

工業所有権法と不正競争防止法の沿革からみる プロ・パテント論

Viewing Pro-Patent from the history of Industrial Property Law and Unfair Competition Prevention Act

川上 正隆*

要約

法形成過程には政治、社会、経済情勢など様々な時代的背景が影響を与える。それは知的財産法領域においても同様であり、日本における工業所有権法や不正競争防止法の沿革は歴史の沿革と共に歩んできた。そして近年言われるところの「プロ・パテント」とは知的財産権に係る政策論であり、プロ・パテントについて検討を行うのであれば、法単独ではなく、まさに政治・社会・経済との関係から論じる必要がある。

ところでプロ・パテントという言葉は概念的には理解されているが、その定義は必ずしも明確ではない。特許権などの工業所有権の強化を指すのであれば、明治時代における日本の産業政策はまさにプロ・パテントであるが、実際にはそのような指摘はない。そこで本論では、①国の意思としての「統治要素」、②国民の意思としての「集合要素」、③競争環境の整備という「競争要素」という3要素をプロ・パテントの成立要素として仮定し、知的財産法と歴史の沿革からの検討を行う。さらに、従前は工業所有権（特に特許権）を中心に論じられているプロ・パテントについて、競争環境を整備する競争法たる不正競争防止法の観点からの同様の検討を行い、両者の法形成過程を比較する。そしてその過程において、不正競争防止法（旧法）における工業所有権の適用除外規定あるいは現在論じられている権利侵害警告と信用既存行為における正当行為論から、産業政策（現在ではプロ・パテント）が不正競争防止法に与える影響からみたプロ・パテントの限界を論じ、もってポスト・プロ・パテントとしてのプロ・コントロールの提起を試みるものである。

【目次】

1. 問題提起と仮説
2. 明治時代の産業政策と工業所有権制度の強化
3. 不正競争防止法制定にみる政策の影響
4. 工業所有権法と競争法の関係
5. 正当行為論とプロ・パテント
6. ポスト・プロ・パテント

* ビジネス法務博士後期課程院生。

1. 問題提起と仮説

「プロ・パテント」という言葉の定義は必ずしも明確ではない。例えば「特許権等の効力を強化したり、保護を拡張したりすれば、それがプロ・パテントであるという考え方もある」¹⁾とするならば、明治時代に「欧米列強を範として、これに追いつくことをその目標にかかげ」²⁾殖産興業と富国強兵、つまり「近代産業の発達と、強力な軍隊の創設」³⁾という政策によって明治4年(1871年)「専売略規則」から始まり明治32年(1899年)特許法(旧法)に至る工業所有権制度の整備はプロ・パテントと言えるはずである。

知的財産を保護する目的は、産業の発達であり、それにより社会全体に資するという公益保護である。そしてその目的を実現するためには、①知的財産の保護制度(実体法上の制度設計)や運用制度(手続法上の制度設計)という、法に基づく国の統治要素が必要になる。そして、②国として社会全体に資するための産業発達を目的とするという意味、つまり国民の意思にかかわる集合要素が必要である。さらに、③産業の発達を継続的に促進するための競争環境の維持、つまり知的財産の創造者間での競争要素が必要であると考ええる。そして、この三つの要素を充足した場合に、法治国家の集合的意思に基づく政策展開が可能となる。そしてそれを具現化する政策が「プロ・パテント」なのである。

その理由であるが、例えばヴェネチアに始まった特許制度は、歴史とともに特許の重要性が増し、制度の変遷も歩んできたが、当初、知的財産権は為政者や特権階級が統治要素をもって、その権利を規律してきた。そのため統治要素については手続法に基づく行政行為として適正手続きが保障されるように制度設計されてきた。しかし知的財産権の保護は、権利(請求権)の強化とともに、それに見合う公益性(集合要素に基づく客観的公益)を判断するための運用制度の強化も必要である。それには行政が付与した権利をけん制するための機関として均衡裁量の適確性を保つ司法が必要である。為政者や特権階級が介入し、司法の独立が望めない社会では、正当な権利行使が望めない蓋然性が高いのである。

また、集合要素について国民の意思は、特権階級(階級社会の上層部や特定の企業結合の群れ)に偏重し、知の創成の担い手である発明者や著作者の意思は尊重されたものの、知の需要者としての消費者(国民)の意思は放置されてきた。知的財産権は一部の特権階級のためにのみ利用されたり⁴⁾、あるいは戦争などの反社会的に資するために利用されてきたが⁵⁾、産業の発達により得る恩恵の分配を決めるのは、集合要素を体化する国民の意

1) 中山信弘『特許法』19頁(弘文堂、2010)。

2) 中村隆英『明治大正期の経済』32頁(東京大学出版、1985)。

3) 中村・前掲注(2)32頁。

4) 例えば16世紀後半の英国では「当時における特許権は、発明だけではなく、さまざまな行為に対して女王の恩恵として、また王室財政の寄与のために与えられていた」(中山信弘『特許法』19頁(弘文堂、2010))のである。

5) 例えば「米国は国家の安全保障に係るような特許権は国が収用し、国の方針の下でその発明を利用

思である。

このような点からみてプロ・パテントに必要な要素は

- ①統治要素：立法による知的財産法を含めた法制度の整備および行政の適正手続き及び司法による権利のけん制、つまり成熟した三権分立の具現化。
- ②集合要素：国民全体に資するための産業の持続的発達目的の具現化
- ③競争要素：市場における正当な競争環境の具現化

ということになるであろう。

完全とは言わないまでも、この3つの要素が認められるのが1980年代アメリカのプロ・パテント⁶⁾である。

一方、明治～昭和（第二次世界大戦終了まで）の日本で行われた政策は、各要素ともに未成熟であり、プロ・パテントと称することはできないのである。

ところでプロ・パテントは、「パテント」という言葉を使用している点に限界があるのではない。パテントは特許という「人為的制度」、つまり統治要素を具現化した言葉に過ぎない。パテントという言葉が独り歩きをし、プロ・パテントが単なる制度強化であると捉える誤解も生じている。しかし、「プロ」を行う対象はパテントではなく産業発達という「自然発生的行為」なのである。そこで近年ではプロ・パテントに代わるものとして、技術革新により産業発達を促進する「イノベーション」という行為を対象とした「プロ・イノベーション」という言葉が登場した。

しかし、「パテント」という言葉を使用しないことは「アンチ・パテント」を意味することではない。「プロ」の対象となるのはパテントでもイノベーションでもなく、公益の保護である。であるならば、ポスト・プロ・パテントに求められるのは、目的実現のために必要な三要素を具備することである。そのために必要なことは、三要素がバランス－知的財産の競争環境を維持、それにより恩恵を受ける国民の意思の成熟化、そしてそれを行うための統治行為（政策）の衡量－が保たれること、つまり「プロ」の対象となる客体は、「衡量を保つこと」、すなわち「プロ・コントロール」という概念が求められるものと考えらる。

していくこととなった。その典型例が、原子力利用の兵器の発明であった」（石井・前掲注（4）106頁）のである。

6) 1980年代に国際競争力が低下した米国産業への対策のため、レーガン大統領は大統領競争力委員会（ヤング委員会）を設置した。1985年に提出された報告書（いわゆるヤングレポート）には知的財産権保護の国際的な問題にもふれており、すなわち「知的財産権の保護を強化しなければ米国産業の国際競争力は再生できないというのがヤングレポートであった。それは特許重視すなわちプロパテントへの政策変更を意味した。米国政府はこのヤングレポートの内容をそのまま忠実に実行」（石井正『知的財産の歴史と現代』262～263頁（発明協会、2005））したのである。

2. 明治時代の産業政策と工業所有権制度の強化

(1) 1868年、江戸時代が終焉し日本の近代化が確立する明治時代が始まった。もっとも明治初期の日本は「ヨーロッパ諸国から見れば、金属技術の発達していない低開発国」⁷⁾に過ぎなかった。一方、江戸幕府が締結した日米和親条約や日米修好通商条約やイギリス、フランスなどのヨーロッパ各国との不平等条約⁸⁾について、明治政府は「関税自主権の確立（税権回復）と領事裁判制度の撤廃（法権回復）とを実現することが、欧米諸国との対等の地位にたつ」⁹⁾と考え条約改正の交渉にあたった。しかし、近代的諸制度が整備されていない日本に対して欧米諸外国は容易に改正には応じなかったのである。当時の日本は、近代化という点では欧米諸外国とは遥かな差があり対等な立場での交渉は行えなかったのである。そのため明治政府は「日本と欧米諸国との国力の大きな違いは経済力の差に原因があると考え」¹⁰⁾、て「欧米列強を範として、これに追いつくことをその目標にかけ」¹¹⁾殖産興業と富国強兵、つまり「近代産業の発達と、強力な軍隊の創設」¹²⁾という政策による近代化を行ったのである。

この政策の下で、法制度で特徴的なこととしては、世界的にみて「技術を中心とした産業をいかに発展させるか」¹³⁾、という点は、産業革命以後、国家に課せられた大きな任務である。工業所有権の目的は産業の発達にあり、特許法等の工業所有権法は産業政策の道具として用いられてきた」¹⁴⁾のであり、当時の日本においても明治政府は憲法や民法に比べ、「特許制度のように産業政策的なものについては、必要に迫られて、あるいは西洋化を押し進めるために、早期の立法をみた」¹⁵⁾のである。この立法政策については「知的財産法は、一方では自然権という哲学的思想に支えられて発展してきた側面を持つが、他方では、各国の産業政策や文化政策に役立てるという実用的側面を持つ」¹⁶⁾という説明の通り、法により産業発展の後押しを図るというものである。例えば特許に関する制度をみると、江戸時代は「技術の発展はあったものの、極めて緩慢であり、また享保6年の新規御

7) 富田徹男『市場競争から見た知的所有権』77頁（ダイヤモンド社、1993）。

8) 日米修好通商条約は「日本在住の外国人の治外法権（領事裁判権）と、関税自主権が日本にないことが致命的であった」（石井・前掲注（6）159頁）と指摘されている。

9) 五味文彦ほか『山川日本史』243頁（山川出版社、2009）。

10) 五味外・前掲注（9）225頁。

11) 中村・前掲注（2）32頁。

12) 中村・前掲注（2）32頁。

13) 「後進国ないし発展途上国の技術は、一般に先進国からの技術導入に始まり、そして国内での技術普及を経て、次第に独自の技術開発へ進み、さらに発展途上国への技術移転が実現される、というパターンを示す」（関権『近代日本のイノベーション』29頁（風行社、2003））ということは明治以降に日本をみれば明らかである。

14) 中山信弘「無体財産権」芦部信喜ほか編『岩波講座・基本法学3－財産』290頁（岩波書店、1983）。

15) 中山信弘『工業所有権法上第2版増補版』43頁（弘文堂、2001年）。

16) 木棚照一「知的財産法の統一に関する沿革的考察」小野昌延先生古希記念『知的財産法の系譜』4頁（青林書院、2002）。

法度のように、法により技術の発展が禁じられていたこともあった¹⁷⁾ ように、技術の発展を促すような特許制度は存在しなかった。¹⁸⁾ 類似するものとして「ヨーロッパと同様、独占を与えその反射効として利益を得るということは存在した¹⁹⁾ が、現在の特許制度とは異なる」²⁰⁾ ものであり、国として技術や発明を保護するものではなかった。しかし、慶応3年（1867年）には福沢諭吉が「海外事情外巻編」で西洋の特許制度を紹介しており、その後、明治時代となり「幾多の先覚者及び当時の新聞が競ってこの珍しい特許制度を解説し、速やかにこれを施行すべしと主張した」²¹⁾ のである。そのような中、殖産興業を国策とした明治政府は、発明の保護のため明治4年（1871年）「専売略規則」²²⁾ を早々に制定した²³⁾。しかし制度の導入には時期尚早であり、同規則は翌年には施行が停止された。その理由としては、保護に値するようないさしたる発明がないうえ、「これについては「此の規則は未だ当時の我が民情にも適せず、当局者も未だ法規の運用に熟せざりし為か」²⁴⁾ という体制・運用的な問題²⁵⁾ と、さらには「当時の明治政府においては、発明に対して、特許のような独占実施権を与える方針がよいのか、あるいは褒賞を与えれば充分ではないかという」²⁶⁾ という制度導入に関する本質的問題を、国が解決しないまま抱えていたからである。一方、その後の日本は「1880年第後半以降、日本の経済成長が急に活発化したことはよく知られていて、日本経済史の上でこの時期は「企業勃興期」と呼ばれ²⁷⁾ るほどの成長時期を迎えるのである。このような近代産業の発達には技術の発達も伴ったが、同時に「優秀な発明者が模倣者の続出により甚だしい損害を蒙る例が多くなり、特許制度の必要が切実となった」²⁸⁾ のである。また、明治13年（1883年）の、「工業所有権の保護に

17) 中山・前掲注（14）284頁。

18) 江戸時代はむしろ、商品生産が機械による大量生産ではなく職人による手造りであったため、幕府は「職人が発明・創作に労力を費やせば自ずと有来物の生産性が低下し、供給量が減少するから有来物の価格上昇につながる」（小林聡「江戸時代における発明・創作と権利保護」パテン61巻5号48頁以下（2008））を警戒して、物価抑制という経済政策のために新規の発明を禁じていた。

19) これについては例えば「新規発明は新規御法度で新規・有用性が審査され新規株お願いで「公儀御為」と「諸人御救」に適うものに限り、新規工夫物株（仲間）が公許され、保護される」（田村敏朗「日本特許制度概史(1)」特許研究23巻46頁以下（1997））制度がある。

20) 中山・前掲注（15）43頁。

21) 吉藤幸朔ほか『特許法概説第13版』24頁（有斐閣、1998）。

22) 全19条で構成されており、その内容は「一番早く出願した者に特許を付与する先願制度や、出願された発明については、新規性や利便性の観点から審査をしたうえで特許を付与する審査制度を採用するなど、現在の特許制度に通じる設計制度となっていた」（櫻井孝『明治の特許維新』6頁（発明協会、2011年））ものである。

23) 大日本帝国憲法は明治22年（1889年）公布、民法は明治29年（1896年）公布であり、それらの法制度の整備の前に特許制度の整備が試みられたのである。

24) 永田菊四郎『工業所有権論』64頁（富山房、1950）。

25) 特に、「審査するにも人が少なく、外国人を雇うにも財政的に困難であった」（中山・前掲注（15）43頁）という窮状だったようである。

26) 石井・前掲注（6）155頁。

27) 中村・前掲注（2）53頁。

28) 豊崎光衛『工業所有権法〔新版・増補〕』30頁（有斐閣、1980年）。

関するパリ条約（「パリ条約」）の成立も日本に対する刺激となった。²⁹⁾ そのような背景のもとで明治18年（1885年）制定³⁰⁾された専売特許条例は、日本における近代的な特許制度の始まりとされている。同条例は明治21年（1888年）に特許条例として改正された。さらには「不平等条約の改正のために諸外国と締結されていた通商航海条約の中で国際公約³¹⁾となっていた工業所有権保護に関するパリ条約への加盟のため」³²⁾、明治32年（1899年）に大改正が行われて特許法となり、同年パリ条約に加盟するに至り、工業所有権の保護制度はようやく欧米と並んで論じられるようになったのである。

このように、明治政府は工業所有権制度の整備に努めた。それは、産業発展のためでもあるが、同時に不平等条約改正という大きな目的のためであった。これは工業所有権の保護を条約改正の交渉に利用するということであり、外国人に対する特許付与について「治外法権の外国人には、日本の法律が適用されないから、当然、特許権は与えられない。もし特許権を必要とするならば治外法権自体を見直す、すなわち不平等条約を改正すべきである」³³⁾というものであった。不平等条約の改正に際して工業所有権の取り扱いは「外国人に工業所有権の取得を認めたのは、1896年（明治29年）の日独間の条約改正において、その交換条件として、これらの権利の享有を認めたのが最初である」³⁴⁾し、その後も「米国との通商航海条約³⁵⁾には、工業所有権あるいは版權（著作権）の保護が規定³⁶⁾され」³⁷⁾ているように、明治政府の行った政策は不平等条約改正により実を結んだのである。

その後、日清戦争（明治27年（1894）年～明治28年（1895）年）、日露戦争（明治37年（1904年）～明治38年（1905年））の勝利により日本の立場が欧米諸国と肩を並べるようになり、国際的には「日本は欧米各国との間での不平等条約を廃棄して近代国家としての外交関係を結び、特に日清・日露戦争の後、日英同盟³⁸⁾を中心に外交関係を強化」³⁹⁾していくとともに、国内的には殖産興業と富国強兵という国策を継続したのである。

29) パリ条約は「1883（明治16）年3月20日にパリにおいて調印された、特許などの保護に関する初の国際条約で、これに最初に署名したのは11カ国である」（櫻井・前掲注（22）9頁）が、日本は含まれていない。

30) 公布の日である4月18日は、産業財産権制度の普及・啓蒙を図ることを目的として「発明の日」となっている。

31) 例えば明治27年（1894年）に調印した日英通商航海条約の付属議定書では「第三 日本国政府ハ日本国ニ於ケル大不利顛国領事裁判権ノ廃止ニ先タチ工業ノ所有権及版權ノ保護ニ関スル列国同盟条約ニ加入スヘキコトヲ約ス」としている。

32) 中山・前掲注（15）44頁。

33) 石井・前掲注（6）159頁。

34) 富田徹男「不正競争防止法制定略史」小野昌延先生古希記念『知的財産法の系譜』665頁（青林書院、2002）。

35) 日米修好通商条約にかわり、明治27年（1894年）調印。

36) 日米通商航海条約第16条「両締盟国ノ一方ノ臣民或ハ人民ハ他ノ一方ノ領土内ニ於テ法律ニ定ムル所ノ手續ヲ履行スルトキハ専売特許、商標及意匠ニ関シ内国臣民或ハ人民ト同一ノ保護ヲ受クヘシ」

37) 石井・前掲注（6）159頁。

38) 明治35年（1902年）調印。

39) 富田・前掲注（7）35頁。

(2) 以上のように明治時代、工業所有権制度は政策と深い結び付きを持ちながらの変遷を辿った。国による産業発展のための工業所有権制度の制定と強化政策である。

明治時代の政策は、工業所有権の法制度化と整備を行ったという点で、〔①統治要素〕をみることが出来る。しかし、〔②集合要素〕という点では国民が、近代化の意思という点で未成熟である。⁴⁰⁾ そのため、プロ・パテントと称することはできないが、政策の方向性の概念的としてはプロ・パテント志向(「プレ・プロ・パテント」)である。ただし〔①統治要素〕が知的財産ではなく知的財産「権」の制度設計を図ったものであったために、〔③競争要素〕の充足が行われず、かえって好ましくない影響を与えたのである。それは不正競争を排除し、公平な競争要素を構成するために必要な不正競争防止法制定の沿革にみることができるのである。

3. 不正競争防止法制定にみる政策の影響

(1) 海外との交流には閉鎖的であった江戸時代が終焉し、欧米諸国を範とした近代化のために産業育成を目指した明治時代、そのための工業所有権の保護制度については前記のような沿革を辿った。一方、産業が発展すれば、先行者の模倣や著名表示の不正使用などの不正競争もまた発生・拡大する。ところが不正競争を取り締まるための「不正競争防止法の制定は、経済的には必要だとされながら、民法の構造が不備だったために遅れ、日本の戦前の産業政策に大きな汚点を残した」⁴¹⁾との指摘もあるほど、工業所有権の制度化の速さに比べて違いがある。これは工業所有権制度の整備のみを優先した殖産産業政策の影響である。市場で正当な競争が行われるための環境整備が法制度化されるのには、時代の流れを待たなければならないのである。

(2) 江戸時代はそもそも「商業の自由というのはこの時代にはなかった」⁴²⁾と言われるように、商業活動の規制が厳しかった。それは、法ではなく、商業を営む者の間で組織された「株仲間」による自主規制の色彩が強く、不正競争もこれにより規制されていた。

ところが、それは明治時代になると一変した。殖産興業の一環として商業活動の自由化を図るため、明治政府は明治3年(1870年)には通商司心得で株仲間の解体を図り、業者仲間による不正競争の規制もなくなったのである。そして、商業の自由化以外にも身分

40) 後述する競争要素との関係でみると、「不正競争防止法の社会的意義を実効あらしめるべき、不正競争に対する国民の意識は決して高いものではなかった。というよりも、国民に(さらには法律実務家においてすら)不正競争防止法の存在自体が意識されていなかった。それは、経済の拡大のみを目的としてきた風土に起因するのかもしれない。」(小野昌延ほか『新・不正競争防止法概説』37頁(青林書院、2011))との指摘がある。

41) 富田・前掲注(34) 660頁。

42) 富田・前掲注(34) 662頁。

制度や交通、輸出などの「各種の自由化が明治元年から同五年にかけて行われた。これらの一連の自由化は、他面経済秩序の大混乱をも生じさせ、各地で家内工業者の増加及び過当競争の弊害を生じ、粗製品の乱造、乱売等の不正競争が続発する」⁴³⁾ という弊害をもたらした。不正競争行為をそのままにしておくことは「他人の努力した成果を一方的に横取りするような不正な行為を見逃すばかりか、社会全体の競争秩序が阻害され、その結果、営業の自由のもたらす成果を十分享受することができなく」⁴⁴⁾ なる。しかしながら当時の明治政府や産業界⁴⁵⁾ は、「後進國ノ工業ハ其正當ノ利ヲ保護スルガ為メ此手段ニ出ズルノ已ムヲ得ザル場合多シ」⁴⁶⁾ のように、産業の発達のためには不正競争は止むを得ないという産業優先の考えのもと、「先進資本主義国より非難されても、不正競争をみずから規制しようとする態度には積極的には出なかった」⁴⁷⁾ のである。例えば、「1884年（明治17年）の商標条例なども、商標権中心の考え方にすぎず、「不正競争」の文字がわが国の成文法に現れたのは1899年（明治32年）の商法20条・22条⁴⁸⁾ に用いられたのがその始めであろう」⁴⁹⁾ というように、不正競争を禁ずる法の制定は行わなかった。

もっとも、「不正競争といわれるものは、商業道徳に反するような不公正な手段によって行われる」⁵⁰⁾ ものであるから、明治政府は「商工業におけるモラルの向上が急務であるとして、明治17年に同業組合準則を制定し、同業者の業界団体をつくって、それにより品質を向上させようとし、同時に商標条例を制定、翌年に専売特許条例、更に明治21年に意匠条例を制定」⁵¹⁾ を行った。そして、商業道徳意識の向上により業者間での不正競争の牽制を図るとともに、この時期は工業所有権制度の整備も行われ、明治20年代には産業秩序は回復に向かっていた。

そのころ、日清戦争後、殖産興業と富国強兵を継続する日本にとっては、日本独自の技術による日本製品の輸出も重要な施策であった。ところが「粗悪品が輸出されて輸出が停滞し、外貨獲得に支障が生じることは、どうしても回避しなければならない緊急課題であった」⁵²⁾ ため、明治30年（1897年）明治政府は同業組合準則を重要輸出品同業組合法とし輸出商品の品質の維持を図り、さらに明治33年（1900年）には重要物産同業組合法として、制度の確立を行った。これもまた、法による不正競争の行為規制ではなく、業者間

43) 特許庁『工業所有権制度百年史上巻』445頁（発明協会、1984）。

44) 山本庸幸『要説不正競争防止法第4版』1頁（発明協会、2006）。

45) 国民である産業界がこのように考えていたことは〔②集合要素〕の未成熟を示している。

46) 戸田海市「不正競争ヲ論ズ」国民経済雑誌8巻5号（1910）35頁以下。

47) 小野昌延『注解不正競争防止法』15頁（有信堂、1961）。

48) 商法20条2項「同市町村内ニ於テ同一ノ営業ノ為ニ他人ノ登記シタル商号ヲ使用スル者ハ不正ノ競争ノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノト推定ス。」

商法22条「不正ノ競争ノ目的ヲ以テ第二十条第一項ノ商号ヲ使用シタル者ハ二十万円以下ノ過料ニ処ス前条第一項ノ規定ニ違反シタル者亦同ジ。」

49) 小野昌延『注解不正競争防止法』21頁（青林書院、1990）。

50) 豊崎・前掲注（28）459頁。

51) 富田・前掲注（34）662頁。

52) 富田・前掲注（34）663頁。

における不正競争の牽制という施策である。

工業所有権の保護に関するパリ条約について明治32年（1899年）に加盟したことは前述のとおりである。しかし不正競争に関する「虚偽の又は誤認を生じさせる原産地表示の防止に関するマドリッド協定」（明治24年（1891年）成立）に対しては、フランスやイギリスからの協定への加入要請があったものの「列国共通の条約には加入の約束はしたが、マドリッド協定のごとき数国間の協定にすぎないものには加入の約束をしたことはない」⁵³⁾ うえに、「日本政府はその実益なし」⁵⁴⁾ として加入をしていない。これをして「当時のわが国政府の不正競争に対する基本的態度をうかがい知ることができる」⁵⁵⁾ のである。

ところが、明治35年（1902年）に調印した日英同盟に便乗し、「日本各地でイギリスの製品や企業名を真似る流行を作り出した。英国政府は日露戦争終了後の明治41年以降以降、このような傾向についての取締りと禁止立法を要求」⁵⁶⁾ してきたのである。さらに、「わが国において不正競争取締立法が始めて問題となったのは、明治42年（1909年）ドイツにおいて改正不正競争法が制定され、これに刺激された」⁵⁷⁾ ように、国内からの要請ではなく外国からの外部的要因によって明治政府は不正競争防止法の制定を検討することとなった。⁵⁸⁾

そして明治44年（1911）年、農商務省にて不正競争法案が作成された。しかしそれは、「後進資本主義たるわが国の当時の客観的状況」⁵⁹⁾ ならびに当該法案が不備であり、かつドイツ法の模倣⁶⁰⁾ であるから、わが国の実情に適合しないという批判⁶¹⁾ があり、さらには「民法における不法行為の解釈に関して、まだ権利侵害論を脱却していなかった」⁶²⁾ などの理由から制定されなかった。⁶³⁾

53) 小野・前掲注（47）14頁。

54) 山本・前掲注（44）2頁。

55) 小野・前掲注（47）14頁。

56) 富田・前掲注（34）663頁。

57) 小野・前掲注（47）14頁。

58) 不正競争行為の規制には不法行為主義と行為規準違反主義の2つの方法があるが、不法行為主義とは「不正競争を不法行為、すなわち競争者に対する加害を要素とする行為と見るものである」（渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ第2版』2頁（有斐閣、2008））であり、行為規準違反主義とは「競争者に対する加害ということを要素とせず、市場において妥当すべき何らかの規準に照らして、なすべきではないと考えられる行為をもって不正競争と見るもの」（渋谷・前掲注（58）知財講義2頁）であり、前者はイギリス、フランスの対応であり、後者は日本、ドイツ、アメリカの考え方である。

59) これについて例えば「必ずしも当時我国の取引界が果たして不正競争の弊害を痛感して居つたことに基くや否かは寧ろ疑問であった。固より当時於ても個々の不正競争行為が全然無かつた譯ではないが、未だ特殊立法の対象として之を観念する程度には至って居なかつたのではないかと思はるゝ」（有馬忠三郎「不正競争防止法に就て」法時6巻7号24頁以下（1934））との指摘があり、商工業者の間ではまだ不正競争防止の意識が高くなかつたのである。

60) 農商務省がモデルとしたのは1909年改正ドイツ不正競争防止法ではなく、1896年の最初の不正競争防止法である。

61) 小野・前掲注（47）15頁。

62) 特許庁・前掲注（43）447頁。

63) 民法709条（不法行為）は「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」と規定されていたが、大正3年（1914）年「桃中雲右衛門事件」（大判

その後、大正3年（1914）年には不正競争取締法案が作成されたものの、同年、第一次世界大戦への参戦により法制化は中断した。そして大戦後、「東洋市場から欧州商品が後退した後に日本商品が進出したことにより、輸出の飛躍的増大を通じて我が国経済は未曾有の発展を遂げ、この頃から我が国の商品は軽工業品を中心として徐々に世界的市場に進出するようになってきた」⁶⁴⁾ のであるが、それは同時に「不正競争の問題はわが国にとって単なる国内的な問題をこえ、国際的な問題としての性格を強くもつ」⁶⁵⁾ ようにもなった。例えば、大正8年（1919年）にパリで行われた対独講和条約予備会議におけるマドリッド協定の取り扱いの問題、あるいは「大正13年頃英国商工業者は我国商標法の不備を指摘し、商標及原産地詐称等に関する不正競争を公然非難」⁶⁶⁾ するなどのような諸問題があった⁶⁷⁾。そして不正競争に関する国際的な議論は国際連盟を通じ、「パリ条約のヘーグ改正会議が開催され、条約10条ノ2において同盟国の国民を不正競争から有効に保護すべき義務を強化するとともに、不正競争の定義を設け」⁶⁸⁾ たため、この改正に応じて日本も不正競争防止法案を大正15年（1926年）に作成したが、この時も立法化には至らなかった。

一方この時期、不法行為の判例に変更がみられた。すなわち、大正14年（1925年）「大学湯事件」⁶⁹⁾ にて判例変更が行われ、学説⁷⁰⁾ においても権利侵害という要件を違法性に置き換えるというように広く解釈するようになったのである。

昭和となり、昭和2年（1927年）、昭和3年（1928年）、昭和5年（1930年）に法案作業は行われたが、いずれも議会の解散のため制定には至らなかった。

一方、昭和9年（1934年）にロンドンで開催されるロンドン会議（パリ条約改正会議）に参加するため、ヘーグ改正条約の批准と不正競争防止に関する規制法の制定が国際公約として申しあわれていた。⁷¹⁾

このような状況下、商工省が不正競争防止法案を作成し、昭和9年（1934年）第65回

大正3年7月4日刑録20輯1360頁）で文言通りに権利侵害を厳しく解釈しており、「709条は権利侵害を要件としているので、諸外国で不正競争と認められるような行為も特定の権利を侵害しない限り不法行為とならぬ」（豊崎・前掲注（28）460頁）と解されていた。

64) 山本・前掲注（44）3頁。

65) 小野・前掲注（47）15頁。

66) 有馬・前掲注（59）24頁。

67) もっとも、明治時代とは異なりこの頃の日本とイギリスの関係は必ずしも良好ではなく、「日本における不正競争に手を焼いたイギリスは、第1次世界大戦後に国際連盟ができたことを受けて日英同盟を撤廃し、その後第2次世界大戦に向けて徐々に敵国に廻るように」（富田・前掲注（34）663頁）なっていたのである。

68) 山本・前掲注（44）3頁。

69) 大判大正14年11月28日民集4巻670頁（大学湯事件）。

70) 末川博は『権利侵害論』（弘文堂書房、1930）で709条の権利侵害とは違法性の一態様であり、権利侵害を違法性と読み替えると示した。

71) 諸外国では「我が国が不正競争防止に関する大正14年ヘーグにおいて成立せる工業所有権保護同盟改正条約に加盟せざることを理由として、わが商品に対して不当なる壓迫を加へんとする」（橋本文雄「社会法の見地より観たる不正競争法」法時6巻7号23頁以下（1934））という動きがあった。

帝国議会に提出され、昭和9年3月27日に法律第14号として公布されたのである。

(3) このように、殖産産業という国内的要因により積極的に工業所有権制度が整備されたのとは異なり、不正競争防止法は国際的な関係から消極的に制定されたに過ぎない側面がある⁷²⁾。それはまさに「国際条約上の義務履行のための申譯的立法」⁷³⁾であり、全6条という短い内容から「同法の内容は極めて貧弱」⁷⁴⁾なものでもあった。⁷⁵⁾つまり〔③環境要素〕を支えるための法の制度化について、〔①法治要素〕が不十分であったと言える。

そして殖産産業による政策は、不正競争防止法の運用をも不十分なものにするという影響を与えたのである。

4. 工業所有権と競争法の関係

(1) 昭和9年制定の不正競争防止法では、第6条で工業所有権の権利行使行為の場合の適用除外が規定されていた⁷⁶⁾。すなわち、法で規定した不正競争行為のうち、信用毀損行為を除く商品主体混同行為および原産地虚偽表示行為につき、工業所有権の権利行使の結果「それが周知表示者にとって商品主体あるいは営業主体の混同行為を惹き起すおそれのあるような場合であっても、権利行使行為は原則として不正競争行為とならない」⁷⁷⁾旨の規定である⁷⁸⁾。この規定は「特許法、実用新案法、意匠法、商標法上の権利を持っているものは、それらの権利の内容に属する行為を行うことは適法なのであるから」⁷⁹⁾正当な権利行使の意味では当然の規定のようでもあるが、本条の趣旨は、そもそも工業所有権は「正当な権利といえないものであっても、特許庁が一応正当な権利と認めて与えたものであるから、それらの権利の行使を直ちに本法によって取り締まるのは穩当を欠く」⁸⁰⁾とのように、正当な権利行使ではない場合も射程にしている。⁸¹⁾しかし、商品等表示に

72) もちろん産業育成や保護の観点から、「不正競争禁遏立法ノ基礎觀念ハ誠実公正ナル産業ノ維持増進ノ為メ正当ナル営業者ヲ保護セントスルニ在リ」(有馬忠三郎『不正競争論』506頁(弘文堂書房、1922、但し1968年復刻版を使用))あるいは「斯くの如き重大なる一国の産業並に惇風美俗の維持に必要な法案」(飯塚半衛「不正競争防止法案に就て」法律新聞2648号3頁(1927))のように産業育成・保護から法の必要性を求める意見もあった。

73) 有馬・前掲注(59)24頁。

74) 小野・前掲注(47)18頁。

75) しかしそのような批判はあったものの、「同法は、わが国初不正競争立法であって、その点において画期的なものであった」(小野・前掲注(40)29頁)という指摘もある。

76) 「第一條第一項第一号第二号及第四條第一項乃至第三項ノ規定ハ、特許法、実用新案法、意匠法又ハ商標法ニ依リ権利ノ行使ト認メラルル行為ニハ之ヲ適用セズ。」

77) 小野・前掲注(47)245頁。

78) なお本規定については、平成5年の改正による現行法では削除されている。

79) 豊崎・前掲注(28)472頁。

80) 豊崎光衛ほか『不正競争防止法』361頁(第一法規、1982)。

81) 「是ハ不正競争防止法トソレカラ商標法、意匠法等ノ規定トノ牽聯シタ關係ヲ規定シタノデゴザイマ

あたる商標権や意匠権の適用除外は考えられるが、何故に特許権・実用新案権も含めて工業所有権を適用除外としたのかは帝国議会の説明では明確ではない。⁸²⁾ すなわち、6条の対象である1条1号は他人の氏名、商号、商標、商品の容器包装その他に関する表示、3号は原産地の表示に関するものである。商標という点で商標権との抵触が容易に考えられる。また、商品の容器という立体的形状の点で意匠権との抵触も同様である。しかし技術的思想を保護する特許権や実用新案権については、当該商品の容器という物や包装方法が特殊な（高度の）技術を有しており、かつ表示自体がその技術の実施となっている場合に双方の抵触があり得る可能性があるものの、現実的には稀有な事案であろう。

本規定はさらに、「諸外国においては、不正競争防止法の法理は工業所有権各法に優先するというのが定説」⁸³⁾ という諸外国の考えとも異なるうえ、旧法に影響を与えたドイツ法にもない規定⁸⁴⁾ である⁸⁵⁾。そのため、本条について「当然のことをいったようであるが、事実上本法の不正競争防止法の目的を妨げること著しい結果を招来している」⁸⁶⁾ あるいは「本条には、不正競争の防止に関するパリ条約の義務（同条約10の2）に違反する疑いさえないわけではなかろう」⁸⁷⁾ といった批判的指摘すらある。⁸⁸⁾

では立法者はどのような趣旨で本条を設けたのであろうか。旧法制定の経緯を現存する資料により確認してみると時代による変化が確認できる。

明治44年の不正競争法案⁸⁹⁾ は昭和9年制定法とは異なり、全26条の内容であったがそこには適用除外規定はない。

大正3年法案の原文入手はできなかったものの、明治44年法案とほぼ同様の内容との

シテ、或ハ場合ニ依リマシテ、商標権デアリマスツカ或ハ意匠権ト云フヤウナモノガ、本来不正競争防止法ノ立前カラ申シマスナラバ、正当ナモノデナク、正当ナ商標権デナイ、或ハ意匠権デナイト云フモノガアリ得ルノデゴザイマス、併シナガラ既ニサウ云フヤウナモノハ特許局即チ国ニ依リマシテ、正当ナ権利ヲ一応認メテ与ヘラレテ居ルノデアリマスカラ、サウ云フ権利者ガ権利行使トシテ之ヲ使フ場合ニハ、直チニ此不正競争防止法ニ依ッテ之ヲ禁止スル、使用ヲ制限スルト云フヤウナコトハ、如何ナモノデアラウカ」（第65回帝国議会貴族院商標法中改正法律案特別委員会議事速記録第1号5頁・政府委員村瀬直義氏発言）。

82) 村瀬委員は第65回帝国議会衆議院でも本条について「是ハ主トシテ商標法意匠法ト云フヤウナ法律トノ関係ヲ規定シタモノデアリマシテ」と説明しており、特許法・実用新案法については触れていない。

83) 豊崎ほか・前掲注（80）361頁。

84) ドイツではむしろ「1909年の不正競争防止法（UWG）が制定されると、判例は、商標法は一般的不正競争法の一部をなすに過ぎず、一般的不正競争法は形式的法である商標法に対して高次の秩序を表すものである、という原則を発達させた」（満田重昭『不正競争法の研究』29頁（発明協会、1985））のである。

85) 例えば「本條は不正競争防止法上の権利は無形式なるに特許権、実用新案権、意匠権及商標権は登録なる形式的要件を具備せるものなるにより、之に一応優先的地位を認めたものである。然しながら不正競争防止法之精神即ち独逸法之立場から見れば正反對の規定が正当である」（飯塚半衛『無体財産法論』375～376頁（巖松堂書店、1940））との指摘がある。

86) 小野・前掲注（47）245頁。

87) 豊崎外・前掲注（80）361～362頁。

88) もちろん批判的な指摘だけではなく、「之等の法律によつて権利の行使と認めらるゝ行為は、原則として不正競争を構成しない」（勝本正晃「不正競争防止法の理論及び適用」法時6巻7号7頁以下（1934））と条文そのままに解釈する考え方もある。

89) 不正競争法判例研究会編「判例不正競争法第8巻」を参照。

ことである。⁹⁰⁾ところが、大正15年法案は明治44年法案とは大きく内容を異にするものとなり、全7条の法案では第7条⁹¹⁾に適用除外規定が設けられている。⁹²⁾

法律新聞第2635号(昭和2年)では「不正競争防止法」として全7条で、第7条に適用除外規定が紹介されている。昭和3年及び昭和4年の法案⁹³⁾は全6条で、適用除外規定は存在しない。そして昭和8年法案は全6条で第6条に工業所有権の適用除外が導入されており、そのまま旧法の制定となっている。

昭和3年、5年法案で(少なくとも現存資料では)適用除外規定がない理由は不明であるが、大正15年法案で工業所有権の適用除外規定が設けられ、結果的には昭和9年の旧法で制定されている。そしてこの規定の導入理由は不況からの復興および戦争に向けた産業発展という当時の日本の歴史的背景、すなわち富国強兵を目指す殖産産業によるものと考えられるのである。

(2) 当時の歴史の沿革を簡単にみると、明治法案の後、大正3年法案の時期は大正3年(1914年)から大正7年(1918年)に渡る第一次世界大戦が勃発し、日本も参戦し東アジアにおける勢力の拡大に努めた。そして大正12年(1923年)に関東大震災が発生している。その後、昭和初期は大正時代からの不況と昭和恐慌に見舞われ、昭和16年(1940年)第二次世界大戦を迎えるのである。

当時の日本を経済的にみると、「第一次大戦によって日本経済の規模は拡大した」⁹⁴⁾ものの、「戦後まもない1920(大正9)年、一転して深刻な不況にみまわれた(戦後恐慌)。ついで1923(大正12)年の関東大震災により、さらに大きな打撃をうけ」⁹⁵⁾ていた。さらに、アメリカに始まった世界恐慌⁹⁶⁾が日本にも影響を与え、昭和の恐慌となっている。それに対して政府は、昭和5年(1930年)に「臨時産業合理局という合理化を推進するための機関を当時の商工省、いまの通産省の中につくって、それで政策、あらゆる合理化のための努力を」⁹⁷⁾して、恐慌に対する産業政策を行った。

歴史的にみると、当時の日本は第一次世界大戦後の協調外交が中国問題を契機に行き詰

90) これについては「大正3年に「不正競争取締法案」なるものが作られた。残念なことに、この時の資料を入手された方がいるが、復刻を始めた当時に既に失われており、掲載することができない。ただその内容は、前章で収録したものとはほぼ同じらしい」(富田徹男『不正競争防止法制定史』50頁(学術選書、1998))とあり、前章では明治法案について説明している。

91) 第七条「第一条、第三條及ヒ第四条第一項乃至第三項ノ規定ハ特許法、実用新案法、意匠法又ハ商標法ニヨル權利ノ行使ト認メラルル場合ニハコレヲ適用セス。」

92) 不正競争法判例研究会編「判例不正競争法第8巻」を参照。

93) 外務省外交資料館資料E4.7.0.2「不正競争防止法関係一件」にて確認。

94) 中村・前掲注(2)116頁。

95) 五味ほか・前掲注(9)276頁。

96) 「1929(昭和4)年の10月にアメリカの恐慌がはじまった。それまでアメリカでは株式ブームが起り、みんなが株式に手を出すので、金融がどんどん逼迫して、とうとうカネが足りなくなり、ニューヨークの株式が暴落した。これが世界恐慌の発端です。」(中村隆英『昭和経済史』49頁(岩波書店、2007))。

97) 中村・前掲注(96)57頁。

まりを生じており、国際的に孤立化し、ひいては戦争へと突入する過渡期であった。すなわちこの時代は、大正3年（1914年）、第一次世界大戦が始まり、同年8月に日本も連合国の一員として戦争に参加し、大戦終了後は協調外交を展開したものの、満州の権益めぐり、昭和3年（1928年）張作霖爆殺事件、昭和6年（1931年）柳条湖事件による満州事変の始まり、昭和7年（1932年）満州国建国、五・一五事件、昭和8年（1933年）ドイツでヒトラー内閣成立、日本が国際連盟を脱退など、昭和11年（1936年）二・二六事件、昭和12年（1937年）盧溝橋事件、日独伊防共協定成立など、国際的協調路線を方向転換して孤立化へと進み、昭和16年（1941）第二次世界大戦へと突入する直前の時期であった。⁹⁸⁾

戦争という状況は、工業所有権制度にも影響を与える。既に「明治末から大正にかけての工業所有権制度は、日露戦争、第一次世界大戦を経る中で軍事的色彩を強め」⁹⁹⁾ していたのであるが、それを法律の制定でみると、例えば、大正6年（1917年）に工業所有権戦時法¹⁰⁰⁾、大正7年（1918年）に軍需工業動員法¹⁰¹⁾、大正10年（1921年）特許法（旧法）では秘密特許¹⁰²⁾の規定が制定されている。¹⁰³⁾

以後、「大正末から昭和にかけての日本は、軍国主義化して行き、「特許収用令」（昭和13年1月）、「国家総動員法」（昭和13年4月）、「特許発明等実施令」（昭和18年3月勅令）と特許権は、軍事優先政策によって極端に制限され」¹⁰⁴⁾ 工業所有権制度は戦争目的のために利用されることとなっていった。¹⁰⁵⁾

戦争の影響による工業所有権に関する法の動き以外、法はまた昭和恐慌に対応しても動いていた。この時期に重要な経済策法は昭和6年（1931年）に成立した「重要産業統制法（重要産業ノ統制ニ関スル法律）」であった。これは、恐慌に対して国家による経済介入を根拠づけた法であり、「当初、中小工業分他の統制を意図していたものが、やがて昭

98) 長引く不況が外交へも影響を与えており、当時の経済状況について「問題は、このような経済的困難が外国政策とどのように関係していたかである。日本ではようやく定着しかけていた政党政治が不安定となり、1930年代には軍部が台頭し、政治を支配するにいたった。」（五百旗頭真『日米関係史』111～112頁（有斐閣、2008））と指摘されている。

99) 特許庁工業所有権制度史研究会『特許制度の発生と変遷』184頁（大蔵省印刷局、1982）。

100) 戦時における敵国の工業所有権の取り扱いについて定めた法である。

101) 国内工業を軍需優先の目的に利用するという法で、第一次世界大戦には間に合わなかったものの、「第二次世界大戦において戦時法として機能した」（富田・前掲注（7）84頁）。

102) 明治32年特許法にも規定されていたが大正10年法によって詳細に規定された「軍事上必要な発明について特許権に制限を加えること、特にその発明の公表を禁止して秘密の状態にすることができる」（石井・前掲注（6）205頁）制度であり、軍事目的すなわち戦争の影響を強く受けた制度であることは明らかである。

103) 「戦時における工業所有権の問題には大きく分けて3種類ある。第一は敵国国民の財産であるところの工業所有権を、他の敵国財産（敵産）とともにどのように処理するかということであり、第二は戦時において軍事目的に供する製品につき、特許権その他の独占権を停止させなければならないということである。そして第三は同盟する諸国間で技術を秘密裡に供与するための秘密特許の問題である。」（特許庁・前掲注（43）410頁）。

104) 特許庁研究会・前掲（99）184頁。

105) この他にも「敵産管理法（昭和16年）」などがある。

和恐慌の深刻化するなかで、それに対処するものとして、大工業分野を含め産業全般を対象と」¹⁰⁶⁾ しており、「本法は日本資本主義が恐慌下の体制不安に対処し、現代資本主義体制へと移行してゆく過程で登場した新たな経済政策」¹⁰⁷⁾ として、重要な産業の公正な利益を保護するとともに、国民経済の健全な発達を目的とした法であった。

(3) このように、不況と戦争という状況下で国は、産業の保護・育成とその利活用に努めた。¹⁰⁸⁾ それは明治時代の殖産興業と富国強兵の政策に類似するものと言えよう。そしてこの時期、「商工省の外局として産業合理化に関する事務を司る」¹⁰⁹⁾ 商工省臨時産業合理局¹¹⁰⁾ が昭和5年(1930年)に設置された。同局は前述の重要産業統制法も制定しており、産業・経済分野を所管とした組織である。そして成立に向けて農商務省の所管で法案作成が行われていた不正競争防止法は、農商務省の分割に伴い商工省¹¹¹⁾ に移転し、昭和5年の設置と同時に商工省臨時産業合理局の所管となったのである。

不正競争防止法に工業所有権の適用除外規定が設けられた理由は明確ではないが、前述のような日本の歴史的背景から推察するに、産業優先思想に基づくものではないかと思われるのである。言わばプレ・プロ・パテントであり、明治時代と同様の政策である。恐慌からの脱出と戦争へ向けた産業発展の政策は工業所有権の保護のため「不正競争防止法は、1934(昭和9)年に成立したが、ザル法の典型と言われ」¹¹²⁾ るように、明治時代と同様に不正競争もまたやむ無しという考えが優先したのであろう。そのために不正競争防止法案に工業所有権の権利行使行為の適用除外規定が定められたと考えられる。

臨時産業合理局による不正競争防止法の取り扱いについて裏付ける資料はないが、「昭和3年以降の改正案は暫く大正年間の案を引き継ぐが、昭和5年に臨時産業合理局ができた後は、新たな展開を示した」¹¹³⁾ という説明が、少なくとも臨時産業合理局(による政策)が不正競争防止法に影響を与えたことを示している。¹¹⁴⁾

106) 平沢照雄「重要産業統制法の成立とその歴史的意義」筑波大学経済学論集21号1頁以下(1988)。

107) 平沢照雄「昭和恐慌期における重要産業統制法の分析視覚」筑波大学経済学論集22号1頁以下(1989)

108) 例えば第一次世界大戦後の日本は「国産振興を国の基本政策としてとり始めた」(富田・前掲注(7)186頁)との説明がある。

109) 千葉準一「昭和の恐慌と「商工省準則」の形成」経済志林77巻2号299頁以下(2009)。

110) 商工省は「その指導の下に産業合理化を図った。主要活動は、企業統制、経営管理改善、規格統一、国産愛用等」(久保田秀樹「経理近代化の原点としての商工省「財務諸表準則」」彦根論叢330号85頁以下(2001))として昭和恐慌による経済への対応を行った。

111) 商工省は、昭和の前半期に商工業の奨励・統制を担った国家機関であり、大正14年(1925年)に農商務省が商工省と農林省に分割して設置されたものである。

112) 中山・前掲注(14)296頁。

113) 富田・前掲注(90)79頁。

114) このように、時代背景により法が影響を受けることは決して不自然なことではなく、例えば「知的財産法は、一方では自然権という哲学的思想に支えられて発展してきた側面を持つが、他方では、各国の産業政策や文化政策に役立てるためという実用的側面を持つ。そのどちらの側面が強調されるかは、それぞれの時代や国によって異なってくる。」(木棚・前掲注(16)4頁)ように、産業文化に密接した知的財産法では容易に起り得ることであり、「わが国において比較的不正競争防止法制の整備が

以降、昭和9年成立後の日本は戦時体制下となっていき、不正競争防止法は、「如何にして物資を確保して戦線や銃後の生活を維持するかが最大の命題であったから、国産振興と統制・配給が経済法規の中心となり、競争秩序維持というような平時時の議論は吹っ飛んでしまった」¹¹⁵⁾ ように、戦争目的のもと産業振興というプレ・プロ・パテントが優先されていったのである。¹¹⁶⁾

5. 正当行為論とプロ・パテント

(1) 旧法第6条は、昭和13年改正、昭和25年改正でも適用除外として規定されている。昭和13年(1938年)は国家総動員法が成立し、翌年にはヨーロッパにて第二次世界大戦が始まるなど、まさに開戦前夜であり、プレ・プロ・パテントが継続されるのは当然であろう。昭和25年(1950年)は既に終戦後であるが、戦争によって荒廃した日本の復興のためには産業の発展が重要であった。なぜならば、「敗戦により生産設備の多くは破壊されたが、より深刻な問題は戦時中の間に形成された海外諸国なかでも米国とわが国との間の技術格差であった」¹¹⁷⁾ ため、産業復興のために工業所有権をいかに取り扱ったかは、例えば昭和22年(1947年)に成立した経済法「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(独占禁止法)」の第23条(旧21条)に「この法律の規定は著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法により権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」という同義の条文が規定されていることから、政策としてプレ・プロ・パテントによる調整が図られたことが推測されている。¹¹⁸⁾ この後、平成5年(1993年)改正(現行法)により、工業所有権の権利行使行為の適用除外規定は削除されたのである。¹¹⁹⁾

ところが近年、削除されたはずの適用除外規定を取り入れた考え方が生じているのではないと思われる判例が見受けられる。それは権利侵害警告と信用毀損行為における所謂「正当行為論」であり、現代言われているところの「プロ・パテント」の影響なのである。

遅れたのは、わが国が後進資本主義国であったことや、昭和の初め、営業競争がようやく盛んになろうとするや直ちに戦時体制に移行してしまったことなどによる。」(小野外・前掲注(40)31頁)との指摘もある。

115) 富田・前掲注(34)675頁。

116) この時代、「日本の工業は昭和2年(1927)から11年(1936)までの間に更に工業生産高が2倍になるという発展を示す」(特許庁・前掲注(43)116頁)というように、産業振興は一定の成果をもたらした。

117) 石井・前掲注(6)202頁。

118) 独占禁止法とプロ・パテントの関係については「菊池純一「1946年エドワーズ報告書とカйм氏試案における知財の法益」青山法学論集第51巻第1・2合併号(2009年)に詳しく論じられている。

119) 新法において削除された理由としては、旧法6条について「本規定については濫用事例が多く、また、比較法上もかかる規定は存在せず、さらに、一部の学者からパリ条約の不正競争の防止に関する義務(第10条の2)に違反する疑いが指摘されるなど、制度の国際的ハーモナイゼーションの観点からも削除の要請は大きい」(通商産業省知的財産制作室『逐条解説不正競争防止法』118頁(有斐閣、1994))というものである。

(2) まず、不正競争行為のうち、信用毀損行為については旧法では適用除外とはなっておらず、新法では適用除外規定そのものがない。そして権利侵害警告と信用毀損行為とは、特許権などの権利者が権利を侵害されあるいは侵害されるおそれがある場合に、侵害者等に対して権利侵害警告を行う場合に生ずる問題である。この警告は直接の侵害者に対してのみならず、当該侵害品を侵害者から購入して販売等している取引先（流通業者）に対しても可能である。ところが、当該警告後「実はその製品が非侵害であるとか、裁判所でそう判定されたりとか、特許権が無効になったりとか、事後的に実は権利がなかったというようなことが起こった場合」¹²⁰⁾に、他人の営業上の信用を害する行為として不正競争行為の信用毀損行為に該当するのかという問題である。

権利侵害が事実であり、権利が有効であれば不正競争行為には該当しない。しかし、権利侵害の事実がなかったり、あるいは事後的に当該特許権が無効であることが判明した場合には、既に行った権利侵害警告が、「虚偽の事実」を伝えたものとして、侵害者とされた者が自らの営業上の信用を失墜されたとして警告者を訴えることができるのである。権利者および侵害者と思われた者の間でのみ権利侵害警告が行われていれば営業上の信用毀損行為の問題は生じないが、侵害者と思われた者の取引先、つまり第三者に対して権利侵害警告を行ったため、侵害者と思われた者が取引先に対しての信用を喪失するからである。なぜならば警告を受けた取引先は、権利侵害者との取引により自らも権利侵害者となるおそれがあるため、侵害者と思われた者は、取引先からの信用を失墜し取引の中止や営業機会の喪失など、様々な損害を受けるのである。

特許権者は登録された特許権に基づいて権利侵害警告を行ったにもかかわらずこのような問題が生じるのか、それは、「知的財産権侵害警告の侵害の有無の判断は容易ではない。特許登録や商標登録が誤った登録であるとして、無効となる例は少なくないし、侵害訴訟において、第1審と第2審の裁判所の判断が異なっている例も少なくない」¹²¹⁾という理由による。権利侵害の有無を最終的に判断するのは裁判所であり、しかも複雑で高度な専門性が求められる場合が多い。また、権利付与に際しての特許庁の審査は完全なものではなく、そのために無効審判請求制度が設けられている。このような事情から、近時裁判例も増加しているが、その判例の流れには動きが認められる。それは「このような危険性を有する取引先に対する知的財産権侵害警告をめぐる紛争は、昭和40年代後半から急増し、現在に至っているが、当時と比較して現在の裁判所の取扱いには顕著な違いが認められる」¹²²⁾という動きである。

過去の主流としては、「警告後に非侵害が判明、もしくは権利が喪失、これは少なくとも工業所有権の登録無効については、例えば特許法125条にありますように権利が遡及的

120) 第二東京弁護士会知的財産権法研究会『不正競争防止法の新論点』361頁（商事法務、2006）。

121) 土肥一史「取引先に対する権利侵害警告と不正競争防止法」相澤秀孝ほか『知的財産法の理論と現代的課題』437頁（弘文堂、2005）。

122) 土肥・前掲注（121）437頁。

に喪失となるところ、客観的には権限を有さない者の警告となりますので、虚偽の事実の流布であるとする説、これが伝統的な説¹²³⁾として営業誹謗行為にあたるとされてきた。さらに「大阪地判昭和47年3月17日フィゴ履事件 大阪地判昭和49年9月10日チャコピー事件等多数の判決があり、判例は確立した」¹²⁴⁾とされている。そして、信用毀損行為という不正競争行為の成立については、「フィゴ履事件」では、取引先にした被告の権利侵害警告につき不正競争行為とし、「被告は少なくとも過失により前記記載の行為をしたものである」として損害賠償を認めているように、「実際には権利が侵害されていなかった場合には、警告によって与えた損害を賠償する責任を負うのが原則であり、賠償責任を負わないのは、告知・警告者に過失がない場合」¹²⁵⁾、つまり損害賠償の要件である過失の認定を問う、所謂「過失論」で判断がされていた。

ところが近年、「流通業者への侵害警告が、たとえ虚偽の事実の告知に該当するとしても、それが正当な背景でもって行われたのであれば直ちに不正競争行為であると断ぜず、違法性を阻却とする判決が出て」¹²⁶⁾きたのである。これが「正当行為論」である。

つまり、「構成要件の該当性については従来どおり吟味するが、構成要件を充足し外形上営業誹謗行為に該当する場合であっても、特許権者による警告等が取引先自身に対する特許権等の正当な権利行使の一環としてなされたものである場合は違法性が阻却される」¹²⁷⁾という考え方である。平成13年（2001年）「磁気信号記録用金属粉末事件」¹²⁸⁾では、行為の方法や内容、あるいはそれに至るまでの諸般の事情について総合して判断したうえで「権利行使の一環として正当行為と評価すべきものであって、単に市場において優位な立場に立つことを目的として第三者に対して虚偽の陳述を行った行為と同視することはできず」として、不正競争行為の成立を否定した。このように総合的考量のもと「正当な権利行使の一環」とであると評価できるような事情があれば（違法性が阻却されるとして、）不正競争行為に該当しない、と認定する」¹²⁹⁾判決は、以後の平成15年10月16日「サンゴ化石粉体事件」¹³⁰⁾などにもみられる。

権利侵害警告と信用毀損行為で問題となるのは損害賠償請求である。¹³¹⁾ 損害賠償請求

123) 第二東弁・前掲注(120) 363～364頁。

124) 外川英明「特許事件と営業誹謗行為」日本弁理士会中央知的財産研究所『不正競争防止法研究』40頁（レクシスネクシス・ジャパン、2007）。

125) 瀬川信久「知的財産権の侵害警告と正当な権利行使」田村善之『新世代知的財産法政策学の創成』164頁（有斐閣、2008）。

126) 川瀬幹夫「最近の判例の紹介」日本弁理士会中央知的財産研究所『不正競争防止法研究』9頁（レクシスネクシス・ジャパン、2007）。

127) 外川・前掲注(124) 39頁。

128) 東京地判平成13年9月20日判例時報1801号113頁。

129) 相良由里子「虚偽事実の告知・流布行為の認定」牧野利秋ほか『知的財産法の理論と実務』398頁（新日本法規、2007）。

130) 東京地判平成15年10月16日判例時報1874号23頁。

131) 差止請求の有無に係わらず、裁判により権利無効あるいは非侵害となれば再度警告を行う根拠を喪失するため、警告者は再度警告を行うことができないのである。

について、過失がないのであれば請求が棄却され、過失があれば請求が認められる。ここまでは従来の過失論である。ところが過失がある場合に、その違法性の有無のために正当行為論が用いられるのである。総合的に考量して正当行為として認められれば違法性阻却事由ありとして損害賠償の責めに帰さず、正当行為でないとすると損害賠償を負わなければならない。つまり「裁判例の権利行使論は、内容が従来の過失論と対立する強いものではなく、また射程も限定されている」¹³²⁾とおり、過失論と相反する考え方ではなく、判断ステップとして、「権利侵害の不成立を即営業誹謗行為の成立とする点までは従来どおりであるが、諸般の事情を総合的に勘案して一定の場合違法性を阻却するという状況に変化してきた」¹³³⁾ものである。言わば、過失性と正当行為性という二段階の判断基準で損害賠償が認定されるのである。¹³⁴⁾

このように、権利侵害警告という工業所有権の行使に対して正当行為性が認められる場合には違法性を阻却するということは、削除された旧法第6条の工業所有権の権利行使行為の適用除外規定と同様であると考えられる。

(3) なぜ正当行為論が登場したのか、もちろん、従来の過失論に対して「侵害警告につき、特許権者等が過剰に萎縮し、侵害警告そのものを躊躇する結果、正常な権利行使が控えられる傾向にあった」¹³⁵⁾という批判があり、「特許権者が侵害製品の譲渡人（競業者）や譲受人（競業者の取引先）の責任を問うのは正当な権利行使である」¹³⁶⁾との理由から正当行為論が登場したと学説的な理由付けをすることは可能である。しかし、不正競争防止法（旧法）でプレ・プロ・パテントの影響により第6条が規定されたのと同様に、現在のプロ・パテントが正当行為論を導いたと考えることができるのである。

権利侵害警告と信用毀損行為について初めて判断を行った事件は「フィゴ履事件」は昭和47年（1972）年である。当時の日本は「1960年代から70年代初めにかけて、日本経済は空前の繁栄をとげた。石油化学・自動車など重化学工業の多くの部門で、技術革新と設備投資が飛躍的にすすみ、1960年代末には、日本の国民総生産（GNP）は、自由主義諸国のなかでアメリカについて第2位」¹³⁷⁾となるような高度成長時代（特に1972年は列島改造ブーム¹³⁸⁾であった）であった。その後、オイルショックや円高による景気後退は

132) 瀬川・前掲注（125）154頁。

133) 外川・前掲注（124）48～49頁。

134) しかし、不正競争防止法の条文をそのまま読むならば、過失の要件をもって判断する過失論が妥当である。過失がある場合に違法性阻却事由を検討する正当行為論は、「文言にない要件を付加することに他なら」（知的財産裁判実務研究会『知的財産訴訟の実務』215頁（法曹会、2010））ないのである。

135) 川瀬・前掲注（126）9頁。

136) 瀬川・前掲注（125）147頁。

137) 五味外・前掲注（9）327頁。

138) 田中首相が発表した「日本列島改造論」で「太平洋岸にある工業地帯を、全国の各地域に分散して、地域ごとに人口20－30万の工業中心地帯をつくり、その間を高速道路と新幹線で結ぼうというアイデアであった。それまで日の当たらなかった地域に経済成長の光をあてる」（中村・前掲注（96）315頁）というもので、高度経済成長が前提となる考え方であった。

あったものの、それらを克服し、「1980年代をつうじて日本経済は安定成長をつづけ、とくに80年代後半から91（平成3）年初めまで大型の景気拡大が持続」¹³⁹⁾されたのである（いわゆる「バブル景気」である）。

このように産業が発展し経済が成長していた時代、「その間の知的財産権政策は、むしろ技術の普及を中心としたもので、どちらかといえば権利者保護に薄い制度」¹⁴⁰⁾であり、プロ・パテントとはまったく異なるものであった。

ところが、バブル景気が崩壊した結果、平成4年（1992年）ころからの日本は平成不況という構造的な不況に陥り、「それまでの第二次世界大戦後の日本経済が主要経済国のなかで例外的な高成長であったことと対比され、この10年が今度は「例外的な低成長」の国となったことに対する驚き」¹⁴¹⁾の時代、所謂「失われた10年」¹⁴²⁾を過ごすこととなった。

失われた10年による経済低成長は様々な影響を与え、その結果として日本の国際競争力の著しい低下を伴った。例えばスイスのIMD¹⁴³⁾が毎年発表する国際競争力¹⁴⁴⁾の順位¹⁴⁵⁾において日本は調査を開始した1889年から1992年までは1位であるが、平成不況とともに下降し、1997年は9位、2002年は30位と落ち込んだ。これに対しては当然に、「このような国際競争力の低下、経済の低迷という状況を受け、日本政府は、経済の活性化、国際競争力回復だけでなく、IT革命という、世界規模で生じている急激、かつ大幅な社会経済構造の転換にも、緊急に対処する必要に迫られた」¹⁴⁶⁾のである。

失われた10年に対する知的財産分野の動きをみると、平成8年（1996年）に特許庁による「21世紀の知的財産権を考える懇談会」にて今後の知的財産のあり方として行政に対して「特許重視（プロパテント）政策とそのための知的財産権インフラの整備」が求められ、さらに平成10年（1998年）の「工業所有権審議会企画小委員会報告書」では「プロパテント政策の一層の深化に向けて」との提言がなされた。同年は「大学等技術移転促進法（TLO法）」が、平成11年（1999年）に「産業再生法（日本版バイドール法）」が成立、

139) 五味外・前掲注（9）335頁。

140) 清川寛『プロパテントと競争政策』1頁（信山社、1999）

141) 井上定彦「日本経済「失われた10年」の現状認識と政策の論点をめぐって」北東アジア研究2号209頁以下（2001）。

142) 失われた10年とは概念的な意味だけではなく、数値的にみると「日本経済の平均成長率は、1995年頃から1970年頃の高度成長期は約10%、オイルショックの時期をはさんで1970年代半ばから1990年頃までは約4%であったが、1992年から2002年の間は、約1%である」（今枝法之「失われた10年」からの出発（前編）」松山法学論集16巻4号99頁以下（2004））と示されている。

143) 50年以上の歴史があるビジネススクールを伴った研究所である。<http://www.imd.org/index.cfm?nav1=true>

144) IMDは国際競争力について“Economic Performance（経済パフォーマンス）”、“Government Efficiency（政府の効率性）”、“Business Efficiency（事業の効率性）”、“Infrastructure（インフラ）”の4分野で総合的に分析している。http://www.imd.ch/research/centers/wcc/about_wcc.cfm

145) “the IMD World Competitiveness Yearbook”。

146) 井澤真理子「日本経済活性化への一考察」日本大学大学院総合社会情報研究科紀要4号148頁以下（2003）。

そして平成14年（2002年）の第154回国会で小泉首相による知財立国についての施政方針演説¹⁴⁷⁾を受け、知的財産戦略会議が設置され知的財産戦略大綱が策定され、さらには「知的財産基本法」が成立した。平成15年（2003年）には「知的財産戦略本部」が設置され、「知的財産推進計画」が公表されるようになった。平成17年（2005年）には東京高等裁判所内に知的財産訴訟を専門に扱う知的財産高等裁判所が設置された。

このように平成10年以降、不況や産業・技術力の低下からの脱出の施策には金融政策だけでなく、「天然資源の少ないわが国にとっては、知的財産を生み出すことによって付加価値を創出するしか、経済再生の道はない。そこで「知財立国」を標語として、知的財産が重要な政策課題として位置づけられる」¹⁴⁸⁾ プロ・パテント政策が積極的に取り入れられている。¹⁴⁹⁾

このような時代の動きと権利侵害警告と信用毀損行為についての判例の動きをみると、先に挙げた「フイゴ履事件」（昭和47年）以降、この問題について過失論を中心に議論されていた。そして、平成13年（2001年）「磁気信号記録用金属粉末事件」にて正当行為論が初出し、以後、過失論とともに判例で用いられている。

つまり、高度成長期（あるいはその後）においては工業所有権の権利行使について過失の有無で判断を行うという過失論が主流であったが、失われた10年（平成不況期）になり、工業所有権の権利行使行為の適用除外とも言える正当行為論が登場するのである。これは、時代の流れとしてのプロ・パテントによる影響とみることができる。「磁気信号記録用金属粉末事件」の判決以前から日本においてプロ・パテントが定着していたことは「現在は、「プロ・パテント時代」と言われており、知的財産全般について強化しようという風潮にあります」¹⁵⁰⁾ から伺えることで、そして権利侵害に係るような場合、「特許権を尊重し、いわゆる特許権侵害の抑止力を与えるのがプロパテント政策の効果」¹⁵¹⁾ であり、正当行為論が登場した背景は、まさにプロ・パテントなのである。

しかしそのプロ・パテントは、権利者（パテント側）の救済にはなりえるが、権利者により不法行為とされた者（非パテント側／真の意味での正当行為者）の救済にはならな

147) 「世界最高水準の「科学技術創造立国」の実現に向け、人の遺伝子情報の医療への応用、極めて微小なレベルでの新材料開発など、最先端の戦略的研究分野に重点的に取り組みます。併せて、産学官の連携の推進、地域における科学技術の振興を図ってまいります。我が国は、既に、特許権など世界有数の知的財産を有しています。研究活動や創造活動の成果を、知的財産として、戦略的に保護・活用し、我が国産業の国際競争力を強化することを国家の目標とします。このため、知的財産戦略会議を立ち上げ、必要な政策を強力に推進します。」 <http://www.kantei.go.jp/jp/koizumispeech/2002/02/04sisei.html>

なお、総理大臣が施政方針演説で知的財産について言及するのは初めてであり、知的財産による国家戦略も「歴史始まって以来のこと」（丸島儀一「産業競争力強化と知的財産」情報管理45巻 11号745頁以下（2003）745～752頁（746頁））と言われている。

148) 隅藏康一編『知的財産88の視点』38頁（税務経理協会、2007）。

149) 以後のIMD国際競争力で日本は、2005年21位、2006年16位、2007年24位、2008年22位、2009年17位、2010年27位である。

150) 中山信弘「特許法の改正と今後の課題・動向」ジュリ1162号8頁以下（1999）。

151) 丸島・前掲注（147）749頁。

い。つまり、〔②集合要素〕について一方当事者を射程とした運用になりかねず、〔①統治要素〕を阻害しえる点では、プレ・プロ・パテントよりも成熟しているものの、プロ・パテントとは呼べないのである。

6. ポスト・プロ・パテント

（１）ところで最近、プロ・パテントには限界があり、今後はプロ・イノベーションへの移行が必要であるとの指摘がある。

ヤング・レポートに端を発したといわれるプロ・パテントであるが、確かに知的財産権の強化は世界的な傾向であるとはいえ、「プロ・パテント」という言葉が政策論として独り歩きしていないだろうか。アメリカにおいてはそもそも、「明確な国家意思としてのプロ・パテント政策が存在したのかという点には疑わしいものがある」¹⁵²⁾ うえ、「アメリカでは「プロパテント」なる表現はあまり使われていない」¹⁵³⁾ とまで言われている。プロ・パテントの定義、それが目的なのか、方法なのか、それらが明確でないまま単に「従来のわが国のプロ・パテント政策は、その多くが知的財産権の強化に向けられてきた」¹⁵⁴⁾ のに過ぎなかったのである。その結果として「バブル崩壊後の経済立て直しのための道具として知的財産制度を活用しようとする傾向が強い」¹⁵⁵⁾ ために、日本におけるプロ・パテントは道具としての活用策に過ぎず、産業の発展という目的論には至らないのである。産業の発展のためには単なる知的財産の強化ではなく、「どのような制度を構築すれば産業や文化の発展に裨益するか、という観点から制度設計されるべきもの」¹⁵⁶⁾ であり、その中で「知的財産権は産業や文化の発展の道具であり、社会全体の中での調和という観点が、より重視されなければならない」¹⁵⁷⁾ のが本来のプロ・パテントなのである。

そして現在の日本は「長期的に考えますと、日本はご存じの通り人口が減り始めている、労働人口もすでにもうだいぶ前から減り始めているわけですが、そういう中で、ある程度の経済成長を実現していくには技術革新が非常に大事だ」¹⁵⁸⁾ という状況のもと今後は「自己の有する技術資源だけに頼るのではなく、他社の資源を活用して研究開発を行い形態（オープン・イノベーション）が必要となってきた。また技術開発のスピードが増しており、投資額も巨大化し、自社だけによる技術開発は困難になりつつあり、これからは、

152) 中山信弘「知的財産立国の更なる発展を目指して」ジュリスト1405号6頁以下（2010）。

153) 一橋大学イノベーション研究センター『イノベーション・マネジメント入門』339頁（日本経済新聞出版社、2001）。

154) 中山・前掲注（152）6頁。

155) 中山・前掲注（1）19頁。

156) 中山・前掲注（150）7頁。

157) 中山・前掲注（1）19頁。

158) 後藤晃「イノベーションと競争政策」知的財産法政策学研究23号1頁以下（2009）。

プロ・パテントの時代からプロ・イノベーション時代になるだろうと推測され¹⁵⁹⁾ ている。技術を有する「自己・自社」の権利を強化するのがプロ・パテントであるが、「自己・自社」と「他社」という利用関係を形成し、強化するのがプロ・イノベーションである。¹⁶⁰⁾

(2) プロ・パテントでは工業所有権の保護を強化するため、適用除外や正当行為により結果として権利の保有者はより保護されることとなる。しかしプロ・イノベーションでは特定の技術や権利保有者のみを保護するのではなく、その技術が属する産業分野を保護することで技術革新を促すことが必要である。その産業を保護するために特許法等の法制度があるが、重要なことは「知的財産制度自体が主役なのではなく、産業や文化の担い手が主役であり、知的財産制度はイノベーション促進の脇役であるという点」¹⁶¹⁾ である。

産業や文化の担い手とは、その産業や文化領域にいるすべての当事者である。新しいものを創造した者、それを流通させる者、それを利用する者、それからさらに新しいものを創造する者、等等様々な者が当事者となり得る。しかるに、知的財産制度は、この領域に存在するすべての当事者を保護するものではない。したがって知的財産制度を主役にする、対象に偏りが生じるのである。

例えば権利侵害警告と信用毀損行為の問題についてみると、そこに関係する当事者は少なくとも、権利の保有者、侵害者とされた者、警告を受けた取引先、の三者が存在する。この当事者において、特許法で保護されるのは権利の保有者のみである。不正競争防止法では、正当行為であれば権利の保有者が、信用毀損行為であれば侵害者とされた者および警告を受けた取引先が保護され、三者すべてが保護されることはない。これがプロ・パテントの限界である。しかし、権利の保有者（例えそれが無効になったとしても）は、技術の開発者である。そして、いわゆる侵害者とされた者は、権利者の権利には抵触しないように、別途の技術を開発した新たな開発者である。さらに、警告を受けた取引先は、その技術を流通させる者あるいは利用者である。つまり、これらの当事者はすべて当該産業分野の担い手なのである。

この、「開発・権利者、利用者・流通者、新たな開発者」という構図は、まさにイノベーションを生み出すための知的創造サイクルである。この構図の上にいるすべての当事者を保護し、産業を発展させるのが、プロ・イノベーションである。

権利侵害警告と信用毀損行為という問題について従前は中心として権利侵害警告者の取り扱いについて議論された。特に正当行為論は、権利侵害警告者（開発・権利者）の救済論である。しかし救済されるべきは、権利侵害警告者だけではない。

159) 中山・前掲注(152) 11頁。

160) これについては例えば「米国の産業競争力戦略の中核は、『Young Report』の時代から今日の『Palmisano Report』に至るまで一貫してイノベーションの促進にある」(玉井誠一郎『知財戦略経営概論』49頁(日刊工業新聞社、2011))という指摘もある。

161) 中山・前掲注(152) 7頁。

第一に、取引先に警告をされて侵害者とされた者である。その警告の根拠となった権利が無効である、あるいは権利侵害が不存在であったという、言わば「空振り」の警告であった場合に、損害を受けた者を救済する必要があるが、何故に空振りの警告を行った者の救済を中心として論ずる必要があるのか。知的財産権の保護のために警告者の違法性が阻却されると、被害者には救済の余地がないのである。しかるに、権利無効あるいは権利侵害に該当しないのであれば、警告によって損害を受けた者は純然たる被害者であり、まずその救済が第一である。このように当該特許権の保護（結果的には先行者の保護）をまず図ることがプロ・パテントの限界である。しかし、イノベーションの観点では、後行者の保護も必要である。後行者が信用毀損を受けるということは、先行者が警告した権利侵害がないということであるが、後行者が事業を行うに際しては、先行事例に基づき権利侵害を回避しつつ新たな開発を行うのが通常である。権利侵害を回避するための先行調査を行わなかった、あるいは意図的に先行者の権利の真似をしたため、後行者が権利侵害を生ずることもあるが、その場合は権利侵害そのものであるため、信用毀損の問題は生じない。後行者が積極的に権利侵害回避行為と開発行為を行ったのであれば、後行者は単なる後行者ではなく、新たな知財の先行者である。それにも関わらず、権利侵害と疑われ信用を毀損するに至った場合には、後行者を保護・救済しなければイノベーションの促進は望めないのである。なぜならば、「革新的な成果というのは、無から突然生じるわけではなく、既存の知識や情報を組み合わせることによって生み出される」¹⁶²⁾ ものであり、それを後行者はそれを実践したからである。¹⁶³⁾

さらに、警告を受けた取引先に対する措置も必要である。警告を受けた取引先は、通常であれば（一時的にせよ）撤退することが考えられる。であればその先に存する消費者も撤退することとなる。一度撤退をし、かつ代替手段があるような場合には、権利侵害が空振りだったとしても現状回復は困難であろう。つまり、後行者は知的財産の成果物を開発したものの、それを社会全体に資するための利用者・流通者が市場に存在しないのである。これではイノベーションは発動できない。後行者の信用回復のみならず、撤退したプレイヤーの引き戻し措置の検討が必要である。特権階級の益の保護目的あるいは為政者による戦争目的ではなく、客体たる知的財産を利用し自らだけでなく公益に資する目的を有しているのは、主体たるプレイヤーという国民の意思なのである。

このように、イノベーションでは後行者（新たな開発者）および利用者・流通者の保護・

162) 隅藏・前掲注(148) 9頁。

163) 特許権でみると、先行者は権利無効とならない限り、警告が空振りとなり信用毀損行為として損害賠償の責めにあっても、当該特許権を利用した新たなビジネスチャンスが今後も生ずることが期待できる。一方、後行者は特許権を有しておらず（後行者が特許権を有していたらそもそも権利侵害警告は生じない）、侵害訴訟や無効審判請求等の後にさらに信用毀損行為の訴訟という相当の期間を要することとなる。ライフサイクルが長いビジネスでなければ、一連の訴訟後に新たなビジネスチャンスが生ずる可能性は低い。その意味でも、後行者の成果について保護・救済がなされなければ当該成果は利用されないものとなり得る。

救済も必要であることがわかる。しかしこの両者の救済のみを論じるのであれば、それはもともとの産業・文化の担い手である先行者を切り捨てることとなり、プロ・イノベーションには至らない。権利者である先行者もまた産業・文化を担う当事者であり、権利を開発したという点ではイノベーションを実践した者でもあり、イノベーションのためにも保護され得るべき者である。全ての当事者が対等な立場で競争・利用できる環境がイノベーションを創出するのである。

(3) 以上のとおり知的財産に係る担い手すべてを対象と捉えることが、イノベーションの保護につながる。それがプロ・イノベーションである。

しかし、プロ・イノベーションの促進はプロ・パテントを否定するものではない。すなわち両者は併存するものであり、それにより偏りのない産業保護・育成政策が可能となるのである。なぜならばイノベーションは行為のため客体が不明確である。その結果生じるものをパテントとして保護し、新たなイノベーションを生ずる原動力とするのである。技術革新は重要であるが、それにより生じた技術を権利として保護することで、権利となり活用できる財産権となる。そして、技術革新や権利保護はあくまで目的達成のための方法であり、最終目的は産業の発展である。そのためには、偏りのない政策により、知的財産の担い手を保護するのである。担い手である先行者、後行者が保護されれば「市場先行の利益や評判の効果により十分な知的財産が創出されるのであれば、市場における競争に委ねておけばよい」¹⁶⁴⁾ という環境が生じる。知的財産制度ではなく、知的財産の担い手が主役となる。ポスト・プロ・パテントは、プロ・イノベーションではなく、両者が併存できるように調整を行う、プロ・コントロールが必要なのである。¹⁶⁵⁾

つまりポスト・プロ・パテントに求められるのは、言葉の問題ではなく目的実現のために必要な三要素を具備することである。競争要素を構成する不正競争に対する法と運用の沿革をみると、集合要素を充足しないまま偏った統治要素の具備化が行われていた。必要なことはこの三要素がバランス、つまり知的財産の競争環境を維持、それにより恩恵を受ける国民の意思の成熟化、そしてそれを行うための統治行為（政策）の衡量が保たれること、言わば「プロ・コントロール」である。

今後は、プロ・コントロールの具現化、すなわちコントロールを行う者（主体）、対象となる三要素の内容（客体）、およびコントロール・スキーム（図式）についての検討を試みていきたい。

以上

164) 田村善之『知的財産法第5版』12頁（有斐閣、2010）。

165) この点につき、「重要なのはイノベーションの持続可能性であり、知的財産戦略大綱も、どちらかといえば「プロパテント」あるいは権利強化を基本的立場としつつも、「バランスのとれた適切な対応」「バランスの取れた制度」が必要であることを指摘している」（中山一郎『「プロパテント」と『アンチコモنز』』経済産業研究所（2002年）ディスカッションペーパー。
<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/02j019.pdf>）と説明されている。