

早稲田大学大学院法学研究科

2007年11月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 「一国両制」における知的財産権侵害訴訟の研究

—中国・香港・マカオ・台湾を中心に—

申請者氏名 夏 雨

主査	早稲田大学教授	須網 隆夫
	早稲田大学教授 法学博士（立命館大学）	木棚 照一
	早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学）	小口 彦太
	早稲田大学特任教授	渋谷 達紀

夏雨氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科研究生 夏雨氏は、2007年2月21日、その論文『「一国両制」における知的財産権侵害訴訟の研究—中国・香港・マカオ・台湾を中心に—』を早稲田大学大学院法学研究科に提出して、博士（法学）の学位を申請した。後記の審査員は、同研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2007年10月30日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

I. 本論文の構成と内容

本論文は、序章、終章を別にすれば、全体で5章により構成されている。すなわち、本論文は、「一国両制」における知的財産権侵害訴訟について、第1章で、中国における知的財産権法の歴史を辿り、そのうえで、第2章・第3章で中国、香港、マカオ及び台湾における知的財産権侵害認定基準（判定基準）の相違について考察する。ついで第4章で侵害の抗弁として問題になる、並行輸入に関する判例・事例を解明するため、立法・経済の変遷を探求するとともに、現在の立法及び学説を検討し、最後に第5章で知的財産権に関する裁判管轄権と準拠法に関する問題状況を整理して、渉外的な知的財産権問題に関する国際私法上の考察を加えている。全体として、「一国両制」下にある中国における知的財産権保護の強化について対策の提示を試みようとするものである。

「一国両制」とは、「一つの国家」、すなわち「一つの中華人民共和国（以下「中国」と言う）」において、社会主義制度と資本主義制度という相対立する二つの「制度」が共存することを意味する。この構想は、当初中華民国（以下「台湾」と言う）問題の解決に向けて提出されたものであった。しかし、1997年に中国香港特別行政区政府（以下「香港」と言う）、1999年に中国澳門特別行政区政府（以下「マカオ」と言う）が中国へ返還されたのを機に、台湾に先行して香港及びマカオ問題の解決に適用された。また、2002年1月1日に「一つの中国」を前提として、台湾はWTOに加盟した。この結果、四地域全てがWTO及びTRIPs協定に加盟し、かつ、独立した司法制度が存在する状態となり、地域間における知的財産権保護は、国際条約と各地域の準国際私法である知的財産権法に基づいて行なわれることとなった。本論文は、1978年12月の中国共産党第11期中央委員会第三回全体会議以降、特に変化が著しい中国の対外貿易法の分野にあって、建国以前から一貫して行政管理下にあった知的財産権法を基軸に、四地域における知的財産権侵害訴訟の研究を行うものである。

1949年の中国建国により、国民党政府時代の法制度はすべて廃棄され、戦時共産党の模範地区から知的財産権法制度が始まった。それ以降中国の知的財産権法は、社会主義知的財産権管理条例、外資導入貿易法、社会主義市場下での知的財産権法制定、TRIPs協定と整合性を図るための同法大改正という過程を経て、今日に至っている。その後、香港、マカオの中国返還により、各法について中国準国際私法の観点からの研究はなされてきたが、

「一国両制」下での香港、マカオ及び台湾における知的財産権保護自体に関する研究は比較的少ない。それは中国が WTO に加盟する以前は、中国の知的財産権法が、香港、マカオ、特に台湾について独立した地域として取扱わなかったため、それまでの研究は、各地域の法規を黙認する内容であったと言える。日本は最も早く中国に知的財産権法研究のための調査団を派遣した実績があり、中国と台湾の知的財産権法に対する研究も相当程度進んでいる。その日本でも「一国両制」の原則の視点からの中国、香港、マカオ及び台湾についての知的財産権法の総合的な比較法研究はほとんど存在しない。中国、香港、マカオ及び台湾は、東アジアで最も著しい経済成長を実現した地域である。今日の世界経済において、これら四地域の重要性は高く、日本から中国、香港、マカオ及び台湾に対する投資にも長い歴史があり、四地域の知的財産権法制度と直接、間接に関連している。そのため、四地域の知的財産権法全体を視野に入れて考察する必要があるのである。以下に各章の内容を概観する。

「第 1 章 中国における知的財産権保護の沿革」は、中国の現行知的財産権法の法制史上の位置付けを論述している。具体的には、中国現行知的財産権法の形成過程を理解するために、1950 年法から 1963 年法の制定に至る知的財産権理論の変遷、及び改革開放直後の社会主義条件下での知的財産権法理論の原則・特徴を、中国文化にも触れつつ言及する。

1978 年以降、社会主義市場経済に適応する形で中国知的財産権法が制定され、アメリカとの貿易摩擦によって法律は改正されたが、当時の中国における改革・開放の水準を超えるものであったため、その施行は難航した。その後、2001 年の WTO 加盟に際して、中国は全土で改革・開放を進め、「国際社会へ接近」するために知的財産権法を整備したと評価されている。本章は、これらの過程を含めて、現行知的財産権法の形成過程を解説している。

建国以来、半世紀にわたって中国は単一の法域国であった。それは、共産党政権下での社会主義法であった。しかし、1997 年に香港、1999 年にマカオが各返還され、2002 年に台湾が WTO に加盟したことによって、中国は、四つの法域によって構成されるようになり、そこでは、社会主義法と資本主義法、英米法と大陸法が共存している。そして四地域は、WTO 加盟により、知的財産権保護を国際条約に従って実現しなければならないことになった。すなわち、中国が、香港、マカオ、及び台湾と共に WTO に加盟した結果、四地域の知的財産権法の実質は TRIPs 協定の水準にほぼ統一され、中国は香港、マカオ、及び台湾の自然人、法人を WTO 加盟国の国民、法人として扱わなければならないからである。このような状況の中、「一国両制」における知的財産権保護に様々な問題が発生することは避けられない。

また、中国の知的財産権法は外資獲得のための対外経済法でもあり、その側面は現在も維持されている。加えて中国の知的財産権法は、中国経済の変遷に伴い、社会主義市場経済下で私権を認めることになった。この意味で、市場における知的財産取引の少ない中国にとって、香港、マカオ及び台湾の市場経済の経験から良い示唆を得ることが可能である。

一方、香港、マカオ及び台湾は社会主義制度を実践していないため、今後 TRIPs 協定の下で、中国本土との調整が必要である。

「第 2 章 中国における知的財産権侵害の認定基準」では、中国における知的財産権侵害の判定基準を考察する。中国は WTO 加盟当時、加盟作業部会において先進国側から模倣品、偽造品問題の改善を強く要求され、TRIPs 協定の遵守を対外的に公約した。そのため中国政府は、特許法、商標法、著作権法を WTO 加盟前に大幅に改正した。TRIPs 協定 1 条は、知的財産権を私権として位置づけており、社会主義国である中国における、外国人の知的財産権に対する保護の実態が解明されなければならない。そこで、本章は、まず中国における外国人の知的財産権法上の地位を検討している。

また、WTO 加盟後に中国の最高人民法院等から、知的財産権紛争事件に関する審理・法適用について複数の司法解釈が公布されている。特に注目すべきことは、中国特許法では特許権紛争に対する具体的な侵害判定基準が定められていないために、北京高級人民法院から特許権の判定基準に関する具体的な意見が出されたことである。この意見では、中国初の均等論原則、禁反言の原則、「余分な指定」原則、公知技術による抗弁などに関する判定基準が定められている。本章では、これらの判定基準を日本のそれと比較し、その共通点について言及している。本章の末尾では、2006 年特許法第 3 回改正案の内容も紹介し、商標権の同一性、類似性の判定基準及び著作権侵害の類型をまとめている。

「第 3 章「一国兩制」における知的財産権訴訟の侵害認定」では、中国法とは異なる特色を有する三地域の特許法、商標法、著作権法を取り上げ、侵害認定の基準を考察する。1997 年と 1999 年、香港とマカオが中国へ返還された際、従来適用されていたイギリス法、ポルトガル法の影響を受けた知的財産権法が両地域の現状に合わせて制定された。本章では、知的財産権侵害判定基準について、香港とマカオの特徴を示す法規定を紹介する。例えば、香港は開放貿易都市であるため、著作権保護について相互主義を採らず、すべての著作物を保護するのに対し、マカオ・台湾は、相互主義に基づく法規定が存在するので、その内容を紹介する。また、三地域の知的財産権侵害の判定基準について、各地域の知的財産権の保護範囲、侵害判定基準に関する法規定を分析し、さらに四地域の知的財産権侵害の救済制度と損害賠償、侵害認定の要件を紹介し、比較を行っている。

現在の中国では、法律上の侵害認定基準の主観的要件が統一されておらず、調和の必要がある。具体的には、各地域における要件は、以下の通りである。中国では、特許権の直接侵害の認定には客観的侵害事実、間接侵害の認定には故意、商標侵害の認定には故意・過失、著作権侵害の認定には客観的侵害事実の存在が要件となっている。これに対して香港では、特許権侵害の認定には故意が要件とされ、商標侵害の主観的要件には「知っており又はそう信じる」という故意・過失が必要である。著作権侵害の認定にも、直接侵害の主観的要件は規定されていないが、間接侵害には、故意又は過失が要件として規定されている。またマカオでは、特許権侵害の認定要件は特許法に規定されておらず、商標権侵害の認定には故意、著作権侵害の認定にも故意が要件とされる。最後に台湾では、特許権侵

害の認定には客観的侵害事実、商標権侵害の認定には故意、著作権侵害の認定には故意・過失が要件である。

刑事制裁も統一されていない。日本をはじめ多くの国において、知的財産権侵害行為は厳重に処罰されているが、中国刑法は、主に、知的財産権冒用及び知的財産権侵害製品の販売行為などの知的財産権侵害行為を規定するに過ぎず、私権としての知的財産権自体を保護法益とはせず、消費者の利益を直接的な保護法益としていると言わざるを得ない。特に特許権侵害に対する明確な特許権侵害罪は規定されておらず、その意味で、中国刑法による知的財産権保護は未だ不十分と考えられる。他方香港では、刑法には知的財産権侵害罪が定められていないが、著作権侵害された場合、刑事責任を追及する規定が設けられており、マカオでは、特許法、商標法及び著作権法に刑事罰則が規定されている。

「第4章「一国両制」における並行輸入」では、まず、台湾において、商標商品の並行輸入に関する立法・判例、さらにはそれらに関する諸学説を分析して問題点を整理し、発展途上国・地域における真正商品の並行輸入について、特に並行輸入の論拠とされる商品の出所表示・品質保証という商標機能に焦点をあてて考察を行っている。そして、その考察を基に、商標の国際的保護と真正商品の並行輸入に対する再認識が必要であるとの観点から問題提起を行っている。台湾における特許製品の並行輸入に関する問題発生背景、判例及びそれに対する立法の分析から、これらの事例から途上国にどのような示唆が得られるかも合わせて考察されている。

次に、同様に中国について、商標保護と並行輸入に関する立法、政策、紛争事例とそれに関する判決を紹介し、それらの判決をその射程、法的根拠、理論的根拠という3つの側面からその妥当性を検討する。そして、並行輸入の是非に関する中国の学説を渉猟し、これを踏まえて日本における並行輸入事件に対する審理のあり方と比較して、中国裁判制度の改革などについて私見を述べている。なお、特許製品に係る並行輸入問題については、並行輸入が存在する背景、すなわち、人民元切上げ・技術輸入大国など政治的・経済的側面からの考察を記述し、その上で、中国で生じたDVD事件に関する学説を紹介し、さらに、特許権に係る製品の並行輸入の可否を検討している。

知的財産権侵害訴訟において抗弁の一つとして提出される並行輸入は、近年、四地域において様々な形態で行われている。並行輸入は、知的財産権を市場経済原則の下に分割することによって生じる価格支配を防ぐ手段として作用する。そのため、GATTのウルグアイ・ラウンド交渉における知的財産権交渉では、並行輸入の自由化に反対する先進国、自由化を主張する発展途上国の意見が対立した。1995年のTRIPs協定成立後、知的財産権に係る製品の並行輸入に関する規定をめぐる議論は、一段落しているかのように見える。それは、TRIPs協定6条が「この協定のいかなる規定も、知的財産権の消尽に関する問題を取り扱うために用いてはならない」と規定しているからである。しかし、これはあくまで問題解決を先送りしているだけである。

並行輸入については、かつて1989年から1995年まで、スーパー301条に基づき、アメ

リカが中国、香港、マカオ、台湾に対して経済制裁を発動するか否かが争点となり、特に台湾では大きな社会問題となった。その後 10 年余を経て、現在の中国、香港、マカオ、台湾では、並行輸入についてどのような立法を展開し、実務上どのような判例、学説、司法解釈が存在するかを解明する。マカオは著名な商業地であるため、並行輸入問題を無視することはできず、台湾、中国についても、並行輸入が生じる政治、経済的背景を考察し、立法、判例及び学説を検討し、四地域における並行輸入の問題点、今後の規制のあり方を提起する。

「第 5 章「一国両制」における知的財産権侵害訴訟の裁判管轄権と準拠法」では、四地域における知的財産権に関する国際私法の比較研究を行っている。知的財産権に関する国際私法を比較考察する際には、属地主義原則の意義・根拠との関連で国際裁判管轄権と準拠法の決定を再検討することが重要であり、四地域における国際私法の異同と具体的な諸問題を検討している。

四地域における知的財産権侵害訴訟の国際裁判管轄につき、四地域とも直接それを定めた制定法上の規定はなく、国際裁判管轄決定の判定は国内の土地管轄権が基準とされている。中国における知的財産権侵害訴訟では、被告住所地の裁判管轄原則が優先的に適用されるが、その目的は、被告の防御の機会を保障するためである。中国産業にとって知的財産権保護の歴史は浅く、中国人が保有する知的財産のレベルは未だ低い。そのような現状の下で、被告となる中国人・企業はむしろ知的財産権の世界では弱者であり、訴訟に巻き込まれやすいと考えられている。また、多くの場合、被告住所地と侵害行為地は一致する。したがって、被告住所地裁判の管轄制度は知的財産権侵害訴訟の中で非常に重要と考えられる。この制度によって、大部分の涉外知的財産権事件を中国の裁判所で管轄し、知的財産権事件の審理と執行の利便を図ることができる。

中国の知的財産権侵害訴訟に関する管轄原則を香港、マカオおよび台湾と比較検討する。中国では、「四級法院、二審終審制」という審判制度が採られているが、涉外知的財産権侵害訴訟の管轄問題は、四つの司法解釈から具体的に審級を定めることで、土地管轄原則に基づき被告住所地又は侵害行為地を管轄する裁判所が選択されるという手続である。一般的な契約の場合、通常は当事者の意思で管轄する裁判所を確定することが可能だが、知的財産権に関する契約の場合は特例としてその合意を認めないこととされている。

次に、香港における侵害訴訟の管轄権は、イギリス植民地時代の法律が、「一国両制」下でも、継続して適用されている。イギリス法の影響で、伝統的に国際裁判管轄は対人管轄と対物管轄に分けられる。対人管轄が認められるのは、被告が香港にいる場合に訴状を被告に送達する、被告自ら自主的に香港の裁判管轄に服する、裁判所が最高裁規則に基づき、香港以外の所にいる被告に訴状を送達するという三つの場合である。対物管轄は、原告が裁判所に財産権益の所在に基づきその保護を求める場合に問題となる。国際裁判管轄には、フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理が適用されている。

これに対して、マカオにおける侵害訴訟の管轄権につき、長期間マカオで適用されてき

たポルトガル民事訴訟法は、涉外民事事件（知的財産権を含む）の管轄権を明確に定めていた。しかし、中国への返還にあたり、ポルトガル民事訴訟法をモデルとして民事訴訟法（1999年発効）が制定された際に涉外民事事件に関する規定は削除されてしまった。その理由は、マカオは国家主権を有しないため、本地域に適用される民事訴訟法に涉外民事事件の司法管轄権の規定を定めるのは妥当ではないとされたからである。したがって、マカオにおける侵害訴訟の管轄は、マカオの現行民事訴訟法によると考えられる。

最後に、台湾において裁判所の国内土地管轄権が認められるためには、国際裁判管轄権を有することが前提となるが、現行民事訴訟法の規定により、涉外民事事件に国内土地管轄権を有する場合、原則として国際裁判管轄権を有するものと認められる。ただし、外国裁判所との国際裁判管轄権の衝突を避けるため、英米のコモン・ロー上のフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの原則を導入し、裁判所自ら具体的事件に対する国際裁判管轄権を行使しないことを宣告することがある。

ところで、四地域の中で、知的財産権侵害訴訟をいずれの地域で提訴すべきかを考える場合には、附帯民事訴訟制度の理解が必要であることが指摘できる。附帯民事訴訟では、原告は刑事事件に附帯して民事訴訟を提起し、損害賠償を請求することが認められる。附帯民事訴訟は刑事事件と併せて、同一裁判官により審理される。原告は民事裁判費用を納付する必要がなく、刑事法廷で調査した証拠を引用することが可能である。香港、マカオには、附帯民事訴訟の制度はない。台湾は中国と同様、刑事訴訟法により、知的財産権の侵害事件に附帯民事訴訟が認められている。附帯民事訴訟については台湾が中国より明確に定めている部分があり、附帯民事訴訟の原告、被告及び請求範囲は、台湾では具体的に規定されているが、中国では規定されていない。なお、行政事件に附帯する民事訴訟も、中国・台湾で可能である。

中国においては、社会主義と資本主義が並存し、各地域において法体系、法文化、社会意識、及び生活習慣も異なっている。四地域間での知的財産権侵害訴訟における判決の相互承認、執行は不可欠である。このような背景の下で、相互の判決を承認、執行する条件としての公序についても大きな内容的差異があることは否定できないので、各地域間で承認・執行のための協定締結等が進んでいる。すなわち、2006年7月、中国・香港間において、民商事判決の相互承認・執行を内容とする協定が締結された。この協定は1999年に中国と香港が締結した民商事判決の相互承認・執行に関する協定を基礎に、その内容を更に充実したものである。中国・マカオ間でも、2006年2月、中国最高人民法院はマカオ特別行政区と「両地域の民商事判決の相互承認・執行」に関する協定を締結した。中国と台湾間では、知的財産権訴訟の判決の相互承認・執行に関する協定は締結されていないが、1998年5月、中国最高人民法院は「人民法院が台湾地域の民事判決を承認する規定」を台湾に対して施行し、2003年9月に上海市高级人民法院が下した終審判決は、台湾の地方裁判所で承認、執行された。今後、知的財産権訴訟に関する判決も相互に承認、執行されると考えられる。

準拠法については、中国において、現在に至るまで、知的財産権紛争の準拠法を直接定める規定は定められていないが、「中華人民共和国民法通則」、1988年最高人民法院「民法通則の施行意見」及び1985年涉外経済契約法、1987年最高人民法院「涉外経済契約法に関する若干問題の回答」等がそれに関連する。特に2005年中国北京高級人民法院より出された、「涉外知的財産権侵害事件の準拠法を適用する問題についての意見」は注目される。香港における知的財産権侵害には、不法行為地の準拠法が適用されるが、それはイギリス法の影響と考えられる。マカオでも、知的財産権紛争の準拠法に関する国際私法立法はない。もっとも、民法の中にポルトガル民法をモデルとした国際私法規定が挿入されている。

中国での「一国両制」の趣旨は、香港、マカオ、台湾の法律制度は中国の地方法律制度ではなく、四地域の法律制度は相互に平等ということにある。また、台湾は中国に統一されていないため、現在は中国主権下の法域とはいえない。したがって、中国と台湾間の問題は厳密にみると区際法律抵触とはいえない。台湾の法規も、中国と香港・マカオを区別している。このような背景を考慮すると、四地域の民事訴訟管轄権の統一を強調すると、現在の安定している関係を崩し、四地域間で人、物、金の往来に支障が出るおそれがある。その為、現在のところ現状を維持するのが得策であると考えられている。準拠法については、中国では、四地域の民事訴訟に関する準拠法立法を制定する必要があるとの見解が主流である。ただし、この準拠法立法は四地域が共同で実施するのが望ましい。そのような観点から現在中国が提示可能であるのは、立法原則のみである。具体的には、第一に国家統一を促進及び維持する原則、第二に「一国両制」の原則、第三に平等互惠原則、第四に正常な区際の民商事往来を促進し、保障する原則である。「一国両制」は、国家統一の法案であり、国家統一を実現する最も有効な道でもあるのである。

最後に「終章」では、次のようにまとめている。すなわち、「一国両制」に関する知的財産権侵害訴訟問題は中国だけではなく、香港、マカオ及び台湾においても重要な問題であることは疑う余地がない。本論文での考察に基づけば、中国知的財産権法の特色二つに整理することができる。それらは、第一に、外資導入を目的とする知的財産権法であり、第二に、国際条約を重視する知的財産権法である。

本論文では、中国と香港、マカオ及び台湾の知的財産権侵害訴訟の比較に基づき、今後の課題として、以下の点を挙げている。第一は、知的財産権法の実効的行使の強化である。これには、人々の行動に関連する外的・内的二つの条件整備が必要である。外的条件とは立法と司法制度の公平、合目的性及び法安定性であり、内的条件とは、人々の倫理的行為と習慣を改善することである。中国国内に存在する格差を縮小することは、知的財産権法の実効的行使を強化するために不可欠な内的条件でもある。第二に、地方保護主義を克服するための対策が必要である。中国では、WTO加盟後も、偽造品問題が依然として深刻である。近年、市場経済原則に対応するため、従来国家が所有していた「国営企業」から地方が所有する「国有企業」に変化し、「国有企業」の特許、商標、芸術などが他の企業に利用される場合、法に基づき使用料が支払われるという「市場経済」に移行しつつある。この

点では、中国知的財産権法は、国際社会に接近した社会主義知的財産権法と評価できる。「国有企業」の変更によって、地方政府は財政収入を増加させることができたが、企業が引き起す知的財産権侵害を避けることは困難であった。知的財産権法の役割は依然として「社会利益」を最も重要なものとして保障することに変わりはなく、現代法も伝統法の影響を受け継ぎ、伝統法の延長線上に発展したものと理解される。したがって、中国では、地方保護主義を克服するために知的財産権の所有制を改革する必要がある。第三に、四地域における裁判管轄権について、大陸法体系である中国、マカオでは並行管轄を認め、英米法体系である香港ではフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理を認めている。また、台湾でもフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理を認めていると解される。知的財産権侵害事件の審理を、相互の社会利益に配慮しながらも迅速に進めるため、四地域の裁判管轄権を相互に調整する協定が必要である。

II. 本論文の評価

本論文の課題・構成を明らかにする序章に続く第1章は、中国における知的財産権法の沿革を歴史的に考察する部分である。WTO加盟後制定された現行制度は、私有財産制の否定を原則とする社会主義法を出発点とする複雑な成立過程を経たものであり、中国社会に残る伝統的法意識とともに、社会主義法の影響から、知的財産権者の利益よりも「社会利益」を重視する傾向にある。そのため現行制度を正しく理解するためには、現行法に至る経緯の理解が不可欠であり、その意味で歴史的考察は、極めて今日的な意味を有する作業である。

「第2章 中国における知的財産権侵害の認定基準」では、中華人民共和国の知的財産権中、特に特許権、商標権、著作権侵害の認定基準（判定基準）について考察を加える。まず、各論的考察に入る前に、知的財産権法上の外国人の法的地位および知的財産権侵害の主観的要件の認定基準について言及する。次に、特許権侵害に関する認定基準が、先使用权との関連における認定基準と直接侵害の認定基準に分けて論じられる。特に、特許権侵害の主観的要件の認定基準について、その主観的要件は民法通則106条2項の過失責任原則を適用すべきであるが、間接侵害については、最高人民法院の司法解释により教唆者・幫助者の責任を認めるべきであり、その場合には直接侵害を誘導する故意が要件となることを明らかにする。さらに、商標権侵害と著作権侵害の認定基準や刑事上の知的財産権侵害罪の要件を論じ、残された問題点と今後の改正動向を明らかにする。残された問題としては、著作権侵害行為が中国の域外において生じた場合の問題と、知的財産権侵害の主観的要件に関する学説とが取り上げられる。前者に関しては、双方当事者が中国市民・法人であって、知的財産権侵害行為が外国で生じた場合等について、民法通則146条にもとづき中国法を適用すべきとの2004年の北京市高級法院の解答（「知的財産権民事事件の法律を適用する若干の問題に関する解答」）が紹介され、後者については、知的財産権法の専門家の間での過失責任説、混合説（直接侵害行為には無過失責任、間接侵害行為には過失責

任)、無過失責任説が各紹介されている。今後の改正動向としては、2006年に中国知的財産権局より出版された「研究報告」中の6項目、すなわち、消尽論の導入、文言侵害、均等論原則、「余分な指定」原則、禁反言の法理、間接侵害を紹介している。

本章は、中国における知的財産権法の最近の文献を基に記述されており、その参照した文献も妥当であり、本論を通じて特許権、商標権、著作権侵害の認定基準をめぐる議論の概要を把握することができる。また中国の権利侵害基準を論ずるに際しては、日本法との比較が留意されている。日本で外国法研究を行う場合には、日本法との比較という視点が当然求められるわけで、本章は一応この比較法的要請に答えているといえることができる。もっとも、より正確かつ詳細に検討してほしい部分も残されている。たとえば、民法通則117条の翻訳や理解の仕方には若干疑問がある。とくに筆者は、知的財産の主観的要件につき、117条の適用により過失要件が除去されたかのように理解している。しかし、この規定は、故意・過失を要件とした不法行為の規定であり、そのような理解が妥当であるかどうか疑問が残るところであり、少なくとも説明が足りない。刑事上の構成要件を論じた部分についても類似の問題点を指摘できる。

「第3章「一国両制」における知的財産権訴訟の侵害認定」は、論述の対象として、中国法とは異なる特色を有する香港・マカオ・台湾各地域の特許法・商標法・著作権法を取り上げ、総論として、それらの法の沿革と特色、それらの法の下における外国人の地位について述べ、各論として、各地域におけるそれらの法の特色を比較紹介している。各地域の法の特色は、権利の保護対象、権利侵害の主観的要件、権利侵害となる行為、権利侵害者の責任などの項目に分類し、順次比較紹介されている。それらの項目は、第2章「中国における知的財産権侵害の認定基準」が検討対象とした項目と対応するように選択されている。もっとも、各地域の法の内容を詳細に検討すること自体は本章の目的でないため、判例理論等に踏み込んだ紹介は行われていない。

香港・マカオの知的財産権法は、植民地時代の本国法の特色をそのまま残しており、台湾の知的財産権法は、中国とは異なる経済体制下で形成されたものであるため、現状では、これら各地域の法と中国法との統一は困難な状況にあり、各地域がそれぞれ固有の知的財産権法を有している。そのため、各地域に投資のため進出して知的財産権を行使しようとする事業者にとっては、各地域における権利侵害の認定基準を知ることが不可欠である。各地域の法の特色を論述する本章は、そのような要請に応えるものであり、そこに本章の意義があることを筆者は強調している。また、中国・香港・マカオ・台湾は、いずれもWTOのTRIPs協定を承認しているため、同協定の枠内では、それらの地域の知的財産権法は統一されてきている。本論文の筆者は、中国語圏の各地域の知的財産権法がWTO原則の下に調和のとれたものに脱皮していく姿を紹介したところにも、本章の意義があるものとしており、本章の内容を特許権の侵害、商標権の侵害、著作権の侵害の3つに分け、それぞれの権利の侵害について、制定法の規定を素材として、香港、マカオ、台湾において妥当している「権利侵害の認定基準」を比較紹介している。

論述の内容に関する詳しい言及は控えるが、たとえば特許権侵害の認定基準としては、権利の保護期間、発明の特定、クレームの解釈、権利の制限、権利の消尽、直接侵害、間接侵害、権利侵害の推定、先使用権などの項目を取り上げ、それらの項目について各地域の法の特徴が紹介されている。商標権侵害の認定基準としては、商標保護の態様、原産地表示、未登録商標の保護、商標の類似、商品の類似、著名商標の保護、権利の消尽などの項目を取り上げ、著作権侵害の認定基準としては、著作物の定義、著作者人格権、直接侵害、間接侵害、海賊版の輸入問題、技術的保護手段の回避などの項目を取り上げて、同様の紹介が行われている。香港、マカオ、台湾における権利侵害の認定基準を比較対照して紹介するという本章の構想からは、彫りの深い法理論の展開を期待することはできない。しかし本論文が、「第2章 中国における知的財産権侵害の認定基準」の論述と合わせて、香港・マカオ・台湾の法を含めた中国法の全体像を描き出そうとしていることは評価に値する。個別の地域に限っての法の調査・研究は、それほど困難ではないかもしれないが、沿革も特色もまったく異質な中国各地域の知的財産権法を調査の上、その調査結果を比較対照して、中国法の現状を全体として把握することには、相当の作業量を要するものと思われる。本章の意義の1つとして本論文の筆者も強調するところであるが、中国市場に進出する外国企業にとって、本章の記述が持つ実用的価値は小さくないものと思われる。

本論文の筆者が力点を置いて紹介している問題の1つに、権利侵害からの救済問題がある。とくに損害賠償額の算定を容易にするための各地域の法の規定について、詳細な紹介がなされている。損害賠償額の算定の容易化は、わが国においても、近年大いに論じられ、立法化が進められた問題であるが、本論文の筆者も、そのことを念頭に置いて、本論文の該当部分を執筆したものと思われる。紹介されている内容には、幾つかの興味深い考え方が含まれており、わが国における今後の法解釈にも裨益するところがあると思われる。もっとも香港・マカオ・台湾の知的財産権法は、基本的な構造は共通しているとはいえ、それぞれ沿革が異なり、個性に富む。したがって、各地域の法の内容を比較対照して紹介しようとしても、それらの法の内容を相互に関連づけて有機的に論述することは難しく、叙述は平板なものとなりやすく、本論文も、その困難を免れていない嫌いがある。また、紹介されている法の内容が多様であるだけに、論述の形式面に、やや整理し切れていないところも残っている。

本章においては、制定法の規定内容を素材として、香港・マカオ・台湾という三地域における知的財産権法の内容が紹介されている。そのため、前述したように判例理論等に踏み込んだ紹介がなされていない。これは本論文の筆者が本章に与えた位置付けからの制約という一面があるとはいえ、いささか物足りないところである。本論文の筆者は、各地域に投資のため進出して知的財産権を行使しようとする事業者にとって、各地域における権利侵害の認定基準を知ることが不可欠であると主張するのであるから、素材としては、各地域の判例理論などを補充することが望ましい。そのことは、本論文の筆者にとって、十分な時間があれば、とくに困難なことではないように思われる。

「第4章「一国両制」における並行輸入」は、並行輸入の問題を「一国両制」との関係で考察している。侵害訴訟において抗弁として提出されることが多い並行輸入に関する本章では、これまで日本では研究されることが少なかった主として台湾・中国における並行輸入の問題が、とりわけ、商標と特許との関連を中心に詳しく検討されている。台湾・中国でも本格的な研究がほとんどみられない、この問題について文献や資料を意欲的に渉猟し、熱心に取り組んだ跡が認められ、これまで研究対象とされることがほとんどなかった香港・マカオについても簡略ながら触れられている。台湾・中国においてこの問題が生じる背景・要因やその位置付けを含めてかなり立ち入った考察がなされており、本論文は、これらの国や地域における並行輸入問題の学問的な整理や展開にも有益な役割を果たすことが期待できる。また、先にこの問題が生じ、一定の展開を示している台湾・香港・マカオから中国が何を学ぶべきかという視点がある程度取り入れられ、全体として中国で判例によって並行輸入を許容する方向に向う必要性・可能性が強調されている。さらに、今後これらの地域との関係が益々重要になることが予想されるわが国の立場からも、これまで余り存在が知られていなかった判例・学説の紹介やその分析を含む本論文には大きな意義がある。

もっとも本論文には、問題点も残されている。たとえば、商標との関係における並行輸入について、直接外国商標権者から輸入する場合等を含めているが、特許との関係では「第三者を介して」となっている。商標についての部分は、台湾・中国の判例等に出てくる事例に引きずられているものと思われるが、並行輸入をどのように定義するかは、並行輸入を特許侵害とならないとする理論的根拠ともかかわるところであり、より理論的に考察を深める必要がある。また、政策的考慮が必要である分野であることを踏まえたうえで、場合と条件に応じて、商標については商標機能論で、特許については国際消尽論によって並行輸入を許容すべきと考えているようであるが、現状の説明としてはともかく、将来的展望を含むより突き詰めた考察が必要である。国際消尽論でも、二重利得に重心を置いた理論構成をするか、国際取引の安全保護に重心を置いた理論構成をするかにより国際消尽の要件が異なる可能性があるのであるから、この点を明確に論じないで、中国で判例により並行輸入を認める方向へ行くべきことを強調しても説得力に欠けるのではあるまいか。さらに、著作権についての叙述がこの部分においては欠けている。

市場経済を取り入れた社会主義法としての中国法と資本主義のもとでそれぞれ法系を異にした国の法を継受して発展してきた他の三地域の法が、両者の対等互惠の立場での共存を実現しようとする「一国両制」政策の下で、今後どのように展開してゆくかを検討するためには、国際裁判管轄、他法域の判決の承認・執行、準拠法の決定原則を考察することが不可欠であるところ、「第5章「一国両制」における知的財産権侵害訴訟の国際裁判管轄権と準拠法」は、この課題に取り組むものである。しかし、この点の研究は、これまで殆ど本格的に行われたことがなく、研究が難しい領域といえよう。筆者は、この課題に対して、これまで余り取り上げられることが少なかったこれらの地域における立法、判例、文

献を丁寧に調査し、現在の法状況を明らかにしている。国際裁判管轄と国内の土地管轄は、概念や内容を異にするものであるが、これら四地域では、国際裁判管轄に関する立法がなく、土地管轄規定に国際裁判管轄決定の機能も認め、土地管轄があれば国際裁判管轄権を肯定する立場が採用されていること、英米法系を基本的に継承する香港だけではなく、台湾においてもフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理を採る判例が存在すること、他法域との関係で判決の相互承認のための協定が中国と香港・マカオの間でそれぞれ締結されていることのほか、台湾との関係では最高人民法院の規定で承認が認められ、中国の判決が台湾の裁判所で承認された事例が存することを紹介する。また、中国と台湾には付帯民事訴訟制度があり、刑事裁判とあわせて裁判し、同一の裁判官で、刑事裁判で調査した証拠も引用でき、費用の点でも優遇されており、原告がこれを利用することができれば有利であることを指摘する。さらに準拠法についても、いずれの国または地域とも加入する知的財産条約や TRIPs 協定が定める内国民待遇の原則等の共通原則を基礎として、基本的には保護国法の原則が共通していることを明らかにしながら、さらに、マカオでは著作者人格権などにつき属人法としての住所地法によることなどを指摘している。全体として本論文が、これまで明確でなかった課題を踏み込んで研究し、四地域の現状を明らかにしている点は高く評価することができる。

しかし、より踏み込んで考察すべき問題もなお残されている。とくに中国の国際裁判管轄権と土地管轄の関係は、中国でも議論がなされているように思われ、また、台湾でこの点をどのように解釈したうえでフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理が適用されているのかなどの疑問に対する考察も必要であろう。

以上、各章ごとに本論文の意義と問題点を述べてきたが、全体としてみれば、本論文は、従来あまり論じられることがなかった「一国両制」の観点から中国における知的財産権侵害訴訟を、中国文献を中心としながら、最新の文献を渉猟して、四地域における実質法的不みならず、抵触法的考察を含めて総合的に考察したものであり、この問題に関する基礎的な法状況や視点を提示するものとして高く評価することができる。もちろん、本論文には、判例に対する調査・研究の不足、論述の不十分さ等、各所において問題点をなお指摘することができるが、それらは決して本論文の総合的な価値を損なうものではなく、指摘した諸点については、筆者の今後のさらなる研究の発展に期待するものである。

III. 結論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、本論文の提出者が博士（法学）の学位を受けるに値するものと認める。

2007年10月30日

審査委員

主査	早稲田大学教授	須網 隆夫
	早稲田大学教授 法学博士（立命館大学）	木棚 照一
	早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学）	小口 彦太
	早稲田大学特任教授	渋谷 達紀