律で規定する状況下で自由の濫用について責任を負うほかに、著作者は、自由に言論を発表し、著述、出版することができる」と規定している。両種類の理論の参照歴史については、それぞれ Sherman & Bently, *supra* note 18, at pp. 23~24, David Saunders, *Authorship and Copyright*, Routledge (1992), pp. 107~110.」を参照されたい。

大させることにより、新たな客体と権利に対する制御範囲をカバーしようとしていた。最も先に新技術が出現された米国において、投資家の利益集団は、通常、先ず訴訟の方法を通じて、新たな法改正の意図を提起し、追って国会の法改正討論の中でその他の利益集団の代表と長たらしいゲームプレーを行った。文字著作物と音楽著作物に係る典型的な案例としては、(1) 1907年のWhite-Smith Music Publishing Co. v. Apollo Co. 事件であるが、米国のある楽譜出版業者が一年間の訴訟を経て、強制許諾制度 (compulsory license) を設立する方法により、音楽知的財産権者が機械的にその著作物をコピーする権利をコントロールするとした²²。(2) 各業界の著作権企業が連合・構成した「米国作曲家作詞家出版者協会」(ASCAP) は、音楽ユーザー (バックグラウンドミュージックを使用する百貨店及びコーヒーショップ等) と司法部 (トラスト反対問題によって、ASCAPを起訴した) 等との談判を経て、最終的に集団管理組織を介する知識産権補償金の収集を実現できた。Williams & Wilkins Co. v. United States 事件を通じて図書館でのコピーを知的財産制御範囲内に納めようとしたが結果が得られなかった後、出版業界の企業も米国国会に非営利性質の著作権取引センター (Copyright Clearance Center) を提唱・設立させることにより、補償金の収集を行い、ますます広まる私的複製問題の緩和を強く要請した²³。ビデオ著作物については、Sony事件が最も代表的な事件である。関連出版グループは、かつて1976年の知的財産法改正時に、米国国会を説得し、立法を介して家庭向けビデオデッキを使用して録画する行為を禁止しようとしていたが、国会は、改正案が最後の肝要な時に夭折する事態を回避するために、家庭録画に係る条項を削除した²⁴。米国連邦最高裁判所もSony事件の終審判決において、本事件に及んでいるビデオ設備のコピー機能が権利侵害行為に該当しないと判定した²⁵。Sony事件で実質的に反映しているのは、コピー設備をコントロールする私人に対する知識産権者の恐怖であった。Sony事件において、コピー設備の普及に対するコントロールに係る既定目標が実現できなかったのも、知的財産権者は、補償金制度を利用してコピー行為をコントロールすることへと方向転換し始めたが、その努力の結果は、正に米国で1992年に効力を発生した「オーディオ・ホーム・レコーディング法」(The Audio Home Recording Act) である。当該法案では、米国国内で販売するデジタル録音設備には、必ず「シリアルコピーマネジメントシステム」(SCMS) を追加・装着し、かつ、デジタル録音設備を製造する企業も、必ず一定の知的財産補償金を納付しなければならないと規定していた²⁶。なお、注意すべきところは、ラジオ局、テレビ局、図書館とコピー設備製造業者を代表とするユーザーも、当該段階内において正式に利益協議における一方当事者として現れ、上述の一連の事件において、合理的使用等に係る知的財産法の制限性の規定を運用して知的財産権者の意図を撃破した。

模擬コピー時代の知的財産制度は、一層ビジネス化の特徴を具有し、著作権産業は、経済成長の重要なセッションとなり始めた²⁷。産業化の雰囲気の中で、知的財産の客体は、一種の商品として看做されることがより多く、過去、印刷術の時代でそれを著作者による労働の結晶又は精神又は人格の表

²² Goldstein, *supra* note 9, at pp. 53-54.

²³ See *Id.*, pp. 54-62.

²⁴ 具体的な内容については、頼文智、前掲脚注14) 24頁。

²⁵ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 102 S. Ct. 2926 (1982) .

²⁶ 頼文智、前掲脚注14) 26頁。

²⁷ 米国が1959年に発表した研究報告「米国版権産業の規模」を表しに、米国は徐々に知的財産業の重要な意義を認識し始めている。具体的な内容については、張梅の「版権産業と版権保護」を参照されたい。「知識産権」2006年第3期。

現として看做することがなかった。したがって、著作権企業は、自己の自由意志による知的財産法の改正を争うとき、多くは実用主義の立場から出発し、功利主義と経済学の理論と言う武器を運用して、知的財産制度の正当性を解釈した。当該理論では、完全にコストと利益の立場から出発し、知的財産権者に対し、排他的権利を付与することは、権利者に「表現コスト」を回収させることにより、経済上の効率性の低下を回避し、合理的使用等の権利制限制度の役割は、市場の失敗（market failure）の発生、又はインセンティブ機能の低下を前提下に公共利益を促進できるときこそ適用することができる²⁸。なお、ユーザー側もコピー技術の普及により利益集団が形成し始め、かつ、立法問題において知的財産権者と対抗した。それゆえ、知的財産制度は、「世俗化」時代に入り、双方は、真にその利益・ニーズを代表する理論を歴史の舞台に立たせた。

（3）産業化と貿易化の世界的発展期における多元化の知的財産観

情報時代に至って、ネットワークとデジタル技術の成熟と普及につれて、著作物の伝達方法にも根本的な変化が生じている。米国学者トロッター・ハーディ（Trotter Hardy）は、かつて、情報技術は、記憶、処理と伝送上における情報の進歩を著しく発展させるだけではなく、個人の情報取得ルートを破天荒に増加させ、更に政府、組織及び個人が発展に際して、如何に情報を取得、使用、伝達するかの方法において、無限な可能性を残していると述べた²⁹。ネットワークは、デジタル化の著作物がその媒体に依存せず、一種の伝達方式として、著作物に対するユーザーの利用が「間接的占有担体から直接体験内容へ」（From having copies to experiencing works）を実現し³⁰、知的財産権者も私人コピーについて監督コストを負担することができなくなった。ある学者は、著作物が主に伝統的媒体を介して伝達されていた時代では、公衆が随意に著作物に接触することを制限する手段は、往々にして担体に対するコントロールであり、知的財産制度を実施した効果ではなかった³¹。一旦、公衆が担体なしに直ちに著作物の内容を取得することは、既存の知的財産制度では、その立法目的を実現することができなかったと指摘している。

知的財産権者は、私的複製氾濫によるただ乗り行為を防止するために、再び法改正を通じて私的複製を阻止することを希望していた。一方では、知的財産権者は、自力救済の方法を通じて、かつ、技術的措置を利用して他人が許諾を得ずに著作物に接触することを禁止し、他方では、国家に対し、立法を通じて有効な保障措置を提出することを強く要求した。しかし、技術措置の運用には、高いコストを支払うべきであり、更に新技術手段の突破に直面している。技術的競争による無意味なコストの増加状態に陥ること回避するために、知的財産権者は、一層後者にその希望を寄託している。すなわち、立法の手段を通じて自己の利益を保護する。国内の反対勢力が強すぎることを恐れていたのも、米国知的財産産業の投資家は、国際立法に対する工夫へ移行していたが、これは、正になぜ技術措置

²⁸ Landes and Posner, *supra* note 4, at 326; Gordon, *supra* note 2, at 1601.

²⁹ See Trotter Hardy, *Project Looking Forward: Sketching the Future of Copyright in a Networked World*, Final Report, (May 1998) .

³⁰ See Jane C. Ginsburg, *From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in U. S. Copyright Law*, 50 J. Copyright Society U.S.A. 113 (2003) , p. 116.

³¹ See Zohar Efroni, *A Momentary Lapse of Reason: Digital Copyright, the DMCA and a Dose of Common Sense*, 28 Colum. J. L. & Arts 249 (2005) , p. 277.

の立法が最も早く「著作権に関する世界知的所有権機関条約」(WCT)と「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約」(WPPT)で現れているかの原因である。引き続き1998年には、「国際立法」と統合することを理由に、知識産権者は、とうとう成功裏で米国国会を遊説し、「デジタルミレニアム著作権法」(DMCA)を採択し、回避反対条項について、詳細な解釈を行い、「回避行為」と「準備行為」の何れも制御範囲内に納入した³²。

知的財産権者側が依然として功利主義の解釈を言い張り、経済利益を理由にして著作財産権の範囲を拡張していたとき、伝達技術もユーザー側の技術実力を増強させ、デジタル化のコピーが直接私的複製と商業複製をもたらす限界が徹底的に消失し、誰しも過去、知的財産権者が独占していたコピーと伝達技術を掌握し、普通の人々は、廉価なPCを利用して素早く大量のコピーを実現することができる。特に、ネットワーク環境下での「P2P伝達技術」(Peer-to-Peer Technology)は、完全にネットワークの便利性、伸縮性、高品質、低コストの特性を体現している³³。技術力の向上は、ユーザーに知的財産権者が情報伝達経路をコントロールすることにより利益を得る行為について対抗できるようにさせる。ユーザー側は、それぞれMP3事件、Napster事件とGrokster事件等の一連の訴訟において、知的財産権者との争いを展開した³⁴。それと同時に、ユーザーは、「共有」をスローガンにして、フリーソフトウェア(Free Software)運動と知識共有(Free culture)運動を起こしている³⁵。すでにある学者は、上述の運動の発生動機は、極めて複雑であり、かつ、理想主義者の知的財産権者への対抗の産物ではない。その大多数は、純粹に自己のソフトウェアの使用上の困難を克服するためであり、他人からの意見を望んでおり、或は自己のソフトウェアにおける能力をみせるためであると指摘している³⁶。国際分野において、発展途上国は、人権と文化主権を知的財産分野に納め始めており、それにより先進国家の国際知的財産条約と貿易協議における利用で文化的覇権を推進することに反対している³⁷。かかる状況は、情報時代の知的財産制度の解釈論は、すでにより多様化されており、ユーザー側も自己の力を合わせることで、情報が所有権化される過程を阻止するために努力しており、新技術がもたらす定額外の利益を共有しようとすることを明らかにしている。特に、情報時代において、権利者とユーザーは、技術力の分配上、すでに互角の腕前になっており、その規則制定権の争いが格別に重要であり、多元化の理論に対する選択は、各関係者利益集団が伝統的な公共立法手続から

³² 章忠信の「米国一九九八年デジタルミレニアム著作権法紹介」を参照する。「万国法律」1999年10月号。

³³ 具体的に蔡恵如の「P2Pファイル享有における知識産権争議—媒体中立をポイントとする」を参照する。「月旦法学」2006年8月号 総第135期。

³⁴ *RIAA v. MP3.com*, 29 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000) ; *A&M Records v. Napster*, 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001) ; *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004) .

³⁵ フリーソフトウェア運動の創始者は、米国フリーソフトウェア基金会(Free Software Foundation)のRichard M. Stallmanである。知識共有運動の創始者は、米国スタンフォード大学法学院教授Lawrence Lessigであり、彼は、知的財産権者が一部の知的財産権を放棄することを励ますことにより、他人による利用と知識の伝播の便宜を図り、「公共地の悲劇」を「イノベーションの共有に有利である」方向へ転化した。上述の紹介内容については、<http://www.CreativeCommon.org/>、<http://www.oss.org/>を参照する[最終アクセス：2006年7月9日]。

³⁶ Linux創始者リーナス・ベネディクト・トーバルズは、自己の自伝Just for Funにおいて、自己の開発したLinuxは、崇高な理想とは何らかの関係も無く、その動機は極単純にその他プログラムの設計士が提供した意見を必要としたに過ぎず、共同協力を通じて、プログラムを一層アップグレードしていると述べている。具体的な内容については、章忠信の「フリーソフトウェア運動の発展から市場経済の理性的選択を見る」を参照する。「網際空間 情報、通信、法律と社会」に掲載され、2003年台湾地区清華大学科技法律研究所通信法律環境討論会論文集。

³⁷ 吳漢東 「知的財産権の私権と人権属性」を参照されたい。「法学研究」2003年3期、吳漢東 「文化多様性の主権、人権と私権問題分析」 「法学研究」2007年6期。

逸脱し、かつ、各自の私人の好き嫌いをもって代えていることを説明している³⁸。

上述をまとめると、知的財産制度の変革は、様々な利益集団の間の法制定ゲームプレーから起因されており、それ自体は、生まれつきの特権、私権又は人権ではなく、歴史上の特定団体が特定の目的のために特権、私権と人権の理論を利用してその正当性を解釈し、利益集団の間で新たな財産権を知識産権制度に納入するか否かの問題においては、永久的な争議が存在し、各関係者も様々な歴史段階において、様々な理論を借りて知的財産制度の正当性の問題を解釈している。したがって、我々は、必ず一つの立場で一種の理論を支持し、その他の解釈における既存の思考慣性を否定することから逸脱し、一種のより客観的でより全局的な解釈方法を探さなければならない。

3. 分析モデル転換——誘致性変遷理論の適用

理論上の魅力喪失は、決して理論の虚無を意味するのではなく、我々は、明らかに解釈の相違性が利益の紛議により生じられたものであり、単純に一方の利益の表現から出発して、知的財産制度を邪道へ導いていることを見出せる。それと同時に、我々も投資家が赤裸々に近い利益を追求することを理由に、彼らが主導する所有権化の過程を悪法に帰してはならない。様々な理論は、様々な立法構築と権利分配モデルのみ代表し、何れかの表現を借りるにもかかわらず、知的財産制度は、私権モデルをもって現在まで発展し、制度の誘致性の変遷による選択の結果である。所有権化の諸優勢は、知的財産制度により絶え間なく情報の経済的価値を発掘するようし、情報の商品化の過程を推進し、最終的に客観的に人類文化と文明の繁栄を実現する。我々の主観的な価値選択は、往々にして現実における客観的な効果と大きな隔たりを有する。

誘致性の変遷理論では、制度の変革の最初は、社会中の個人又は団体が応答新たな利益取得機会に答えるときに、自発的に創造・制定した規則から起因されており、新規則が社会福利の増加をもたらすとき、それは現有の制度を変革させるか、取って代わるものであると主張している。新制度の誕生は、ワンセットの新たなインセンティブ制度を構築するために、「人々が自己の選択とそれらにより自己の日常行為の動機を決定し、最大限に全てのその他者のニーズを満たすために自己の力量を貢献することを奨励する。」³⁹。誘致性の変遷の理論は、ある特定の社会階層又はグループの利益から出発するものでもなければ、「人権」等の理論のようにある前提性の価値を想定し、どの権利の価値がその他より高いと認めるのではなく、社会福祉と制度の性能稼働率を制度の優劣に対する考量基準としているが、これは、比較的に大きい程度でその制度の選択上の客観性を保証している⁴⁰。人類の「理性が及ばぬ」ことは必然的であり、社会中の何れかの組織又は個人は、何れも十分な知識をもってどの種類の制度が生じうるより高い利益を判断することができず、我々は、試行錯誤の中で相異す

³⁸ See Joel R. Reidenberg, *The Rule of Intellectual Property Law in the Internet Economy*, 44 Hous. L. Rev. 1073 (2007), p. 1074.

³⁹ 【英】ハイエクの「個人主義と経済秩序」 訳者鄧正来 三聯書店2003年版 第17ページ。

⁴⁰ 勿論、誘致性の変遷理論自体にも一部の価値想定が存在している。例えば、個人主義と自由、かかる価値想定は、その制度の選択が開放された一つの社会環境下で維持されることを保証することであり、既得利益者の権力の拡大により終結されるものではない。それは、仮に周期性の制度変遷がなければ、利益グループは、社会を硬直化に陥らせ、更に社会の改良と新制度の創造の機制を阻止する。具体的な内容については、【英】ハイエクの「自由社会秩序の若干の原則」を参照されたい。「ハイエク論文集」式掲載されている。訳者鄧正来 首都経済貿易大学出版社2001年版、【美】ダグラス・セシル・ノースの「経済変遷過程の理解」、鐘正生等による翻訳、中国人民大学出版社2008年版、第150～152ページ。

る制度が生じる性能稼働率により、その合理性を判断するしかない。したがって、制度の間では並存するだけではなく、更に互いに競争するものであり、新制度は、一連の選択可能な制度の中から選択し得た場合、その選択の条件は、正に当該制度を適用して生じる性能稼働率である⁴¹。

知的財産制度の誘致性の変遷は、その実現過程において二種類の相互補完及び循環更替の制度類型がある。

（１）多元化の形式で存在する私的秩序

私的秩序の意味は、私人が契約の形式を介して相互の間で創設した規則を指すが、それは、取引の中の一部又は双方が直接契約の方式により創造することができれば、私人組織（Private institution）が実証的規則の形式により、他人が選択・適用するよう提供する⁴²。私法分野の私的秩序は、契約自由を基本原則とし、私人自治の結果であり、私人自治では、私人が自己の意思に基づき、法律関係を形成することを奨励し、かかる法律関係は、一定の時間を経れば、一種の比較的安定された権利分配メカニズムへ進化し、様々な分配メカニズムは、様々な社会団体の中で出現されるが、これこそ制度試行錯誤メカニズムの表現であり、同一時期に相異なる私的秩序が存在し、その目的は、何れも相違する制度の選択を育むことより、私法活動の取引コストを低減させることにある⁴³。

知的財産制度における私的秩序は、契約を絆とすることを許しており、創作者、伝達者、ユーザーと各種の集団管理組織の間の契約関係は、利益グループの間の協議と妥協により生じる「長期性の関係的契約」である⁴⁴。私的秩序には二つのメカニズムがある。第一、法の制定のために素材を提供すること。ある学者は、情報を規制する知的財産制度と中世紀に生じた「商慣習法」（lex mercatoria）を類比し、前者を「情報法」（lex informatica）と呼んでいた。かかる類比は、正に両種類の法律が何れも私的秩序の産物であることに基づく⁴⁵。商法の変革と発展は、商人が商業取引の中で形成される商業習慣であり、毎回知的財産制度の変遷も私人が創造した取引モデルに恵まれており、強制許諾、補償金等の新技術に対応する制度の設計は、何れも業界協議による産物である。第二、制定法の欠陥を回避すること。立法上、新問題が発生したものの、直ちに改正されていないとき、私的秩序で

⁴¹ 【英】ハイエクの「発現過程としての競争」を参照されたい。「経済、科学と政治—ハイエク論文講演集」に掲載。訳者馮克利 江蘇人民出版社2003年版、林毅夫の「関与制度変遷的経済学理論—誘致性変遷与強制性変遷」、載コス等の「財産権利与制度変遷」に掲載。劉守英等による翻訳、上海三聯書店1994年版。

⁴² See Gillian K. Hadfield, *Privatizing Commercial Law: Lessons from the Middle and the Digital Ages*, John M. Olin Program in Law and Economics Working paper No. 195 (2000), p. 6、ある学者は、更に政府が関与する程度に基づき、規則の創造について次の四種類に分けている。（１）完全に政府が制定し、執行する。（２）私人が創造し、政府が裁判する。（３）完全に私人が創造し、執行する。（４）完全に私人が創造し、裁判する。本文では第三種類を基礎にし、私立秩序と言う用語を使用している。上述の分類については、Steven L. Schwarcz, *Private Ordering*, 97 Nw. U. L. Rev. 319 (2002), pp. 319-323を参照されたい。

⁴³ See Steven L. Schwarcz, *Private Ordering*, 97 Nw. U. L. Rev. 319 (2002), pp. 319-323; Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 Yale L. J. 1 (2000), p. 8.

⁴⁴ 「関係性契約」の概念は、米国契約法学者マクニール（Ian R. Macneil）が提出し、当該契約は、人々が比較的安定されている分担、交換と計画、選択等の行為から起因されており、かかる行為は、恒例性の規範と正当性の行為を基準を生じている。具体的な内容については、マクニールの「新社会契約論」を参照する。訳者雷喜寧等、中国政法大学出版社2004年版。

⁴⁵ See Joe R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 Tex. L. Rev. 553 (1998), pp. 553-555.

は契約に基づき、改めて権利を分配することができ、法律の失敗によりもたらされる利益の損失を低減させる。例えば、ネットワークのデータベースとオンラインミュージックサービス等の新利益モデルは、その議論が大きすぎるので、知的財産法による保護を受けていないとき、投資家は、ライセンス契約に基づき、ユーザーの間で協議を経て利益の分配を実現していた。

（2）国家立法手続により確立する公共法律

私的秩序と異なって、公共法律は、制度がシステム化と具体化を通じて法定地位を取得した結果であり、これは、国家立法機関の立法手続の中から生じ、かつ、社会中のある種類の利益を「法定権利」へ転化し、分配を行う。私的秩序と比べ、公共法律の優勢は、その普遍性、確定性と公信力を具有し、その制定は、提案、審査、表決、再議と公布等の法定手続を経て、慎重に扱っていることにある。

知的財産法を代表とする関連法律は、典型的な公共法律である。ただし、公共法律として表現される知的財産法と私的秩序として表現される知的財産制度は、制度変革の中では一種の相互均衡する存在である。まず、私的秩序と公共法律は、並存して運行し、両者は、共に私人の間の利益関係を調整し、かつ、私的秩序が存在する状況下で、常に優先的に公共法律に適用される。ある学者は、広義上の契約が存在する場合、契約自体が当事者の行為法であると同時に裁判官の裁判法でもあり、裁判官は、習慣法をコントロールすることと同様に、私法契約に対し、公序良俗の消極的なコントロールをしていると指摘した⁴⁶。次に、両者には「自治」から「私法」への進化過程が存在する。私的秩序の「公共立法」を放棄することは、必然に苦境に陥るが、かかる苦境について、ハイエクは、「理性が及ばぬ」状態と呼んでいた。我々が今まで望んでいる問題は、如何に理性を運用して社会利益を分配することではなく、如何に利益が最適利用者の手中へ流れ込むかの問題である。分担がますます精密になりつつある社会において、「取引環境に係る知識又は情報」（the Knowledge of the Circumstances）は、一種の集中・統合の形式で出現されることができず、分散的、独立的な個人と組織に掌握されている不完全ないし矛盾した知識として存在するしかない⁴⁷。したがって、「関連知識」を掌握している具体的な当事者が自主的に法律関係を形成することを許してこそ、このような分散的な知識が滞りなく資源の利用と分配に運用されることが保証できる。同一理由で、知的財産法は、私的秩序の制度のイノベーションから起因されるべきである。

国内のある学者は、「知的財産法定主義」の理論の主旨は、各自の保護分野における知的財産法部門法の独占的な適用を明確化し、既存の知的財産権体系の強さを維持し、法官の任意造法行為を防ぐことにある⁴⁸。「法定主義」で規定するのは、知的財産制度の法の淵源の問題であるものの、その中から知的財産法の価値目標を推測することができず、国内学者は、法定主義は功利主義により導かれていると主張するが、両者の間に必然的な関連性があるか否かについては、更に検討する余地がある⁴⁹。

⁴⁶ 蘇永欽の「私法自治中での経済理性」を参照する。中国人民大学出版社2004年版 第14ページ。

⁴⁷ See Friedrich Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, American Economic Review, XXXV, No.4 (1945), pp. 521-524.

⁴⁸ 崔国斌「知識産権法官造法批判」中国法学、2006年第1期。李楊「知識産権法定主義及びその適用」法学研究、2006年第2期。

⁴⁹ 崔国斌博士と李楊教授は、法定主義の価値の前提下で功利主義と工具主義を設定したものの、そのうちの関係については、依然として考証する必要がある。功利主義と労働財産権学説は、何れも知的財産法の一つの正当性に対する解釈であり、両者とも立法の価値を想定となり得る。「知的財産法定主義」の理論に基づき、直接労働財産権学説を

「法定主義」では思い存分に法を制定することを防止しているものの、常に明確な立法指導原則が欠如しているため、「どの法律で裁定するか」の疑問が生じている。効率と福利から出発する私的秩序が絶え間なく形成することは、伝統的な理論模型と既存の利益分配メカニズムの硬直化により、「法定」を口実とする「悪法」が生じることを防止することができ、更に民主立法手続の選択を通じて、国家公信力と確定性を具有する公共法律となり、最終的に知的財産制度の変革に挑むとき、より効率的な新制度を選択する機会があって、既存の規則を補充・完備できるようさせることができる。

4. 特権から私権へ——知的財産権の財産権価値の基礎

私的秩序と公共法律の並存と転換は、知的財産制度と時代変遷との調和を保証し、表面上、無秩序な競争と協議のように見えても、程よく制度の優勝劣敗を実現することができる。私権を知的財産法の中に導入することは、17世紀末の出版業の投資家が「私権」と言う概念を借りて、その権利の正当性を宣誓しようとしたことに起因している。それは、私権がずっと一種の天賦・自然の権利として看做されており、特権が「適時に創造、制限と取消されることができる」ものだからである⁵⁰。特権から私権への概念の置換えは、知的財産権に対し、より強い道徳的力を付与し、特権に比べ、私権は、一層その安定性と正当性を有する。私権モデルは、当時、私的秩序の一種として知的財産立法に導入されたに過ぎないものの、数世紀を経て、ずっと立法の中で定着し、所有権化にその他の制度設計より優れているところがあることは確実であると言わざるを得ない。時間の推移につれて、所有権化の過程も絶え間なく深まっており、その過程において、一部の代替性の制度が出現されていたが、私権モデルは、ずっと主導的地位を占めている。表面からみれば、これは、知的財産産業の投資家を代表する知的財産権者側が極力で努力した結果に見えるが、その本質からみれば、私権モデルがすでに知的財産制度で誘致性の変遷を実現するための基本的な条件を形成しているからである。

(1) 所有権化の過程と私権の苦境

私権モデルは、所有権化の過程が法律制度上で体现されているものである。新制度経済学家デムセツ教授は、所有権は、個人に協力して、ある予期を把握するための一種の社会工具であると主張していた⁵¹。所有権の基本機能は、ある種類のインセンティブ機能を構築し、個人が「外部性の内部化」を実現することを導くためである⁵²。法学の立場からみれば、産権のインセンティブ機能は、主

運用して法制定することは、間違いなく誤っているものの、法定主義を堅持することは、その立法価値観が必然的に功利主義であることを意味することではなく、立法の価値選択からみれば、労働財産権学説も立法の指導性の原則を形成することができる。

⁵⁰ Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth: Publishing Company Limited (1996), p. 28.

⁵¹ See Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, Papers and Proceedings of Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association, (May, 1967), p. 347.

⁵² いわゆる「外部性」(externality)とは、個人の行為が他人の福利にもたらす影響のことを指すが、それには、二つの類型がある。(1) 正外部性は、個人の行為が他人に定額以外の利益をもたらす場合、(2) 負外部性は、個人の行為が他人に定額以外のコストをもたらす場合、「外部性の内部化」とは、激励の変更を通じて個人の行為を変更し、その者に自己の行為による外部効果を考慮させることを指す。具体的な内容については、【美】マンキューの「経済学原理 微観経済学分冊」(第四版)を参照されたい。訳者—梁小民 北京大学出版社2006年版、第11、154、203～220ページ。Demsetz, *supra* note 52, p. 348.

に財産権の排他性 (excludability) の特徴として表現されている。排他性は、権利者に独占財産から生じる収益を享有させると同時に、財産利用の中から生じるコストを負担する。一旦、安定性の予期が形成された時点で、権利者は、できる限り最も効率のよい方法を通じて財産を運用する。したがって、所有権化は、紛争を解決し、最善に利用するための最適ルートになる。

しかし、権利定義の基準は、決して変わらないものではなく、理論上、社会における全てのコストと収益は、何れも潜在されている外部性の要素であるものの、全ての所有の外部性が何れも内部化されるとは限らない。もう一人の新制度経済学家バルツェル教授は、かつて、産権の定義には固有の困難が存在し、仮に潜在する全ての外部性の要素が何れも所有権化を通じてその内部化を実現しようとする場合、それに費やされるコストは、計り知れないものであるので、権利としては「完全」になるわけにはいかないと指摘した⁵³。これは、財産がどんな範囲内で財産権からの規制を受けるかは、ある程度、財産に対する占有と利用のコストにより決められるものであり、これは、一定の社会環境と技術的条件と密接に繋がっていることを説明している。一旦、当該コストが所有権化によりもたらされる収益よりも高い場合、所有権化が出現されることがない。社会の発展、技術的イノベーションは、所有権化のコストを変更させ、更に市場価値と予期した相応の改変をもたらす。これは、法律の変革における遅延性を回避しかねるようにさせ、技術の推進方法は、跳躍式でかつ質的变化があるものであり、人類の行為習慣には、反対に経路依拠効果を有するので、これは、公共法律の制定と改正は、必ず煩雑な手続を経なければならない。したがって、法律の変革は、進化式で尻馬に乗ることに過ぎず、科学技術進歩は、永遠に法律の変革より先走っており、法律は、科学技術により充分に人類の生活に対する影響を表すときこそ、人類にもたらす効果に基づいて調整の方法と範囲を決めることができるが、これは、立法者の知恵に対する試練でもあれば、民衆の生活習慣に対する衝撃でもある。かかる場合、所有権化の正当性の問題は、常に争論の焦点となりがちである。

しかし、現在に至って、所有権化の過程にもたらされる知的財産の拡張は、前代未聞の批判に遭遇され、ある学者は、これを「第二回エンクロージャー運動」 (the Second Enclosure Movement) と看做し、著作財産権の膨張は、数多い公共分野内の情報が所有権化の範疇に納められるようになっていくと主張していた⁵⁴。更に、ある学者は、制御力は財産権のあるべき意味であるものの、多すぎる制御力は、従来、公共物 (public good) とすべき数多い情報を私人の所有権に変えさせ、最終的には公共分野の萎縮をもたらすと主張している⁵⁵。正に当該原因で、各種の代替性の学説が次々と発表され、知的財産の拡張を制限しようとした。しかし、私権モデルが正にその他の制度により取り替えられるべきか否かについての回答は、制度の性能稼働率から出発してこそその回答を得られるしかなく、無断である種類の既定の価値序列から肯定したり、又は否定したりしてはならない。

⁵³ 【美】Y. バルツェルの「所有権の経済分析」を参照する。費方域等による翻訳、上海三聯書店1997年版、第3～8頁。

⁵⁴ See James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 Law & Contemp. Probs. 33 (2003), p. 33.

⁵⁵ R. Polk Wagner, *Information wants to be Free: Intellectual Property and the Mythologies of Control*, 103 Colum. L. Rev. 995, (2003), p. 1001.

（２）相対権（right in personam）の創造——私的秩序の基礎とする私権モデル

知的財産制度は、コピー技術の発達に伴って生まれたものである。科学技術の発展を模倣・伝達することにより変わりつつあり、知的財産法の調整対象は、伝統的民法に比べ、不確定性を有し、一層私的秩序の補充を必要としている。私的秩序は、「ボトムアップ」の自発的秩序に起源され、私人の間の契約、自治法規と習慣法等を含む。すなわち、規則は、直接取引者自体から来ている。新技術の出現は、往々にして既存の利益バランスを打破するものの、公共法律の複雑な立法手続のため、往々にして直ちに市場の中で権利が改めて分配されるニーズを反映できない。この場合は、取引者が契約を通じて自発的に調節すべきである。取引コストが低すぎる前提の下で、当事者の間で契約を通じても財産最大化の制度取決めを実現することができ、かかる結果の実現は、権利の初期定義を依頼せず、このような相対権の創造を通じて実現される制度取決めは、正に現有法律の置換えを創造するものを提供できる私的秩序である。

上述の機能は、ネットワーク・データベースの権利配置の中で明らかに体现されている。1991年のFeist事件において、米国最高裁判所は、明確に「額に汗した努力」理論を否定し、編集著作物は、オリジナル書類に対する選択と配列において、必ず最低限度の独創性を体现しなければならないことを求めた⁵⁶。各国立法でも引き続き当該判決を取り入れたが、これは、直接データベースの所有者に知的財産法保護を失うリスクに直面させていた。当該規定は、相当長い期間内で如何なるチャレンジも遭遇されてこなかったものの、情報時代に至っては、情報産業におけるデジタル化のデータベースの役割がますます重要になり、情報の開発は、「コピー」のみに留まらずに、各種オンライン情報サービスは、体系化の情報に接触する経路の提供も一種の重要な収益手段となり始めた⁵⁷。しかし、データベースの編制目的と機能は、主に情報の豊富と完璧にあり、選択及び配列により充分な独創性を具有するか否かではないが、これは、データベースでは編集著作物に対する知的財産の最低イノベーションの要求も決めている。したがって、データベースの所有者は、契約の封切、契約のクリック等の許諾契約を利用し始め、広義上の情報取引を保護する私的秩序を形成し、かつ、徐々にコンピューター・ソフトウェアとオンライン情報サービス等の分野へ拡張し、既存の知的財産法保護範囲を突破し、ネットワーク環境下での知的財産産業の重要な取引手段となった⁵⁸。20世紀90年代末に至って、情報産業の先導者を占めていた米国は、とうとう判例法と成文法において、全面的に許諾契約により情報の接触を制限する効力を肯定し、情報占有者は、契約を通じて知的財産法の中で存在しない、又は保護しない権利の類型を創設することができ、情報産業化の発展要求に適応することができた⁵⁹。

情報時代において、ネットワークは、正に伝統的な知的財産市場を代えており、一つの「ディセントラリゼーション」空間として、ネットワーク環境下の取引過程における情報は、より細分化され、

⁵⁶ See *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

⁵⁷ Raymond T. Nimmer & Patricia Ann Krauthaus, *Copyright on the Information Superhighway: Requiem for a Middleweight*, 6 Stan L & Policy Rev. 25 (1994), p. 32.

⁵⁸ See Raymond T. Nimmer, *Licensing in the Contemporary Information Economy*, 8 J. L. & Pol. 99 (2002), pp. 101-102.

⁵⁹ 初めてシュリンクラップ契約の効力を肯定した判例は、*ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) であり、立法における確立は、1999年に採択された「統一コンピューター方法取引法案」(UCITA)により表されている。無論、上述の判例と法案についての議論は、依然として継続されている。

より分散的に様々な当事者の間で存在し、仮に過去において我々が未だ団体管理組織と補償金に依頼することにより、権利者の利益を救済することができた場合、ネットワーク時代は、すでに不適切になってしまう。北川善太郎教授は、かかる集中処理モデルを論じる際、「集中処理システムのコピー許諾は、完全な模擬制である。権利集中処理機構に対する支払は、特定のコピー者に対する支払ではないので、『無償権者の請求権』が存在し、それは、権利が大量に侵害されたことを処理する措置であると言えるが、その原因は、その他のより有効な対策がないことでせざるを得ないからである」と指摘した⁶⁰。したがって、取引者が創造契約における相対権を創造することにより権利の再分配を実現することを奨励すべきであり、既存の成文法に拘ってはならない。米国第七巡回裁判所のイースターブルック裁判官は、「裁判官が契約を否定することにより、当事者の状況を改善できることを表明する何れの兆しもない」と認めた⁶¹。裁判官は、市場の中から全ての取引情報を完全に入手することもできなければ、契約がもたらす結果を予測することもできない。我々は、市場から生じた私的秩序を奨励すべきであり、それにより何れかの奨励を見落とすのではなく、それを拡大している。政府機関もそれなりの運行コストがあつて、誤ることもあり、かかるコストと錯誤は、市場の失敗を超える場合も有るので、我々は、市場の失敗と言う理論を使用するときにおいても、同様に存在する調整の失敗（Regulatory Failure）も銘記すべきであり、当該危害は、往々にして前者よりも大きい⁶²。知的財産法の意義は、「知的財産権者のために一つの権利の束（a bundle of rights）を提供し、かつ、これをもって契約締結時の取引コストを低減する」ことにある⁶³。知的財産制度そのものが高すぎる取引コストにより市場の失敗をもたらすことを防止するためであり、契約を借りて、より低い取引コストにより、情報を定義・利用することができたとき、私的秩序が知識産権法を代替・補充することを許すべきである。

ある学者は、私的秩序を認めることは、正に知的財産の死亡を意味すると懸念していた⁶⁴。しかし、この懸念は、確かに不必要なことであり、利益集団の多元化は、私的秩序が何れかの段階においてもその唯一性を具有しないことを決めている。契約は、情報の接触を制限するだけではなく、無償の接触を提供することもできる⁶⁵。フリーソフトウェア運動と知識共有運動は、正に別段の私的秩序——「グニュー・フリー・ドキュメンテーション・ライセンス」（GNU Free Documentation License）と「クリエイティブ・コモンズ・ライセンス」（Creative Commons License）を通じて実現したのである。ここではCopyleftの理念を承継し、新たな相対権を創設し、それ自体が所有する知的財産を解放することを求めているだけではなく、他人に対しても既存の著作物を更新・改進した後、同様に知的財産を放棄することを求めている。したがって、上述の「反知的財産」運動も相対権の創設を逸脱して独立的に存在できるものではない。当該契約は、その客体の「自由」、「共有」等の公共属性を保持することをその前提とし、そのうち、一部の制限性条項は、それ以降の者が当該ソフトウェアを修

⁶⁰ 【日】北川善太郎「協議体系の知識産権市場として—複製市場論」訳者—龚三苗、電子知識産権、1998年第3期。

⁶¹ Frank H. Easterbrook, *Contract and Copyright*, 42 Hous. L. Rev. 953 (2005), p. 968.

⁶² See Frank H. Easterbrook, *Contract and Copyright*, 42 Hous. L. Rev. 953 (2005), pp. 955-959.

⁶³ ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

⁶⁴ See Apik Minassian, *The Death of Copyright: Enforceability of Shrinkwrap Licensing Agreements*, 45 UCLA L. Rev. 569 (1997).

⁶⁵ See Robert W. Gomulkiewicz, *General Public License 3.0: Hacking the Free Software Movement's Constitution*, 42 Hous. L. Rev. 1015 (2005), pp. 1021-23.

正・伝達するときに、同様に公衆が享有する自由に接触する権利を保証している⁶⁶。

相対権の創設は、私的秩序の前提であり、知的財産法の不足が救済できるだけではなく、更にニーズに基づき、知的財産法の規定により享有する権利を公共分野に釈放することを通じて、知識共有を実現できるようにするが、これは、明らかに私的秩序で特有して、公共法律では有しないものである。相対権が成文法における強制性の規範に違反しない以上、我々は、相対権が進化を経て最も効率的な制度取決め生み出すことを許すべきである。

（３）絶対権（right in rem）の創造——公共法律の基礎とする私権モデル

相対権に比べ、絶対権としての著作財産権は、数多い批判に遭遇されている。ある学者は、知的財産の拡張を「アンチコモンズの悲劇」（the Tragedy of the Anticommons）と看做し⁶⁷、私権により知的財産権者の利益を保護しているものの、ますます高くなるコストを拒んでいると主張した。すなわち、私権モデルでは知的財産権者に対し、正の外部性を付与し、負の外部性をユーザーに留保するということである。なお、過度な保護も他人の自由な著作物へのアクセスを制限させ、著作物に対する再編と伝達が制限されてしまい、間接的に公共分野を萎縮させている。上述の状況に鑑み、ユーザー側は、知的財産制度の変革の各段階において、何れも著作財産権に対する制限を極力主張し、強いては、創作は人の天性であり、経済利益が存在しない条件下で、人類も「満足感」、「名誉」又は「イノベーション優勢」等の非制度性の奨励メカニズムの下で、情報生産を行っているという主張もある。仮に知的財産法をもって政府の奨励制度を代えて、国家から情報創造者にその報酬を支払い、その後、伝達コストのみでユーザーからその料金を集金することは、現行の知的財産制度に比べ、より効率的なものである⁶⁸。

著作財産権の拡張が確かにある程度、ユーザーの利用コストを増加させる問題をもたらしているものの、上述の批判でも今まで情報生産の中で財産権がずっと果たしてきた肝要な役割を見落としているが、これもその他代替性の制度では実現しかねるものである。

まず、創作は、間違いなく人の天性であるものの、現代知的財産制度の対象は、早くもすでに文学芸術の範疇を超えており、大量の著作物は、何れもその実用を目的として存在している。伝統的な文学芸術分野における著作物の場合でも公衆のニーズに応じて商品として生産されている。双方の間が需給関係になっている以上、天性のみに頼る随意的な作品は、上手く公衆が観賞・使用するためのニーズ上の好みを反映することができない。デムセッツ教授は、かつて、我々は情報の生産と消費を分けて判断することができず、私権を知的財産制度に導入することは、市場価格メカニズムを通じて、情報生産に消費者の好みを反映することができ、かかる生産情報の伝達は、政府奨励制度では肯定的

⁶⁶ Robert W. Gomulkiewicz, *How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software*, 36 Hous. L. Rev. 179, (1999), p. 190.

⁶⁷ See Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 Harv. L. Rev. 621 (1998), pp. 660-680.

⁶⁸ See Steve P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Intellectual Property Rights: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-run Reward System*, 9 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 301 (1998), pp. 316~324, 307~308. Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, the Rand Corporation (1959).

にできないことであると指摘した。歴史上、効率を高める方法は、何れも「権利付与」を通じて実現している。したがって、情報取引のコストが期待可能な利益を下回っている以上、知的財産が経済的価値を具有する何れかの利用方式へ拡張することを許諾すべきである⁶⁹。

次に、法と経済学の立場からみれば、法律規則について、事前規則（ex ante）と事後規則（ex post）に分けることができ、財産権規則（property rules）は、典型的な事前規則として、取引発生前にすでに権利の帰属を確定し、権利の転移と変更は、必ず元権利者の同意を得なければならない。補償規則（liability rules）は、典型的な事後規則として、強調するのは、他人が事後補償を基にし、元権利を改変し、かつ、補償する内容と範囲については、第三方が確定できることである。すなわち、権利の変更は、当事者の間が協議で確定することではない⁷⁰。明らかなことは、事前規則としての財産権は、市場取引における各関係者に対し、安定された予期を提供し、当該予期は、相異なる権利者の間の協議と提携を促進することができる。これこそ私権モデルが提携を促進する機能である。第一、契約の締結過程からみれば、明晰な財産権規則は、情報製品の権利境界を画定することに相当し、締約過程におけるリスクを低減することができ、更に潜在される取引人に比較的低いコストを前提にしてその取引を実現させられる。仮に必要な財産権の規範が欠如する場合、契約の締結過程において、機会主義の行為が出願するおそれがある。第二、契約の違約リスクからみれば、明晰な財産権規則は、履行中における契約の双方当事者の選択権を増強することができる。絶対権としての法定権利を後ろ盾にして、当事者は、柔軟性をもって違約又は権利侵害の適用を選択することにより、その権利を主張することができ、契約発効後の違約リスクを低減し⁷¹、債権効力の相対性の欠如を回避することもできる。

最後に、取引モデルの革命は、知的財産権者の収益が十分に保証されることを前提にして構築することであり、正に米国の知的財産法が時代に伴って新たな著作財産権の類型を導入し、数多くの米国知的財産産業のトップ会社、例えば、Google、アップルとマイクロソフト等は、自発的にオンライン音楽と閲読等の新たな情報の伝達モデルに及んでいる。事実上、知的財産権者にしろ、又はユーザーにしろ、何れもオンライン取引により、双方の利益を増加し、「価格区分」を実現することができる。福利経済学の観点によれば、価格区分制度は、経済福祉を増進することができる。単一の定価の環境において、製品に対する評価が定価より低く、また限界費用より高い場合、消費者はその製品を購入せず、結局、無駄な損失をもたらす。企業で価格区分を実施した後、各製品に対する評価が限界費用より高い場合、消費者は、何れも製品を購入することができるので、無駄な損失も消えていく。価格区分制度は、創作に対する知識産権者の誘因を増加させることができるため、無駄な損失を増加させず、同時にユーザーが著作物を接触する機会も増加させることができる⁷²。我々は、当事者が価格区分制度を運用して自己の福祉を増加することを有すべきであり、これは、創作行為の増加を刺激することができれば、社会福利の無駄な損失を最低限に減少させることもできる。

⁶⁹ See Harold Demsetz, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, J. L. & Eco. No. 1 (1969), pp. 8-14.

⁷⁰ 財産権規則と補償性の規則に対する区分は、最初 Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972) から来ている。

⁷¹ See Robert P. Merges, *A Transactional View of Property Rights*, 20 Berkeley Tech. L.J. 1477 (2005), pp. 1489-1513.

⁷² See William W. Fisher III, *Reconstructing Fair Use Doctrine*, 101 Harv. L. Rev. 1659 (1988), p. 1782.

反対に、政府奨励制度にしる、又は法定許諾制度等にしる、何れも補償性の規則で実行するのは、事後分配であるので、取引の各関係者は、事先に取引過程における予期利益又は損失を判断することができず、私権モデルが所有する上述の優勢は、その他の代替制度の中で発揮することができなくなる。

総じて言えば、情報の所有権化は、知的財産制度の誘致性の変遷による選択の結果であり、私権モデルが最適モデルに該当しない可能性もあるものの、対比してみれば、反って今まで最も悪くないものであることは肯定できる。しかし、より良い制度が現れるか否か、又は如何に私権モデルを修正するかについては、誘致性の変遷の制度取決めを保持する必要がある、私的秩序と公共法律の制度分担を明確にし、私的秩序における制度を創造する機能を発揮するだけではなく、公共法律の制度の普遍性も保証しなければならないが、最も重要なところは、両者間の制度転換のルートの円滑を維持したこそ、絶え間なく最優制度の必要条件を見付けることができる。

5. 結論

制度の正当性に対する解釈は、当該制度に対して歴史的解説を提出することのみならず、もっと重要なのは、当該制度である種類の社会行為を規制する方式と手段も提供している。疑う余地もないことは、知的財産権が財産権に該当しているので、それに対する解釈は、必然的に財産権理論から起源されており、我々は、当該分野において何れかの特殊な解釈方法又は「主義」を生じうることを期待する必要がなく、労働財産権学説又は「法定主義」に係らず、その出所は、何れも伝統的な財産権理論であり、本文で言及された私的秩序と誘致性の変遷も、同様に財産権に対する経済分析法学派の解釈理論から来ている。このような解釈の道筋から出発することを選択した原因は、主にそれが比較的で客観的に制度の性能稼働率からその諾否を考慮することができるからである。毎回新たな利益の成長点が出現するとき、往々にして改めて権利分配を構成する時期でもある。知的財産制度は、誕生の当時から始め、利益集団の間のゲームプレーに対する妥協の産物となり、純粋な設計による科学体系ではない⁷³。仮に我々が民法を取り扱うような体系化された目を取り扱う場合、知的財産法体系は、正に見るに堪えられないものになってしまう。

米国連邦大裁判官ギンズバーグは、かつて下記の通りに形象的に指摘していた。「欲張り」は、知的財産制度に付表を買わせており、当該欲張りは投資家から来ることもあれば、消費者から来ることもある⁷⁴。知的財産制度がずっと私権モデルを選択していることは、正に当該「欲張り」から生じたことである。しかしながら、現在に至るまで、我々が知的財産分野で取得した成果は、逆に私権モデルにより最大限に情報生産利益の最大化を実現し、私権は、欲張りの人に他人のために善意の無いサービスを提供させていたことを証明したが、これはハイエクの言論も検証している。すなわち、様々な人が臨む様々な機会に対する判断ができる何れかの共同の道德基準が無いと言うことである。したがって、知的財産制度の継続的な変革を保持しようとする場合、我々は、ある既定の価値観をもっていわゆる公正を維持することを臨むことができない。情報の所有権化と私権モデルの選択は、上述の意義からみれば、自私的な制度を励ますことではなく、それが知的財産産業の投資家が他人に

⁷³ Frank H. Easterbrook, *Contract and Copyright*, 42 Hous. L. Rev. 953 (2005), p. 961.

⁷⁴ Jane C. Ginsburg, *How Copyright Got a Bad Name for Itself*, 26 Colum. VLA. J. L. & Arts 61 (2002).

押し付けたものであると言うより、逆に情報生産と伝達を促進し、かつ、知的財産制度が滞りなく未来の基本要件に適応することを保証すると言った方がよいものである。しかし、私的秩序と誘致性の変遷では所有権化を肯定しているので、知的財産の既得利益集団の御用言論として誤解される可能性もあるものの、当該理論が歴史と性能稼働率の間の比較の中から得た解釈力は、ある程度自己のために弁解することができるかもしれない。

IV. 反特許政策の意義と限界—オランダとスイスの経験を素材として

同志社大学 山根 崇邦 准教授

1. はじめに

本稿は、オランダとスイスが19世紀半ばから20世紀初頭にかけて実施した反特許政策に光を当てながら、特許制度のあり方について再考しようとするものである。

特許制度には伝統的に、企業の研究開発活動（R&D）を刺激し、イノベーションを促進するという経済的効果が期待されてきた。ところが近年、米国を中心に、特許制度が本来の効果を喪失し、むしろイノベーションの阻害要因となっているという見解が有力になりつつある¹。とりわけ、このことは米国のソフトウェア産業に妥当するとされる。すなわち、ソフトウェア産業では、1990年代に入ってから以降、特許訴訟が急増し、特許制度がもたらすコストがその便益を大幅に上回るようになった。その結果、特許制度の存在がソフトウェア産業のイノベーションの桎梏となっているというわけである。

このような状況は「特許制度の危機（Patent Crisis）」ないし「特許制度の破綻（Patent Failure）」と呼ばれている。そして、これを受けて米国では、2000年代以降、立法、行政、司法の各機関による「パテント・リフォーム（Patent Reform）」への取り組みが活発化している²。そうした中で、学界では、特許制度の抜本的なリフォーム論にとどまらず、特許制度の廃止論まで登場して、注目を集めている³。特許制度の全廃を求める見解は少数にとどまっているが、ソフトウェア分野における特許制度の存在意義を懐疑的に捉える見解は多数にのぼっている⁴。

こうした米国の議論において引合いに出されることが多いのが、冒頭で触れたオランダとスイスの反特許政策とその効果である。具体的には、オランダは、1869年にそれまで約50年間保有してきた特許制度を廃止し、以後、1910年までの42年間にわたって同制度の廃止を維持した経験をもつ。また、スイスも、1848年の連邦国家の成立以降、1888年までの41年間にわたって特許制度の創設を拒むとともに、1888年の特許制度の創設後も、1907年までの20年間にわたって特許法の保護対象を機械の発明

¹ 例えば、ADAM B. JAFFE & JOSH LERNER, INNOVATION AND ITS DISCONTENTS: HOW OUR BROKEN PATENT SYSTEM IS ENDANGERING INNOVATION AND PROGRESS, AND WHAT TO DO ABOUT IT (2004) [絹川真哉・アメリカ法2007-1号115頁]；MICHELE BOLDRIN & DAVID K. LEVINE, AGAINST INTELLECTUAL MONOPOLY (2008) [山形浩生＝守岡桜訳『〈反〉知的独占』(NTT出版、2010年)]；JAMES BESSEN & MICHAEL J. MEURER, PATENT FAILURE: HOW JUDGES, BUREAUCRATS AND LAWYERS PUT INNOVATORS AT RISK (2008) [浜田聖司訳『破綻する特許』(現代人文社、2014年)、山根崇邦「紹介」アメリカ法2010-1号171頁]；DAN L. BURK & MARK A. LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT (2009) [山根崇邦「紹介」アメリカ法2011-2号495頁]などを参照。

日米の特許制度の経済的効果に関するわが国の研究として、中山一郎「『プロパテント』と『アンチコモンズ』」RIETI Discussion Paper Series 02-J-019 (2002年)、中山一郎「特許制度の基礎理論の研究：経済効果の検証と制度設計上の留意点」『知的財産に関する日中共同研究報告書』(知的財産研究所、2015年) 92-100頁、中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究60号5-17頁 (2015年)、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through (1) - (4)」知的財産法政策学研究35号27-50頁、36号153-179頁 (以上2011年)、39号293-315頁 (2012年)、46号269-292頁 (2015年)を参照。

² 2011年米国特許法改正に至るまでの動向につき、山根崇邦「特許法学における制度論的研究の発展」日本工業所有権法学会年報35号1頁 (2012年)。同改正後の動向につき、田村善之「アメリカ合衆国特許制度におけるnotice functionをめぐるリフォーム論と日本法への示唆：2011 FTC Reportの紹介」別冊パテント第9号1頁 (2013年)。

³ BOLDRIN & LEVINE, *supra* note 1.

⁴ 例えば、FTC REPORT, TO PROMOTE INNOVATION: THE PROPER BALANCE OF COMPETITION AND PATENT LAW AND POLICY (2003)；STEPHEN A. MERRILL, et al., COMMITTEE ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE KNOWLEDGE-BASED ECONOMY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL, A PATENT SYSTEM FOR THE 21ST CENTURY (2004)；BESSEN & MEURER, *supra* note 1；BURK & MARK A. LEMLEY, *supra* note 1ほか多数。

に限定し、それ以外の分野の発明に対して特許保護を認めなかった経験をもつ。しかし、こうした反特許政策の実施時期においても、オランダのマーガリンや白熱電球産業は大きな発展を遂げ、スイスの紡績・機械産業や染料産業、食品産業も急速に発展した。それゆえ、特許制度を廃止したとしてもすべての産業分野のイノベーションが停滞するわけではない。このことは、オランダとスイスの経験から明らかだというわけである⁵。

一方、わが国でも、オランダとスイスの反特許政策は、19世紀後半における反特許思想の高揚を示す例として言及されてきた。ただ、その政策の内容や効果に関心が向けられることは稀であったように思われる⁶。これは一つには、現在では世界のほとんどの国が特許制度を保有しており、経済体制もこれを前提として成立しているために、わが国が特許制度を廃止することが現実問題として考えにくいことによるのだろう⁷。

もっとも、オランダとスイスの反特許政策は、特許制度の存廃にかかわらず、特許制度が一国の産業発展に果たす役割を考えるうえで示唆に富むように思われる。というのも、(a) 特許制度を廃止した時期（1869-1910）におけるオランダの産業発展の状況や、特許制度の創設を拒み（1848-1888）、機械分野以外の発明に特許保護を認めなかった時期（1888-1907）におけるスイスの産業発展の状況を、(b) 同時期における周辺の特許制度保有国の産業発展の状況と比較することで、特許制度と産業発展との関係についての一定の知見を得られるように解されるからである。

また、国際関係論の観点からも、オランダとスイスの反特許政策は有意義な研究対象といえる。工業所有権の保護に関する初の国際条約であるパリ条約が締結されたのは1883年のことであるが、このとき、オランダもスイスも同条約の原締約国でありながら、締約時に、国内において特許制度を保有していなかったからである。両国とも、国内に商標法制度を整備していたため、反特許政策の実施国でありながら、同条約の原締約国になることができたのである。しかし、知的財産権の国際的な保護枠組みが形成されていくなかで、両国とも反特許政策を維持することが困難になっていった。そして最終的に、スイスは1907年に、オランダも1910年に、反特許政策からの転換を余儀なくされたのである。それゆえ、両国が反特許政策を転換する過程を国際環境の変化との関係で明らかにすることは、現代のTRIPS協定下における南北問題を考えるうえでも有益であるように思われる。

そこで以下では、現代の特許制度のあり方を考えるための一つの素材を提供することを目的として、オランダとスイスの反特許政策について検討を行うことにしたい。

⁵ オランダとスイスの反特許政策に関する米国の研究として、例えば、G. Doorman, *Patent Law in the Netherlands (Part I) - (Part III) : Suspended in 1869 and Reestablished in 1910*, 30 JOURNAL OF THE PATENT OFFICE SOCIETY 225, 258, 347 (1948) ; Fritz Machlup & Edith Penrose, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, 10 THE JOURNAL OF ECONOMIC HISTORY 1 (1950) ; EDITH TILTON PENROSE, *THE ECONOMICS OF THE INTERNATIONAL PATENT SYSTEM* (Johns Hopkins Press, 1951) [黒田龍久＝中柴武雄＝吉村孝訳『国際特許制度経済論』（英文法令社、1957年）] ; FRITZ MACHLUP, *AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM* (U.S. Government Printing Office, Study No. 15., 1958) [土井輝生訳『特許制度の経済学』（日本経済新聞社、1975年）] ; ERIC SCHIFF, *INDUSTRIALIZATION WITHOUT NATIONAL PATENTS: THE NETHERLANDS 1869-1912, SWITZERLAND 1850-1907* (Princeton UP, 1971) ; Dominique S. Ritter, *Switzerland's Patent Law History*, 14 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 463 (2004) ; Petra Moser, *How Do Patent Laws Influence Innovation? Evidence from Nineteenth-Century World's Fairs*, 95 THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1214 (2005) を参照。

⁶ 貴重な例外として、石井正『歴史のなかの特許：発明への報奨・所有権・賠償請求権』（晃洋書房、2009年）149-154頁、171-176頁。このほか、曾我亮司「風車、チーズ、知財の国・オランダ」特技懇260号48頁（2011年）、松浦安紀子「小さな大国・スイスのイノベーションを支えるシステム：技術移転の観点を中心として」特技懇275号64頁（2014年）においても、両国の特許制度を概観するなかで、反特許政策の歴史が簡潔に紹介されている。

⁷ 中山信弘『特許法（第2版）』（弘文堂、2012年）10-11頁。

2. オランダにおける反特許政策

(1) 1817年法とその廃止

オランダ王国が成立したのは1814年のことである。その3年後の1817年に、オランダ独自の特許法が制定された（以下、1817年法という）⁸。この1817年法は、「極端に自由主義的な」側面と「極端に制限的な」側面を併せもつ法律であったと評されている⁹。

第1に、「極端に自由主義的な」側面として、無審査であったこと、そして特許出願人に対し、明細書や図面などで自らの発明を説明する義務を課していなかったことが挙げられる。また、特許発明は、特許権の存続期間中は公開されることがなく¹⁰、ときには、存続期間を過ぎても引き続き開示されない場合もあった。そのため、競業者にとって特許権を侵害しているのかどうかを事前に確認することが困難であった。

特許要件に関しても、新規性は絶対的な要件ではなく、外国で特許されている発明をオランダ国内に最初に輸入した場合であっても、特許が付与された（いわゆる輸入特許）。こうした規定は、古い時代の特許法には珍しいものではなかったが、19世紀のオランダにおいては、国民の発明気質を刺激するという特許制度の効果を弱体化させたとされる¹¹。1820年代以降、外国で特許を付与された後にオランダに輸入されてオランダ特許が付与されるケースは徐々に増加する傾向にあったが、オランダ国内で新たに開発された発明に特許が付与されるケースは減少していった¹²。そして、1851年から1865年にかけての時期には、オランダ国内で発行される特許件数（年平均140件程度）のうち、輸入特許が9割を占め、オランダ国内の発明に対する特許は1割程度にとどまったとされる。また、こうした年平均140件の特許のうち、2年以内に特許料の支払を停止するものが97件にものぼったという。そして、その大半は輸入特許であったとされる¹³。

第2に、「極端に制限的な」側面として、オランダで特許を取得後、同じ発明について外国で特許を取得した場合、オランダでの特許が無効になるという規定の存在が挙げられる。この規定があるがために、母国と外国の双方で自らの発明の保護を望むオランダ人は、まず特許取得を望む外国で特許を出願して、その結果を見極めてから、母国で特許を出願するようになった¹⁴。オランダでの特許取得がさらにその魅力を失うきっかけとなったのは、1846年の最高裁判所判決であったとされる。最高裁は、競業者が特許権者の同意なく特許製品を製造して市場で販売すると特許権侵害となるが、当該特許製品を自己の事業において使用するだけであれば、特許権侵害とはならないと判断したのである。この判決は、当時、一般市民の間で高まっていた反特許感情を反映したものといわれている¹⁵。

⁸ オランダの1817年法の概要については、G. Doorman, *Patent Law in the Netherlands (Part I) : Suspended in 1869 and Reestablished in 1910*, 30 JOURNAL OF THE PATENT OFFICE SOCIETY 225 (1948), at 225-231を参照。石井・前掲注6) 172-173頁にその要旨がまとめられている。

⁹ SCHIFF, *supra* note 5, at 19.

¹⁰ 1817年法では、特許権の存続期間は、出願日から15年が経過した時点で満了するものと規定されていた。

¹¹ Doorman, *supra* note 8, at 236; SCHIFF, *supra* note 5, at 20.

¹² SCHIFF, *supra* note 5, at 20.

¹³ Doorman, *supra* note 8, at 240.

¹⁴ Doorman, *supra* note 8, at 230; SCHIFF, *supra* note 5, at 20.

¹⁵ Doorman, *supra* note 8, at 231; Schiff, *supra* note 5, at 20-21. Doorman論文およびSchiff論文のいずれにおいても、この判決の出典が明記されていないため、判決文の確認ができなかった。

1850年代以降、オランダ議会において1817年法の全面改正か廃止かをめぐって議論が活発化した。1817年法の全面改正は失敗するだろうとの見方が有力であったとされる¹⁶。そしてついに、1869年、特許停止法案が議会に提出され、審議の結果、49対8の賛成多数で可決されるに至った。こうしてオランダの1817年法は廃止されたのである¹⁷。

(2) 特許制度廃止期間における国内産業の状況

(i) 全体的状況

では、特許制度を廃止していた時期（1869-1912年）におけるオランダ国内の産業状況は、どのようなものであったのだろうか。

まず全体的状況としてSchiffは、この時期におけるオランダの産業化が、それより少し以前の産業化、例えばイギリスやベルギーにおける産業化に比べて、緩やかに進んだことを指摘している¹⁸。例えば、下記の図表-1を見てみよう。

【図表-1】

ANNUAL AVERAGE RATES OF GROWTH OF OUTPUT PER MAN-HOUR

Country	1900-1913 ^a		1913-1938 ^b	
	Percent	Rank	Percent	Rank
Denmark	2.7	2	1.3	8
France	1.2	8	2.3	4
Germany	1.6	7	1.3	9
Great Britain	0.2	10	2.1	5
Italy	2.4	4	2.6	3
Netherlands	1.1	9	1.5	7
Norway	2.1	6	2.7	2
Sweden	3.2	1	1.7	6
Canada	2.7	3	0.8	10
United States	2.2	5	3.0	1

^a 1900-1913: We have computed the annual average growth rates on the basis of the index numbers Maddison gives for the two years (*loc. cit.*, Appendix H, p. 232.).

^b 1913-1938: For this period Maddison himself (*loc. cit.*, p. 37) gives the annual average growth rates based on the indices in his Appendix H.

出典：SCHIFF, at 33

この図表は、〈1900-1913年〉と〈1913-1938年〉という2つの時期における諸国家の生産性向上について示したものである。前者の時期には、オランダに特許制度がなかった時期の一部が含まれている。この時期、生産量の年間平均成長率を見ると、イギリスを除く他の国々よりもオランダの成長が

¹⁶ SCHIFF, *supra* note 5, at 21.

¹⁷ Doorman, *supra* note 8, at 241. Doormanによれば、最終的に廃止論者が勝利した背景には、一般市民の反特許感情が大きく影響したとされる。

¹⁸ SCHIFF, *supra* note 5, at 227-28.

遅いことが分かる。一方、後者の時期には、オランダの生産量の年間平均成長が、前者の時期よりもいくぶん加速していることが分かるとういわけである¹⁹。

(ii) 2大産業

次に、特許制度を廃止していた時期（1869-1912年）における個別の産業に目を向けよう。オランダではこの時期に、マーガリンと白熱電球という2大産業が興り、第一次成長期を迎えた。

マーガリンに関しては、JurgensとVan den Berghの設立した2つの企業が、1870年代初頭に、全く新しい分野のベンチャー企業としてマーガリンの生産を開始したことに端を発する。この両社は、後にイギリスの企業と合併し、現在のUnileverという巨大企業へと発展していく。

白熱電球に関しては、1890年代初頭に、Philipsが白熱電球の生産を専門とする企業を設立したことに端を発する。この会社は、その後、電気機器分野において多様な製品を生み出す世界的企業へと成長していく。

これら2つの産業の初期の歴史は、特許制度と産業発展の関係を考えるうえでも示唆に富むものである。以下、それぞれ簡単にみていくことにしたい。

①マーガリン

初めてマーガリン工場が設立されるまでの数十年間、オランダは、イギリスから大量のバターを輸入していた。なぜならイギリスでは、低所得者層がバターを日常的に消費していたからである。18世紀も終わりに近づくと、この状況にも変化がみられるようになる。1850年代以降、バターは低所得者層には手の届かないものになり、購買層は中産階級へと移っていた。労働者層を構成する多くの国民にとってバターは高級食材となったのである。しかし労働者たちは、労働を行ううえで必要十分な量の脂質と適度な栄養を摂取するために、バターに代わる安い商品が必要となったのである²⁰。

マーガリンの生産を始めたのは、JurgensとVan den Berghというバターを扱う2人のオランダ人であった。両者は長年にわたり、イギリス市場でライバル関係にあって、イギリスではバターに代わる安価でそれほど質の悪くない商品に大きな需要が見込めることを知っていた。Jurgensの会社は、1860年代終りには、すでにバターの商いではヨーロッパ最大の企業に成長し、特許制度の廃止から2年後の1871年に、オランダの北ブラバント州のオスという小さな町に、最初のマーガリン製造工場を設立した。Van den Berghの会社が、同じ町にマーガリン製造工場を設立したのは、そのわずか1年後のことであった。

当初、両社工場での製造工程は、フランス人化学者のMège Mourièsによる1869年の発明に基づいていた。当時、Mourièsの発明には、フランス、イギリス、プロイセンの3カ国で特許が付与されていた。しかし、オランダでは特許制度が廃止されていたので、JurgensとライバルのVan den Berghは自由に、Mourièsの発明のノウハウを利用して新しい事業を始めることができたのである²¹。

¹⁹ SCHIFF, *supra* note 5, at 32-34. ただし、表をみるとわかるように、同様の現象は他の5カ国にも見られる。オランダの場合、上昇は緩やかで、10カ国の中でも低い方に位置している（〈1900-1913年〉は9番目であったのに対し、〈1913-1938年〉は7番目である）。それゆえ、Schiffは、[図表-1]は、〈1900-1913年〉の時期におけるオランダの特許制度の欠如と生産性の遅い成長との因果関係を強く示唆する証拠とまではいえないとしている。

²⁰ SCHIFF, *supra* note 5, at 53.

²¹ SCHIFF, *supra* note 5, at 53.

1872年以降のオランダでは、マーガリンを製造する企業や工場が次々に誕生した。1880年には、操業中の工場が70を超えていた。その後、工場数は減少に転じ、1883年には45になった。そして1912年には、わずか28の工場が残るのみとなった。この2回目の減少の主たる原因は、既存の企業や工場の閉鎖と企業合併である。したがって、マーガリンの生産量と売上は相変わらず増え続けていた²²。

Schiffによれば、1872年以降にオランダのマーガリン・メーカーの数が急増したという事実から分かることは、当時のオランダの起業家にとって、特許やライセンスによる一時的独占や寡占状態を確保できないことは事業を妨げる要因ではなかったということである。つまり、たとえ競争は熾烈でも、売上への期待が参入への十分なインセンティブとして機能したということである。また、オランダ国内に特許制度がないおかげで、外国の発明を自由に活用できたことも、マーガリンという新たな産業が発展するうえで大きく寄与するものであったといえるとしている²³。

②白熱電球

次に、白熱電球産業の発展についてみよう。

1891年、Philips兄弟（Gerard PhilipsとAnton Philips）は、オランダのアイントホーフェンに白熱電球の小さな生産工場を設立し、その1年後の1892年に操業を開始した。白熱電球自体は、すでに10年前から世界各地で流通していた。とりわけドイツのAllgemeine Elektrizitaets-Gesellschaft（A. E. G.）が、当時、年間100万個以上の白熱電球を生産していた。そのため、Philips社にとっては最初から競争が熾烈であった。

もっとも、1892年に操業を開始したPhilips社は、オランダに特許法がなかったおかげで、既存の特許技術を自由に無償で利用することができた。当時、Edisonが白熱電球にかかる特許を有しており、ヨーロッパの白熱電球メーカーは皆、Edisonの関連企業に高額のロイヤルティを支払う必要があった。また、同ライセンスにより許容される事業の範囲は一部制限的なものであった。Philips社は、このようなロイヤルティの支払や事業活動の制限を回避することができた唯一の白熱電球メーカーであったという²⁴。

Philips社は、瞬く間に、その生産量と売上において驚異的な成長を遂げた。そして、販売の拠点を、オランダから、フランス、ドイツ、ロシア、イタリア、スペインへと拡大した。そうして1903年には、創業から僅か20年あまりで、A. E. G. 社とSiemens & Halske社と並ぶ、ヨーロッパの三大白熱電球メーカーにまで成長したのである。このようにPhilips社は、その発展の初期において、Edisonの白熱電球にかかる特許を無償で自由に利用することができたために、その製品の供給価格を下げるのが可能となり、結果として製品の競争力を強化することができたのである²⁵。

また、Gerard Philipsは創業以降、Edisonが白熱電球の発明（炭素フィラメント電球）に改良を加えつづけた。そして、1900年頃には、発熱の均一性や熱効率に優れた金属フィラメント電球の開発に

²² SCHIFF, supra note 5, at 53-54.

²³ SCHIFF, supra note 5, at 56-58.

²⁴ SCHIFF, supra note 5, at 63.

²⁵ SCHIFF, supra note 5, at 59-63. ただし、Schiffによれば、そのおかげで製品の供給価格がどの程度下がり、製品の競争力がどの程度強化されたのかという点については、実証されていない。アイントホーフェンでの低賃金や低い労働コスト（Gerard Philipsは全ての作業を一人でこなしていたといわれている）といった他の要素も、同社の競争力強化に貢献したものと考えられている。

成功し、1909年頃から、Philips社の製品ラインを徐々に金属フィラメント電球の生産に切り替えたとされる。このことはPhilips社製の白熱電球の売上に拍車をかけた。1895年に10万9000個であったPhilips社製白熱電球の販売個数は、1913年には640万個に達したといわれている²⁶。

(iii) 小括

以上のように、オランダでは、特許制度が存在しなかったことによって、産業の発展そのものが阻害されたわけではなかった。むしろマーガリンや白熱電球産業の興隆をはじめ、産業の発達が促された面がある。また、国内に特許制度が存在しなかった時期においても、技術改良に向けた研究開発がオランダ企業によって積極的に推進され、しばしばその努力が実を結んだという点も指摘できる。

しかし、それとともに、Schiffが指摘しているように、〈国内に特許制度が存在しない〉時期におけるオランダの〈産業の発達〉は、〈外国の特許〉に強く依拠するものであったことも事実である²⁷。つまり特許制度が存在しないことで、オランダの企業は外国の特許技術を自由に無償で利用することが可能となり、その初期の発展を実現することができたというわけである。

(3) 国際環境の変化と反特許政策への批判の高まり

(i) 国際環境の変化

オランダは、1869年に反特許政策に舵を切ったことで、外国人もオランダ人もオランダ国内では特許を取得できなくなった。しかし、オランダ人は、外国人にも特許の保護を認めるすべての国で、従来どおり特許を出願することができた。こうした相互性の欠如について、諸外国は黙認していた。その背景には、たとえ相手国で、母国よりもはるかに限定的な保護しか受けられないとしても、あるいは全く特許保護が受けられないとしても、新しい技術を母国以外の国にも広めることで、結果的に自らの母国の技術的および経済的進歩が刺激されるのであれば、それはそれで利益となるという考え方があったとされる²⁸。

しかし、1880年代以降、こうした状況が変化するようになる。1883年、フランスのパリで、特許を含む工業所有権の保護に関する条約（パリ条約）が締結された。そして、このパリ条約をもとに、1884年、工業所有権の保護のための同盟（パリ同盟）が多数の国によって批准された²⁹。当時、オランダもスイスも特許法を制定していなかった（当時、両国は、特許法を持たない唯一の工業国であった）が、両国とも商標法は制定していたために、パリ同盟への加盟が認められたのである。複数回行われた会議、ならびに条約の最終承認に先立つ草案では、相互主義の原則が明確に否定され、かわりに無条件の内国民待遇の原則が確立された。その後の会議では、相互主義を担保する規定を条約に盛

²⁶ SCHIFF, *supra* note 5, at 63-66.

²⁷ SCHIFF, *supra* note 5, at 67-68.

²⁸ SCHIFF, *supra* note 5, at 21-22.

²⁹ パリ条約およびパリ同盟について詳しくは、光石士郎『工業所有権保護同盟条約詳説』（帝国地方行政学会、1968年）、ボーデンハウゼン『注解パリ条約』（AIPPI日本部会、1976年）、Stephen P. Ladas〔豊崎光衛＝中山信弘監修〕「工業所有権の国際的保護に関するパリ同盟」『ラダス国際工業所有権法 第1巻』（AIPPI・JAPAN、1980年）51-247頁、木棚照一「パリ条約の成立と展開」『国際工業所有権法の研究』（日本評論社、1989年）3-42頁、同『国際知的財産法』（日本評論社、2009年）38-60頁、後藤晴男『パリ条約講話——TRIPS協定解説を含む（第13版）』（発明協会、2008年）を参照。

り込もうとする案が米国からたびたび提出された。こうした制限的な提案が認められていたならば、オランダとの間で互惠性が完全に欠如している状況はもはや容認できないものとなった可能性がある。しかし、相互主義の導入の提案はいずれも否決された。その理由は、工業所有権に関する国内法が国によって大きく異なることが（当分の間は）必然であった状況において、外国人の処遇がその国籍によって決まる相互主義を導入すれば、工業所有権の保護のための同盟は、二国間協定の寄せ集めにすぎなくなるからであったとされる³⁰。

（ii）反特許政策への批判の高まり

パリ同盟が設立されてからというもの、加盟国の2つのグループ、すなわち〈オランダおよびスイス〉と〈それ以外の先進工業国〉の間で、特許制度をめぐる状況はいびつな関係になった。オランダ政府の代表は、国際会議の場で、〈オランダ国民というのは、一方的な模倣の自由を享受する、泥棒のような国民だ〉という趣旨の言葉を浴びせられたことがあったとされる³¹。

また、1886年にローマで開催された加盟国による国際会議では、フランス政府の代表から、次のような動議が提出された。それは、すべての工業所有権の保護に関する法律を制定していない全加盟国に対して、できるだけ早く法律の制定を完了するよう義務づける決議を採択すべきだというものであった³²。オランダ政府の代表の強い抵抗により、この動議は拘束力ある決議として採択されなかったものの、会議による勧告として議事録に記録された³³。

このようにオランダは、パリ同盟のなかで、特許法を再度制定するかどうかの裁量を保持していたものの、その反特許政策に対して、他の同盟国から強い非難が呈されるようになった。こうした中で、オランダ政府の代表は、4年後の1890年にマドリッドで開催された加盟国による国際会議において、〈自国は、そう遠くない将来、特許に関する法律を国内法として制定する〉と宣言したのである³⁴。

（4）反特許政策の転換——1910年法の制定

これを受けて、オランダでは、この宣言が国際的な義務を創設することになるのかということが、議論的になった。そして、議会や国民の間では、マドリッド会議で宣言をした以上は、特許制度を復活させるか、同盟を脱退するか（あるいは同盟から追放されるか）、いずれかの選択肢しかないという認識が高まっていったという³⁵。実際、オランダ政府は、特許法案の作成に着手し、1893年に最初の法律案が完成したとされる³⁶。しかし他方で、議会では、国内経済に与える不利益等を理由に、依然として特許法の制定に反対する見解が多数を占めていた。そのため、法案の審議は難航を極めた。

こうしたマドリッド宣言の法的効果という問題とは別に、オランダ国内では、他の同盟国との関係における倫理上の問題も議論になった。前述のとおり、オランダの産業は、国内に特許制度がないお

³⁰ PENROSE, *supra* note 5, at 66; SCHIFF, *supra* note 5, at 22-23.

³¹ SCHIFF, *supra* note 5, at 78.

³² Ritter, *supra* note 5, at 476-477.

³³ SCHIFF, *supra* note 5, at 78.

³⁴ SCHIFF, *supra* note 5, at 78.

³⁵ SCHIFF, *supra* note 5, at 78-79.

³⁶ G. Doorman, *Patent Law in the Netherlands (Part II) : Suspended in 1869 and Reestablished in 1910*, 30 JOURNAL OF THE PATENT OFFICE SOCIETY 258 (1948), at 270.

かけで、外国の特許権者へのロイヤルティの支払を回避し、製品の供給価格を低く抑えられることができた。この点がオランダにとっての反特許政策の意義でもあった。そしてオランダは、特許制度の保有国に対して、次のような論理で自国の政策の正当性を説いてきとされる。すなわち、〈もし特許制度の保有国の産業が発明者にロイヤルティを支払うことで、オランダの産業との競争で不利な立場に追いやられるのだとすれば、その責めを負うべきは保有国自身である。なぜなら、そのようなロイヤルティの支払を起業家に押しつけているのは、オランダではなく、保有国の法律なのだから〉というわけである³⁷。

しかし、1890年代に、スイスを含め、オランダを除くすべての同盟国が特許制度を保有するようになると、発明者にロイヤルティを支払うことが国際的な〈スタンダード〉ないし〈デフォルトのルール〉となった。そのため、オランダは、他の同盟国に対し、自国の政策の正当性を従来のような論法で説得することが困難となった。他のすべての国が負っている負担を、一国だけが頑なに負わないということは、理論的にみてどうかは別として、あまりにフリーライドに偏する行為であり、同盟国間のゲームのルールに反する行為だとみなされるようになったからである。

同様の批判は、オランダ企業がオランダ国内でなした発明を外国に特許出願して特許権を取得する行為に対しても呈されるようになった。外国の発明をオランダ国内で自由に利用しておきながら、オランダ国内でなされた発明については、外国において外国人がその発明を使用できない状態にするというのは、必ずしもスポーツマンシップに則った行為とはいえないというわけである³⁸。

こうしたなか、1905年に、特許法案がオランダ議会に提出された。そして、長年にわたる審議を経て、1910年11月7日に同法案が可決された。こうして1869年に廃止されたオランダの特許制度は、約40年の歳月を経て復活したのである。この1910年法は1912年6月1日に施行され、その後、いくたの改正を経ながらも、今日まで存続している³⁹。

3. スイスにおける反特許政策

(1) スイス連邦の誕生と連邦特許保護に対する国民の懐疑

続いて、スイスにおける反特許政策について検討しよう。

それまで22の州（カントン）が独立に発展してきたスイスにおいて連邦国家が成立したのは1848年のことである。このとき、連邦憲法が同時に制定されたが、この連邦憲法には、発明の保護をめぐる連邦議会の立法権限に関する規定は置かれていなかった。そのため、スイス連邦議会（上院の全州議会と下院の国議会とからなる）が特許法を制定する権限を有しているのか否かが不明確であった。というのも、一般にこの連邦憲法は、1787年のアメリカ合衆国憲法をモデルにしたものとされ、連邦憲法に明示的に規定されていない事項については、連邦議会は立法権限を有さず、各州に立法権限が留保されていると考えられていたからである⁴⁰。

³⁷ SCHIFF, *supra* note 5, at 80.

³⁸ SCHIFF, *supra* note 5, at 80-81.

³⁹ オランダの1910年法の概要につき、G. Doorman, *Patent Law in the Netherlands (Part III) : Suspended in 1869 and Reestablished in 1910*, 30 JOURNAL OF THE PATENT OFFICE SOCIETY 347 (1948) 参照。

⁴⁰ Ritter, *supra* note 5, at 471. なお、スイス連邦成立以前の時代における各州の発明奨励制度の変遷につき、

この問題は、早くも翌年の1849年に顕在化する。連邦議会の上院議員が特許法草案を上院に提出し、同法案の審議を行うよう求めたからである。この請願は、上院で否決された。連邦憲法の条項のなかに、連邦議会による特許法の制定権限を定めた規定が存在しないため、連邦議会は当該法案の審議をなしえないというのが、その理由であった⁴¹。かくしてスイス連邦議会が特許法を制定するためには、その立法権限に関する憲法条項を新設する必要がある、つまり連邦憲法の改正が必要となったのである。

この点、スイス連邦は、政治制度として、直接民主制を基礎にしつつ、州と国民を代表する連邦議会を併設するという、半直接民主制を選択した⁴²。その関係で、連邦憲法の改正に関する事項の採決は、必ず国民投票にかけられることになっている。この国民投票においては、連邦議会の憲法改正法案の採否が判断され、投票者の過半数および州の過半数の賛成が得られれば、同法案が最終的に承認されることになる⁴³。

そのような次第で、スイス連邦議会が特許法を制定するためには、国民投票によって憲法を改正する必要があった。スイスでは、1865年、1882年と、連邦議会において発明の保護のための憲法改正法案が審議されたが、いずれの場合も、最終的には国民投票によって憲法改正法案が否決されたのであった⁴⁴。

このことから分かるように、大半のスイス国民の間では、長年、特許制度に対する嫌悪感が広がっていた。こうした感情を生み出す要因となったのが、自由放任主義と反独占という考え方であったとされる。スイス産業界においても、産業と貿易の反映にとって特許制度は足枷となるという考え方が支配的であった。チューリッヒ商工会議所が1880年代に同市の実業家を対象に行ったアンケート調査では、特許制度導入への反対が、依然として広い範囲で根強いことが明らかになった⁴⁵。

（２）反特許政策期における国内産業の状況

では、反特許政策を実施していた時期（1848-1888年）におけるスイス国内の産業状況は、どのようなものであったのだろうか。この時期の産業だけをピンポイントで概観することは難しいため、19世紀前半の、スイス連邦が成立する以前の時期も含めて、概観することにしたい。

（i）紡績、機械産業

19世紀前半におけるスイスで最も重要な産業は、綿紡績業であった。その後、重要な産業は、機械、

Ritter, *supra* note 5, at 472-473. 石井・前掲注6) 149-150頁にその要旨がまとめられている。

⁴¹ Ritter, *supra* note 5, at 473.

⁴² 関根照彦『スイス直接民主制の歩み』（尚学社、2009年）、Pierre Béguinほか『スイスの政治制度』（The Swiss Office for the Development of Trade on the occasion of the Japan World Exposition, 1970年）。

⁴³ なお、スイス国民には憲法改正の提案権限も認められていた。具体的には、スイス国民は、18ヶ月以内に有権者10万人以上の有効署名を集め、それを連邦内閣事務局に提出すれば、連邦憲法改正を提案することができた。そして、この提案がなされると、内閣はそれを連邦議会に提出しなければならない。これを受けて連邦議会は、同法案の審議を行い、法案の可決、否決または対案の提出のいずれかを行うことになる。いずれの場合であれ、国民投票が実施され、この連邦議会の決定の是非が判断される。この国民投票において、投票者の過半数および州の過半数の賛成が得られれば、連邦議会の決定が最終的に承認されることになる。

⁴⁴ Ritter, *supra* note 5, at 474-476.

⁴⁵ SCHIFF, *supra* note 5, at 87.

食品、化学製品の生産業に移ったものの、当時の英国の織物製品の圧倒的な競争力を考えると、長く特許のなかった時代における綿紡績業の実績には目を見張るものがある。

綿紡績業の最初の成長は、1801年に紡績機が工場に初めて導入された直後から始まった。1840年代中頃になると、紡績工場は131を数え、綿紡績業は産業として定着した。1860年代になると、新たに多くの企業がこの業界に参入し、1870年代から80年代にかけての経済不況のさなかには、企業合併や企業集中が行われた⁴⁶。

織物製造のいくつかの部門で、スイスは他国を大きく引き離してトップに立つことがあった。そのため、1889年のパリ万国博覧会に関する報告では、スイス製編み機で作られた商品が、近い将来、生産量、輸出量、そして雇用者数において世界第1位になるだろうと予想されたといわれている⁴⁷。

こうした紡績業の発展を支えたのが、織物生産の機械化である。1823年、Johann K. Altherrは新型の織機を発明し、これによって、人の手に因る刺繍と見まちがうほどの装飾模様（e. g. 小花や葉の模様）を織り込むことが可能になった。この機械が導入されれば、自分たちの技術が時代遅れになると考えた刺繍職人の激しい抵抗に遭い、Altherrの発明が実用化されるまでには10年近くを要したとされる。しかし、実用化されたとたん、この機械はあっという間に普及したのである⁴⁸。

さらに重要なのは、Kaspar Honeggerによる1840年代初頭の織機の改良である。スイス（およびドイツ南部）では、数十年間にわたり、綿織物産業における機械化の象徴ともいえる〈Honegger織機〉の一人勝ちの状態が続いた。綿織物よりもやや機械化が遅れた絹織物の分野でも、やはりHoneggerが開発した〈Honegger絹織物織機械〉による独占状態が20世紀初頭まで続いた⁴⁹。

刺繍用機械についても触れておこう。この機械は1863年から1865年にかけてJakob Groebliが発明し、後に他の人々が改良を加えた結果、スイス織物産業のこの分野での急速な発展に大きく寄与した⁵⁰。

このほか、19世紀におけるスイスの機械産業の発展として、蒸気エンジンの発明と製粉機の開発を挙げることができる。

例えば、1850年代に、蒸気エンジンの建造にとって極めて重要な発明がスイスのヴィンテルトゥールにおいてなされた。それが、Sulzer Brothers社による、安全バルブ付きのSulzer蒸気エンジンの発明である。この発明は、ピストン式蒸気エンジンに新たな開発の道を拓いた。このエンジンのおかげで、同社は世界にその名が知られるようになったばかりか、スイスの機械生産そのものの国際的評価の向上にも貢献した⁵¹。

製粉機の開発においてもスイスは先頭を走っていた。19世紀初頭まで、小麦を挽くための道具は石臼しかなかった。これに勝る道具を開発するというスイスの試みは、数十年の間、完全な成功を収めることはなかった。そしてついに1873年、Friedrich Wegmannによる画期的な発明が誕生した。彼が発明した製粉機は、かつていずれの産業も経験したことがないような大変革を製粉業界に巻き起こしたのである⁵²。

⁴⁶ SCHIFF, *supra* note 5, at 98.

⁴⁷ SCHIFF, *supra* note 5, at 98-99.

⁴⁸ SCHIFF, *supra* note 5, at 108.

⁴⁹ SCHIFF, *supra* note 5, at 108-109.

⁵⁰ SCHIFF, *supra* note 5, at 109.

⁵¹ SCHIFF, *supra* note 5, at 109.

⁵² SCHIFF, *supra* note 5, at 109.

このようにスイスでは、19世紀前半に機械の製造が徐々に広がり、1870年頃には、一大産業としての地位を確立したのである。

(ii) 染料産業

19世紀のスイスの産業として、染料産業も重要である⁵³。

アニリン染料の製造工場第1号は、1857年にイングランドに建設された。それは、イギリス人のPerkinが製法を発明し、それについてイングランドで特許を取得した1年後のことである。スイスの実業家たちは、いち早く、Perkinの発明に秘められた驚くべき可能性に気がついた。そして、特許制度のないスイスは、そのような新しい製品の生産拠点としてうってつけであった。

1857年に、Geigyがスイスのバーゼル州において染料工場を建設した。Alexander Clavelは、1859年に絹の染色工場を設立し、新しい製品の生産を開始した。その後の10年間、毎年のように新しい企業が誕生した。以降、バーゼル州を中心に、染料産業が発展する。やがて、人工染料は主に海外市場向けに生産された。人工染料の生産量は、飛躍的に増えていった。1884年にClavelがバーゼルで設立した小さな会社は、Chemische Industrie in Basel (CIBA) となり、やがてGeigy社と合併して、世界各地に支社を置く世界的大企業に成長した。それが現在のNovartis社である。

(iii) 食品産業

19世紀後半において、スイスは世界有数の食品生産国となった。食品産業、とりわけ特定の栄養が摂取できる、栄養価の高い食品の製造は、長年にわたり、スイスを代表する産業となっている。

例えば、スイスのチョコレート産業をみてみよう。同産業では、1870年代にいくつかの重要な発明が誕生した。1875年、Daniel Peterはミルクチョコレートを発明した。それから12年も経たないうちに、新製品の需要は爆発的に伸びた。また、1879年には、Rudolf Lindtが〈フォンダン・ショコラ〉を発明し、これもまた世界的なヒット商品となった⁵⁴。

このほか、スイス産まれの世界적인産業としてはスープ産業がある。この発明者であり会社の創設者でもある人物は、チューリッヒ州ケンプタールで製粉所を営んでいたJulius Maggiであった。彼が最初に発明に取り組んだのは、調理時間の不足による栄養不良の増加がきっかけであった。というのも、当時、家庭の主婦が工場に駆り出されるケースが増え、それまでのような調理方法で栄養価の高い家庭料理を作る時間がなくなったからである。そこでMaggiは、スープとしてすぐに食卓に出すことができ、栄養価が高くしかも保存のきく商品の開発に取り組んだ。1883年、彼は自ら製作した特殊な装置を用いてこうしたスープを作りだし、3年後には、世界初のインスタントの粉末スープが大量生産されるようになった。その後の彼の発明として重要なものは、液体スープ用調味料である。さらに彼は、保存がきくキューブ状の濃縮ブイヨンの世界に先駆けて生産した。ほどなくスイスをはじめとする世界各地にMaggi社の工場が建設され、〈Maggi Cubes〉はヨーロッパのほとんどすべての家庭の食品庫に保存されるようになったのである⁵⁵。

⁵³ SCHIFF, *supra* note 5, at 99-101.

⁵⁴ SCHIFF, *supra* note 5, at 110-111.

⁵⁵ SCHIFF, *supra* note 5, at 111.

（３）国際環境の変化

このように、特許制度が国内に存在しなかった19世紀において、スイスの産業は目覚ましい発展を遂げた。このことは、スイス国民の間で反特許思想が浸透する一因になっていた。

もっとも、国際的な特許保護体制の整備が進むにつれて、スイスを取り巻く状況が変化する。とりわけ、1878年にパリで開催された国際会議において、スイスがパリ条約の草案起草国として選出されたことが一つの転機となった。これをきっかけとして、1884年に批准されたパリ同盟の国際事務局の本部がスイスのベルンに設置されることになったからである。こうしてスイスは、特許を含む工業所有権の保護のための同盟の一員であり、かつその事務局を運営する立場にありながら、国内では反特許政策を実施するという、いびつな状況に身をおくことになったのである⁵⁶。

スイスの反特許政策自体がパリ条約の基本原則である内国民待遇に反するわけではなかったが、上記のようなスイスの立場に対する倫理上の非難が強まった。こうした倫理上の圧力に加えて、オランダを除く他のすべての同盟国がスイスの発明に対して特許保護を付与している中で、スイスが引き続き外国の発明に対する特許保護を認めなかった場合には、同盟国から報復を受けるおそれもあった。当時、輸出産業が主流であったスイスにとって、発明やイノベーションについて海外市場で広く保護を享受できることは大きな強みであった。海外で特許による保護を受けられないというリスクは、軽視できるものではなかった⁵⁷。

こうした倫理的、政治的な考慮の結果、かりに反特許政策が国内産業にとって有益であるとしても、このままの状況を維持することが果たして許されるのか、特許制度の導入はやむを得ないのではないか、という空気がスイス国民の間で徐々に広がっていった。

（４）反特許政策の転換？——1888年法の制定

こうした中、1887年に、再び、発明の保護のための憲法改正法案が連邦議会に提出され、審議されることになった。そして、国民投票の結果、同年7月10日、ついに同法案が可決されたのである。こうしてスイス連邦議会に、特許法の制定権限が認められることになった。

しかし、この可決された憲法改正法案では、連邦議会の立法権限が、産業上利用可能な「機械の発明」に対する特許保護に限定されていた。これは、特許法の制定を望んでいなかったスイスの化学・染料産業が、化学分野の発明を連邦特許法の保護対象から除外するよう強く要望したためであった⁵⁸。そして、この憲法改正法案に基づいて、スイスで初めての発明の保護に関する連邦法が制定されることになったのである。それが、スイス1888年法である（1888年7月29日施行）。

こうした経緯から、1888年法は、特許の保護を受けることができる対象を、機械の発明に限定していた。この機械発明要件はスイス独特のものであり、当時効力を有していたいずれの国の特許法にも見られない要件であった⁵⁹。これは、ドイツやフランスの化学関連企業がスイス国内で特許を取得す

⁵⁶ SCHIFF, *supra* note 5, at 88-89; Ritter, *supra* note 5, at 475-476.

⁵⁷ PENROSE, *supra* note 5, at 117-120; SCHIFF, *supra* note 5, at 90.

⁵⁸ SCHIFF, *supra* note 5, at 85-86.

⁵⁹ Ritter, *supra* note 5, at 477.

るのを防止するための要件であったが、実際には、化学、製薬分野における発明のみならず、どの産業分野であれ新しい方法の発明はすべて特許保護の対象から除外されることになったのである⁶⁰。

1888年法が制定されるや否や、機械発明要件は早速議論の的になった。例えば、機械発明であることの証明として、模型を特許局に提出しなければならないのか、それとも、写真など他の方法でその存在を証明すれば足りるのかが問題になった⁶¹。2つの連邦条例に基づき、掛け時計、腕時計、小火器といった特定の発明については、発明見本として模型の提出が義務づけられた⁶²。

このほか、1888年法の規定のなかで議論になったものとして、強制実施許諾の規定がある。これは、特許権者がスイス国内において特許出願から3年間、特許発明の実施を行っていない場合に、スイス人の求めたスイス国内での実施許諾を拒絶し、かつ、外国から特許製品をスイス国内に輸入した場合には、当該特許権を取り消すというものであった⁶³。

（5）反特許政策の転換

（i）1888年法への国際的な反発

スイスの1888年法は、近代に制定された特許法としては、おそらく最も限定的な特許保護しか認めない法律であった。そのため、これほど限定的な特許保護しか認めない法律の制定によって、はたしてスイスは同盟加盟国として倫理上の義務を履行したといえるのか、といった批判が各国から呈されるようになった⁶⁴。

例えば、米国政府の代表は、1897年にブラッセルで開催された国際会議において、「発明の本国で特許保護の対象とならない発明については、他の加盟国が保護を付与しないことを適切とみなした場合には、当該保護の対象から除外することができる」という決議を採択するよう提案したのである⁶⁵。

米国と同様、ドイツもまた、外国の化学発明を自由に利用し続けるスイスに対し、憤りを感じていた。スイスの化学製品は世界中で大きな需要があった。こうした製品、とりわけ合成染料については、すでにスイスはドイツにとって最も手ごわいライバルになっていた（図表-2参照）。ドイツは、スイス化学産業の目覚ましい発展は、そのほとんどが模倣のおかげだと主張し、〈泥棒男爵の仕業〉や〈寄生生物〉といった容赦ない非難を浴びせたとされる⁶⁶。最終的にドイツは、1904年の通商協定の締結交渉において、スイスに次のように通告した。すなわち、スイス産のアニリンやコールタール系染料のドイツへの自由な輸出を認めるが、もしスイスが、1907年12月31日までに特許法を改正し、こうした種類の新製品ならびにそれらの生産方法を特許保護の対象としなければ、ドイツは当該スイス製品の輸入に対して高い関税を課す権利を留保するとしたのである⁶⁷。

⁶⁰ SCHIFF *supra* note 5, at 86.

⁶¹ 機械発明要件をめぐる他の問題につき、Ritter, *supra* note 5, at 478-479.

⁶² SCHIFF, *supra* note 5, at 86.

⁶³ Ritter, *supra* note 5, at 484-486.

⁶⁴ SCHIFF, *supra* note 5, at 93; Ritter, *supra* note 5, at 478-479.

⁶⁵ SCHIFF, *supra* note 5, at 93; Ritter, *supra* note 5, at 480.

⁶⁶ SCHIFF, *supra* note 5, at 94.

⁶⁷ PENROSE, *supra* note 5, at 16-17; SCHIFF, *supra* note 5, at 94; Ritter, *supra* note 5, at 480. ドイツとしては、スイスに対し、ドイツ主導の染料カルテルに参加するよう呼びかける意図があったともいわれている。Heinrich Kronstein & Irene Till, *A Reevaluation of the International Patent Convention*, 12 LAW & CONTEMP. PROBS. 765 (1947), at 778-779; Ritter, *supra* note 5, at 480-481.

【図表-2】

生産国	1899年の合成染料推定生産量（単位：スイスフラン）
ドイツ	100
スイス	18
イギリス	8-9
フランス	8-10

出典：SCHIFF, at 100

こうした事態は、スイスの化学産業にとって大きな脅威であった。なぜなら、同産業にとってドイツは最大の顧客であり、米国はそれに続く大口顧客であったからである⁶⁸。そのため、反特許政策のもとで好調な業績を維持していたスイスの化学産業としても、ドイツや米国での収益基盤が弱体化するおそれを看過することはできなかった。こうして特許法の適用に対するスイス化学産業の頑なな抵抗は、後退を余儀なくされたのである。

（ii）1907年改正

スイス連邦政府は、ドイツに突きつけられた法改正のタイムリミットを受けて、すぐさま1888年法における機械発明要件を削除する必要に迫られた。もっとも、この要件は、連邦憲法条項に定められた要件であったため、同要件の削除には国民投票による連邦憲法条項の改正が必要であった。それゆえ、化学発明の特許保護に対するスイス国民の支持が不可欠であった。

この点、スイス国内では、1877年に特許法を制定したドイツの経験に照らせば、化学発明の特許保護と国内産業の保護とは両立可能な政策であるという認識が高まっていった⁶⁹。こうした認識の変化を追い風として、1905年に、連邦憲法における機械発明要件の削除を求める憲法改正法案が連邦議会に提出され、国民投票の結果、賛成多数で、同法案が可決されたのである⁷⁰。

こうしてスイスにおいて、広範囲にわたる産業発明の保護が可能になった。そして、1907年6月21日に1888年法が改正され、新しい特許法が制定されたのである。新たな1907年法のもとでは、化学分野における方法および製法発明が特許の保護対象に含まれることになった。もっとも、化学物質の発明については、なお不特許事由とされた⁷¹。スイスが物質特許を認めたのは、その70年後の1977年のことであった。

⁶⁸ SCHIFF, supra note 5, at 94-95.

⁶⁹ Ritter, supra note 5, at 479.

⁷⁰ SCHIFF, supra note 5, at 95.

⁷¹ このほか、スイス1907年法に伴う問題につき、Ritter, supra note 5, at 482.

4. おわりに

(1) 反特許政策の意義

長年、特許制度をもたなかったオランダとスイスの経験からは、特許制度の欠如がただちに産業の発展の停滞につながるわけではないということが分かる。

オランダでは、特許制度の廃止期間において、他の一部の国に比べ産業の発展が緩やかに進んだものの、マーガリンや白熱電球といった分野では急速な産業発展を実現した。スイスにおいても、特許のない時期に産業化が大きく進展した。

オランダとスイスの国内企業は、反特許政策により、他国の特許製品を自由に利用し改良することが可能になった。また、両国の企業は、特許権者に実施料を支払わなくてよい分、他国に比して製品を安価に製造販売することも可能になった。

反特許政策は、両国の産業が、先進工業諸国への技術的、経済的なキャッチアップを達成することに寄与するという意義を有するものであったように思われる⁷²。

(2) 反特許政策の限界

しかし、その一方で、こうした反特許政策は、他国の特許制度にフリーライドすることで国内産業の発展を実現する政策でもあった。そのため、極端に互惠性を欠く反特許政策は、パリ条約の締結以降、国際社会の中で維持することが困難になった面も否定できない。オランダもスイスも、パリ同盟のなかで孤立を貫くことができなかった。

このことから得られる示唆は、国際的な知的財産保護体制のもとでは、経済的な考慮とともに、倫理的・政治的な考慮も重要になってくるということである。ここでいう倫理的な考慮というのは、模倣それ自体の是非ではなく、共同体の一員となった場合の、他の構成員のほぼ全員が共同体内の不文律とみなしているものの遵守を拒否することの難しさである⁷³。

かりに非遵守を貫き、反特許政策を維持できたとしても、貿易政策や投資政策等において報復措置を受けるおそれがあった。同盟の主要加盟国が報復措置に訴えるかもしれないという脅威は、スイスが化学発明の特許保護の対象から除外するという政策を放棄するに至った大きな理由であった。

こうした倫理上の制約や報復措置の脅威は、反特許政策の一つの限界として捉えることができるように思われる⁷⁴。

⁷² 特許制度とキャッチアップとの関係につき、HIROYUKI ODAGIRI, AKIRA GOTO, ATSUSHI SUNAMI & RICHARD R. NELSON, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, DEVELOPMENT, AND CATCH-UP: AN INTERNATIONAL COMPARATIVE STUDY (Oxford UP, 2010)；小田切宏之「知的財産権、経済発展とキャッチアップ」日本工業所有権法学会年報36号79-99頁（2013年）参照。

⁷³ SCHIFF, *supra* note 5, at 125-126.

⁷⁴ TRIPS協定下における南北問題を、スイスの反特許政策の意義と限界に照らして検討する試みとして、Ritter, *supra* note 5, at 490-495を参照。

V. 特許制度の実証研究が投げかけるもの：正当化根拠論と職務発明制度の改正を題材に 國學院大學 中山 一郎 教授

1. 昨年度の研究概要：特許制度の全般的経済効果の不明確性

特許制度の基礎理論の研究に関しては、哲学的アプローチ、歴史的・事例研究的アプローチ、統計的・経済学的アプローチなどの複数のアプローチが考えられる。このうち、昨年度の研究¹においては、3番目のアプローチを採り、功利主義・帰結主義の立場を前提にしつつ、特許制度の経済効果を検証するとともに、政策立案上の留意点について検討した。

具体的には、まず、功利主義・帰結主義の立場から見た特許制度の正当化根拠を確認し、これを市場の失敗を解決するために市場メカニズムを活用して創作インセンティブを確保するものと理解した。その上で、特許制度の経済効果に関する主な日米の実証的な先行研究を整理分析した。その結果によれば、特許制度の全般的な経済効果は不明確であると言わざるを得ず、したがって、特許保護の強化がイノベーションを促進することを無条件の前提とすべきではない。また、特許制度の経済的な効果は、産業により、さらに国あるいは時代によっても変化する。もっとも、グローバル化を背景にした制度の国際調和への要請が高まる中で、各国が有する制度設計の自由の範囲は制約を受けざるを得ない。他方、一国の産業の国際競争力の低下は市場の失敗ではなく、国際的競争力強化への寄与を特許政策の目的に掲げることは適切ではない。国際競争力の名目の下の政策は保護主義を招きかねない危険性がある。

2. 本年度の研究の趣旨・目的

実証研究を通じて明らかとなった特許制度の全般的な経済効果の不明確性は、功利主義・帰結主義の前提からのみ特許制度を正当化することの限界を浮き彫りにしているように見える。実際、米国においては、功利主義・帰結主義に基づく特許制度の正当化への揺らぎから、特許制度の正当化根拠論をめぐる論争が生じている。そこで、以下では、まず、その議論を参照しながら、特許制度の全般的経済効果の不明確性にいかに向き合うべきか、について若干の考察を加える。

その上で、実証研究の意義・役割を再考し、エビデンスに基づく（evidence-based）議論の可能性について、2015年に改正された日本の職務発明制度を題材としながら検討する。

¹ 中山一郎「特許制度の基礎理論の研究：経済効果の検証と制度設計上の留意点」知的財産研究所「知的財産に関する日中共同研究報告書」（平成27年3月）92～100頁。

3. 米国における正当化根拠をめぐる論争²

(1) Merges教授の「転向」

Robert. P. Merges教授は、米国特許法学界における法と経済学的アプローチを代表する学者の一人といって差し支えないだろう。ところが、功利主義に基づく特許制度の正当化を当然の前提としていたはずであろうMerges教授は、2011年の著作³において、功利主義的アプローチではなく、哲学的なアプローチによる特許制度の正当化根拠論を提示した。この著作は、米国のみならず日本においても、功利主義的立場からの「転向」として紹介され⁴、注目を集めている。

Merges教授は、“Justifying Intellectual Property”と題するその著作の冒頭において、功利主義に基づく正当化の限界について自戒を込めて次のとおり指摘している。功利主義の下での費用便益分析は「実際、不可能なほどに複雑である」、「この複雑性は功利主義に大きな問題点を投げかけている」、「一生懸命やってはみても、私自身は、知的財産法がない場合よりも知的財産法があった方が、人々がよりよい状態になることを示す検証可能なデータに基づいて現在の知的財産制度を正当化することはできない」、「これは、私が永年避けてきた真実である。」、「一生懸命やってはみても、避けることができない真実がある：データは腹立たしいほどにはっきりとしない」⁵。

しかしながら、Merges教授は、特許制度廃止論や懐疑論には与しない。それどころか、「実証的な立証への疑問を通じて、知的財産法の必要性和重要性に対する私の信念(faith)は高まった。」⁶と述べるのである。その上で、Merges教授は、Locke、Kant、Rawlsらの哲学者に依拠しつつ、新たな哲学的アプローチによる正当化を模索する。むしろ著作全体の力点はそちらに置かれており、そこで提示されている知的財産制度を正当化する根本規範とは、Liberal Property論というべき「知的財産制度をクリエイティブな職業人の自律性と独立を保障するための制度として位置づける考え方」⁷であると形容されている。

本稿との関係において重要な点は、実証的分析の不明確性に直面したMerges教授が功利主義に基づく正当化を諦めて「転向」した、という点であって、「転向」後のMerges教授の哲学的アプローチの内容それ自体ではない。そのため、本稿ではその内容には立ち入らない。その点については、山根崇邦准教授による解説⁸を参照されたい。

² 3. 及び4. は、中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究60号（2015年）5頁に基づく。

³ ROBERT P. MERGES, JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY (2011)。

⁴ 山根崇邦「Robert P. Mergesの知的財産法概念論の構造とその意義」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（弘文堂、2013年）3～37頁。

⁵ MERGES, *supra* note 3, at 2-3.

⁶ MERGES, *supra* note 3, at 3.

⁷ 山根・前掲注(4) 16頁。さらに、山根崇邦「知財制度の在り方に関する基礎理論の研究」知的財産研究所・前掲注(1) 113頁では、Liberal Property論を職業的創作者の積極的自由の保護体系と説明している。

⁸ 山根・前掲注(4)、同・前掲注(7)。

(2) Lemley教授の批判

このようなMerges教授の「転向」を、同教授と並んで米国特許法学界の法と経済学アプローチを代表する学者であるMark A. Lemley 教授は、敢然と批判する。

Lemley教授は、“Faith-Based Intellectual Property”と題する2015年の論文⁹において、まず、知的財産権が政府の規制であるという点を強調する¹⁰。知的財産権が「財産権（所有権）」（property）であるといっても、知的財産権を付与することにより政府が市場に介入し、国家がその保護を担うことにより、一定の範囲で権利者以外の第三者の自由を制約されるに変わりはないからである。そのため、他の政府規制と同様に、知的財産権についても費用便益分析による規制の正当化が求められるというのである。

また、Merges教授が嘆いた実証研究成果について、Lemley教授は、実証研究は量的には増加しているものの、しかし、知的財産権という規制の完全な正当化にまでは至っていないことを認める。同教授によれば、問題は、証拠が複雑な点にあり、それは、産業毎に特許制度の機能が異なっているためである。確かに、昨年度の研究でも報告したとおり、従来の実証研究は、特許制度の機能は産業により異なることを示唆している¹¹。

そのように理論と実証が一致しない場合の対応としては、①理論を見直す、②実証を疑う、③実証を必要としない考え方への退避する（retreat）、という選択肢が考えられるが、Lemley教授は、③の例としてMerges教授を挙げ、これを「信念に基づく知的財産」（“faith-based IP”）と呼ぶ。そして、「信念」、「信条」であれば、功利主義の下で要請される実証的検証が不要になるから、「信念に基づく知的財産」（“faith-based IP”）は一種の宗教的信条であると断じている。

Lemley教授によれば、そのような「信念」の問題点の一つは、ひとたび功利主義を放棄してしまうと、なぜ最先の創作者のみが保護されるのか、説明が困難であるという点にある。そしてより具体的な疑問として、Lockeのように労働を重視するというなら、偶然に発明を完成させた者よりも、最終製品により生産的な努力を傾注した者を保護すべきではないか、最先であるから保護されるというなら、Fair Useのような（二次創作者を保護する）権利制限は導くことはできないのではないか、自ら創作したから保護されるというなら、独立して発明を完成させた者は、侵害者ではないのではないか¹²等の諸点を指摘する。

もっとも、Lemley教授は、反対に、証拠に基づく合理的分析抜きに、単に「情報は自由を求めている」との主張にも同様の問題があると批判する。どのような理論であれ、証拠に照らして検証できるか否か（検証可能性）、理論が実証的証拠を受け付けるか否か、が肝要であるというわけである。これに対し、Lemley教授によれば、信念に基づく知的財産（faith-based IP）は、誤りであると立証さ

⁹ Mark A. Lemley, *Faith-Based Intellectual Property*, 62 UCLA L. REV. 1328 (2015) .

¹⁰ 同様の認識は、田村善之教授の一連の著作にも見ることができる。田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）1頁、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号（2010年）2頁、同「『知的財産』はいかなる意味において『財産』か」吉田克己＝片山直也『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）329頁など参照。

¹¹ 中山一郎・前掲注（1）のほか、JAMES BESSEN AND MICHAEL J. MEURER, PATENT FAILURE HOW JUDGES, BUREAUCRATS, AND LAWYERS PUT INNOVATORS AT RISK (2008)〔浜田聖司訳『破綻する特許』〕（現代人文社、2014年）、その解説として、山根・前掲（7）102～104頁。

¹² 田村・前掲注（10）「法政策学」23頁注10も、同様の理由から自然権による基礎付けは困難であるとする。

れる可能性を認めないため、科学ではなく、宗教であって、会話が成立しない点が最も懸念される。したがって、信念に基づく（faith-based）のではなく、エビデンスに基づく（evidence-based）議論が必要であるというのがLemley教授の主張である。

（３）若干の検討

（ｉ）Lemley教授の批判の妥当性

果たしてLemley教授が述べるように、Merges教授と功利主義者との会話は成立しないのであろうか。この点につき、Merges教授自身は、根源的な多元主義（foundational pluralism）の立場から、「知的財産保護によるネットの社会的効果についてよりよい証拠があれば耳を傾ける」¹³と述べている。また、同教授は、最下層の根本規範と、制度の運用面で問題となる中層原理（midlevel principles）を区別することにより、正当化根拠につき異なる立場の者の間で中層原理についての議論を可能とすることに努めている。なお、この中層原理（midlevel principles）とは、効率性（Efficiency）、専有禁止（Nonremoval）、比例性（Proportionality）、尊厳（Dignity）の4つから構成されているが、紙幅の制約から本稿ではその内容には立ち入らない。

そのようなMerges教授の議論を見る限り、同教授は、功利主義者との会話を否定しているわけではないと思われる。むしろ同教授の議論は、現時点の知見による限り（第一の留保）、少なくとも最下層の根本規範としては（第二の留保）、功利主義のみでは不十分であることを指摘するものと理解することができる。そのように二つの留保を付しているところから見ても、Merges教授が功利主義と一切決別する立場であるとは考えにくい¹⁴。その意味において、会話すら成立しないとのLemley教授の指摘は、いささか言い過ぎではないかと思われる。

（ii）何が両者の立場を分けるのか

結局のところ、両教授の立場を分けるのは、特許制度の全般的なイノベーション促進効果の不明確性に如何に向き合うか、という点にあるように思われる。そして、そのような状況において、従来の功利主義的に基づく特許制度の正当化を（当面は）諦め、哲学的なアプローチによる正当化に活路を見出そうとしたのがMerges教授であるのに対して、あくまで功利主義をベースにしつつ、全般的な効果が不明確であるのであれば、全体ではなく、産業単位の分析に着目しようとするのがLemley教授であるともいえよう。

実際、Lemley教授がBurk教授とともに提唱しているのが、産業間の相違を踏まえて特許制度の改善を目指す「政策レバー」（Policy Lever〔舵取り〕）論である¹⁵。政策レバー論では、産業毎に特許の機能が異なり、あてはまる経済理論が異なることを議論の出発点とする。具体的には、プロスペクト理論は製薬産業、競争的イノベーション理論はビジネス方法、累積的イノベーション理論はソフト

¹³ MERGES, *supra* note 3, at 10.

¹⁴ かつて筆者は、Merges教授の立場について、「仮にそれが転向であるとしても、それほど大きな転向ではないといえよう」と評したことがある。中山一郎「特許取引市場の機能と差止請求権制限の政策論的当否」日本工業所有権法学会年報36号（2013年）147頁注59。

¹⁵ Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 VA L. REV. 1575（2003）（山崎昇訳「特許法における政策レバー（1）（2・完）」知的財産法政策学研究14号45頁，15号53頁〔以上，2007年〕）。

ウェア産業、アンチコモنز理論はバイオ産業、特許の藪理論は半導体産業といった具合であるが、個別の理論の内容には、紙幅の都合上、やはり立ち入らない。むしろ本稿との関係において重要なことは、彼等の主張が、政策レバー論が産業分野に異なる経済理論を前提としているという点である。そして、その上で、産業毎の特許政策の舵取り（policy levers）をロビイング耐性等のある司法（裁判所）に委ねよう、というのが彼等の主張である。

また、前述したとおり、特許制度の実証分析の結果は多義的であり、プラスのものもあれば、マイナスのものもある。そのような中では、論者がどの実証分析結果を重視するかによっても結論は変わり得る。そして何を重視するかは判断は、論者の（宗教的ではない）世界観に左右される側面があることも否定できないように思われる。実際、ある実証研究によれば、階層主義的かつ個人主義的な世界観を有する者は、商業や産業を重視する傾向があるので、それらをサポートする価値を知的財産権に見出し、知的財産権の制限につながり得る証拠を低く評価する可能性がある。一方、平等主義的かつ共同体主義的な世界観を有する者は、商業や産業に懐疑的であるため、知的財産権についてもこれを不平等を拡大させるものと捉え、厚生を増加させることはないと考えられる可能性が指摘されている¹⁶。そのような観点からみれば、功利主義を重視する度合いも、個人の主観的な価値観と全く無縁であるとは言い切れない。

なお、この問題に対するアプローチは、Merges教授やLemley教授によるものに限られるわけではない。例えば、田村善之教授は、知的財産権制度の効率性を測定する困難性を認めた上で、知的財産権制度の正当化を、効率性のみにではなく、そのような制度を採択するプロセスの民主的正統性にも求めることも提唱している¹⁷。このアプローチも、功利主義をベースにしつつも、全般的なイノベーション促進効果の不明確性に対する折り合いの付け方の一例といえよう。

4. 米国の議論を踏まえた実証研究の意義

筆者は、これまで特許制度の正当化根拠を功利主義・創作インセンティブ論に求めてきた。しかし、十数年前に米国の実証研究成果をサーベイ¹⁸して以来、常に頭を悩ましてきたのは、功利主義・創作インセンティブ論からの実証的な検証は決め手に欠けるという点であった。この点は、昨年度の研究で報告したとおりである。その意味において、Merges教授が「永年避けてきた真実」と述べる点には共感を覚えるところがある。

もっとも、Lemley教授が述べるように、実証研究自体は着実に増加している。問題は、その成果が多義的・複雑であって、全体としてのイノベーション促進効果が不明であるという点にある。では、その点にどのように折り合いを付けるべきだろうか。

この点を考える上での一つの鍵は、そもそも今日において特許制度廃止論者はわずかであり¹⁹、ま

¹⁶ Lisa L. Ouellete, *Cultural Cognition of Patents*, 4 IP THEORY 28 (2014) .

¹⁷ 田村・前掲注(10)「知的財産法政策学」4～5頁、同・前掲注(10)「未保護」10, 12頁。ただし、プロセスに潜む少数派バイアスの危険性も指摘されていることに留意する必要がある。なお、田村教授は、知的財産制度を正当化する消極的根拠として、自然権論も用いている。田村・前掲注(10)「知的財産法政策学」1～4頁、同・前掲注(10)「未保護」6～7頁、同・前掲注(10)「『財産』か」335～336頁。

¹⁸ 中山一郎「『プロパテント』と『アンチコモنز』：特許とイノベーションに関する研究が示唆する『プロパテント』の意義・効果・課題」RIETI Discussion Paper Series 02-J-019 (2002年)。

¹⁹ その例として、MICHELE BOLDRIN AND DAVID K. LEVIN, *AGAINST INTELLECTUAL PROPERTY* (2008) 〔山形浩生＝

た、特許制度を実際に廃止することは非現実的でもあるという点である。さしあつて特許制度の存廃自体を議論する実的な必要性は低いのである。そうすると、特許制度の全般的なイノベーション促進効果の不明確性に頭を悩ませることは、むしろ時間の無駄であるかもしれない。

昨年度の研究においては、かつて米国議会の求めに応じて、特許制度の経済効果を調査したMachlupが、特許制度は全体として社会にとってプラス、マイナスいずれの効果を有するかは不明であるため、もっとも無難な政策的な結論は「どうにかこうにかやっていく」（“muddling through”）ことであると総括したことを紹介した²⁰。それから50年以上が経過し、実証研究自体は増加したものの、全般的な経済効果が不明である状況に変わりはない。とするならば、まさにMachlupが喝破したとおり、全体効果の不明確性を所与の前提として割り切り、「どうにかこうにかやっていく」方が現実的かつ生産的であるともいえる²¹。実際、産業毎に政策レバーを調整するLemley教授らの議論も、全体的な経済効果を議論しないという割り切りの一例と理解することができよう。

そのような観点から見ると、Merges教授とLemley教授は、特許制度全体としての経済効果を実証的に解明することに注力する実益はさしあたりないと割り切る点においては一致しているといえる。両者の相違は、さらにもう一步進んで、正当化根拠として功利主義の旗を降ろすところまで踏み込むか否か、である。この相違は大きいようにも見えるが、結局はどの範囲まで割り切るかという程度問題であつて、両者の間に見かけほど大きな断絶はないとも考えられる。

そして、Merges教授による最下層の根本規範と中層原理（midlevel principles）の区別が異なる根本規範論者との間の議論を可能にするものであることは前述したとおりであるが²²、このことは、最下層の正当化根拠をひとまず棚上げとするとの割り切りであるとも考えられる。確かに、正当化根拠論の議論における全体的なイノベーション促進効果の実証的な検証の問題と、特許制度の存在を前提とした個別の改革（reform）ないし改善（improvement）の議論における実証的・経済的分析の有用性の問題は切り離して考えることも可能であろう。問題がより限定されているからである。実際、Machlupは、次のように述べている。「特許制度の経済学を学ぶ者は、規模の大きな産業経済に対する特許制度全体としての（as a whole）効果に関する質問については、さしあたり自らを不適任者と認めなければならないが、既存の制度を変更（change）する提案を判断する場合に自らを不適任と考える必要はない。経済分析は、『オール・オア・ナッシング』の間で選択するための根拠を未だ提供していないものの、特許制度の様々な構成要素を『もう少し多く、あるいはもう少し少なく』する判断に対しては、十分に確固たる根拠を提供している。」

以上の点からすれば、さしあたり特許法の個別論点をめぐる議論においては、Lemley教授が主張し

守岡桜訳『＜反＞知的独占』』（NTT出版、2010年）。

²⁰ FRITZ MACHLUP, AN ECONOMIC REVIEW OF THE PATENT SYSTEM (1958), 79～80〔土井輝生訳『特許制度の経済学』（日本経済新聞社 1975年）188～189頁〕。

²¹ 田村善之「メタファの力による“muddling through”：政策バイアス vs. 認知バイアス」新世代法政策学研究20号（2013年）89頁及び同「プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through (1)～(4・未完)」知的財産法政策学研究35頁27頁、36号153頁（以上、2011年）、39号293頁（2012年）、46号269頁（2015年）も、その標題が示すとおり、「どうにかこうにかやっていく」（“muddling through”）とのMachlupの提言を受けた試みの一つである。

²² そのような例として、山根・前掲注（4）31～35頁は、我が国著作権法の複製（翻案）概念をめぐる論争を取り上げている。また、功利主義の立場からから見ても、Merges教授が示す中層原理（midlevel principles）のうち、比例原則（proportionality principle）は、根本規範の相違を抜きにして議論することが可能なテーマであると考えられる。

たエビデンスに基づく（evidence-based）議論の有用性が否定されるものではないと考えても差し支えないであろう。そこで以下では、そのような基本的認識に立ちつつ、日本の2015年の職務発明制度の改正過程を題材に、エビデンスに基づく（evidence-based）議論の意義について考えてみることにしたい。

5. 2015年職務発明制度改正はエビデンスに基づいていたか²³

日本の職務発明制度は、過去の約10年間に2回改正されているが、本稿では、2回目の改正である2015年改正を主たる検討対象とする。もっとも、以下では、2015年改正に至る経緯として、まずは先行する2004年改正とその運用状況を概観した後に、2015年改正の内容とその改正を支える理由・根拠を整理し、それがエビデンスに基づく（evidence-based）ものであったといえるのか、について検証する。

（1）2004年改正の概要

（i）改正前の問題点

後述する2015年改正に至るまで、日本の特許法は、職務発明についての特許を受ける権利が発明者である従業者等に原始的に帰属することを前提としていた（29条1項）。その上で、使用者等は、勤務規則その他の定めにより、従業者等の意思にかかわらず、一方的に特許を受ける権利を承継することができる一方（旧35条2項）²⁴、権利を承継させた従業者等は相当の対価を請求することが可能であった（旧35条3項）。

この相当の対価について、2004年改正前においては、当事者が決めた対価の額にとらわれずに、裁判所が直接的に相当の対価を算定することができると解されていた。最高裁も、オリンパス事件最高裁判決（最判平成15年4月22日民集57巻4号477頁）において、勤務規則等に基づく対価額が旧35条4項に従って定められる対価額に満たないときは、従業者等は不足額を請求することができると判示して、その点を認めていた。しかし、裁判所による直接的な対価算定に対しては、当事者の自主的な対価設定が困難となることや予測可能性が低い等の問題点が指摘された。例えば、青色LEDに関する職務発明の対価が争われた事件では、東京地裁が対価額を約604億円と算定する一方（東京地判平成16年1月30日判時1852号36頁）、東京高裁が和解勧告（東京高裁「和解についての当裁判所の考え」平成17年1月11日判時1879号141頁）において示した額は約6.9億円であった。このように裁判所による算定額に約100倍弱の開きが生じたことは、予測可能性の低さを示す一つの典型例として広く注目を集めた。

²³ 5. の一部は、中山一郎「政策・産業界の動き」高林龍＝三村量一＝上野達弘編『年報知的財産法2015－2016』（日本評論社、2015年）137～142頁に基づく。

²⁴ 使用者等による一方的承継が可能であることは、条文に明記されているわけではない。しかし、最高裁は、オリンパス事件（最判平成15年4月22日民集57巻4号477頁）において、使用者等は、勤務規則等で特許を受ける権利の承継を定めさえすれば、従業者等の承継の意思の有無にかかわらず、その権利を承継することができると判示した。

（ii）2004年改正

以上の状況を受けて、2004年改正では、裁判所は、職務発明の対価についての当事者間の自主的な取決めを尊重し、その対価の支払の不合理性については手続面を重視して判断するとの基本方針が採用された。具体的な手続としては、対価決定基準を策定する際の使用者等と従業者との協議の状況、対価決定基準の開示の状況及び個々の職務発明の対価額算定についての従業者等からの意見の聴取の状況という3つの手続が条文上明記され（35条4項）、対価支払の不合理性はそれらの点を考慮して判断されることが定められた。

ただし、35条4項は3つの手続に続けて「等」と定めているため、これら3つの手続は例示であり、対価支払の不合理性を判断する考慮要素は3つの手続に限られるわけではない。それでは、3つの手続以外に何が考慮されるのか。とりわけ問題となるのが、その他の考慮要素は手続面に限られるのか、それとも実体面の対価額も含むのか、という点である。

この点について、2004年改正の立案過程で、産業界は、対価を判断対象から除外すべきことを求めているが、紛争の対象が最終的には「対価」であることや手続の合理性は対価との相関で判断されること等を理由に、産業界の意見は受け入れられなかった²⁵。また、特許庁の手続事例集や立法担当者も、不合理性の判断においては、対価額の決定から支払までの全過程が手続面と実体面の双方を含めて総合的に考慮されること、条文上は35条4項の「等」に実体面が含まれること、ただし、あくまで手続が重視され、実体面は補完的に考慮されるものであること等を述べていた²⁶。したがって、そのような議論の経緯に鑑みれば、2004年改正は、対価額も補完的に考慮されることを前提にしていたといえる。もっとも、そのような議論の経緯を離れて改正後の条文を見ると、条文の文言自体は、前述のとおり、3つの手続以外に「等」と定めるのみであるから、対価額が補完的に考慮されることが文理上明らかであるとまではいえない。そのため、手続面のみが考慮され、実体面の対価額は考慮されないとの解釈が完全に排除されているわけではない。

（2）2004年改正の運用状況

2004年改正は2005年4月1日から施行され、同日以降に特許を受ける権利が使用者等に承継された場合に適用される。他方、同日以前に特許を受ける権利が承継されていた場合には2004年改正前の旧法が適用される。このように、2004年改正の施行日以降に紛争が生じた場合であっても、必ず2004年改正法が適用されるわけではない。また、職務発明関連訴訟の多くは、従業者等が退職後に提起するため、権利の承継から長期間が経過していることが通例である。それらの事情により、2004年改正の施行から10年以上が経過した今日でも、2004年改正が適用された裁判例はわずかである²⁷。

この点については、2004年改正が紛争の沈静化に貢献したとの見方もできるが、その反面で、裁判例の蓄積が少ないために手続の履践について2004年改正の要求水準がどの程度であるのかが未だ不明

²⁵ 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会「職務発明制度の在り方について」（平成15年12月）15頁。

²⁶ 特許庁「新職務発明制度における手続事例集」（平成16年9月）I第1章2.問2、問4、問5、特許庁総務部総務課制度改正審議室『平成16年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明協会、2004年）153～157頁。

²⁷ 管見の限り、数件程度である。特に35条4項に基づいて対価支払の不合理性を判断した裁判例は、東京地判平成26年10月30日平成25年（ワ）6158号とその控訴審である東京高判平成27年7月30日平成26年（ネ）10126号の他に見当たらない。

確であるという側面は否定できない。特許庁は、具体的な手続例についての手続事例集を作成公表していたものの²⁸、そもそも手続面を法的に審査する枠組み自体の導入が初めてであったこともあり、2004年改正に対応するためにどのような手続をどの程度まで履践すべきか、について使用者側には戸惑いがあったものと推測される。そしてそのような戸惑いが、実際に係争が表面化しなくとも、日常的に手続を履践し、対価支払が発生している企業に少なからぬ負担感を生じさせたとしても無理からぬところがある。実際、企業へのアンケートでは、過半の企業が作業負担の大きさを指摘していた²⁹。

また、前述したとおり、そもそも2004年改正の立案に際して、産業界は、実体面の対価額を不合理性の判断対象から除外すべきとの意見を有していたが、その意見は受け入れられず、特許庁・立法担当者は、補完的とはいえ、対価額も不合理性判断において考慮される立場に立った。そのため、産業界にとってみれば、対価額を補完的に考慮するとの解釈の余地を残した2004年改正には不満が残るところであったと考えられる。

（3）再度の見直しに向けた動き

以上の状況において、産業界は、職務発明制度を再度見直す旨を要望するに至る。その具体的な要望は、①特許を受ける権利を原始的に使用者に帰属させるとともに、②相当の対価請求権を廃止し、従業者等へのインセンティブは企業の自主性に委ねる、という2点を柱とするものであった³⁰。

もっとも、①の権利の帰属に関しては、現行法の下でも、前述のとおり、使用者等は、勤務規則その他の定めに基づき、特許を受ける権利を一方的に承継することが可能であり、実際にも、使用者等はそうにして権利を承継していることが一般的といえる³¹。そしてそのような現状においては、権利の帰属に関する限り、使用者等への原始帰属を積極的に求める必要性は乏しい。むしろ、①の要望は、②の相当の対価請求権の廃止を導くための論拠と理解すべきであろう。特許を受ける権利が使用者等に原始的に帰属するのであれば、権利を承継するための「対価」の支払はそもそも不要となるからである。

以上の産業界要望は、当初、政府内でも一定の支持を得ていたと思われる。というのも、「知的財産政策に関する基本方針」³²、「知的財産政策ビジョン」³³及び知的財産推進計画2013³⁴並びに知的財産推進計画2014³⁵は いずれも「例えば、法人帰属又は使用者と従業者との契約に委ねるなど」とほ

²⁸ 特許庁・前掲 26)。

²⁹ 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会第1回（平成26年3月24日）資料4、日本知的財産協会職務発明制度タスクフォース「職務発明に関するアンケート結果」知財管理64巻臨時増刊（2014年）30～31頁。

³⁰ 日本経済団体連合会「『知的財産政策ビジョン』策定に向けた提言～グローバル・イノベーション時代を勝ち抜く戦略的知財政策を目指して～」（2013年2月19日）6頁、同「職務発明の法人帰属をあらためて求める」（2013年5月14日）、同「職務発明の法人帰属化に向けた声明」（2014年2月18日）、日本知的財産協会「成長を加速するイノベーションのための職務発明制度のあるべき姿」（2013年4月26日）、日本知的財産協会＝日本製薬工業協会＝電子情報技術産業協会「職務発明に対する産業界の意見」（2014年2月26日）。

³¹ 特許庁「特許行政年次報告書2015年版＜統計・資料編＞」（2015年）47頁によれば、2014年の特許出願件数約32.6万件的約97％は法人による出願である。

³² 「知的財産政策に関する基本方針」（平成25年6月7日閣議決定）1．（3）。

³³ 知的財産戦略本部「知的財産政策ビジョン」（平成25年6月7日）「第1．2．（1）職務発明制度の在り方」。

³⁴ 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2013」（平成25年6月25日）「第1．2．（1）職務発明制度の在り方」。

³⁵ 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2014」（平成26年7月4日）第1．「2．職務発明制度の抜本的な見直し」（2）。

ば同一の表現を用いて職務発明制度を見直す方針を示しており、そこでは、例示ではあるものの、法人帰属という産業界の主張に沿った文言が盛り込まれていたからである。

（４）2015年改正

（i）主要改正点

以上の要望を背景に、2015年に特許法が改正され、職務発明制度が見直された。主要な改正点は以下の3点である。

①原始使用者等規則の選択的導入

2015年改正によれば、契約、勤務規則その他の定めにおいてあらかじめ使用者等に特許を受ける権利を取得させることを定めることにより、その特許を受ける権利は原始的に使用者等に帰属する（改正法35条3項）。この原始使用者等帰属は契約等の定めでその旨を定めた場合に限られ、そのような定めがなければ、従来通り特許を受ける権利は従業者等に帰属する（原始従業者等帰属）。したがって、2015年改正は、原始使用者等帰属と原始従業者等帰属の選択制を導入するものである。

選択制とはいえ、原始使用者等帰属の導入は、理念的には原始従業者帰属からの大きな変更である。改正理由について、政府の審議会は、権利帰属の不安定を解消するためと説明しており、具体的には、二重譲渡問題と特許を受ける権利が共有に係る場合の帰属の不安定性という問題を挙げている³⁶。前者は、従業者等が使用者等と第三者に特許を受ける権利を二重譲渡した場合に、第三者が出願により対抗要件を具備してしまう（34条1項）おそれがあるという問題であり、後者は、共同研究において使用者等が異なる従業者等が共同発明を完成させた場合に、各自の使用者等への承継の際に相手方従業者の同意を欠くと承継が無効とされる（33条3項）おそれがあるという問題である。確かに、現行法にそのようなリスクがあったことは理論的にはその通りであろう。しかし、實際上そのリスクがどの程度顕在化していたのかは定かでない³⁷。少なくともこの点に関する定量的な分析は、政府の審議会報告書には見当たらない。そもそも、現行法の下では原始従業者等帰属といいながら、前述のとおり、使用者による権利の一方的承継が可能であり、原始使用者等帰属の選択的導入と実質的には大差ない。そうであれば、2015年改正は従業者の不利益となるものではないからよいではないか、との見方もあり得る³⁸。他方で、改正の必要性がどれほど高いものであったかという点について見ると、判然としないところは残る。

原始使用者等帰属の導入が一律ではなく選択的とされた理由は、原始従業者等帰属を希望する大学

³⁶ 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「我が国のイノベーション促進及び国際的な制度調和のための知的財産制度の見直しに向けて」（平成27年1月）（以下、「特許制度小委報告書」という。） 3～4頁、永井翔吾＝深津沢寛＝松田誠司「特許法等の一部を改正する法律の改正の概要」L&T69号（2015年）75頁。

³⁷ 裁判例としては、前者の問題について、知財高判平成22年2月24日判時2102号98頁が存在するが、裁判所は、出願した第三者は背信的悪意者に当たるため、使用者は当該第三者に対抗できるとして、結論として使用者等を保護している。また、萩原恒昭ほか「座談会 職務発明規定の改正」L&T69号（2015年）9頁〔萩原恒昭発言〕でも二重譲渡をめぐる個別紛争が紹介されているが、結局、第三者名義の出願は冒認出願とされたとのことであるから、使用者が保護されている。

³⁸ 横山久芳「職務発明制度の見直しに係る平成27年特許法改正法案の検討」L&T68号（2015年）39頁。

等や、職務発明規程などの定めが存在しない中小企業もあるためと説明されている³⁹。この点については、デフォルトを原始使用者等帰属としてしまうと、権利を活用する意思のない使用者等が権利を抱え込んでしまうおそれがあるため、権利を活用する意思のある使用者のみが原始取得できる改正法は合理性があるとの評価もある⁴⁰。もっとも、原始従業者帰属を選択すると、前述の権利帰属の不安定性の問題は解決されずに放置されてしまうこととなる⁴¹。このように改正法の下でも権利帰属の不安定性は部分的に解決されるに過ぎず、その点も、この問題が全面的な解決が求められるほど重要であるとは考えられていなかったことを物語っているように思われる。

とはいえ、権利の帰属に関する限り、原始使用者等帰属を求めていた産業界の要望は実質的には相当程度受け入れられたと理解してよいであろう。

②相当の「利益」請求権

2015年改正により、現在の相当の「対価」請求権（35条3項）は、相当の「利益」（より正確には「相当の金銭その他の経済上の利益」）請求権へと改正された（改正法35条4項）。改正理由について、政府の審議会は、企業における相当の対価の算定に係るコストや困難が増大している点を指摘した上で、研究者のインセンティブ施策は基本的に企業の自主的な創意工夫に委ねることが望ましいものの、使用者等の自主性のみにも委ねてもインセンティブが確保されるとは言えないため、発明のインセンティブとして、経済上の利益付与義務を法定すると述べている⁴²。

前述したとおり、産業界は、従業者等へのインセンティブを企業の自主性に委ねることを求めていたから、その要望が100%採用されたわけではない。とはいうものの、特許を受ける権利が使用者等に原始的に帰属するのであれば、現行35条3項のように特許を受ける権利を使用者に承継させる「対価」として従業者等に対価請求権を認める根拠は失われる。そのため、相当の「利益」は、もはや「対価」ではなく、発明のインセンティブと位置づけられている。そしてそのような「対価」的性格の喪失⁴³により、企業の自由度が増し、現行法の下での対価算定のコストや困難性を軽減するというのであれば、産業界側の要望はある程度は受け入れられたとの見方も可能であろう。ただし、政府の審議会報告書は、今回の改正は「インセンティブの切り下げを目的とするものではなく」、「従業者等には、現行の…法定対価請求権と実質的に同等の権利が保障されることとなる」とも述べる。加えて、現行法の下で対価支払の不合理性を判断する考慮要素を定める35条4項及び裁判所が対価を算定する場合の考慮事情を定める5項も、形式的な修正や経済産業大臣が指針を定める点を除き、内容面では実質的に変更されていない（改正法35条5項、7項）。そうすると、現行法の相当の「対価」と改正法の相当の「利益」は、理念的には性格が異なるとしても、実質的に何が異なるのか、は定かでは

³⁹ 特許制度小委報告書・4頁。なお、特許庁「平成27年特許法等改正説明会テキスト 平成27年特許法等の一部を改正する法律について」（以下、「法改正説明会テキスト」という。）3頁によれば、職務発明規程等を有し、帰属の意思表示があるのは、殆どの大企業（99%）、一部の中小企業（20%）、一部の大学（40%）であるのに対して、職務発明規程等を有さず、帰属の意思表示がないのは、大半の中小企業（80%）と大半の大学（60%）である。

⁴⁰ 横山・前掲注（38）38頁注22。

⁴¹ 井上由里子「平成27年職務発明制度改正についての一考察」特許研究60号（2015年）21頁は、大学及び中小企業についても二重譲渡のリスクが存在すると指摘する。

⁴² 特許制度小委報告書・3頁。

⁴³ ただし、改正法では原始使用者帰属と原始従業者帰属が選択できるため、後者が選択された場合における相当の「利益」は、「対価」的性格を引き続き有することとなり、結果として相当の「利益」には二種類の性格のものが含まれることになるのではないか、という問題がある。萩原ほか・前掲注（37）12～13頁〔萩原恒昭発言〕。

ない。

もっとも、政府の審議会は、改正35条4項の「利益」は金銭以外の経済上の利益を含むと述べ⁴⁴、後述する経済産業大臣の指針案にも同様の記載が見られる（指針案第三一1）⁴⁵。すなわち、現行法の「対価」は「金銭」に限定されるため、2015年では「金銭その他の経済上の利益」と定めることにより、金銭以外の多様なインセンティブを認めたというわけである⁴⁶。そして金銭以外の具体例として、経済産業大臣の指針案は、使用者等負担による留学の機会の付与、ストックオプションの付与、金銭的処遇の向上を伴う昇進又は昇格、法令及び就業規則所定の日数・期間を超える有給休暇の付与、職務発明に係る特許権についての専用実施権の設定又は通常実施権の許諾などを例示している（指針案第三一3）。

他方、現行法においても、35条5項が適用され、裁判所が対価を算定する際には、使用者の貢献として、「従業者等の処遇その他の事情」が幅広く考慮されるから、改正35条4項で想定されるような金銭以外の「経済上の利益」を使用者等が給付していたとすれば、それは使用者貢献度の考慮を通じて「対価」を減額させる方向に働くものと考えられる。そうすると、2015年改正は、非金銭的な経済上の利益が従業者への給付の減額要素とした2004年改正をさらに一歩進めて、それが直接的に給付に当たることを明確にしたものであると考えられる。その意味において、従業者等への給付の種類について企業の自由度が拡大することは確かであろう。しかし、前述のとおり、従来と「実質的に同等の権利が保障される」ことも求められているのであるから、金銭以外の「利益」を付与する場合には、それが従来の金銭的な請求権と実質的に同等である範囲はどこまでかという点が問題となることも予想される。ここでも、許容範囲をめぐる不明確性の問題は形を変えて生じ得るのである。

③経済産業大臣の指針

2015年改正における第三の改正点は、経済産業大臣が相当の利益の不合理性の判断に関する事項について指針を定めること（改正35条6項）であり、その目的は予見可能性の向上である⁴⁷。

2004年改正を受けた現行法の下でも、特許庁は、対価の不合理性判断に関連して手続事例集を作成公表しているが、2015年改正における指針は、法律上の根拠を有しているため、法的拘束力がないとはいえ、訴訟において事実上尊重される可能性は高まると考えられている⁴⁸。また、指針の作成にあたっては産業構造審議会の意見を聴くこととされており、産業界としては、自らもその作成に関与することができる指針に法律上の根拠が与えられて、裁判所もそれを尊重するであろうことを前提に、当該指針では、手続面のみを考慮し、経済上の利益自体の実体面は考慮しない旨が書き込まれることを期待しているようである⁴⁹。

他方、前述したとおり、不合理性判断の考慮要素を定める条文（改正前35条4項と改正後35条5項）

⁴⁴ 特許制度小委報告書・3頁。

⁴⁵ 2015年改正の施行後に経済産業省告示として公表される予定の経済産業大臣の指針案（以下、「指針案」という。）が特許庁HPで公開されている。https://www.jpo.go.jp/seido/shokumu/shokumu_guideline.htm [最終アクセス：2016年3月]。

⁴⁶ 横山・前掲注（38）40頁。

⁴⁷ 特許制度小委報告書・4頁、指針案第一二。

⁴⁸ 横山・前掲注（38）43頁。なお、指針案自体、「本指針の内容が…関係者間において最大限尊重されることが望まれる」と述べる（指針案第一二）。

⁴⁹ 萩原ほか・前掲注（37）16～19頁〔萩原恒昭発言〕。これを支持するものとして、同18頁〔相澤英孝発言〕、〔岩倉正和発言〕、井上・前掲注（41）25頁。

自体は実質的には改正されていない。そして、これも前述したとおり、2004年改正時の特許庁・立法担当者は、現行35条4項は手続面を重視しているものの、「等」という文言において補完的に実体面の金額を考慮するとの立場に立っていた。それらの諸点に鑑みると、改正後の35条5項の「等」という文言にも、改正前と同様に、実体面の金額が含まれるとの解釈を導くことも可能である。そうであれば、指針においても実体面が盛り込まれて然るべきとも考えられる⁵⁰。

現在の指針案を見ると、「不合理性の判断では…相当の利益の内容が決定されて与えられるまでの全過程が総合的に判断される」（第二一（二））と述べており、この表現は2004年改正時の特許庁・立法担当者の説明と類似しているから、「全過程」が実体面を含むことを排除していないように読める。ただし、指針案には金額や実体面といった語は明記されておらず、結局、実体面の考慮の有無は定かでない。現在の指針案が予見可能性の向上というその趣旨目的に適合しているのか、疑問が残る⁵¹。

（ii）2015年改正による実質的変更の程度

以上の点を踏まえて、改めて2015年改正を実質的変更の程度という観点から評価すると、次のようにいうことができるであろう。

まず、権利の帰属における原始使用者等帰属の選択的導入は、理念的には大幅な変更であるものの、現行法の下でも選択的な原始使用者等帰属に近い効果は得られていたのであり、改正による実務的な影響は少ないと考えられる。

次に、相当の「対価」から「利益」への改正は、承継の「対価」から「発明へのインセンティブ」へとその性格を変化させるものである。また、「利益」が金銭以外の経済上の利益を含むこととあいまって、企業の自由度は一定範囲で広がったように見える。他方で、相当の利益付与請求権は、従来の対価請求権と実質的に同等であると説明され、実際にも、対価支払ないし利益付与の不合理性の考慮要素を定める条文の文言に実質的変更はない。とすれば、改正前後で実質的に何がどのように変わるのかはわかりづらい。経済産業大臣の指針案も、法律上の根拠の有無という点において従前の手続事例集とは位置づけが異なるものの、不合理性判断において実体面が考慮されるのか、という点是不明である。

総じていえば、2015年改正は、改正前から議論は白熱⁵²したものの、それに比して、結果として改正された内容は、理念的な性格や位置づけ、あるいは説明振りは別として、実質的な変更の程度という観点から見る限り、小幅な改正に止まった感是否めない。

（5）エビデンスに基づく議論の観点から見た2015年改正

以上のとおり、2015年改正は実質的には小幅なものに止まったが、そこにはおそらく様々な要因が

⁵⁰ 横山・前掲 38）43～44頁，萩原ほか・前掲注（37）17頁〔松葉栄治発言〕。

⁵¹ 萩原ほか・前掲注（37）7頁〔松葉栄治発言〕は、指針は本来の対立点を先送りしたものであると指摘しているが、指針案は、実体面の考慮の有無という一点をとっても不明確である。結果的にその点は司法（裁判所）に先送りされ、予見可能性の向上という目的は達せられないように思われる。

⁵² 議論の様相を示すものとして、例えば、中山信弘ほか「〔座談会〕職務発明をめぐる動向」L&T61号（2013年）1頁，伊原友巳「職務発明制度改正論議の俯瞰」L&T66号（2015年）11頁など参照。

関係していよう。とはいえ、2015年改正を本稿が取り上げるのは、そのように改正が小幅に止まった要因の一つとして、エビデンスに基づく議論が不十分であった可能性、換言すれば、改正の必要性を裏付ける立法事実が不十分であった可能性があるのではないかと考えているからに他ならない。以下では、その点を検証してみたい。

(i) 対価算定のコストや困難性は増大したか

前述したように、政府の審議会は、2004年改正後の現行法の問題点として、企業における対価算定のコストや困難性が増大していることを指摘している。確かに、前述のアンケート調査でも、使用者側の負担が増大したとの調査結果が示されていた。したがって、少なくとも使用者等の主観的認識として負担感が増大したであろうことは定性的に首肯し得る。問題は、使用者等の負担増大が客観的、定量的にどの程度のものであるか、という点である。

この点については、改正前の現行職務発明制度の経済・経営への影響について、発明の報奨金は研究者の給料総額の約1.5%程度に過ぎず、年間訴訟件数も年間10件以下、支払金額は最大でも10億円で、研究者の給料総額（1兆円）や報奨金総額（150億円）に比して小さいといった試算⁵³もあり、これに対して、社内の紛争はその10倍はある⁵⁴、訴訟を防止すべく様々な手続きをする社内の費用は相当の額になる⁵⁵といった指摘もあるが、それでは、結局企業の負担が全体としてどの程度に達するのかが、その根拠と併せて明確に示されているわけではない

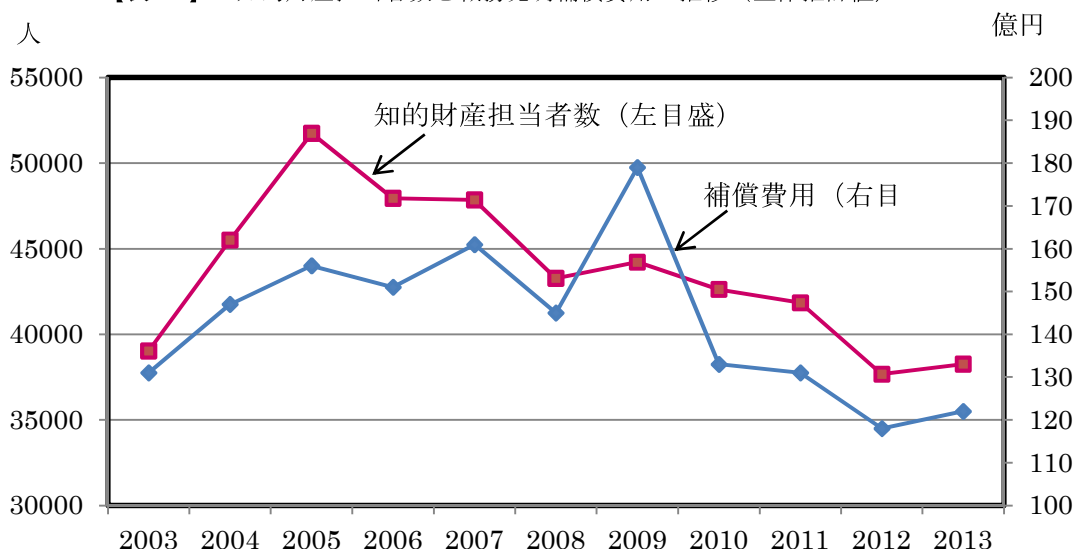
次に、知的財産活動調査に基づく産業界全体の推計も参照してみよう（表-1）。それによれば、表-1が示すとおり、知的財産担当者数（職務発明関連業務のみならず、全ての知的財産業務に従事する担当者数）は、2003年度に39,024人であったが、その担当者数は2004年改正が施行された2005年度に51,475人にまで増加しているものの、その2005年度をピークにその後は減少を続け、2013年度は38,256人と2003年の数字を下回っている。また、職務発明関連補償費は、2004年改正前の2003年度に131億円であったものが2009年度には179億円に達したが、その後減少し、2013年度は122億円と、やはり改正前の2003年の水準を下回っている。要すれば、2013年度における職務発明に対する補償費用及び知的財産担当者数は、いずれも2004年改正前の2003年度の数字を下回っているのである。

⁵³ 中山ほか・前掲注（52）11頁〔荒井寿光発言〕。

⁵⁴ 中山ほか・前掲注（52）14頁〔奥村洋一発言〕。

⁵⁵ 中山ほか・前掲注（52）14頁〔中山信弘発言〕。

【表-1】 知的財産担当者数と職務発明補償費用の推移（全体推計値）



出所：各年度の特許庁「知的財産活動調査」に基づき筆者作成

このような状況がなぜ生じたのか、については、幾つかの説明が考えられる。一つの説明としては、2005年4月1日から施行された2004年改正への対応は一時的なものであったため、2004年改正の施行時に一時期に増加した知的財産担当者は対応が済むと減少したという可能性が考えられる。あるいは、2003年には知的財産基本法が施行されており、日本が「知的財産立国」の旗を掲げ始めた時期と重なるため、それに呼応する形で知的財産担当者数は増加したものの、その後「知的財産立国」ブームが沈静化し、さらに2008年のリーマン・ショックの影響も加わって、知的財産担当者は減少したとの説明も考えられる。この説明によれば、人員数の変動は職務発明制度の改正とは関係がないこととなる。

また、補償費用の推移について考える際には、2004年改正の適用が、2005年4月1日の施行日以降に承継された特許を受ける権利の対価からであることに留意する必要がある。その点を踏まえると、表-1に示された2005年以降の補償費用には、2004年改正前の旧法が適用される対価の支払が含まれている可能性が高い。もっとも、時間の経過とともに、2004年改正適用事例の比率は高まるであろうから、2010年以降の補償費用の減少が2004年改正適用事例の増加と関係があるとするならば、2004年改正が補償費用の低減に寄与した可能性も考えられなくはない。当事者間の自主的な取り決めに尊重する2004年改正は、自主的に取り決めることを通じて従業者等の納得感が高まることも期待していたから⁵⁶、納得感が高まった結果として補償費用自体が低減したとしても不思議はないと考えられる。

むろん、以上の説明はあくまで仮説の域を出るものではない。しかしながら、いずれにしても、本稿で取り上げたデータは、2004年改正により企業の負担が増加したとの主張を支持するものではないのである。確かに、先のアンケート調査が示すとおり、企業の主観的な負担感が高まったと思われるが、その負担感の高まりは客観的には裏付けられていないと言わざるを得ない。企業の負担が増大しているというのであれば、より明確でエビデンスに基づく（evidence-based）説明が必要だったのである。

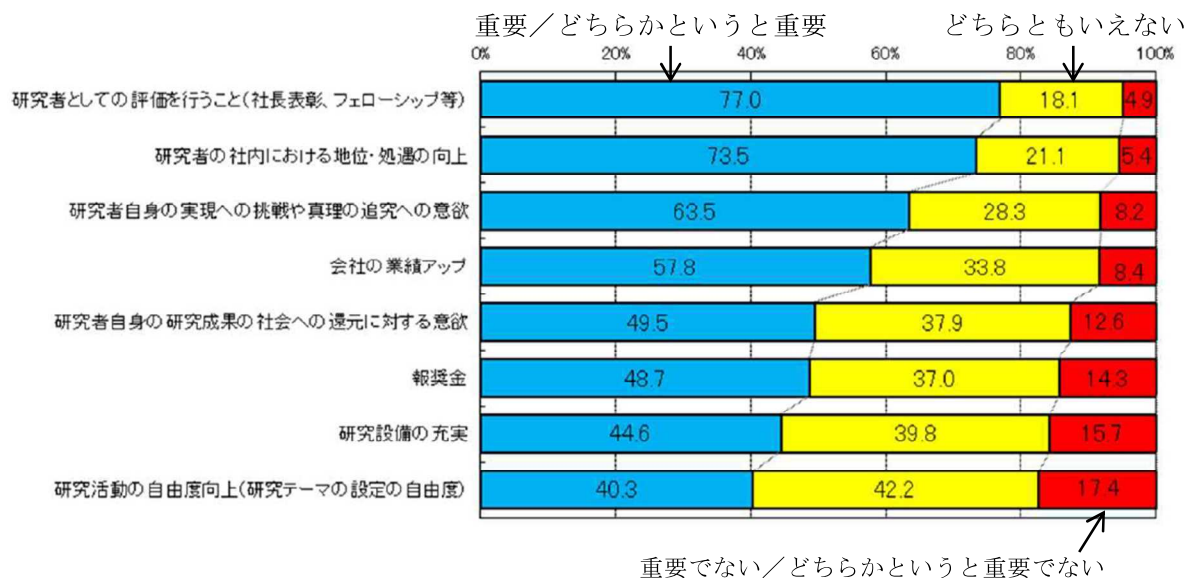
⁵⁶ 産業構造審議会・前掲注（25）14頁。

(ii) 検討過程におけるエビデンスに基づく (evidence-based) 議論

実は、2015年改正の立案過程においては、途中までエビデンスに基づく (evidence-based) 議論の必要性が認識されていた。知的財産推進計画2014は、「研究者のインセンティブ等に関する基礎的なデータを収集し、これに基づいた検討が必要である」と述べていたのである⁵⁷。

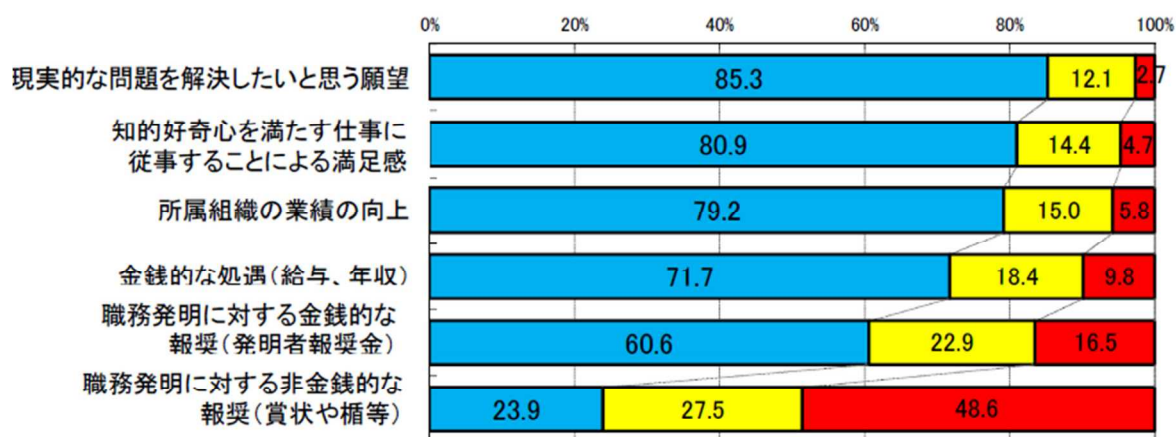
実際、これを受けて特許庁はアンケート調査を実施している (表-2、表-3)。それによれば、企業と研究者の間に認識ギャップが存在することがわかる。

【表-2】 (企業向けアンケート) 職務発明に対するインセンティブ



出所：産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会第1回資料4 (2014年3月24日)

【表-3】 (研究者向けアンケート) 研究開発を行う上で重要と思うこと



出所：産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会第1回資料4 (2014年3月24日)

第一の認識ギャップは、非金銭的な表彰などの評価である。企業側はこれを重要と考える割合が約

⁵⁷ 知的財産戦略本部・前掲注(35)14頁。

8割弱と最も多い。しかし、研究者のうちこれを重要と考える割合は約4分の1弱に過ぎず、その割合は選択肢の中で最も低い。

第二のギャップは、内発的動機についてである。内発的動機は、研究者の8割以上が重要と考えており、その重要性は最も高く評価されている。これに対して、企業側にしてみると約6割は内発的動機が重要と考えているものの、最も重要性が高いとまでは考えられておらず、研究者が考えるほどには高く評価されていない。

第三のギャップは、金銭的報酬についてである。研究者にとって、金銭的報酬の重要性は内発的動機に比べれば低いものの、企業が考える以上には高い。

以上のとおり、企業が研究者のインセンティブを十分に理解しているとは言い切れない。これまで産業界は、第三者である裁判所が対価や利益を算定することに批判的であり、従業者等へのインセンティブについては企業の自主性に委ねるべきであると主張し、それを可能とする法改正を求めてきた。しかし、以上の認識ギャップを踏まえると、企業自らが研究者のインセンティブについて理解を深めることが先決だったのではないかと、とも思われる。

(iii) 2015年改正プロセスの評価

以上を踏まえて、2015年改正プロセスを評価するならば、検討の途中までは、エビデンスに基づく（evidence-based）議論が志向されていたといえる。しかしながら、検討過程で集められたデータが最終的に改正内容にどのように反映されたのかは不明である。少なくとも政府の審議会報告書にそのようなエビデンスが用いられた形跡は見受けられない。そして改正の必要性を支える立法事実が十分に示されないままに検討が進められた結果、理念的にはともかく、実質的には現状を大きく変更しないようなラインでの合意形成が図られたと理解すれば、実質的に改正が小幅に止まったことも不思議ではない。同時に、以上のような検討を通じて、逆説的ながら、エビデンスに基づく（evidence-based）議論の重要性も浮き彫りになったといえるのではないだろうか。

6. 補論：望ましい職務発明制度に向けて

以上のとおり、本稿では、2015年改正プロセスを批判的に検証してきた。しかしながら、そのことは現行職務発明制度が最善であることを意味するものではない。では、どのような職務発明制度が望ましいのか。この点は本稿の検討をはるかに超える問題であるが、本稿の最後に、そのために検討すべきと考えられる課題の一端を述べておくこととしたい。

前述した研究者向けアンケートが示すとおり、発明の創作にとって内発的動機は重要である。この点は、別の実証研究⁵⁸によっても裏付けられている。すなわち、それによれば、内発的動機が強い発明の進歩性や経済的価値は高い。同時に、外発的動機である実績補償も特許の質を高める効果がある。ただし、実績補償は内発的動機の効果をも弱めてしまう傾向がある。その背景としては、実績補償という外発的動機が内発的動機をクラウドアウトするおそれが懸念されている。

このような実証分析結果は、さらに以下のような問題を提起するであろう。

⁵⁸ 長岡貞夫＝大湾秀雄＝大西宏一郎「発明者へのインセンティブ設計：理論と実証」RIETI Discussion Paper Series 14-J-044（2014年）。

まず、内発的動機と特許法の役割との関係が問題となる。より具体的には、内発的動機が生来のものであれば、そもそも政策的にそれを高めることが可能であるのか、可能であるとしても教育などの影響の方が大きいのではないか、あるいは、内発的動機を政策的に高めるのではなく、それが高い者を如何に集めるかを考えるとすると、研究施設の充実や研究の自由度といった点が重要になってこようが、それを促すのは特許法の役割であるのか、それとも研究施設が重要ならば研究開発設備投資に対する税制上の優遇措置など、また、研究の自由度が重要ならば研究テーマ設定の自由を認めることなど、といったように特許法以外の対応を考えるべきなのか、等々の検討課題が考えられる。

また、内発的動機だけではなく、実績補償といった外発的動機も重要であるとして、内発的動機のクラウドアウトをどのように防止するか、も重要な問題である。例えば、英国のように、補償金の支払を顕著な利益を上げた発明に限れば、内発的動機により生み出されるはずの経済的価値の高い発明の創作を外発的動機が代わって刺激することにより、クラウドアウト問題の軽減を図るといったアイデアも考えられなくはない。

そして以上のような様々な課題の検討においても、エビデンスに基づく（evidence-based）議論は一定の役割を果たすものと考えられる。