

中国法における知的財産権の性質と差止請求の基礎理論

鄭 路

1 序言

知的財産権は著作物や発明などの無体物についての権利として一般的に認識される。したがって、知的財産法がすでに民法から独立した法制度として立法されたにもかかわらず、その法理論には、所有権のような近似する民法理論に準えて議論されているところも少なくない。それにしても、知的財産権は民事権利と異なる特質を持っているがゆえに、法的保護制度の帰責原理などの問題をめぐって、独自の理論展開も見られるようになったのである。このような理論展開は、民法理論に由来する一面もあるが、知的財産権の性質による独特なものでもある。それについて、民法研究者としては平然たる態度で傍観するのではなく、より積極的にその理論展開をいかに受け止めるべきかということを追究する必要があると思われる。したがって、本稿は中国の知的財産法上の差止請求権に関する理論展開を分析し、そこから民法上の差止請求権の基礎理論にとって有益な示唆を得ようとする一つの試みである。

2 知的財産法に内包される価値衝突

現代の法理学は、権利概念について個人に属する自由領域であり、反集团的なものであると捉えられがちである¹⁾。ただし、権利概念は、このような性格を持っているとはいえ、公共の福祉や社会的目標などの概念には全く相いれないものである、というわけではなからう。憲法上の基本権などはともかくとして、民法上の所有権などの私権概念は、むしろ人類社会を支えてきた基本制度であり、市民社会の公共福祉を達成するための道具である。この意味において、むしろ権利概念には個人の自由と公共の福祉との両方の価値をも内包しているといえよう。つまり、権利は個人の利益と社会の集団的目標との均衡を保つ機能を有するものであると思われる。

とはいえ、民法上の権利は、主に私人間の法的関係を射程とするので、司法裁判のレベルにおいて、個人の権利と公共の福祉との衝突を積極的に意識するのは、やはりまれであると思われる²⁾。なぜなら、立法の段階においては、すでに権利者の有する権利と公共の福祉などの問題との優劣

1) 平野仁彦「権利の主張とその実現——アメリカ法との対比で」田中成明ほか編『現代の法15現代法学の思想と方法』（岩波書店、1997）184頁。

2) いわゆる「環境権」はその一例であるといえよう。

強弱が位置付けられたからである。つまり、民事裁判は、あくまでも個人利益の衝突を解決する場である。いわゆる権利が公共の福祉を内在するという理念は、むしろ権利そのものに対する「尊重」により現れるのではないか。

1. それに対して、知的財産権の場合は、状況が変わっていると思われる。すなわち、民法上の権利と比べて、「個人の利益」と「公共の福祉」との衝突は、むしろ常に知的財産法に内在していると思われる。

知的財産権は、一般的に権利者が自分の持つ技術やアイデアなどの無体物を財産権のように保護することを確保するために確立された権利であると理解されるので、この権利はもっぱら発明者や著作者の知的労働のために存在していると認識されがちである。しかしながら、知的財産権の法制度を全体的に概観するならば、この権利は決してそのような単純な概念ではないと思われる。

例えば、発明者が自分の新しい技術を独占し、それを実施することにより利益を手に入れることができるので、特許権は、工業所有権の中で、最も所有権に類似する理念を持っているといえよう。ところが、「公開代償説」に指摘されたように、発明者の独占権はその技術を社会に公開することにより代償として得られたものである³⁾。もし単なる発明者の利益のために法制度を構築するならば、むしろ発明者がその技術を秘密とした方がより効果的であろう。つまり、特許権は、私権を確立することによって、社会全体の創造力を刺激し、社会全体の技術向上を図り、人類により豊かな生活をもたらすことをも求めている法制度である。

そして、商標権も同じく常に「公共の福祉」に関連するものである。商標権には、特許権や著作権のような人間の知的活動の要素が少ないが、商標は企業が商品や役務の品質を高める努力、および自社の商品や役務の品質を宣伝するコストなどが化体されたものであると、よく指摘される⁴⁾。商標の本質的な機能は、特定の商品や役務もしくはそれを提供する企業や商人を分別するところにあると思われる⁵⁾。つまり、商標の存在は、前述した企業努力を保護するとともに、消費者の利益（本来ほしかったものをうっかりして誤認しないこと）を守り、産業経済の秩序を守るためのものでもある。一例として、不使用による商標登録取消制度は⁶⁾、「価値のない商標権を抹殺すべき」という理念を伝えてきたのである。その「価値のない」というのは、企業の努力が全くないというわけではなく、むしろ、「この商標がすでに産業経済に役立つ社会的価値を失った」という判断であろう。

著作権の場合も同じであると思われる。インセンティブ論が正確であるかどうかはともかくとして、たとえ著作権を単なる著作者の財産権として認識される見地からしても、この権利における「公共の福祉」への配慮は、到底否定することができなからう。さもないと、思想・表現二分論を理解することができなくなるのであろう。

したがって、知的財産権という概念には、もっぱら私人の利益を強調し個人の自由領域を表徴

3) 竹田和彦『特許の知識』（ダイヤモンド社、第8版、2006年）33頁。

4) 小野昌延『商標法概説』（有斐閣、第2版、1999年）3頁。

5) 小野・前掲注(4)5頁。

6) 日本商標法第五十条、中国商標法第四十九条。

する「私権」と比べると、「公共の福祉」や「公共秩序」などの要素も含まれているのである。そして、知的財産権に含まれているかかる価値衝突こそ、この権利概念の特徴であると思われる。

2. そこで、知的財産法は、かような「個人の利益」と「公共の福祉」との価値衝突を内包しているがゆえに、実定法上でその権利自体が大いに制限を受けている。

1) 特許法及び商標法における「先使用权」制度を想起せよ。日本特許法第79条、および商標法32条において、ともに「先使用权」という権利が認められたのである。つまり、権利者が権利を持っているにもかかわらず、適切な要件を充足すれば、その権利を持っていない者も（制限を受けながらも）同じく特許を実施したり、標識を使ったりすることができるわけである。中国においても類似する制度が存在している⁷⁾。ただし、日本においては、これを「先使用者」に認める「権利」として位置づけられるのに対して、中国においては、特許法と商標法のいずれも、これを「先使用者」に付与する「抗弁権」としてとらえるのである⁸⁾。日中両国の制度に微妙なニュアンスの差異があることは言うまでもないが、どちらの場合がより妥当であるかは、本稿の趣旨ではない。ただし、知的財産権に含まれる「個人の利益」と「公共の福祉」との衝突という見地から説明するには、むしろ中国法の方がより説明しやすいので、以下は一応、「抗弁」の視点から論じることとする。

「先使用权」の制度は、知的財産権の領域においては当たり前の存在であるかのようにとらえているが、もし伝統的な民法理論に照らしてみれば、実に奇妙なものである。つまり、商標権または特許権は、法律規定において先に行政機関での登録手続きをする者にある、というわけである（日中両国もこのような先願主義をとっている）。したがって、もし民法上の財産権制度に照らしてみれば、商標権または特許権を有する権利者は、登録する時点から無体物に対する円満な「所有権」を有するのである。ところが、いわゆる「先使用权」制度は、まさにこのような円満な「無体物に対する所有権」を無視し、「先にこの権利の客体を使っている者が引き続き使ってもよい」とする制度である。つまり、知的財産権の領域においては、権利者の権利を認める傍らに、「合法的に権利を侵害する」ことも許されるのである。このような現象について、知的財産権の法理論はよく「出願を怠った一事で善意先使用者の利益状態を覆滅することは具体的妥当性を欠く」⁹⁾というように説明されている。ところが、商標法または特許法における「先願登録主義」が周知さ

7) 中国商標法第五十九条第3項「商標登録者が商標登録を出願する前に、他人が既に同一又は類似の商品について、商標登録者よりも先に、登録商標と同一又は類似し、かつ一定の影響を有する商標を使用しているときは、登録商標専用権者は、当該使用者が元の使用範囲において当該商標を引き続き使用することを禁止する権利を有しない。ただし、適切な区別用標章を加えるよう要請することができる」。そして、中国特許法第69条2項「以下の状況のいずれかがある場合は特許権侵害とは見なさない。…（二）特許出願日以前に同様の製品を製造した場合、又は同様の方法を使用するか、あるいは既に製造と使用の必要準備を終えており、かつ元の範囲内だけで引き続き製造、使用する場合」。

8) 中国の司法解釈は、「先権による抗弁」の概念を用いたが、基本的に抗弁権であるととらえている。「最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件適用法律若干問題的解釋」（以下は「特許法司法解釋」と呼ぶ）第15条を参照。

9) 小野・前掲注(4) 248頁。

れた以上、まさに「権利の上に眠る者は保護に値せず」という原則を守るべきではなかろうか。そこで、「先使用权」制度の正当性が認められたのは、「先使用者」の個人の利益を全うしようとするのみならず、より重要な価値をも求めている、と考えられる。つまり、「先使用者」に継続的にその標識や発明の使用を認めるのは、ある程度権利者個人の利益を損害するかもしれないが、工業や商業の繁盛につながるのである。

2) そして、「先使用权」のような制度は、決して個別的なものではない。知的財産法を概観してみれば、むしろ「権利の制限」がごく普通の現象である。

例えば、日本の著作権法の第二章においては、第30条から第50条まで、およそ三十種類ぐらいの「権利の制限」が設けられたのである。つまり、著作者に権利が認められるにもかかわらず、以上のような場面においては、行為者がこのような規定を用いて権利者に対抗することができるわけである。同じような制度は、中国の著作権法においても存在し、理論上には「合理使用制度」と名付けられたのである。

また、知的財産権には「法定許諾」や「強制許諾」の制度も幅広く存在している¹⁰⁾。もちろん、「法定許諾」や「強制許諾」は、必ずしも権利者に対する不利なものであるとは限らない。例えば日本特許法第九十二条における「自己の特許発明の実施をするための裁定通常実施権」は、むしろ両方の権利者にとってもウインウインの結果となるかもしれない。それにしても、このような制度は形式上の権利者の許諾権に対する制限となるので、これは「公共の利益」もしくは「公共の福祉」のために権利者の権利を制限した制度であると、一般的に認識されているのである。

3) このような「権利の制限」が知的財産権の領域においては、あたかも当たり前のような存在である。しかし、もし民法理論における権利概念と比べて、この制度が非常に特徴的なものであると分かるのであろう。

つまり、いわゆる権利という概念は、すでに立法の次元において第一次的な利益衡量を経て、私法上において保護されるべきものだと判断されたものである。すると、権利に対する制限は事前的に法的な理由が必要とされるのである。司法裁判の次元においては、一般的な利益衡量に基づく権利の制限が原則的に排除すべきである。なぜなら、司法裁判における利益衡量はつねに当事者間の利益にとどまり、立法過程におけるより広範的な利益衡量が難しいからである。ところが、知的財産法の領域においては、数多くの権利制限が存在している。それだけでなく、かかる制限は権利の利用行為の形態に基づいて規定された形であるので、ときに行為者の意思表示により生じたり、権利者の意思表示により効力を失ったりすることもある。

このような「権利の制限」の制度が存在することは、知的財産法に内包される「個人の利益」と「公共の福祉」との価値衝突が、すでに知的財産権に大きな影響を与えて、その権利の性質に重要な変化をもたらした、と考えられる。

10) 中国では著作権についての法定許諾はあるが、強制許諾はない。特許権についての強制許諾はあるが、法定許諾がない。商標権の法制度には両方もない。

3 知的財産権の「二元的」性質

知的財産法は「個人の利益」と「公共の福祉」との価値衝突を持っているがゆえに、このような法領域において形成される知的財産権は、はたして「民事権利」もしくは「私権」の体系に収まることができるかどうかは、疑問視されているのである¹¹⁾。つまり、知的財産権の公法的な側面はさておき、この権利の私法的な側面から見ても、知的財産権の性質は「民事権利」とは異なっているのではないと思われる。

1. 民法は有体物を対象としているので、無体物を対象とする知的財産法とは異なっている法制度であると言うまでもない。ただし、現在の私法における権利体系とは、すべて民法上の財産権を基本として構築されてきたものであるに相違ない。したがって、私法の側面から言えば、知的財産権のような新たな権利についての認識、およびそれについての救済制度構築について、民法上の既存の理論を参考するのは、ごく自然なことである¹²⁾。

ところで、まさに民法が有体物を対象とするがゆえに、前述した価値衝突が内包される知的財産権は、必ずしも民法上の権利の体系に馴染むものではないと考えられる。すなわち、有体物を対象とする民法上の権利は、確固たる財産に対する支配から生じるものである。その権利の効力は、もっぱら他人（時に国も含まれて）から権利者の支配を全うするために機能するものである。それに対して、知的財産権には、権利者の無体財産と公共の福祉との両方の要素が含まれているし、知的財産法も権利者の個人の「権利」と社会全体の「利益」との均衡を保つことを求めているのである。そこで、このような機能を果たすために、一方、知的財産法は権利者に「法的独占地位」を与えて、権利者が自由にその知的成果を利用することを確保しているが、他方、「公共の福祉」を損害しないように、知的財産法は、「特別な条件」を前提として、他人にもその知的成果を利用することを例外として許されているのである。つまり、いわゆる知的財産権という権利には、無体な知恵や思想に関する「利用行為の社会的ルール」という性格が鮮明に出ている。かかる性質を持つ知的財産権は、私法上の利益範囲を画定する「権利」というより、むしろ無体財産の利用をめぐる一種の「競争秩序」である。

ただし、知的財産権には、確実に支配権のような性質を持つ部分が含まれているのである。例えば、公表権や氏名表示権などの著作者人格権が、確実に支配権のような性質を持っている。実際のところ、著作者人格権は、具体的な権利の内包・外延を持っているので、いわゆる一般的人格権と比べて、より物権のような「支配権」に似ていると考えられる。

したがって、知的財産権という権利は、権利の客体の特徴やその権利に内包される価値衝突の影響を受けて、むしろ「支配権」と「競争秩序」との両方の性質を持ち、二元的な権利概念である、といえよう。

2. もし知的財産権はこのような二元的な性質を持っているならば、はたして、知的財産権は私

11) 知的財産権の性質について、異議がないわけではないが、中国の民法典第二百二十三条において、民事権利として位置付けられているのである。

12) 藤岡康宏『民法講義Ⅰ 民法総論』（信山社、2015年）215頁。

法上の権利として成り立ちうるものであろうか。

広中俊雄教授の分析によると、現代民法における権利体系は、もはや単純な「個人の自由意識による支配領域」ではなく、重層的なものとなっていると思われる。すなわち、広中教授の理論によると、人類の社会生活における法的秩序には、確固たる権利として認識すべき「核心的なもの」と、その程度に達していない「外郭秩序」、および市場活動による衝突を包容する「競争秩序」がある¹³⁾。

広中教授の本意は、より巨視的な視点から人類社会における法秩序を解析し、民法の全体像を再認識するところにあるが、具体的に民事権利の体系を再構成する作業ではないと思われる。それにしても、広中教授の分析は、民法上の権利体系の再認識、およびかかる権利体系に対する救済体系の再構築についても、きわめて重要な意義があると思われる。すなわち、ヴィントシャイトの時代から、民法上の権利体系は、硬直した支配権と請求権（もしくは絶対権と相対権）との二つの部分に分けられて、日々変化し続ける社会生活に対応しにくくなってくると思われる。それに対し、広中教授の「法的秩序」に基づく分析は、より開放的な視点から社会を解析し、より柔軟な権利体系を構成する可能性を秘めていると考えられる。

私見によれば、もし広中教授の視点に基づき、知的財産権を観察してみれば、知的財産権は、まさしく伝統的な権利体系および権利に対する法的救済体系を再考察する絶好の道具であると思われる。

つまり、前述したように、知的財産権は単なる権利者の利益を全うするためのものではなく、社会的な公共利益をも含まれて二元的な性質を持つものである。この意味において、他の私権と比べて知的財産権はより豊富な内容を持っている権利である。知的財産権という一つの権利領域には、すでに広中教授により指摘された各法秩序の具体化した要素が含まれているのである。そこで、知的財産権の性質とその法的保護制度の関係を正確に把握することは、民法上の権利体系と権利の法的救済体系との関係を解明することにも、重要な役割を持つと思われる。

本稿においてこのテーマを全面的に論述することがとうてい不可能である。以下においては、とりあえず知的財産権のかかる性質と中国における知的財産法上の差止請求権の基本構造との関係をめぐって、論述を展開するつもりである。

4 中国知的財産法における差止請求権の理論構造

中国の著作権法には、差止請求権による法的保護が明確に規定されている。特許法と商標法には、ともに私法上の差止請求に関する明文規定が設けられていないが、判例理論上とくに「特許法司法解释」において差止請求による民事救済方法が認められた¹⁴⁾。

13) 広中俊雄『新版民法綱要 第一巻総論』（創文社、2006年）3頁以下。

14) 「最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件適用法律若干問題的解釋（二）」第26条において、民事責任としての侵害停止請求権が認められている。「最高人民法院關於審理侵犯商標民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋」第21条において、「民事責任としての侵害停止、妨害排除、妨害予防」が認められている。なお、以上の

1. まず、一つの判例として、「海水煙気脱硫措置発明特許権侵害事件」¹⁵⁾を取り上げよう。この事件は、日本の会社に多額の損害賠償を命じられたものとして、当時日本においても注目を集めたものである。

事件の概要は以下のとおりである。中国の武漢晶源環境工程有限公司（以下は「晶源会社」と呼ぶ）は「曝気法海水煙気脱硫方法及び曝気装置」という発明特許権を有する。一方、富士化水工業株式会社（以下は「富士化水会社」と呼ぶ）は、中国の華陽電業有限公司（以下は「華陽会社」と呼ぶ）に関連の機械ユニット装置2台をそれぞれ設置し、技術とともに譲渡した。晶源会社は、富士化水会社が許諾を得ずに晶源会社の特許権を侵害した装置を製造、販売したとして、富士化水会社と華陽会社に対し、侵害行為の停止と損害賠償を請求した。一審判決は、晶源会社の富士化水会社に対する損害賠償請求及び侵害停止請求を認めたが、華陽会社に対する損害賠償請求と侵害停止請求を却下した。二審において、中国最高人民法院（中国の最高裁）は、晶源会社と華陽会社との共同不法行為の成立を認めた上で、二社の連帯責任を認めたが、華陽会社に対する侵害停止請求を引き続き却下したのである。

この事件をめぐる一審・二審判決には、議論に値する問題点が数多く残されているが、本稿においては、主に以下の二つの問題を取り上げて分析しよう。

1) 第一の問題は、原告晶源会社による華陽会社に対する侵害停止請求を退けた最高人民法院の理由である。

最高人民法院は、「本件の煙気脱硫装置がすでに設置され、実際に稼働を開始した。もし華陽会社に対し行為停止を命じるならば、現地の社会公衆の利益に重大な影響をもたらすこととなる。権利者の利益と社会公衆の利益を十分に考慮することを前提として、第一審判決が使用料の支払いを命じ、侵害の停止を命じなかったことは不適切ではない。」と判断した。つまり、この判決により、公共利益に基づき侵害停止請求に対する抗弁を認める判例理論が確立された。さらに、2016年に最高人民法院のかかる判例理論が正式に「司法解釈」の形で成文化したのである。

最高人民法院の「公共利益への配慮」という侵害停止請求を制限する立場は、大きな反響を起したのである。この立場は、明確的に知的財産権に関する司法裁判における個人権利と公共利益との均衡を唱えたのみならず、中国の知的財産法における侵害停止請求の理論基礎や要件論についても、大きな示唆をくれたと考えられる。以下は次の問題と併せて説明しよう。

2) 第二の問題は、本件における一審・二審判決の論理過程である。

一審判決は、まず富士化水会社による煙気脱硫装置の設置が「侵権行為」¹⁶⁾にあたりと判断した。そのうえで、富士化水会社と華陽会社がいかなる民事責任を負うべきか、という判断に入り、富士化水会社に対し侵害停止と損害賠償の民事責任を課して、華陽会社に対し侵害停止の民事責

「司法解釈」は、中国において実質上の法律と同じ効力を持っている。

15) 中国最高人民法院（2008）民三終字第8号。日本語資料としては、日本貿易振興機構『中国の知的財産権侵害判例・事例集』（2011年3月）32頁以下。

16) いわゆる「侵権行為」の概念は、日本民法の不法行為とはほぼ同じ概念であるが、以下で説明したとおりに、その法的責任についての「侵権責任」は日本の不法行為責任とは大いに異なっている。

任を免除したのである。二審判決も同じような論理過程に踏まえて、さらに富士化水会社と華陽会社との連帯責任を認めたが、華陽会社に対する侵害停止請求を引き続き却下したのである。

この論理過程が、一見して日本の知的財産権の裁判と非常に類似するが、実に興味深いものである。すなわち、中国の裁判所は、いわゆる特許請求の範囲に入ったという判断を通じて、富士化水会社の「侵権行為の成立」を判断した。そして、かかる「侵権行為の成立」が直ちに富士化水会社の侵害停止責任を導くこととなる。つまり、成文法には、当時侵害停止請求に関する規定が存在していないにもかかわらず、最高人民法院は、侵害停止請求の要件について「特許請求の範囲に入る」ことであると、独断に決めたのである。さらに、後にこのような立場が成文化して、「司法解釈」の明文規定となってしまった。

したがって、中国の知的財産権に関する裁判において、「特許請求の範囲に入る」すなわち「侵権行為の成立」は、単なる被告の最終的な民事責任を判断する一要件または一要素だけでなく、「侵害停止請求権」の可否を判断する枠組みそのものとなったのである。つまり、「侵権行為の成立」は、すでに「不法行為＝損害賠償請求」と異なる独自の機能を担う判断枠組みとなり、「侵害停止請求権」を導く成立要件となったわけである¹⁷⁾。

かくして、以上の二つの問題についての最高人民法院の立場は、中国の「特許法司法解釈」の第26条となったのである。すなわち、「被告が特許権に対する侵害を構成し、権利者が侵権行為の停止を求める場合は、人民法院は請求を支持すべし。但し、国家利益や公共利益への配慮に基づき、人民法院は被告に行為停止を命じることなく、代わりに相応な合理的な費用を支払うことを命じることができる」ということである。つまり、中国の特許法においては、原則的に侵害停止請求権が認められる。その成立要件は、「特許請求の範囲に入る」すなわち「侵権行為の成立」ということである。そして、消極的要件として、「公共利益への配慮」という抗弁が認められる¹⁸⁾。

2. 中国特許法におけるかような侵害停止請求権の判断枠組みは、伝統的な民法理論から見れば、若干違和感を覚えるのであろう。つまり、かような侵害停止請求権の帰責原理が伝統的な民法理論展開とはかけ離れていると言わざるを得ない。

侵害停止請求権ないし差止請求権の基礎理論については、日中両国において今も未解決の課題が残されている。

日本の議論をごく簡単にまとめてみれば、大体二つの方向に分けられていると考えられる¹⁹⁾。一つは、物権的請求権の類推適用に基づき、新たな権利や利益に物権と類似する性質を求める立場（以下は「権利性質立場」と呼ぶ）である²⁰⁾。もう一つは、物権的請求権の基礎理論を転換し、よ

17) 「侵権行為の成立」という判断が、「不法行為＝損害賠償請求」の構成要件から独立したことは、後に中国の不法行為法理論にも影響を及ぼした。この問題については、別稿に譲りたい。

18) ただし、「公共利益への配慮」という消極的要件に基づき侵害停止請求権を拒否する判例が非常に稀である。

19) 日本民法理論において差止請求権に関する学説が数多く存在しているが、学説史的な研究としては、根本尚徳教授の『差止請求権の理論』（有斐閣・2011）が詳しい。

20) 前注でも触れたように、民法上の差止請求権をめぐる文献は数えきれないほどある。本稿は基本的に知的財産権に関する議論であるので、列挙することを避けることにする。さしあたり、例えば、五十嵐清、斉藤博、好美清光などによる「人格権説」や、大阪弁護士会環境権研究会『環境権』（日本評論社、1973年）により提

り一般的な差止請求権の判断枠組みや帰責原理を求める立場（以下は「理論転換立場」と呼ぶ）²¹⁾である。

他方、中国においては、差止請求権の基礎理論に関する研究が、近年になってほぼ停滞状態に陥った。ただ、従来の民法理論および立法活動や判例理論から見れば、二つの段階に分けられていたと思われる。2003年以前には、中国の「民法通則」や民法理論において、いわゆる「民事責任に基づき民事権利の救済体系」を構築する見地が非常に目立っていた。つまり、日本でいえば、理論転換立場に近いものであった。ところが、2003年以降には、物権法の公布により、従来の「権利性質立場」が蘇ったのである。すなわち物権的請求権の基礎理論について、伝統的なドイツ民法理論のように権利の性質に求めるようになったのである。このような二つの立場が対立している最中に、2020年の中国民法典の制定作業は、従来の民法理論を整理したうえで、より前向きな民法体系を構築する絶好のチャンスだと思われた。しかし、残念なことに、従来の学説上の対立がそのままに残されているのみならず、「人格権請求権」概念の導入により、理論上の矛盾がさらに深刻化されたのである。中国民法典におけるかかる変化についての分析は、本稿の主旨ではない。ここで指摘しておきたいのは、中国の民法理論上において、侵害停止請求権ないし差止請求権の基礎理論をめぐる論争が、前述した日本の理論構造ときわめて類似するものである。

しかしながら、前述したような中国特許法における侵害停止請求権の判断枠組みと帰責原理は、この二つの立場のどちらにも当てはまらない、といわざるを得ない。

一見して、「特許法司法解释」第26条による侵害停止請求権の成立要件は、「権利性質立場」に由来するものではないかと思われる。つまり、知的財産権の性質について、物権と類似する支配権・絶対権として認識されたうえで、その権利の守備範囲に入るという事実的判断が、直ちに侵害行為の停止を導くこととなったわけである。こういう理論構造からみれば、「特許法司法解释」によるかかる侵害停止請求権の帰責原理は、「権利性質立場」の系譜に属するものに相違ないと思われる。

ところが、「特許法司法解释」第26条は、権利性質に基づく侵害停止請求権の成立要件を確立した一方で、「公共利益への配慮」という消極的要件をも認めたのである。いわゆる「公共利益」の要素は、物権法における権利濫用の法理とは異なり、「権利性質立場」とは相容れないものであると考えられる。つまり、一つの利益が支配権・絶対権として認められた以上、この権利はすでに立法という第一次的利益衡量によって他の利益に勝る優位に位置付けられたということとなる。もし司法裁判上の利益衡量において、この権利が他の利益に劣ることとなり、自分の守備範囲を譲らなければならないこととなれば、この権利がそもそも支配権ではないと言わざるを得ない。特に所有権のような私法上の権利は、まさに公の権利や公共利益から私人の領域を守るための存在である。権利濫用にあたらない限り、公共利益のために一般的要件として犠牲される所有権がとうてい想像できないのである。いわば、すでに権利の守備範囲に侵入した行為が公共利益のた

出された「環境権説」などは、基本的にこういう見地からの展開である。

21) さしあたり、例えば、末弘源太郎、我妻栄による「違法性理論」は基本的にこういう立場に属する。そして、浜田稔、浅野直人などによるいわゆる「不法行為説」による立場も、基本的にこの立場に属する。

めに許されて、その代わりに行為者が損害賠償責任を負わされる、という理論構造は、まさしく末弘源太郎教授による「適法行為に基づく損害賠償」そのものである²²⁾。つまり、このような理論構造は、権利の絶対性を認めず、違法性に基づく差止請求権の成否判断につながるものである。

こうしてみれば、中国の「特許法司法解释」第26条による侵害停止請求権の基礎理論は、非常に複雑な構造を持っているといえる。つまり、この侵害停止請求権の基礎理論は、むしろ「権利性質立場」と「理論転換立場」との両方の要素を持ち、二つの学説が妥協したものではないかと思われる。

3. これまでの議論は、特許法における侵害停止請求権に関する判例について展開されてきたが、実際のところ、このような理論構造は、より広範的に中国の知的財産法の全域に浸透していると思われる。

中国最高人民法院は、2009年に「今の経済形勢において知的財産権裁判は大局をつかむべきことに関する問題についての意見」²³⁾という司法解释を公布した。この司法解释の第15条は、「もし（権利侵害）行為を停止させることは、当事者間の利益衡量に重大な不公平をもたらしたり、社会の公共利益に反したりする場合には、あるいは実行することがそもそも不可能の場合には、具体的な事情について利益衡量を行ったうえで、侵害停止請求を認めず、代わりに十分な損害賠償や経済的補償金を命じてもよろしい」、という原則を明確に規定したのである。したがって、前述した判例理論および「特許法司法解释」26条の侵害停止請求権の理論構造は、特例としてのものではなく、中国の知的財産権に関する司法裁判の一般的な立場である、というわけである。

かくして、知的財産権をめぐる侵害停止請求権について、法理論上には物権的請求権の類推適用による理論構成を取りながら、判例理論としては、利益衡量論に大いに影響を受けて、当事者間の具体的な事情のみならず、公共利益などの要素をも取り入れた総合的な判断枠組みとなったわけである。

5 理論の形成と背景

中国の知的財産法における侵害停止請求権の基礎理論が、なぜこのような構造となったのだろうか。そして、より重要なのは、なぜこのように矛盾しているかのような基礎理論が成立するのであるだろうか。もちろん、民法上の差止請求権の基礎理論がさほど明確なものではないことも一因であるが、他にも次の二点が考えられる。

1. 第一の原因は、中国民法上における「民事責任」という統一的・総合的救済体系の影響が考えられる。

22) 末弘源太郎『民法雑記帳・下』（日本評論社、1983年）258頁以下。

23) 中国語で、「關於当前經濟形勢下知識產權審判服務大局若干問題的意見」であり、原文自体は文法的に問題がある表現である。この種類の司法解释は、いわば「司法精神」というものであり、具体的な法律適用の問題ではなく、当面の司法裁判における基本的な原則や政策を決めるものである。したがって、この種類の司法解释は、きわめて重要な機能を担いながらも、実際の司法裁判において援用することはほとんどない。

1986年に公布された中国の「簡約版民法典」＝民法通則は、「民事責任」という第六章を設けた。この章の内容は民法上の法的保護に関する基本制度であり、民事法の全体にわたってすべての権利や利益を対象とするものである。そして、この章の第百三十四条において、「民事責任を負う方式」としては、損害賠償請求権、差止請求権、契約違反による責任（損害賠償だけでなく強制履行などをも含めて）および人格権を侵害するときの責任など、計十種類の具体的な法的保護手段が設けられたのである。つまり、中国の民法理論は最初から、ドイツ民法理論のような権利性質に基づく請求権の体系ではなく、理論転換立場に近い統一的・総合的な救済体系——「民事責任制度」を構築しようとする姿勢をとったのである。

そして、2009年に公布された「侵權責任法」は、日本の不法行為法にあたるものであるが、この法律は契約法上の責任を取り除いて、他の民法上の法的保護手段を統括するものであった。そこで、この法律が単行法として制定されたことは、民事責任制度が形式的に認められ、統一的・総合的な救済体系がすでに中国の民法において築かれてきたのではないかと、と思われる。

ところが、2020年に中国の民法典が公布されることによって、中国民法上の権利救済制度の基礎理論は、さらに複雑化したと思われる。立法機関や立法活動に参加した研究者の本意は、民法典において「絶対権請求権」の制度を築き上げて、物権のような絶対権がこの請求権により保護される、という発想であった——つまり、完全に権利性質立場に戻ろうとしていたのである。しかし、中国の民法典に人格権の内容が盛り込まれて、人格権は物権に続いて、第二の絶対権として認められたのである。しかし、いうまでもなく、人格権について、「絶対権」という性質を決め付けたとしても、物権の場合と同じような「絶対権請求権」を付与することが不可能である。そこで、中国の民法典はいわゆる「人格権請求権」の成立要件についてほぼ言及していないのである。したがって、中国民法典において、人格権に関する法的保護は、やはり統一的・総合的な救済体系に頼るしかないという現象になったのである。つまり、端的に言えば、中国の民法典は、権利性質立場の旗を高く掲げているのに対し、理論転換立場の必要性を著しく表現したものである。かくして、統一的・総合的な救済体系としての「民事責任理論」は、むしろ中国民法典を通じて自身の意義と重要さを示したのではないかと考えられる。

以上の理論展開を理解すれば、中国知的財産法上において差止請求権の基礎理論が前述した複雑な構造となることも、さほど不思議なことではなからう。中国の民法上においては、差止請求権の基礎理論について、権利性質立場と理論転換立場との二つの見解が対立している。ところが、中国民法の実定法上において、民事責任という統一的・総合的な救済体系が存在しているがゆえに、この矛盾している二つの立場が対立しながら併存しているのである。つまり、中国民法典の立法機関のように権利性質立場を強く唱えている学説は、自説を主張しながら、人格権や知的財産権のような複雑な権利性質を持つ新たな権利に対して、暗黙に理論転換立場の「民事責任制度」を利用しているのである。実際の司法裁判において、権利性質立場の限界性が現れたとしても、どうせ統一的・総合的な救済体系としての「民事責任理論」が存在しているので、何とかその場をしのぐことができるのではないかと、という結果となってしまった。

中国知的財産法における差止請求権の基礎理論も、まさに民法理論と同じような「裏表のある」

理論である。一応、中国の知的財産法は、権利性質立場の基礎理論を用いて「絶対権請求権」のような「知的財産権による差止請求権制度」を構築していた。が、実践上には、権利性質立場の硬直した論理構造を避けるために、適当に「民事責任制度」の基礎理論に「便乗」して、公共利益のような違法性判断にかかわる要素を取り込むこととなったのである。そのため、前述したように対立している二つの立場を同時に取り込む「特許法司法解释」第二十六条が生み出されたわけである。

2. そこで、第一の原因を踏まえて、一部の研究者は知的財産権と物権との性質上の差異を再認識したうえで、伝統的な民法理論における権利性質立場を排除する傾向がある。つまり、中国の知的財産法における侵害停止請求権の基礎理論に関しては、知的財産権の性質に基づき、伝統的な物権的請求権のような理論構造を取り除き、知的財産権に関する侵害停止請求権について、独自の帰責原理を構成しようとする立場がある²⁴⁾。この現象は、第二の原因であると考えられる。

現在、中国の知的財産法理論においては、基本的に物権的請求権の類推適用により差止請求権の基礎理論を構成されるのが一般的な立場である。いわば前述した権利性質立場である。ただし、前述したとおりに、知的財産権は伝統的な民法理論における物権とは異なる性質を持っているのである。つまり、知的財産権は、「支配権」と「競争秩序」との両方の要素を持つ二元的な性質を有する概念である。したがって、中国の一部の研究者は、物権的請求権のように、「権利の内容の実現が妨害される」ことから知的財産権に関する差止請求権を導く基礎理論は、論理的に障害がある、と指摘したのである。すなわち、民法理論における物権的請求権の制度は、物権が明確な外延も持っていることを前提としたものである。それに対して、知的財産権について明確な外延を画定することが難しい。それどころか、知的財産権の二元的な性質から生じる不明確性が、まさにこの法制度の特徴であり、内在的な需要であると考えよう。このゆえに、この視点に立つ説は、「権利者に対し損害賠償による法的救済が不十分である」と判断される場合に限って、侵害行為の停止などの差止請求権が許されうる、と主張している。すなわち、この説は損害賠償請求と差止請求との関係を段階的な救済手段であると認識している。——ここには、日本民法理論における「違法性段階説」に共通する理論構造が浮かんでくる。

但し、日本民法理論における「違法性段階説」は、差止請求権に関する学説にとどまったが、中国民法においては、「民事責任制度」が存在しているので、それに基づく法実践を展開することができるようになったのである。中国の統一的・総合的な救済体系としての「民事責任制度」は、基本的に侵権責任法に依拠して機能する。つまり、より開放的な利益衡量による法的判断が中国の「民事責任制度」に存在する余地がある。そこで、物権的請求権の類推適用のような権利性質立場の限界性に気づいたうえで、知的財産法において独自の差止請求権の基礎理論を構成しようとする立場は、この「民事責任制度」を土台にして特別な「違法性段階説」を展開したわけである。こうしてみれば、かかる学説は少数説でありながら、知的財産法にとらわれず、民法をも視野に入れてより広範的な視点から差止請求権の基礎理論を考察することによって有益な観点であ

24) 例えば、陳武「権利不確定性と知識産権停止侵害請求権之制限」中外法学 2011年第2期 357頁以下(2011)。

ると言えよう。

6 おわり——中国知的財産法における差止請求権の示唆

以上には、中国の知的財産法における差止請求権に関する基礎理論を概観してきたものである。かかる基礎理論それ自体は未完成なものであるし、理論の内部にもなお解決されていない問題点が残されている。例えば、伝統的な権利性質立場に基づいて構成された差止請求権の基礎理論と少数説により提唱された特殊な「違法性段階説」がいかに接続すべきか。それに、もしこの両者が何らかの新しい基礎理論に統合すれば、そのままに民法における「民事責任制度」に頼ることが妥当であるか、それとも新たな法的判断枠組みや帰責原理に託す必要があるか。これらの問題について、これからも更なる研究が必要であると思われる。

但し、中国の知的財産法におけるかかる理論展開は、民法ないし私法全体における差止請求権に関する基礎理論について、有益な示唆を残してくれたと考えられる。

ドイツ民法理論を継受した諸国における差止請求権は、物権的請求権の理念型に源を発するに相違ない。そこで、いわば権利性質立場、すなわち物権的請求権の類推適用による差止請求権の基礎理論は、伝統的な民法理論に最も馴染みやすいものであると考えられる。とはいえ、物権的請求権の理論構造は、最も合理的なものであるとは限らない。適用の対象が支配権に限る場合はともかくとして、特に知的財産権のような複雑な性質を持つ新たな権利や利益の場合には、権利性質立場の論理的な限界を無視してはならないと思われる。必ずしも中国法の「民事責任制度」が最適であるというわけではないが、知的財産権のような新たな権利や利益が存在している限り、より一般的な私法上の差止請求権に関する基礎理論を考えなければならないのではないか。

そこで、支配権以外の権利や利益を差止請求権の視野に入れるために、より開放的に包容力のある基礎理論が必要とされる。かかる新たな基礎理論は、ある程度の司法上の利益衡量を取り入れる余地を持たなければならない。その判断枠組みには、公共利益や行為者側の要素を考慮する適切な土台を作らなければならない。権利性質立場の長所は、その理論構造にあるというより、むしろ、民事権利と法的救済とを連結するところから生じる体系性にあると考えられる。もしかかると新たな基礎理論が体系性の問題を解決できれば、我々は権利性質立場の論理的限界の桎梏から逃れて、知的財産権をも含めて私法全体にわたる新たな理論体系を構築することができるかもしれない。

