

特許庁委託
令和5年度 知的財産保護包括協力推進事業

知的財産に関する 日中共同研究調査報告書

令和6年3月

一般財団法人知的財産研究教育財団

日中共同研究 参加者一覧（順不同）

共同研究者

田村 善之	東京大学 教授
林 秀弥	名古屋大学 教授
宮脇 正晴	立命館大学 教授
金子 敏哉	明治大学 教授
呉 漢東	中南財經政法大学 知識産権研究センター 教授
彭 学龍	中南財經政法大学 知識産権研究センター 教授
管 育鷹	中国社会科学院 知識産権センター 教授
張 鵬	中国社会科学院 知識産権センター 専任研究員
張 平	北京大学 粵港澳大湾区知識産権発展研究院 教授
顧 昕	国家知識産権局 知識産権発展研究センター 首席研究員

事務局

小林 徹	一般財団法人知的財産研究教育財団 常務理事
大屋 静男	一般財団法人知的財産研究教育財団 研究部長
井手 李咲	一般財団法人知的財産研究教育財団 主任研究員
水野 聡之	一般財団法人知的財産研究教育財団 主任研究員
西村 竜二	一般財団法人知的財産研究教育財団 主任研究員
坂治 深雪	一般財団法人知的財産研究教育財団 補助研究員
石本 愛美	一般財団法人知的財産研究教育財団 補助研究員
石田 淳子	一般財団法人知的財産研究教育財団 補助研究員
小松 美沙	一般財団法人知的財産研究教育財団 補助研究員



目次

日中共同研究者一覧

第1章 令和5年度 知的財産保護包括協力推進事業の概要	1
第1節 事業の背景と目的	2
第2節 事業の概要	4
第3節 研究者会議、意見交換の概要	6
第2章 知的財産権の行使と独占禁止法の適用に関する比較研究	19
第1節 研究内容の要約	20
第2節 中国における知的財産権の行使と独占禁止法の適用	22
I. “プラットフォーム経済+デジタル知的財産”の独占禁止問題に関する研究	22
中南財經政法大学 知識産権研究センター 吳 漢東 教授	
II. 独占禁止規定を適用して知的財産権の行使を制限する実践的ロジック	48
北京大学 粵港澳大湾区知識産権發展研究院 張 平 教授	
III. 中国における知的財産権の権利行使に関する独占禁止法の規制	64
国家知識産権局 知識産権發展研究センター 顧 昕 首席研究員	
第3節 日本における知的財産権の行使と独占禁止法の適用	76
I. 特許権の行使と独占禁止法 ～プロセス的特許「権」アプローチ・判断機関の役割	
分担論・独禁法の文脈論	76
東京大学法学政治学研究科 田村 善之 教授	
II. インクカートリッジ事件における独占禁止法の適用 —大阪地裁2023年6月2日	
判決を中心に—	92
名古屋大学大学院法学研究科 林 秀弥 教授	
第3章 商標制度における使用主義的側面に関する比較研究	103
第1節 研究内容の要約	104
第2節 中国の商標制度における使用主義	106
I. デジタル環境における商標使用問題の研究	106
中国社会科学院 知識産権センター 管 育鷹 教授	
II. 渉外OEM加工における商標使用と商標権侵害の分析	128
中南財經政法大学 知識産権研究センター 彭 学龍 教授	
III. 商標法における登録商標の不使用抗弁制度	148
中国社会科学院 知識産権研究センター 張 鵬 専任研究員	
第3節 日本の商標制度における使用主義	164
I. 日本商標法の不使用取消制度における商標的使用の位置づけ	164
立命館大学 宮脇 正晴 教授	

Ⅱ．日本商標法における権利行使の局面での使用主義的側面 - 商標権者側の不使用 の取扱いを中心に -	174
明治大学法学部 金子 敏哉 教授	

本報告書の中国側研究者の報告書は、一般財団法人知的財産研究教育財団 知的財産研究所が翻訳を担当した。なお、文中の訳注は[]で表記している。

本報告書は、一般財団法人知的財産研究教育財団 知的財産研究所 大屋静男 研究部長、井手李咲 主任研究員、水野聡之 主任研究員、西村竜二 主任研究員、坂治深雪 補助研究員、石本愛美 補助研究員、石田淳子補助研究員、小松美紗補助研究員が担当した。

第1章 令和5年度 知的財産保護包括協力推進事業の概要

第1章

第1節 事業の背景と目的

我が国と深い経済的相互依存関係を有する中国では、世界の工場に加えて世界の市場として世界経済における存在感を増しており、今後も様々な分野において日系企業による一層の事業展開が見込まれる。日系企業の事業展開の前提として、中国における特許・商標・意匠等の産業財産権の迅速な権利化及び適切な保護が必要不可欠である。中国における特許等の出願件数は年々増加し、知財関連の訴訟件数も急増していることから、中国における知財保護の重要性は非常に高い。

中国における知的財産権制度は、WTO・TRIPS 協定への加盟以降、近年急速に整備されてきた。また、近年の中国における特許出願件数は 2011 年以降、世界第 1 位であり、その伸び率も顕著であり、中国における知的財産の重要性は非常に高まってきている。2023 年 10 月末まで¹、中国における有効発明専利の件数は 487.0 万件、有効実用新型専利の件数は 1192.3 万件、有効外観設計専利の件数は 315.9 万件である。また、商標領域においては、2023 年 10 月までの有効登録商標の件数が 4544.7 万件に達している等、中国における知的財産権の重要性が益々顕著になっている。中国の産業財産権制度は近年急速に整備が進んでいるものの、日本を含む他国との制度及び運用上の差異は依然として大きい。初歩審査のみにより付与される実用新案権や意匠権に基づく権利濫用や冒認商標問題、模倣品摘発などの権利執行に関する問題等、法律の制度面での不備及び運用面での問題が少なくない状況にある。

一方、日本では、2002 年に「知的財産基本法」が制定され、知的財産の創造、保護及び活用に関する施策への取組が行われてきたが、2023 年 6 月 9 日に、政府知的財産戦略本部は「知的財産推進計画 2023 〜多様なプレイヤーが世の中の知的財産の利用価値を最大限に引き出す社会に向けて〜」を発表し、日本における今後の知財戦略を推進する際に重要となる政策課題と施策を、「スタートアップ・大学の知財エコシステムの強化」、「多様なプレイヤーが対等に参画できるオープンイノベーションに対応した知財の活用」、「急速に発展する生成 AI 時代における知財の在り方」、「知財・無形資産の投資・活用促進メカニズムの強化」、「標準の戦略的活用の推進」、「デジタル社会の実現に向けたデータ流通・利活用環境の整備」、「デジタル時代のコンテンツ戦略」、「中小企業/地方（地域）/農林水産分野の知財活用強化」、「知財活用を支える制度・運用・人材基盤の強化」、「クールジャパン戦略の本格稼働と推進」の重点 10 施策を打ち出している。

日中における今後の知財戦略を考える上で、国際的な感覚が欠かせないところ、差し当たり特にアジアにおいて知財活動が活発である日中両国が交流を深め、知財政策を整備していくことが重要である。具体的には、知財に関する状況を中国政府関係機関、学術機関等と緊密に交流を行うことにより理解を深めることが何より重要であり、連携を深め、政策のベースとなる中国における公平な企業活動を行う面から産業財産権が適切に保護される事が重要になってきているといえよう。加えて、中国における、中国の法改正・司法解釈、法運用の抜本的な改善に資する調査・研究を実施する事が極めて有益になってきている。

よって、中国でこれまで進められてきた知的財産に関する取組・戦略について取りまとめを行うとともに、日本における知的財産政策についての検証を行い、日中両国における今後の知財戦略を見据えて、知的財産の創造・保護・活用をさらに発展せしめる知的財産制度を検証する事を目的に、日本・中国双

¹ 文中の中国における知的財産権に関する主な統計データは、以下の中国国家知識産権局のホームページのデータによる（2023 年 11 月 28 日確認）。

https://www.cnipa.gov.cn/module/download/download.jsp?i_ID=188598&colID=88

方の有識者とともに日本・中国両国の知的財産施策の方向性の検証及び、それらに関する調査・研究を共同で実施した。

第2節 事業の概要

I. 実施事項

1. 中国政府関係機関・学術機関と連携した課題抽出と提言等

- (1) 産業財産権法及び隣接法に係る制度・運用（審査・エンフォースメント等）の改善に資する日中の研究者による共同研究の実施
- (2) 共同研究テーマを設定し、連携機関及び研究者を選定し、研究者会議を実施
- (3) 産業財産権制度等に関する改善提案の内容の精査

2. 法・運用整備に係る中国知財関係者との知見の共有及び共通理解の向上

- (1) 産業財産権法及び隣接法の所管省庁等の知財に関する中国政府機関・学術機関等の知財関係者の日本への招へい並びに日本の有識者及びユーザー（出願人・弁理士等）との意見交換の実施
- (2) 日中の研究者と産業財産権法及び隣接法の所管省庁等の知財に関する中国政府機関等との意見交換の実施

3. 共同研究成果のフィードバック

- (1) 日中の研究者と産業財産権法及び隣接法の所管省庁等の知財に関する中国政府機関等との意見交換の実施
- (2) 知的財産に関する日中共同研究調査報告書の作成

Ⅱ．研究テーマと担当研究者

1．知的財産権の行使と独占禁止法の適用に関する比較研究

中国側	日本側
呉 漢東 教授（中南財經政法大学） 張 平 教授（北京大学） 顧 昕 首席研究員（国家知識産権局 知識産権発展研究センター）	田村 善之 教授（東京大学） 林 秀弥 教授（名古屋大学）

2．商標制度における使用主義的側面に関する比較研究

中国側	日本側
管 育鷹 教授（中国社会科学院） 彭 学龍 教授（中南財經政法大学） 張 鵬 専任研究員（中国社会科学院）	宮脇 正晴 教授（立命館大学） 金子 敏哉 教授（明治大学）

第3節 研究者会議、意見交換の概要

I. 用語

この事業における研究者会議及び意見交換とは、以下のとおりである。

研究者会議とは、この事業の共同研究者により行われるもので、定められた研究テーマについて、研究テーマの進捗状況、研究内容の確認・議論等を行う会議である。

意見交換を、日本の有識者及びユーザーとの意見交換と、中国政府機関や学術機関等の知財関係者との意見交換とに分類する。日本の有識者及びユーザーとの意見交換とは、産業財産権法及び隣接法を所管する等の知財に関する中国政府関係機関・学術機関担当者等の知財関係者を招へいし、日本の有識者又は出願人や弁理士等のユーザーと意見交換を行うものをいう。中国政府機関の担当者等との意見交換とは、共同研究の成果がまとまる時期に併せて、産業財産権法及び隣接法を所管する等の知財に関する中国政府関係機関等の担当者を招き、研究成果の報告を行い、意見交換を行うものをいう。

Ⅱ. 研究者会議

1. 第一回会議

日時等：2023年7月3日（月曜日）（開催方法：TV会議）

主 催：一般財団法人知的財産研究教育財団 知的財産研究所

概 要：

逐次通訳を挟んで全体会議を開催した。

全体会議には日中共同研究者全員が参加して、各研究者が担当する研究テーマについて、問題意識や研究の方向性等を報告し、全員で議論を交わした。

出席者：

中国側	日本側
◆共同研究者 呉 漢東 教授（中南財經政法大学）、 彭 学龍 教授（中南財經政法大学）、 管 育鷹 教授（中国社会科学院）、 張 平 教授（北京大学）、 張 鵬 専任研究員（中国社会科学院）、 顧 昕 首席研究員（CNIPA発展研究センター） ◆オブザーバー 鄧 儀友 処長（CNIPA発展研究センター）	◆共同研究者 田村 善之 教授（東京大学）、 林 秀弥 教授（名古屋大学）、 宮脇 正晴 教授（立命館大学）、 金子 敏哉 教授（明治大学） ◆主催者 小林 徹 常務理事、 大屋 静男 研究部長 山崎 亨 研究業務課長 ◆オブザーバー 葛原 怜士郎 班長（日本特許庁）、 福島 暖奈 係長（日本特許庁）、 谷川 啓亮 一等書記官（駐中国日本大使館）、 太田 良隆 部長（JETRO・北京）、 島田 英昭 部長（JETRO・香港）、 鹿児島 直人 副部長（JETRO・北京） ◆事務局 井手 李咲 主任研究員、 西村 竜二 主任研究員、 水野 聡之 主任研究員、 石本 愛美 補助研究員、 坂治 深雪 補助研究員

2. 第二回会議

日時等：2023年10月21日（土曜日）10：00-18：00

場 所：東京・TKP市ヶ谷

主 催：一般財団法人知的財産研究教育財団 知的財産研究所

概 要：

本年度の研究テーマに関係する日中両国の実務家を招いて、実務的な観点から研究テーマに関する基調講演を行い、共同研究者と意見を交換した。また、意見交換終了後、共同研究者が研究テーマ毎に分かれ、実務家も交えて研究テーマについて議論を交わした。

各講演者の講演テーマは、以下のとおりである。

- 「独占禁止法と知的財産権～消耗品メーカー排除に関する裁判例の検討～」平山 賢太郎 弁護士
- 「知的財産権行使と反トラスト法の適用-中国法的実践及び国際比較」張 鵬 律師
- 「商標制度における使用主義的側面について」大向 尚子 弁護士
- 「中国の商標法における商標使用の体系的な解説及び実務的な観察」蘇 志甫 律師

出席者：

中国側	日本側
◆共同研究者 呉 漢東 教授（中南財經政法大学）、 彭 学龍 教授（中南財經政法大学）、 管 育鷹 教授（中国社会科学院）、 張 平 教授（北京大学）、 張 鵬 専任研究員（中国社会科学院）、 顧 昕 首席研究員（CNIPA発展研究センター） ◆実務家講演者 張 鵬 律師（中倫律師事務所）、 蘇 志甫 律師（上海允正律師事務所）	◆共同研究者 田村 善之 教授（東京大学）、 林 秀弥 教授（名古屋大学）、 宮脇 正晴 教授（立命館大学）、 金子 敏哉 教授（明治大学） ◆実務家講演者 平山 賢太郎 弁護士（平山法律事務所）、 大向 尚子 弁護士（西村あさひ法律事務所） ◆主催者 小林 徹 常務理事、 大屋 静男 研究部長 ◆オブザーバー 葛原 怜士郎 班長（日本特許庁）、 福島 暖奈 係長（日本特許庁） ◆事務局 井手 李咲 主任研究員、 西村 竜二 主任研究員、

	水野 聡之 主任研究員、 坂治 深雪 補助研究員
--	-----------------------------

3. 第三回会議

日時等：2024年1月7日（日曜日）（開催方法：TV会議）

主 催：一般財団法人知的財産研究教育財団 知的財産研究所

概 要：

日中共同研究者全員で本年度の各研究テーマのまとめ案について議論し、各研究員が一年間の共同研究について振り返りを行った。

また、今後日中両国において共同研究すべきテーマに関する議論を交わした。

出席者：

中国側	日本側
◆共同研究者 呉 漢東 教授（中南財經政法大学）、 彭 学龍 教授（中南財經政法大学）、 管 育鷹 教授（中国社会科学院）、 張 平 教授（北京大学）、 張 鵬 専任研究員（中国社会科学院）、 顧 昕 首席研究員（CNIPA発展研究センター）	◆共同研究者 田村 善之 教授（東京大学）、 林 秀弥 教授（名古屋大学）、 宮脇 正晴 教授（立命館大学）、 金子 敏哉 教授（明治大学） ◆主催者 小林 徹 常務理事、 大屋 静男 研究部長 ◆オブザーバー 葛原 怜士郎 班長（日本特許庁） ◆事務局 井手 李咲 主任研究員、 西村 竜二 主任研究員、 水野 聡之 主任研究員、 坂治 深雪 補助研究員

Ⅲ. 日本の有識者及びユーザーとの意見交換

1. 企業の知財担当者との意見交換

日 時：2023年10月20日（金曜日）午前

訪問先：三菱電機株式会社

概 要：

三菱電機株式会社の知的財産センターにおられる曾我部役員理事・センター長をはじめ、同倉谷泰孝特許企画部長、同柴光輝知財戦略部長、同大家泉知財戦略グループマネージャー、同沈智英知財戦略グループ担当課長、知的財産渉外部の片山秀彦部長、同鈴木美紗子商標グループ担当課長、同樋口佳子プールライセンスグループマネージャー、同富永崇雄第三グループ担当課長が参加し、三菱電機社の歴史などの会社紹介、同社の知財制度の係る取組や課題認識についてご紹介があり、続いて知財戦略や、知財環境の変化に対応する取組を、それぞれ実務的な観点からご説明頂き、その上で日本側と中国側の共同研究者と意見を交換した。

意見交換をすることにより三菱電機社の知財に関する考え方等について日中両国の研究者が理解を深めた。

出席者：

中国側	日本側
◆共同研究者 呉 漢東 教授（中南財經政法大学）、 彭 学龍 教授（中南財經政法大学）、 管 育鷹 教授（中国社会科学院）、 張 平 教授（北京大学）、 張 鵬 専任研究員（中国社会科学院）、 顧 昕 首席研究員（CNIPA発展研究センター） ◆オブザーバー 張 鵬 弁護士（中倫律師事務所）	◆三菱電機株式会社 （知的財産センター） 曾我部 靖志 役員理事・知的財産センター長・ 標準化室長 倉谷 泰孝 特許企画部長 柴 光輝 知的財産戦略部長 大家 泉 知的財産戦略グループマネージャー 沈 智英 知財戦略グループ担当課長 （知的財産渉外部） 片山 秀彦 知的財産渉外部長 鈴木 美紗子 商標グループ担当課長 樋口 佳子 プールライセンスグループマネー ジャー 富永 崇雄 第三グループ担当課長 ◆共同研究者 田村 善之 教授（東京大学）、 林 秀弥 教授（名古屋大学）、 宮脇 正晴 教授（立命館大学） ◆オブザーバー（日本側） 葛原 怜士郎 班長（日本特許庁）、 福島 暖奈 係長（日本特許庁）

	◆事務局 小林 徹 常務理事、 大屋 静男 研究部長、 井手 李咲 主任研究員、 西村 竜二 主任研究員、 水野 聡之 主任研究員
--	---

2. 会議形式の意見交換

日時等：2023年10月20日（金曜日）午後

主 催：一般財団法人知的財産研究教育財団 知的財産研究所

概 要：

産業界や実務界を代表して、一般社団法人日本知的財産協会（JIPA）、日本商標協会の担当者により講演が行われた。具体的な内容は、中国特許実務上の若干問題や企業商標実務における不使用取消審判制度、独禁法に関する若干問題についての知財実務についての関心事項や、商標制度における使用主義的側面に関する比較研究に対して、日本の商標制度における使用主義的規定についてご紹介がなされ、講演後は、日中両国の共同研究者が、産業界や実務界の知財担当者と意見を交換した。

なお、講演者の講演テーマは、以下のとおりである。

●「中国特許実務上の若干問題」

「企業商標実務における不使用取消審判制度」

「独禁法に関する若干問題」

山口博明 常務理事、小川佳彦 副委員長、堀内康匡 副委員長、

李静波 副委員長、徳若拓也 委員長、山口一喜 委員長、吉田尚樹 副委員長

●「商標制度における使用主義的側面に関する比較研究

－日本の商標制度における使用主義的規定について」

古関 宏 理事・商標法制史研究部会長

出席者：

中国側	日本側
◆共同研究者 呉 漢東 教授（中南財經政法大学）、 彭 学龍 教授（中南財經政法大学）、 管 育鷹 教授（中国社会科学院）、 張 平 教授（北京大学）、 張 鵬 専任研究員（中国社会科学院）、 顧 昕 首席研究員（CNIPA発展研究センター） ◆オブザーバー 張 鵬 弁護士（中倫律師事務所） 雷 怡 副研究員（CNIPA発展研究センター）	◆共同研究者 田村 善之 教授（東京大学）、 林 秀弥 教授（名古屋大学）、 宮脇 正晴 教授（立命館大学）、 金子 敏哉 教授（明治大学） ◆講演者 山口 博明 常務理事（JIPA、(株)小松製作所）、 小川 佳彦 副委員長（JIPA 国際第3委員会、パ ナソニック オペレーションズ・エクス （株）PIPM）、 堀内 康匡 副委員長（JIPA 国際第3委員会、本 田技研工業（株））、 李 静波 副委員長（JIPA 国際第3委員会、富士 フィルム知財情報リサーチ（株））、 徳若 拓也 委員長（JIPA 商標委員会、 KADOKAWA）、

第1章

	山口 一喜 委員長（JIPA フェアトレード委員会、日本ゼオン（株））、 吉田 尚樹 副委員長（JIPA フェアトレード委員会、（株）アイスタイル） 古関 宏 理事・商標法制史研究部会長（日本商標協会、古関特許事務所） ◆主催者 小林 徹 常務理事、 大屋 静男 研究部長 ◆オブザーバー 葛原 怜士郎 班長（日本特許庁）、 福島 暖奈 係長（日本特許庁） ◆会議参加者（日本側） ・一般社団法人日本知的財産協会（JIPA） 松本 宗久 事務局長代行兼関西事務所長、 寺川 耕司 委員長（国際第3委員会、（株）日本触媒） 田中 健太郎 委員（フェアトレード委員会、（株）サカタのタネ） 深井 慶太郎 委員（フェアトレード委員会、（株）フジクラ） 古谷 真帆 主任（政策検討チーム兼国際制度調和グループ） ・日本商標協会 富岡 英次 会長（中村合同特許法律事務所）、 宮川 美津子 副会長（TMI 総合法律事務所）、 佐藤 俊司 事務局長（TMI 総合法律事務所）、 本多 敬子 理事（日本商標協会事務局長補佐兼会務検討委員会会長、本多国際特許事務所）、 江成 文恵 委員長（国際活動委員会、瀧野国際特許事務所）、 田邊 潔 会長（デザイン部会、清水・醍醐事務所）、 西野 吉徳 会長（外国商標制度部、Authense 法律事務所）、 加藤 ちあき 理事（窪田法律事務所）、
--	---

	杜 潔 氏（国際活動委員会、創英国際特許法律事務所）、 ◆事務局 井手 李咲 主任研究員、 西村 竜二 主任研究員、 水野 聡之 主任研究員、 坂治 深雪 補助研究員
--	--

IV. 中国政府関係機関との意見交換

1. 会議形式の意見交換

日時等：2024年1月6日（土曜日）～7日（日曜日）（開催方法：TV会議）

主 催：中国社会科学院 知識産権センター

概 要：

中国の政府関係者等を会に招き、日中共同研究者が、それぞれ担当する研究テーマに関する共同研究の成果を報告した。これらの研究成果の発表に基づいて、中国の政府関係者等と意見を交換し、双方の共通理解を深めた。

出席者：

中国側	日本側
◆共同研究者 呉 漢東 教授（中南財經政法大学）、 彭 学龍 教授（中南財經政法大学）、 管 育鷹 教授（中国社会科学院）、 張 平 教授（北京大学）、 張 鵬 専任研究員（中国社会科学院）、 顧 昕 首席研究員（CNIPA発展研究センター） ◆会議参加者（中国側） 国家市場監督管理総局知識産権局、最高人民法院、北京市高級人民法院、重慶市高級人民法院、天津市高級人民法院、山東省高級人民法院、北京知識産権法院、上海知識産権法院、広州知識産権法院、中国科学院大学、北京市法学会「法学雑誌」、清華大学、北京外国語大学、北京第二外国語大学、中央財經大学、北京理工大学、蘇州大学、中国知識産権研究会「知識産権」雑誌、中華商標協会、万慧達律師事務所、北京君策知識産権發展センター、隆諾師事務所、滙仲律師事務所、中倫律師事務所、聯德律師事務所、通商律師事務所、北京大成律師事務所、永新律師事務所 等から47名の出席者	◆共同研究者 田村 善之 教授（東京大学）、 林 秀弥 教授（名古屋大学）、 宮脇 正晴 教授（立命館大学）、 金子 敏哉 教授（明治大学） ◆会議参加者（日本側） 葛原 怜士郎 班長（日本特許庁）、 谷川 啓亮 一等書記官 （駐中国日本国大使館）、 島田 英昭 部長（JETRO・香港）、 太田 良隆 部長（JETRO・北京）、 鹿児島 直人 副部長（JETRO・北京） ◆知的財産研究教育財団 小林 徹 常務理事、 大屋 静男 研究部長 ◆事務局 井手 李咲 主任研究員、 西村 竜二 主任研究員、 水野 聡之 主任研究員、 坂治 深雪 補助研究員

第1章 令和5年度 知的財産保護包括協力推進事業の概要

2. 訪問形式の意見交換

＊特別な事情により渡航が実現できず、中止。

第 2 章

知的財産権の行使と独占禁止法の適用に 関する比較研究

第1節 研究内容の要約

グローバル化の一層の進展により、各国における知的財産法以外の関係重要法令の実際の運用の違いが、企業に知財活動に与える影響も極めて大きくなってきている。とりわけ、独占禁止法については、日中双方にて市場支配的地位の濫用に関する裁判例が注目を集めるなど、様々な動きが見られるところである。この研究では、日中両国の研究者がこの論点について集中的に検討を行い、知財に係る事案の解決に当たり、今後の制度設計において参考となる提言を行っている。

知的財産権と独占禁止法との関係という論点について、日中両国の研究者から以下のような内容の報告がなされている。まずは、日本側の研究者が、次のような提言を行っている。特許権の行使と独占禁止法との関係に関して、特許権に基づく差止請求は特許権の本質的な権利であって、特段の事情がない限り、特許権の行使は権利の濫用に該当せず、とりわけ権利者による単独のライセンス拒絶に関してはこの理が妥当すると考える見解が多数を占めている。その背後には、知的財産権を権利として把握し、行為を規制する独占禁止法とは対極に位置する制度と捉える発想が、無意識的に前提とされている。しかし、特許権による規律も他者の発明の利用行為を禁止するという形で、他者の行為を規制する点では、独占禁止法による規制と変わるところはない。そこで、特許権の行使に対する独占禁止法という問題を、望ましい行為規制を実現するための、発明から出願、特許庁による審査、異議申立てや無効審判、侵害訴訟、さらには裁定許諾や公正取引委員会による規制に至るまでの一連のプロセスを捉え、特許「権」というものはそのプロセスのなかでの一通過点に過ぎないという観点に立脚して、各種機関の役割分担を探るというアプローチをとることを提唱する。このような発想に立脚する場合には、関係特殊の投資や地位の非対称性など、特許庁の事前審査で判断しがたい事後的な事情については、特許付与後の特許庁による裁定許諾、裁判所による差止請求権の制限、公正取引委員会による規制などの事後的な規制の場面で、これを斟酌して特許権の行使を制限していく必要があるという命題が導かれる。あわせて、本稿は、独占禁止法違反が主張される文脈が公取委による競争の直接規制の場面（＝競争を規制する結果を導く場面）なのか、それとも特許権侵害訴訟における権利行使に対する被疑侵害者からの防御的主張の場面（＝競争を促進する結果を導く場面）なのかに応じて判断基準を違えることを提唱する、としている。

また、インクカートリッジの事件を素材として、被告が販売するインクジェットプリンター用の純正品インクカートリッジに関し、使用済みの純正品を回収してインクを充填し、インク残量データを初期化するなどして再使用した再生品インクカートリッジを製造・販売していた原告が、被告に対し、本件純正品を IC チップに記録されるインク残量データを初期化することができない仕様とするなどした行為が、独占禁止法上の「抱き合わせ販売等」又は「競争者に対する取引妨害」に当たるなどと主張して、日本の独占禁止法 24 条に基づき、本件差止請求を行うとともに、このような不公正な取引は不法行為を構成するとし、民法 709 条に基づく損害賠償請求等を主張したが棄却された経緯について報告されている。

これに対して、中国側の 3 名の研究者のうちの 1 名が特許権の行使と独占禁止法との関係について研究している。そのうちの 1 名は、プラットフォーム、アルゴリズムとデータに基づいて発生した要素融合の市場競争の問題は、デジタル知的財産の取得と行使に関わるだけでなく、デジタル経済分野の独占禁止の審査にも及ぶとした。また、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産」を規制する法律的な態様を示している。中国では、デジタル経済分野の知的財産の独占禁止の規制が適用される法律と行政規則と

して、主に「反トラスト法」、「知的財産分野に関する独占禁止ガイドライン」、「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」がある。上述分野の独占禁止の審査は、法律、経済、技術など多くの考慮要素が含まれ、法執行機関は「法律+規則」に導かれ、プラットフォーム経済とデジタル知的財産の特徴を結合して分析の枠組みを構築すべきであるとした。

また、2人目は、非標準必須特許の許可拒否の代表的な裁判例を選び、判例に触れたパテントプールの独占禁止問題と標準必要特許の独占禁止問題を引き出す。また、オープンイノベーションが将来もたらす可能な独占禁止の新たな問題について、オープンイノベーションにおける知的財産権の応用メカニズムを簡単に紹介し、現在の中国の司法実務を分析し、独占禁止の枠組みにおいて知的財産権行使の限界とロジックについて深く解析することで、日中両国の当該領域における理論研究と実践に参考となることが期待できるとした。

さらに3人目は、中国の反トラスト法には、原則、事業者が法律又は行政法規の規定に従い知的財産権を行使する行為には、本法を適用しないが、事業者が知的財産権を濫用して、競争を排除又は制限する場合には適用すると定められていることについて、問題は、「法律又は行政法規の規定に従い知的財産権を行使する」ことと、「知的財産権を濫用して、競争を排除又は制限する」こととの境界をどのように定めるかであると指摘した。最近、市場支配地位を有する事業者が知的財産権を濫用して工業基礎技術の応用、又は科学技術と文化の伝播にマイナス影響を及ぼす事件については、行政法執行機関であれ、裁判所であれ、独占禁止による規制が適用されるようになった。注意しなければならないのは、日本の裁判所が複数の事件において、独占に該当することを特許権不侵害の抗弁とするやり方は、権利者が知的財産権を行使することを根本的に否定することを意味する。このやり方を中国の当事者と裁判所の参考にする価値がある、と提言している。

なお、本章第2節及び第3章第2節における共同研究者の意見は、各研究者の個人的な見解に基づくものであり、日本国特許庁の見解を示したものでない。

第2節 中国における知的財産権の行使と独占禁止法の適用

I. “プラットフォーム経済+デジタル知的財産”の独占禁止問題に関する研究

中南財經政法大学 知識産権研究センター 呉 漢東 教授

1. デジタル経済分野における知的財産法と反トラスト法

デジタル経済は、インターネット経済又はプラットフォーム経済とも呼ばれ、農業経済、工業経済に続く新たな重要な経済形態である。中国政府は、2016年の“G20 デジタル経済発展と協力イニシアティブ”において、「デジタル経済とは、デジタル化された知識と情報を重要な生産要素とし、現代情報ネットワークを重要な媒体とし、情報通信技術の有効な使用を効率の向上と経済構造最適化の重要な推進力とする一連の経済活動を指す」としたこと、デジタル経済はデジタル商業組織（プラットフォーム—「重要キャリア」）、デジタル技術（アルゴリズム—「重要推進力」）、デジタル資源（データ—「重要生産要素」）などの3つの要素から構成され、3つのデジタル要素の融合発展の態勢を示している。中国では1994年にウェブサイトアクセスし、1998年にテンセント社が設立し、1999年にアリババ社が設立し、デジタル経済の発展は30年近くになった。2022年までに、中国のネットユーザー数は10億5000万人に達し、インターネット普及率は74.4%に達し、中国のデジタル経済規模は既に50.2兆元に達し、GDPの中で占める割合は41.5%に達し、世界第2位となった。デジタル経済は、発展促進と規制監督の法治化の原則を続けなければならない、その中にはデジタル財産権付与の法制度の需要（主にデジタル知的財産権の保護）が生まれ、またデジタル市場競争秩序の法規制の問題（デジタル経済の独占禁止規制を含む）を引き起こした。

上記の問題は、デジタル経済分野における知的財産権保護と独占禁止規制の一般的な関係に関連している。全体的に言えば、法律の基本的な分類の中で、知的財産法と反トラスト法は異なる分野に属している。知的財産法は、私人の知的財産に関する法律であり、私法に属する。反トラスト法は、市場競争秩序を規範化する「経済憲法」と呼ばれるもので、鮮明な公共の属性を持っている¹。法律制度の機能面では、2つの法律が対立しているようで、知的財産法は知的成果の独占使用を保護し、権利の「合法的な独占」を認め、反トラスト法はその反対に自由競争を擁護し、権利行使による独占行為に反対する。実際、現代の法治運営の過程では、立法原則であれ法執行の立場であれ、人々は常に知的財産法と反トラスト法の両者の間の調和とバランスを求めている。法治のあり方の目標から出発して、上述の2つの制度は知的財産権の濫用行為を規制する上で内在的な統一性を持つべきで、具体的には以下の2つの方面に現れている。

1 つ目は、共通の政策目標である。知的財産法と反トラスト法の共通する立法目標は、イノベーション

¹ 上記の分類・分析は、基本的なものであるが、絶対的なものでない。知的財産法は、総合的な法規範、多様性のある法律の制裁措置を特徴とする専門法律であり、立法文書にはプログラム法規範、行政管理規範、刑事処罰規範が含まれているが、このような公法規範の内容の存在は、私法体系の構成部分としての本質的な属性に影響を与えない。呉漢東「知的財産の立法例と民法典の編纂」[知識产权立法体例与民法典的編纂] 中国法学 2003 年 1 期 54 頁を参照。反トラスト法は、本質的に公法であるが、調整される競争関係は市場経済関係の一種である。反トラスト法は、主に公法の方法、即ち禁止、命令、承認、指定などを用いて、もともと私法によって調整される分野に作用して、同法がまた私法の特性も持つようにする。曹士兵『反トラスト法研究』[反壟断法研究] 10 頁（法律出版社、1996 年版）。

ンの促進と消費者福祉の改善である。法律の制定と実施は、常に一定の政策目標と結びつけられている。制度機能について言えば、知的財産法と反トラスト法はいずれも国家のイノベーション政策の構成部分である。知的財産法は、イノベーションのためにインセンティブメカニズムを提供することができ、市場経済の条件下で、イノベーターが支払ったコストが回収でき、利益も実現できるはずである。知的財産法によってイノベーターが一定の期間内にそのイノベーション成果に対して専有権を付与され、他の人がそのイノベーション成果を利用するには、当該線有権者の同意を得て費用を支払わなければならない。これにより、イノベーターに最も経済的で効果的で持続的なイノベーションのインセンティブを提供した。反トラスト法にとって、競争を保護したり、競争秩序を維持したりすることは、その根源と内在的な精神であり、独占禁止メカニズムの基本的な機能は、自由、公平な競争を保護してイノベーションと経済発展を促進することにある。1つの有効な独占禁止のメカニズムは、独占的地位の濫用行為を低減し、即ち市場への参入障壁を減らし、それによって競争を促進することができる。活力のある競争メカニズムは、イノベーション能力を引き出し、イノベーション活動を推進することもできる。制度の趣旨について言えば、知的財産法と反トラスト法は、いずれも消費者の福祉を増進させる価値目標の方向性を示している。知的財産法は、イノベーションを奨励し、経済発展を促進することを通じて、消費者により多くの、更新の選択を提供する。一方では、偽造などの知的財産権の侵害行為を制裁することで、消費者を取引過程での被害から保護し、消費者を保護する目的を達成する。同様に、反トラスト法は、通常において消費者福祉の増減を市場行為が独占を構成するかどうかを判断する基準の一つとしている。私法が形式的正義の保障に着目しているという価値観とは異なり、反トラスト法は実質的正義を守る法律精神を体现し、表面的に公平で実質的に不公平な状況を是正することを重視している²。

2つ目は、補完的な調整機能である。知的財産権の濫用に対する法律規制には、私法規制と公法規制の2種類が含まれる³。私法規制は、内部規制であり、まず知的財産法自体が設定した規制として表現され、地域的規制、時間的規制、機能的制限などの制約的な規範を含む。次に、民法の基本原則の制限として表現され、主に民法における誠実信用の原則、権利濫用禁止の原則及び公序良俗原則の制約を受けている。公法規制は、反トラスト法の枠組み内で知的財産権の濫用の問題を解決する外部規制である。反トラスト法は、国が市場競争行為に介入する産物として、公法の社会本位属性を体现しているため、知的財産権の濫用行為を規制する上で特別な効果と役割を持っている。反トラスト法の知的財産権分野への介入は、2つの面から把握する必要がある。第一に、知的財産権を他の財産権と同等に扱い、同じ独占禁止の審査の原則と基準を適用する。この意味で、知的財産権は反トラスト法の「除外領域」を構成するものではない。第二に、知的財産権の濫用行為に対する規制は、知的財産権の「合法的独占」の否定と排除に等しくない。知的財産権に基づいて形成された市場支配力自体が当然には違法を構成することなく、知的財産権の行使が法定の限界を超え、他人の利益と社会公共の利益を損なう結果をもたらしてはじめて反トラスト法が規制する「権利の濫用」とみなすことができる。

伝統的な経済と同様に、デジタル経済における知的財産権の保護と独占禁止の規制には、相互作用と協調の一般的な関係がある。しかし、デジタル経済も伝統的な経済とは異なり、プラットフォーム、アルゴリズム、データの3つの要素によって形成された新技術、新業態に基づいて、独占禁止の規制の体系の枠組みと規範構成に挑戦している。その問題は主に以下の点に表れている。

² [日]丹宗昭信ら編、謝次昌訳『現代経済法入門』[现代经济法入门] 50頁（群衆出版社、1985年版）を参照。

³ 梁慧星『民法総論』[民法总论] 251頁（法律出版社、1996年版）を参照。

①ネットワークプラットフォームの個人主体の属性と公共的機能。情報技術の発展に伴い、ネットワークプラットフォームは、既にかつての取引の仲介業者から情報集約、要素生産、資源配分を一体とする新しい経済的中枢となっている。プラットフォームとアルゴリズム、データの融合は、時空の制限を超えて、各種主体をリンクさせ、総合的なサービスを提供することができ、連動的でインタラクティブなデジタル経済形態を構築することができる⁴。さらに重要なのは、ネットワークプラットフォームは、プラットフォーム消費におけるユーザーの非排他性と非競争性という公共財的な属性を持っていることである。同時に、ネットワークプラットフォームは、現代的なガバナンス理論上の「準政府」の機能を有しており、すなわち取引ルールを制定し、取引の秩序を維持し、取引市場を管理し、市場資源を配分する重要な役割を有しており、ひいては「市場/政府」以外の「第三の力」となっている⁵。これは、ある種の公共的機能を有するが、私人的な属性を持つ特殊な法律主体である。民商法の分野では、ネットワークプラットフォームは、経営活動の主体と民事権利の主体として、人格平等性と意思自治性の私法的特徴を持っていると考えられる。一方、独占禁止の領域において、ネットワークプラットフォームは消費者、事業者、管理者の依存によって相当適度の支配力と影響力を形成し、その私的な主体の属性と「第三の力」の公共財としての特性が衝突する可能性があり、公法より必要な規制を行う必要がある。一般的な民事主体及びその他の社会主体に比べて、ネットワークプラットフォームはその資本力、ネットワーク効果⁶、アルゴリズムとデータの優位性、規則に基づいて権利を制定し、デジタル経済市場の競争秩序に影響又は変化をもたらすことができ、さらにネットワークプラットフォームの独占という状況が現れる可能性がある。要するに、インターネットプラットフォームは、デジタル経済時代の新しい商業組織となり、その市場支配力は知的財産権の構成における「合法的独占」になる可能性もあれば、反トラスト法に制限される「権利濫用」になる可能性もある。

②アルゴリズム技術の財産権保護と法規制。一般的な意味で、アルゴリズムは計算方法であり、問題を解決する方法とステップである。デジタル経済時代において、アルゴリズムは、計算、データ処理、自動整理などの過程を含み、例えばデータフォーマット化、データ洗浄、ビッグデータ訓練、アルゴリズムアップグレード、インテリジェント意思決定、クラウド計算、量子計算など、すべてアルゴリズムの表現形式であると言える。デジタル技術の発展過程において、アルゴリズムは非常に重要で核心的な地位を有しており、コンピュータ科学のイノベーションは、ある意味においてアルゴリズムのイノベーションである。コンピュータソフトウェアシステムでは、プログラムとアルゴリズムは1つに合わせられたものであり、アルゴリズムすなわちプログラムである。実際には、両者の細分化は、著作権可能なオブジェクトと専利可能なトピックの異なる範囲を定義することができる。ここで、プログラムは情報

⁴ 楊東「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战] 中国法学 2020 年 3 期 208 頁。

⁵ ネットワークプラットフォームは、情報収集、取引マッチング、市場フィードバックの効率化と正確化を実現ことができ、即ち生産と取引はプラットフォームを通じて買い手と売り手をリンクさせ、配置を行い、市場資源配分の新たな重要な方式となる。統計によると、2020 年度にアリババが経営する商品取引の総額は 7 兆元に達し、同年の浙江省の GDP 総額を上回った。張晨穎「公共の観点におけるネットワークプラットフォームの独占禁止の規制」[公共性视角下的互联网平台反垄断规制] 法学研究 2021 年 4 期 157 頁を参照。

⁶ 経済学において、ネットワーク効果とは、このような製品及びその互換性のある製品を購入する消費者の数が増えるにつれて製品価値が上昇することを意味する。情報製品には相互接続の内在的な需要がある。なぜなら、人々が生産、使用する目的は、情報をよりよく収集し、交流するためであるからである。このような需要の満足度は、ネットワークの規模と密接に関連している。規模の経済の場合、すべてのユーザーがネットワーク規模の拡大からより大きな価値を得ることができる。この場合、ネットワークの価値は等比数列的に増加する。ネットワーク効果は、ネットワークプラットフォームが優位な力を獲得し、独占的な地位に至る基礎である。

の実行と処理の一連の命令であり、プログラムファイルと文書資料を含み、著作権法上の機能的著作物である。アルゴリズムは、プログラム実行の方法とステップであり、プログラムの核心であり、専利法上の「知的活動の規則と方法」に分類することができる⁷。「知的活動のルールと方法」は、演算方法、ビジネス方法、ゲームのルールなどを含み、本来は専利から除外された分野に属する。現代専利法の実践において、上述のルールと方法が抽象的な思想に限らないとすれば、技術的機能を有したり、あるいは物質の媒体により関連していたりした場合、専利適格性を生じる可能性がある。これは、一部の学者が称する「抽象的思想と具体的技術の二分法」又は「実用/非実用の二分法」であり⁸、それをもってアルゴリズム専利認定の重要な基礎とする⁹。デジタル経済におけるアルゴリズムは、「技術的中立」の基本的な属性を持っているが、ネットワークプラットフォームの濫用になり、「アルゴリズム共謀」、アルゴリズム差別、アルゴリズムブラックボックスなどの問題が発生し、正常な市場競争の環境を変え、ひいては危害を及ぼす可能性がある。反トラスト法においては、事業者がアルゴリズムを利用して独占の協定を締結して市場競争を排除、制限したり、アルゴリズムを用いて市場支配的地位を濫用したり、取引の拒否、取引の制限、差別的な待遇を実施したりする行為は、アルゴリズムの濫用又はアルゴリズムの知的財産権の濫用を構成し、デジタル市場の監督管理の問題を生じさせる。アルゴリズムの専利権保護とアルゴリズムの濫用行為の規制は、デジタル法治と同じ問題の表裏の両面であると考えられる。

③データ財産の権利付与とデータ独占の行為。デジタル経済時代において、データの中核的な価値は単一データ上の情報価値からデータ産業の要素的な価値へと転換した。財産権の客体の体系において、データはその独特な財産的地位があり、非物質的な財産として、有形の動産と不動産とは異なり、同時に非創造性の無形財産として、発明、著作物などの知的類型の財産とも異なる¹⁰。データの権利付与の対象は、特定化された新たな客体であると考えられる。知的財産権の分野では、データ財産の保護に対して法律で提供されている制度には、データ契約のモデル、データベースの著作権のモデル、データの秘密保護のモデル、データの不正競争防止のモデルなどがある。上述の保護モデルは、客体適格の条件、権利効力の範囲及び保護方式などの面でデータ財産と合致していないため、一部の国と地域ではデータ財産権の専門立法を試みている。その中で、2022年の欧州委員会の「データ法提案」が最も国際社会の注目を集めている。この法案は、EUで議論されており、成立するかどうかは予想できない。しかし、いずれにしても、「データ法提案」はデータの権利付与の客体の範囲を限定し、データの財産権の効力を制限し、ユーザーのデータアクセス権を創設するやり方を通じて、私法の内部規制を強化し、異なる主体の利益のバランスを重要視する法政策の方向性を示すことは肯定的である¹¹。デジタル経済の時代において、ビッグデータはデジタル企業の重要な市場競争の要素である。彼らは優位な力を獲得するネット

⁷ 呉漢東「コンピュータソフトウェア著作権保護の問題に関する研究」[计算机软件专利保护问题研究]当代法学 2022 年 3 期 4 頁を参照。

⁸ 崔国斌「専利法における抽象的思想と具体的技術」[専利法上の抽象思想与具体技术]清华大学学报(哲学社会科学版) 2005 年 3 期 37 頁、張吉豫「スマート時代におけるアルゴリズム専利の適格性理論の論証」[智能时代算法专利适格性的理论论证]当代法学 2021 年 3 期 89 頁を参照。

⁹ 厳密に言えば、アルゴリズムの知的財産権の保護は、専利権付与の方法のほか、商業秘密保護を適用することができるが、専利権の保護はアルゴリズムの技術案にのみ関連し、商業秘密の保護はアルゴリズムの技術案だけでなく、アルゴリズム自体までもカバーする。殷繼国「人工知能時代におけるアルゴリズムの独占行為の独占禁止の規制」[人工智能时代算法垄断行为的反垄断规制]比较法研究 2022 年 3 期 189 頁。

¹⁰ 知的財産権の客体は、創造性、非物質性、公開性の基本的な特徴を持っている。呉漢東『知的財産法』[知识产权法] 36 頁(法律出版社、2022 年版)を参照。

¹¹ 呉漢東「デジタル財産権付与の立法的選択」[数据财产赋权的立法选择]法律科学 2023 年 4 期 49 頁。

ワーク効果とユーザーの依存を吸着する「ロック効果」によって¹²、関連分野で市場支配的な地位を占め、それによって市場占有率のアンバランスを招き、関連市場の競争状況の不十分さが現れる可能性がある¹³。私法規制とは異なり、反トラスト法が注目しなければならないのは、「データの独占」行為である。第一に、データとアルゴリズムを重ねた「AI 共謀」である。例えば、プラットフォームの「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」事件は、実質的にはプラットフォームがユーザーの消費データを利用し、アルゴリズムを通じて差別的な価格を設定したところにある。データを基礎とする価格のアルゴリズムは、同じ価格のアルゴリズムを採用する機械間で「自主的な共謀」が形成される可能性を予告している。第二に、データ駆動型の経営者集中である。データ統合を目的とする企業の買収合併は、独占禁止の審査の対象となっており、鍵となる問題は、データが企業の支配力又は独占力を強化し、それによって経営者集中の評価要素となるかどうかである。第三に、データ市場の支配的地位の濫用である。データ支配的なデータ制御者は、他のデータ事業者がそのデータを使用することを不当に拒否し、そのデータを基盤とする関連市場に参入障壁を設ける。

デジタル経済分野における知的財産法と反トラスト法の一般的な関係分析によると、デジタル経済の発展は、既に市場競争の外在的形式と内在的要素を変えており、以下の認識を得ることができる。まず、ネットワークプラットフォームは、「勝者総取り」、寡占競争の基本的な特徴を持っている。ネットワークプラットフォームの拡張と発展は、ユーザー集積においてネットワーク効果とロック効果を持ち、デュアル主体市場やマルチ主体市場では、デジタル化された規模の経済が形成されやすい。これに基づいて、ネットワークプラットフォームは、生産、仕事、生活、学習、娯楽、社交、公共サービスなどの各種業務を組み合わせたデジタル生態系を構築することができ、それは企業/市場の二重機能を融合し、業界/政府のいくつかの機能を兼ね備え、最終的にプラットフォーム自身の市場支配力又は独占力を形成する¹⁴。経済学者が分析したように、プラットフォーム経済における各種組織形式間の競争関係は、ネットワークプラットフォームの規模効果、ネットワーク効果及びデジタル技術と資源優勢を基礎としており、「天然の独占傾向がある」¹⁵。次に、デジタル市場競争は、プラットフォーム、アルゴリズム、データの基本要素を持っている。デジタル経済の条件下で、デジタル商業組織のプラットフォーム、デジタル技術要素のアルゴリズム、デジタル資源要素のデータは、3つの要素が融合した市場競争の構造を構成している。その中で、プラットフォーム競争は、市場主体間の競争として表現され、その競争対象は主にアルゴリズムとデータに関連している。法律面では、プラットフォームのアルゴリズム技術とデータ資源の競争は、実質的に知的財産権の競争である。デジタル経済の中で最も代表的なビジネスモデルは、プラットフォームモデルであり、上述の規模的な効果やネットワーク効果とロック効果は、すべてネットワークプラットフォームの運行において反映・作用した結果である。デジタル経済発展の重

¹² 経済学者アーサーは、産業クラスターがそのライフサイクルの進化過程で発生する経路依存に基づいて「ロック効果」の理論を提案した。インターネット市場では、2つの性能が比較的近い新製品、あるいは2つの性能が少し異なる新製品が、市場に参入する時間が異なるため、その状況は大きく異なる。See Brian A W. Competing Technologies, Increasing Returns and Lock In by Historical Events[J]. The Economic Journal, 1989(3):116-131.

¹³ 中国インターネット情報センター (CNNIC) が発表した「2016 年中国ソーシャルアプリケーションユーザー行動研究報告」によると、テンセント社はインスタントコミュニケーションツール市場に「QQ」と「微信」を持ち、ネットユーザーの利用率がそれぞれ 67.5%と 85.8%だった。「2016 年中国ネットユーザー検索行動調査報告」によると、百度検索のブランド浸透率が 82.9%である。

¹⁴ 楊東「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战] 中国法学 2020 年 3 期 215 頁を参照。

¹⁵ 謝富勝「プラットフォーム経済グローバル化の政治経済学的分析」[平台经济全球化的政治经济学分析] 中国社会科学 2019 年 12 期 69 頁を参照。

要な原動力と重要な生産要素は、先進的なアルゴリズムとビッグデータに由来する。ネットワークプラットフォーム間の競争は、主にデータの収集と使用を中心に展開され、データの争奪はアルゴリズム技術の後支えから離れられない。プラットフォーム企業は、デュアル主体市場をコントロールし、マルチ主体市場に参入し、国境を越えた競争と規模の拡張を行い、資本力、アルゴリズムの強勢、データの優位性及びルールを制定する権力を持つことに依存する¹⁶。プラットフォーム、アルゴリズムとデータをめぐる3つの要素が融合する競争の問題に基づいて、デジタル知的財産権の取得と行使に関わるだけでなく、知的財産権の濫用の独占禁止の審査にもつながると考えられる。最後に、デジタル企業の独占は、実際の属性と法律的属性を結合した基本的な態様を持っている。デジタル企業のネットワーク効果と情報技術イノベーションは、ネットワークプラットフォームの高度な市場集中をもたらし、主導事業者の市場支配力を強化した¹⁷。このような独占的地位は、市場競争の過程で形成されたものであり、デジタル経済的な意味での実際の属性を持っている。また、デジタル企業のアルゴリズム技術成果とデータ集積の優位性は、技術イノベーション、ビジネスモデルのイノベーションの競争に基づいてもたらされ、知的財産権の保護を受けている。知的財産権は、「合法的独占」の権利であり、ある程度市場独占の権利でもあり、権利者はデジタル製品の使用方法、使用範囲及び使用価格などを「独占」することができ、その市場支配地位はデジタル知的財産権の意味での法的属性を有する。まとめると、デジタル企業の独占は、市場において実際に形成され、法律によって権利付与されたものである。反トラスト法の視点の下で、企業がイノベーション競争に基づいて獲得した「独占的地位」は、合理的であるだけでなく、保護に値する。これは、規模の経済の効果を維持し、イノベーションの効率を追求する重要な方式でもある¹⁸。

総じて言えば、デジタル経済分野の知的財産権の問題は、「プラットフォーム経済の運営+デジタル知的財産権の行使」の基本的な態様を示している。反トラスト法は、イノベーション的な競争に基づいて得られた実際の独占的地位とデジタル知的財産権の合法的な独占的効力を認め、保護すると同時に、デジタル企業がその市場勢力を維持するために不合理に競争を排除し、制限することを防止し、制止しなければならない。デジタル市場の公平な競争秩序を保障し、デジタル独占と権利濫用を防止することは、デジタル経済の法治化の重要な任務である。デジタル経済分野の知的財産権の濫用、反トラスト法がどのように規範化されているか、反トラスト法の執行がどのように行われているか、独占禁止規制の必然性と実然性に関する分析は、本文が研究しようとする重要な話題である。

2. 「プラットフォーム経済+デジタル知的財産」の独占行為を規制するための法律の適用

デジタル経済分野の知的財産権の独占禁止の規制について、主に以下の法律及び行政法規が適用される。①2007年に可決し、2022年に改正された「反トラスト法」。同法は、中国で「独占行為の予防と制止」を適用する基本的な法律制度である。そのうち、「付則」68条は専門的に「事業者が知的財産権に関する法律、行政法規の規定に基づいて知的財産権を行使する行為であり、本法は適用されない。しか

¹⁶ 孫晋「デジタルプラットフォームの独占禁止の監督・管理」[数字平台的反垄断监管] 中国社会科学 2021年5期 105-107頁を参照。

¹⁷ 方翔「デジタル経済時代における反トラスト法の創造の価値目標を論じる」[论数字经济时代反垄断法的创新价值目标] 法学 2021年12期 165頁を参照。

¹⁸ 王先林「反トラスト法と創造的發展-反トラスト法と知的財産権保護の協調と發展も兼ねて論じる」[反垄断法与创新發展—兼论反垄断与保护知识产权的协调发展] 法学 2016年12期 52頁を参照。

し、事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除、制限する行為は本法を適用する」と規定している。この条項は、知的財産権を行使する正当な行為は、反トラスト法の適用が免除されるものであり、即ち知的財産権自体が認められ、保護された「合法的独占」であることを示している。前記規定は、反トラスト法が規制する除外条項である。それと同時に、知的財産権を濫用して競争を排除、制限する行為は、反トラスト法の意味での不法行為を構成し、ここでの「但書」は、独占禁止の審査の適用条項である。2022年の改正案9条は、事業者がデータとアルゴリズム、技術、資本優位性、プラットフォーム規則などを利用して「反トラスト法」で禁止されている独占行為を行うことを原則として規定している。22条において、市場支配的地位を有する事業者がデータやアルゴリズム、技術、プラットフォーム規則などを利用して不公正取引、取引拒否、取引制限を含む市場支配的地位の濫用を行う行為を禁止することを専門に規定している。全体的に言えば、反トラスト法において、知的財産権分野の権利濫用の問題に対する規定は包括的で原則的であり、知的財産権の行使における「独占行為」に対して一般的な定義と認定を行うことは、立法上の意義が重大であるが、具体的な裁判方法には触れていない、②2019年国務院独占禁止委員会が公表した「知的財産権分野に関する独占禁止ガイドライン」（以下「知的財産権ガイドライン」と略称する。）がある。このガイドラインの総則は、主に知的財産権分野の独占禁止分析の原則、分析の構想及び分析の過程の考慮要素を確立した。その他の特定の章では、知的財産権の独占行為に関する認定ルールには、「競争を排除、制限する可能性のある知的財産権の協定」、「知的財産権に関する市場支配的地位の濫用行為」、「知的財産権に関する経営者集中」及びパテントプール、標準必須専利、著作権集中管理などの「知的財産権に関するその他の状況」が含まれる。全体的に言えば、このガイドラインは反トラスト法と接続するアーキテクチャを採用し、知的財産権の行使の表現形式を結合し、類型化された知的財産権の独占行為を記述し、合法と違法を明確に判定する分析の考え方、考慮要素を明確にし、「知的財産権ガイドライン」が持つべき制度機能を表現し、法執行機関が業務において適用する規範を示し、市場主体が自分の行為を制約することに法制度の方向を提供した。③2021年国務院独占禁止委員会が「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」（以下「プラットフォーム経済ガイドライン」と略称する。）を公表した。このガイドラインは、「知的財産権ガイド」の構造とかなり合致しており、「総則」「独占協定」「市場支配的地位の濫用」「経営者集中」「行政権力の濫用による競争の排除、制限」「付則」の6か章から構成されている。このガイドラインの発表は、プラットフォーム経済分野の独占禁止の監督管理を強化するために的確で専門的な制度規則を提供し、反トラスト法の執行機関の法執行基準の統一に役立つ。同時に、プラットフォーム経済分野の事業者のコンプライアンスに明確な法律的ガイドラインを提供し、デジタル市場の公平な競争と消費者の利益を維持するのに役立つ。このガイドラインは、プラットフォーム経済分野の独占禁止規制のための法的根拠であるが、その中でデータ、アルゴリズムに関する独占要素の分析は、デジタル知的財産権の濫用と関係がある。全体的に言えば、反トラスト法を根本的な根拠とし、「知的財産権ガイドライン」と「プラットフォーム経済ガイドライン」を基本的なガイドラインとし、科学的な理論と方法を活用し、デジタル経済分野の独占禁止の規範体系を総括し、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の独占行為を規制する実践的方案を検討しなければならない。

反トラスト法で規制される知的財産権の独占は、事業者が知的財産権を濫用して競争を排除、制限したため、反トラスト法の規定に基づいて認定と処理を行う行為である。独占禁止審査の分析フレームワークは、市場構造的要素を基本対象とし、関連市場の範囲、市場支配力、市場参入の難易度を論理構造とする。すなわち、知的財産権の濫用による独占行為は、「知的財産権に関連する関連市場の定義、関連

市場における市場支配的地位、反競争的な方式を採用して当該地位（濫用行為）を維持又は強化し、競争を解消する効果又は危険性があり、その他の正当な理由に基づいて正当性を獲得することはできない」¹⁹という要件を備えなければならない。以下、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の独占禁止の規範適用について次のように解説してみよう。

（１）関連市場を定義する方法

関連市場の定義は、市場支配力を認定する前提である。これは、知的財産権による市場支配的地位を認定する際に、知的財産権によって保護された技術や製品の代替品が少ないことを証明しなければならないからである。権利者が関連市場で有効な競争を制限する能力があることを証明しなければならないからである。ここで、関連する市場範囲の定義は、独占禁止の審査の重要な一環である。

関連市場は、具体的な事件と関係がある市場であり、すなわち具体的な事件の中で、競争関係又は競争を制限する行為が当該関連市場で発生したものである。関連市場の範囲を定義するには、次の２つの要素を考慮する必要がある。１つは、関連する知的製品の市場、すなわち具体的な案件において、関連事業者の製品又はサービスがどのような製品又はサービスと競合関係にあるかということである。関連製品の市場とは、製品の性能、用途、及び価格に応じて、消費者の立場から相互に交換又は代替できるすべての製品サービスを指す²⁰。知的財産権の影響を受ける市場は、「商品市場」「技術市場」「開発イノベーション市場」に分けることができる。ここで、関連する市場定義の鍵は、特定の製品やサービスにおいて代替品が存在していることを確定することにある。もう１つは、関連地域の市場、すなわち関連事業者がその製品又はサービスを販売する地理的範囲である。知的財産権の影響を受ける地域市場は、製品やサービスの有効な競争が存在する地理的範囲と関係がある。関連地域市場の範囲は、国内のある地域、又はある国、又は若干的な国からなる経済地域、さらには世界範囲である可能性もある²¹。地域市場を特定する方法は、主に製品やサービスの販売範囲を考察し、消費者が便利に選択して購入することも選択肢の１つである。そのほか、消費者の好みや政府規制の影響を受けている。

関連市場を定義するルール及びその代替性を分析する方法は、プラットフォーム経済又はデジタル知的財産権分野における規範の適用には、個別事案の分析と合わせて法律の解釈を行い、法律規範の有効な適用を図る必要がある。現在、以下３つの問題が注目に値する。①ネットワークプラットフォームはマルチ主体市場であり、市場の国境を越えるという特徴があり、不確定要素の状況において、どのように正確で合理的にデジタル経済分野における関連市場を定義するか²²。②ビッグデータとそのアルゴリズムは、デジタル市場に応用され、プラットフォーム性とネットワーク性の特徴が顕著であり、経営者

¹⁹ 韓立余「反トラスト法が知的財産権濫用を規律する特徴と限界」〔反壟断法规范知识产权滥用的特点与局限〕暨南学报（哲学社会科学版）2007年2期93頁。

²⁰ 王曉曄『欧州共同体の競争法』〔欧共体競争法〕77頁（中国法制出版社、2001年版）。

²¹ マイクロソフト独占事件で、米国のジャクソン判事は、マイクロソフトのインテル互換パソコン・オペレーティング・システムの関連地域の市場を全世界の範囲と判断した。方興東編『マイクロソフトの罪状-米国法院・政府がマイクロソフトを訴えた事案の事実認定』〔微软罪状-美国法院政府诉微软一案事实认定〕39頁（中国友谊出版公司、2000年版）。

²² プラットフォームに関する関連市場の定義には、分析技術の難しさとあり、定義すべきかどうかにも異なる主張がある。「プラットフォーム経済ガイドライン」は公開意見募集稿の中で、特定のケースにおいて、直接事実証拠が十分で、独占行為が一定的な時間に持続し、損害効果が明らかで、関連市場を正確に定義する条件が不足しているか非常に困難である場合、関連市場を定義せず、プラットフォーム事業者が独占行為を実施したと直接認定することができると規定している。しかし、このガイドラインの正式な文書はこの条項を削除した。張晨穎「公共の観点におけるネットワークプラットフォームの独占禁止の規制」〔公共性视角下的互联网平台反壟断规制〕法学研究2021年4期154頁を参照。

集中に関連する製品が既存の商品や関連市場に分類できない可能性があり、このような状況が関連市場定義の核心的ルール的位置付けに影響するか否か²³。③デジタル経済分野では「非価格競争」が通用し、プラットフォームは、デジタルコンテンツサービスを無料で提供し、消費者は対価としてお金ではなく個人データを提供し、このような状況に対してどのように需要の代替を行ったり、供給の代替を分析したりするか²⁴。

デジタル知的財産権分野の独占禁止に関連する関連市場について、主に以下のルールがある。①関連市場を定義するには、反トラスト法における関連市場の定義に関する基本的な根拠と一般的な方法を従う必要がある。同時に、知的財産権とプラットフォーム経済の特殊性を考慮し、個別事案によって具体的な分析を行う（「知的財産権ガイドライン」3条、「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）、②関連商品市場の定義の基本的な方法は、代替の分析である。個別事案においては、プラットフォーム機能、ビジネスモデル、アプリケーションシーン、ユーザー層、マルチ主体市場、オフライン取引などの要素に基づいて需要の代替性を分析することができる。供給の代替が事業者の行為に与える制約が需要の代替に類似する場合、市場参入、技術障壁、ネットワーク効果、ロック効果、移転コスト、国境を越えた競争などの要素に基づいて供給の代替の分析を考慮することができる（「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）、知的財産権は、取引の標的とすることもできるし、商品やサービスの提供に用いることもできる。関連商品の市場だけを定義して行動の競争的影響を全面的に評価することが難しい場合は、関連技術の市場を定義する必要があるかもしれない。関連する技術市場を定義するには、技術の属性、用途、許諾費、互換性、関連知的財産権の有効期限、需要者が他の代替関係のある技術に転向する可能性及びコストなどの要素を考慮することができる（「知的財産権ガイドライン」4条）、③関連地域の市場の定義も同様に、代替の分析を採用する。プラットフォーム経済分野が関連地域市場を定義する際、多数のユーザーが選択する商品の実際の地域、ユーザーの言語的選好と消費の習慣、関連法律法規の規定、異なる地域の競争制約の程度、オンラインとオフラインの融合などの要素を総合的に評価することができる（「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）。知的財産権分野の関連市場は、関連する地域市場を定義し、知的財産権の地域性を考慮する必要がある。関連取引が複数の目標と地域に関連する場合は、関連地域の市場定義に対する取引条件の影響も考慮する必要がある（「知的財産権ガイドライン」4条）。

独占的契約、市場支配的地位の濫用、経営者集中の独占禁止の審査には、通常、関連市場を定義する必要がある（「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）。反トラスト法の適用において、デジタル知的財産権分野の関連市場の定義は、「プラットフォーム経済ガイドライン」の関連問題であると同時に、「知的財産権ガイドライン」の特別な問題であり、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の関連分析の特徴を有する。上述のガイドラインは関連市場の定義について詳しく説明し、基本的な分析方法を強調し、具体的な考慮要素を明確にした上で、デジタル経済分野の知的財産権の濫用行為の特徴と結びつけて個別に分析を行うべきである。

²³ 「非関連市場」「未来市場」の概念を提案し、プラットフォーム製品と既存の商品とその関連市場の区別を記述した声もある。すなわち、このような市場は時間的、地理的、商品カテゴリー的に既存の関連市場概念では説明できない。陳兵「ビッグデータの競争法的属性と規制の意義」[大数据的競争法属性及規制意义] 法学 2018 年 8 期 112 頁を参照。

²⁴ EU の立法経験を参考にして、関連する市場定義における「価格」要素に対して拡大的な解釈を行うことができ、ユーザーデータを対価として提供する取引形式を考慮し、即ちビッグデータ市場のユーザーサービス市場に対する競争効果を評価することを提案した声もある。

(2) 市場支配的地位の認定基準

関連市場で支配的な地位を有することは、市場支配的地位の濫用という違法行為に対する制裁の基礎である。欧米諸国の裁判所や仲裁機関は、知的財産権を有することを市場支配力があるという仮定をしなくなった。知的財産法は、ある知的成果に専有権を付与し、反トラスト法の意味での市場独占とは異なる。米国の1995年「知的財産権の許諾行為に関する反トラストガイドライン」において、保護された知的財産権を持つことが市場支配力を持つことを意味するわけではないと規定されている。理論的には一部の知的財産権が独占を形成することができるが、一般的に知的財産権が保護されている技術や製品には常に代替可能な技術や製品が存在するため、実際に独占を形成できる知的財産権はほとんどないと考えられる。したがって、知的財産権があるという事実だけでは市場支配力のある結論を導き出すことはできない²⁵。知的財産権自体が市場支配的地位に等しくないため、知的財産権を持つ企業が市場支配力を持っているかどうかの分析は、市場支配的地位を定義する一般的な基準に従わなければならない。

市場支配的地位は、市場の優位地位あるいは市場の制御地位とも呼ばれ、企業が特定の市場で持っているある程度の制御力、即ち関連製品の市場と地域市場において、製品の生産量、価格と販売などの各面を決定する支配能力を持っているということである。欧州委員会は、企業が競争者、顧客、最終的な消費者行動からかなり独立した力を持つように、関連市場での有効な競争を制止できるようにするための経済的な力の地位を有するという欧州裁判所の市場支配地位の定義を引用した²⁶。「知的財産権の許諾行為に関する反トラストガイドライン」において、市場支配的地位を、関連市場で価格を競争レベル以上に維持し、生産量を競争レベル以下に維持して長期にわたって利益を得る能力と解釈している。市場支配的地位の認定は、主に市場シェアと市場参入の障壁の2つの側面から考察されていると考えられる。①市場シェア、すなわち特定の企業が制御するある関連市場の割合、これは市場支配的地位を確定する最も重要な要素である。米国の裁判所、欧州委員会は、マイクロソフトの案件において、マイクロソフトのオペレーティングシステムの関連市場における高い市場シェアに基づいてマイクロソフトがマイクロソフトのオペレーティングシステム市場において市場支配的な地位を占めていると認定する市場シェアの分析から着手した。説明する必要があるのは、国によってシェアの認定方法が異なることである。大陸法系の国では、成文法の形で市場シェアを明確に規定する「警戒線」が多い。例えば、ドイツ「カトル法」19条は、1つの企業が1/3以上の市場シェアを占めていれば、市場支配的な地位があると推定できると規定している。日本の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」2条は、1つの事業者の市場占有率が1/2を超えた場合、又は2つの事業者それぞれの市場占有率の総和が3/4を超えた場合、独占状態を構成すると規定している。判例法の伝統的な国である米国は、主に司法実践を通じて市場シェア基準を調整し、システム全体の数学分析のモデルを形成した。②市場参入の障壁、すなわち市場の新規参入者が既存の市場主体よりも大きな経済コストを支払う必要がある²⁷。これは、企業が市場支配的な地位を持っているかどうかを定義する重要な要素である。一般的に、参入障壁が高い市場では、潜在的な競争者が市場に参入する可能性は低い、既存の優位なシェアを持つ企業は市場

²⁵ 王先林「反トラスト法と知的財産権保護の間の平衡」[反壟断执法与知识产权保护之间的平衡] 知識産権 2007年6期5頁を参照。

²⁶ 韓立余「反トラスト法が知的財産権濫用を規律する特徴と限界」[反壟断法规范知识产权滥用的特点与局限] 暨南学报(哲学社会科学版) 2007年2期93頁を参照。

²⁷ 孔祥俊『反トラストの原理』[反壟断法原理] 533頁(中国法制出版社、2001年版)を参照。

支配的な地位を占めていると見なされやすい。市場参入の障害を認定する際、単一製品の市場は往々にして市場支配的地域を有すると認定されるおそれが高い。知的財産権を持つ企業にとって、関連市場が1つの知的財産権によってカバーされた1つの製品に縮小した場合、その知的財産権は、代替品を排除する事実そのもの、即ち企業の実際の独占状態の形成を意味する。ハギン（Hugin）事件で、裁判所はハギンをハギンの予備部品に関する唯一のサプライヤーと認定し、リプトン（Lipton）や他の類似企業の生産はこの予備部品の供給に依存していたが、この部品に含まれる知的財産権が参入の障害であり、それがハギンの市場支配的地位を強化する要因となったとした²⁸。上記2つの要因の分析の意義は、市場占有率が高いほど、市場支配的地位を形成する可能性が高く、市場参入の障壁が多いほど、市場の支配的地位が認定される可能性が高くなることを示している。

市場支配的地位の認定基準については、中国の反トラスト法に明確に規定されている。①反トラスト法の一般規定であり、以下の条項を含む。定義条項について、「本法でいう市場支配的地位とは、事業者が関連市場内で商品の価格、データ又はその他の取引条件を制御することができ、又は他の事業者の関連市場への参入能力を阻害、影響することができる市場地位を有することを指す」（22条）と定められている。分析要素の条項について、市場支配的地位を認定する根拠とすべき主要要素を列举し、市場シェア要素と市場参入の障害となる要素を含む（23条）。市場支配的地位の推定制度について、事業者の関連市場におけるシェアから市場支配的地位を推定する（24条）。②「知的財産権ガイド」の専門規定である。「知的財産権と市場支配的地位の認定」の特別条項の中で、「事業者が知的財産権を持つことは、市場支配的地位を持つことを意味するものではない」と明確に宣言した。同時に、知的財産権の事業者が関連市場で支配的地位を持っているかどうかを認定する際、反トラスト法の一般規定に基づいて分析し、知的財産権の特徴と結びつけて、知的財産権の代替性、下流市場の知的財産権を利用して提供された商品に対する依存性、取引対象が事業者に対するバランス性などの要素を考慮しなければならない（14条）。③「プラットフォーム経済ガイドライン」の具体的な規定である。反トラスト法の一般規定に基づいて、事業者が市場支配的地位を有すると認定又は推定することを強調し、プラットフォーム経済の特徴を結合して、以下の具体的な分析要素を提示した。事業者の市場シェア及び関連市場競争状況、事業者が市場を制御する能力、事業者の財力と技術的条件のほか、事業者の当該事業者に対する取引上の依存度、他の事業者が関連市場に参入することの難しさなどが挙げられる。

市場支配地位の認定基準は、デジタル経済条件の下で既に新しい審査内容と考量要素が発生しており、その法律の適用には以下の問題が検討される価値がある。①デジタル市場における市場支配地位の形成は、通常多種の要素の総合作用の結果である。関連市場は、もはやある伝統的な市場ではなく、関連市場の競争はプラットフォーム、データ、アルゴリズム、時間、計画などの資源的要素と技術的要素を中心に多次元の競争を展開することが多い²⁹。市場支配的地位の認定は、プラットフォーム経営モデル、ネットワーク効果、ロック効果、技術特性、市場イノベーションなどを考慮しなければならない。くわえて、デジタル経済要素に知的財産権要素が含まれている可能性がある。②市場支配的地位の独占の禁止を分析する際に、事業者が製品の生産量、価格、販売などを決定する制御力を持っているかどうかを審査することが重要である。デジタル経済の分野では、データを含む知的財産権が企業の市場力を増強する可能性がある。「プラットフォーム経済ガイド」11条において、「知的財産権を持ち、関連データを

²⁸ 王曉曄『欧州共同体の競争法』[欧共体競争法] 217頁（中国法制出版社、2001年版）を参照。

²⁹ 楊東「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战] 中国法学 2020年3期 217頁を参照。

把握し、処理する能力」を市場支配的地位の認定における考慮要素とし、20 条において、「技術、知的財産権、データなどの必要な資源と必須施設の獲得の難しさ」を考慮要素とし、プラットフォーム経営者の集中が競争に与える影響を評価する。上記の規定は、独占禁止の規范文書において、技術、データと知的財産権の関係が並列的であり、技術、データが市場競争の資源要素である可能性を説明し、もちろん法律によって与えられた財産権的要素であってもよいことを示している³⁰。同時に、上記の各種要素は、独占禁止の審査において蓋然性の特徴を有する。M&A タイプのデータ独占の案件において、データが企業の市場力を増強しない場合、又は企業の市場力に与える影響が非常に少ない場合、データの問題は独占禁止の調査の範囲外となる³¹。③事業者がプラットフォーム経済分野の「必須施設」³²を制御するには、市場支配的地位を推定しなければならない。必須施設の原則を適用する目的は、特定の設置を有して市場支配的地位を有する企業が、他の事業者による当該施設の使用を拒否し、市場競争を制限、排除することを防止することである。デジタル経済の分野で、事業者はネットワークプラットフォームの運営者であり、データはプラットフォーム運営の重要な生産要素と核心的な競争の資源である。必須施設の原則に基づいて、プラットフォーム事業者は、公平、合理的、無差別の取引条件で、そのデータなどの施設を他の事業者にオープンにして使用しなければならない。関連プラットフォームが必須施設を構成しているかどうかを認定する際、「プラットフォーム経済ガイドライン」には、プラットフォームがデータを占有する状況、他のプラットフォームの代替性、潜在的に利用可能なプラットフォームが存在するかどうか、競争的なプラットフォームを発展させる可能性、取引の相手方のプラットフォームへの依存度、オープンプラットフォームがプラットフォーム事業者に与えられる影響などの考慮すべき要素が挙げられている。

（3）独占行為の判断ルール

反トラスト法の意味における知的財産権の濫用行為とは、知的財産権主体がその権利を不適切に行使し、特定の市場で排他的な制御を実行し、それによって他人の合法的な利益又は社会の公益が損なわれるという行為を指す。「排他的制御」とは、市場支配的地位を濫用する様々な行為（独占行為）によって、実質的に競争を制限する状態が形成されることである。「不適切な権利の行使」とは、以下 2 つの状況を含む。1 つは、権利者の行為が法律で定められた範囲を超えている場合である。権利の行使は、法定の範囲内でなければならない、その行為が法律で設定された限度を超え、かつ不合理に競争を制限していれば、反トラスト法に基づいて禁止することができる。もう 1 つは、権利者の行為が市場競争への阻害と制限をもたらす場合である。権利の行使は、自身の範囲内であるが、市場競争に不適切な制限をもたらした場合、同行為は反トラスト法の追及を受ける³³。

³⁰ 呉漢東「デジタル財産権付与の立法的選択」[数据财产赋权的立法选择] 法律科学 2023 年 4 期 49-50 頁を参照。

³¹ 丁曉東「ビッグデータ観点における独占禁止の法理的思考」[大数据视野下反垄断的法理思考] 東方法学 2021 年 3 期 110 頁を参照。

³² 必須施設の原則は、米国のシャーマン法 2 条に由来し、ある施設が「必須」と認定された後、当該施設の所有者は合理的な条件で当該施設を開放的に使用する義務を負わなければならないことを意味するものである。欧米の独占禁止の事例では、「施設」の利用者は「必須」と認定し、合理的な条件に基づいて利用を申請できると主張しており、「施設」の所有者はそれによって市場支配力を弱められる。付曉「データを独占を警戒：データ駆動型の経営者集中の研究」[警惕数据垄断：数据驱动型经营者集中研究] 中国軟科学 2021 年 1 期 64 頁を参照。

³³ 張瑞萍「反トラストはどのように知的財産権へ対応すべきか」[反垄断法应如何对待知识产权] 清華大学学报（哲学社会科学版）2001 年 4 期 34 頁を参照。

中国の反トラスト法で規制されている独占行為には、「事業者が合意した独占の契約」、「事業者が市場支配的地位の濫用」、「競争を排除、制限する効果があったり、又はおそれがあったりする経営者の集中」が含まれる（反トラスト法3条）。デジタル知的財産権の独占行為に関する判断ルールは、知的財産権の特徴を考慮しなければならない。独占行為は、「知的財産権を行使する行為であるかもしれないし、知的財産権の行使に関連する行為であるかもしれない」、上述の行為は、知的財産権を濫用し、市場競争のレベル又は競争の発展を妨害する効果がある。同時に、プラットフォーム経済の発展の状況、発展法則と自身の特徴に基づいて分析を行い、知的財産権及びデータ、アルゴリズム、プラットフォーム規則などを、プラットフォーム独占の行為を認定する考慮要素とした（「プラットフォーム経済ガイドライン」5条、11条、20条）。以下において分析する。

① 独占の契約

独占の契約は、独占禁止規制の重点分野であり、厳しい制裁を受ける主な対象である。中国の法律の文言において、独占の契約は、「競争を排除、制限する契約、決定又はその他の協同行為」と表現されている（反トラスト法16条）。独占の契約の呼称については、欧州連合法は「競争を制限する契約」、日本は「不正取引の制限」、韓国は「不正な共同行為」と各国法で異なる。文字表現の違いはあるが、独占を禁止する規制が指し示す方向は一致しており、独占行為の構成から言えば、独占の契約は以下のように要約することができる。第一に、主体的要件である。独占協定の実施主体は、2つ以上の事業者でなければならない。すなわち、行為者は双方の行為又は共同行為の多数の主体である。単一事業者は、契約を締結したり協同行為を実施したりすることができず、単一事業者が実施する独占行為は「市場支配的地位の濫用」の範疇に属する。第二に、形式的要件である。独占協定の表現形式は、主に書面、口頭又はその他の方式で締結された契約、決定であり、その他の協同一致の行為、すなわち当事者間の意思連絡の共謀も含む。第三に、効果要件である。独占協定は、競争を制限する目的や競争を制限する効果がある³⁴。独占の契約の規制可能性は、行為者の共謀の主観的意思だけでなく、その行為の不正性とその制限競争の効果にも関わる。ここでは、実質的な制限競争の結果の発生が要求されておらず、「事業者による独占の契約の締結、実施」（「プラットフォーム経済ガイドライン」2章）は、すべて禁止範囲の中にあり、すなわち、制限競争の目的又は実施結果はすべて効果的要件の構成である。

デジタル経済分野における知的財産権の独占の契約を結ぶという行動様式は、2つの「ガイドライン」を結合して総合的に分析しなければならない。「知的財産権ガイドライン」2章では、知的財産権に係る契約で、共同研究開発、クロスライセンス、排他的グラントバックと独占的グラントバック、不競争条項、標準制定などを含むものについて規定した。上記の契約は、通常、イノベーションを奨励し、競争を促進する効果があり、異なる契約の種類による積極的な影響が異なる。しかし、この種類の契約は、市場競争に排除、制限の影響を与える可能性もあり、独占禁止の規制を適用する。「プラットフォーム経済ガイドライン」2章では、プラットフォーム事業者が達成した「横型独占の契約」、プラットフォーム事業者と取引相手が達成した「縦型独占の契約」、プラットフォーム事業者が主導、又は幫助して達成した「放射型の契約」などを含むプラットフォーム経済分野の独占契約を規定している。その中で、「技術手段、プラットフォーム規則、データとアルゴリズムなどの方式を利用」ということは、上述のプラットフォーム独占契約を分析する重要な参考要素である。プラットフォーム分野で形成された独占契約は、

³⁴ 王先林『知的財産権と反トラスト法』[知识产权与反垄断法] 204頁（法律出版社、2020年版）。

伝統的な産業に関連する行動様式とは、判断ルールの面で全体的に一致しているが、非契約形式の「その他の協同行為」は、デジタル技術の特別な方法で実現できることを指摘しなければならない。これは、学界と実務界で話題の「アルゴリズムの共謀」の問題である。デジタル市場競争において、アルゴリズムは事業者共謀のツールになり得るもので、つまり事業者がアルゴリズムを利用したデータの収集、情報の伝達とスマートな決定の面での優位性を利用し、プラットフォームが生産販売、価格などの面で協同性共謀をもたらしやすく、共謀の隠蔽性、安定性を維持することができる。ここで、アルゴリズム技術の利用などは、知的財産権を行使する行為かもしれないし、知的財産権の行使に関連する行為かもしれない。まとめると、デジタル知的財産権の独占契約に関連し、特にアルゴリズム共謀様態の協同行為については、「ガイドライン」が意思連絡の判断、アルゴリズムツール作用の認定及びプラットフォーム事業者の举证責任の分配の面で細分化された規定を行う必要がある。

② 市場支配的地位の濫用

市場支配地位の濫用を規制する行為は、反トラスト法実体制度の基本的な構成部分である。市場支配的地位の濫用とは、市場支配的地位を有する事業者がその地位により、関連市場で不正に競争を制限し、社会的公共の利益、消費者の利益及びその他の事業者の利益を損なう行為を指すと考えられる。中国の法律の文言において、市場支配的地位の濫用に対して「行為類型の列挙+行為判断の包括条項」の規範的方法を採用している（反トラスト法 22 条）。市場支配的地位の濫用を禁止する条項は、各国の反トラスト法に明確に規定されている³⁵。

独占行為の性質からみて、反トラスト法で禁止されている市場支配地位の濫用には次のような特徴がある。第一に、市場支配的地位の濫用行為は、市場構造的行為の規制対象に属する。市場構造案は、市場シェアの基準であり、一般的に市場支配的地位を決定する基本的な根拠とされている³⁶。各市場要因に基づいて、事業者が市場支配的地位を有すると直接に認定しても、市場シェアの制御の割合に基づいて、事業者が市場支配的地位を有すると推定しても、市場構造的な分析方法の運用に該当する。第二に、市場支配的地位の濫用行為の構成要件の 1 つは、関連行為を実施することに「正当な理由がない」ことである。反トラスト法における市場支配的地位を濫用する行為に対する規制には、「商業的合理性」の原則を適用しており、正当な業界慣行と取引の習慣に合致し、「正当な理由」を構成する可能性があり、市場支配的地位を濫用する行為で論じることはない。法執行の実践において、関連する「正当な理由」は、事業者が示し、証拠を提示して証明しなければならない。第三に、市場支配的地位の濫用を禁止することは、特殊な責任主体を制限・監督する結果である。反トラスト法では、市場支配的地位を持つこと自体は違法ではなく、市場支配的地位を濫用して独占行為を構成する場合にのみ違法である。市場支配的地位の所有又は濫用には合法と違法の違いがあり、これを明確に区別することには難しい点がある。そのため、反トラスト法は、市場支配的地位の濫用に関する一般的な定義条項はなく、幾つかの重点行為の類型を列挙するとともに、反トラスト法の執行機関に「その他の行為」の判断を委ねている。市場支配的地位の濫用行為を判断する際、その適用規範は、反トラスト法と 2 つの「ガイドライン」に見られる。その中で、反トラスト法は、不公平な価格を設定する行為、コストを下回る価格による販売、取引の拒否、取引の制限、抱き合わせ販売又は不合理な取引条件の付加、差別的な待遇などの典型的な「濫

³⁵ 経済協力と発展組織編纂、崔書鋒、呉漢洪訳『産業組織経済学と競争法律専門用語の解釈』[产业组织经济学和竞争法律术语解释] 1 頁（中国経済出版社、2006 年版）を参照。

³⁶ 王先林『知的財産権と反トラスト法』[知识产权与反垄断法] 262 頁（法律出版社、2020 年版）を参照。

用」行為を挙げている。2022年の改正案では、事業者が「データやアルゴリズム、技術、プラットフォーム規則などを利用して」市場支配的地位を濫用する行為を行ってはならないことを規定している（反トラスト法 22 条）。上記のデータ、アルゴリズム、技術は知的財産権に関連している。「知的財産権ガイドライン」は、知的財産権の行使と市場支配的地位の濫用の関係について一般的な規定を行い、知的財産権に関する各種の市場支配的地位の濫用行為の類型、及び判断時に考慮できる具体的な要素を特定した。「プラットフォーム経済ガイドライン」は、プラットフォーム経済の特徴と結びつけて、事業者の市場支配的地位を判断又は推定する関連要素を規定している。そのうち、事業者が「所有する知的財産権、関連データの把握と処理能力、及び技術条件」などが「当該事業者の業務拡張又は市場地位の維持」に与える影響などを含む。「ガイドライン」には、社会が注目している「二者択一」、「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」などの問題に対して専門的に規定し、関連行為が市場支配的地位を濫用するという判断基準を構成するかどうかを明確にしている。「二者択一」は、「取引制限」の範疇に属し、プラットフォーム事業者がプラットフォーム内の事業者に他の競争的プラットフォームで経営してはならないことを要求したり、取引相手を限定して独占取引をしたりする行為である。「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」は、「差別的な待遇を施す行為」に分類され、プラットフォームがビッグデータとアルゴリズムを利用してユーザーを個別に分析し、異なる価格を受け取る行為である。

全体的に言えば、「法律+規律」の立法体系の中で、反トラスト法は市場支配的地位を濫用する行為に対して列举式の規定と禁止性の規範を採用した。2つの「ガイドライン」は、市場支配的地位を濫用する行為に対して種類分けして規定し、独占禁止分析の原則と方法を提示した。ここで、「正当な理由」すなわち「商業的合理性の原則」、市場支配的地位を有し、これが濫用を構成しているかどうかを判断することは特に重要な意義があり、法律の規定と規律のガイドラインに基づいて、個別の事案と結びつけて分析する必要がある。

③ 経営者集中

経営者集中は、反トラスト法規制の3つの独占行為の一つである。経営者集中とは、事業者が合併したり、一定の方式や手順で他の事業者を実質的に制御したりして、競争を排除、制限する効果があるかもしれない行為を指すと考えられている。中国の反トラスト法は、多くの国や地域の立法例と同じで、経営者集中の定義条項はなく、3つの具体的な状況を挙げて独占行為を定義している。(i) 事業者の合併、(ii) 事業者が持分の資産を取得することにより他の事業者に対する制御権を取得すること。(iii) 事業者が契約等により他の事業者に対する支配権を取得し、又は他の事業者に決定的な影響を与えることができること（反トラスト法 25 条）。経営者集中を規制する制度機能は、市場力の過度な集中を防止し、制限することを主旨とする。当該制度は、市場支配的地位の濫用への規制とは異なり、潜在的な市場力（非現実的に存在する独占力）の形成又は強化を図ることに対して事前予防、制御を行うことである³⁷。同制度は、市場構造の分析を通じて企業統合を制御し、事業者による独占の共謀（独占の契約）を規制する判断基準とは異なるが、どちらも自由で公平な市場競争の秩序を守ることを目的としている。そのため、反トラスト法は、企業合併などの独占行為の類型を列举した後、複数の条項で「経営者集中」の申告基準と内容、審査手順と期限、審査の決定及び発表などを規定し、独占禁止の審査の立場、態度と方法を明らかにしている。

³⁷ 王先林『知的財産権と反トラスト法』[知识产权与反垄断法] 248 頁（法律出版社、2020 年版）を参照。

関連マニュアルは、知的財産権とプラットフォーム経済の異なる面から、デジタル知的財産権の分野の独占禁止規則を細分化し、改善している。「知的財産権ガイドライン」は、知的財産権に関わる経営者集中には一定の特殊性があり、主に経営者集中を構成する状況、審査の考慮要素、追加制限条件などの面に表れていると強調した。ガイドラインにおいては、(i) 経営者集中を構成する状況。すなわち、事業者が知的財産権に関する取引（譲渡又は許諾）を通じて他の事業者に対する制御権を取得し、又は他の事業者に決定的な影響を与えることができる場合、経営者集中を構成する可能性がある、(ii) 審査の考慮要素。反トラスト法に規定された一般的な分析要素を考慮すると同時に、知的財産権の配置が集中取引の実質的な構成部分を成しているか、又は取引目的の実現に重要な意義を持つかどうかを考慮しなければならない。(iii) 制限条件。知的財産権に関する制限的条件には、構造的条件、行動的条件、総合的条件が含まれており、通常はケースごとに、上記制限的条件の提案を評価して、経営者集中が競争を排除、制限する効果があるかどうかを判断する必要がある。「プラットフォーム経済ガイドライン」は、反トラスト法執行機関がプラットフォーム経済分野の経営者集中を審査し、違法事実のある経営者集中を調査処理することを強調した。ガイドラインは、プラットフォームの経営者集中が競争に与える影響を評価する際、考慮すべき要素が規定されている。例えば、事業者が市場に対する事業者の制御力、事業者が持つ独占的な権利、データの把握と処理能力、経営者集中が市場参入に与える影響、事業者が技術、知的財産権、データなどの必要な資源や必須施設を得ることの難しさにかかわるなどが挙げられる。上記の情状は、知的財産権を行使する行為、又は知的財産権の行使に関連する行為に該当する可能性がある。デジタル経済分野では、デジタル寡占はアルゴリズム駆動型の経営者集中とデータ駆動型の経営者集中として表現される。前者は、先進的なアルゴリズムを通じて、主導する事業者のために潜在的な競争相手を正確に識別し、リアルタイムに監視することであり、すなわちアルゴリズムの駆動の下でキラー買収を実現するというものである³⁸。後者は、データの優位性を得ることを目的として、データ業経営者集中によるデータ独占とデジタルギャップを実現するというものである³⁹。先進的なアルゴリズムとビッグデータは、相互に強化された市場効果を生み、アルゴリズム駆動型の企業とデータ駆動型の企業の経営者集中が現れることに注意すべきである。デジタル知的財産権の独占禁止の審査は、法律、経済、技術など多くの考慮要素があり、法執行機関は「法律+規律」を導きとし、知的財産権とプラットフォーム経済の特徴を結合して分析枠組みを構築しなければならないと考えられる。

3. 「プラットフォーム経済+デジタル知的財産」の反トラスト法の法執行の実証分析

デジタル経済分野の独占禁止の審査は、デジタルプラットフォームの独占禁止とデジタル知的財産権濫用の規制の二重の意義があり、デジタル経済の監督管理とガバナンスの重要な面である。ここ数年以来、データ経済分野の反トラスト法執行を強化し、国際社会の面で絶えず展開し、デジタルガバナンス

³⁸ 殷繼国「人工知能時代におけるアルゴリズムの独占行為の独占禁止の規制」[人工智能时代算法垄断行为的反垄断规制] 比较法研究 2022 年 3 期 194 頁を参照。

³⁹ 付曉「データを独占を警戒：データ駆動型の経営者集中の研究」[警惕数据垄断：数据驱动型经营者集中研究] 中国軟科学 2021 年 1 期 57 頁を参照。

と監督管理は、欧米諸国の独占禁止史上最大規模の行動になっているようである⁴⁰。中国では、知的財産権を支えとするデジタル経済の発展が、急速で、新業態、新モデルが次々と現れている。同時に、プラットフォーム事業者が事業者に「二者択一」を要求していることや、「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」、合併を法に基づいて申告しないことなど、独占関連の事件が増加しつつある。2020年12月11日に開かれた指導部会議では、「独占禁止の強化と資本の無秩序な拡張の防止」を明確に要求した。同年12月16日に開催された中央経済工作会议では、「独占禁止の強化と資本の無秩序な拡張の防止」を2021年の経済政策の8つの重点任務の1つとし、デジタル規則の健全化、プラットフォーム企業の独占の認定などの方面の法律規範の整備、規制の強化、監督管理の能力の向上、独占行為に断固反対することを要求した。中央政府の精神の導きの下で、2021年、国务院独占禁止委員会は「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」を公布し、デジタル経済分野の反トラスト法執行を強化する目標、原則、措置を示した。これは、国際的に初めて公式に発表されたプラットフォーム経済分野の独占禁止の専門文書であり、中国のマイルストーン的意義のあるデジタル競争に係る立法である⁴¹。同年に、多くの事件が相次いで摘発され、メディアは2021年を「中国プラットフォーム経済独占禁止元年」と呼んだ。中国において、反トラスト法執行事件は、行政処罰事件と司法裁判事件の2種類に分けられる。筆者は、2019年から2022年までの計4年間の経済領域における独占禁止審査に関する案件資料を検索し、以下の分析意見を得た。

第一に、独占禁止行政処罰事件である。2019年から2022年にかけて、中国のプラットフォーム経済とデジタル知的財産権分野の反トラスト法執行事件の数は、波瀾の状態を呈している。2019年は、「知的財産権ガイドライン」が公布された年であり、関連する処罰事件が見られなかった。2020年に処理されたプラットフォーム案件は、わずか3件であった。2021年、「プラットフォーム経済ガイドライン」の公布の推進の下で、市場支配的地位の濫用事件3件が相次いで調査・処分され、100件近くの経営者集中の違法実施の事件が相次いで公布され、独占禁止行政の法執行が過去最高に達した。その年度案件

⁴⁰ 2014年以降、EUはアップル、グーグル、アマゾン、フェイスブックなど米国のデジタルプラットフォーム大手を対象に独占禁止の調査を行っている。うち、グーグルは、モバイルOS、汎用検索、オンライン動画、検索広告、ブラウザなど多くの分野で市場支配的地位を濫用しているため、今まで3回罰金を科され、累計金額は90億ドルを超えた。アマゾンは、その規模、権利、ビッグデータを利用してプラットフォームの第三者売り手に対する不正な競争優位性をむさぼった疑いで、370億ドルを超える罰金に直面している。米国は、2020年以降に自国のデジタルプラットフォーム大手に対して規制を強化し、下院司法委員会はグーグル、フェイスブック、アマゾン、アップルの4大企業が市場支配的地位を濫用していることを指摘し「デジタル市場の競争の調査報告書」を発表した。その後、司法省と連邦貿易委員会は、グーグルとフェイスブックに対して次いで独占禁止訴訟を起こした。王晓晔「デジタル経済における独占禁止の監督・管理に係るいくつかの考察」[数字经济反垄断监管的几点思考] 法律科学2021年4期53頁、孫晋「デジタルプラットフォームの独占禁止の監督・管理」[数字平台的反垄断监管] 中国社会科学2021年5期103頁を参照。

⁴¹ 孫晋「デジタルプラットフォームの独占禁止の監督・管理」[数字平台的反垄断监管] 中国社会科学2021年5期を参照。

量は、下記図面のとおりである。

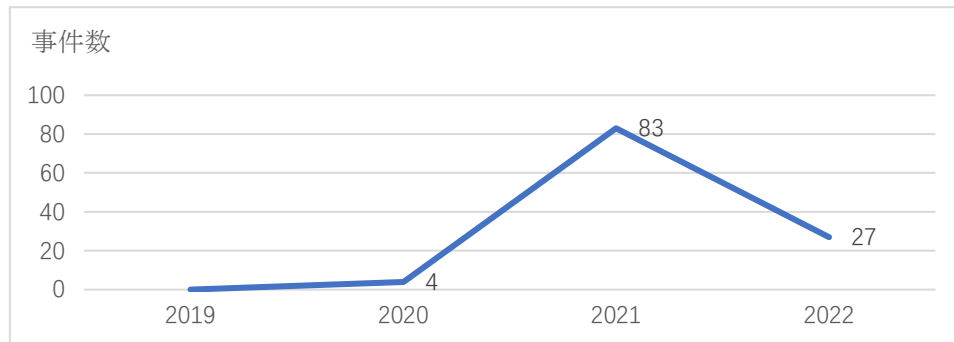


図1 プラットフォーム独占禁止行政処罰事件の年間統計図

上記4年間、中国の反トラスト法執行機関がデジタルプラットフォームに対して行った独占禁止行政処罰事件は114件あった。その案件タイプは、下記図面のとおりである。

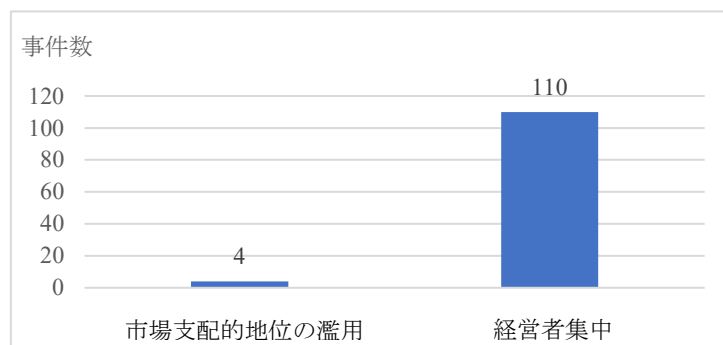


図2 プラットフォーム独占禁止行政処罰事件の事件種類ヒストグラム

上記の図表から見れば、反トラスト法執行は、主に経営者集中事件（計109件、案件総量の96%に占める）であることを示している。うち、多くの案件は「競争を制限・排除していない経営者集中」とみなし、罰金処理のみを行い、1件の案件のみが経営者集中と認定され、法に基づいて合併を禁止している。また、市場支配的地位の濫用に対する行政処罰事件は4件あり、2020年の食派士（Sherpa's）取引制限事件⁴²、2021年のアリババ取引制限事件⁴³、2021年の美团（Meituan）取引制限事件⁴⁴、2022年の中国知網取引制限と不公平高価格事件である⁴⁵。うち、上位3件の市場支配的地位濫用の取引制限事件は、「二者択一」案件とも呼ばれている。即ちデジタルプラットフォーム企業が協力業者に他の類似デジタルプラットフォームと協力してはならないと要求し、性質上、取引制限に属する。上記の事件の処罰決定では、アリババが128億元、美团が34億元の罰金を科された。これも今までのデジタルプラットフォームの独占禁止処罰事件において、罰金額が最も高い2件である。

⁴² 沪市監反壟処〔2020〕06201901001号

⁴³ 国市監処〔2021〕28号、国市監行指反壟〔2021〕1号

⁴⁴ 国市監処罰74号、国市監行指〔2021〕2号

⁴⁵ 国市監処罰〔2022〕87号

デジタルプラットフォーム独占禁止行政処罰事件のうち、2件は知的財産権に関する典型的な事件で、それぞれ2021年のテンセントと中国音楽集団の経営者集中事件⁴⁶、及び2022年の知網による市場支配的地位の濫用事件である。次のように簡単に分析する。

事例1：テンセントと中国音楽集団の経営者集中の違法実施事件

2016年7月12日、テンセントは、QQ音楽業務で中国音楽グループに投入し、中国音楽グループの61.64%の株式を取得し、中国音楽グループに対する単独制御権を取得した。2016年12月、統合後の中国音楽集団はテンセント音楽娯楽集団に改称した。この合併が違法に実施された経営者集中を構成するとされた。経営者集中の独占判断については、2つの重要な問題がある。1つは、申告基準である。「経営者集中の申告基準に関する国务院の規定」3条の申告基準、つまり前会計年度の売上高基準に基づき、申告すべきであるが申告していない。注意に値するのは、この規定は、2008年に制定されたもので、申告の基準点は、主に前会計年度の売上高基準を採用し、同基準を知的財産権に関する経営者集中事件に適用する場合、規範化が不調で、監督管理ができない問題がある。そのため、「音楽著作権の独占権の集中シェア」を申告基準とする主張があり⁴⁷、又は「買収合併取引額」を申告基準とする⁴⁸。もう1つは、競争影響の分析である。「プラットフォーム経済ガイドライン」20条によって、プラットフォーム経済分野における経営者集中の競争影響を評価する際に、知的財産権が当時の経営者に与える市場制御力の影響、すなわち経営者が重要性、希少性資源に対して独占権利を持つかどうか及びその独占権利の持続時間を考慮しなければならない。知的財産権が他の事業者の市場参入の阻害、すなわち市場参入の状況、事業者が技術、知的財産権、データ、ユーザーなどの必要な資源と必須施設を獲得することの難しさを考慮しなければならない。同事件で、関連市場は、「中国国内のネット音楽再生プラットフォーム市場」と定義されている。①集中後の主体は、関連市場で比較的に高い市場シェアを有し、2016年に双方の関連市場での売上高を合計すると、関連市場の総収入規模の約70%を占め、歌曲ライブラリと独占資源の市場占有率がいずれも80%を超えた。②関連市場の主要競争相手を集中的に減らした。③集中は、関連市場の参入障壁をさらに高める可能性がある。

反トラスト法執行機関は、次のような行政処罰決定を下し、テンセントとその関連会社に以下の措置を取って関連市場の競争状態を回復するよう命じた。①上流の著作権者と独占著作権協定⁴⁹（著作権範囲は、すべての音楽作品と録音製品の情報ネットワーク伝播権を含む。）、又はその他の排他的協定を結成したり、迂回して結成したりしてはならず、既に結成した場合、本決定の発表日から30日以内に解除しなければならない。②正当な理由がなく、上流の著作権者が当事者に他の競争相手より優れた条件を与えることを要求したりしてはならない。許諾の範囲、許諾の金額、許諾期限など、又はそれに関連するいかなる協議や協議条項を含むが、これらに限らない。既に達成した場合、本決定の発表日から30

⁴⁶ 国市監処〔2021〕67号

⁴⁷ 王偉「プラットフォーム独占著作権集中の競争損害及び独占禁止規制に関する研究—テンセント音楽に基づく考察」[平台独家版权集中的竞争损害及反垄断规制研究—基于腾讯音乐的考察] 管理学科 2021年6期 24頁。

⁴⁸ ドイツは、既に2017年に取引額の基準を導入しており、相手側の売上高が申告基準に達していないのに、買収側が巨額の金を払って取引をしようとする場合、この部分が企業の既存の価値より高い金額は、潜在的な巨大な商業価値の承認になり、このような巨大な商業潜在力を持つ中小企業を買収して独立性を喪失させた買収合併行為は独占禁止の審査を受けるべきである。

⁴⁹ 2022年1月16日、国家著作権局は、複数のデジタル音楽関連企業について会談し、「特別な場合を除いて独占著作権協定を締結してはならない」ことを明らかにした。国家版權局 2022年1月6日ニュース「国家版權局がデジタル音楽関連企業との座談会 デジタル音楽版權の良好な生態の構築を推進」[国家版权局约谈数字音乐相关企业 推动构建数字音乐版权良好生态] <https://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/12227/355756.shtml>

日以内に解除しなければならない。③著作権の実際の使用状況、ユーザーの料金支払い状況、歌の単価、応用シーン、契約期間などの要素に基づいて上流著作権者にオファーし、高額の前払金などの方式を通じて競争相手のコストを変更させ、競争を排除、制限してはならない。④50 万円の罰金を科す。

事例 2：同方知網の市場支配的地位の濫用事件

2022 年 5 月 13 日、国家市場監督管理総局は、同方知網が市場支配的行為を濫用した疑いで立件調査した。本案の独占禁止審査の分析枠組みは、市場構造的要素を基本対象とし、関連市場の範囲、市場支配的地位、市場参入の障害を論理構造とし、当事者の知的財産権濫用の独占行為に対して以下のように判断した。

①関連市場の定義。同事件の関連市場は、「中国国内の中国語学術文献ネットワークデータベースサービス市場」である。当該サービス市場は、マルチ主体市場に属し、主に中国語学術定期刊行物の出版単位、高校、科学研究機構、公共図書館、個人ユーザーなどにサービスを提供する。その特徴は、マルチ主体ネットワーク効果があり、各ユーザーのサービスに対するニーズが密接に関連していることである。本件の関連市場を定義するには、各ユーザー間の関連影響を総合的に考慮し、主にユーザーの角度から需要代替分析を行い、同時に供給代替分析を行う必要がある。②市場支配的地位の判断。「反トラスト法」23 条、24 条の規定に基づき、当事者は、関連サービス市場で支配的な地位を有し、その分析フレームワークは以下のとおりである。(i) 当事者の市場シェアは、50%を超え、比較的強い市場力を有すること。(ii) 関連市場は高度に集中しており、当事者が長期的に強い競争優位を維持していること。

(iii) 当事者は、強い市場制御能力を持っていること。(iv) 当事者は、比較的強い財力と先進的な技術条件を持っていること。(v) ユーザーが当事者に非常に依存していること。(vi) 関連市場への参入は難しいこと。(vii) 当事者は関連市場で顕著な優位性を持っていること。③市場支配的地位の濫用行為の分析。当事者は他の関連サービスプラットフォームの発展を阻害し、自身の市場地位を維持、強固、強化するため、以下のとおり、市場支配的地位を濫用した。(i) 取引行為を限定すること。正当な理由がなく、学術定期刊行物の出版機関、大学を自体のみと取引を行わせ、そして多種の賞罰手段を用いて行為の実施を保障する。(ii) 不当に高価を受け取ること。正当な理由なく、中国語学術文献ネットワークデータベースサービスを不公平な高価で販売し、高額な独占利益を得た。

反トラスト法執行機関は、以下のとおり行政処罰決定を下した。①独占行為を停止し、学術定期刊行物の出版単位、大学などが他の競争的プラットフォームと学術資源協力を展開することを制限してはならない。②不公平な高価を受け取る行為を実施してはならず、公平、合理的、無差別な価格で中国国内で中国語学術文献ネットワークデータベースサービスを提供しなければならない。③罰金 8760 万円を科す。

第二に、独占禁止司法裁判事件である。2019 年から 2022 年にかけて、中国の裁判文書ネット上でデジタルプラットフォームに関連する独占禁止司法裁判文書 22 件が検索され、そのうち判決書 4 件、裁

定書 18 件（訴訟取下げ裁定 14 件、管轄裁定 4 件）が検索された。以下のとおりである。

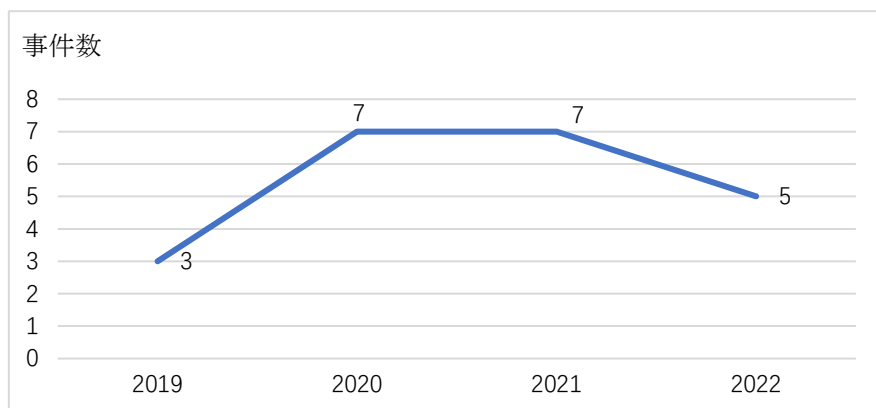


図3 デジタルプラットフォーム関連独占禁止司法事件年間件数折れ線グラフ

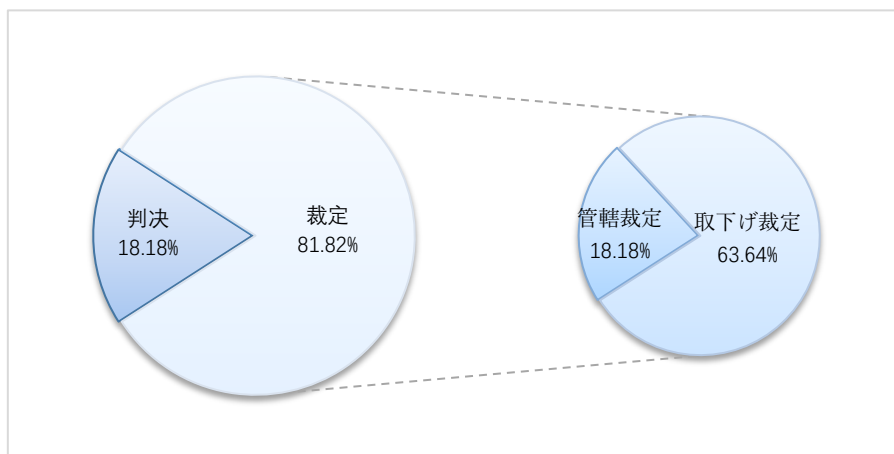


図4 デジタルプラットフォーム関連独占禁止司法事件種類円グラフ

22 件のデジタルプラットフォーム独占禁止司法事件のうち、4 件が知的財産に関わっており、2 件は裁定で、もう 2 件は実体判断に関する判決であった。後者について以下のおとり簡単に分析する。

事例3 広州華多網絡が網易を訴えた市場支配的地位の濫用及び不正競争紛争

網易社はネットゲーム「夢幻西遊 2」の著作権者で、華多社はこのゲームのある生放送プラットフォームの経営者である。本件は、網易社がユーザーによる華多社の生放送プラットフォームにおけるネットゲームの生中継を禁止するというものである。網易社の「夢幻西遊 2」ゲームの開封約定によれば、網易社の書面による同意がなければ、ユーザーは本製品のすべて又は一部の内容を公開して放送してはならないとされている。華多社は、網易社がプレイヤーに特定のプラットフォームでのみ係争ゲームの生中継を認め、ゲームソフトと生中継プラットフォームを抱き合わせて販売し、市場支配的地位を濫用した理由を理由に訴訟を提起した。広州知識産権法院は、一審で原告の訴訟上の請求を棄却し⁵⁰、広東省高級人民法院は一審判決を維持した⁵¹。

⁵⁰ 広州知識産権法院民事判決書（2015）粵知法著民初字第 25 号。

⁵¹ 広東省高級人民法院判決書（2018）粵民終第 552 号。

広東省高級人民法院の二審判決において、以下のとおり判断した。①網易社は、著作権者として、法に基づいて他人が許諾なくゲーム画面を生中継することを禁止する権利を有している。経営者が知的財産権を持つことは、その市場支配的地位を評価する1つの要素とすることができるが、経営者が知的財産権を持つだけで市場支配的地位を有すると推定することはできない。知的財産権に関する独占分析も、一般的に関連市場を定義する必要がある、関連イノベーションの市場、技術市場、イノベーション又は技術に関連する商品又はサービスの市場とその地域市場を結合して認定しなければならない。②ネットゲームは、メンタルの消費品として、当該内容とサービスは、プレイヤーの選択に影響を与える最も重要な要素であり、単一のゲームは、プレイヤーに強いロック効果を構成する可能性があるが、ロック効果は限られており、特定の関連市場を構成することは難しい。同時に、網易社の関連市場に占めるシェアは、反トラスト法に規定された割合にはるかに及ばない。そのため、本件の関連市場は、ネットゲームサービス市場であり、網易社はネットゲームサービス市場の範囲内で市場支配的地位を持たず、競争を排除・制限する市場能力を持たないため、独占を構成しない。

同事件は、初めてオンラインゲームプラットフォームがゲームメーカーの独占を訴えた事件で、知的財産権の法定独占と反トラスト法規制の市場独占の境界に関連している。同判決は、知的財産権を保護する上で産業競争規則を明確にした。

事例4：体娛（北京）文化メディア株式会社が中超リーグ有限責任会社などを訴えた市場支配的地位の濫用紛争⁵²

最高人民法院は、体娛社が中超社などを訴えた市場支配的地位の濫用紛争事件の二審判決において、中超リーグの画像の権利属性、本件の関連市場の定義、中超社などが市場支配的な地位を持っているかどうか、中超社などが市場支配的地位を濫用する行為を実施しているかどうか、体娛社が称した損失の認定などをめぐって審理を行い、以下のとおり判断した。①スポーツ大会の主催者がその試合を組織し、法律の規定に基づいて取得した試合資源に関する権利に基づいて提示した独占性と排他性は、権利自身の内在的な属性による。中国サッカー協会は、中超社にサッカー試合の商業権利を行使することを独占的に授権し、中超社は映脈社にその中の試合の写真経営権の一部を独占的に行使することを二度授権し、すべて中国サッカー協会と中超社の民事権利の行使の現れである。②当該権利に内在する排他的属性によって形成される「独占状態」自体は、反トラスト法の予防及び制止の対象ではない。中国サッカー協会のサッカー試合に対する商業権利の独占排他性は財産権の排他性に属し、試合を組織し、法に基づいて取得した独占権利である。排他的権利自体は、反トラスト法の予防と制止の対象ではないが、排他的権利の行使は、法律規制の独占行為になる可能性がある。③スポーツ大会の主催者が独占的に試合資源を経営する権利を行使した場合に公開入札を行い、その他の経営者はこれに基づいてその独占経営の授権を取得し、実質的に公平に競争した結果であり、原則上、その経営権の独占授権は市場支配的地位を濫用する行為に属すると認定するべきではない。経営権の独占付与は経営者が独立して民事権利を行使することの表れであり、経済効果の上でライセンスはライセンサーの代替にすぎず、一般的に反競争効果を生じることはないので、原則として反トラスト法で禁止されていない。中超リーグの画像ユーザー（需要側）は、映脈社に試合の画像を購入するしかないことは、元の経営権者である中国サッカー協会が法に基づいて享受した経営権に基づいて、授権によって形成された結果であり、法律の規定に合致

⁵² 最高人民法院民事判決書（2021）最高法知民終第1790号。

し、合理性があったため、取引制限の状況には正当な理由がある。

上述のデータと実例により、中国のデジタル経済分野における反トラスト法執行には、以下の特徴がある。①行政処罰は独占禁止の規制の主要な法執行形態である。過去4年間、司法手続きに入ったプラットフォーム分野の独占紛争事件は、概して「市場支配的地位の濫用」を理由とし、一審裁判所はいずれも北京、上海、広州の3つの知的財産権裁判所であり、多くは訴訟の取り下げや管轄裁定に関連し、実体判決は少ない。独占禁止事件の民事訴訟において、「市場支配的地位の濫用」は、相手側の権利の濫用を指し、権利侵害の抗弁事由となることが多いと考えられる。関連市場の構造的分析に関わるため、立証ができない場合が多く、独占禁止の主張の多くは成立しにくい⁵³。それに対し、デジタル経済分野の独占禁止事件に対しては、主に行政処罰措置をとり、すなわち反トラスト法執行機関が自発的に立件調査し、法に基づいて処理する。中国の反トラスト法の執行機関は、反トラスト法執行に専門的に従事し、相対的に独立した法的地位と組織形式を持つ行政機関である。長期にわたって、中国の独占禁止行政法執行機関は、「分立」体制をとり、商務部（経営者集中行為の審査）、国家発展・改革委員会（価格に関する独占協定、市場支配的地位の濫用、行政権力の濫用による競争を排除・制限する行為の審査）、元国家工商管理総局（価格に関連しない独占協定、市場支配的地位の濫用、行政権力の濫用による競争を排除・制限する行為の審査）の3部門から共同で構成されている。2018年、国務院機構改革案により、上記3部門の反トラスト法の執行機関は新たに設立された「国家市場監督管理総局」に統合された。2021年、国家市場監督管理総局に属する国家独占禁止局は、国務院が新たに設立した副部級国家局となり、中国の反トラスト法執行体制のための重大な改革と進歩である。国家独占禁止局は、独占禁止審査と監督管理を含む主要な役割を担うと考えられる。②「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」は、独占禁止審査の基本的な枠組みである。デジタル経済の分野では、プラットフォーム、アルゴリズム、データに基づく3つの要素融合の競争問題は、デジタル独占と権利濫用の問題に関連している。具体的には、ネットワークプラットフォームの規模効果、ネットワーク効果とアルゴリズムの技術的優位性、データの資源的優位性を結合することは、デジタル市場の競争を排除・制限する独占的な問題を発生する可能性がある。プラットフォームが所有するアルゴリズム、データ、ビジネス方法は、知的財産権の保護対象となる。係争中のデジタル独占行為を見ると、知的財産権を行使する形で示す権利の濫用は少なく、知的財産権の行使に関連する権利の濫用が多い。そのため、デジタル経済分野の独占禁止審査は、市場シェアの計算、市場支配力の評価、市場参入障壁の分析の過程で、通常「技術手段、プラットフォーム規則、データとアルゴリズムなど」を考量要素とし、同時に上述の要素が知的財産権を取得し、行使する状況も考慮すべきである。上述の分析の重要な意義は、デジタル技術の運営又はデジタル知的財産権の行使が独占行為を構成するかどうかにある。③経営者集中は、反トラスト法執行の重点対象である。過去4年間の独占禁止行政処罰事件は、市場支配地位の取引制限行為を濫用する「二者択一」、差別的待遇の行為を実行する「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」などの事件の数は多くないが、処罰は重い。多くの事件は、法に基づいて申告していない経営者集中事件である。デジタルプラットフォームの反トラスト法執行は、「競争性」の保護に力を入れている。つまり、新たな事業者、イノベーターの進出を絶えず奨励し、既存の市場占有者と競争する。大手プラットフォームは、ベンチャー型のスモールプラットフォーム企業を合併して買収することで、潜在的な競争相手を排除することが

⁵³ 独占禁止民事事件全体では、「市場支配的地位の濫用」事件 90%以上を占めているが、勝訴率は低く、独占禁止私的主張の司法の現状を反映している。朱理「独占禁止の民事訴訟の10年：回顧と展望」[反壟断民事訴訟十年：回顧与展望] 知識産権報 2018年8月28日を参照。

多い。買収された会社や技術はプラットフォームで使用されたり、簡単に放棄されたりすることができ、学者は「キラー買収」と呼んでいる⁵⁴。買収されたベンチャー企業がプラットフォーム上で不振を示していることは、必ずしもプラットフォームの投資が失敗したことを意味するものではなく、プラットフォームを買収する目的自体が潜在的な競争者を排除することである可能性がある。統計資料によると、2010年～2020年に、テンセントとアリババがインターネット企業の買収合併取引の40%を主導し、20兆円を超えるプラットフォーム生態圏を構築した。大手プラットフォーム企業のベンチャースモールプラットフォーム企業に対する買収合併取引は、反トラスト法執行の重点であり、2019～2022年の間に反トラスト法の執行機関が調査・処分した経営者集中の違法事件のうち、テンセントが40.91%、アリババが24.55%を占めている⁵⁵。

現在と未来に立脚し、「プラットフォーム経済の運行+デジタル知的財産権行使」に対して、法に基づく保護と必要な規制を結合し、以下の理念、原則、措置及び方法の把握に力を入れる必要があると考える。

① 法執行の立場：「積極的でありながら包容且つ慎重」の原則

デジタル経済分野の反トラスト法執行は、現代化国家のガバナンスが直面する重大な問題であり、法理上、規範上、技術方法上に伝統的な経済監督管理とは異なる多くの挑戦が存在している。中国の反トラスト法の執行は、「プラットフォーム経済とデジタル知的財産権」の分野で長期にわたり「慎重で包容的」な態度をとり、必要と適切な慎重さを保ち、比較的ゆとりのある発展環境を提供することが期待される。これは、デジタル経済が台頭した当初は可能であった。現在のデジタルプラットフォームの健全な発展の需要に適応するためには、「積極的でありながら包容且つ慎重」な新たな独占禁止の監督管理の立場を構築し、「積極的、協同、慎重、法に基づく」監督管理を実行する必要がある⁵⁶。過去の一時期、「包容性」の監督管理は、新業態の発展のために緩和的な市場環境を作ること強調し、「慎重性」の監督管理は新業態が保持しなければならない法律の一線を規範化することを意味する。現在及び未来で採用されている「積極的でありながら包容且つ慎重」の原則は、独占禁止監督管理の原則に新たな意味を与えている。1つは、「必要でなければ介入しない」原則であり、デジタル経済は新たな経済形態であり、グローバル要素資源を再構築し、グローバル経済構造を再構築し、グローバル経済構造を再構築するカギとなる力となりつつあり、それに対して財産権保護を提供し、権能規制を行うことは、現代法治のためにあるべき意味である。デジタルプラットフォームは、「企業－市場」の二重属性を持ち、その経営活動はもともと私法分野であり、独占禁止監督管理の公権力が介入すれば、必要な条件を前提としなければならない。デジタル経済分野に反トラスト法を適用する前提について、デジタルプラットフォームがその市場力を濫用して競争を不合理的に排除・制限することが必要である。第二に、「必要があれば監督管理する」原則である。アルゴリズムとデータの優位性の下で、ネットワークプラットフォームはデジタル知的財産権からなる「合法的独占」から独占禁止規制の「権利濫用」に変わる可能性がある。これに対して、独占禁止の監督管理の介入は、積極的で効果的であるべきであり、すなわち、「必要性」の監

⁵⁴ 王偉「プラットフォーム抑制式の合併における反トラスト法の規制」[平台扼杀式并购的反垄断法规制] 中外法学 2022 年 1 期を参照。

⁵⁵ 陶娟「刈取人：テンセント・アリババの 20 万億生態圏」[收割者：腾讯阿里的 20 万亿生态圈] 新財富 2020 年 11 期 20 頁を参照。

⁵⁶ 戴龍ら「“プラットフォーム経済領域における独占禁止の問題に関する学術研究討論会” レポート」[〈平台经济领域反垄断问题学术研讨会〉综述] 競争政策研究 2021 年 2 期 100 頁を参照。

督管理の立場がありながら、「適切性」の法律執行の手段を採用し、包容・慎重と積極・効果の間でデジタル経済分野の科学的ガバナンスを実現しなければならない。これは、「プラットフォーム経済ガイド」が要求する「競争分析と法律論証を強化し、独占禁止の監督管理を絶えず強化し、改善し、反トラスト法執行の的確性と科学性を強化する」ことである⁵⁷。

② 監督管理のモデル：事後規制と事前規制の結合

反トラスト法のデジタル経済分野における基本的な目標は、デジタル市場の公平な競争秩序を維持し、デジタル独占と権利濫用を防止することである。反トラスト法執行の伝統に従って、プラットフォーム経済の監督管理モデルの多くは「事後規制」であり、つまり競争を排除・制限する独占行為が現れた後に処理するしかないものである。「事後規制」の監督管理モデルは、「行為主義」理論を基礎とし、すなわち、デジタル独占行為の発生を監督管理の権力の介入の事由とし、禁止性規範を根拠として、デジタル独占行為に対して事後懲戒を行うことである。筆者は、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の反トラスト法の執行について、概ね引き続き「事後規制」モデルを採用するが、独占行為の認定分析の枠組みは伝統的なやり方とは異なり、プラットフォームの相対的優位性⁵⁸、デジタル必要施設⁵⁹などを独占禁止審査の範囲に入れることができると考えている。事後懲戒と区別される事前の監督管理は、市場独占の予防を主旨とする。独占協定、市場支配的地位の濫用の禁止に比べて、経営者集中について事前規制を行うことがより望ましい。すなわち、デジタルプラットフォームは、企業買収や合併の行動を実施する前に、法に基づいて反トラスト法の執行機関に申告し、経営者集中の事前審査を自発的に受けるべきである。予防を導きとする事前規制は、デジタルプラットフォームに内部の独占禁止コンプライアンス制御制度の整備を促すのに役立つ。現在の問題は、EUの「デジタル市場法案」(2022、Digital Markets Act)を参考にして、コアプラットフォームサービス業者である「ゲートキーパー」の適格規則を確立し、ヘッドプラットフォーム企業の市場支配力の濫用行為の発生を抑制する必要がある⁶⁰。ある学者は、独占禁止を規制するモデルを、「事後規制」から「事前規制」に転換すべきとしているが、厳密には事後懲罰メカニズムと事前予防メカニズムの結合であるというべきである。

③ 管理方案：独占禁止の監督管理を中心とした総合規制

経営者のデジタル独占と権利濫用は、デジタル市場の競争秩序を損なうだけでなく、消費者の私権と他の経営者のデジタル市場への正当な権益をも侵害する。そのため、プラットフォーム経済環境の整

⁵⁷ 国务院独占禁止委員会「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」3条2項を参照。

⁵⁸ プラットフォームの相対的優位性とは、事業者がその技術的優位性、規則制定の優位性を利用してプラットフォーム経済分野で形成した市場力を指す。現行法では、相対的優位性と市場支配性はそれぞれ異なる法律規制を受けている。同時に、相対的優位性も市場支配的地位となり、独占禁止の審査の対象となる可能性がある。「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战]中国法学2020年3期214頁を参照。

⁵⁹ 必須施設の原則において、必須施設の所有者は、公平、合理的、無差別的な取引条件で、関連市場の競争者のためにこの施設を開放することが求められる。同原則は、工業経済分野の競争規制として、最初は空港、港、鉄道などの伝統的なインフラに適用され、現在は知的財産権とデジタルプラットフォーム分野に拡大している。「プラットフォーム経済ガイドライン」14条は、デジタルプラットフォームが必須施設を構成するかどうかの認定要因を規定している。

⁶⁰ EUのデジタル市場法案は、反トラスト法の外に「ゲートキーパー」規則を設置している。すなわち、基準に合致するコアプラットフォームサービス業者にゲートキーパーが守らなければならない義務を設定している。「ブラックリスト」に規定されたネガティブ義務（多くは行為禁止の規範）と「グレーリスト」に規定されたネガティブ義務、ポジティブ義務、包容義務（多くは強制的行為の規範）を含む。林秀芹「デジタル経済における独占禁止のモデルチェンジを論じる」[论数字经济反垄断的范式转变]知識産権2022年7期16-18頁を参照。

備とデジタル知的財産権濫用の是正は、公法と私法を結ぶ総合規制案を採用しなければならない。2018年、「経済協力開発機構」(OECD)は、デジタル時代の「競争政策、消費者保護の政策を主導とし、プライバシー政策、反差別政策を補完する」総合ガバナンス案⁶¹を提案し、多くの国に受け入れられた。中国では、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の総合規制案に対して、全体的に競争政策の優先を維持し、反トラスト法の「経済憲法」の地位を尊重し、独占禁止の監督管理を中心とし、同時に他の法律部門と協力して補助と協力を行うべきである。具体的には、3つの法律が適用できる。第一に、プライバシー権、個人情報保護制度である。民法典及びその単行法に規定された人格権は、知的財産権という財産権よりも優先的な法価値を有する。経営者のデジタル行為とデジタル知的財産権の行使は、上述の民事権利を損害してはならない。これに基づいて、データ、アルゴリズムに関する独占行為に対し罰金責任を科す場合、ユーザーのプライバシーが侵害される程度を処罰幅の根拠とすべきであるとの声もある⁶²。第二に、アルゴリズム、データなどの知的財産権保護制度である。独占禁止の監督管理をしたうえの知的財産法は、財産権の境界を定め、権利を制限する重要な効用を有する。多くの場合、知的財産権の濫用は、他人の私益に対する損害を構成するが、必ずしも市場参入の妨害を形成するわけではないので、知的財産法の自身の規範に基づいて、権利の濫用を抑制し、独占行為の発生を予防することができる。第三に、電子商取引法、消費者権益保護法、データセキュリティ法などの関連制度である。私権(ユーザーの知る権利、選択権)の保護と国家安全監督管理(データ主権の安全、データ公共利益の保障)の異なる角度から、デジタルプラットフォーム経営者が市場力を濫用する不法行為を規制する。上記公法と私法が関与する総合規制は、関連法律が相互に協力し、関連部門が相互に協調する規制システムを構築することを目的としている。多種の法律ツールが同時に存在する場合、監督管理措置の「漸次性」、すなわち「私法介入—公法介入」、「内部規制—外部規制」の徐々に強度を高めて処理することを考慮しなければならない。

⁶¹ OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, DAF/COMP(2018)13, 20 November 2018, para.61-107.

⁶² 孫晋、万召宗「使用支配的地位を濫用してプライバシーを侵害する行為の反トラスト法の規制」[濫用市場支配地位侵犯隱私行为的反壟斷法規制] 財經法学 2021 年 5 期 13 頁を参照。

II. 独占禁止規定を適用して知的財産権の行使を制限する実践的ロジック

北京大学 粤港澳大湾区知識産権發展研究院 張 平 教授

はじめに

近年、知的財産分野の独占禁止問題は、各国から広く注目されている。中国は、立て続けに下記の政策文書を公布して規制を行っている。主なものとしては、2019年1月に中国国務院独占禁止委員会が公布した「知識産権分野に関する独占禁止指南」、2023年6月に中国国家市場監督管理総局が公布した「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」（以下、「知識産権濫用の禁止規定」と略す。）と「標準必須専利分野の独占禁止に関する指南（意見募集稿）」（以下、「標準必須専利独占禁止指南」と略す）がある。日本でも知的財産権の独占禁止に関する制度が発表され、例えば日本公証取引委員会が策定した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」である。しかし、実務における知的財産権への独占禁止問題の処理はますます複雑になり、知的財産権の行使の性質に対する認定にはしばしば論争があり、知的財産権が日増しに顕にしているクロスする性質もルール適用を一層困難にし、非標準必須専利や標準必須専利などの範囲の交差により、独占の認定とオープンソース活動の「クローズドソースーオープンソースーハイブリッド」の複雑な傾向の下で、独占に係る問題は実務の複雑な一面を示している。本文章は、中国と日本の知的財産権の独占禁止に関する法律、法規と判例を分析し、両国企業に一定の法的リスクの回避につながる指針を提案し、知的財産の独占禁止に係る新たな問題を引き出す。

1. 知的財産権の行使と独占のルール境界

（1）知的財産権の行使が独占禁止の規制領域に入る場合の適用

日本の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（以下、「独占禁止法」と略す。）21条は、知的財産権の行使に対する独占禁止規定の不適用を規定しており、「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る権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」と定められている。しかし、知的財産権の行使が独占禁止の領域に当たるかどうか、及び適用基準については説明されていない。日本公証取引委員会が公布した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下、「日本の独占禁止指針」と略す。）では一定程度補足され¹、当該指針が技術の利用に係る実質的な制限行為に適用されることを明らかにした²。ここで、技術とは、特許法、実用新案法、半導体集積回路の回路配置に関する法律、種苗法、著作権法及び意匠法によって保護される技術、並びにノウハウとして保護される技術を指す³。この規定によると、技術関連の知的財産の利用は、独占禁止領域に入る可

¹ 日本の公正取引委員会は、平成19年9月28日に当該指針を公布し、平成22年1月1日に第1回改正を行い、平成28年1月21日に第2回改正を行った。日本の公正取引委員会の公式サイトを参照：知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針、<https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyouki-jun/chitekizaisan.html> [最終アクセス日：2023年9月12日]

² 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針の第1の2の(2)。注意する必要があるのは、本指針が行為の態様や形式にかかわらず、実質的に技術の利用に係る行為を規制することを明らかにしたことである。

³ 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針の第1の2の(1)。注意する必要があるのは、技術の利用とは、法的には

能性が高く、非技術関連の知的財産の使用が独占禁止法によって規制されているかどうかは必ずしも明確ではない。

中国では、2022年に「中華人民共和国反壟断法」（以下、「中国の反トラスト法」と略す。）を改正し、同法の第八章「附則」の部分において知的財産の独占禁止分野での適用について規定し、「事業者が知的財産権に関する法律又は行政法規の規定により知的財産権を行使する行為には、本法を適用しない。但し、事業者が知的財産権を濫用して競争を排除又は制限する行為には、本法を適用する。」と定めている。日本に比べて、中国の反トラスト法に「但書」が追加され、知的財産の濫用行為が反トラスト法によって規制されていることが明らかになった。知的財産に関する独占禁止問題をさらに明確にするため、2019年に中国の国務院独占禁止委員会は、「知識産権分野に関する独占禁止指南」（以下、「中国の独占禁止指南」と略す。）を公布した。中国の独占禁止指南は、その適用範囲を明確に説明していないが、具体的な内容から見ると、技術製品の研究開発、パテントプール、標準必須専利など、技術関連の知的財産に関する独占の問題だけでなく、著作権の集中管理団体という主体が関与する可能性がある著作権による独占行為にも注目している⁴。日本の独占禁止指針の適用範囲にも「著作権」が掲載されているが、それは明確に「著作権法で保護されているコンピュータプログラム」を指すもので、当該指針の規制に入るのはソフトウェアの著作権の使用行為だけである。比較してみた場合、日本の独占禁止指針が採用している規制が極めて特定されており、技術関連の知的財産という客体的な観点からのみ線引きしている。これに対して、中国の独占禁止指南は、知的財産と技術の関連性には特に注目しておらず、その適用範囲は、技術関連の知的財産という客体的な観点からだけでなく、著作権の集中管理団体のような主體的な観点からも判断している。

（2）反トラスト法による知的財産権の行使に対する分析枠組み

中国の独占禁止指南と日本の独占禁止指針は、知的財産が独占禁止の問題に関与することを規定する詳細な制度文書であるため、この2つの指針を重点的に分析する。体系構造からみると、両国とも制度体系構造において全体規定と個別規定の構造をとっている。すなわち、知的財産の独占禁止規制の一般的な分析構想を説明してから、具体的な状況、行為と結び付けて説明する。中国と日本の知的財産の独占禁止の一般的な分析構想を比較すると、両国が採用している分析経路には一定の類似性があり、いずれも行為の特徴の分析に着目しており、その上で具体的、個別的、実質的な判断構想を採用している。すなわち、具体的な行為の特徴、表現の形態、目的、状況などの個別案件の証拠に基づいて、ある行為が実質的に権利の不正行使を構成しているかどうかを判断している⁵。

当該技術に係る知的財産の利用にほかならないから、本指針において「技術の利用」と「知的財産の利用」とは同義のものとして用いられているということである。

⁴ 知識産権分野に関する独占禁止指南 28 条 著作権の集中管理：「著作権の集中管理は、一般的に、個人の著作権の行使や、個人による権利維持のコストの低減、ユーザーが使用許諾を受けるコストの低減につながり、著作物の普及及び著作権保護の促進に有益である。しかし、著作権の集中管理団体が活動を展開する過程において、知的財産権を濫用し、競争を排除又は制限するおそれがある。具体的に分析する際に、行為の特徴及び表現形式に基づき、独占行為を構成するおそれがあるか否かを認定し、且つ関連要素を分析することができる。」

⁵ 知識産権分野に関する独占禁止指南 3 条、「事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除又は制限する行為は、知的財産権を行使する行為である可能性があり、また知的財産権の行使と関連する行為である可能性もある。通常、事業者の行為の特徴及び表現形式に基づき、構成するおそれがある独占行為を分析する。」。日本の知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第 2 の 1、「これら権利の行使とみられる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘

指南の個別規定の部分で、中日の指南の規制の切り口に違いがある。中国の独占禁止指南は、知的財産権に関する独占禁止行為に注目し、知的財産独占の合意、市場支配的地位の濫用、事業者の集中の3種類に重点を置き、「その他の状況」ではパテントプール、標準必須専利に関わる特別な問題、及び著作権の集中管理について規定している。一方、日本の独占禁止指針は、日本の独占禁止法の構造を継承する。独占禁止法は、構造と行為の両方を規制するが、そのうちの独占状態と企業の連合が日本の構造規制の2つの柱であり、不当な取引規制、私的独占と不公正な取引方法が行為規制の3つの柱である⁶。日本の独占禁止指針もこれら3つの行動規制の柱を中心に編纂されており、第3章では私的独占及び不当な取引制限の分析枠組みを規定し、第4章では不公正な取引制限に基づく分析枠組みを規定している。しかし、日本の独占禁止指針によると、知的財産権の使用行為に対して独占禁止の側面を分析する際に、実際には様々な分析枠組みを同時に運用することが求められ、「技術の利用に係る制限行為については、私的独占又は不当な取引の制限という観点から検討するほか、不公正な取引方法の観点から検討することを要する」⁷。以上のことから分かるように、日本の独占禁止指針は実質的に2つの行為規制の分析方法を同時に運用することを要求しており、一つの分析ロジックに合致すれば独占禁止法規制を適用する可能性がある。

中日の指南は、枠組みの形式上に明らかな違いがあるが、実質的な内容に大きな違いはない。中国の独占禁止指南の多くの具体的な規制状況が、日本の独占禁止指針において対応する行動規制の内容が確認できる。例えば、中国の独占禁止指南8条に規定されている「クロスライセンス」は、日本の独占禁止指針第3の2(3)に対応する内容が記載されている。しかし、両国の指南に確かにいくつかの異なった内容もあり、例えば中国の独占禁止指南が規定する「知識産権に係る事業者の集中」という状況が日本の独占禁止指針には記載されていない。

(3) 知的財産権の行使の独占傾向の判断

知的財産権の行使が競争の排除、制限する行為を構成するかどうかは、独占禁止分析の重要なポイントであり、中国の独占禁止指南は独占傾向を判断する上で考慮すべき要素をいくつか挙げている⁸。ま

案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るという、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、「権利の行使と認められる行為」とは評価できず、独占禁止法が適用される。」

⁶ 王玉輝『日本の独占禁止法の歴史沿革と制度変遷（1947-2019）』224頁（上海三联书店、2021年版）。

⁷ 日本の知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第4の1(1)。このほか、第4の2(4)に列举された判例において、日本の独占禁止指針には「当該行為は、当該製品の市場における競争を実質的に制限するまでには至らず私的独占に該当しない場合であっても公正な競争の阻害性を有するときには、不公正な取引方法に該当する」と記載している。

⁸ 中国の知識産権分野における独占禁止指南2条、「事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除・制限しているか否かを分析するにあたっては、次に掲げる基本原則に準拠する。(一) その他の財産的権利と同一の規制基準を採用し、反トラスト法の関連規定に準拠する。(二) 知的財産権の特徴を考慮する。(三) 事業者が知的財産権を有することを理由に、関連市場においてそれが市場支配的地位を有すると推定しない。(四) 個別事件の状況に基づき、関連行為による効率及びイノベーションに対する積極的影響を考慮する。」。中国の知識財産権指南3条、「事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除・制限したか否かを分析するにあたって、通常、次に掲げる考え方に従う。(一) 行為の特徴及び表現形式についての分析 事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除・制限する行為は、知的財産権を行使する行為である可能性があり、また知的財産権の行使と関連する行為である可能性もある。通常、事業者の行為の特徴及び表現形式に基づき、構成するおそれがある独占行為を分析する。(二) 関連市場の画定 関連市場の画定にあたっては、通常、関連市場画定の基本的根拠及び一般方法に従い、知的財産権の特殊性を同時に考慮する。(三) 行為が市場の競争に与える排除・制限の影響 行為が市場の競争に与える排除や制限の影響を分析するにあたっては、通常、市場の競争状況を結び付け、具体的な行為について分析する必要がある。(四) 行為によるイノベーション及び効率への積極的な影響の分析 事業者の行為がイノベ

た、2023年6月25日、中国国家市場監督管理総局は「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定を公布し、知的財産権の行使行為が市場競争に排除、制限の影響を及ぼすことを分析する際の考慮要素もいくつか挙げた⁹。分析手順や考え方からみた場合、「知識産権の濫用の禁止規定」と「中国の独占禁止指南」を比較して、「知識産権の濫用の禁止規定」は、「事業者間の相互関係の性質」と「知的財産権を行使する事業者の市場での地位の認定」という2つの要素についての注目度を高めている。知的財産権の行為が関連市場の競争に及ぼす影響を分析する際の考慮要素や範囲において、後に公布された知識産権の濫用の禁止規定は、中国の独占禁止指南の一部の考慮要素を選び出し、明確に挙げられた要素が中国の独占禁止指南よりは少ないが、「知的財産権を行使する行為が関連市場の競争に及ぼす影響を認定する際に関係するその他の要素」という規定は、知識産権の濫用の禁止規定をよりオープンなものにしている。この条項からみれば、知識産権の濫用の禁止規定は、実際の適用において中国の独占禁止指南に規定されている考慮要素より柔軟な対応が可能である。日本の独占禁止指針は、第2の3においても、知的財産権の行使が競争を弱めるかどうかを判断する上で考慮すべき要素をいくつか挙げている¹⁰。考慮要因の範囲において、中日両国には共通性がある。例えば、「当事者の市場での地位」を考慮範囲に入れていることがその一つである。しかし、日本は「制限を課すことについての合理的な理由の有無」などの独特な要素を挙げている。

注意しなければならないのは、「要素」と「要素が占める重み」は別の問題であるということである。中国の場合、中国の独占禁止指南も知識産権の濫用の禁止規定も、それぞれの考慮要素の重みづけについては説明されていない。中国とは異なり、要素の重みの面で、日本は競争に重大な影響を及ぼすと考えられる2つの要素を明らかにした。すなわち、一つは事業者間の競争関係の有無、もう一つは係争技術が影響力のある技術かどうかである¹¹。これは、日本が知的財産権の行使の独占傾向を判断する諸要素について、重大な影響を及ぼす要素とその他の要素のランク分けを行っていることを意味する。しかし、日本の独占禁止指針に挙げられているその他の要素の間の重要度や関係性について説明されていない。そのため、実際には、中国と日本の知的財産権に関する独占禁止の規則には多くの考慮要素が挙げられているが、その重要度や関係性が明確にされていないため、予測可能性に欠け、案件別に検討する必要がある。また、諸要素の重要度や関係性は、要素がカバーする範囲を狭めることさえある。すなわち、個別事案における一部の要素の重要度がゼロに近い場合、実際には一部の考慮要素が取り除かれ、

ーション及び効率に対して与え得る積極的な影響には、技術の普及や利用を促進し、資源の利用の効率を向上させること等が含まれる。上記の積極的な影響について分析するにあたっては、それが本指南6条に定める条件を満たしているか否かを考慮することができる。」。

⁹ 中国の「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」の22条、「事業者が知的財産権を濫用して競争を排除、制限する行為を行っているか否かを分析・認定する場合に、以下の手順を採ることができる：(1)事業者が知的財産権を行使する行為の性質と表現形式を確定する、(2)知的財産権を行使する事業者間の相互関係の性質を確定する、(3)知的財産権の行使に関わる関連市場を定義する、(4)知的財産権を行使する事業者の市場での地位付けを認定する、(5)事業者が知的財産権を行使する行為により関連市場の競争に及ぼす影響を分析する。」。23条、「事業者が知的財産権を行使する行為により関連市場の競争に及ぼす影響を分析・認定する場合、以下の要素を考慮しなければならない：(1)事業者と取引相手方の市場での地位付け、(2)関連市場の市場集中度、(3)関連市場への参入のハードル、(4)産業慣行と産業の発展段階、(5)生産量、地域、消費者などの側面において、制限を行う時間と効力の範囲、(6)イノベーションの促進と技術の普及に与える影響、(7)事業者のイノベーション能力と技術変化のスピード、(8)知的財産権を行使する行為が関連市場の競争に及ぼす影響の認定に関連するその他の要素」。

¹⁰ 日本「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第2の3に列举した要素には、制限の内容及び態様、当該技術の用途や有力性、当事者間の競争関係の有無、当事者の占める市場地位、対象市場全体の状況（当事者の競争者の数、市場集中度、取引される製品の特性、差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等）、制限を課すことについての合理的理由の有無、研究開発意欲、ライセンス意欲を含む。

¹¹ 日本「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第2の「4 競争に及ぼす影響が大きい場合の例」。

当該要素によりカバーされる範囲を狭める結果となる。そのため、両国が直面する核心的な問題は、要素の重要度や関係性を考慮する問題、すなわち裁判基準と裁判基準の統一性の問題である。

2. 独占禁止法を適用して知的財産権の行使を規制する実務的ロジック

前節では、知的財産権に関する独占禁止制度における中日両国の異同について整理したが、比較的马クロ的かつ抽象的であるため、前節で考慮した諸要素の現実における運用が問われている。本節では、上記制度の実務的な運用を分析する。分析に当たり、知的財産権が独占禁止の問題に関わる難点が行為の性質判断に集中していることが多いことを考慮し、ライセンスという典型的で且つ一般的に知的財産権の正当な使用行為に係る紛争事例を選び、正当な権利行使の行為と権利濫用の行為の間の境界をさらに探求する。専利のライセンス拒絶に関する一部の事例は、下表を参照とする。

争いの目的	事件名	事件の主な法律問題と意義	事件番号	管轄国別
標準必須専利	フィリップス「オレンジブック標準」事件	標準必須専利権者が差止救済を取得する条件を初めて確立	Federal Court' s judgment of May 6, 2009, case KZR 39/06	ドイツ
	Huawei 対 ZTE ドイツ事件	標準必須専利の所持者が過去の使用行為に対して損害賠償を請求することは、支配的地位の濫用にはならない	Huawei Technologies (Huawei), Case C-170/13, 16 July 2015	ドイツ
	Unwired Planet 対 Huawei 事件	管轄裁判所は、確かに標準必須専利の侵害を防止するため差止命令を出し、世界の「FRAND」ライセンス料率と条項許可書を確定する権利を有する	Unwired Planet v Huawei Technologies, High Court (Patents Court), Birss J, 24 April 2015	イギリス
	アイルランド放送局と独立テレビ出版会社対欧州連合委員会	市場支配的地位を濫用する状況の基準を確立、市場支配的地位の存在と濫用行為の存在を含む。	Magill, ECLI:EU:C:1995:98	欧州連合
	IMS Health GmbH & Co. OHG 対 NDC Health GmbH 事件	「不可欠施設理論」の標準技術環境での運用。ある知的製品の市場に依存する新規企業への知的財産権のライセンスを拒否する行為が市場支配的地位の濫用を構成する 3 つの条件を確認	IMS Health, ECLI: EU: C: 2004: 257	欧州連合
	マイクロソフト対欧	競合他社に Windows OS とネッ	Microsoft v	欧州連合

	州連合委員会	トワークサーバ間の互換情報の提供を拒否する行為は、競争を排除、制限する行為である	Commission, T-201/04, ECR, ECLI: EU: T: 2007: 289.	
	アメリカ連邦委員会 対クアルコム社の事件	米国法における「無許諾-無チップ」政策の正当性を確立	Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).	アメリカ
	Huawei 対交互数字社の独占禁止事件	関連市場、関連市場における支配的地位及び市場支配的地位の濫用行為の定義、通信の標準必須專利に関する独占禁止事件の合理的な賠償額の確定	広東省深セン市中級人民法院 (2011) 深中法知民初字第 858 号民事判決書; 広東省高級人民法院 (2013) 粵高法民三終字第 306 号民事判決書。	中国
	四環製薬社対齊魯製薬社の発明專利権侵害紛争事件	国家基準で係争製品が係争專利の保護範囲に入っていると認定	内モンゴル自治区高級人民法院 (2017) 内民終 125 号民事判決; (2017) 最高法民申 4107 号	中国
非標準的な必須專利	日立金属事件	寧波市中級人民法院が、非標準必須專利が「不可欠施設」を構成することについて司法の観点から初めて論述	浙江省寧波市中級人民法院 (2014) 浙甬知初字第 579 号民事判決書	中国
	「Spundfass 標準」事件	競争法と專利法の專利強制許諾の問題における関係性を明確にし、知的財産権の取引（許諾）の拒絶を判断する方法を提案	Decision Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) vom July 13, 2004 - Case No. KZR 40/02.	ドイツ

その中で、「日立金属事件」は、中国初の「非標準必須專利」に関するライセンス拒絶の独占事件と呼ばれている。本件の特別な点は、一方で、係争專利が標準必須專利とは主張していないが、事実上避けられず、事実上の標準の疑いがあることである。また、この事件で中国法院は、初めて「不可欠施設理論」を用いて知的財産権を行使する行為の独占問題について判断し、「必需專利」と判断した。したがって、本件をめぐる議論は「非標準必須專利」、「必需專利」、「標準必須專利」などのキーワードに関連しており、重要な研究意義を持っている。

(1) 「日立金属事件」の背後にある論争と処理ロジック

日立金属事件は、知的財産権のライセンス、専利、基準などの要素に関わる複雑なケースである。2014年、寧波科田磁業有限公司と他の三社の寧波磁性材料メーカー（以下、「原告」と略す。）は、日立金属株式会社（以下、「日立金属」と略す。）を提訴し、日立金属が関連市場で市場支配的地位を有し、日立金属が特許のライセンスを拒絶することは市場の支配的地位の濫用に当たり、競争を排除、制限していると訴えた¹²。日立金属は、ネオジム焼結磁石分野で、「公認されたグローバルリーダー」であり、主要な司法管轄区域で600件以上の関連特許を持っている。訴訟までに、日立金属は中国の他の8社の磁性材料会社に特許ライセンスを行っていた。原告は、日立金属とのライセンス交渉を求めたが、拒否され、最終的に訴訟を提起した¹³。

(i) 関連市場の判断

裁判所は、まず関連市場を判断するという手順の性質を明らかにし、関連市場を判断することは目的でもなく必須の手順でもなく、本件では関連市場の分析に必要性があるにすぎないとした¹⁴。日本の独占禁止指針の関連市場の画定における要求も、「原則として、当該制限行為が影響を及ぼす取引を想定し、当該制限行為により取引が行われる市場における競争が減殺されるか否かを検討する。」と判示した。したがって、両国にとって、関連市場の画定は必須の手順ではない。具体的な関連市場の認定において、裁判所は専利の件数が多く、日立金属の従来の専利ライセンスが「専利のポートフォリオ」の形式であることを考慮して、関連市場を判断する際に「専利のポートフォリオ」の観点から考察し、双方の立証状況に基づいて、原告の専門家補助者が提出した専利リストと技術意見を採用して関連市場を認定した¹⁵。その中で、原告の専門家補助者は、日立金属が次のような一部の専利を持っていると主張している。すなわち、「請求項の方案を完全に回避すると、単一の専利がネオジム焼結磁石の生産コストの急激な上昇を招き、事実上その事業者がネオジム焼結磁石の生産分野から退けることになる。」という考え方は、実際には「不可欠施設」を用いて一部の係争専利を「必需専利」と認定している。

¹² 「寧波科田磁業有限公司対日立金属株式会社の市場支配的地位の濫用紛争事件」、浙江省寧波市中級人民法院（2014）浙甬知初字第579号民事判決書。

¹³ 寧波中院は2021年に日立金属が特許のライセンスを拒否した行為は取引を拒否する独占民事侵害行為に属するとの判決を下した。この事件は中国最高人民法院に上訴され、現在二審の判決はまだ出していない。

¹⁴ 浙江省寧波市中級人民法院（2014）浙甬知初字第579号民事判決書：「関連市場を定めることは目的ではなく、濫用行為が成立するかどうかを判断し、競争秩序の損害の程度を測る方法にすぎない。関連市場の定めも独占事件の審査の必須手順ではない」。

¹⁵ 係争必需専利の範囲について、原告の専門家補助者馬達が出廷して証言した。「日立金属の専利ポートフォリオには、ネオジム焼結磁石の製造に不可欠な専利が含まれている。一部の専利については、請求項の方案を完全に回避すると、単一の専利がネオジム焼結磁石の生産コストの急激な上昇を招き、事実上当該事業者がネオジム焼結磁石の生産分野から撤退することになる。これを第一類専利に分類する。もう一部の専利については、請求項の方案を回避するとコストの上昇を招く。日立金属の専利ライセンス政策は、単独専利のライセンスを認めないため、各専利によるコスト上昇は相乗効果があり、専利のポートフォリオによるコスト上昇は事業者がネオジム焼結磁石市場から撤退することになるため、このような専利を第二種専利と呼ぶ。第三類の専利は、ネオジム焼結磁石の必然的な生産過程に関与していない。日立金属の第一類と第二類の専利は、本件日立金属の必須専利ポートフォリオを構成している。」これに基づき、裁判所は係争関連市場の商品範囲（商品市場）を「被告日立金属が保有するネオジム焼結磁石必需専利の特許ライセンス関連市場、関連商品は前述の被告が持っているネオジム焼結磁石市場への参入に必要な専利のライセンスであり、この関連商品市場は主に第一類、第二類の専利を含む専利ポートフォリオライセンスの形で存在する。関連川下市場は、ネオジム焼結磁石商品市場である」と判断した。

(ii) 市場支配的地位の認定

関連市場を画定した後、裁判所は市場支配的地位を判断する手順に入る。市場支配的地位の分析の必要性について、中国の反トラスト法 17 条は、行為主体が関連市場において支配的地位を持つことを明確に要求する。対照的に、日本は市場支配的地位を要求しない¹⁶。裁判所は、四つの面から日立金属が関連市場の支配的地位を有していると認定し¹⁷、「必需専利」と「市場支配的地位」を結びつける観点を提起した。「所有する知的財産権がネオジム焼結磁石に必需専利を構成しているため、取引相手が代替関係にある技術や商品などを選択する可能性は皆無に近く、転換コストが極めて高いため、市場支配的地位を認定する要素の一つとなる」。この論理は、日本の独占禁止指針が事実上の技術市場の標準となっている技術を有力性のある技術と見なし、競争に大きな影響を及ぼす状況であると認めることとは、実際には同じ効果があると考えられる¹⁸。すなわち、必需専利/事実標準であり、他の主体が技術を実施する上で避けられないため、市場支配的地位を有する/制限行為が競争に大きな影響を及ぼす傾向がある。

(iii) 市場支配的地位の濫用の認定。

日立金属が関連市場で市場支配的地位を有すると認定した後、裁判所は日立金属が市場支配的地位を濫用しているかどうかを判断する手順に入った。取引拒否の行為についていえば、判決当時に有効であった「知識産権の濫用の禁止規定」7 条の規定によると、「市場支配的地位を有する事業者には正当な理由がなく、その知的財産権が生産経営活動に不可欠施設を構成する場合には、その他の事業者に合理的な条件での当該知的財産権の使用許諾を拒絶し、競争を排除、制限してはならない」¹⁹と規定されていた。当該規定に「不可欠施設」が採用されているため、本件裁判所は「不可欠施設」の枠組みでしか裁決できなかったと考えられる。注意しなければならないのは、2023 年に新たに公布された「知識産権の濫用の禁止規定」によると、「不可欠施設」の用語が削除されたため、「合理的に代替できず」「競争に必需」という特定の概念用語にとらわれず、より本質的な意味に触れる表現が選ばれた。したがって、本件裁判所が「不可欠施設」に制限されているのとは異なり、将来の裁判所は判決で特定の用語の制限を受けることが少なくなるであろう。本件裁判所は、不可欠施設を構成するには 5 つの条件が必要であることを明確にし、日立金属の係争専利がこれらの条件を満たしていると判断した上で、日立金属がライセンスを拒否した行為は競争の排除、制限に該当すると判断し、「標準必須専利」の FRAND ライセンス原則（公平、合理、非差別的）を参考にし、日立金属が原告に公平、合理、非差別的原則に合致する係争専利ライセンス契約条件を提示するように判決した。裁判所の当該判決の論理からみると、専利権者が明確に主張している標準必須専利であれ、様々な証拠によって認定された事実基準であれ、問題の鍵は

¹⁶ 「日本の独占禁止指針」において、ライセンスの拒否は、「私的独占」に係る場合もあれば、「不公平な取引方法」に係る場合もある。「私的独占」であろうと「不公平な取引方法」であろうと、日本は行動要件と効果要件により注目し、市場支配的地位については要求していない。さらに、日本が求める「私的独占」は、まさに「市場支配的地位の獲得、維持、強化」であると認めている。すなわち、市場支配的地位は後置の結果であり、前置の条件ではない。

¹⁷ それぞれは、日立金属が川上関連市場で価格やその他の取引条件をコントロールする能力を持っていること、日立金属が他者の川上関連市場への参入を排除する能力を持っていること、日立金属がライセンス契約者以外の業者に対して著しいコントロール能力を持っていること、日立金属が専利ライセンスによる合意関係で川下市場に強く影響することである。

¹⁸ 日本の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第 2 の 4。

¹⁹ この条項は、2015 年 4 月 7 日に中国国家工商行政管理総局令第 74 号で公布された「知識産権の濫用の禁止規定」であり、現在廃止されている。2023 年 6 月 25 日、国家市場監督管理総局令第 79 号は現在有効な「知識産権の濫用の禁止規定」を公布した。

専利に包まれた外見と重ねられた用語ではなく、その公平な競争を制限、阻害する本質にある。本質に注目すると、必需専利、事後的な標準と標準必須専利という三つの用語は言葉は違うが、内包は実際によく似ており、いずれも技術を実施するために避けられず、複製不可能で、使用せざるをえない専利を指していることがわかる。内包は、実質的に類似しているという観点から、日立金属事件において裁判所が「標準必須専利」の規則を参考にして必需専利を規制することにも一定の合理性がある。

(2) パテントプールの独占禁止問題

日立金属事件において、裁判所は「専利ポートフォリオ」の観点から日立金属のすべての専利を評価している。現在、実務において「専利ポートフォリオ」と類似したような形態は「パテントプール」であり、「パテント共同経営」とも呼ばれている。すなわち、「2以上の事業者がそれぞれのパテントを共同で共同経営メンバー又は第三者に許諾する」²⁰というパテントプールに関する独占禁止問題について、日本の独占禁止指針では、パテントプールは事業活動に必要な技術の効率的な利用に資するものであり、それ自体が直ちに不当な取引制限に該当するものではないと指摘している²¹。しかし、日本の独占禁止指針も、パテントプールが新規参入者や特定の既存事業者に対するライセンスを合理的な理由なく拒絶する行為は、共同して新規参入を阻害する行為、又は共同して既存事業者の事業活動を困難にする行為であり、当該製品の取引分野における競争を実質的に制限する場合には、不当な取引制限に該当するとしている²²。対照的に、中国の独占禁止指南と知識産権の濫用の禁止規定では、パテントプール自体のライセンス拒否の問題は明らかにされておらず、パテントプールは、パテントプールの構成員が単独で対外的ライセンスの制限への規制に焦点が当てられている²³。現在の実務において、パテントプールがしばしば争われているのは、標準必須専利のパテントプールの問題であり、「異なる標準必須特許権者の間ではパテントプールを利用して独占合意を締結し、競争を排除、制限する可能性がある」²⁴としている。したがって、日立金属のような「事後的な標準」の専利権者であっても、標準必須専利のパテントプールの独占禁止問題に注目すべきである。

(3) 標準必須専利の独占禁止の問題

²⁰ 中国の「国务院独占禁止委員会による知識産権分野に関する独占禁止指南」26条。

²¹ 日本の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第3の2(1)。

²² 日本の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第3の2(1)。

²³ 中国の「知識産権分野に関する独占禁止指南」26条2項：「パテントプールは、一般的に取引コストを引き下げ、許諾の効率を向上させることができ、競争を促進する効果がある。しかし、パテントプールは、競争を排除・制限するおそれもあり、具体的に分析する際に、次に掲げる要素を考慮することができる。(一) 事業者の関連市場における市場シェア及びその市場に対する支配力、(二) プールの中の専利が代替関係を有する技術に係るか否か、(三) プール構成員が単独で対外的に専利ライセンスを行うこと、又は技術を研究開発することを制限しているか否か、(四) 事業者がプールを通じて商品価格、生産量等の情報を交換しているか否か、(五) 事業者がプールを通じてクロスライセンスを行い、独占的なフィードバックや排他的フィードバックを行い、不競争義務条項を締結し、及びその他の制限を実施したか否か等、(六) 事業者がプールを通じて不公平な高価格での専利許諾、抱合せ販売、不合理な取引条件の付加、又は差別的な待遇等を実行したか否か。」。

²⁴ 「標準必須特許分野に関する独占禁止指南（意見募集稿）」9条：「通常、パテントプールはライセンスなどの取引コストを低減し、ライセンス効率と標準実施の安定性を高めることができ、競争を促進する効果がある。しかし、異なる標準必須特許権者の間ではパテントプールを利用して独占の合意をし、競争を排除、制限する可能性があり、具体的に分析する際には、以下の状況を考慮することができる。(一) パテントプールを利用して価格、生産量、市場区分などの競争に関する敏感な情報を交換しているかどうか、(二) 標準必須専利の許可料率を固定又は変更しているかどうか。」。

日立金属事件の裁判所の判決から分かるように、非標準必須専利と標準必須専利との境界は、事実上の効果に基づいて認定され、表面を除いて実質をみれば、標準必須専利と主張するかどうかにかかわらず、事業者は標準必須専利に関わる独占禁止の状況に注目し、独占禁止の法規制の要件を満たすか否かを判断する必要がある。現在、中国の独占禁止指南、知識産権の濫用の禁止規定及び標準必須特許に関する独占禁止指南は、いずれも標準必須専利の独占禁止の問題について規定しており、下表のとおりである。

法規名	関連条項	注目の焦点
中国の独占禁止指南	27 条 ²⁵	不公平な高値、 不合理なライセンス条件。
知識財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定	18 条 ²⁶ 19 条 ²⁷	独占合意、 標準制定過程の独占、 不公平な高値、 抱合せ販売等の不合理な取引条件、 救済措置の濫用
標準必須特許に関する独占禁止指南	第 2 章 標準必須専利に係る独占合意 ²⁸	独占合意、 不公平な高値、

²⁵ 知識産権分野に関する独占禁止指南 27 条：「標準必須専利とは、ある標準を実施するのに欠けてはならない専利を指す。標準必須専利を保有する事業者が市場支配的地位を有するか否かを認定するにあたっては、本指南 14 条に基づき分析を行い、同時に次に掲げる要素を考慮することもできる。(1) 標準の市場価値、応用範囲及び程度、(2) 代替関係を有する標準又は技術が存在するか否か。これには、代替関係を有する標準又は技術を使用する可能性及び転換コストが含まれる、(3) 関連標準に対する業界の依存度、(4) 関連標準の進化状況及び互換性、(5) 標準に取り入れた関連技術が代替される可能性。市場支配的地位を有する標準必須専利権者が、法院又以関連部門に関連知的財産権の使用を禁止する判決、裁定又は決定を下し、又は発布するよう申し立てることを通じ、ライセンシーにそれが提示した不公平で高額な許諾料又はその他の不合理なライセンス条件を受け入れるよう迫ることは、競争を排除・制限するおそれがある。具体的な分析をする際に、次に掲げる要素を考慮することができる。(1) 交渉する双方の交渉過程における行為表現、及びそれが体現した真意、(2) 関連する標準必須専利が担う関連承諾、(3) 交渉過程において、双方が提起した許諾条件、(4) 裁判所や関連部門に関連知的財産の使用を禁止する通知や判決、裁定或いは決定を求めたことがライセンス交渉へ与える影響、(5) 裁判所や関連部門に関連知的財産の使用を禁止する通知や判決、裁定或いは決定を求めたことが川下の市場競争と消費者の利益に与える影響」。

²⁶ 「知識財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」18 条：事業者は正当な理由なく、知的財産権の行使の過程において、標準の制定と実施を利用し、以下に掲げる独占合意を達成してはならない：(1) 競争関係にある事業者と共同して特定事業者の標準への制定参加から排除、或いは特定事業者を関連標準技術案から排除、(2) 競争関係にある事業者と共同してその他の特定事業者を排除し関連標準の実施、(3) 競争関係にある事業者とその他の競争的標準を実施しないことを約定、(4) 市場監督管理総局が認定するその他の独占合意。

²⁷ 「知識財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」19 条：市場での支配的地位を備える事業者は、標準の制定及び実施の過程において、以下に掲げる行為を行い、競争を排除、制限してはならない：(1) 標準制定に参画する過程で、標準制定組織の規定に従い適時に権利情報を十分開示せず、或いはその権利を明らかに放棄しているが、標準に当該専利を含めた後に標準実施者にその専利権を主張、(2) 専利が標準必須専利となった後に、公平、合理、無差別の原則に違反し、不公平な高値で許諾したり、正当な理由なく許諾を拒否したり、抱合せ商品販売或いはその他の不合理な取引条件を付加したり、差別的な扱いをしたりする、(3) 標準必須専利を許諾する過程において、公平、合理及び無差別の原則に違反し、善意の交渉を行わず、裁判所或いはその他の関連部門に関連知的財産の使用を禁止する判決、裁定或いは決定などを請求し、被許諾方に不公平な高値或いはその他の不合理な取引条件を受入れるよう強要、(4) 市場監督管理総局が認定するその他の市場での支配的地位を濫用する行為。本規定でいう標準必須専利とは、当該標準を実施するために必要不可欠な専利をいう。

²⁸ 標準の策定及び実施の過程における独占合意、標準必須専利のプールの独占合意、標準必須専利に関するその他の独占合意を含む。

	第3章 標準必須専利に係る市場支配的地位の濫用行為 ²⁹ 第4章 標準必要専利に係る事業者の集中 ³⁰	ライセンスの拒否、 抱合せ販売、 不合理な取引条件の付加、 差別的な待遇、 救済措置の濫用、 事業者の集中
--	--	--

以上の3つの制度はいずれも不公平な高値を重点規制の対象としており、「標準必須特許に関する独占禁止指南」は、さらに不公平な高値を標準必須専利の市場支配的地位の濫用に係る行為のトップに置き、その重要度を示していることがわかる。それを重要視する理由は、従来の経済学理論では価格は市場を通じて自己調整すると考えられていたが、標準化は強力な市場障壁を引き起こし、市場価格の自己調整メカニズムが機能しなくする可能性があるため、反トラスト法の介入、修正が必要である³¹。現在、「知識産権の濫用の禁止規定」と「標準必須特許に関する独占禁止指南」は、不公平な高値を認定するいくつかの考慮要素を明らかにしており、下表のとおりである。

知識産権の濫用の禁止規定	標準必須専利に関する独占禁止指南
研究開発コストとリサイクルサイクル	善意的ライセンスの交渉状況
ライセンス料の計算方法とライセンス条件	研究開発コスト
照合できる歴史的ライセンス料又はライセンス料の基準	照合できる歴史的ライセンス料又はライセンス料の基準
事業者によるライセンスの約束	標準必須専利の地域範囲又はカバーする商品範囲
その他の関連要素	期限切れ、無効な標準必須専利又は非標準必須専利かどうか
/	標準必須専利の数と質の変化に基づいてライセンス料を合理的に調整するかどうか
/	非特許実施エンティティを通じて重複料金を請求するかどうか

全体的に見ると、知的財産権を保護する要素、例えば研究開発コストがあり、市場競争を保護する要素、例えば専利の失効、無効、重複料金請求などもある。しかし、これらの要素は思考の枠組みを提供することが多く、それぞれの要素自体が大きな解釈空間を持っており、具体的な価格を認定することは困難であり、相対的な範囲しか特定できない。中国最高人民法院は、審理した独占禁止事件において、「不公平な高値の分析認定は、複雑で一定の誤認リスクがある。高値な行為の法的分析については、実際又は潜在的な反競争効果を考慮し、市場に現在存在する事業者と潜在的な参入者の投資意欲を損なわないよ

²⁹ 標準必須専利の不当に高い実施許諾料、標準必須専利の実施許諾の拒絶、標準必須専利の抱合せ販売、標準必須専利に関するその他の不合理な取引条件、標準必須専利に関する差別的な取り扱い、標準必須専利に関する救済措置の濫用を含む。

³⁰ 標準必須専利を含む事業者集中の申告、標準必須専利に関わる事業者集中の審査を含む。

³¹ 宁立志、龚涛「標準必須専利のライセンスにおける不公平な高値及びその独占禁止の規制」荆楚法学 2022 年第 5 期。

うに注意する必要がある」、「できるだけ多くの方法で総合分析と全体評価を行い、分析結果をクロスチェックし、単一の経済分析手段に頼るべきではない」と指摘した³²。したがって、標準必須専利権利者であれ、ライセンシーであれ、不公平な高値な論争の中で、立証内容をできるだけ豊富にしなければならない。

3. 知的財産応用メカニズムのオープンイノベーションによりもたらした独占禁止の新たな問題

オープンイノベーション (Open Innovation) は、Chesbrough が 2003 年に初めて提唱したもので、外部資源を利用したイノベーション活動に焦点を当てたものである。長年の発展を経て、その内包はより豊富に発展し、技術の導入、技術ライセンスなどの伝統的なイノベーション形式だけでなく、オープンソース (Open Source)、オープンコミュニティなどの新しいイノベーション形式も包含し、戦略、状況、モデル、認知、さらにはパラダイム、又はイノベーション哲学に拡張された³³。一方、オープンイノベーションは、各国から注目され、中日韓三国が発起した北東アジアのオープンソースソフトウェア推進フォーラムは、既に 21 回開催され、開放、協力がイノベーション分野の焦点となっている³⁴。一方、Google がファーウェイへのアンドロイド使用許可を撤回した事件や、テスラ特許のオープンソースなどの事件もオープンイノベーションの実務の複雑な一面を示している³⁵。インターネットの開放的な発展に伴い、スーパーインターネットプラットフォームを主導とする業界生態が次第に形成され、オープンイノベーション的なビジネスモデルと知的財産権の応用メカニズムは新しい独占禁止の問題をもたらすであろう。

(1) オープンイノベーションにおける知的財産権の応用メカニズム

オープンソースなどのオープンイノベーション活動と知的財産権は、相反しながら依存する矛盾した共存関係を呈している。中国の裁判所は、最初のオープンソースソフトウェア GPL ライセンス事件を審理する際に、オープンソースソフトウェアは「知的創造者の独占権に対抗する運動化体として、知的財産権の内在的な法的秩序に絶えず挑戦しているが、それ自体は知的財産権関連の法律の機能を否定するものではなく、逆に知的財産権制度の枠組みの合理的な設計に依存して存在し、隆盛している必要がある」、「オープンソースソフトウェアの自由は、著作権許可によって与えられた自由である」と指摘した³⁶。そのため、オープンソースなどのオープンイノベーション分野では、知的財産権の問題が避けられないだけでなく、上記のような矛盾関係によって、より複雑な知的財産権の応用の問題が発生する可能性も

³² “揚子江薬業集団広州海瑞薬業有限公司、揚子江薬業集団有限公司対合肥医工医薬股份有限公司、合肥恩瑞特薬業有限公司、南京海辰薬業股份有限公司独占紛争事件” 最高人民法院知識産権法廷 (2020) 最高法知民終 1140 号民事判決書。

³³ 張永成、郝冬冬、王希「国内外のオープンイノベーション理論の研究の 11 年-回顧、評論と展望」科学学と科学技術管理 2015 年第 3 期。

³⁴ 日本 OSS 推進フォーラム:[2023. 11. 16 14 時配信開始]第 21 回北東アジア OSS 推進フォーラム大会開催のお知らせ (誰でも視聴可能)、<http://ossforum.jp/index.php/2023/11/15/2023naospf/> [最終アクセス日: 2023 年 12 月 1 日]

³⁵ Reuters: Exclusive: Google suspends some business with Huawei after Trump blacklist -source <https://www.reuters.com/article/us-huawei-tech-alphabet-exclusive/exclusive-google-suspends-some-business-with-huawei-after-trump-blacklist-source-idUSKCN1SP0NB>; Tesla: All Our Patent Are Belong To You, <https://www.tesla.com/blog/all-our-patent-are-belong-you> [最終アクセス日: 2023 年 12 月 1 日]

³⁶ 「濟寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件」広州知識産権法院 (2019) 粵 73 知民初字第 207 号民事判決書。

ある。

オープンイノベーションの複雑さは、これらのオープンソースなどのオープンイノベーション活動が無料であるわけではなく、従来の専利利得のモデルとは異なる別のビジネスモデルであり、ハードウェアの抱合せ、付加価値の製品、技術のサポート、広告業務などを通じてその強力なビジネス見通しを広げていることにある³⁷。また、オープンソースなどのオープンイノベーション活動と企業の「オープン&クローズ戦略」は、容易に区別できない場合がある。オープン&クローズ戦略とは、企業が秘密保持や専利権などの独占的知的財産権戦略に加えて、他社に技術を公開する知的財産戦略を採用し、オープンで企業の影響力を拡大し、市場の主導権を取得することをいう³⁸。Adobe 社は、この戦略を採用し、成功を収めた。自社のすべての PDF の読み取りに関連する専利と著作権をすべて無料で公開し、PDF の市場占有率を拡大して市場主導の地位を取得し、有料 PDF 編集ソフトウェア Adobe Acrobat とその関連専利で独占利益を獲得した³⁹。

上記の所謂オープン行為の中の多くの活動、例えばバンドルなどの抱合せ販売行為は、独占行為を構成する可能性があり、オープンソースのライセンス/契約が世界的に広く使用されている場合、その独占地位、独占嫌疑はどの双方向契約よりもはるかに大きい⁴⁰。同時に、オープンソースと技術基準が融合した天然の優位性により、競争をより大きく排除し、制限する。そのため、「オープン」「共有」の衣をまとっているが、オープンの目的、オープンの程度、オープンの効果などの要素をよく分析すると、一部の開放活動は、知的財産権の合理的な使用である可能性があり、知的財産権制度によって与えられた合法的な独占を超えて真の市場独占の疑いがある可能性もある。

(2) 中国司法の実務と示唆

現在、中国におけるオープンソースに関わる独占禁止事件は発生していないが、オープンソースに関わる知的財産権紛争に関する裁判がある。済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対福建風靈創景科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件は、中国初の GPL オープンソース事件であり、この事件の判決は、オープンソース契約の性質と契約違反による権利侵害の結果を明らかにした⁴¹。その後、広州知識産権法院が審理した済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件は、オープンソースの法的問題についてより詳しく分析し、オープンソースのライセンス契約の発展過程と分類、外国での GPL オープンソースのライセンス契約の性質の認定、GPL 契約の法的性質と効果、商業使用制限の留保条項の効力、オープンソースソフトウェアとビジネスソフトウェアの混合経営下でのソースコードの公開問題、オープンソースのソフトウェアライセンス協議違反の救済方式などの内容について詳しく分析した⁴²。

³⁷ 「済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件」広州知識産権法院（2019）粵 73 知民初字第 207 号民事判決書。

³⁸ 日本国特許庁「経営戦略を成功に導く知財戦略【実践事例集】」、https://www.jpo.go.jp/support/example/chizai_senryaku_2020.html [最終アクセス日：2023 年 12 月 1 日]

³⁹ 日本産業標準調査会：標準化戦略に連携した知財マネジメント事例集、<https://www.jisc.go.jp/policy/kenkyuukai/chizaiwg/swgljireisyuu.pdf> [最終アクセス日：2023 年 12 月 1 日]

⁴⁰ 張平「オープンイノベーションモデル下における知的財産の新しい類型の法律紛争の分析」新経済導報 2023 年第 4 期。

⁴¹ 広東省深セン市中級人民法院（2019）粵 03 民初 3928 号民事判決書。

⁴² 「済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件」広州知識産権法院（2019）粵 73 知民初字第 207 号民事判決書。

裁判所は、オープンソースソフトウェアとビジネスソフトウェアの混合経営の傾向がはっきりになっていることを認識した。このような混合傾向の進展に伴い、オープンソースソフトウェアとオープンソースハードウェアの結合、オープンソースソフトウェアとソフトウェア専利の結合、オープンソースソフトウェアとクローズドソースソフトウェアの結合、技術基準とアプリケーションデータの結合などの活動は、オープンソースソフトウェア市場の競争をより複雑にし、不正競争の防止と独占禁止は近い将来オープンソース分野の焦点になるかもしれない。中日両国はオープンソースなどのオープンイノベーションに関わる知的財産権の問題について協力し、立法、法執行、典型的な司法判例などを通じて適切な指導やルール形成をすべきである。

4. 反トラスト法枠組みにおける知的財産権行使の実務的提示

(1) ケーススタディは知的財産権に関する独占禁止コンプライアンスの有用な手段

前文によると、中国と日本において行為が競争制限に与える影響を判断する際に、多くの要素を考慮しており、これらの要素は重畳性、解釈の柔軟性、さらには開放性を示している。中国の独占禁止指南でも「個別事件に応じて」判断することが何度も言及されている。具体的な要素は、事実と結び付けなければならない。「日立金属事件」における裁判所の関連要素の選別は、原告、被告双方が提出した証拠と結び付けた結果である。そのため、事業者は中国の独占禁止指南などに列挙された要素に基づいて、自身の業務、市場の環境、独占禁止の事例などと結び付けて自身の行為の独占傾向を総合的に評価し、独占傾向を軽減する目的に応じた措置をとることができる。

(2) 独占疑いのある行為の影響力への注目

ある技術と「基準」（通常において、共通して遵守する基準と根拠と見なされる）が、名目上又は事実上のつながりを生むとき、事業者はその技術に存在する統一的制約と競争の多様性との間の緊張関係を意識しなければならない。この緊張関係がどの程度独占に向かうかは、他の市場競争業者、司法部門、公衆の意見に大きく依存する可能性が高い。その理由は、専利や基準を握っている事業者が一定のコントロール力を持っているが、その行為に対する評価をコントロールすることができないからである。著作物の評価が読者に依存しているように、「この文の意義は、すべて読者の創造によるもので、著作者とは無関係である」⁴³。そのため、事業者は他の業者の評価、フィードバック、インタラクティブの要請、そして直ちに自分の不正行為を修正することに注目することができる。これは、損害拡大を防ぐために必要な措置を講じるコンプライアンス方式に似ている。もちろん、事業者は他の業者からのフィードバックを無視することもできるが、日立金属事件のように、このような無視や、対応しないことは不公平かつ不合理な行為と評価される可能性がある。

(3) 独占疑いがある行為への積極的な対応

⁴³ 王治河主编『アフター現代主義辞典』229頁（中央编译出版社、2005年版）。

知的財産権自体の不確実性のため、知的財産権を濫用して競争を排除し、制限するという境界は明確ではなく、ひいては非常にあいまいである。しかし、この曖昧さは判断の根拠がないことを意味するものではない。「正義」とは、何かを完全に説明できる人がいないが、特定の事実直面するとき、道徳律は正義かどうかの論断を下すのに役立つようなものである。例えば、「信義誠実の原則」という民事分野の帝王条項は多くの事件の是非の論断において重要な役割を果たしている⁴⁴。市場で競争している多くの事業者は、他の事業者の行動が「正義」であるかどうかを直感し、「不正義」の原因を最もはっきりと訴えることができる。日立金属事件では、原告とその専門家の補助者が日立金属の専利ライセンスの不合理な点について詳しく、分かりやすく説明し、裁判所という聴衆の承認を得た。将来、他の事業者はある市場競争行為の不合理さに気づいたら、積極的に外部にその不合理さを訴えることができ、声明、通報、訴訟などはすべて取りうる訴え方法である。

おわりに

現段階において、知的財産権問題の交差性、複雑性がよりはっきりとなっており、多種の行為表象が幾重にも重なっている結果、行為の正当性と不正性との境界の判断がますます複雑化し、行為の独占性がより隠蔽され、顕在化はより遅くなっている。現在のこのような深い融合の流れに基づいて、ミクロレベルで具体的な業界、具体的な分野、具体的な事件における知的財産権の正当な行使と独占の境界の適切性を保障する必要があるだけでなく、さらに重要なのは、マクロレベルで知的財産権の行使と独占禁止をシステムとして全体的に推進し、構造的なジレンマに陥ることを防ぐことである。

⁴⁴ 中国最高人民法院指導判例 82 号を参照：当事者が信義誠実の原則に反し、他人の合法的な権益を損ない、市場の正当な競争秩序を乱し、悪意を持って商標権を取得、行使し、他人に対して権利侵害を主張した場合、人民法院は権利濫用を構成することを理由に、その訴訟請求を支持しないとの判決を下さなければならない。

Ⅲ. 中国における知的財産権の権利行使に関する独占禁止法の規制

国家知識産権局 知識産権発展研究センター 顧 昕 首席研究員

1. 問題の所在

権利者が知的財産権を行使する過程において、独占禁止法の規制を受けるべきか否か。もし回答が肯定的であれば、独占禁止法のどの時点での介入を許すべきか、これらの問題をめぐる論争は、現在中日両国の学術研究が直面する重要な課題である。

日本において、伝統的な観点では、知的財産法と独占禁止法は、いずれも産業政策や競争政策を通じて産業発展を促進させるものであり、両者の違いは手法上のものにすぎず、前者は権利を設定する方法を利用しており、後者は行為を規制する方式を利用している。それに加え、日本の独占禁止法 21 条では、知的財産権による権利の行使を独占禁止法の適用例外として明確にしているため、一部の学者は原則として独占禁止法の適用は知的財産権の行使を尊重すべきだと主張している¹。しかし、反競争の効果をもたらす権利の行使は、知的財産権の分野でも認められていない権利の行使行為だと反対意見を持つ日本の学者もいる²。同時に、知的財産と独占禁止の両者とも行為規制であり、異なる判断時点と異なる判断機関の違いにすぎず、特許庁、裁判所と公正取引委員会はそれぞれ所長があると指摘されている³。

中国では知的財産権の行使と独占禁止法の適用との関係についての論証をスキップし、関連制度設計と司法判例はいずれも直接に「知的財産権の行使にいつ独占禁止が介入するか」という問題に関する論証が展開されている。その重要な原因は、中国の反トラスト 68 条が知的財産権の行使に介入できるかに対して、「例外の例外」という立法手法を採用したためである。すなわち、「事業者が知的財産権に係る法律、行政法規の規定に基づき知的財産権を行使する行為は、本法を適用しない」、「但し、事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除、制限する行為には、本法を適用する」と定められている。反トラストにおける明確な肯定のほか、「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限禁止規定」、「知的財産権分野に関する独占禁止ガイドライン」などの行政法規とガイドラインの公布も、関連規定をさらに細分化している。したがって、中国では「法律・法規に基づいて知的財産権を行使」することと「知的財産権を濫用し、競争を排除、制限」することとの両者の限界を如何に画定するかが、現在最も早急に解決しなければならない問題であるとされ、例えば、非標準必須専利の独占禁止事件において、権利者が許諾を拒否する行為が独占に該当するかは各方面から強く関心が寄せられている。この論文は、中国の知的財産権に関する独占禁止に係る民事、行政事件を整理し、関連する判断基準を考察した上で、改善提案を行うものである。

2. 中国独占禁止訴訟制度の特徴

¹ 和久井理子「技術標準をめぐる法システム」商事法務 2010 年 178～179 頁、稗貫俊文「知的財産権と独占禁止法 21 条」『市場・知的財産・競争法』7～15 頁（有斐閣、2007 年）。

² 白石忠志『独占禁止法』（第二版）382 頁（有斐閣、2009 年）。

³ 田村善之「特許権と独占禁止法・再論-権利 vs. 行為規制という発想からの脱却-」日本経済法学会年報 32 号 53-75 頁。

海外の他の法域と比較して、中国の独占禁止に係る民事訴訟制度は一定の特殊性があり、以下の3つの特徴が挙げられる⁴。

第1に、独占禁止に係る民事訴訟の独立性である。まず、訴訟の方式に反映されており、独占禁止に係る民事訴訟は、独占禁止行政執行機関の行政処理を前提条件としない、独占行為の被害者は直接人民法院に提訴してもよく、行政法執行機関が独占行為に該当することを認定する決定が下されてから提訴してもよい。次に、事実認定において、独占禁止行政法執行機関の行政決定において認定した事実は、民事事件を審理する法院に対しては法定拘束力がなく、人民法院の事実認定の証拠の一つにすぎず、行政決定における結論を覆すことに十分な証拠が存在する場合、人民法院は改めて事実認定を行うことができる。行政機関が認定していない事実について、法院は事件の具体的な証拠と事実を照らし合わせて単独で認定することができる。

第2に、原告の資格がオープンであることである。独占行為による侵害を直接的に又は間接的に受けた事業者と消費者は、いずれも原告の資格を有する。被害者、特に消費者に原告の資格を与えることは、中国の独占民事訴訟における重要な特徴である。

第3に、責任方式の多様性である。原告は独占禁止に係る民事訴訟を通じて、独占行為によって受けた損害について賠償を請求できるだけでなく、差止命令による救済の獲得や、独占行為に関連する法的行為の無効の確認を請求することができる。

反トラスト法3条に、「事業者が独占協定を締結する」、「事業者が市場支配的地位を濫用する」及び「競争を排除、制限する効果をもたらす若しくはもたらしうる事業者の集中」という3種類の独占行為が規定されている。長期にわたって、独占禁止に係る民事事件の類型は、第2の種類の市場支配的地位の濫用事件と第1の種類の独占協定を締結する事件が共存し、特に第2の種類の市場支配的地位の濫用事件は、すべての独占禁止に係る民事事件の90%以上を占めている。過去の長い期間において、独占禁止に係る民事訴訟の原告の勝訴率が低く、原告敗訴のほとんどの事件が証拠不十分に関連しており、独占禁止の私的執行の最大の難点として反映されている。

3. 文化・スポーツ分野における事件

近年、中国では知的財産権に関する独占禁止事件が新たに発生した。これまでの事件の状況と比べて、明らかな変化が現れている。無線通信分野の標準必須専利、重要な産業発展に関係する基礎専利、及び学術文献の取得に支障をきたすなど、科学技術イノベーション競争力に影響を与える可能性のある事件に対して、法院と行政法執行機関はためらうことなく独占に該当すると認定してきた。それ以外の著作権集中管理団体の有料許諾、スポーツ試合の画像のライセンスなど、文化・スポーツ分野における知的財産権の行使が独占に該当するか否かの認定について、従来からの慎重な態度が受け継がれ、原告は勝訴しにくいことが多い。

⁴ この段落の民事訴訟制度の特徴についての内容の紹介は、孔祥俊「独占禁止に係る民事訴訟の十年：回顧と展望」[反壟断民事訴訟十年：回顧与展望] 人民網知識産権チャンネルに掲載、
URL：<http://ip.people.com.cn/n1/2018/0828/c179663-30255146.html> [最終アクセス日：2024年1月15日]

(1) 著作権集中管理団体の市場支配的地位の濫用に関する紛争事件⁵

原告はカラオケを経営する会社で、被告は中国音像著作権集団管理協会であり、中国の音像番組の集中管理団体である。原告は、被告が不合理な条件で著作権の許諾契約を締結し、自ら管理する著作権のリストの提供を拒否するなどの行為が反トラストで規定する取引の拒否、不合理な条件の付加などの独占行為を構成すると主張した。

「事業者が市場支配的地位を濫用する」類型の事件において、法院は「関連市場の定義」、「市場支配的地位を有するか」、「市場支配的地位を濫用する独占行為を実施したか」の3つの面から審理し、判定することが多い。

本件において、法院の具体的な認定は以下のとおりである。第1に、関連市場の定義について認定した。法院は、本件の関連市場は、カラオケ経営に対して中国大陆の真似映画作品や視聴製品の許諾使用サービスを提供する市場と定義されるべきであると判断した。第2に、市場支配的地位を有するかについて認定した。被告はその管理している視聴番組の数が多くなく、市場支配的地位を有していないと主張したが、法院は被告が管理している真似映画作品や視聴製品の数が11万曲を超え、ある権利者が所有する作品の数よりはるかに多く、市場支配的地位を有すると認定できるとした。第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかについて認定した。原告は被告が正当な理由がなく著作権の使用料の課金基準の提供を拒否したと主張したが、法院は、被告がサンプリング回数と正確な回数を合わせる方式を採用し、全国サンプリング回数のデータと各地域の具体的な状況に基づいてカラオケにおける著作権の使用料の料金徴収基準を確定し、公告し、すべてのカラオケ経営者に対して、公告基準に従って料金を徴収し、中国の関連規定に合うため、被告が合理的な基準に基づいて原告に料金を求めることを拒否したという主張を支持することができないと判断した。

法院は、最終的に被告が市場支配的地位を有するが、市場支配的地位を濫用する独占行為はないと認定した。

(2) スポーツ試合の画像の独占的ライセンスに係る市場支配的地位の濫用紛争事件⁶

被告 Y1 の中超公司是、中国サッカー協会から独占的なライセンスを受けて、「中国スーパーリーグ」などのサッカー試合の商業権利を行使していた。Y1 は、被告 Y2 公司に一部再ライセンスし、被告 Y2 公司がそのうちの試合の画像の経営権を独自に行使していた。原告は、被告 Y2 公司が中国スーパーリーグのメディア撮影証明書を持つカメラマンのみが、自ら経営する画像データベース東方 IC 商業図庫に中国スーパーリーグの試合の画像をアップロードできるとしていたことが、被告 Y1 の中超公司、被告 Y2 公司の中国スーパーリーグにおける画像市場での支配的地位を濫用したもので、中国スーパーリーグの画像の販売権を独占し、取引相手は被告 Y2 しか存在せず、中国スーパーリーグの画像の市場の競争を排除し、原告及びその他の取引相手の合法的利益を損なったと主張した。本件のポイントは、被告が独占的にライセンスできるかどうか、及び独占的なライセンスを行う権利が市場支配的地位の濫用に当たるか否かにある。

⁵ 最高人民法院（2020）最高法知民終1458号民事判決書。

⁶ 最高人民法院（2021）最高法知民終1790号民事判決書。

法院は、審理を経て、以下のとおり判断した。第1に、関連市場の定義について。関連商品の市場、関連地域の市場は、それぞれ中国スーパーリーグの画像商品の市場、中国大陆地域の市場と定義された。第2に、市場支配的地位を有するかについて。一審法院は、中国スーパーリーグの画像の運営は、被告Y1の中超公司与特定の画像運営機構との間で年間協力協定を締結して展開し、関連業界内の競争者は入札の方式で公式の画像協力機構になることができ、他の経営者が関連市場に進出するための顕著な障壁は存在しないと判断した。また、被告Y2は、関連画像の市場シェアで絶対的な優位を占めていないと判断した。しかし、二審法院は、一審法院の判断を覆し、市場シェアは市場支配地位を認定する第一参考要素であるが、決定的な要素ではなく、被告Y1 中超公司是中国スーパーリーグの経営市場、Y2 公司是中国スーパーリーグの画像経営の市場で、それぞれ100%の市場シェアを有しており、市場支配地位を有すると推定しなければならないと判断した。

第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかについて。法院は、権利の内在する排他的属性に基づいて形成された独占状態は、天然の権利濫用行為ではなく、排他的権利の不正行使のみが独占禁止法違反の疑いがあると指摘した。中国サッカー協会は、法に基づいて全国的なサッカー試合を独占的に運営する独占的な地位を取得しており、多くの試合画像のユーザーはそもそも中国サッカー協会としか当該試合の画像に係る取引ができなかった。このような取引のサプライヤーの唯一の限定は、体育法の規定に基くものであり、中国サッカー協会は自身が試合を具体的に経営しているわけではなく、外部の経営を独占的に被告Y1 中超公司にライセンスすると決定し、このため、多くの試合画像ユーザーは、Y1 中超公司としか直接取引できない状況にあり、これはユーザーがそもそも中国サッカー協会としか取引ができないということと本質的な違いはない。Y1 中超公司是、被告Y2 公司に2017年から2019年までの中国スーパーリーグの画像資源の独占経営をライセンスし、手続き上に競争を体现している。この経営権の独占的ライセンスは、競争⁷の当然の結果であり、かつその合理的な理由があり、反競争の効果はない。法院は、最終的に被告が市場支配的地位を有しているが、市場支配的地位を濫用する独占行為は存在しないと認断した。

最近注目されている商業独占的ライセンス行為が取引限定を構成するかどうか（取引拒否と共通性がある）の問題について、本件で形成された判断基準は、入札募集による独占ライセンスが取引限定を構成しないとした。法院は、経営権の独占的ライセンスに合理性があると判断した。複数の法人に経営を委ねることに比べて、経営を独占的にライセンスすることは、複数の販売者がコストを掛けて事前に広告宣伝を行ったり、必要な施設を建設する際に互いに牽制したり、互いに様子を見たり、事後に「ただ乗り」したりなどのネガティブ要素を避けることができる。独占的ライセンスは、統一して調整を行い、権利と責任をはっきり区別し、ブランド効果を形成するのに便利であり、また独占的ライセンスに対して高いライセンス費用を受け取ることができる。経営権のライセンスは、ライセンス双方の信頼の程度に基づいて、ライセンサーが十分な自主選択の余地を有していることを示すことが多い。また、試合資源の経営権の独占的ライセンスは、国内外のスポーツ分野の一般的なやり方である。中国スーパーリーグの画像ユーザー（需要側）は、被告Y2からしか購入できないが、これは原始経営権者である中国サッカー協会が法に基づいて享有する専有権（独占経営権）に基づくもので、ライセンスを通じて導かれた相応の結果であり、法律の規定に合致し、合理性があり、この取引限定の状況には正当な理由があり、

⁷ 競争には2つの側面がある。第一に、Y1 中超公司がライセンス段階で、入札募集を行い、原告の入札が失敗し、被告のY2 公司の入札が成功した。第二に、被告Y2は入札に成功した後も、他の経営者とある程度潜在的な競争があった。予想される経営目標を達成できなければ、中超公司が契約の解除を検討し、再び入札を行う可能性を排除できない。

「正当な理由がなく、取引相手を限定して取引を行う」という状況に該当しない。

4. 科学競争力に影響を与える事件

前述のように、文化・スポーツ分野における独占禁止に係る訴訟事件では、知的財産権を行使する行為が独占を構成するかどうかの判断について、これまでの慎重な態度が続き、原告は勝訴しにくいことが多い。これに対して、無線通信、工業基礎專利など産業の更新・アップグレード、国際科学技術の競争力などに影響を与える重要な分野では、最初から全く異なる態度を示している。例えば、無線通信の標準必須專利は、中国の電子情報産業の発展にとって極めて重要である。中国が既に世界最大のスマートフォン端末生産国、輸出国と消費国になったことに鑑み、スマートフォン、タブレット、インテリジェントウェアラブルデバイスなどの主要端末製品の生産量はすべて世界第1位であり、世界の出荷量の半分以上の比率を占めている。2021年、中国のスマートフォンの生産量は16億6000万台に達し、世界のスマートフォンの生産量の67%を占め、そのうち5Gスマートフォンの出荷量は2億7000万台に達した⁸。関連産業が良好な発展を遂げるためには、この分野でバランスのとれた競争の制度環境を構築することが特に重要である。

(1) 無線通信分野における標準必須專利の行使に係る市場支配的地位の濫用に係る紛争事件

1) 華為技術有限公司と InterDigital Technology Corporation などとの市場支配的地位の濫用に係る紛争の上訴事件⁹

原告の華為公司は、被告 InterDigital Technology Corporation が関連市場で独占的な地位を有しているが、標準化機構に加入する際の公正 (Fair)、妥当 (Rational) かつ無差別的 (Non-Discriminatory) な条件 (FRAND 条件) の約束を無視して、その專利許諾に対してアンフェアな高価格を設定し、条件が似ている取引相手に対して差別的な取引条件を設定し、許諾条件に不合理な条件を付加し、許諾過程において抱き合わせ販売、取引拒否の疑いがあり、被告の市場支配的地位の濫用は独占的な民事侵害を構成すると主張し、被告に侵害の停止、損害賠償の法的責任を求めた。

法院は審理を経て、第1に、関連市場の定義を行った。関連地域市場は、中国市場と米国市場で、関連商品市場は、「Inter Digital の3G無線通信技術におけるWCDMA、CDMA 2000、TD-SCDMA標準の下での必須專利ごとの許諾市場から構成されている集合である。第2に、市場支配的地位を有するかを検討した。被告 InterDigital は、原告華為公司と3G標準必須專利の許諾交渉を行ったとき、原告がその3G標準必須專利を使用するための価格、数量及びその他の取引条件をコントロールする能力を備えているため、定義された本件関連市場において市場支配的な地位を有している。第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかを検討した。被告は一貫して他社への許諾料率を開示したくないため、高価格設定を構成するかどうかの問題で、法院は被告の年報に開示された内容、他の被許諾者の販売収入とその他の状況に基づいて、專利許諾料率を推算し、被告が原告公司に対して徴収する予定の專利許諾料率などを参酌して、高価格設定であるかを判断した。世界におけるスマートフォン販売数のランキング順位や総合力

⁸ 「「集まる」：ある末端産業生態高地が台頭している[“扎堆”：一个终端产业生态高地正在崛起] 中国電子報に掲載 URL : <https://mp.weixin.qq.com/s/HY9vA03Bfdf1x3Dwm1mGHQ> [最終アクセス日：2024年1月15日]

⁹ 広東省高級人民法院 (2013) 粵高法民三終字第306号民事判決書。

が米アップル社、韓国サムスン社などに遥かに及ばない原告に対する被告の許諾料が高すぎるため、明らかに合理性と正当性に欠ける。法院は、最終的に被告が市場支配的地位を有しており、差別的な価格設定、抱き合わせ販売などの市場支配的地位を濫用する独占行為があると認定した。

2) クアルコム社の市場支配的地位の濫用に関する行政処罰案件¹⁰

独占禁止行政法執行機関は、当事者クアルコム社が CDMA、WCDMA、LTE 無線通信の標準必須専利の許諾市場における支配的地位を濫用して独占行為を実施したことについて、調査を行った。調査した結果、以下のとおり認定した。第1に、当事者は無線通信の標準必須専利の許諾市場において市場支配的地位を有している。当事者は、関連市場で 100%の市場シェアを占めている。当事者が保有する無線通信の標準必須専利の許諾毎に独立して構成された関連製品の市場ごとに、当事者はいずれも 100%の市場シェアを占めている。第2に、市場支配的地位を濫用し、不公平な高価な許諾料を徴収した。期限満了の無線通信の標準必須専利に対して許諾料を徴収し、被許諾者に被許諾者の専利を無料でリバース許諾することを要求し、当事者が保有する無線通信の標準必須専利のカバー範囲を超えた機器全体の卸売の純販売価格を課金の基礎とすることが明らかに不公平であり、専利許諾料が高すぎることに至ったなどを認定した。その他、正当な理由なく非無線通信の標準必須専利の許諾を抱き合わせ販売することや、ベースバンドチップ販売に不合理な条件を付加し、許諾契約の締結と不爭を被許諾者がベースバンドチップを取得する条件とすることなどを含む。最終的に、行政処罰の結果は、当事者クアルコム社に、前記市場支配的地位の濫用による違法行為の停止を命じ、2013年の中国国内の売上高の8%の罰金に処し、計60.88億人民元とされた。

当時の 3G スマートフォンの技術環境の下で、クアルコム社が不合理な独占行為が存在することを明らかに知りながら、クアルコム社に単独で挑戦するスマートフォンメーカーが存在するとは想像しにくく、行政法執行機関による産業発展にかかわる公共利益における独占禁止に係る調査は、確かに民事における民事救済では実現し難い役割を果たしたといえる。

(2) 重要な工業分野での非標準必須専利の行使に係る市場支配的地位の濫用に関する紛争事件

近年、浙江省寧波市中級人民法院が判決した国内初の非標準必須専利に係る市場支配地位の濫用に関する司法事件は、国内外の広範な関心と論争を引き起こした。この事件は、中国国内初の明確に「不可欠施設」理論を導入して知的財産権の独占禁止の問題を分析した司法事件である。係争専利は、レアアース類材料の生産において非常に重要な地位を有し、関連工業分野で極めて重要な専利である。

中国のレアアース類資源は、世界資源の約 36.67%を占めており、ネオジム鉄ホウ素永久磁石材料は、中国で世界最大の関連産業を形成しており、2000 年以来、中国は世界最大のレアアース類ネオジム鉄ホウ素永久磁石の材料の生産国となっている。中国で生産されるレアアース類ネオジム鉄ホウ素永久磁性材料の大部分は、焼結ネオジム鉄ホウ素であり、2019 年の焼結ネオジム鉄ホウ素は 94.3%を占めている。被告日立金属は、焼結ネオジム鉄ホウ素に関する専利を世界で 600 件以上保有しており、中国では 8 社の企業にその専利の実施を許諾している。

¹⁰ 国家發展と改革委員会行政処罰決定書（発改弁価監処罰〔2015〕1号）。

1) 日立金属事件の一審判決¹¹

これら8社のほかの専利許諾を得ていない4社は、原告として2014年12月に寧波市中級人民法院に訴訟を提起した。被告日立金属は焼結ネオジム鉄ホウ素必須専利の世界ライセンス市場における市場支配的地位を濫用し、抱き合わせ販売と取引拒否行為を実施し、下流の焼結ネオジム鉄ホウ素市場の正常な競争を排除、制限していると原告は主張し、法院に被告に対して独占行為の停止と経済的損失の賠償を命じるよう請求した。2021年4月、6年以上にわたる審理を経て、寧波市中級人民法院は審理を経て以下のとおりの一審判決を下した。第1に、関連市場の定義を行った。被告が享有している焼結ネオジム鉄ホウ素専利は標準必須専利ではないが、技術的には第1類及び第2類の焼結ネオジム鉄ホウ素専利を有効に回避することが難しいため、焼結ネオジム鉄ホウ素の「必須専利」ということができる。全世界の範囲において、被告が有する主に第1、2類専利を含む専利の集合許諾の形式で存在する焼結ネオジム鉄ホウ素の必須専利の専利許諾関連市場であり、関連下流市場は同時期の世界の焼結ネオジム鉄ホウ素商品市場である。第2に、市場支配的地位を有するかと判断した。法院は被告が「上流関連市場では価格その他の取引条件をコントロールする能力を有する」こと、「上流関連市場への他人の参入を排除する能力を有する」こと、「非許諾メーカーに対して明らかなコントロール能力を有する」こと、「専利許諾による契約関係が下流市場に強く影響する」ことを判断し、被告は市場支配的地位を有すると認定した。

第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかを判断した。法院は、まず本件が「抱き合わせ販売」に該当しないと判断したうえで、「取引拒否」に該当するかという最も論争のある問題について、「知的財産権濫用による競争排除・制限行為の禁止に関する規定」(2020年改正版)7条の規定に基づいて、市場支配的地位を有する事業者は、正当な理由がない限り、その知的財産権が生産経営活動の不可欠施設となっている状況において、合理的な条件により当該知的財産権を使用しようとするその他の事業者への許諾を拒絶し、競争の排除、制限をしてはならないとした。

「不可欠施設」理論は、個別事件でどのように適用するかについて、裁判所は個別事件において当該手段を導入するかを具体的に判断しなければならないことや、不可欠施設は以下の5つの要件を備えなければならないと指摘した。第1に、当該施設が他の事業者が競争に参加するために不可欠であること、第2に、独占者が当該不可欠施設をコントロールしていること、第3に、競争者が合理的な努力の範囲内で同じ施設を複製することができないこと、第4に、独占者が当該不可欠施設の利用を競争者に不合理に拒否すること、第5に、独占者が当該不可欠施設を提供することが可能であるというものである。知的財産権は、専有性と排他性があるため、自然にボトルネック効果がある。さらに、知的財産権は、広義的にイノベーションを促進し、公共福祉を増進する役割を有しているため、知的財産権の分野において、「不可欠施設」原則の適用を非常に慎重にしなければならず、上述の5つの要件の他、当該知的財産権の許諾を拒否することが関連市場での競争やイノベーションに不利な影響を与えたり、消費者の利益や公共の利益を損なったりすることにならないかを同時に考慮しなければならない。法院は、本件において、前述の5つの要件を適用するかについて更に具体的に検討した。第1に、当該施設がネオジム鉄ホウ素企業の競争参加において不可欠であること、第2に、被告が知的財産権者として当該不可欠施設をコントロールしていること、第3に、競争者が合理的な努力の範囲内で同じ施設を複製することができないこと、第4に、原告が許諾要求を明確に提示し、合理的な対価を支払いたいとしても被告が当

¹¹ 浙江省寧波市中級人民法院 (2014) 浙甬知初字第 579 号民事判決書。

該不可欠施設の利用を競争者である原告に不合理に拒否する事実があること、第5に、被告が当該不可欠施設を提供して専利許諾を行うことが可能であり、被告の許諾拒否には合理的な理由がなく、原告は大きい規模を有している同業経営者として専利を実施する条件があり、積極的に許諾を求める意思を示しているということである。これに基づいて、一審法院は最終的に被告が焼結ネオジム鉄ホウ素に関する専利許諾を原告に開放することを拒否した行為が、反トラスト法 17 条に規定されている市場支配的地位濫用の「取引拒否」行為を構成すると判断した。

一審判決の結果が国内外で大きな注目を集めており、2022 年 4 月の米国の「特別 301 報告」では寧波市中級人民法院より判決された当該事件に言及し、このような判断方式が民事事件から中国独占禁止機構の行政法執行事件に拡大することを懸念した¹²。注目すべきは、一審法院が「不可欠施設」理論を適用する根拠である「知的財産権濫用による競争排除・制限行為の禁止に関する規定」（2020 年改正版）7 条は、2023 年の最新改正版において、既に「不可欠施設」理論に関する表現を削除した。将来、他の法院が類似の事件に対して、直接的な判断根拠がない状況において、引き続き「不可欠施設」理論の適用を選択するかについて、今後も注目すべきである。

2) 日立金属事件の二審判決¹³

被告日立金属は、一審判決を不服として、最高人民法院に上訴した。二審法院は、審理を経て、第1に、関連市場の定義を行った。二審法院は、一審法院の関連商品市場に対する定義を認めず、既存の証拠が被告日立金属の焼結ネオジム鉄ホウ素専利が技術的に代替できないことを証明するのに十分でない状況において、本件の関連商品市場は、一審法院が認定した被告日立金属の保有する焼結ネオジム鉄ホウ素必須専利の専利許諾関連市場ではなく、緊密な代替性を有する専利技術と非専利技術などを含む焼結ネオジム鉄ホウ素材料の生産技術市場と定義すべきであると判断した。

第2に、市場支配的地位を有するかについて判断した。まず、被告日立金属及びその専利実施許諾を受けた企業の市場シェアは高くなく、被告が関連市場の取引条件をコントロールするのが難しいとした。次に、本件の証拠は、被告の日立金属の専利が技術的に代替できないことを証明するのに十分ではなく、被告日立金属は技術的に他の同種技術を開発する事業者、又は同種商品を生産する事業者経営者の関連市場への参入に影響を与えにくいとし、さらに、被告日立金属の専利が商業的に代替できないという原告会社の主張は成り立たないと判断した。一言で言えば、原告は、被告日立金属がその焼結ネオジム鉄ホウ素専利によって、世界の焼結ネオジム鉄ホウ素生産技術市場又は世界の焼結ネオジム鉄ホウ素材料市場において、取引条件をコントロールしたり、又は市場参入に影響を与えたりする市場力を有していることを証明する証拠を提出していないため、被告日立金属が市場支配的地位を有することを証明することができないとした。

被告日立金属が市場支配的地位を有していない以上、法院は市場支配的地位の濫用行為を実施したかという要件をそれ以上検討せず、最終的に一審判決を覆し、被告の取引拒否行為は独占を構成しないと判断した。法院の本件における判断は、仮に被告が市場支配的な地位を有すると認定された場合に、取引を拒否した行為が独占を構成するかという後続の問題点を引き起こした。

¹² 黄小鶯「最高人民法院が中国初の非標準必須専利の許諾拒否の独占禁止事件を判決変更した [最高院改判中国首例非标准必要专利拒绝许可垄断案]」企業觀察の微チャット公式アカウントに掲載

URL : <https://mp.weixin.qq.com/s/NbLFEnQkqAwYVj6ScV-xuw> [最終アクセス日 : 2024 年 1 月 15 日]

¹³ 最高人民法院 (2021) 最高法知民終 1482 号民事判決書。

(3) 学術定期刊行物データベースが市場支配的地位の濫用に関する紛争事件¹⁴

中国知網（CNKI）は、中国最大規模の学術文献データベースであるが、研究者の間では料金基準が不透明であるなどの点が批判されてきた。中南財經政法大学の趙德馨教授、浙江理工大学の郭兵副教授などが個人的に中国知網に対して、著作権侵害訴訟を提起した後¹⁵、ニュース世論の広範な関心と議論を引き起こし、2021年に国家市場監督管理総局は中国知網が独占行為の実施の疑いがあるとして、立件して調査を行った。中国最大規模の学術文献データベースとして、その独占行為の継続的な実施を放任すると、各分野の研究者が学術文献を取得するためのコストが高くなり、国の学術発展とイノベーションに大きく影響を及ぼすであろう。

独占禁止法執行機関は、調査を経て以下のように結論付けた。第1に、関連市場の定義について、本件の関連市場は、中国国内の中国語学術文献ネットワークデータベースサービス市場であるとした。第2に、市場支配的地位を有するかについて、当事者の市場シェアは50%を超え、強い市場支配力を有しているため、市場支配的地位を有していると認定した。データベースサービスの収益から見ると、2014-2021年、中国国内における中国語学術文献ネットワークデータベースサービス事業者の合計サービス収入のうち、当事者の市場シェアはそれぞれ59.95%、58.62%、63.27%、66.91%、66.99%、65.22%、68.03%、69.38%で、いずれも50%を超えていた。また、文献のダウンロード数から見ると、調査によるデータによれば、76%以上の中国語学術文献の全文ダウンロードは、当事者のプラットフォームからであった。第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したか否かについて、当事者は学術定期刊行物の出版機関、大学とフォーマット式の独占協定を締結するなどの方法を通じて、学術定期刊行物の出版機関、大学が当事者に定期刊行物、博士号や修士号論文などの学術資源の使用を独占的にライセンスすることを要求した。当事者の独占協力の定期刊行物の総数の割合は、全体の62%以上を維持している。2014年以来、当事者はその市場支配的地位を利用して、データベースサービスのコストが基本的に安定している状況で、多種の不公平な手段を採用して、連続的にデータベースサービスの価格を大幅に高め、価格の上昇幅は他の競争プラットフォームをはるかに上回り、不公平な高価格で商品を販売する行為を行い、不当な独占的な利益を獲得した。

最終的に独占禁止法執行機関は、当事者が中国国内における中国語学術文献ネットワークデータベースサービス市場の支配的地位を濫用して、独占協定を締結し、実施することにより、学術定期刊行物の出版機関や大学に対して当事者にのみ学術文献データを提供するように要求し、中国語学術文献ネットワークデータベースのサービスを不公平な高価格で販売し、関連市場の競争を排除、制限し、反トラスト法に禁止されている「不公平な高価格での商品の販売」と「正当な理由なく、取引の相手方が自己とのみ取引を行なうように制限」という規定に違反し、市場支配的地位の濫用行為に該当すると判断した。当事者に対して、2021年の中国国内の売上高の17億5200万元の5%の罰金に処し、計8760万元となるとした。

¹⁴ 国家市場監督管理総局行政処罰決定書国市監処罰〔2022〕87号。

¹⁵ 新智元「知網が確実に独占に該当し、8760万元の高い罰金に課された！90歳の趙德馨教授より回答〔知網壟断实锤、遭8760万天价罚单制裁！九旬教授赵德馨回应〕」、

URL：<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1753348174015261010&wfr=spider&for=pc> [最終アクセス日：2024年1月15日]

5. 独占協定のタイプに係る事件

反トラスト法3条に、3種類の独占行為が規定されており、それぞれ、「事業者が独占協定を締結する行為」、「事業者が市場支配的地位を濫用する行為」、及び「競争を排除、制限する効果をもたらす若しくはもたらしうる事業者の集中行為」である。前述のとおり、知的財産権に関する独占禁止案件のほとんどは「事業者が市場支配的地位を濫用する行為」に係る紛争であるが、最近、知的財産権を利用して独占協定を締結するなど他のタイプの事件も出始めている。

(1) 専利権侵害和解契約が独占協定を構成する紛争事件¹⁶

係争調停契約は、専利権侵害訴訟に基づいて締結されたものであり、その目的は双方の間の専利権侵害紛争を解決するためであり、契約の約定条項は専利権侵害紛争でいう被疑侵害製品の製造・販売及び双方の専利権侵害紛争の再発の防止をめぐるものである。

一審法院は、係争調停契約が独占協定ではないと判断したものの、最高人民法院は二審で以下のとおり認定した。係争調停契約は、特定品種商品の製造停止、特定品種商品の販売制限、価格の調整及び固定を約定し、情報連絡、違約処罰などの手段を補足して、販売市場の分割、商品製造と販売数量の制限、商品価格の固定の効果を強化したものである。本件における双方の2015年の専利権侵害紛争に係る専利権は、技術的效果が主にスイッチの製造コストを低減し、スイッチの使用の安定性、信頼性を強化させるもので、回避できない基礎的な専利ではなかった。しかし、このような制限は、係争専利の保護範囲と実質的に関連していない。被告は、原審の答弁でも、係争調停契約の約定内容が専利権侵害紛争を超えており、契約条項も係争専利権から逸脱していると認めた。係争和解契約と係争専利権の保護範囲には実質的な関連性が欠けており、その目的は専利権の保護ではなく、専利権の行使を口実とし、実際に競争の排除、制限の効果を追求することであり、専利権の濫用に該当すると法院は判断した。二審法院は、最終的に、係争専利権の行使という事実は、係争調停契約の違法性を排除することができず、係争調停契約は独占禁止法の強制的な規定に違反したため無効であると判断した。

(2) 医薬品専利のリバースペイメント契約に関する独占禁止審査¹⁷

医薬品専利権者及び後発医薬品出願人に係る医薬品専利事件において、当事者が権利又は和解を主張する根拠、又は法院の裁判の根拠となる関連協議又は契約として、当事者が起訴又は上訴の取下げの申請に関する和解協議、又は上訴の取下げを申請する場合に一審の裁判の根拠となる契約を含め、いわゆる「医薬品専利のリバースペイメント契約」の外観を有する場合、法院は一般的に、関連協議や契約が反トラスト法に違反しているかをある程度審査しなければならない。通常は、初歩的な審査に限られる。いわゆる「医薬品専利のリバースペイメント契約」とは、医薬品専利権者が後発医薬品出願人に直接又は間接的な利益補償（後発医薬品出願人の不利益の低減などの位相変化補償を含む）を与えることを認め、後発医薬品出願人が当該医薬品の関連専利権の有効性に対する不爭、又は当該専利医薬品の関連市

¹⁶ 最高人民法院（2021）最高法知民終1298号民事判決書。

¹⁷ 最高人民法院（2021）最高法知民終388号民事判決書。

場への参入を遅延させることを承諾する契約である。このような協議の手配は、通常において特殊なものであり、隠蔽することも多く、競争を排除、制限する効果が生じる可能性があり、反トラスト法に規制されている独占協議に当たる可能性がある。

専利権の有効性に不爭とする目的とした「医薬品専利のリバースペイメント契約」が反トラスト法に規制されている独占協定を構成する疑いがあるかどうかの判断について、法院は判断の一般基準を示した。ポイントは、関連市場の競争を排除、制限する疑いがあるかどうかである。これに対して、通常における関連協定を締結して履行した実際の状況と、関連協定を締結していなかったり、履行しなかったりした仮定の状況とを比較することによって、後発医薬品の出願人がその無効宣告請求を取り下げない場合、医薬品関連の専利権が当該無効宣告の請求によって無効とされる可能性を重点的に考察し、さらにこれを基礎に関連市場にとって関連協定が市場に損害をもたらすか、どの程度で競争に損害をもたらすかを分析する。

具体的に本件では、係争専利の権利期間が既に満了し、反トラスト法違反の状態に当たる可能性がある状態が既に存在せず、係争医薬品の関連市場への参入に係争専利権に基づく障害が存在しなくなったことを考慮して、法院は、係争の和解契約が反トラスト法違反の疑いがあるかを明らかにする必要性和緊迫性がなくなっていると判断した。

6. 評価及び将来の課題

以上の民事訴訟と行政法執行事件を整理することにより、中国の知的財産権の行使による独占禁止に係る事件の類型は比較的豊富であるが、権利者が知的財産権を如何に行使しても、最終的に独占を構成するかを判定する「勝負手」は、個別の事件では反競争のマイナス効果が生じているかどうかにあることが分かる。したがって、権利者がどのように「知的財産権を行使するか」という観点からは、権利侵害の判断基準を抽出することはできない。この文では、初歩的に「知的財産権の権利」と「独占禁止」という交差分野に関わる論文として、産業の観点から考察して、中国の文化・スポーツ分野の知的財産権の行使にはより慎重な態度で独占禁止規制を適用しているが、科学技術競争力に係る事件には独占禁止を適用する態度がより厳格であるという観点を主張しているが、このように区別する認識は、市場主体により多くの予測判断を提供するのにまだ十分とはいえない。

特に、知的財産権の行使の過程において、「取引拒否」ができるかどうかという広く議論されている問題に直面するとき、前記事件に対する分析整理を通じて以下のような類型化した判断しか得られない。①前記「スポーツ試合の画像の独占的授権に係る市場支配的地位の濫用紛争事件」で、法院は中国サッカー協会など法に基づいて自然独占を取得した権利者にとって、入札募集の方法を通じて単一の取引相手を選択し、他の取引相手を拒絶する行為は独占を構成しないと判断した。②前記「無線通信分野における標準必須専利の行使」事件において、標準必須専利権者がアンフェアで差別的な価格設定を行う方法で許諾を行う取引によって、交渉が不成立になった場合、独占を構成すると認定される可能性がある。③ただし、前記「日立金属事件」のような普通の専利（非標準必須専利）の専利権者に対して、入札募集による取引が行われていない場合、取引を拒否すると独占を構成するか否かについて、現時点では、明確な判断基準を示す判例はないといえる。

前記の一連の事件を整理する過程で、市場、特許庁、法院、行政法執行機関がどのように異なる役割を果たすかを問題意識として考察することが多い。前記「クアルコム社の市場支配的地位の濫用に関す

る行政処罰案件」と「学術定期刊行物データベースが市場支配的地位の濫用に関する紛争事件」の2件の独占禁止行政法執行事件は、民事訴訟事件の民事救済と比べて、両者は明らかに異なる役割を果たしている。この2件の行政法執行事件では、多くのスマートフォンメーカーも、各学術定期刊行物及び単一の著者も、クアルコム社やデータベース経営者に単独で挑戦する実力を全く備えていない。この場合、行政法執行機関が国を代表して無線通信分野や学術文献データベース分野に関する特殊投資、地位の非対称性など公共利益や公共政策に係る内容を判断するのが最適であり、これも民事訴訟による民事救済では実現し難いことである。

日中共同研究の過程において、日本が類似の問題を処理する際、原告の一連の行為が独占禁止法に違反しているとして、原告が特許権を行使する行為が権利濫用を構成すると主張する被告が少なくないことが分かった¹⁸。これは中国の前述の一連の事件の中で、原告が自ら独占禁止に係る訴訟を提起する方式とは鮮明な対照的であるといえる。前者の日本の事件は「防御的主張の独占禁止法」と呼び、後者の中国の事件は「攻撃的主張の反トラスト法」と呼ぶことができる。前者は、権利侵害に該当しない抗弁として、権利者の知的財産権の行使を根本的に否定できることを意味し、権利者の損害賠償の主張を否定できるほか、侵害の差止請求権を拒否する役割を果たすことができる。後者は、自発的に提起された独占禁止に係る訴訟であるが、権利者による知的財産権の行使を肯定することが前提であり、権利者が主張した取引許諾条件に同意しないにすぎない。したがって、中国の市場主体は、今後において、積極的な出撃を選択するほか、権利者による知的財産権の行使に遭遇した場合には、日本における関連事件で採用された「防御的主張」を参考にすることも考えられる。

¹⁸ 東京地判令和 2. 7. 22 平成 29 (ワ) 40337 [情報記憶装置]、知財高判令和 4. 3. 29 令和 2 (ネ) 10057 [情報記憶装置]。

第3節 日本における知的財産権の行使と独占禁止法の適用

I. 特許権の行使と独占禁止法

～プロセス的特許「権」アプローチ・判断機関の役割分担論・独禁法の文脈論

東京大学法学政治学研究科 田村 善之 教授

1. 序

特許権と独占禁止法の関係については、特許権等の知的財産権の「権利の行使と認められる行為」について独占禁止法の適用除外を定める独占禁止法 21 条を舞台に、議論されてきた。紙幅の都合上、学説の子細は他に譲り¹、メタのレベルで、この問題の把握の仕方に関する理念型を俯瞰すると、以下のようにまとめることができる。

一つは、特許権と独占禁止法は、前者が独占を認める法、後者が独占を禁止する法として、両法は目的において対立しており、ゆえに異質な法体系同士の調整が必要であるところ、それを特許権を優先する創設的な適用除外という形で処理したのが独占禁止法 21 条であると解する考え方である。

他方、近時の通説的な把握の仕方はこれとは異なり、特許権と独占禁止法は、ともに産業政策ないし競争政策による産業ないし競争の発展を目指すものであり、ゆえに目的のレベルでの対立はないが、ただその手法を異にしており、前者が権利を設定する法であるのに対して、後者が行為を規制する法であるところに相違があると理解する。そのうえで、大方の学説は、特許法が「権利の行使と認めている行為」について、独占禁止法は特許法の判断を尊重すべきであるという考え方を支持している²。

さて、そのようななか、筆者は、以前から、もう一步、先に進んで、権利 vs. 行為規制という発想から脱却し、いずれも規制すべき行為を規制するものでしかないが、ただどの時点でどの判断機関が規制するのかというところにおいてニュアンスに差異があり、ゆえに特許権と独占禁止法の関係は立法と特許庁と公取委と裁判所の役割分担の問題として論じるべきであるということを提言している³。そのうえで、具体的には、特許法が権利として認めていることにどれほどの意味があるのか、特に特許権に基づく排他権の行使それ自体について、通説のように独占禁止法の規制を控えることにどれほどの理由があるのか、という結論に到達している⁴。

本稿は、日中共同研究事業の報告書であるという本稿の性質に鑑み、前半で、こうした筆者の役割分担論を確認するとともに、そのうえで、後半で、本事業を遂行するうえで得た、独占禁止法が主張される文脈に応じた立論の展開という着想を紹介していくことにしたい。

¹ 網羅的な俯瞰として、茶園成樹「知的財産権と独禁法(1)ー工業所有権と独禁法」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開[1]』(経済法講座第2巻・2002年・三省堂)、裁判例に関し、青柳由香[判批]知的財産法政策学研究20号(2008年)。

² 和久井理子『技術標準をめぐる法システム』(2010年・商事法務)178～179頁を参照。多数説を体現するものとして、稗貫俊文「知的財産権と独占禁止法21条」同『市場・知的財産・競争法』(2007年・有斐閣)7～15頁。

³ 田村善之「特許権の行使と独占禁止法」『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)145～146頁、同「特許権と独占禁止法・再論ー権利 vs. 行為規制という発想からの脱却ー」日本経済法学会年報32号53・65～70頁(2011年)。

⁴ 田村/前掲注3市場・自由・知的財産142～147頁、同/前掲注3日本経済法学会年報53・65～70頁。先駆的かつ示唆的な業績として、白石忠志『技術と競争の法的構造』(1994年・有斐閣)16～21頁、同「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法ー『技術と競争の法的構造』その後」『21世紀における知的財産の展望』(知的財産研究所10周年・2000年・雄松堂出版)242～245頁。

2. プロセスの特許「権」アプローチ・判断機関の役割分担論

(1) 総論～権利 vs. 行為規制という対立図式から行為規制間の役割分担へ～

1) 序

冒頭で言及したように、知的財産権ないし特許権と独占禁止法に関する近時の通説的な把握の仕方は、両法には目的レベルでの対立はなく、ともに 産業政策ないし競争政策による産業の発展を期しているが、ただ、かたや特許法が権利を設定する法であるのに対し、かたや独占禁止法が行為を規制する法として、その手法を異にしているに過ぎないというものである。

これに対して、本稿は、さらに一步先に進め、権利 vs. 行為規制という発想からの脱却を提言する。

2) 知的創作物に対する権利というメタファーの陥穽

特許法を含む知的財産法においては、一般的に、知的創作物 (e.g. 発明) に対する権利というメタファーが用いられている。しかし、発明・著作物などの無体物 (= 知的財産) は実存するものではなく、人工的な構成物に過ぎない。

一般的に知的財産法の世界では、知的創作「物」もしくは無体「物」というものがあって、それを人間が利用しているというレトリックが頻繁に用いられる。そこでは、知的創作「物」あるいは無体物と、その利用「行為」は峻別されるということが前提とされている。しかし、両者の区別は相対的なものでしかない。たとえば特定のプログラムをネットワーク上で送信する行為をどのように捉えるのかという問題を考えると、著作権法の条文は、これを、特定のプログラムという著作物 (無体物) を公衆送信する「行為」だと捉えている (著作権法23条1項)。他方で、特許法では、クレイムの書き方次第となり、特定のプログラムが発明としてクレイムされれば、送信は発明の実施「行為」であると把握されることになるが、プログラムの送信方法が発明としてクレイムされれば、送信方法は発明という無体「物」として把握されることになる。

この例は、人の行為から分離した知的創作物、ないしは無体物なるものを観念するのは、単なるフィクションに止まるということを示している。無体「物」や知的創作「物」と呼ばれているものの実態は、多種多様な人の行為のなかから類似するパターン (similitude in pattern) が抽出され、それに無体「物」あるいは知的「財産」というレッテルが貼られているに過ぎない⁵。このように、どのような行為者にも共通している抽象的な要素、たとえば著作権法でいえば、複製や公衆送信等の要素を「行為」として切り出して規律し、他方で、個別の行為毎に異なる色彩を放つ固有の要素を個別的な「知的創作物」、たとえば著作権法でいえば著作物として把握し、もって規制すべき行為を、創作的表現という「物」を法定の利用「行為」の場面で再生することという形で定義することは、規制されるべき行為を明確に分かりやすく特定するという法技術でしかない⁶。もちろん、そのような法技術には、特定の権利によって禁止されるべき行為を逐一列挙すると煩雑に過ぎるところを、特定の知的創作「物」に対して権利が与えられ

⁵ Wendy J. Gordon (田辺英幸訳) 「INTELLECTUAL PROPERTY」 知的財産法政策学研究11号6～7頁 (2006年)。

⁶ 田村善之「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3～5頁 (2010年)、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」 同『ライブ講義知的財産』 (2012年・弘文堂) 49頁、同『知的財産』はいかなる意味において『財産』か—『知的創作物』という発想の陥穽 吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』 (2014年・商事法務) 331～333頁。

たと抽象的に措定することにより、禁止されるべき多種多様な行為のなかから、一般的に共通するパターンを取り出し、それを発明や著作物と呼ぶことで、侵害となる行為の範囲を可視化し、把握しやすくするという効用がある⁷。

3) プロセス的特許「権」アプローチ

このように特許権が行為規制であるという見方に立脚すると、特許権の行使を認めるか否かという問題は、どのような要件の下でいかなる行為を規制していくのかという問題であると置き換えることができる。そして、この行為規制の要件を吟味する際には、前述したように、産業の発展という特許制度の究極の目標の達成に向けて様々な要素を考慮していく必要があるが、その判断機関としては、市場、立法、行政、司法等、様々なものを想定することができる。イノベーションを促進し産業の発展をもたらす特許制度のあり方に関して一義的な解を得ることが困難であるなかで、判断機関として活用しうるかもしれない資源を最初から選択肢の外に置く必要はなく、これらの判断機関の役割分担としてどのようなものが望ましいのか、という考察を意味もなく省略する発想は有害ですらある。

こうした観点の下では、特許制度は、特定の行為規制を発動するか否かということの決定に対して、市場、立法、行政、司法等の様々な機関が関与する制度である、と理解されることになる。特許庁が特許権の付与を認めたということは、その一連のプロセスのなかの一通過点に過ぎない。より具体的にいえば、特許制度は、行為を規制する権限を私人に委ねることとするが（＝裁判所による民事規制）、その規制すべき行為のなかから特定の要素（＝「発明」）を取り出して、そこに特許庁の事前審査を介在させることとしており、特許査定がなされた結果、登録により特許権が発生したということは、その特許庁による事前審査が終了したということの意味するに止まる⁸。

4) 特許権と独占禁止法に対する新たな見方：判断機関の役割分担論

以上のような見方に立脚すると、知的財産権を規律する法も、独占禁止法も行為規制という点では変わらないということになる。つまり、独占禁止法による規制も、特許制度も、目的を達成するための特定の行為の規制というゴールに向けて、市場、立法、行政、司法等の様々な機構が決定をする制度なのであり、特許庁が特許権の付与を認めたということは、その一連のプロセスのなかの一通過点に過ぎない。したがって、両者の関係は、権利 vs. 行為規制という対立図式ではなく、同じ行為規制同士の間の調整問題としてもう少し肌理細かに把握する必要がある。

具体的には、独占禁止法に比した知的財産法の特徴は、行為を規制する権限を私人に委ねており（＝民事規制）、規制すべき行為のなかから特定の要素（＝「発明」）を取り出して、そこに特許庁の事前審査を介在させていることが重要である。

他方、知的財産法に比した独占禁止法の特徴は、行為を規制する権限を公取委に（も）委ねているところにある（＝行政規制）。

そして、知的財産法と独占禁止法問題は、これらの規制手法や決定機関の相違に鑑みた役割分担の問

⁷ 田村善之「muddling throughとしての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告—」新世代法政策学研究10号289～290頁（2011年）。独禁法の規制に関する、川濱昇「市場をめぐる法と政策—競争法の視点から—」新世代法政策学研究創刊号81～82頁（2009年）も参照。

⁸ 田村/前掲注3日本経済法学会年報32号65～66頁。賛意を表するものに、高橋明宏『知財イノベーションと市場戦略イノベーション』（2012年・国際書院）267～268・449～450頁。

題として捉えられることになる⁹。

特許庁の事前の審査においては、少なくとも日本では、専門分野を異にする審査官が審査をなすことにより、結果的に、たとえば非容易推考性（進歩性）の要件の加減等において産業分野毎の舵取りが実施されている。もっとも、少なくとも日本では、そもそも審査分野ごとに専門を異にする審査官が配置されており、自ら特許政策の舵取りがなされている。たとえば家電業界では細かな特許が多く、製薬業界では大きな特許が与えられている。このようにそれぞれの産業分野で舵取りを行使している特許庁を（も）活用することが賢明なように思われる¹⁰。

もっとも、特許庁の審査対象である特許要件は、事前審査に適した事情に絞られている。すなわち、発明適格対象、産業上の利用可能性、開示要件、新規性、非容易推考性等は、いずれも技術的な事項であり、事前に判断することができるものばかりである。もちろん、この要件の下でも、非容易推考性のバーを高める等の方策により特許の数を減らすことで、アンチ・コモنز問題に対処することは可能である。しかし、関係特殊的投資や地位の非対称性など、特許付与後の事後的な事情を斟酌することは困難である。これらの事情に起因するホールド・アップ問題やパテント・トロール問題に対処する場合は、特許庁による事前の調整ではなく、司法等による事後的な調整に期待せざるを得ない。

ゆえに、産業政策上、競争政策上、弊害を生じるおそれがある事情をどの時点でどの機関に判断させるかという役割分担論の観点から考えると、関係特殊的投資や地位の非対称性が存するか否かということは審査していないのだから、特許庁の審査によって特許権の付与が認められたということは、権利行使を認めるべきであるというお墨付きが与えられたことを意味しない。したがって、特許権が付与されたという一事をもって、司法や公正取引委員会等による事後的な調整を慎まなければならない理由はない¹¹。

この事後的な判断をなすべき機関の候補としては、裁判所による差止請求権等の制限公正取引委員会による規制、さらには特許庁や経済産業省による裁定許諾（強制実施権）を考えることができる。

このうち、裁判所は関係特殊的投資や地位の非対称性等に関する証拠収集を得意としており、公正取引委員会は市場の動向の把握や競争政策の判断に一日の長があるといえそうである。特許庁や経済産業省は技術的知識や産業政策の判断に長けており、ゆえに、これら3つの機関はそれぞれに長短があるといえることができるが、判断能力のことだけを考えれば、いずれも管轄を有すると考えることに理があるといえよう。

（2）各論：標準必須特許に起因するホールド・アップ問題

1) 序

以上のような権利 vs. 行為規制という対立図式からの判断機関の役割分担論への発想の転換が具体的な意義を有すると思われる問題が、アンチ・コモنز問題、関係特殊的投資に起因するホールド・アップ問題であり、とりわけこれに地位の非対称性に起因するパテント・トロール問題が絡むときには単独

⁹ 田村/前掲注3 市場・自由知的財産 145～146 頁。

¹⁰ 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 18 頁（2008 年）。

¹¹ 田村/前掲注3 市場・自由・知的財産 45 頁。

の特許権者による排他権の行使¹²自体に対しても、公取委による規制が期待されて然るべきではないか、という論点である。

2) IT産業における特許制度の課題

① アンチ・コモンズ問題

IT産業の特徴は、技術が極めて累積的、かつ集約的に利用される点にある¹³。1つの標準化技術について、数百から数千を超える数の特許が集積的に関与しているといわれている¹⁴。これはまさに、デジタル化技術、あるいは半導体チップにおけるプリント技術の発展の結果であり、その中でイノベーションは細かく漸進的、累積的に発生している¹⁵。

かりに17世紀に登場した現代につながるイギリス起源の特許制度が、少なくとも千のオーダーを超える特許権が一つの製品に絡むことは予定していなかったとすると、ここでは、特許制度が予定していないアンチ・コモンズ問題¹⁶が発生しているのではないかと考えられてくるのである。

② ホールド・アップ問題

IT産業では標準化活動が顕著になっている¹⁷。もちろん、技術が標準化され、ネットワーク外部性を享受しうようになることは、ユーザーにとっても便利であり、参加企業にとっても敗者となるリスクを減じることができるが、標準化活動のもう一つの側面として見のがせないのが、パテント・プールの形成によるアンチ・コモンズ対策である¹⁸。標準化の活動機関は、保有している特許や、特許になりそうな技術を申告させたうえで、FRAND (Fair, Reasonable And Non-Discriminatory) 条項、すなわち、合理的かつ非差別的な条項でライセンスをするようにという条項¹⁹を入れ、アンチ・コモンズ問題が起きないようにしている。くわえて、企業の自社技術に対する評価はしばしば過大であり、そうではなくても戦略的に行動するため、FRAND 条項だけではこの問題を解決できない。ゆえに、独占禁止法違反問題が起きないのであれば、たとえば全体の製品価格のたとえば20%内にするというような、シーリングないしキャップを設けた方がよいといわれている²⁰。

しかし、他方で、標準化においては、標準化活動自体に多大な時間と資金が投入されるとともに、標

¹² たとえば、「単独の知的財産権者が、有効な知的財産権をもって、それまで一度も第三者にライセンスすることなく、もっぱら自己のために独占的に知的財産を利用している場合に、第三者が、当該事業に参入するためにはその技術が不可欠であるとしてライセンスを求めてきたときに、その申し出を拒絶すること」(稗貫俊文『知的財産権と独占禁止法』金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法』(第2版補正版・2008年・弘文堂)344～345頁)。

¹³ Mark A. Lemley, "Ten Things To Do About Patent Holdup of Standards (And One Not To)", 47 B.C. L. Rev 149, 151 (2007)。

¹⁴ DAN L. BURK & MARK A. LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT 27 (The University Chicago Press, 2009)。

¹⁵ Stuart J. H. Graham, Robert P. Merges, Pamela Samuelson, and Ted M. Sichelman, *High Technology Entrepreneurs and the Patent System: Results of the 2008 Berkeley Patent Survey*, 24 BERKELEY TECH. L. J. 1255, 1319 (2009) は、バイオ産業の特許の様相を「discrete」、IT産業のそれを「complex」と呼ぶ。

¹⁶ 参照、LEE Nari (田村善之＝立花市子)「標準化技術に関する特許とアンチ・コモンズの悲劇」知的財産法政策学研究 11号(2006年)。

¹⁷ Branislav HAZUCHA (佐藤豊訳)「国際技術標準と必須特許—技術の競争に関する国際ハーモナイゼーションの観点から—(1)～」知的財産法政策学研究 34号～掲載予定。

¹⁸ 和久井・前掲注2・375～377頁、土井教之他「標準化の経済効果—スプリット型標準化の事例—」知的財産法政策学研究 30号1頁(2010年)。

¹⁹ 和久井・前掲注2・278～280頁。

²⁰ Lemley, *supra* note 13, at 158-161。

準化がまとまった後には、企業における生産ラインの整備や標準化対象製品の開発がなされるため、多大な関係特殊的投資が投入される。その、当該技術の利用にロック・インされてしまい、高めのロイヤルティでも払わざるをえないというホールド・アップ²¹の状況に追い込まれる。

そして、FRAND 条項等の契約によって、標準化に参加した企業の特許権行使を適切にコントロールできたととしても、アウトサイダー問題が残る。標準化活動に参加していない機関からの特許権行使が行われると、ホールド・アップ問題が加速化する²²。

③ パテント・トロール問題

関係特殊的投資に加えて、地位の非対称が絡むとさらに問題が悪化する。IT 産業等においては、抽象化した発明について特許付与が認められている結果、特許製品を製造せず特許ライセンスビジネスを主たる業務とする事業者が台頭しており²³、クロス・ライセンスのインセンティブがなく、報復を恐れる必要がないため、高額ライセンス料を請求する結果、パテント・トロール問題²⁴が生じることになる²⁵。

もちろん、単に特許の待ち伏せであれば、通常の特許権者と変わらない。しかし、特許権者の地位が非対称的であり、汎用性が高く誰と交渉してもよい一方で、利用者にホールド・アップ問題がある場合には、状況が異なる。その場合には、特許権者が、最初から権利行使せず、関係特殊的投資がなされロック・インの状況になるのを待って権利行使するという機会主義的行動により、高額ライセンス料を引き出すことができる。これにより、社会的に有益な関係特殊的投資が萎縮してしまうという弊害が生じる。

その反面、高額ライセンスとなる原因は、ライセンスを受ける企業の側の関係特殊的投資と、技術的価値ではなくユーザーの数で優劣が決まるネットワーク外部性である。関係特殊的投資のほか、様々な偶然により、特許発明の優秀さ以外の事情から標準化に採用されたという理由で過大な権利行使ができるようになっていけるとすると、発明に対しては過大なインセンティブである可能性が高いのである²⁶。

④ Apple Japan 対三星電子事件知財高大判

ところで、FRAND 宣言がなされている標準必須特許の法律関係が問題となった事件として、Apple Japan 対三星電子事件にかかる知財高裁大合議判決²⁷がある。

事案は、「iPhone4」、「iPad2 Wi-Fi+3G モデル」などを生産、譲渡、輸入等する Apple Japan の行為が、三星電子の特許権の侵害となるのかということが問題とされたというものであった。三星電子は、本件特許に関し、標準機関に対し FRAND 宣言をしていたため、FRAND によって契約が成立するか、差止請求権の制限の可能性が争点とされた。

²¹ 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」同『市場・自由・知的財産』（2003 年・有斐閣）16～20 頁。

²² Lemley, *supra* note 13, at 154-155, 和久井・前掲注 2・158 頁。

²³ 移動体通信にかかる標準化技術に関する特許の保有状況につき、HAZUCHA・前掲注 17。

²⁴ パテント・トロール (patent troll) のトロールとは、人が自分の待ち伏せている道を通るのを待って襲い掛かる妖怪のことを指す（紋谷宗俊「近時の米国特許侵害訴訟実務における留意事項パテント・トロールに関して」発明 104 巻 3 号 65 頁（2007 年））。

²⁵ 長岡貞男「コンソーシアム型技術標準における今後の政策課題」知財研フォーラム 69 号 4 頁（2007 年）、和久井・前掲注 2・160-161 頁。

²⁶ 川浜昇「サイバー空間における知的財産権と独占禁止法—エッセンシャルファシリティ理論を中心に」特技懇 215 号（2001 年）、川濱昇「技術標準と独占禁止法」法学論叢 146 巻 3=4 号（2000 年）、Lemley, *supra* note 13, at 151-152.

²⁷ 田村善之「判批」NBL1028 号 27～42 頁・1029 号 95～102 頁・1031 号 58～64 頁・1032 号 34～45 頁・1033 号 36～52 頁（2014 年）。

この事件において、知財高大判平成 26. 5. 16 判時 2224 号 146 頁「パケットデータを送受信する方法及び装置」（本案）は、「prepared to grant irrevocable licenses」（「取消不能なライセンスを許諾する用意がある」という文言は、「hereby do license」（「ここにライセンスを供与する」）あるいは「commit to license」（「ライセンスを確約する」）等他の採り得る文言と比較して宣言者の側で更なる行為がされることを前提とする文言となっており、文言上確定的なライセンスの許諾ではないと判断した。

しかし、このように契約としての拘束力を否定しながらも、権利濫用の法理により、実質的に契約の拘束力を認めたに等しい解決を提示している。つまり、知財高裁は、Apple Japan が提起した債務不存在確認訴訟にかかる本案について、FRAND 条件でのライセンス料相当額を超える損害賠償請求は、原則として、権利濫用になる一方、FRAND 条件でのライセンス料相当額の範囲内の損害賠償請求は、原則として、権利濫用にならないとしたのである。一方、三星電子が求めた製造・販売等の差止めの仮処分の申立て、知財高裁は、FRAND 宣言をなした特許権に基づく差止請求権の行使は、原則として、権利濫用になる旨を判示した（知財高大決平成 26. 5. 16 判時 2224 号 89 頁「パケットデータを送受信する方法及び装置」（仮処分）、また、FRAND 宣言した特許権者が FRAND 条件によるライセンスを受ける意思のある者に対して差止請求権を行使することは権利の濫用として許されないと判示すると共に、特許権者がそのような差止請求権があるかのように相手方取引先に文書を送付した行為をもって不正競争防止法 2 条 1 項 1 4 号の不正競争に該当するとした判決もある（東京地判平成 27. 2. 18 平成 25（ワ）21383〔ブルーレイディスク〕）。

以上ように、知財高裁は、差止請求は原則として権利濫用になり、FRAND 金額を超える損害賠償請求は原則として権利濫用になるとしたので、結局、FRAND 料率に基づくライセンス契約が成立しているのと同様の結果となった。したがって、FRAND 宣言がなされている標準必須特許が FRAND 宣言をなした者の元に止まっているのであれば、この大合議判決により一定の解決が図られたといえることができる。また、権利行使しようとする特許権者が自ら FRAND 宣言をした場合に限られず、FRAND 宣言が付された特許につき宣言が付されていることを知って譲り受けた者は、たとえ FRAND の業界団体に加入していなくても、その差止請求は、権利の濫用に該当するという見解も提唱されている。

しかし、FRAND 宣言が付されている特許に及ぶに止まり、一般的に差止請求を制限するものではない上、標準化団体に参加していなかった、あるいは離脱したアウトサイダーたる特許権者にはこうした方策の効力は及ばないという問題が残る²⁸、一般的に差止請求権を制限する必要性は消滅していない。

3) プロセス的特許権論からの帰結

こうした状況を解決するためには、まずは、侵害訴訟において裁判所が、特許権による差止請求権を制限するという方策が考えられる。くわえて、独占禁止法に基づき、公正取引委員会が、特許権者のこの種の権利行使を独占禁止法に違反すると判断して規制するという方策もありえるだろう。その他に、特許庁や経済産業省による裁定許諾（強制実施権）の活用も考えられて良い。

実際、差止請求権の制限の可能性という点に関しては、先駆的な裁判例がある。那覇地判平成 20. 9. 24 平成 19（ワ）347〔写真で見る首里城〕がある。事案は、被告侵害者の発行する写真集全体が 95 ページ

²⁸ 鈴木将文〔判批〕L&T65 号 55～64 頁（2014 年）。

で、掲載写真点数 177 点のうちの最終ページに掲載された 9 点のうちの 1 点だけが原告の著作権を侵害していたというものであった。ゆえに権利者の損害は軽微であるといえ、実際、裁判所は、著作権法 14 条 3 項の相当利用料額として 2 万 5000 円の損害賠償しか認めていない（弁護士費用等も入れて最終的な認容額は 15 万円）。他方、差止めが認められてしまえば、被告は既に多額の投資をして発行済みの写真集の販売をできなくなる。こうした事情を勘案して、裁判所は、差止請求を権利濫用として棄却した。

しかし、これは極めて例外的な裁判例であり、一般的には、著作権や特許権を侵害している以上、とにかく差止めが認められるのだというのが通説的な見解であり、前掲那覇地判[写真で見る首里城]に続く裁判例は現れていない²⁹。そして、巷間では、特許権は絶対的な排他権なのだから、権利の濫用が適用されるのはあくまでも例外なのだ、特許権者に主観的な悪性がある場合にシカーネ的な権利濫用を認めるのであればともかく、そのような悪性がない場合に、権利濫用は認めるべきでない、などというタイプの議論をよく耳にする。

知的財産権、あるいは特許権の側で、このように原則、差止請求を制限できないとすると、議論は知的財産権と独占禁止法の関係に影響しうる。特許権のほうで権利行使が認められている以上、その権利を行使する、つまり第三者の実施行為を差止めることは独占禁止法のほうでも原則尊重しなければならない、したがって、特許権の権利行使をすること＝ライセンスをしないこと＝取引拒絶が独占禁止法上違法となることは例外的な場合に限られる、という類の議論（＝「排他権の神聖視説」³⁰）を誘発する可能性がある。

実際、後述するように、情報記憶装置事件では、第一審判決（東京地判令和 2.7.22 平成 29（ワ）40337 [情報記憶装置]）、控訴審判決（知財高判令和 4.3.29 令和 2（ネ）10057 [情報記憶装置]）はともに、特許権の行使が独占禁止法に違反するためには「競争上著しく不利益」を与えることが必要であるという発想を前提としているように読める。

しかし、第一に、この点は近時の通説的な見解が認めているように、特許権と独占禁止法は、ともに産業ないし競争の発展を目指すものであり、ゆえに目的のレベルでの対立はない、としよう。そして、既述したように、標準必須特許の実施に対する関係特殊的投資が、ホールド・アップ問題により過度に躊躇われる事態は、産業政策ないし競争政策上、好ましくない事態である、としよう。さらに、地位の非対称性が絡むと、当事者間の契約での合理的な解決に期待することができないから、市場に任せておけば済む問題ではないことになる。これらの事情は、法的な介入を正当化しうる事情であり、特許法であれ、独占禁止法であれ、どこかでこうした事情があることを斟酌した対応をなすことが望まれる。

第二に、そして、こうした近時の通説的な理解に、期本稿のような、プロセスのなかの通過点としての特許「権」という発想を加える場合には、これらの標準必須特許、関係特殊的投資、地位の非対称性などは、特許庁の事前審査では予測することが困難な事後的な事情であって、実際、全く判断していないものばかりである。したがって、一連のプロセスのなかで特許「権」が付与されたとしても、それは特許庁の審査という事前判断が終わったことしか意味しておらず、これらの事情を未だに斟酌していない以上は、どこかの事後的な判断機関でこれらの事情を斟酌しないことには、特許法と独占禁止法の目的を達成することができない。

²⁹ 参照、田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察」『競争法の理論と課題－独占禁止法・知的財産法の最前線』（根岸哲古稀・2013 年・有斐閣）707～708 頁。

³⁰ 批判的な見地からこの種の発想を検討する、白石・前掲注 4 法的構造 16 頁の命名にかかる。

したがって、プロセス的特許「権」という発想からアプローチすると、標準必須特許、関係特殊的投資、地位の非対称性という事情は、むしろ特許権の付与後の手続きでこそ、積極的に判断されなければならないものであり、特許権が認められたという一事をもって遮断する「排他権の神聖視説」は、到底正当化しえないという帰結が導かれることになる。

4) 役割分担論からの帰結

以上のように、事後的な手続きによる介入が認められた場合、判断機関の候補としては、既に述べたように、侵害裁判所による差止請求権の制限、公正取引委員会による独占禁止法の規制、経済産業省による裁定許諾がありうることになる。

第一の選択肢である侵害訴訟に関しては、やはり前掲那覇地判[写真で見る首里城]の判断が正鵠を射ていることになる。この事件では、被告出版社は書籍の出版を遂行しえないことには無駄になる多大な関係特殊的投資を投入しており、それにも関わらず差止請求が認められてしまうのでは、その関係特殊的投資が無駄になることを慮って、権利者からの高額なライセンス料の要求を飲まざるを得ない。ゆえに、ホールド・アップ問題が発生している。他方、指定著作権者は個人の写真家であり自ら出版業を営んでいるわけではないから、将来の報復を恐れることなく、戦略的な権利行使が可能であるという地位の非対称性が存する。しかも、この事件における権利侵害部分は全体の出版物のごく一部であり、関係特殊的投資の分を吸収したライセンス料につながる差止めの保護は、創作のインセンティブとしては過大なものといひやすく、適切な額の損害賠償を認容すればその保護は十分といえる。こうした事情の大半は当事者の事情であり、3つの候補のなかでは、弁論主義の下で当事者間の証拠の収集に長けており、日頃からその評価に勤しんでいる裁判所がその判断に最も適任な機関であるといえよう。結論として、差止めを認めなかった前掲那覇地判[写真で見る首里城]の判断はまことに正当だということになる。そして、標準必須特許に関しても、この種の事情が見て取れる場合には、裁判所は差止請求権を制限すべきであろう³¹。

法理の根拠としては、前掲那覇地判[写真で見る首里城]と同様、権利濫用（民法1条3項）を持ち出せば足りる。当事者の悪性を理由とするシカーネ的な権利濫用ではなく、権利の行使を認めることが、権利（＝特許権）を付与している制度（＝特許制度）の趣旨から逸脱していることを理由とする、その意味で制度的な濫用としての権利濫用といえる。

第二の選択肢である公取委が介入する独占禁止法に基づく規制については、元来、市場の画定が必要となる。この市場の画定は、筆者の理解では、市場における競争の状況を把握するために行われる³²。市場において競争が機能しており、ゆえに法が介入せずとも、相応に合理的な解決が得られる見込みがあるのであれば市場的な決定に委ねておいたほうがよい。反対に、市場が機能していないということであれば、法的な介入を果たしたほうが望ましい解決が得られる可能性がある。この理を、ホールド・アップ問題に則していえば、標準必須特許の実施者が、標準にかかる特許発明を実施することなく他の代替技術に依存しようとする、投入済みの関係特殊的投資が無駄になるのだとすれば、実施者にとって

³¹ その場合の損害賠償額の算定に関しては、田村善之「FRAND ロイヤルティの算定—理論と現実と—」パテント70巻14号（別冊18号）24～37頁（2017年）の分析を参照。その結論を簡単にいえば、実施者が実施により得る利益のうち、ネットワーク効果に起因する利益は斟酌するが、関係特殊的投資に起因する分は算入することなく、ライセンス料を決定すべきである、となる。

³² 参照、田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察—民法と競争法の出会—」同『市場・自由・知的財産（2003年・有斐閣）34～35頁。

は当該特許発明の実施以外に選択肢はなく（＝ロック・イン）、ゆえに、この特許発明の実施によって特定された狭い市場において市場は機能していない。換言すれば、特許権者が独占的地位を享受していることになる。ゆえに、法の介入が視野に入れられることになるのである³³。

結論として、ロック・インがあるために狭く画定された市場において、多大な関係特殊的投資が投入されているばかりでなく、特許発明の貢献が僅少であるために差止請求権の行使を否定したとしても、その種の発明に対するインセンティブの減少に伴ってイノベーションに与えるネガティブな影響も僅少と見積もられ、他方、地位の非対称性がある等のために当事者間での合理的な解決を期待できない場合には、特許権者が実施許諾を与えないことは不当な取引拒絶（独占禁止法2条9項6号イ（不当な差別的取扱い）、不公正な取引方法の一般指定一般2項（不当な取引拒絶））として独占禁止法違反を構成すると解される。

第三の選択肢である裁定許諾に関しては、標準必須特許の実施者が実施している以上、不実施を理由とする裁定許諾（特許法83条）の要件を満たすことは想定しがたく、また、実施者が自らの特許発明を実施していなければ、特許を利用することを理由とする裁定許諾も使うことができない（92条）。その場合、残る選択肢は、公益を理由とする裁定許諾（93条）となる。前二者は、裁定の請求先が特許庁長官であるが（83条2項、92条3項）、最後のものは、経済産業大臣となる（93条2項）。特許法93条1項は「公益のために特に必要があるとき」をその要件としており、通説的な見解は同条の発動を極めて限定的なものにしようとしており、関係特殊的投資を理由とする強制実施権などはもっての外のことと考えている³⁴。しかし、既述したように、特許法の目的の達成のために侵害訴訟で差止請求権を制限すべき場合であれば、判断機関が裁判所ではなく、経済産業省であることの一事をもって裁定許諾を躊躇う理由はどこにもないというべきである³⁵。

3. 独禁法の文脈論

（1）適用法としての独禁法 vs. 説明道具としての独禁法

じつは、特許権の行使に関して「独占禁止法」が主張される場面は、公正取引委員会が排除措置命令を出す場合に限られない。たとえば、特許権の侵害訴訟において特許権の行使を制限したいときに、裁判所が、端的に権利濫用を根拠とするのではなく、いったん独占禁止法違反であるという判断を介在させてから、権利濫用との結論を導くことがある³⁶。前者は「適用法としての独禁法」、後者は「説明道具

³³ このようにロック・インが存在する場合に、市場を狭く、場合によってはユーザー一人、サービス提供者一人の間で市場を画定する考え方（白石忠志「独占禁止法上の市場画定に関するおぼえがきーロック・イン現象の視角から」同『技術と競争の法的構造』（1994年・有斐閣）187～205頁、同『独占禁止法』（第4版・2023年・63～64頁）は、独占禁止法学にあっては少数説であるかもしれないが、かりに市場を画定する意義が、市場的決定が機能しているかという観点から市場と法の役割分担を探るところにあくのだとすると、この方法論による市場画定が論理的な帰結となる。そして、こうした狭小な市場を公取委が逐一取り上げるべきかという問題は、市場画定ではなく、公取委の事件選択として論ずべきである。その他の論点とともに、詳細は、田村/前掲注32・29～46頁に譲る。

³⁴ 中山信弘『特許法』（第5版・2023年・弘文堂）591頁（侵害者の設備が廃棄されるのは当然であり、設備が巨額なものであっても原則としてやむを得ない旨の記述がある）。

³⁵ 白石・前掲注4法的構造24～25頁も参照。

³⁶ 特許権等、知的財産権に関わる民事訴訟におい「独禁法」が持ち出される各種場面について、「防御方法としての独禁法主張」「攻撃方法としての独禁法主張」という概念を用いる、平山賢太郎「イントロダクション～知的財産権行使を覆

としての独禁法」と呼ぶことができる³⁷。元来、裁判所は「説明道具としての独禁法」を援用する必要はないのであるが、競争の観点からの検討をなす必要があるときに、そのような観点からの検討が相対的に豊富であることが多い独占禁止法の議論を参酌するために、「説明道具としての独禁法」に依拠するという方策が用いられるのである³⁸。

しかし、「説明道具としての独禁法」は「適用法としての独禁法」と効果を異にするために、「適用法としての独禁法」における議論を直輸入すべきではなく、修正を施すべき場合がある³⁹。以下、本稿はその典型例として、最近、特許権の行使が独占禁止法に違反し、ゆえに権利濫用に該当するか否かが争われた事件で、権利濫用を認めた第一審判決を覆し、これを否定した情報記憶装置事件知財高裁判決をめぐる議論を紹介することにしよう。

(2) 情報記憶装置事件知財高裁判決

1) 事案

被告（被控訴人）らは、原告（控訴人）が製造販売するプリンタ用に、やはり原告が製造販売するトナーカートリッジ（「原告製品」）の再生品を製造販売している。被告らは、再生品を装着した際にプリンタにトナーの残量が「？」と表示されることを防ぐために、原告製トナーカートリッジに取り付けられている電子部品（「原告電子部品」）であるメモリを取り外し被告製の電子部品（「被告電子部品」）であるメモリに取り替えたうえで、再生品のトナーカートリッジ（「被告製品」）として製造販売している。原告は、この被告の行為が、原告が電子部品の構造に関して有する特許権を侵害すると主張して、本訴を提起した。

第一審判決（東京地判令和2.7.22判例時報2553号70頁[情報記憶装置]）⁴⁰は、原告の請求を棄却した。被告製品が特許製品を全面的に取り替えるものであることを理由に消尽を否定しつつ、原告特許権者が他に必要性、合理性がないにも関わらず、原告電子部品のメモリの書換を制限する措置を施し、もって、「？」表示を防ごうとする被告が、原告電子部品のメモリの書換えではなく、被告電子部品への取り換えに及ばざるを得ない状況を作出していることに着目し、かかる原告の行為は独占禁止法に違反するという理由付けを経由させたうえで、原告の特許権の行使は権利の濫用に該当すると判示したのである。原告が控訴。

2) 判旨

「独禁法」～「発明119巻1号57～59頁（2021年）を参照。いずれも、「防御方法としての独禁法主張」「攻撃方法としての独禁法主張」は、本稿にいう「説明道具としての独禁法」に分類しうるものであり、その下位概念を構成する。特許権の行使を権利濫用として差止請求権を否定するために持ち出される独禁法は、「説明道具としての独禁法」であり、かつその下位分類の「防御方法としての独禁法主張」となる。

³⁷ 白石忠志「研究開発成果の排他的利用に関する競争の観点からの規整(1)」法学協会雑誌108巻8号1267～1270頁（1991年）の命名にかかる。

³⁸ 白石/前掲注37・1269頁。

³⁹ この種のアプローチを、公序良俗に違反する法律行為を無効とする民法90条の「公序」の解釈において独占禁止法違反を「説明道具としての独禁法」として介在させる場面で採用した、先駆的かつ示唆的な先行業績として、参照、曾野裕夫『独禁法違反行為の私法上の効力論』覚書化粧品販売特約店契約の解約事例を素材に」金沢法学38巻1＝2号280～288頁（1996年）。

⁴⁰ 田村善之[判批]新・判例解説Watch29号289～292頁（2021年）、同[判批]WLJ判例コラム236号1～32頁（2021年）、張唯瑜[判批]知的財産法政策学研究63号217～277頁（2022年）。

本判決は、以下のように論じて、原判決を変更し、差止請求と損害賠償請求を（一部）認容した。

被告電子部品について、原告電子部品を取り替えたものであることを理由に、原告電子部品との同一性を否定し、もって消尽を否定。

「消尽の趣旨は、特許製品について譲渡を行う都度特許権者の許諾を有するとすると、市場における特許製品の円滑な流通が妨げられ、一方、特許権者が我が国において譲渡した特許製品については、当該譲渡を通じて特許発明の公開の代償を確保する機会を既に保障されているから、特許権者がその流通過程において二重に利得を得ることを認める必要はないことによるものと解されるから、消尽により特許権の行使が制限される対象製品は、特許権者が我が国において譲渡した特許製品と同一性を有する製品に限られると解すべきである。

これを本件についてみると、被告製品は、控訴人が譲渡した本件各発明 1 ないし 3 の実施品である原告電子部品を搭載した使用済みの原告製品から、原告電子部品を取り外し、被控訴人らの製造した被告電子部品と取り替えた上で、トナーを充填し、再生品として製造し販売したものであるから（前記前提事実の（6）イ）、被告電子部品は、控訴人が譲渡した原告製品に搭載された原告電子部品と同一性を有するものではない。」

残量表示がなされないとしても、トナー切れによる印刷停止の動作とトナー切れ表示はなされ、また、印刷機能に支障をきたすものではなく、ユーザーは残量表示がなされないとしても、予備のトナーを用意しておくという対応をとることなどできることなどを理由にリサイクル事業者が被る不利益は小さいと評価するとともに、本件特許発明の技術的範囲に属さない電子部品を製造することが可能であると認定、さらに、残量表示の正確性を自らコントロールできなくなることを防ぐために本件書換制限措置を講じており、経営戦略として、原告製プリンタに対応するトナーカートリッジのうち、ハイエンドのプリンタに対応する原告製品に搭載された原告電子部品を選択したという控訴人の主張には相応の合理性があると評価し、結論として、控訴人の権利行使が独占禁止法に違反するものではなく、権利の濫用にも該当しないと帰結。

「本件書換制限措置は、リサイクル業者である被控訴人らに対し、競争上著しい不利益を与えるものとの被控訴人らの前記主張は理由がない。」

「本件書換制限措置によりリサイクル事業者が受ける競争制限効果の程度は小さいこと、控訴人が本件書換制限措置を講じたことには相応の合理性があり、控訴人による被告電子部品に対する本件各特許権の行使がもっぱら原告製品のリサイクル品を市場から排除する目的によるものとは認められないことからすると、控訴人が本件書換制限措置という合理性及び必要性のない行為により、被控訴人らが原告製品に搭載された原告電子部品を取り外し、被告電子部品に取り替えることを余儀なくさせ、上記消尽の成立を妨げたものと認めることはできない。

以上の認定事実及びその他本件に現れた諸事情を総合考慮すれば、控訴人が、被控訴人らに対し、被告電子部品について本件各特許権に基づく差止請求権及び損害賠償請求権を行使することは、競争者に対する取引妨害として、独占禁止法（独占禁止法 19 条、2 条 9 項 6 号、一般指定 14 項）に抵触するものということはいえないし、また、特許法の目的である「産業の発達」を阻害し又は特許制度の趣旨を逸脱するものであるということはいえないから、権利の濫用に当たるものと認めることはできない。」

3) 小括

本判決が原判決と結論を異にした理由は、もっぱら事実の評価を異にしたことに起因している⁴¹。具体的には、第一に、リサイクル事業者にとって残量表示がなされないことによる不利益は小さく、本件特許発明の技術的範囲に属さない電子部品を製造することが可能であるという、原審では認定されていなかった事実などに基づいて、本件書換制限措置によりリサイクル業者が受ける競争制限効果の程度は小さいと判断されている。第二に、本件書換制限措置について、残量表示の正確性を自らコントロールできなくなることを防ぐために本件書換制限措置を講じるという相応の合理性があるという、やはり原審とは異なる評価があたえられた結果、合理性や必要性がなく消尽の成立を妨げるものではないと判断されている。そして、これらの事実の認定と評価が相まって、本件の特許権の権利行使は独占禁止法に違反するものでも、権利濫用に該当するものでもないという結論につながっている。

（3）情報記憶装置事件知財高裁判決の法律構成の特徴：「説明道具としての独禁法」

1) 法律構成について：「競争上著しい不利益」要件の事実上の採用

情報記憶装置事件知財高裁判決が採用した法律構成は、おおむね原判決と軌を一にしている。

つまり、第一に、被告電子部品が特許製品（原告電子部品）を全部取り換えたものであることを理由に、特許権者が販売した製品との同一性を否定し、もって消尽を否定したうえで、第二に、そのうえで、独占禁止法に違反し、特許権の行使が権利濫用に該当するか否かを吟味する、という法律構成である。そして、このうち後者の第二段階において、上記の事実の評価が相違した結果、控訴審では、原判決と異なり、独占禁止法違反や権利濫用があるとは認められなかった。

もっとも、原判決は、独占禁止法 21 条や独占禁止法上違法と目されるべき要件に言及したうえで、素直に読むのであれば、（やや不分明なところを残しつつも）「競争上著しく不利益」を与える状況を作り出していることが権利濫用となるための要件となると考えているのだろうと推察しうる文言を展開した。

これに対して、控訴審判決は、原判決と同様、書換制限措置が被控訴人らリサイクル業者に「競争上著しい不利益」を与えるか否かに焦点を合わせているが（そのうえで原判決と異なり、「競争上著しい不利益」を与えるものではないと帰結しているのであるが）、それは当事者（被控訴人）がそのように主張したことに合わせて、そのような主張は認められないとする論理の運びとなっている。つまり、「競争上著しい不利益」とまではいえない不利益を与えるのみであった場合に権利濫用といえなくなるのかということに関しては、言質を与えない説示となっている。特許権の行使であるという一事をもって、独占禁止法違反の成否の判断において特別扱いをなす必要はないと考える本稿の立場からは、原判決のように読める説示に対しては疑問を呈すべきところであるのだが⁴²、本判決は立場を鮮明にしていなと理解することができよう。

第二に、原判決は、この競争上著しい不利益を与える場合に特許権の行使が権利濫用となるという法律論を導くに当たって、独占禁止法 21 条に言及していたが、この点に関しても、本判決は、独占禁止法

⁴¹ 溝上武尊[判批]知財管理 73 巻 2 号 219～220 頁（2023 年）、前田健[判批]ジュリスト 1583 号 240 頁（2023 年）。

⁴² 田村/前掲注 40・WLJ 判例コラム 19～20 頁。本件に即した独禁法違反に関する検討として、参照、齊藤高広[判批]公正取引 865 号 66～68 頁（2022 年）

89

の構成であるか、又は特許製品の属する分野における同種の製品が一般的に有する構成でない限り、当該部材を交換する行為が通常の用法の下における修理に該当すると判断することは妨げられないといふべきである」との一般論⁴⁵により、本件は権利濫用の法理や独占禁止法の助けを借りなくとも、消尽法理の枠内で特許権の行使を否定することができる、というのが筆者の理解である。百歩譲って、本件で特許製品の同一性を欠くことが仇となって消尽を否定しなければならないのだとしても、相手方が享受しえたはずの非侵害（＝消尽）という効果を妨げ、侵害せざるを得ないように仕向けることだけ为目的としてなした措置に基づいて権利を行使することは、まさにシカーネ⁴⁶の典型として権利の濫用に該当するといふべきである。

そして、消尽法理（あるいはその迂回を理由とした権利濫用法理）で行くのであれば、特許権者は自己が販売した結果、消尽が認められた製品に関しては、その円滑な流通を保障するために、特許権侵害を主張することは許されないとされるのであって、その場合、製品の取得者が他に市場から代替品を入手するということは消尽法理の適用を妨げない（前掲知財高大判「液体収納容器」では、当然、特許権者側が提供する正規のインクカートリッジ品は未だ市場で販売されていると目されるが、だからといってリサイクル品の消尽が否定されるわけではない）。そのような法律構成を採用した場合にも、消尽法理の迂回を防ぐために、消尽法理が適用されたのと同様、代替品の存在は権利濫用の成否に影響しないと解すべきである。

つまり、本件は、独占禁止法違反を持ち出さずとも、特許権の消尽法理の枠内、あるいは消尽法理と句は合わせたシカーネ的な権利濫用論により処理すべきであったといえる。本件で持ち出された独占禁止法違反の主張は、「説明道具としての独禁法」に過ぎない。それにも関わらず、独占禁止法が援用され、そこに、おそらく特許権という排他権を神聖視する伝統的な発想の下、「競争上著しい不利益」がない限り特許権の濫用とはならないという解釈（それ自体、独禁法の解釈としても、本稿の立場では理由がないのだが）が導入された結果、権利の濫用が否定される結論が導かれたと評することができる。

（４）文脈に応じた解釈論の展開の必要性

本件書換制限措置はハイエンド機種をターゲットにしたものであって、消尽を防ぐことを目的としていないとする本判決の認定に関して、独占禁止法違反の成否に関する文脈で、競争やイノベーションに対する萎縮効果を防ぐためには穏当な判断であるとの評価を呈するものがある⁴⁷。

しかし、本件で持ち出された独禁法違反の主張は、「説明道具としての独禁法」であって「適用法としての独禁法」ではない。つまり、本件で、独占禁止法違反を理由として公正取引委員会が書換制限措置を止めさせるべきかということが問題となっているのではなく、リサイクル事業者のリサイクル行為を許すべきかということが問題となっているのであり、本件で原告が敗訴したとしても、被告のリサイクル行為が許されるようになるだけであって、原告が書換制限措置を停止しなければならないわけではない。

⁴⁵ この論点は、当該事件の上告審である最判平成 19. 11. 8 判決民集 61 卷 8 号 2989 頁「液体収納容器」では扱われていない。しかし、調査官解説によると、それは、この点に関する本判決の論理を採用しなかったからではなく、事実の評価の問題として、リサイクルを許さない構造となっていることにその必要性があると判断したからである、とされている（中吉徹郎「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇平成 19 年度（下）』（2010 年・法曹会）791 頁）。

⁴⁶ 白羽祐三「シカーネと権利濫用論－「権利濫用理論の濫用」判決をめぐって」法学新報 87 号 1 頁（1981 年）

⁴⁷ 溝上/前掲注 41・221～222 頁、茶園/前掲注 43・51 頁。

競争の萎縮をいうのであれば、リサイクル業者の競争に対する萎縮も勘案すべきであり、少なくともより中立的な判断をなすべきであろう。まして、前述したように、独占禁止法違反を介在させることなく、純粋な消尽法理の問題、あるいは純粋な消尽法理の迂回を根拠とする権利濫用法理の問題として議論する場合には、なおいっそうこの理が妥当する。

このように、「説明道具としての独禁法」が持ち出されているにも関わらず、「独占禁止法」という言葉が用いられていることに起因して、「適用法としての独禁法」を想起し、この事件では直接問題となっていない公正取引委員会の規制を前提とした立論を展開することを回避するためには、不必要な場合には「説明道具としての独禁法」を用いないか⁴⁸、かりに用いるとしても「説明道具としての独禁法」と「適用法としての独禁法」は別のものという意識の下で議論を展開することか望まれる。

4. 結語

特許権の行使と独占禁止法の関係に関しては、両法は目的を異にしており対立しているという古典的な理解は既に過去のものとなっている。そうだとすると、両法の関係は、共通する目的を有する二つの法制度の間の調整問題となるはずである。

本稿は、この調整問題に関し、従来、あまり目を向けられていなかった判断機関の役割分担論が、この調整問題を解決する一連の鍵となり、その際には特許「権」を、いかなる「行為」を規制するのかという結論を得るために、さまざまな判断機関が時間軸の下で関与するプロセス的な特許「権」という認識の下で検討していくことが、「権利」があることに過度に囚われない柔軟な議論を誘発することになるという筆者の年来の主張を展開した。そのうえで、「適用法としての独禁法」「説明道具としての独禁法」の区別とそれに応じた解釈論の展開という方法論が、特許権の行使が民事訴訟において問題となる場面に応用することが有意義となるという観点を提供した。

目的論的な対立が解消したにも関わらず、排他権の神聖視という伝統的な発想がデフォルトとされることが多いこの分野において、こうしたメタ的な発想に関する方法論を展開することにも相応の意義があるように思われる。

⁴⁸ これに対して、溝上/前掲注 41・222～223 頁は、消尽の根拠が権利濫用に求められるとしても、本件のように競争への悪影響が問題となっている場面では、不定形な一般法理よりは、独占禁止法を持ち出したほうが、判断手法が明確となる旨を説く。

傾聴に値する指摘であり、たしかに、一般論として、消尽の成否が微妙なケースで権利行使を否定するには、独占禁止法に依拠した処理を行うほかにない場合は当然にありえよう（伊藤英明「特許権侵害訴訟における抗弁としての一般法理と独占禁止法との関係についての考察－米国における Patent Misuse 及び Antitrust Law との比較を通じて」甲南法務研究 18 号 27 頁（2022 年）も参照）。

しかし、本判決が消尽を否定したのは、特許製品の全部取り換えには消尽法理は適用されないという単純かつ具体的な要件論であり、それを奇貨として消尽を迂回する行為に対して、それのみを理由に消尽法理もしくは権利濫用論を適用したとしても、判断手法が不明確となることはないように思われる。

Ⅱ. インクカートリッジ事件における独占禁止法の適用

—大阪地裁 2023 年 6 月 2 日判決を中心に—

名古屋大学大学院法学研究科 林 秀弥 教授

第2章

はじめに

独占禁止法 21 条は、「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る権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」と定め、知的財産権の行使と認められる行為について、独占禁止法の適用を除外することを定めている。知的財産権は権利の対象となる情報に関しその利用について排他権・独占権を認めることを本質としているが、同条は、この点と独占禁止法との関係について基本原理を示したものといえる。

多くの独占禁止法学説は、知的財産法と独占禁止法は産業、経済の発達を目的とする点で共通しており、その実現手段面において相互補完の関係にあるとの見方を前提に独占禁止法 21 条を解釈している。また、知的財産法も競争の観点を織り込んで制度設計され解釈されるべきであり、競争の観点から権利の行使と認められない行為については本来の知的財産法の解釈としても権利の行使と認めるべきではない、とするものがある。

しかし、一般的には、知的財産権法は産業政策立法であると解されており、横断的な競争環境を整備することを目的とする競争政策とは異なる側面を有する。我が国の判例も知的財産法が産業政策立法であることを繰り返し述べている。

もっとも、知的財産法においても、権利の排他的独占性が新規参入を阻止しイノベーションを阻害するなど、場合によっては社会にマイナスを与え、「発明や創作を奨励し、もって産業の発達に寄与する」という特許法等の目的にも反する可能性があることが認識されており、知的財産権制度自体の問題として、権利範囲を画するにあたり過度な権利保護にならないようにする努力が行われている。その中で競争への影響も考慮される場合がある。他方、競争法においても、技術革新が競争促進に資するものであり、技術革新を保護し奨励することが競争政策上重要であるとの認識が高まっている。無論、知的財産権が全面的に競争政策の一環であるとして、知的財産権の権利範囲が常に競争の観点を優先して画されることになるかは、なお慎重な検討を要するというべきであるが、上述の理由から知的財産権制度と競争政策とが軌を一にする部分が相当程度存在していることも事実であろう。

なお、独占禁止法 21 条に関する我が国の判例は、知的財産法所定の要件を具備し、かつ違法性阻却事由がない場合には正当な権利行使と認め、その場合には原則として独占禁止法の適用を排除する立場をとっている。

ただ、発明、考案、意匠の創作を奨励し、産業の発達に寄与することを目的とする特許制度等の趣旨を逸脱し、又は上記の目的に反するような不当な権利行使については、独占禁止法の適用が除外されるものではない、としている¹。

本稿では、エコリカ対キヤノン事件（大阪地裁 2023 年 6 月 2 日判決）を取り上げる。この事件の背

¹ 以上につき、林秀弥・萩原浩太「特許権、商標権、競争政策 —リソグラフ、セイコーエプソン、キヤノン・インクカートリッジ事件の検討を中心に—」公正取引 720 号 19 頁（2010 年）。

景にあるのは、プリンターについてはメーカー各社の価格競争が激しく価格が低下し利益が薄いため、それに恒常的に用いられるインク、トナーについて限界費用以上の価格を維持して利潤を得るという戦略に基づき、リサイクル品等の非純正品を排除しようとしたことが問題となる事案である、そこで、本稿では、本事件について主に競争法の観点から検討し、そこにおける競争法と知的財産法の交錯状況を踏まえて、知的財産権がかかわる事案について独占禁止法のあるべき解釈について示唆を得ようとするものである。

エコリカ対キヤノン事件（以下、「本件」という）では、被告が販売するインクジェットプリンター用の純正品インクカートリッジに関し、使用済みの純正品を回収してインクを充填し、インク残量データを初期化するなどして再使用した再生品インクカートリッジを製造・販売していた原告が、被告に対し、本件純正品を IC チップに記録されるインク残量データを初期化することができない仕様とするなどしたことが、独占禁止法上の「抱き合わせ販売等」（一般指定 10 項）又は「競争者に対する取引妨害」（同 14 項）にあたるなどと主張して、独占禁止法 24 条に基づき、差止請求を行うとともに、このような不公正な取引は不法行為を構成するとし、民法 709 条に基づく損害賠償請求等を主張した事案である。裁判所は、本件行為の独占禁止法違反を認めず、原告の請求を全て棄却した²。本稿は、本判決における独占禁止法違反該当性の判示部分を中心に上記の観点から検討するものである。

1. 事実の概要

（１）本件は、被告（キヤノン、以下「Y」）が販売するインクジェットプリンター用の純正品インクカートリッジに関し、使用済みの純正品を回収してインクを充填し、インク残量データを初期化するなどして再使用した再生品インクカートリッジを製造して「エコリカ」ブランドとして販売していた原告（エコリカ、以下「X」）が、Y に対し、①Y が 2017 年 9 月以降現在まで販売している特定の型番シリーズのインクカートリッジ（以下「本件純正品」という）において、IC チップに記録されるインク残量データを初期化することができない仕様とするなどしたこと（本件行為）が、独占禁止法上の「抱き合わせ販売等」（一般指定 10 項）又は「競争者に対する取引妨害」（同 14 項）にあたり、Y がこのような不公正な取引を行った結果、X は、本件純正品の再生品インクカートリッジ（以下「本件再生品」という）を販売できなかったなどと主張して、独占禁止法 24 条に基づき、本件純正品につきインク残量データを初期化して再使用することができない電子デバイス等を用いないことを求めるとともに、②このような不公正な取引は不法行為を構成するとし、民法 709 条に基づく損害賠償請求等を主張した事案である。

（２）インクカートリッジには、乾電池などと異なって統一的な規格がなく、純正品インクカートリッジの仕様は、プリンターメーカーが規格によらずに設計することができる。そして、現状では、特定の仕様のプリンターのインクカートリッジを他の仕様のプリンターに装着することはできないようになっている。そのため、特定のプリンターには、特定の仕様のインクカートリッジを使用する必要があり、特定の仕様のインクカートリッジは、特定のプリンターに取り付けることでしか使用できない。本件純正品には、インク残量データを管理する電子デバイス等が使用されており、インク残量を確認で

² 原文は、裁判所 WEB より。https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/207/092207_hanrei.pdf [最終アクセス日：2023 年 10 月 31 日]

きる機能や、インク残量が無くなったことを知らせる機能（以下「インクエンドサイン」という）、印刷中にインク残量が無くなったときは印刷を自動で停止する機能（以下「インクエンドストップ」という）が備わっている（両機能をあわせて以下、「インクエンドサイン等」という）。

Yの純正品においてインク残量データを管理する電子デバイス等は、従前は書き換え可能なものであった。そのため、Xは使用済みの純正品を回収してインクを再充填し、インク残量データを初期化するなどした再生品を販売していた。しかし、Yはある時期以降、本件純正品につき、インク残量データを管理する方法として、インク残量データを初期化して再使用することができない電子デバイス等（以下「初期化不能電子デバイス」という）を用いることとした（本件行為）。その結果、ユーザーが本件再生品を使用しようとするとき自動的に印刷が開始されなくなった。この機能を解除するには、ユーザーの側で本件プリンターのストップボタンを5秒以上押すなどいくつかの操作をすることによって、インク残量検知機能が無効にする必要があり、こうした操作を経ないと、ユーザーは本件再生品を利用して本件プリンターによる印刷を行うことができない。

こうした本件行為による仕様の変更（設計変更）に対して、独占禁止法違反を主張したのが本件である。

2. 判旨

請求棄却

（1）抱き合わせ販売等（一般指定10項）該当性について

本件再生品は、本件純正品の再使用品（リユース）であり、……Y製インクジェットプリンターを買った者の多く（約84%）は、再生品インクカートリッジの価格が相当程度安くても、再生品インクカートリッジがインクエンドサイン等の機能を有していても、なお純正品インクカートリッジを購入していたのであり（その理由は必ずしも明らかではないが、……再生品インクカートリッジの使用による不具合を避けるといった考慮があるものと考えられ、このような考慮は、再生品インクカートリッジのインクエンドサイン等の機能の有無とは関係がない）、これらのようにインクエンドサイン等の機能とは別の考慮や要素に基づいて純正品を購入している者にとっては、上記機能が使用できなくとも、本件プリンターの購入に伴い本件純正品の購入を余儀なくされていたということとはできない。

また、……再生品インクカートリッジが純正品インクカートリッジより相当程度価格が安く、経済的合理性を有する商品である点を評価して再生品インクカートリッジを購入してきた者（1割程度の者）に着目してみても、……家庭での利用が多いと考えられ、総体的に多くの枚数を印刷すると考えられるビジネス用途は限られており、……本件再生品がインク残量表示をしないのみならず、インクエンドサインを出さず、インクエンドストップをしないとしても、再生品（再使用品）であることに伴うものであるとして、ノズルチェックパターンを印刷することなどにより代替可能であるとして、特段問題なく受け止めるものと考えられる。すなわち、純正品よりも廉価である本件再生品にとって、インクエンドサイン等は、付随的機能であり、一般的に備わっているべき機能であるとはいえない。

あえて本件再生品を選択する者の多くは、……価格が安いことを主要な理由に本件再生品を選択するものと考えられるのであって、インクエンドサイン等の機能の有無を選択の条件とすることは少ない

ものと考えられる。また、……本件再生品を選択する者は、家庭での利用が多く、年賀状といった比較的多くの枚数を印刷する場合でも、廉価な再生品でありインクエンドストップをしないことを前提に、少量ずつ印刷し、印刷結果を目視確認することにより、インクエンドサイン等の機能の代替手段をとることができる。……本件再生品の購入者は、このような代替手段をとることにより、インクエンドサイン等を欠くことへの不具合を回避することができるのであるから、……価格の高い、本件純正品の購入を強いられるものと評価するのは困難である。

Y が本件純正品を開発するに当たり、初期化不能電子デバイスを採用し、その結果、再使用においてインクエンドサインが表示されず、インクエンドストップもしない設計としたことについては、不正行為を防止する意図もあったと考えられ（弁論の全趣旨）、原告による競合品発売を妨げる意図であったとは断じ難い。

以上から、本件行為が、「抱き合わせ販売等」に当たるとすることはできない。

（２）競争者に対する取引妨害（一般指定 14 項）該当性について

Y が本件純正品に初期化不能電子デバイスを使用し、再使用においてインクエンドサイン等の機能が利用できない設計としたことをもって、直ちに Y が本件再生品を需要者に買わせないよう妨害したということは困難であるし、インクエンドサイン等の機能は、廉価である本件再生品にとって一般的に備わっているべき機能であるとはいえず、需要者にとっては、廉価である本件再生品の場合はノズルチェックパターンを印刷することなどにより代替可能であるから、この点においても、Y が本件再生品を需要者に買わせないよう妨害したということはできない。

３．検討

（１）はじめに

本件は、リコー対ディエスジャパン事件³（①事件）、エレコム対ブラザー工業事件⁴（②事件）と並んで、プリンターのカートリッジが関係する近時の一連の判決の 1 つであり、本件行為による設計変更が「技術的抱き合わせ（technical tying）」に該当するかどうか主問題になったものである。①事件は、特許権侵害で原告（リコー）が権利行使したのに対して、被告（リサイクル業者）側が、特許権行使は独占禁止法に反するため権利濫用を主張した事案である。②事件は、本件と同じく、自社製品のインクカートリッジ以外を用いた場合、インク残量表示機能等が制限されるよう設計変更したことに対して、被告側は、当該機能制限は独占禁止法違反を主張した事案である。以下、まず①②事件と比較しながら、本件の特徴を検討する。

（２）先例の紹介と検討

³ 東京地裁 2020 年 7 月 22 日判決、知財高裁 2022 年 3 月 29 日判決。

⁴ 東京地裁 2021 年 9 月 30 日判決。

(i) リコー対ディエスジャパン事件 (①事件)

この事件では、純正カートリッジの残量表示用電子部品には書換制限措置がとられており、原告は被告が当該電子部品に関わる特許権を侵害しているとして、被告の非純正品の販売等の差止を請求した事案である。原告のプリンターでは非純正カートリッジ(トナーボトル)を装着するとトナー残量が「？」表示となる仕様となっていた。一審判決は、書換制限措置には十分な合理性が存在せず、「当該特許権を侵害する行為に及ばない限り、トナーカートリッジ市場において競争上著しく不利益を受ける状況を作出した上で、当該各特許権の権利侵害行為に対して権利行使に及んだものと認められる」として、被告の権利濫用の主張を認め、原告の請求を棄却した⁵。

これに対して、知財高裁は、①「？」でもトナーが無くなれば「印刷できません」とは表示されること、②リサイクル品は安価(純正品の約半額以下)であり予備トナーをあらかじめ用意しておくことで対応できるものであり、このようなユーザーの負担は大きいものとはいえないこと、③「？」によるユーザーの不安について、リサイクル事業者においては、残量表示がされないことについてユーザーが不安を抱くことを懸念するのであれば、再生品であるため残量表示はされないが、印刷自体はできることを表示することによって対応できること、④書換制限をしている理由については原告が自社のコントロール外にある第三者の再生品のトナー残量表示の正確性を担保できないという原告の主張は合理的であり、書換制限は競争を阻害する目的ではないと考えられることから、結果として、権利の濫用にはあたらないと判断した⁶。

このように①事件では地裁と高裁で判断が分かれる結果となったが、控訴審判決(知財高裁)も一審判決(東京地裁)の判断の枠組み自体は否定しておらず、認定事実に対する評価の違いが結論の違いを導いたと思われる。すなわち、トナー残量表示が「？」となる再生品がユーザーに受け入れられるかという点について、地裁は、ユーザーは、トナーカートリッジの再生品の品質に問題があり、プリンターのトナー残量表示機能が正常に作動していないのではないかな等の不安感を抱き、再生品の使用を躊躇すると判断したのに対して、知財高裁は、トナー残量表示に「？」と表示されても、「印刷できます」との表示がされるので、再生品であるため残量表示がされないことも容易に認識し得るものであり、ユーザーが印刷機能に支障があるとの不安を抱くものとは認められないと認定している⁷。このように、地裁は印刷機能にとどまらない品質を重視したのに対して、知財高裁はプリンター本来の印刷機能を重視したともいえよう。

(ii) エレコム対ブラザー工業事件 (②事件)⁸

この事件では、被告が、非純正品のカートリッジを2本以上セットすると、エラー表示されるように

⁵ 本件評釈として、渡辺昭成・公正取引 847 号 12 頁 (2021 年)、藤田稔・ジュリスト 1559 号 107 頁 (2021 年)。知的財産法の観点からは、田村善之[判批]WLJ 判例コラム 236 号 (2021 年)、田村善之[判批]新・判例解説 Watch29 号 (2021 年)。

⁶ 本件評釈として、齊藤高広・公正取引 865 号 63 頁 (2022 年)、萩原浩太・ジュリスト 1585 号 115 頁 (2022 年)、茶園成樹・発明 120 巻 5 号 46 頁 (2023 年)、張唯瑜[判批]知的財産法政策学研究 63 号 (2022 年)、田村善之[判批]新・判例解説 Watch32 号 (2023 年)、溝上武尊[判批]知財管理 73 巻 2 号 221 頁 (2023 年)。

⁷ また知財高裁は、原告の主張を受け入れて、電子部品の形状を工夫することで、特許権侵害を回避し残量表示をさせることは技術的に可能である点も考慮した。

⁸ 本件評釈として、金井貴嗣・公正取引 856 号 73 頁 (2022 年)、宍戸聖・速報判例解説[法学セミナー増刊] 30 号 265 頁 (2022 年)、白石忠志・ジュリスト 1568 号 6 頁 (2022 年)、和久井理子・ジュリスト臨時増刊 1570 号 223 頁 (2022 年)、隅田浩司・ジュリスト 1572 号 113 頁 (2022 年)。

インクジェットプリンターの設計を変更したことに対して、原告は設計変更に合理性がなく、プリンターと純正カートリッジとの抱き合わせ販売又は競争者に対する取引妨害に該当するとし、差止及び損害賠償を請求した事案である。判決は、設計変更に正当な合理性は認められず、一般指定 10 項該当性（抱き合わせ販売等）を認めた。この事件では、「本件設計変更は、原告らを含む互換品カートリッジの製造業者に対し、本件設計変更に適した新たな互換品カートリッジを開発し、製造する作業が必要となる状況を作ることによって、互換品カートリッジの販売を困難にする目的で行ったものと認められ」るため、正当な理由として認められないとした。本件では、「特定のプリンタにおいて使用可能なカートリッジは一定の範囲のものに限定されるのであるから、需要者からみた商品の代替性の観点から、従たる商品の市場は、被告の製造する本件新プリンタにおいて使用可能なカートリッジ等の市場であり、そして、「本件設計変更により、互換品カートリッジは本件新プリンタにおいて使用することができなくなったのであるから、本件設計変更は、互換品カートリッジ販売業者を上記市場から排除するおそれがある」とした。

（iii）両事件の比較

本件も含めて、いずれもプリンターに関わる事件であるが、プリンターの必須機能というまでもなく印刷機能である。①事件で問題となった残量表示機能等は、印刷という必須機能ではない、いわば付随的機能であり、②事件で問題となったのは印刷機能そのものである。①②の両事件を比較して分かることは、印刷という必須機能か、印刷以外の付随的な機能かによって判断が分かれているという点である。①事件の知財高裁判決は、原告の書換制限措置によっても印刷それ自体に関わる機能は損なわれていないことを重視し、付随的機能である残量表示機能を不完全としたところで他者排除の目的にはあたらないという判断が背景にあると思われる。これに対して②事件では、そもそも非純正品を 2 本以上装着する段階でエラー表示が出てくるものであり（認証機能の無効化）、それによって印刷そのものができなくなる設計変更をしたことには正当な理由が認められず、他者排除の効果が認められるとしたものである。

（3）「抱き合わせ行為等」（一般指定 10 項）該当性

（i）先例との比較における本件での前提的事実の確認

①②事件と比較してどうか。本件では、まず、再生品であっても印刷機能は損なわれない。この点では①事件と同じである。他方、①事件では印刷可否表示機能は再生品を使用する場合においてもいまだ残存していたのに対して、本件では本件行為によってインクエンドストップ機能も無効化されていた。これについては、本件で問題となったインクジェットプリンターは少量印刷の家庭利用が多く、大量印刷のビジネス用途は限定的であり、印刷結果を目視確認することによって残量表示の代替手段をとることができるため、こうした表示機能があくまで付随的なものであることを指摘している。

（ii）「取引の強制性」判断

では、このような判断について、独占禁止法上どのように考えればよいであろうか。一般指定 10 項の成立要件として、① 2 商品性、②取引の強制（「購入させ」）、③公正競争阻害性（不当性）が必要となるところ、本件は、取引の強制性の判断において、上記（i）で述べた点を挙げている。

すなわち、①再生品を選択する者の多くは、価格が安いことを主要な理由に再生品を選択しており、残量表示等の有無を選択の条件とすることは少ないと考えられること、②インクジェットプリンターは少量印刷の個人需要が多く、大量印刷のビジネス用途は限定的で、印刷結果を目視確認することによって残量表示の代替手段をとることができるため、表示等が必須ではないと考えられること、③インクカートリッジの残量表示等は付随的機能の一つであり、本質的機能ではないこと、である。この点、「購入させ」とは、「客観的に見て少なからぬ顧客が他の商品の購入を余儀なくさせているかどうか」が基準であると考えられるところ⁹、本件でも「原告がインクエンドサイン等の機能を有しない本件再生品しか製造販売できないとしても、本件プリンターの購入者が本件純正品の購入を余儀なくされているとまでいうことはできない」と述べて、この基準で判断されている。

しかし、本判決では、取引の強制性の判断と不当性の判断を切り分けて、設計変更の必要性和合理性についての判断は専ら後者で行われており、この点には疑問がある。取引の強制性判断は規範的なものであり、設計変更行為が独占禁止法上非難に値するかどうかの判断（行為の不当性の判断）は公正競争阻害性のみならず、取引の強制性の判断においても考慮されるべきである¹⁰。なんとなれば、プリンターメーカーにはそもそも設計変更の自由があり、にもかかわらず当該設計変更が抱き合わせ（一般指定10項）というるためには、設計変更が独占禁止法の見地から見て許容されない（米国反トラスト法上はこれを「略奪的（predatory）」と表現する）ものであるかどうか問題とされるべきだからである¹¹。この点について、「キヤノン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」¹²及び同別紙「レーザープリンタに装着されるトナーカートリッジへの IC チップの搭載とトナーカートリッジの再生利用に関する独占禁止法上の考え方」で示されているように、「技術上の必要性等の合理的理由がないのにあるいは、その必要性等の範囲を超えて」、「ユーザーが再生品を使用することを妨げる場合には、独占禁止法上問題となるおそれがある」という考え方が独占禁止法評価のベースラインとなる。こういった設計変更の必要性和合理性を介在させる趣旨は、本件のような設計変更は取引先選択の自由を直接に制約するものではなく¹³、競合品排除の意図があからさまとまではいえず、略奪的あるいは競合品排除の人為性が明らかであるとまでは断ずることはできないからである。そこで、この設計変更の必要性和合理性という観点から本件をみると、本判決は、設計変更の必要性について、不当性の部分の判断において、不正行為を防止する意図もあったことを理由に、Yによる競合品発売を妨げる意図であったとは断じ難いと判断している¹⁴。また設計変更の合理性について本判決は、これも不当性の部分の判断において、「インクエンドサイン等の機能の有無によって顧客の選択が左右され、本件再生品を選択する顧客が著しく減少し、自由な競争を減殺したりその基盤が保持されないとまでいうのも困難である」として、不合理とまではいえないとしている。確かに、前述のように、②事件とは異なり、本件行為があくまで付随的機能の改変であって、印刷という必須機能までも不可にしているわけではないことは、設計変更の合理性判断において重要な要素であると思われる。ただし、不正行為を防止するためだったとし

⁹ 公取委審判審決平成4年2月28日・公取委審決集38巻41頁（藤田屋事件）。

¹⁰ 技術的抱き合わせにおける行為の「不当性」とは、それが公正競争阻害性をもつかどうかという段階で検討されるだけでなく、当該行為が独占禁止法の見地からみて許されないものであるかどうかを識別する基準としての不当性という意味も含んでおり、その意味では、ここでいう不当性の意味は両義的なものとなる。

¹¹ 和久井・前掲224頁は「設計変更が独占禁止法違反となるのは、技術上の必要性がなく、専ら他者の事業活動の困難化を目的としたものである場合に限定することが適当」と述べる（同旨、宍戸・前掲4頁）。

¹² 公正取引委員会・2004年10月21日。

¹³ 長澤哲也・本件評釈・ジュリスト1590号7頁（2023年）。

¹⁴ ただし、この部分の判示は一部黒塗りされており、具体的にはうかがい知れない。

ても、本件行為のような設計変更が当該目的にとって合理的に必要とされる範囲内にとどまっているかについてより慎重に検討すべきだったと思われる¹⁵。

そもそも以上述べた事情は、不当性（公正競争阻害性）の判断だけでなく、取引の強制性の判断においても考慮すべきだと思われる。いずれにせよ、判決の事実認定を前提とすれば、本件の設計変更に一定の必要性があり、かつその内容も不合理とまでは断ずることはできないから、取引の強制性を否定する判断は妥当である。

（iii） 本件行為の公正競争阻害性

公正競争阻害性（判決のいう「不当性」）について、本判決の説くところは少ない。前述のように、本判決では、本件行為によって、「自由な競争を減殺したりその基盤が保持されないとまでいうのも困難である」としており、自由競争減殺¹⁶の観点から判断している。本件行為の態様からして、競争手段の不公平とまでいうのは難しく自由競争減殺で判断したのは妥当だと考えられるが、その判断機序は十分に説明されているとはいいがたい。抱き合わせの公正競争阻害性は、顧客の選択の自由を歪める競争手段であり、また従たる商品市場（被抱き合わせ商品市場）における競争を減殺することが問題であり、顧客の商品選択の自由の側面（消費者被害の側面）¹⁷と従たる商品市場での競争減殺（競争者被害の側面）の両面がある。自由競争減殺を構成する場合には、商品選択の自由が害されていることとあわせて、従たる商品市場での競争状況が影響を受けていることが過去の審判決例では認定されており、本判決でもそれは踏襲されている。ただし、その判断機序は、本件行為の不当性のなかで十分に説明されていない。なんとなれば、本件行為の自由競争減殺効果の有無の判断において、その手段が競争秩序の観点から許容されないものであるか否かという評価が抜けているからである。本件行為が仮に不当であるとすれば、それはライバル費用引き上げ戦略（ライバル費用を増大させて、競争者の加える制約を緩和し、もって競争水準から乖離した取引条件を自身に有利に行う戦略）から説明されるが、ライバル費用を人為的に引き上げるという手段でライバルの製品の排除を試みるのが競争政策上不当なのは自明であるようにも思える。しかし、この戦略が厄介なのは、ライバル費用の増大は、通常の競争過程でも生じうるという点である。一方の企業が、（効率的とまではいえなくても）自社の競争上の地位を強化するための戦略的な企業運営を目指す過程で付随的にライバルの費用が増大することはよくあることである。このため、独占禁止法上問題となるようなライバル費用引き上げ戦略はそうした付随的効果としてのそれではなく、そういった独占禁止法上許容される通常の事業活動の過程とは無関係に生じる、いわば人為的なライバル費用増大戦略に限定する必要がある。こうした意味での本件行為の公正競争阻害性が十分に検討されていないきらいがある。またそもそも、本件行為の市場閉鎖効果の認定も不十分である。そのような欠点が本判決の論旨にはあると考えるものの、本判決の事実認定を前提とすれば（とりわけ筆者は、本件の設計変更によってもプリンターの本来的機能である印刷機能は保持されていることを重視する）、独占禁止法違反を認めなかった本判決の結論自体が不当であるとまではいえない。

¹⁵ 長澤・前掲 7 頁。

¹⁶ 自由競争減殺とは市場参入への自由と、市場における競争の自由が妨げられることを意味する。私的独占等の要件である「競争の実質的制限」よりも低い水準で予防的に規制するものと考えられている。これは他者排除あるいは競争回避を通じて生じるものであるが、本件で問題となるのは前者である。

¹⁷ 不要品強要型と称されることもあるが、不要品であることは必要なく、他から買いたいのに抱き合わせ主体から買わされることが問題である。

(4) 競争者に対する取引妨害（一般指定 14 項）該当性

これについても、本判決は、本件行為の一般指定 10 項該当性で検討したのと同じ理由でその成立を否定している。取引妨害は、正常な競争過程による競争者の取引を妨害する行為と不当なものとを区別することが重要であるため、取引妨害（一般指定 14 項）の不当性は手段としての不当性を意味するものであり、その手段が良質廉価な商品役務をめぐって行われる能率競争から著しく乖離した不当なものであることを要する。かような行為が、正常な競争手段ではなく他者を害する可能性が高い行為であることが明瞭な不当手段だとすると、本件行為がそこまでの不当性があるとまではいえないだろう。

(5) アフターマーケット論について

なお、本判決では、傍論ではあるが、不公正な取引方法における市場画定の要否について言及し、その上で本件において、本件プリンターに対応するインクカートリッジから構成される、いわゆるアフターマーケットを画定している。すなわち、『不公正な取引方法』の成否の判断にあたって、必ず『一定の取引分野』の画定を必要としているものとは解されない」としつつも、『不公正な取引方法』に係る規制は、公正な競争秩序に対する阻害となるかという観点からされる規制であり、公正な競争を阻害するおそれがあるか否かについては、競争手段の不公平さの有無のみならず、事業者相互間の自由な競争の減殺の有無や自由競争の基盤の侵害の有無という観点からも検討することになると解される。そして、このうち自由な競争の減殺の点に関しては、その競争の場である市場を一定の取引分野として想定することにより、自由な競争が妨げられているかどうか、競争への参加が妨げられているかどうかを判断することができる」とした。

その上で本件について、「インクは、消耗品であるというその性質上、プリンターの耐久年数よりも先に枯渇するため、印刷というプリンターの機能を維持するためには、何らかの方法によってインクを補充する必要がある、インクカートリッジは、インクを補充するという目的で製造・販売・使用される独立性のある商品であるということが出来る。また、被告も、このような目的で、純正品インクカートリッジを、プリンター購入者を対象として、独立に、プリンターとは別の商品として販売し、そして、特定のプリンターに対応するインクカートリッジとして、被告による純正品のほか、再生品や互換品が競合し、……インクカートリッジを販売する複数の事業者によって、その価格等についても能率競争が行われているところであり、このことは、本件プリンターに対応するインクカートリッジについても同様である。このような事情に照らせば、本件においても、本件プリンターに対応するインクカートリッジ（本件純正品を含む。）についての一定の取引分野としての独立した競争の場を観念することは出来るというべきである」として、いわゆるアフターマーケットを画定している。アフターマーケットの画定問題は経済法学の議論としては興味深いものであるが、繰り返すように、この部分の判示は傍論であり、この判示の有無は本判決の結論やロジックを左右しない。

アフターマーケットを独立した市場と観念するということは、プライマリーマーケット（本体市場）とは切断された市場画定できる場合ということになり、本体（本件で言うプリンター）を購入したユーザー（消費者）から見てロックイン効果がある限りは、需要の代替性の観点からアフターマーケット

が画定されうる。米国の有名なコダック事件最高裁判決（1992 年）¹⁸では、プライマリーマーケットのコピー機市場とともに、コダック製コピー機用の部品及び保守・サポートサービスがそれぞれアフターマーケットを構成するとした。その理由づけは、情報コストや乗り換えコストの存在等多岐にわたるが、コダック事件では、顧客は、コピー機を購入する時点において、コダックの一方的な方針変更を予見できなかったために、それに伴うコストの上昇を購入時点で勘案するのが困難であった¹⁹。本件でもこのような事情は一定程度妥当すると考えられるため、アフターマーケットを画定することは理にかなっているが、ただ判決は、本件プリンターに対応するインクカートリッジについて能率競争が行われていることを指摘するのみであり、その理由付けとしては十分ではないように思われる。

¹⁸ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992)

¹⁹ 前掲、林・萩原論文・公正取引 720 号 19 頁。

第3章

商標制度における使用主義的側面に関する 比較研究

第1節 研究内容の要約

日本と中国のように登録主義を採用している国においても、商標の使用概念は商標制度の根幹にかかわる最も重要な概念の1つであるが、中国側の「使用の目的の認定」や、日本側の商標の「識別力獲得の証明」について、予見性の問題や証明の負担の問題などの課題や問題点が指摘されている。また、近年進展が著しい仮想空間における商標の保護に関して、「仮想空間における使用」をどのように考えるかが、日中両国共通の課題になっている。中国及び日本における実情に適した商標の使用の在り方や、使用の目的の認定、識別力獲得の証明、仮想空間などの新たな利用環境における商標の使用の問題などに対して、両国の商標制度への相互理解を深めつつ、両国の研究者らにより共同して研究を行い、両国のより良い商標制度への進展に資する提言を行った。

この共同研究における中国の研究者らの研究により、以下の報告がなされている。

まず、デジタル環境における商標使用問題について検討が行われた。インターネットや仮想現実などのデジタル環境では、商標の使用形態として、有体媒体がなく、あるいは多地域、多区分の特徴を呈しており、商標権が維持できるかどうか、及び他人の行為が商標権侵害に該当するか等が論争されている。デジタル環境の下では、従来の商標などの法律規則は根本的に変更されていないが、新しいビジネスモデルと結び付けて適用し、解釈する必要がある。商標登録と使用維持の面で、包容開放の態度をとり、産業融合の趨勢に基づいて事実上合理的な多区分保護を提供することができる。権利侵害の判断において、デジタル空間での商標使用の地域原則が依然として有効であっても、法執行者は慎重かつ柔軟に証拠と法律に基づいて、国境を越えた著名商標保護の要否及びその保護方式と程度を検討する必要がある。

また別の研究では、商標権侵害の構成における商標使用の地位について検討されている。デジタル時代以前において、権利者、被訴人のいずれの係争商標の使用は容易かつ明確であり、使用の有無は判断がしやすい。インターネットの利用が一層盛んになるにつれて、商標を使用する新しい形態が次々と出現した。また、国内の加工者が海外企業から製品の加工を依頼され、依頼者の商標を製品に付すことで、国内での商標使用を構成し、さらに国内の商標登録者の専用権を侵害するかについても議論を呼んでいる。このような背景の下で、係争商標の使用行為と権利侵害の構成との関係は、当該使用行為が商標使用と認定できるかどうかという観点で、重要な問題である。商標使用の認定を権利侵害認定の前置条件とするのではなく、商標権侵害の構成に決定的な役割を果たすものとして、被疑侵害者の行為が原告商標の機能を損なうか、需要者の混同、誤認を招きやすいかにも依るべきであるとした。

さらに、商標法における登録商標の不使用抗弁制度について検討した中国側の研究者の研究がある。商標登録制度では、ある商業標識が使用による信用を形成していなくても、登録されれば他人が当該標識を混同する使用を禁止する権利を有している。登録主義の優位性の発揮と欠陥の取り繕いは相反関係にあり、制度の設計と運用によって調整しなければならない。中国の現実的な環境では、3年不使用取消手続きと、3年不使用取消の抗弁が登録主義の欠陥を補うことでの役割を果たすことをより重視すべきであり、さらに3年間実際に使用されていない商標が取り消されたり、その権利が行使できなくなったりするように指導すべきである。上記に鑑み、本研究は登録商標の不使用抗弁制度を中心に、中日両国の既存の実務経験と結び付けて、権利侵害訴訟における不使用抗弁、異議と無効手続における不使用抗弁、及び不使用抗弁と不使用取消手続との関係の3つの方面から論述、比較しているとした。

この共同研究の日本の研究者らからは以下の報告がなされている。

1人の研究者は、日本の商標法の使用主義的側面の問題として、登録商標の不使用取消審判制度にお

ける商標的使用の位置づけについて検討した。我が国商標法の不使用取消に関する裁判例においては一般論として、商標的使用を要求するものと、商標的使用が不要であるとするものとが存在する。前者の立場を採用する裁判例や、一般論を明示せず商標的使用がなされていることをもって「使用」該当性を認める裁判例の多くにおいては、それほど高度な識別力が求められていない。侵害訴訟における抗弁としての商標的使用論においては、被疑侵害者が問題の商標を利用する利益と登録商標の識別力を保護する利益との調整が必要となるが、不使用取消の場面ではそのような調整は問題とならないため、後者の場面で商標的使用を緩やかに認定することについては妥当と思われるとした。

またもう1名の研究者は、日本商標法における使用主義的側面に係る諸論点のうち、商標権者側の不使用・不十分な使用が、商標権の侵害を理由とする権利行使を制限する事情としてどのように考慮されているか、あるいはされるべきか、について検討した。平成8年（1996年）改正における確定不使用取消審決の遡及効の導入の趣旨、差止請求権・損害賠償請求権に係る権利濫用の抗弁や商標法38条各項の適用要件に関する裁判例の状況を明らかにした上で、(1)差止請求については立法論的にも、一般的な不使用の抗弁ではなく、不使用取消審判の判断を先取りする権利濫用の抗弁（不使用取消予定型権利濫用の抗弁）による対応が望ましいこと、(2)商標法38条1項・2項・3項の適用については、原則、登録商標に商標権者の信用が蓄積されている必要があるが、侵害期間中に登録商標を指定商品・役務に使用していることは必須の要件とすべきではないとの解釈を示した。

第2節 中国の商標制度における使用主義

I. デジタル環境における商標使用問題の研究

中国社会科学院 知識産権センター 管 育鷹 教授

1. 問題意識

1990年代以来、コンピュータと通信技術は、「臨界点に向かい」、「小麦とチェス盤」¹式の等比数列の発展段階に入った。デジタル化から情報ネットワークへ、人工知能から仮想現実へ、技術の急速な発展と広範な応用は、人類の「デジタル化生存」モデルを倍速で発展させた²。知的財産制度が保護した智慧と経営の成果は、本質的に無形の情報である。しかし、制度が確立・発展された当初、世界は依然として物質的な「原子」時代にとどまり、情報は時空に制限された何らかの有形物質を通じてしか表現されたり、展示されたりできなかった。「ビット」の時代になると、物質的な重さのない「情報 DNA」は、空間の限界を突破して光速で全世界へ伝達することができ³、消耗も消滅もしない（人為的に変更又は削除しない限り）。そのため、「原子」時代に生まれ、情報の制御と利用を権利の核心とする知的財産制度は、実施時にデジタル技術の発展とビジネスモデルの更新に伴う新たな問題が次々と発生することになる。

知的財産制度の核心は、権利者に特定の情報の複製、配信と利用への制御権を付与することである。デジタル環境下における論争は、通常において典型的な情報コンテンツを直接利用する著作権、不正競争防止の分野で最初に発生するが、実際に商標情報の使用とその法的効果がどのように判断されるかについても、同様に論争が発生しやすい。問題の根源は、技術の発展が「すべてのものがデジタル化できる」段階に入り、現実世界のすべてのものと人の行動が、ますます広く、普遍的にデータ形式に変換されて仮想空間で情報に復元されて全面的に現れることである。問題の核心は、デジタルアーキテクチャと情報シミュレーションの世界で、人と人との関係を調整するための法律規則が変わるか変わらないか、そしてどう変わるかである。具体的には、伝統的な社会において有形物に付着した方式で表現又は表示された商標が、デジタル環境下で無形の電子化方式で関連情報を提示する際に、商標法という「商標の使用」を構成するか⁴、さらに権利者が商標登録を維持し、他人の使用を禁止することができると推定できるか等の問題である。実際に、メディアレスの商標情報がデジタル空間で多地域、多区分で使用されることによりもたされた問題は、インターネット関連産業が興った新世紀の初めに議論され始め、どのような使用が権利を主張する地域内で法的な効力を得ることができるかに焦点を当てている。現在、デジタル経済は急速に発展しており、公式サイト直販とプラットフォーム店舗型の電子商取引が日常的な習慣になり、ソーシャルメディアライブ配信の販売や検索、広告、リンク、マルチメディアホールなど様々な新モデルがネットワークに登場し、没入型の商業文化旅行の娯楽一体化の消費モデルも現れて

¹ [美] ジョージ・ガモフ著、暴永寧訳、吳伯澤校訂・注釈『一から無限大』[从一到无穷大] 23-24 頁（科学出版社、2002 年版）。

² [美] ニコラス・ネグロポンテ著、胡泳、范海燕訳『デジタル化生態』[数字化生存] 13-16 頁、139-146 頁（海南出版社、1997 年版）。

³ 前記ニコラス・ネグロポンテ、21-22 頁を参照。

⁴ 「商標の使用」とも呼ばれ、中国の商標法 48 条を参照。

いる。これに対して、商標などの法律がデジタル環境下での商標使用による第三者の EC プラットフォームの責任を含む多くの問題にどのように対応するかについて、各国は、まだ合意に達していない。ここ数年以来、仮想現実の技術の積み重なる発展は「メタバース」の概念と関連産業の配置を生み出し、NFT⁵仮想電子商品のマーケティング行為は、既に商標権侵害の論争を引き起こしており⁶、商標使用とその法的効力の判断の問題に対する各界の関心を再び引き起こし、本論文はこの傾向と結び付けて検討したい。

なお、デジタルと通信技術の発展に伴い、デジタル化技術の応用場面に関連する言葉は、中国で時々変化し、混用されている。例えば、電子計算機/コンピュータ応用、インターネット/情報ネットワーク/ウェブ/インテルネット、デジタルネットワーク/ネットワーク/ネットワーク空間/デジタル空間、インテリジェント/スマート XX、仮想現実/仮想空間/メタバースなどである。本論文では、これらの用語を意図的に区別することなく、「デジタル環境下」の問題に入れまとめて議論する。また、デジタル環境下での商標保護は広い範囲に及ぶため、本論文では商標使用の行為自体とその効力の分析にのみ焦点を当てた。

2. 商標使用概念の分析

商標の使用は、経営者が商業的活動を展開し、商品又は役務市場を開拓し、市場競争を行うため最もよく使われる手段である。文字、図形、アルファベット、数字、三次元標章、色の組み合わせ、音、又はその他の要素と要素の組み合わせなど、どのように表現されるとしても、商標の本質は、商品又は役務の出所を識別し、区別し、商品又は役務の品質の評判と知名度を標章に化体する無形の情報である。これらの標章が法的に保護されるべき理由は、実際の使用を経て、又は実際の使用に投入される予定で、出所を識別し、事業者のビジネス上の信用という無形財産を化体する特定の情報となるからである。現実には、商業的活動で実際に継続的に使用される標章こそ、関連する商品や役務の消費者にブランドで商品を購入させたり、取引を選択させたりするように、当該標章とある特定の事業者との唯一の対応関係を構築することができ、法律で保護される事業者が専用権を持つ商標になる。国家主管機関に特定の標章の登録を出願し、公示と確認を経て、同じ地域の市場に混同を引起しやすい商標が現れないことを保障することができ、権利者が様々な使用方式を通じてビジネス上の信用を構築する効率を高め、管理し、法律の執行においても便利であるが、出願行為自体が真に価値のある商標権を自発的に生み出すわけではなく、特に工業財産権の地域的特徴⁷は今でも否定できない状況において、ある国で登録されて使用されている特定の標章が他国で保護されるかどうかは、現地での実際の使用や知名度などの実証可能な事実に関わる。したがって、商標使用は、商標法における基礎概念といえ、商標登録を維持するための使用（本文は維持使用と略称する⁸。）と混同又は希釈化を構成する権利侵害に係る使用の判断に関

⁵ この英語の略語の中国語意味は「非同質化代币」である。NFT はブロックチェーン技術に基づいて動作するため、唯一性のある仮想財産の所有権証明書と理解できる。

⁶ 例えば、バーチャルエルメス「バーキン」靴「Meta Birkin」事件である。詳細は、林婷児、阮開欣「NFT 作品を販売する商標侵害の問題—Hermès International v. Rothschild 事件を例として」[销售 NFT 作品的商标侵权问题——以 Hermès International v. Rothschild 案为例] 中華商標 2023 年 8 期 38-42 頁を参照。

⁷ 鄭成思『知識産権法』[知识产权法]（第二版）15-17 頁（法律出版社、2003 年版）を参照。

⁸ 本論文は、「維持使用」と「侵害使用」という二つの概念の採用に賛同する。黄汇「商標使用の地域的原理を理解する立場及び適用ロジック」[商标使用属地性原理的理解立场及适用逻辑] 中国法学 2019 年 5 期 80 頁を参照。

わり、OEM 加工、馳名商標とその保護範囲の認定、商標法と不正競争防止法の適用との関係などの難問の解決構想に関連しているので、まずこの概念を分析する必要がある。

中国では、商標登録と権利取得と維持の理念に誤読があるため、登録制度の「先出願原則」が一定期間において濫用され、先取り登録、買い占めなど、他人や公共の情報資源を横取りする非正常な現象が発生し、学界と実務界は力を合わせて管理を強化し、「商標の生命は、登録ではなく使用にある」⁹との共通認識を確立するよう呼びかけた。商標法は、整備の過程でも信義誠実、悪意のある登録の禁止などの議題を絶えず強調し、より完備された法律規範を通じて商標制度全体の運行に対する「使用」の重要性を明確にしてきている。そのため、2013 年の法律改正時に、施行条例における「商標使用」規範を法律条項である 48 条に昇格させた。即ち「この法律で商標の使用とは、商品、商品の包装若しくは容器及び商品取引の書類上に商標を用いること、又は広告宣伝、展示及びその他の商業的活動中に商標を用いることにより、商品の出所を識別するための行為をいう」。最近発表された新しい中国の商標法改正案では、「商標の使用」条項に「商標を役務を提供する場所や役務に関連する媒体に使用する」「インターネットなどの情報ネットワークを通じて実施する」という場合が追加された¹⁰。このように、中国は立法上で商標使用の概念をまとめ、「商業的活動の中」と「出所を識別するため」の要件を明確にし、実際、真実、有効な商業的使用だけが商標権を生み出すことを各界がより明確に認識するのに役立つ。しかし、現実生活における商業的活動の複雑性と商業標章の使用方式の多様性に基づいて、抽出した商標使用の概念に基づいて個別の事件において商標専用権が成立するかどうか、及び専用権がカバーする範囲を推定し演繹することは容易ではない。そのため、商標使用がどのような使用方式をカバーしているのか、各使用方式の法的効果がどのように異なるのかなど、中国では依然として一定の認識上の不一致があり、特に「商品の出所を識別するため」の要件の解釈の問題は、一定程度において裁判の判示を難しくしている¹¹。概念に対する理解の違いが司法の不確実性を招く可能性のある難題に直面し、近年、「商標の使用」の条項をどのように解釈し、修正し、整備していくかをめぐって、中国国内の理論と実務界は多くの複雑な個別の事件と結び付けて大量の研究を展開している¹²。しかし、まだ統一的な答えはない。

商標の使用概念の理解とその法的効果をどのように判断するかについても、各国が共に直面している課題である。法律の適用の不確実性を減らすために、多くの立法例では商標使用の一般的な形態を客観的に記述する方式をとっている。例えば、米国商標法（米国法典 1127 条、即ちランハム法 45 条）は、関連用語の定義において、「商取引における使用」とは、通常取引の過程で権利を維持するためだけに商標を善意で使用するのではなく、通常取引の過程で行われる商標の誠実な使用を意味し、単に商標の権利を得るための名目だけの使用では不十分であり、次のことが必要であるとした。1) 商品が商業的に販売又は輸送されている過程において、商品、商品の容器、又は商品に関連するディスプレイに標章を使用したり、商品に取り付けられたラベルや下げ札、又は商品やその陳列に関連する書類に使用したりすること、2) 商業的に提供された役務又は広告に標章を使用又は表示することである。関連商業経営に従事する役務提供者は、1 つ以上の州、本国、又は外国で提供することができる。EU 商標条例 2017

⁹ 黄暉『商標法』102 頁（法律出版社、2004 年版）。

¹⁰ 国家知識産権局「中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）」59 条を参照、
https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html [最終アクセス日：2023 年 12 月 1 日]

¹¹ 殷少平「商標使用概念及び立法定義の解釈を論じる」[論商標使用概念及其立法定义的解釋] 法學家 2022 年 6 期 156 頁を参照。

¹² 関連討論の概況は、王太平「商標法における商標使用概念の統一及び制度整備」[商標法上商標使用概念的統一及其制度完善] 中外法学 2021 年 4 期 1028 頁、脚注 3 を参照。

年版の9条3項には、商標権者が他人の商標使用の行為を阻止できる場合が挙げられている。即ち、1) 商品又は商品包装に当該標章を貼り付けること、2) 当該標章が付された商品を提供し、それを市場で販売したり、同目的のために保有したり、当該標章を用いてサービスを提供したりすること、3) 当該標章を有する商品を輸入又は輸出すること、4) 当該標章を商号又は企業名称、又はその一部とすること、5) 商業文書又は広告に当該標章を使用すること、6) 当該標章を使用して比較広告を行い、EUの誤導的と比較的広告の指令に違反していることが挙げられている。日本では、商標法2条3項に基づき、商標の使用行為には以下を含む。1) 商品又は商品の包装に標章を付する行為。2) 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為。3) 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物（譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。）に標章を付する行為。4) 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付したものをを用いて役務を提供する行為。5) 役務の提供の用に供する物（役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物を含む。以下同じ。）に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為。6) 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為。7) 電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法をいう。次号及び第二十六条第三項第三号において同じ。）により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為。8) 商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為。9) 音の標章にあつては、前各号に掲げるもののほか、商品の譲渡若しくは引渡し又は役務の提供のために音の標章を発する行為。10) 前各号に掲げるもののほか、政令で定める行為である¹³。

上記から分かるように、日米欧は立法上、「商標の使用」の定義や内包を抽出しようとせず、「商取引における使用」の要件を明確にしたり、商標使用の一般的な方式を列挙したりしているだけである。特に日本とEUの立法例の規定はより詳細であり、日本は特に「電磁的など感知可能な方式」というようなデジタル環境下であらゆる可能な使用方式を列挙しており、法律の実施における困難と分岐をある程度低減している。立法によって記述された商標の使用行為がどのような法的効果をもたらすかについては、主観的な意図、発生した商業的影響などの要素を結び付けてケースバイケースで判断する必要がある法的適用の問題である。実際、国内外を問わず、業者が真実で誠実な商業的活動で使用しても、被疑権利侵害者が模倣・ただ乗りして使用しても、商標の「出所識別」の機能を利用していることは言うまでもない。商業目的のある商標使用が出所識別の役割を果たさない場合は特例である。例えば、商標標章のデザインを集めて本に編集して複製・発行して鑑賞した場合、明らかに商標の使用ではない（著作権や名誉などの他の論争にかかわるかどうかは別である。）。また、ただ乗りがなく、混同や希釈化の結果が生じない記述的な使用も正当な使用であり、非商業的な個人的な使用は、表現の自由の範疇に入れる可能性がある、などである。そのため、立法で「出所を識別するため」という要件を採用して「商標の使用」を規定すると、解釈上の分岐を引き起こし、同一又は類似の行為が法律実施の異なる段階で生じうる法解釈の論理的矛盾を引き起こす可能性があり、典型的にはOEM加工行為である。中国では、この議題が数年にわたって論争を繰り返しており、「商標使用の定義の難しさを十分に体現しており、商

¹³ 本論文が引用した米日欧立法条項の原文は、世界知的所有権機関（WIPO）と欧州連合（EU）のウェブサイトを参照：
<https://www.wipo.int/wipolex/en/>、<https://eur-lex.europa.eu> [最終アクセス日：2023年12月1日]

標使用の定義を研究するサンプルといえる」¹⁴。OEM 加工行為が国内流通段階に商品を投入しておらず、「商品の出所を識別するため」の商標使用に該当しないと判断された場合、権利侵害は成立しない¹⁵。しかし、この論理的推理はまた、商品をすべて OEM 化して輸出する経営者を苦境に陥れた。なぜなら、その登録商標は3年連続で「商品の出所を識別するため」に使用されていないため取り消される可能性があるからである¹⁶。一方、OEM 行為が「商品の出所を識別するため」の商標の使用に該当すると認定された場合、他人の商標を許可なく使用して OEM・輸出することは権利侵害と認定される¹⁷。立法中の「商品の出所を識別するため」という表現は、理論と実務界の混乱を招いたため、本論文はこの表現が商標使用の定義条項に現れなくてもよいことに賛同する。法律の適用においては、商標使用の行為の客観性を強調し、OEM 加工のような同一の商品や役務に同一の商標を使用する「二重同一」の行為を商標使用と認定しなければならない。これにより、登録者は自分が使用した事実に基づいて商標登録を維持することができ、権利侵害の判断において、法執行者は商標侵害の混同理論に基づいて様々な使用行為の効力を体系化して解釈することができる。例えば、「二重同一」の場合、被疑侵害者が実際に混同が生じないことを反証して免責されることを許さない¹⁸。簡単に言えば、商標登録者は、単なる輸出活動において、OEM 使用（他人の使用を許可することを含む）を継続しており、この客観的な行為は登録商標の専有権の維持を支援するのに十分である。しかし、OEM を行う者は国内の商標登録者ではなく、国外から合法的に加工・輸出を委託された業者である場合、権利侵害の紛争が発生したとき、当該行為が十分混同を招き、国内の登録商標権者に損害を与えるかどうかを判断する必要がある。また、域外の経験を参考にして、商標使用の特殊な状況を立法で明確にすることもできる。例えば、上記の EU 条例の 18 条（この条項は、登録商標の取り消しに関する規定であり、中国の連続3年不使用の商標登録を取り消す可能な「三年取消」条項に似ている。）は、特にこの条が指す「使用」には、些細な区別を有するが顕著な特徴を変更しない使用、輸出のための OEM 使用、商標権者の許諾を得た使用が含まれるとした。このように、EU 境域内の業者の OEM 行為が登録商標の連続使用の要求を満たしているかどうかは議論がない。

商標使用は、商業的活動における事実行為であると言ふべきであり、その法的効果は異なる行為者、異なる論争発生段階（権利確認の段階又は権利侵害の段階）を区別し、個別の事件中の他の具体的な要素と結び付けて考慮すべきである。具体的には、「三年取消」の権利確認の段階で商標使用を構成するかどうかを判断する基準は、行為者が商業的活動中において真実で客観的な実際の使用があることであるが、権利侵害の段階で商標使用を構成するかどうかを判断する基準は、行為者の実際の使用が十分混同をもたらす、又は馳名商標の希釈化とその他の不正競争を構成することである（中国ではこのような紛争の当事者は、商標法と不正競争防止法の救済を同時に主張することが多い）。この考え方は、デジ

¹⁴ 孔祥俊「商標使用行為の法律構造の実質主義：涉外 OEM 商標権侵害事案の展開に基づいて」〔商标使用行为法律构造的实质主义：基于涉外贴牌加工商标侵权案展开〕中外法学 2020 年 5 期 1284 頁。

¹⁵ 「PRETUL」事件（最高人民法院（2014）民提字第 38 号民事判決書）、「東風」事件（最高人民法院（2016）最高法民再 339 号民事判決書）を参照。

¹⁶ 取消手続きの中だけで、法曹界は純粋に輸出用の OEM 行為が登録商標専有権を維持できる商標使用の行為を構成しているかどうかについても意見が一致していない。北京市高级人民法院（2016）京行終 5003 号行政判決書（「MANGO」事件、商標使用を構成していない、取消すべきである。）、北京市高级人民法院（2017）京行終 5392 号行政判決書（「VAN」事件、商標使用を構成し、維持し取消すべきではない）を参照。

¹⁷ 「HONGDAKIT」事件を参照、最高人民法院（2019）最高法民再 138 号民事判決書。

¹⁸ 類似の観点は、蔣華勝「商標侵害の判断基準の規範的解釈と司法適用の研究」〔商标侵权判断标准的规范解释与司法适用研究〕電子知識産権 2022 年 7 期 72-88 頁を参照。

タル環境でも変わらない。新世紀以来、他人の馳名商標をドメイン名として先取り登録したり、電子商取引、企業名や商号に使用したりする現象に対して、論争の解決を導くため、中国最高人民法院は、ドメイン名、商標、権利の衝突、馳名商標などの民事紛争や商標権の確認の行政事件に関する司法解釈を相次いで公布し¹⁹、これらの行為と効果に対してより具体的な判断ルールを確立した。また、中国法院は、最近司法解釈を更新し、不正競争防止法における商業道德、混同などの判断基準をさらに明確にし²⁰、非登録商標である他の商業標章のコンプライアンス的な合法的使用を指導するのに役立つ。また、場合によって、商標使用の行為が出所の誤認を生じさせることはないが、希釈化・蔑みを引き起こす可能性があり、又はただ乗り・インバウンドマーケティングに該当することがある。例えば、比較広告やプレスメント、検索キーワードペイドリスティングなどの非典型的な方法での使用行為である。これに対して論争が生じた場合、中国法院は通常において司法解釈を参照し、不正競争防止法2条にいう「公認された商業道德」に違反しているかどうかを判断したり、同法における虚偽宣伝、ビジネス上の信用の中傷などの条項を直接適用して規制したりする。

3. デジタル環境における商標使用の技術的特徴と法律実効性の分野

デジタル技術が商業的活動に応用されて以来、コンピュータソフトウェアの実行インターフェイスや電子メールなどのデジタルファイルから、ドメイン名や電子商取引サイト、さらにはネットワークプラットフォームとデジタル空間のインタラクティブ性と仮想現実活動に至るまで、商標情報の使用方式は絶えず変遷し、メディアレス、多区分、多地域などの特徴を体現している。しかし、商標使用のこれらの特徴は主に技術的な面から記述されている。法律の面では、これらの特徴が現在の商標法にどのような挑戦をもたらしたのか、また、商標登録の維持や商標権の侵害の判断など、理論と実務における伝統的な課題を解決するための新しいルールを確立する必要があるかどうかは、商標使用の法律実効と結び付けて分析する必要がある。

(1) メディアレス：商標使用の電子化傾向と関連する積極的な対応

従来のビジネスモデルで有体物に実物の標章を付着したり展示したりする方式と異なり、デジタル環境では、商標情報は特別に印刷された実物で表現する必要がなくなり、すべてのインターネットで配信できるデータ情報のように、デジタル空間に存在する商標情報は、検索やリンクなどの技術で簡単にクリックすることで非常に簡単に入手し、展示することができる。一方、実体標章が流通を制御できる有形製品に付着しているため、使用数と範囲が限られているのに対し、デジタル化された商標情報の使用は、理論的には数量の無限性と品質の非破損性があり、法的効力を生む「商標の使用」の鑑別が大幅に困難になっている。哲学的レベルについて言えば、物質もエネルギーも「実在」、「直接存在」であるのに対して、情報は「非実在」、「間接的存在」、あるいは、情報は「物質の在り方や状態の自己顕示」にす

¹⁹ 法释〔2001〕24号、法释〔2002〕32号、法释〔2008〕3号、法释〔2009〕3号、法释〔2017〕2号を参照、これらの司法解釈はすべて2020年末に改正された、法释〔2020〕19号を参照。

²⁰ 法释〔2022〕9号は2022年3月20日より施行、法释〔2007〕2号は同時に廃止。

ぎないが²¹、人類は未だに物理世界から完全に独立した別のパラレル空間を創造して生存しているわけではない。しかし、情報利用方式のリニューアルが続いているため、仮想時空ではしばしば論争が発生し、現実世界の既存の法律規則を適用するかどうか、あるいはどのように適用するかという困惑が生じる可能性がある。実際、この問題は、インターネット産業が興った当初、国際的に既に議論されており（後で述べる）、デジタル技術の場面での検討は再度の持ち出しにすぎない。総じていえば、工、商、文、旅、体、農、医などの各産業のデジタル化が進むにつれて、デジタル空間の個人生活、社交と生産経営などの商業的活動の境界はますます曖昧になっている。従来の付着明示の方式に対して、商標情報は、ドメイン名、ECプラットフォームや店舗、オンラインバナーポップアップ広告、検索エンジンキーワードのSEM、メタタグ（meta）、統一資源位置指定子（URLs）、ソーシャルメディア（例えば、ライブ配信）、及び将来登場する可能性のあるその他のいかなるデジタル技術アプリケーションの新しいシーンにメディアレスの方式で展示されるようになる。最近、メタバースの場面で、仮想商品を発行する際、他人の商標情報や著作物、キャラクター名と同一又は類似の情報を使用することは、権利侵害に該当するかどうかの紛争が発生している。

例えば、「メタバーキン」事件で、被告は「Meta Birkins（メタバーキン）」という名称の動物の毛皮バージョンのハンドバッグを創作し NFT 方式で販売した。当該名称にはエルメスの「Birkin」（バーキン）商標が含まれている。では、「メタバーキン」の仮想商品がエルメスのハンドバッグと混同されるおそれがあるか、被告の行為が「Birkin」の商標権を侵害したか、それとも、この仮想商品は単なるデジタルファイルで、「Birkin」の商標が指定使用されたハンドバッグではないのか²²。また、「退屈猿」（BAYC）事件で、原告はキャラクターイメージを創作し、それを NFT 商品として铸造し販売したが、被告は RR/BAYC（RR は被告の略称）という名称で、「退屈猿」のイメージを含む NFT 商品を铸造・販売する行為が権利侵害になるか²³が争われた。この2つの案件は、1件は実体商品の商標情報の使用に関連し、もう1件はキャラクターのイメージ名の商品化使用に関連しているが、同時に著作権の問題にも関連している。動物の毛皮バージョンの「メタバーキン」ハンドバッグと「退屈猿」のイメージの本質は、著作物のコンテンツであるからである。そのため、著作権の論争がしばしば言論の自由と結びつけられている米国では、両事件の被告とも著作物には批判的、皮肉的な表現をする権利がある（贅沢品は、動物保護に合わないことを暗示し、猿のイメージに暗に人種差別とネオナチ主義がこめられている。）などの理由で不侵害の抗弁を提出した。ゲーマーのロールプレイングや没入体験に合わせて仮想商品や役務をカスタマイズして提供されるモデルは、今後ますます他の分野に拡大し、仮想現実のシーンにおける商標情報の使用の状況をより複雑で多様化させ、法的効果の判断の課題をもたらすことが予想される。

デジタル空間の商標紛争の複雑さと事後処理のメカニズムの遅れがもたらし得る不利を考慮して、産業界はデジタル環境下での商標を含む無形の情報財の保護についても事前の対策を講じることができる。例えば、スポーツファッション界で有名なナイキ社（NIKE）は、実体商品や役務を提供すると同時に、メタバース消費体験に関連する業務に着手し²⁴、既存の商標出願を仮想空間の NFT 製品も指定して

²¹ 鄒焜「物質思考、エネルギー思考、情報思考-人類の科学的思考方法の三回の大きな飛躍」[物質思维·能量思维·信息思维-人类科学思维方式的三次大飞跃] 学术界 2002 年 2 期 62、77 頁を参照。

²² 事件の詳細い内容は、Hermès International, et al. v. Mason Rothschild, No. 1:22-cv-00384 (S.D.N.Y.).. を参照。

²³ 事件の詳細い内容は、Yuga Labs, Inc. v. Ryder Ripps, et al., No. 2:22-cv-04355 (C.D.Cal.).. を参照。

²⁴ 仮想世界 ROBLOX プラットフォームにおける「ナイキランド」[耐克之家 (NIKELAND)] を参照：
<https://www.nike.com/kids/nikeland-roblox/>。

登録する。デジタル経済の新業態の発展において商標保護の需要に対応するため、国内外の商標事務の主管機関も相応の措置を講じた。例えば、最新バージョンのニース分類表は、メタバースの場面で NFT ファイルとダウンロード可能な仮想製品を提供するなどの項目を相応の商品又は役務区分に分類し、米、欧州、英、韓各国の知的財産権の主管部門は相次いで仮想商品の商標出願と審査を規範化し、中国も伝統的な商標分類登録を修正又は補充した²⁵。そのほか、各国は商標立法でも対応しており、例えば日本は「電磁的など感知可能な方式」のオープンな立法モデルを採用しており、中国は立法で「インターネットなどの情報ネットワークを介して実施する」という内容を増やす方向で確定している。

しかし、商標登録の分野の拡張やメタバース商標の出願は、必ずしもデジタル空間の商標使用の難問を解決できるという結論をもたらすわけではない。反対に、新たなメタバースの商標出願の競争は、依然として減退過程に直面しており、結局すべての業者が人的、財産的、物的な力を持って仮想空間の製品・役務を全面的に開拓しているわけではない。近年、中国で出願登録された約 5 千件の「メタバース」の中国語や英語の文字が含まれている商標については、大量に溜め込まれた「登録商標」と同様に、「三年取消」や識別性不足などの理由で無効になる可能性がある。使用を維持し続けて、セカンダリーミーニングを取得したとしても、他人が第一の意味を正当に使用することを禁止することができず、競争の結果、インターネットの隆盛時代に「i」を含む商標のようになるかもしれず、iPad/iPhone などの少数の電子製品のみが商標専用権の保護を受けることができる。同時に、伝統産業時代と同様に、権利を維持する面で、デジタル空間産業を配置する登録者も、その商標を象徴的ではなく真に使用しなければならない²⁶。「真に使用」の判断は、宣伝行為だけでは不十分で、真のマーケティング目的と経営行為があることを証明しなければならないが、このような行為は明らかに商品や役務対象の属地性から離脱することはできない。例えば、日本の「東急百貨店」は、中国台湾地区でいくつかのチラシを配布したが、現地で実際に経営を展開していたり、又はまもなく営業を開始したりといったことを証明できず、この役務商標の登録は取り消された²⁷。同様に、中国法院は、派立通会社が提出した写真、カタログなどの自作の証拠、ドメイン名登録情報、インターネット代理店の授權書、中国香港地区とドイツのいくつかの展示会への参加などの証拠資料は、指定期間中に「MIUI」商標が中国大陸地区で真に、有効に商業上に使用されたことを証明するには不十分であるため、取り消さなければならないと認めた²⁸。商標の使用方式がどのように変遷しても、その法的効力がどのように判断されるかという商標法と不正競争防止法の適用における伝統的な課題に直面することがわかる。

（2）多区分：産業融合における商標使用とその効力の総合判断

情報製品と役務の新しい業態と新しいビジネスモデルが継続的に更新されるのと同時に、伝統的な産業のデジタル化とインテリジェントな変革も迅速に進行している。産業の融合的な発展の趨勢は、従来の業界の障壁と商業ルートの閉鎖を打ち破り、商業的活動の空間を大きく広げ、商標登録と使用効力を

²⁵ 国家知識産権局商標局「ニース分類第 12 版 2023 バージョンの使用開始に関する通知」[关于启用尼斯分类第十二版 2023 文本的通知] 2022 年 12 月 26 日を参照。

²⁶ 北京市高級人民法院が發布した「商標権付与・確認の行政案件審理のガイドライン」[商標授權權利確認行政案件審理指南]（2019 年 4 月）19.4 条の規定を参照し、「象徴的な使用」をもって商標登録の維持を主張した場合、それを支持しないとした。

²⁷ 中国台湾地区智慧財産法院 109 年度行商訴字第 104 号行政判決を参照。

²⁸ 北京市高級人民法院（2021）京行終 1283 号行政判決書。

判断する伝統的な商品役務の区分も困難になった。具体的には、長い間において世界で通用してきた商標登録のニース分類表による商品と役務の区分は伝統的な社会経済条件下の産物であり、産業転換期に商標登録時に査定された役務や商品に厳密に準拠して孤立した判断を行うと、デジタル経済条件の下で業者の商標権などの合法的な権利や利益の効果的な保護が困難になる可能性がある。例えば、前述の米国の2件のメタバース関連の商標の紛争事件において、NFT 仮想商品とそれが指し示す実体の商品、著作物は、元来は明らかに異なる区分に分類される商品や役務であるが、新しいビジネスモデルではまったく痕跡もなく融合されている可能性がある。現在、「メタバーキン」事件における原告の商標権侵害、商標の希釈化及びネットドメイン名の先取り登録などの主張は、陪審員らに支持されており、これは実体商品に係る馳名商標の営業上の信用が営利を目的として発行された仮想商品にまで拡張できることを意味している。

実務において、商標使用とその法的効力の問題について、中国法曹界は既に一定の共通認識に達している。即ち、総合的、全体的な判断の理念を採用して、商品又は役務の機能的な目的、用途、内容、生産又は運営部門、販売ルート、消費対象、提供方式など多面的な関連があるかどうかなどで判断する²⁹。インターネットの新業態では、この商業的活動の実際の範囲と影響に基づき判断する考え方が同様に継続的に採用されており、法執行者は登録時にやむを得ず選択した区分に基づいて商標の実際の使用によって形成されたビジネス上の信用の範囲を制限したり否定したりすることはない。例えば、「滴滴」事件で法院は、役務の目的、内容、方式、対象、混同のおそれなどの要素を総合的に考慮して、滴滴会社が本質的に取引先に外出などの運送情報と仲買役務を提供することであり、査定された第9類の「ソフトウェア」などの商品のみを提供するわけではないと認定した³⁰。同じように、「荷包」事件では、被告が「荷包」アプリのダウンロードサービスを提供したが、その核心と目的は金融資産の運用役務を提供することであり、原告が第9類のソフトウェアなどの商品に登録した「荷包」の商標権を侵害していないと判示した³¹。「参考情報」事件で法院は、被告がダウンロードサービスを提供したアプリに政治現状類の情報の閲覧役務が含まれており、原告が第16類の新聞などの商品役務に登録した商標権を侵害したと判断した³²。中国法院は、また、商品の包装には何の標章もないが、ブルートゥースペアリング無線通信の技術を介してデバイスに電子化された商標の情報を表示する行為を商標使用と判断、かつ刑事責任を負う可能性があるとした³³。

（3）地域を跨ぐ：デジタル空間における商標使用の属地主義原則の適用の合理性

デジタル空間における情報は、知覚することしかできない目に見えない存在であり、人為的に物理的隔離を行ったり、技術的な障壁を設けたりしない限り、商標の情報の複製とオンライン配信の利用は、ますます便利になり、スムーズになっている。つまり、国内でインターネット上の商業的活動を行う際に商標を使用し、関連情報は国外で直接ウェブサイトに入力したり、検索、リンクなどの方法でサイトにアクセスするだけで瞬時に表示され、明らかに商標使用の地理的境界と物理的境界がますます曖昧に

²⁹ 具体的説明は、「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する最高人民法院の解釈」法释〔2002〕32号（2020年改正）11条、12条を参照。

³⁰ 北京市海淀区人民法院（2014）海民（知）初字第21033号民事判決書を参照。

³¹ 広東省深セン市中級人民法院（2019）粵03民終31635号民事判決書を参照。

³² 「参考消息」事件を参照、福建省福州市中級人民法院（2014）榕民初字第1222号民事判決書。

³³ 「AIRPODS」事件を参照、広東省深セン市中級人民法院（2022）粵03刑終514号刑事裁定書。

なっているように感じられる。

デジタル技術の応用は、確かに事業者の市場開拓に非常に便利で、特にインターネット広告宣伝などの活動の展開は、知名度の形成とビジネス上の信用の蓄積に非常に便利である。しかし、デジタル空間の商標情報の配信範囲の無限界は、理論上・技術上において可能であり、商標登録の効力と権利保護の範囲の属地性が消滅したことを当然に導き出すには不十分であり、少なくとも一国で登録すれば世界的に有効な国際商標はまだ現れていない。実際、デジタル空間の仮想、無限界のため、実際の商業的活動、ネットワーク管理と知的財産制度の施行に固有の属地性を無視することは、現実合わない。知的財産制度は、政治、経済、法律などの要素を組み合わせた現地社会の上層建築であり、地域越えの単純で統一的な技術の基準ではない。民間商事活動に関する各国の法律、ひいてはよりマクロな産業政策と経営者環境には差異があり、具体的な商業的活動に対する管理規範は世界的に統一することができない。また、多くの内国民待遇と基本ルールに関する知的財産の国際条約が存在していても、各国は主権に基づき保護を求めるすべての事業者に本土で実際の経営行為と実際の財産利益、法律に基づく納税記録、連絡可能な真実で有効な住所、執行可能な銀行口座などを有することを要求することができる。大手多国籍企業を除き、多くの業者は条件の制約から事実上において限られた地域範囲でしか実際の商業的活動を展開できない。

そのため、デジタル技術、電子商取引が経営者に業務を展開するために提供する配当は、その実際の支出と一致しなければならず、その商業的活動の範囲が既にネットワークの及ぶ全世界の領土をカバーしていると簡単に推定し、同一又は類似の商標情報を使用するビジネス機会を確保することができない。業者は、その事業規模と商業的影響が物理的時空を超えて、各国で商標を登録し、実際に経営し使用する必要がなく、域外の仮想空間の「財産権」に基づいて保護を受けられると不合理的に考えてはならない。実際、現実異なる国と異なる産業分野に属する事業者が、善意と誠実をもって経営すれば、商標が同一又は類似であっても衝突が発生せず、同じ法域で経営を拡張して衝突の可能性が生じても、先使用权、フェアユースなどのルールを引用して協調し、区別して共存することができる。例えば、甲がA国でXブランドのコーヒーを販売し、インターネットで宣伝している場合、地球の反対側にいる乙がB国で同じXブランドのコーヒーを経営することは、必然的に甲のB国での商標権を侵害していると推定できない。特に、XがAB両国でともに日常生活で普通に使われている言葉であり、後の使用者が悪意を持って先取り登録したり、又は使用中に意図的に先使用者の名声にただ乗りをして虚偽の宣伝をしたりしていたことを証明できない場合商標権侵害には当たらない。国際間の共通認識について言えば、パリ条約6条は、同一の商標の異なる国での登録と保護がそれぞれ独立していることを確認した。これは、理論的に異なる主体が異なる国でそれぞれ同一の商標を登録して使用する可能性と合理性を認めた。もちろん、パリ条約6条の2にも、知りながら悪意を持って他人の馳名商標を先取り登録し、使用・模倣する場合、加盟国はそれを取消し、及びその使用を禁止しなければならないと規定されている。これは、次の文に議論する越境馳名商標の保護の課題に及ぶ。

4. デジタル空間が属地主義原則を援用する必然性と制度的補完

以上の分析に基づいて、本論文では、デジタル技術がいかに新規で多様な使用方式をもたらしても、商標使用による法的紛争の問題の本質は同じであると考えている。即ち、ある使用行為が商標登録を維持できるかどうか、及びある使用行為が権利侵害に該当するかどうかを如何に判断し、責任があればど

のように判断するかということである。各国の立法と実務で権利を維持する商標使用については、基本的に緩やかな支持の態度をとっており、登録地で行われている商業的活動で真に使用されていればよい。したがって、問題の核心は、特定の商標の使用行為が権利侵害又は不正競争に該当するかどうか、及び責任をどのように判断するかであり、この議題に関連する内容は雑多であるため、本論文は属地主義原則の適用と抜け穴の補完の問題のみについて議論する。

（１）越境馳名商標の認定における「関連公衆の認知度」基準のローカライズ傾向

商標登録と保護制度の学理基礎は混同理論であり、同一又は類似の商品又は役務に関連公衆の混同・誤認を招きやすい同一又は類似の商標を登録したり使用したりする行為を禁止することである。特殊な状況では、馳名商標の多区分登録の禁止と保護問題を解決するために、連想と希釈化の理論も言及されている³⁴。国際貿易の環境では、特にグローバル情報ネットワークの配信技術と第三者プラットフォームの経営モデルが介入する条件において、一国の事業者の主観的な経営意図と能力による商業的活動の範囲の制限と、新技術、新モデルによる客観的な商標使用の範囲の拡大の可能性に矛盾が生じ、一国で登録して使用する商標を他国で別途登録して使用することは必然的に他国の現地消費者の混同を招くかどうかの判断が困難になっている。パリ条約6条の2に馳名商標の保護原則が確立されて以来、国内法の適用過程で海外の馳名商標の現地知名度に相当する保護の基準をどのように解釈し、確立するかは、各国の商標法の実務における難問である。現地で未登録の海外の馳名商標を保護することは、知的財産権の属地主義の原則を突破する具体的なルールに関連しており、国際レベルで一致を達成することは容易ではないからである。実際、インターネット、ソーシャルメディア、及びますます便利になっている各種形式の電子商取引の普及と商業的活動方式、競争様式の大幅な変化により、馳名商標の保護基準の調和問題は、既に世界知的所有権機関（WIPO）が設立した商標・工業デザイン及び地理的表示の法律に関する常設委員会（SCT）が1998年7月に開催した第1回会議で提出された。1年の討論を経て、各加盟国が馳名商標に保護を与えるガイドラインとして、1999年9月下旬にWIPOは「周知（馳名）商標の保護規則に関する共同勧告」（共同勧告A）を採択した³⁵。

共同勧告Aの2条は、特定の商標が周知商標になるかどうかを規定しており、その判断には「考慮すべき要因」と「関連公衆」の両方の条件を含むとした。また、勧告は、加盟国の国内立法と司法を指導するために、周知商標の決定のための考慮要素もいくつか挙げている。中国の商標法が2001年に改正された時、馳名商標の保護原則（13条）を明確にすると同時に、認定要素の類似規定（14条）を導入した。しかし、理論的にはこれらの要素と照らし合わせて証明資料を準備すればよいが、実務において馳名商標保護の主張が必ず支持されることを意味するものではない。立証の難題は、依然として存在し、各国の国外証拠に対する要求と行為とその結果に対する具体的な判断基準は一致していないからである。そして、共同勧告Aの「関連公衆」の範囲の定義と「周知度」の要件に関する規定はあいまいで、「よく知られていれば」「認定」すべきのみを要求し、「知っている」「よく知られていない又は知っている」場合は「認定可能」としている。明らかに、「可能」は法律上の強制的義務ではなく価値志向であり、法執行者は一定の自由裁量権を持っているため、「関連公衆の認知度」の判断には一定の主観性

³⁴ 菅育鷹『知的財産法学の新たな発展』[知识产权法学的新发展] 207-217 頁（中国社会科学出版社、2013年8月版）を参照。

³⁵ WIPO 文書を参照：SCT/3/8, October 7, 1999。

が加わる。学界でも、各国が国際条約の適用法律を履行する際、国外馳名商標に対する保護は「適切」でなければならないと思われている³⁶。明らかに、「適切」は「善意」「悪意」及び「知っている」「知っておくべき」など、民法上の権利侵害責任の判断における主観的要件と同様に抽象的であり、裁量の尺度がどのように正確に理解され把握されるかは、理論と実務界の永遠の議論の課題である。

共同勧告 A は、強制力のない馳名商標の保護に関する指導的な国際文書であることに鑑み、各国は個別の事件に応じて解釈する方法で対応し、論争が常にあっても国際法の義務に違反しない。例えば、日本の富士会社が米国に進出したばかりで紛争が発生したとき、法院は海外での商標使用は米国では商標権を生じないと判断し³⁷、商標の使用と保護の属地主義の原則を維持した。国際観光業の発展に伴い、消費者が世界的に移動し、ビジネス上の信用のシンボルである商標の情報もインターネット上で簡単に配信できるようになり、属地主義の原則を厳守し、国外の馳名商標の保護を一切否定すると、混同や詐欺の結果を招く可能性がある。そのため、米国の法院は、海外の馳名商標に対する保護態度を調整した。例えば、「ブハラ」レストラン名と商業的外観を使用する行為は、不正競争を構成していると認定し、立法上、商標使用の属地主義の原則の例外を明確にすべきであると認めた³⁸。しかし、個別の事件では、様々な考慮要因の違いが大きいため、実務においてアメリカ法院の裁判は揺れ動いている。「デビアス」事件で米国法院は、海外の馳名商標が米国で広く知られている場合、他人が使用すると混同される可能性があることを認めたが、本事件において原告の訴訟資格、実際の使用と損失などは証明できなかったため支持されなかった³⁹。「グアンタナモ」事件では、法院は、自国の住民がヨーロッパの定期刊行物やウェブサイトでそのブランドの葉巻の宣伝を見る可能性があっても、国内で実際に販売されている証拠がない場合、米国法上の商標使用にはならないと判断した⁴⁰。

中国では、海外の馳名商標の保護ニーズも同様に属地主義の原則で不確実性がある⁴¹。「金莎」事件では、法院は商標権に属地性があり、原告が提出した証拠の大部分は香港、台湾地区及びその他の国と地区での使用と宣伝の証拠であり、当然に中国大陆で同等の効力があるとはみなされるべきではないと判断した⁴²。類似の事件はいくつかあるが、主に歴史的な理由で、権利を主張する地域内で、当時既に馳名商標を構成していることを証明できないため、保護を受けられないと判断されている。総じて、法曹界は「国内使用+国内有名」という二重の地域限定の原則に傾いている⁴³。しかし、海外での使用証拠についても中国法院は一切否定するのではなく、事件の事実に基づいて適切に採用して、馳名商標権者を支持する。例えば、「欧樹」事件で法院は、異議申し立てられた商標が登録出願日までに欧米諸国、香港地区で宣伝、使用されており、高い知名度、商業価値と影響力を持っていることや、関連公衆の化粧品に対する認知度が高く、客観的には確かに多くの中国大陆の関連消費者が国外から購入して国内に持ち帰って使用していることから、この商標は中国大陆国内で既に関連公衆に知られていると認定できると

³⁶ See Robert C. Bird & Elizabeth Brown: *The Protection of Well-Known Foreign Marks in the United States: Potential Global Response to Domestic Ambivalence*, North Carolina Journal of International Law, Volume 38 (November, 2012), pp. 495-530.

³⁷ See *Fuji Photo Film Co. v. Shinohara Shoji Kabushiki Kaisha*, 754 F.2d 591, 599 (5th Cir. 1985).

³⁸ See *ITC Ltd. v. Punchgini, Inc.*, 482 F.3d 135, 165 (2d Cir. 2007).

³⁹ See *De Beers LV Trademark Ltd. v. DeBeers Diamond Syndicate, Inc.*, U.S. Dist. (2005).

⁴⁰ See *Guantanamo Cigar Co. v. Corporacion Habanos SA*, U.S. Dist. LEXIS 1115127 (D.D.C. 2009).

⁴¹ 最高人民法院「馳名商標の保護に関わる民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題についての解釋」1条により、馳名商標とは中国国内で関連公衆によく知られている商標をいう。法釋〔2009〕3号、2020年12月改正。

⁴² 北京市第一中級人民法院（2012）一中知行初字第108号行政判決書。

⁴³ 楊靜「商標権の権利付与と確認における属地主義の原則の再構築—中米の実務的な比較に基づいて」〔商標授权确权中属地性原则的重构—基于中美实践的比较〕知識産権 2020年3期65頁。

判断した⁴⁴。「スターバックス」事件でも、法院はこの商標の海外での登録、使用と知名度などの証拠を採用した⁴⁵。

以上のことから、共同勧告Aが採用した「関連公衆の認知度」の柔軟な基準が示すように、国外馳名商標が各国で保護されているかどうかは必然的に不確実性がある。ある意味で、この基準は柔軟で便利で、国内法の実施において商業競争の実態に基づいて商標権保護の範囲を定める最善の案である。そのため、中国商標法上で馳名商標の概念に採用されている「関連公衆によく知られている」という表現と司法解釈における「中国国内」の限定は、国際文書ガイドラインが推奨する保護基準に反していない。もちろん、現行の中国商標法13条3項の馳名商標の多区分の保護に関する規定は、CPTPP18.22条2項の「登録の有無にかかわらず」の要求と異なっており、このため、最新の国際経済貿易ルールに対して態度を表明するように、新しい改正案は「既に中国で登録された」という条件を削除した⁴⁶。しかし、条文の文言の改正は、参入基準を緩和しただけで、すべての未登録の海外馳名商標の多区分の保護が商標審査と司法実務で必ず認められるわけではない。「中国国内の関連公衆によく知られている」という地域的基準がまだ堅持されているため、「十分に関連公衆に認めさせる…」⁴⁷これらの多区分の保護の範囲をどのように定めるのか依然として難しい。現在、中国の立法改正草案に増加した馳名商標の個別の事件の認定と保護の強度を知名度と一致させるという原則は、今後の法律の適用におけるこの難題への対応方向を反映している⁴⁸。

デジタル環境において、商標使用の法的効力の判断が実務の中で、サーバーとデータ制御の国境によって制限され、国家主権の管轄の範疇にも含まれており、合法・コンプライアンスは、ネットワークとデジタル空間で様々な活動を展開するための基本条件である⁴⁹。特定の地域のサーバーにアップロードされて保存されている商標などのビジネス情報が、合法的コンプライアンス的にデータストリーム形式でスムーズに国境を越えて転送され、国外でも同様に合法的コンプライアンス的に現地ユーザーの電子端末に表示されるかどうかは、商標法上の問題だけではない。越境事業者にとって、権利維持の法律効果の不確実性に直面して、ある地域内（その地域で合法的にアクセスできるインターネット空間を含む）で早期に実際に合法的な経営を展開し自分の商標を使用し、商標が既にその地域で実際の商業的影響を及ぼしている証拠を保存することが重要である。また、馳名商標保護を受けることができないということは、救済を受けられないことを意味するものではない。商標の共存（下文で述べる）を達成した場合、商標を使用する際に故意に相手に模倣・ただ乗りしたり中傷したりすると、不正競争になる可能性がある。

（2）商標使用の効力の判断における商業的営業の考慮要素の地域的特徴

⁴⁴ 北京市第一中级人民法院（2012）一中知行初字第1053号行政判決書。

⁴⁵ 上海市高级人民法院（2006）沪高民三（知）終字第32号民事判決書。

⁴⁶ 国家知識産権局「中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）」18条2項を参照、
https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html [最終アクセス日：2023年12月18日]

⁴⁷ 最高人民法院「馳名商標の保護に関わる民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題についての解釋」9条を参照、法釋〔2009〕3号、2020年12月改正。

⁴⁸ 国家知識産権局「中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）」10条2、3項を参照、
https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html [最終アクセス日：2023年12月18日]

⁴⁹ 例えば、中国は多くの国のように、「サイバーセキュリティ法」（2017）と「データ安全法」（2021）を公布して実施した。

伝統的な商業的活動では、有形物品と役務に商標を貼り付け、表示することが一般的な方法であり、その生産販売の範囲と数量は有限である。新聞・雑誌やラジオ・テレビで広告宣伝の形で使用しても、影響が及ぼす地域やグループは、一般的にユーザーの購読状況に応じて決めることができる。これに対して、データ構造のネットワーク空間では、属地性と産業界の境界がますます曖昧になり、無形の商標情報の使用が極めて簡便になっている中で、物理社会における商標などの法律で定められた使用方式とその結果が適用されるかどうか、どのように判断するのか。この課題は、インターネット経済が興った当初、馳名商標の課題とともに WIPO の SCT で提出された⁵⁰。SCT 第 2-6 回会議の継続的な調査と討論を経て、各国は商標などの法律で指す商標の使用が相応の領土範囲で「商業的影響」を生じなければならないことについて初歩的な合意に達した⁵¹。その後、加盟国の実務を指導するために、WIPO は 2001 年 9 月末に「インターネット上における商標及びその他の標章に係る工業所有権の保護に関する共同勧告」（共同勧告 B）を採択した。

共同勧告 B は、インターネット上の商標の使用も「商業的影響」の要因を考慮する必要がある、その使用が加盟国において商業的效果を有する場合に限り、当該加盟国における使用を構成することを再確認した（2 条）。共同勧告 B は、また、ある加盟国で商業的影響を及ぼすかどうかを判断する際の考慮要因を列挙し、それらの列挙が網羅されていないことを指摘し、関連要素は単独又は組み合わせて考慮し、商標の使用を構成するかどうかを柔軟に判断することができる（3 条）とした。また、ある商業的標章がある国のインターネットで使用されており、伝統的な商業的活動をインターネットに移転するという一般の商標の使用方式のほかに、技術の進歩によって生じる可能性のある様々な使用形式が含まれている。例えば、インターネット上のバナー広告での使用、検索エンジンキーワード競売での使用、標章をメタタグとして使用、統一資源位置指定子（URLs）での使用、検索条件としての使用、及び将来において出現する可能性のあるその他のすべての新しい使用形式がある。もちろん、これらの使用形式が加盟国国内の商標権や各種標章の他の工業所有権の侵害を構成するかどうか、及び場合によっては記述的正当な使用、言論の自由などの例外に該当するかどうかについては、加盟国が適用できる法律に基づいて判断される（6 条）⁵²。明らかに、共同勧告 B は、商標使用とその法的効力を理解し、識別するために、より詳細なガイドラインを提供している。デジタル空間の商標使用は、法律属性と効力の判断において、インターネット初期に議論された商標使用とその効力判断と本質的には変わらず、共同勧告 B は現在でも参考になる。

本論文で言及したいいくつかのメタバースにおける商標侵害の論争を例にとると、このような仮想空間の商標の使用方式は、明らかに共同勧告 B の 6 条にいう技術進歩に伴って生じた新たな態様であり、その法的効果の判断は、商業的影響と侵害例外などの要因を考慮しなければならない。これらの事件の原告と被告は、いずれも米国にいるため、地域的な論争に関わらず、越境馳名商標の認定と保護については既成の模範を提供することができないが、原告は米国で既に馳名商標やその他の先行権利を持っている。もし他人が中国国内で「バーキンバッグ」と「退屈猿」の NFT 製品を許可なく発行販売して紛争を

⁵⁰ SCT 第 1 回会議レポートにおける『Agenda Item 5: Issues to be considered by the Standing Committee』を参照、WIPO 文書：SCT/1/6、November 5, 1998。

⁵¹ 即ち、インターネット上で使用されている表示とある特定の領土との関係は、係る表示がその領土での商業的使用によってのみ確立されるものである。WIPO 文書 SCT/2/10 Prov. を参照：Summary of the Study Concerning the Use of Trademarks on the Internet, and Possible Principles for Discussions, Paragraph 8, April 8, 1999。

⁵² 共同勧告 B における関連する条項及びその説明を参照、WIPO 出版物 845 号、スイスジュネーブ、2002 年。

起こした場合を想定し、同じ法律適用の問題に直面するかどうか。その答えは、明らかに肯定的である。どちらの場合も、権利者は自分の商標や商品化利益が中国で商業的影響を有することを証明するには困難ではない。エルメスは、1998年初頭に中国で第18類のハンドバッグなどの商品の「BIRKIN」登録商標の専用権を取得し、現在まで有効であり、様々な実体やオンラインの販売や宣伝資料にも中国語の「铂金包」に関する情報がある。「退屈猿」のイメージは美術著作物であり、内国民待遇の原則に基づいて自動的に著作権を享受することができる。最近、中国の「胖虎打疫苗」事件⁵³は、著作権者の許可を得ずに NFT 商品を発行してはならないことを表明した。また、「退屈猿や BAYC」の実体や仮想商品が既に中国国内で販売され、一定の影響を及ぼしている場合（現在まだ証拠がない）、不正競争防止法 6 条に基づいて救済を主張することもできる。メタバースにおける商業的活動は、インターネットビジネスモデルの更なる発展であり、インターネット環境で商標使用と保護に関する論争がどのように解決されるかという考え方も、自然にメタバースに援用されると言うべきである。

具体的には、ある国内で商標の使用を構成すると認定するには、まず経営者（事業者又は代理人）⁵⁴がこの国で商業的活動を展開しているか、又は重大な計画を立てて実施に着手することを準備していることを証明する証拠が必要である。証拠が成立するかどうかを判断するとき、条件は厳しすぎではない。国内外の主体に対する要求が一致するようにしなければならない。つまり、国外の事業者が自国の事業者と同様に国内で合理的かつ合法的に経営されていれば、商標の使用の認定と商標保護の面でパリ条約に基づいて内国民待遇を受けることができる。しかし、平等な保護とは、紛争が発生したときに証拠の提出が困難な側も同様に不利な結果を負わなければならないことを意味する。例えば、アメリカ人 A が日本に旅行した時、現地の業者 B が「PERSONS」を服装の商標として使用しているのを見た。アメリカに帰ってから検索と法律相談を経て、同一の商品に同じ商標の登録を出願して使用を始めた。その後、日本の業者 B がアメリカ市場に進出して商標紛争を起こった。B の知名度と評判は、日本でますます高まっているが、法院は B が米国で経営しておらず、A がデューデリジェンスを行っており、その商標が日本で使用されている情報を事前に知っているだけでは、当時の米国での登録と使用に悪意があると判断して登録を取り消すことはできないとした⁵⁵。海外で使用された証拠が採用されず、他人が登録して使用する「悪意」が証明しにくいジレンマも、中国の越境馳名商標保に関する保護論争に現れている。例えば、「無印良品」シリーズ事件⁵⁶で、日本企業は 1999 年 11 月 17 日からそれぞれ「MUJI」、「無印良品 MUJI」で中国に合計 9 類 11 件の商標登録を出願したが（その後論争が発生した第 24 類を除く）、日本企業は 2005 年までに中国大陆に第 1 軒の店を出し、実質的に経営を展開した。一、二審の判決で、法院はともに日本企業が採用できるこの 11 件の登録商標は、中国企業が 2001 年 4 月に第 24 類の類似商標の登録を出願する前に、中国国内で使用され、関連公衆によく知られていたことを証明した証拠を提供できなかった（当時、中国では新聞やテレビ、インターネットで宣伝できるだけでなく、電子商取引を実施するためドメイン名を登録することができ⁵⁷、商標を広告宣伝、展覧会及びその他の商業的活動

⁵³ 浙江省杭州市中級人民法院（2022）浙 01 民終 5272 号民事判決書を参照。

⁵⁴ 中国の民商事法により、経営者とは、商品経営あるいは営利的役務に従事する法人、その他の経済組織や個人（例えば、不正競争防止法 2 条）をいい、電子商取引法 9 条にいうインターネットなどの情報ネットワークを介して商品の販売や役務の提供を行う経営活動に従事する自然人、法人、非法人組織を含む。

⁵⁵ See *Person's Co., LTD. v. Christman*, 900 F.2d 1565 (1990).

⁵⁶ 代表的な裁判例は、最高人民法院行政判決書（2012）行提字第 2 号、北京市高級人民法院民事判決書（2018）京民終 172 号を参照。

⁵⁷ 関連する紹介と論述は、薛虹『知識産権と電子ビジネス』[知识产权与电子商务]（法律出版社、2003 年版）を参照。

に使用することは、中国商標法の実務でこれまで商標使用とみなされていた⁵⁸⁾ため、登録済み驰名商标の多区分保護の法律規定に基づいて商標の使用を阻止することができず、かつ、自分が第24類の商品に同一又は類似の商標を使用し続けることができないと判断した（もちろん、相手も故意に出所を混同してはならない。後文で述べる）。

次に、デジタル空間の商標使用者が、ある国で商業的活動をしている実質的な程度を考察すべきである。ここではやはり知的財産制度が本土性と国際性の関係問題をどのように処理するかに関わる。パリ条約2条は、他国の国民が自国に住所や営業所を有することを強制してはならないと要求したが、これまで知的財産法で規制されたのは本法域内で発生した行為のみであることは否定できない。経済一体化が最も効果的なEUであっても、知的財産保護を強化して属地主義の原則を突破する実務はしばしば疑問視されている⁵⁹⁾。現実には、専利権保護の属地性は国際的にはあまり議論されておらず、商標権の属地性も明らかであり、審査の承認と登録を前提としない著作権の保護も一定の属地性がある（例えば、保護期間と権利侵害認定と責任判断などのルール面の違い）。全体的に、各国は、多国間の紛争に対して、専利権と商標権はいずれも「権利登記（登録）地法」を適用し、著作権は「権利主張地法」を適用することを認めている⁶⁰⁾。WIPOの共同勧告Bによると、ある国の法に定めた商標使用を構成するかどうかは、考慮可能な要因は、以下を含む。1) 実際に当該国内の消費者又は顧客に役務を提供しているかどうか、又は当該国内の人と他の展開可能な商業的活動と業務関係を築いているかどうか。2) 当該国内の消費者又は顧客に商品の納付又は役務の提供を表明し、それに従って行動するかどうか。3) 当該国で保証や修理などのアフターサービスを展開しているかどうか。4) 当該国で当該標章のインターネット使用に関連する他の商業的活動に従事しているかどうか。実務上考えられるその他の要素には、使用者が提供した商品や役務が現実とその国で合法的に提供される可能性があるかどうか、価格が当該国の公式通貨で明記されているかどうか、当該国のインターネット使用者と正常に相互対話できるかどうか、使用者が当該国での住所電話やその他の連絡可能な方法を明記しているかどうか、当該国を代表する標準的な国コードを使用してトップレベルドメインにドメイン名を登録しているかどうか、使用されている案文が当該国の主要な言語や文字を採用しているかどうか、当該国のインターネットユーザーと実際にアクセスできるインターネットストレージユニットを使用しているかどうか等々がある⁶¹⁾。注意すべきなのは、これらの要因は、ある標章のオンライン使用がある加盟国で商業的影響を及ぼすかどうかを主管機関が判断するための参考とガイドラインであり、前提条件ではなく、最終的に個別の事件の具体的状況に基づいて確定する必要があることである。

（3）商標共存の調和案及び信義誠実原則の適用の抜け穴への補完措置

悪意を持って先取り登録された驰名商标の所有者に対して、各国はパリ条約の規定により救済を主張する期間を5年以内に制限しない。それでも、国外の先行登録又は先使用者の商標が救済を主張する地域内で「関連公衆によく知られている」商業的影響を生じたかどうか、また対応する地域内の先行登録

⁵⁸⁾ 中国「商標法実施細則（1993改正）」29条2項を参照。

⁵⁹⁾ See Senftleben, M.: *Wolf in Sheep's Clothing? Trade Mark Rights Against Goods in Transit and the End of Traditional Territorial Limits*, IIC 47, 941-959 (2016).

⁶⁰⁾ 鄭成思『知識産権論』[知識产权論] 207頁（法律出版社、1997年版）を参照。

⁶¹⁾ WIPO第845号出版物、3条及びその説明を参照、スイスジュネーブ、2002年。

又は先使用者が「悪意」を持っているかどうかはともに証明・判断が難しい。このように、実務中に異なった主体が同時に異なった国と地域で同一又は類似の商標を使用することは避けられず、特に中、美、欧州のような広大な法域では避けられない。また、このような越境商標が衝突した場合、紛争解決は複雑で時間がかかるため、国内外の事業者はお互いの権利義務関係が不確定な間、いずれか一方が紛争発生地で継続的に使用することを法律で禁止されておらず、同時使用（Concurrent Use）の事実を招く可能性がある。同時使用が5年を超えた場合、「共存（Coexistence）」原則⁶²を適用して処理するかどうかは、各国の実務によって異なるが、理論と実務ではこの方法を採用する傾向がある⁶³。中国は、歴史が長く、領土の面積が広く、社会経済の発展が不均衡であるため、商業標章と競争関係を調和させる面、即ち老舗関連の商標紛争の面で一定の経験がある⁶⁴。このような事件で法院は、時代の変遷や証拠の欠落などの理由で、馳名商標を認定し、他の競合他社を市場から完全に排除すべきではなく、悪意のない使用者の間でのバランスを取ることを認めている。区分可能な条件の下で、それぞれが元の範囲で引き続き正当に使用することを許可して、これも中国商標法 59 条の先使用例外に対する規定に適合する。老舗の紛争を除いて、「市場構造論」⁶⁵は、海外で馳名商標が中国市場に進出した後に直面した紛争問題を解決するためにも使われることがある。即ち、他人の登録や使用に「悪意」があることと自分の商標が「中国国内で関連公衆によく知られている」ことを証明できない場合、共存原則を適用して処理することができる。例えば、中国国内で多くの注目を集めているフランスとシンガポールの「鰐魚」商標紛争である⁶⁶。しかし、「市場構造論」の具体的な適用基準について、中国の理論と実務界はまだ共通認識を形成していない。実際の利用者のビジネス上の信用の範囲と市場構造区分との対応関係を反映し⁶⁷、独占的な商標専用権だけを保護することによる衝突・矛盾を避ける一方、法執行者の自由裁量の幅が広いことによる不確実性は解決する必要がある、研究により現在の商標協議の共存紛争の裁判結果は大きく異なることがわかった⁶⁸。

デジタル技術の急速な発展と経済のグローバル化が進んでいるが、それに基づいて各国に商標使用の属地主義の原則を放棄するよう求めることは現実的ではないと考えている。実際、商標法は、他のいかなる市場経済法と同様に、まず主権国家の国内立法の趣旨に従うべきであり、即ち自国の社会経済発展と消費者利益保護の促進に有利であり、また登録、運用、保護などの法律制度の実施も、必然的に国家管理と司法管轄の職権の下で行われるべきである。そのため、自国の消費者の混同を避けるために、情報の越境の流動による特殊性を考慮し、国外馳名商標を認定し、保護する必要がある場合があるにもかかわらず、多くの場合、このような地域間の商標論争に対して、客観的な市場構造を尊重する考えに基づいて適切な共存原則⁶⁹を採用し解決することは、より合理的な調和案である。

⁶² See Tamara Nanayakkara: *IP and Business: Trademark Coexistence*, WIPO Magazine, Issue 6, 2006, pp 18-19.

⁶³ See Peukert A.: *The Coexistence of Trade Mark Laws and Rights on the Internet, and the Impact of Geolocation Technologies*, IIC 47, 60-86 (2016).

⁶⁴ 杜穎、李彥祺「老舗屋号の商業的標識保護のツール、法的判断と焦点問題」[老字号商业标识保护的途径、法律判断与焦点问题] 中華商標 2023 年 5 期 44-53 頁を参照。

⁶⁵ 最高人民法院シリーズ司法政策と司法解釈を参照：法発〔2009〕23 号第 9 条、法発〔2010〕12 号第 1 条、法発〔2011〕18 号第 19 条。

⁶⁶ 最高人民法院（2009）民三終字第 3 号民事判決書を参照。

⁶⁷ 孔祥俊『商標法適用の基本問題』[商标法适用的基本问题] 110-111 頁（中国法制出版社、2012 年版）を参照。

⁶⁸ 胡剛ら「商標共存の問題に関する研究（上）」[商标共存问题研究（上）] 中華商標 2020 年 10 期 75-77 頁を参照。

⁶⁹ 最高人民法院「知的財産審判の職能的機能を十分に發揮し、社会主義文化の大発展を促し、経済の自主的な調和と発展を促進することに関する若干の意見」[关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见]（法発〔2011〕18 号）19 条を参照。

しかし、商標法上の共存解決案は妥協の結果であり、同じ法域に2つ以上の同一又は類似の商標が存在することによる混同と潜在的な衝突と矛盾を完全に解消することができなかった。そのため、同一法域に共存する商標の使用については、協議又は判断した地域範囲の区分を厳格に実行し、故意の混同と不正競争行為を禁止しなければならず、商標法のほか、中国の不正競争防止法もこの面で補完的な役割を果たしている。例えば、「亨得利」事件では、「亨得利」商号は、全国の歴史的伝承を有し、及び授權された企業が共同で所有し、使用されており、原告は天津で唯一の合法的な使用者である。被告は、香港の「亨得利」から許可を得て成都に「亨得利」のついた企業名を登録した後、天津で「亨得利」を店舗の看板として使用していた。法院は、本件について、市場の混同を招き、不正競争を構成したと判断した⁷⁰。中日の二つの「無印良品」が共存する後続のシリーズ事件で、法院は、それぞれの商標使用の範囲境界を厳格に説明し、それに基づいて商標権の侵害や虚偽宣伝などの不正競争になるかどうかを判断した⁷¹。また、利益を得るために商標を先取り登録し、他人の正当な使用を故意に阻止する悪意のある訴訟や権利維持などの行為に対して、登録商標が取り消されたり無効になったりされていなくても、法院は証明可能な事実に基づいて登録者が信義誠実の原則に違反していると認定し、支持しないとした。例えば、「ユニクロ」シリーズの事件では、悪意を持って取得し、商標権を利用して不正な利益を図る行為は、法律の保護を受けられないと法院は指摘した⁷²。悪意のある先取り登録と悪意のある権利維持を全面的に規制することは、既に中国の商標法の新たな改正目標の一つに入れられている⁷³。

（４）不正競争防止法の包括的役割の再度言及

デジタル空間の商標使用は、情報配信のメディアレス、地域の曖昧さ、区分間の融合による商標登録の効力維持と権利保護の境界の判断が困難であるほか、理論と実務界も第三者の責任判断、権利消尽、商品化と合理的使用の限界などの伝統的課題に直面している。盛り込めばあまりにも雑多のため、本論文は詳しく述べず、本論文で言及された事例だけを借りて、知識産権部門法の適用が困難な場合に、特定情報の合法的所有者に対する不正競争防止法の包括保護の役割を再度言及する。例えば、前記メタバースの場合の「退屈猿」事件で、キャラクターのイメージ、名称などの要素を仮想商品として利用することで生じた論争は、実は「商品化」という著作権、商標、不正競争の知的財産分野が交差する伝統的議題の進化に関するものである。中国の司法実務中で、現実世界でこのような行為は、著作権侵害を構成することで長い間争議がなかった。例えば、「三毛」のイメージを商標として登録して使用することと、ネットショップで「小猪佩奇」のおもちゃを販売していたものがある⁷⁴。商標や不正競争防止の分野では、著作権者の先行権利も保護を受けることができる⁷⁵。しかし、著作権で保護されたキャラクタ

⁷⁰ 天津市高級人民法院（2021）津民終 941 号民事判決書を参照。

⁷¹ 北京市高級人民法院（2021）京民申 2614 号民事裁定書、新疆ウイグル自治区高級人民法院（2022）新民終 60 号民事判決書、江蘇省高級人民法院（2020）蘇知終 6 号民事判決書等を参照。

⁷² 事件の内容は、最高人民法院（2018）最高法民再 381 号民事判決書を参照。

⁷³ 国家知識産権局「中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）」67、83、84 条を参照、
https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html [最終アクセス日：2024 年 1 月 3 日]

⁷⁴ 上海市高級人民法院（1997）滬高民終（知）字第 48 号民事判決書、浙江省杭州市中級人民法院（2018）浙 01 民終 7396 号民事判決書を参照。

⁷⁵ 「最高人民法院による商標権の付与・確認行政事件の審理におけるいくつかの問題に関する規定」（法釋〔2017〕2 号）2020 年改正 19、22 条を参照。

一のイメージそのものではなく、その名称、略称が利用された（商標として登録されたことではない⁷⁶）場合、このグレーゾーンは通常、不正競争防止法によって処理される。著作権侵害と商標権侵害はいずれも構成しがたいため、不正競争防止法の差止め命令と賠償などの救済を求めるしかない。もちろん、立法によって規制措置を増やすことも論証可能な案であり、この方法は現在検討中であり、合意が達成できるかどうかはさらなる観察が必要である⁷⁷。

仮想現実の技術の強化に伴い、商業的活動シーンのデジタル化が趨勢であり、現実の世界の中の商品や役務の商標がデジタル空間で使用されたり出現されたりすることがますます増えているというべきである。それでも、企業にとって、デジタル化された商業的活動を展開する能力と範囲が異なり、ナイキ社のように全面的に事前に登録・配置しているのは少数のトップ企業だけである。理性的な消費者にとって、仮想世界で自分のデジタル分身のために仮想の贅沢品を購入することは、現実世界で本物のエルメスのバッグを買うことと混同されることはなく、インターネット上の仮想のディズニーランドで実体のあるテーマパークと同じような臨場感を実現することも難しい。そのため、本質的に、メタバースのデジタル製品と役務は、ネットゲームのキャラクターと同じように無形の情報であり、デジタル著作物で作られた仮想空間にしか存在せず、人の精神心理的ニーズを満たすために使われている。これは、ネットショップやライブ配信ルームでクリックして購入すれば家の前で手に入る物理的なアニメ玩具とは異なる。もちろん、市場経済では、特定の無形情報が経営者によって異なる価格の仮想の製品に設定され、普及・販売されていることは珍しくない。実際、ゲームアカウント、道具の取引市場は、既に一定の規模があり、司法実務でもこのような仮想財産を保護する事例がある⁷⁸。そのため、デジタル空間の商業的活動が、現実世界の他人の実際の製品や役務の外観、商標及びその他のビジネスシンボル・標章を利用している場合、他人のブランド影響力やビジネス上の信用を利用して利益を獲得しているかという疑問が確実に発生する。メタバース時代に入って、各業界の「デジタルツイン」現象は、エルメスなどのブランドが遭遇した「デジタルファッション」の挑戦が多く出ており、商標法と不正競争防止法の適用の難題を引き起こすに違いない。また、立法分野では、中国民法典 127 条に「法律がデータ、インターネットの仮想の財産の保護について規定している場合、その規定に従う」という連結条項があるが、明確な他の法律規定が整っておらず、また現実の純金銀塊と交換できる経営モデルは、金融、文化などの分野の監督管理問題にも関わる可能性があることに注意しなければならない。現在、仮想通貨の関連業務は、中国では違法な金融活動であり⁷⁹、オンラインゲーム通貨、道具装備なども監督管理を強化しつつあり⁸⁰、NFT は、通常、真実製品の品質保証やデジタル芸術品自体につながるため、グレーゾーンに属する。

しかし、伝統的な産業条件での商標使用と同様に、他人の商標情報を客観的に再現する行為がすべて権利侵害に該当するわけではない。メタバースの中で、被告は、仮想の「メタバーキン」バッグを単独

⁷⁶ 中国司法では、著作物の名称、役割が著作権者の先行権益に属していることが明らかにされているため、他人が商標として登録して使用することを禁止することができる。法釈〔2017〕2号22条を参照。しかし、現行の商標法では、他人が登録せずに使用する場合の処理方法が規定されていない。

⁷⁷ 国家知識産権局「中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）」83条を参照、https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html [最終アクセス日：2023年12月5日]

⁷⁸ 例えば、佛山市中級人民法院（2016）粵06刑終1152号刑事判決書。

⁷⁹ 呉雲、朱璋「デジタル通貨と金融監督・管理の意義における仮想貨幣：法律、金融と技術の領域を跨ぐ考察」〔数字貨幣和金融監管意義上的虚拟货币：法律、金融与技术的跨学科考察〕上海政法学院学報2021年6期66-89頁。

⁸⁰ 国家新聞出版署の「オンラインゲーム管理方法（ドラフト意見募集稿）」への意見を公開募集に関する通知、23、26条を参照：https://www.nppa.gov.cn/xxfb/tzgs/202312/t20231221_823187.html [最終アクセス日：2024年1月9日]

で販売して利益を得るのではなく、エルメスの商標などのブランドイメージで仮想の道具やシーンの贅沢な特性を表現しているのみの場合、プレイヤーや消費者は明らかに混同することがない。視聴者が映画やゲームで演じられた取引が本当に発生したとは思わないようなものである。もちろん、ブランドの連想を起こさせて消費の魅力を高めるために、意図的に使用し、宣伝して誘導している場合もある。これらの場合、商標法に明確な禁止規定がなくても、不正競争防止法を適用してただ乗りを禁止することができる（米国の場合、商標保護と不正競争の禁止はともにランハム法に定められている。）。しかし、仮想世界での商標は、文芸創作や視聴、ゲーム作品の作成においては避けられない使用など、現実世界を復元するために避けられない目的のため使用される可能性もある。これについて各国の法院にも一定の経験と初歩的な共通認識を有する。典型的には、米国の法院が採用した「ロジャース」事件におけるテスト法である。即ち、芸術著作物は表現の要素があり、米国憲法第1修正案（表現の自由）の保護を受けられ、商標の使用が表現した著作物と芸術的な関連性がない、又は著作物の内容の出所を明らかに誤導している場合を除き、商標権侵害にならない⁸¹。そのため、「メタバーキン」事件とは異なり、「悍馬」事件で、暴雪公司などの被告が開発・運営していた9つのゲームに「Humvees」商標を含む軍用自動車が使われていた。原告は、商標と商業外観の侵害、不正競争、虚偽表示、虚偽宣伝、商標の希釈化を構成していると主張したが、法院は本件が商標保護と言論の自由との衝突とバランスに関連しており、原告の訴えを支持できないとした⁸²。興味深いことは、著作権コンテンツなどの先行権利で保護された情報を商品化して利用する従来の方式とは逆に、商標などのブランド情報を著作物やパフォーマンスに「没入的」使用したり、「パロディー」のような方式で使用したりすることも、デジタル空間では十分に起こりうる。例えば、キューバ会社（フランス合弁）と「ハバナクラブ」の商標を争うために、長く続いている国内外の訴訟や国際紛争の手続きとは別に⁸³、米国会社は、また、没入式演劇「Amparo」を巧みにマーケティングして権利侵害紛争を避ける⁸⁴。現在のデジタル環境では、このような著作物や演技は、録画しインターネットで放送したり、インターネットや仮想空間で直接ライブ配信したりすることができる。パロディー行為に対して、著作権や商標権のいずれかの観点から禁止を主張しても、司法では一般的に寛容な態度をとって支持しない。例えば、米国の「耐啃威登（ナイケンヴィトン）」事件⁸⁵は、商標パロディーを禁止していなく、中国の「今日油条」も「今日頭条」の商標権を侵害していないといえる⁸⁶。

メタバースにおける商標使用は、権利消尽、正当使用などの問題にも関わる可能性がある。NIKE 社が提起した事件で、中古ブランドのスポーツシューズを販売している被告は、原告の商標と靴のイメージを含む NFT デジタル証明書ファイルを鋳造し、「金庫の鍵」の方式で販売している NIKE の実体製品を「本物」にする⁸⁷。では、この行為は、NIKE の評判を利用して仮想商品を発行し、商標権の侵害と不正競争を構成しているか。過度の保護は、また権利濫用や独占禁止論争を引き起こす可能性があるか。紙幅に限りがあるので、今後の研究課題とする。

⁸¹ See *Rogers v. Grimaldi*, 875 F. 2d 994, 999 (2d Cir. 1989).

⁸² *AM General LLC v. Activision Blizzard, Inc.*, 450 F.Supp.3d 467, 475 (N.Y.S.D. 2020).

⁸³ 李強「“ラム酒戦争”の反省」[“朗姆酒战争”的反思] 人民日報 2014 年 9 月 4 日 21 版を参照。

⁸⁴ Carolina del Busto: 2019*The Amparo Experience Tells the Cuban Exile Story in an Immersive Theater Production* を参照, April 4, 2019, available at: <https://www.miaminewtimes.com/arts/things-to-do-miami-the-amparo-experience-april-4-to-may-31-11132494> マイアミ ニュー タイムズ [最終アクセス日: 2024 年 1 月 5 日]

⁸⁵ See *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252 (2007).

⁸⁶ 広州知識産権法院 (2020) 粵 73 民初 2332 号民事判決書。

⁸⁷ See *Nike, Inc. v. StockX LLC*, No. 1:22-cv-00983 (S.D.N.Y.).

以上のように、商標使用は、商標制度の実行全体における核心的な概念であり、登録使用、権利維持からライセンス利用と権利侵害の判断及び正当使用までのすべての各段階に関連している。デジタル技術は、商標使用の方式と経営モデルの更新をもたらしたが、形式上いろいろに変わっても本質は変わらず、商標使用は法的効力の判断において既存の規則と共通認識に従う必要がある。国際フォーラムで、SCT は馳名商標と商標のネット上の使用問題に関する討論の結果、今まで各国が他国の経営者のために自国で商標情報を使用するビジネス機会を無条件に確保することを要求するいかなる強制的な規範は形成できなかった。米国の学者が言ったように、パリ条約による馳名商標への保護は、加盟国では自動的に実行されるわけではないが、保護を主張する所在地で使用され、かつ馳名な条件を満たしていれば、自国法による馳名商標の保護を受けることができる⁸⁸。各国が商標審査のデータベースをすべて共有すれば、理論的には地域紛争を減らすことができるというべきであるが、それは必要もなく実行可能でもなく、全世界の商標登録出願量は年々増加しており、存在量と変量の統計も困難であり、その中で越境紛争が発生する可能性があるのは極少数である。国の実情の違いによる様々な要素を総合的に考慮すると、属地性は依然として商標権の基本的な特徴である。各国が現在保持している商標保護は、自国で「商業的影響」があるという原則に基づくことが妥当な対策であり、実務中に個別の事件による法解釈の方式を通じて馳名商標の先取り登録・使用及びその他の不正競争行為の実施を禁止することを妨げるものではない。

⁸⁸ Ahmad Takouche: *Well-Known, or Not Well-Known? That is the Question. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property's Article 6bis in the Context of American Trademark Law*, 9 U.C. Irvine L. Rev. (2019)を参照、Available at: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol9/iss2/12> [最終アクセス日：2024年1月5日]

II. 渉外 OEM 加工における商標使用と商標権侵害の分析

中南財經政法大学 知識産権研究センター 彭 学龍 教授

はじめに

商標使用とは、特定の標章を商標として使用することを指し、すなわち、商品の出所を識別するための使用を指す。プレデジタル時代では、商標使用の様態と方法は比較的簡単で、ほぼ一目瞭然であった。権利者による商標に対する使用も、訴えられた側による係争標章に対する使用も、商標使用に該当するかどうかは、いずれも容易に判断でき、さらにそもそも判断する必要がなかった。しかしながら、インターネットの台頭に伴い、ウェブページのメタタグ、検索キーワード、ポップアップ広告への使用などが含まれる商標使用の新しい形態が次々と現れ、枚挙にいとまがない。同時に、渉外 OEM 加工において、国内の加工者が依頼者の国外商標を製品に付する行為が、国内における商標使用に該当するか、国内の登録商標専用権の侵害に当たるかについても議論されている。したがって、商標使用の認定、特に権利侵害の構成との関係は、各業界の注目を集め、研究のホットトピックとなっている。商標権侵害の構成について、係争行為が商標使用と認定できるかどうかは、確かに重要な問題である。しかし、その重要性を強調しすぎて、これを権利侵害の認定における独立的な前置条件とするのはいささか大げさのようである。商標侵害の構成に決定的な役割を果たすのは、あくまでも訴えられた行為が原告商標の機能を損なうかどうかであろう。一方、渉外 OEM 加工に係る商標権侵害の紛争では、商標使用と商標権侵害の認定は、ほぼ同じ問題に該当する。渉外 OEM 加工の商品は、全く国内市場に参入しないため、加工側の商標を付する行為は、商標使用に該当しないだけでなく、更に国内の同一又は類似する登録商標専用権の侵害に当たらない。

「渉外 OEM 加工」[中国語では、「貼牌加工」と表現]、つまり「Original Equipment Manufacture」は、「OEM」と略称し、又は「定牌加工」とも訳され、簡単に言えば、事業者は自ら製品を生産せず、他の企業に生産を委託しているが、ブランドそのものを有しているというものである¹。また、渉外 OEM 加工とは、輸入国の発注者が輸出国の中国国内の加工者に製品の加工を委託し、加工された製品に輸入国における発注者の登録商標を付し、これらの製品はすべて発注者に交付され、発注者が製品の最終的な行先を決定し、加工費を支払うことを指すものである²。言い換えれば、これらの製品は中国国内で販売されず、中国市場には全く参入しないということである。もし、発注者が中国においても同じ商標を同類の商品に登録していれば、それは国内 OEM 加工と同じであり、特に議論する必要はない。他方、発注者の商標が中国で他者によって登録されているのであれば、商標権侵害の紛争を引き起こしやすい。

¹ 百度百科の「OEM」の見出しを参照：

<https://baike.baidu.com/item/%E8%B4%B4%E7%89%8C/1038938?fromtitle=%E5%AE%9A%E7%89%8C%E5%8A%A0%E5%B7%A5&fromid=9886436&fr=Aladdin> [最終アクセス日：2024年1月10日]

² 黎孝先主編『国際貿易実務 〔第三版〕』463-464 頁（对外経済貿易大学出版社、2000 年）。法院の判決における渉外 OEM の定義によれば、「OEM 加工とは、通常国内加工者が海外委託者の委託を受け、海外委託者が指定した商標に基づいて製品を生産し、製品をすべて海外委託者に渡して海外で販売し、海外委託者が国内加工者に加工費を支払う貿易方式のことを指す」とされ、より簡明でクリアかもしれない。浦江亜環鎖業有限公司と萊斯防盜（盜難防止）製品国際有限公司との商標権侵害紛争再審事件の最高人民法院の民事判決書（2014）民提字第 38 号。OEM 関係において、双方の当事者は委託者と受託者、発注者と加工者と呼ぶことができる。以下、筆者は文脈の必要性和判決用語に基づいて、同じ意味で「委託者」と「発注者」、「受託者」と「加工者」を使用する。

この場合、中国国内の登録商標専用権者は商標権侵害として加工企業を訴え、発注者は訴外の第三者に該当するか、発注者と加工企業が共同侵害者であるとされる場合がある³。では、加工者が加工した製品に発注者の商標標章を付することは、国内の同一登録商標の専用権侵害に該当するか否かについて、その答えは、ほぼ加工者が加工した製品に発注者の商標標章を付することは、商標使用に該当するかどうかによって決められる。簡単に言えば、上述の行為が商標使用に該当する場合、涉外 OEM 加工は国内の同一登録商標の専用権を侵害することになる。そうでない場合であれば、権利侵害に該当しない。このように、OEM 加工にかかる商標権侵害紛争において、商標使用の認定と商標権侵害の認定とは完全に統一されることになる。

1. 涉外 OEM 加工にかかる商標権侵害事件に対する中国法院の態度

今世紀以来、中国の法院と理論界は、涉外 OEM 加工製品に海外委託者の商標を付することが商標使用に該当するか、国内の同類製品における同一登録商標専用権への侵害に該当するかについて、ずっと激しく議論してきた。このような事件について、侵害に該当すると判断した判決、又は侵害に該当しないと判断した判決はいずれも存在している⁴。2001 年の「NIKE」商標事件を代表とする初期の判決は、商標権の属地性にに基づき、受託者が同じ製品を加工し、同一商標を付して、海外に納入する行為が国内で登録した商標専用権を侵害すると判示した⁵。2009 年以降、最高人民法院の司法政策と再審判決の影響を受けて、中国の法院は徐々に態度を変え、受託者が製品の加工と輸出の過程において委託者の商標を付することは、商標法の意味での商標使用に該当せず、国内の同一登録商標の識別機能に影響を与えないため、商標権侵害に該当しないと判断した⁶。2019 年の最高人民法院の「本田事件」の再審判決では、再び裁判基準を「反転」させ、商標使用は客観的な行為であり、「ある貿易方式（例えば、本件紛争の涉外 OEM 加工方式）を簡単に商標権侵害の除外状況に固化することはできない」とした反面、訴えられた行為は「商標使用に該当し、関連公衆の混同と誤認を生じさせるおそれがあり、関連公衆を混同させやすい」として、本田社の登録商標専用権への侵害に当たると判断した⁷。法院のこのような判断により、関連問題をますます混乱にさせ、裁判基準もますます「あいまい」にさせ、「ドリフト」状態にあることが明らかである⁸。

³ 「NIKE 事件」では、発注者のスペイン Cidesport 社と輸出代行の浙江省畜産輸出入会社が共同被告とされた。この事件の判決によると、発注者 Cidesport 社は主要な賠償責任を負う。米ナイキ社 (NIKE INTERNATIONAL LTD) が浙江省嘉興市銀興製衣厂などを訴え商標権侵害紛争事件、(2001) 深中法知産初字第 55 号を参照。後続の事件では、発注者は訴訟当事者ではなく、判決で言及されても、その身分は案外者にすぎないことが多い。

⁴ 孔祥俊：『涉外 OEM 加工商標を付する行為の定性』、『政法フォーラム』2022 年第 3 期、第 146-158 頁を参照。張韜略、陰曉璐：『我が国（中国）涉外 OEM 加工商標権侵害司法認定の進化と反省』、『国際商務研究』2020 年第 2 期、第 65-77 頁を参照。

⁵ 張韜略、陰曉璐：『我が国（中国）涉外 OEM 加工商標権侵害司法認定の進化と反省』、『国際商務研究』2020 年第 2 期、第 65-77 頁を参照。

⁶ 最高人民法院の司法政策と判決は主に、最高人民法院による『現在の経済情勢下における知的財産権裁判の大局支持に係る若干の問題に関する意見』（法発〔2009〕23 号）、最高人民法院弁公庁による『「OEM 加工輸出製品が権利侵害に該当するか問題」に関する返答』（法弁〔2010〕350 号）及び以下に論じる最高人民法院による 2015 年の「亜環事件」再審判決、2017 年「東風事件」再審判決を含む。

⁷ 本田技研工業株式会社と重慶恒勝鑫貿易有限公司などとの商標権侵害紛争再審事件、最高人民法院民事判決書、(2019) 最高法民再 138 号。

⁸ 宋健：『涉外 OEM 加工に対する商標権侵害の「合理的注意義務+実質的損害」の判断基準の解説—「東風」事件を例に』、『知識産権』2016 年第 9 期、第 28—36 頁。

(1) 2001 年 “NIKE” 事件：OEM に商標を付することが商標使用に該当し、かつ権利侵害に該当する

2001 年の NIKE 登録商標権侵害紛争は、中国の法院に提訴された初めての涉外 OEM 加工に関する商標権侵害事件であった⁹。原告ナイキ社は、指定商品がスポーツウェアである第 1466558 号登録商標「NIKE」の専用権者である。2000 年 8 月、スペインの Cidesport 社が嘉興市銀興製衣廠（以下、「銀興製衣廠」という）にライセンスして、NIKE の商標が付された男性用スキージャケットを生産し、銀興製衣廠が更に浙江省畜産輸出入会社に輸出代行を依頼し、深セン税関で通関申告したことを原告が発見した。原告は、三被告の Cidesport 社、銀興製衣廠及び輸出入会社の上述行為が共同で自らの登録商標専用権を侵害しているとして訴訟を提起した。本件について、Cidesport 社は、以下のとおり弁解した。第一に、スペインでは、訴外 Flora Bertrand Mata が NIKE 商標権を享有し、Cidesport 社に使用を許諾した。一方、係争衣服の消費者はスペインにあり、Flora Bertrand Mata が商標権を享有し、Cidesport 社に使用を許諾する商標 NIKE と、ナイキ社が中国において商標権を有している NIKE について、スペイン人が誤認することはない。第二に、Cidesport 社は中国の商標法 52 条に定められている使用行為を行っていない¹⁰。商標は、市場に流通してこそ使用とみなされるもので、係争衣服の消費市場はスペインにあり、被告の行為は中国における係争商標の使用に当たらない。第三に、係争衣服は中国市場で販売されてなく、Cidesport 社の行為は原告に損害を与えておらず、権利侵害の構成要件に基づき、その行為は権利侵害に当たらない。このような考え方を理解するのに難しいことはなく、被告の弁解のポイントは、中国で発注した製品に NIKE 商標が付されていたとしても、中国市場に流通されず、つまり、中国において係争商標を使用していないので、原告にいかなる損害も与えてなく、権利侵害に該当しないというものである。他方、これらの製品はスペインでのみ販売されており、スペインの消費者は正当なライセンスを得て製品に使用されているスペインの登録商標 NIKE とナイキ社が中国で登録した商標 NIKE とを誤認することはないため、被告のスペインにおける行為は原告の商標権を侵害することはない。簡単に言えば、中国市場に対する考察に基づいても、スペイン市場に着目して分析しても、三被告の加工、輸出、さらにはスペイン市場での販売予定の行為は、いずれも原告の登録商標専用権を侵害しない。

しかし、主審法院は、中国において、ナイキ社が NIKE 登録商標専用権を有しており、中国の国内外の当事者を問わず侵害してはならないとした。Cidesport 社は、スペインで NIKE 商標に対して合法的な専有使用権を有しているが、商標権は属地性があり、中国の法院が司法権を有している範囲で原告は NIKE 登録商標の専用権者である。被告は原告の許諾を得ずに、同種の商品に原告の登録商標を如何なる形で使用することはできないと判示した。本件で、Cidesport 社は原告の許諾を得ず、ビジネス目的で中国国内において標章 NIKE が付されたスキージャケットの製造と輸出を委託した。浙江省畜産輸出入会社は、原告の許諾を得ずに Cidesport 社の委託を受けて NIKE 商標が付されたスキージャケットを加工するための材料と商標標章を輸入し、衣服の製作が完了された後、通関申告・輸出を実施した。銀興製衣

⁹ 米ナイキ社 (NIKEINTERNATIONALLTD) が浙江省嘉興市銀興製衣廠などを訴え商標権侵害紛争事件、(2001) 深中法知産初字第 55 号。この事件は 2001 年に改正された中国商標法を適用し、そのうち、第 52 条は

¹⁰ この事件は 2001 年に改正された中国商標法を適用し、そのうち、第 52 条には、「下記の各号の行為の一つに該当するときは、登録商標専用権の侵害とする。(一) 商標権者の許諾を得ずに、同一の商品又は類似の商品についてその登録商標と同一又は類似の商標を使用しているとき、(二) 登録商標専用権を侵害する商品を販売しているとき、(三) 他人の登録商標の標章を偽造し、無断で製造し、又は偽造、無断で製造された登録商標の標章を販売しているとき、(四) 商標登録権者の許諾を得ずにその登録商標を変更し、商標を変更した商品を市場に流通させたとき場合、(五) 他人の登録商標専用権にその他の損害を与えているとき」と規定された。

廠は Cidesport 社の委託を受け、浙江省畜産輸出入公司与協力して NIKE 商標が付されたスキージャケットを加工・製作した。したがって、三被告の行為は、原告の NIKE 登録商標の専用権を共同で侵害したといえる。上記をまとめると、被告はスペインで NIKE 登録商標の専有使用权を有しているが、属地性に限られ、その権利の効力は中国国内での使用には及ばない。言い換えれば、被告は原告の許諾を得ずに中国国内においてビジネス目的でその登録商標を使用することは、商標的使用に該当するため、商標権侵害に該当する。

NIKE 事件の判決のロジックによると、涉外 OEM 加工において、発注者が中国において、OEM と関連する同一商標の権利者ではなく、当該商標が他の企業によって中国で同種の商品に登録されている限り、発注者と加工者は必ず商標権侵害訴訟に直面することになり、更には敗訴のリスクがある。これは、上記状況下での涉外 OEM 加工ビジネスモデルが現代の商標法体系においては許容されず、継続することが困難であることを意味する。この点について、2010 年に中国最高人民法院はある返答書簡において、「OEM の場合、係争標章は中国国内で商品の出所を識別する機能を発揮しないため、混同・誤認を生じさせることがなく、OEM 受託者は商標権侵害を構成しない」とした¹¹。これにより、中国の法院は、OEM における標章を付することは商標の使用ではなく、混同を生じさせることがないという観点が徐々に確立した¹²。同時に、2013 年に改正された中国の商標法 48 条に「商標使用」について定義し、元の商標法实施条例 3 条に基づいて「商品の出所を識別する行為」という表現を追記した¹³。改正後の商標法 57 条は、商標権侵害行為を規定する際に、元の商標法 52 条 1 項を 2 つの項に分割し、類似侵害状況において「混同を生じさせやすい」という要件を追記した¹⁴。これにより、商標使用の認定基準と一般的な商標権侵害認定の「混同可能性」要件がさらに明らかになり、法院が涉外 OEM 加工事件における正しい法適用により明確なガイドラインを提供した。

(2) 2015 年「亜環 (PRETUL)」事件：OEM に商標を付することが商標使用に該当せず、更に権利侵害に該当しない

2015 年、最高人民法院「亜環」事件（「PRETUL」事件）再審判決で、涉外 OEM 加工における商標標章の使用は「商標法の意味での商標使用」に該当しないので、商標権侵害に該当しないと判断した¹⁵。事

¹¹ 最高人民法院弁公庁による『「OEM 加工輸出製品が権利侵害に該当するかの問題」に関する返答』（法弁〔2010〕350 号）。

¹² 張韜略、陰曉璐「我が国（中国）涉外 OEM 加工商標権侵害司法認定の進化と反省」国際商務研究 2020 年第 2 期 65-77 頁。

¹³ 中国現行商標法 48 条に「本法でいう商標の使用は、商品、商品包装又は容器及び商品取引文書、又は宣伝広告、展覧及びその他の商業活動において商標を使用し、商品の出所を識別する行為を指す。」と規定されている。2002 年 8 月 3 日、中華人民共和国国務院令（第 358 号）で「中華人民共和国商標法实施条例」を公布し、2002 年 9 月 15 日から施行された。当該条例 3 条に「商標法及び本条例にいう商標の使用とは、商標を商品、商品の包装又は容器、及び商品取引書、又は広告宣伝、展示及びその他の商業活動に商標を用いることをいう。」と規定した。

¹⁴ 中国現行商標法 57 条に、「下記の各号の行為の一つに該当するときは、商標権の侵害とする。（一）商標権者の許諾を得ずに、同一の商品についてその登録商標と同一の商標を使用するとき、（二）商標権者の許諾を得ずに、同一の商品についてその登録商標と類似の商標を使用し、又は、類似の商品についてその登録商標と同一又は類似の商標を使用し、混同を生じさせやすいとき、（三）商標権を侵害する商品を販売するとき、（四）他人の登録商標の標章を偽造し、無断で製造し、又は偽造し、無断で製造された登録商標の標章を販売するとき、（五）商標権者の許諾を得ずに、登録商標を変更し、変更した商標を使用する商品を市場に流通させたとき、（六）他人の登録商標の専用権の侵害行為に対して故意に便宜を図り、商標権侵害の実施に協力するとき、（七）他人の商標権にその他の損害を与えるとき」と規定されている。

¹⁵ 「亜環会社が TRUPERHERRAMIENTAS, A. DEC. V. の委託に基づき、生産した南京錠に「PRETUL」標章を使用する行為は、商標法の意味での商標使用ではなく、FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED の「PRETUL 及び楕円図形」商標権

件の状況によると、2002年11月27日、メキシコの TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. は、同国で商標「PRETUL」、「PRETUL 及び楕円図形」を登録した（指定商品には第6類の南京錠が含まれる）。2001年4月、中山市泰星公司是、TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. の委託を受け、中国で「PRETUL 及び楕円図形」、「PRETUL」商標が付された南京錠を大量に生産し、TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. に再販した。許浩榮は、泰星会社が2000年8月に設立した時の発起人、株主である。2003年5月21日、許浩榮は第6類の家具用南京錠などの商品に第3071808号商標「PRETUL 及び楕円図形」を出願し、中国商標局に審査・登録されたが、2010年3月27日に、当該商標を香港の FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED に譲渡した。2010年8月10日、亜環公司是 TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. の委託を受けて南京錠を生産し、南京錠に「PRETUL」に関する標章を使用し、全てメキシコに輸出した。これについて、FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED は、亜環会社が本件登録商標の専用権を侵害したとして訴訟を提起した。

最高人民法院は審理を経て、係争南京錠は中国市場で販売されておらず、中国国内で商標の識別機能を発揮することはないので、中国の関連公衆がこの標章が付された商品を、FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED が生産した商品の出所と混同・誤認を生じさせる可能性もない。商品の出所を区別する標章として、商標の基本的な機能はその識別性にある。亜環公司是、TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. のライセンスに基づいて係争南京錠に関連「PRETUL」標章を使用し、中国国内では物理的に付することのみに該当し、TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. が商標専用権を享有しているメキシコでその商標を使用するために必要な技術的条件を提供した。中国国内では、これらの南京錠に付する標章は、「加工された商品の出所を区別する意義もなければ、その商品の出所を識別する機能も実現できないため、その付された標章は商標の属性を有しておらず、製品に標章を付する行為も商標法の意味での使用行為と認定されるべきではない」と判示した。

そのうえ、最高人民法院は更に以下のとおり強調した。第一に、商標法が商標の基本的な機能を保護しているが、つまりその識別性の保護である。同一商品に同一商標を使用すること、又は同一商品に類似商標を使用すること、又は類似商品に同一又は類似商標を使用することが、混同を生じさせやすいかを判断するには、商標が識別機能を発揮するか、又は発揮する可能性があるかを前提とするものである。すなわち、商標の識別機能を損ねることは、商標権侵害を認定する基礎である。第二に、商標が識別機能を発揮できず、関連標章を付する行為が商標法の意味での商標使用に該当しない状況の下、同一商品に同一商標を使用すること、又は同一商品に類似商標を使用すること、又は類似商品に同一又は類似商標を使用することが、混同を生じさせやすいかを判断することは、実際の意味がない。第三に、本件の一審と二審の判決は、同一又は類似を商標権侵害に該当するか否かを判断するための構成要件として、被疑侵害者の行為が商標法の意味での商標使用を構成しない前提を無視し、法適用に誤りがある。したがって、この再審判決の基本的なロジックは、涉外OEM加工貿易において、加工された製品に委託者に使用許諾された国外商標を付することは物理的な意味で付するのみで、製品が中国市場に参入しないため、当該商標は商標の機能を発揮することができず、この標章を付する行為は商標法の意味での商標使用に該当しないので、中国国内の登録商標の識別機能を損ねることもなく、もちろん中国の登録商標専有権に対する侵害にも該当しない。また、判決では、「亜環公司是再審申立てで許浩榮が悪意を持って商

への侵害に該当しない。」浦江亜環鎖業有限公司と FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED との商標権侵害紛争再審事件、最高人民法院民事判決書（2014）民提字第38号。

標「PRETUL 及び楕円図形」を抜け駆け商標登録したと主張した。」と言及した。

(3) 2017 年「東風」事件：OEM に付される商標が出所を識別する役割を果たさないため、権利侵害に該当しない

2017 年、「東風事件」の再審判決で、最高人民法院は、「通常、出所を識別又は区分しない商標の使用行為は、商品や役務の出所に誤認や混同を生じさせたり、商標が商品又は役務の出所を示す機能を発揮することに影響を与えたりすることがなく、商標法の意味での権利侵害行為に該当しない」と示した¹⁶。

「詛環事件」に比べ、本判決では、係争標章を付することが商標使用に該当しないと認定しておらず、「出所を識別又は区分しない」と判断したうえで、商標権侵害に該当しないと判示した。言い換えれば、受託者の常佳会社が加工又は輸出する過程において、「関連標章は、全て委託者であるインドネシア PTADI 社を指し示しており、上柴会社の係争登録商標の国内市場における正常な識別区分機能に影響を与えておらず、関連公衆の混同・誤認を生じさせることはない」¹⁷。つまり、関連標章は実際に委託者の商標としての機能を発揮しており、指し示しているのは委託者であるインドネシアの PTADI 社である。したがって、受託者が係争標章を付することが商標使用に該当すると認定しなければならないのであれば、使用しているのは原告の商標ではなく委託者の商標であり、原告商標の国内市場における識別機能に影響を与えることはなく、関連公衆の混同・誤認を生じさせることもなく、商標権侵害に該当しないことは言うまでもない。

再審判決では、PTADI 社がインドネシアで原告の「東風」商標を悪意で駆け抜け登録した疑いなども検討され、また、常佳会社が委託を受ける際に関連商標の権利状況について慎重で適切な注意義務を履行した状況について、「常佳会社は OEM 加工契約の受託者として、インドネシアの PTADI 社の委託加工業務を受ける際に、関連権利証書の資料を審査し、委託元の商標権の状態に十分な注意を払った」と結論付けた。上記問題について、以下でまた論述する。

(4) 2019 年「本田」事件：OEM に商標を付することが商標使用に該当し、かつ権利侵害に該当する

「本田」事件で¹⁸、ミャンマーの美華社の常務取締役である呉徳孟昂氏がミャンマーで商標「HONDAKIT」を登録したが、本田社が権利主張する 3 つの登録商標はいずれも「HONDA」であるが、指定商品は同類である。双方商標が文字と図面において区別されるため、裁判では、双方の商標が類似に当たるか否かや、市場に共存する場合に混同を生じさせやいかどうかを検討した。もちろん、双方の商標は完全に同一ではなく、類似しているだけであるとのことはこの文で検討したいテーマではない。本件において、美華社は恒勝集団（グループ）会社にオートバイの部品の加工を委託し、呉徳孟昂氏は恒勝集団（グループ）会社に対して関連製品に HONDAKIT 商標を付することを許諾し、恒勝鑫泰公司是関連輸出の申告を代行した。便宜のため、恒勝鑫泰公司、恒勝集団（グループ）会社を合わせて恒勝社と称する。二審と再審

¹⁶ 江蘇常佳金峰動力機械有限公司と上海柴油機股份有限公司との商標権侵害紛争再審事件、最高人民法院民事判決書（2016）最高法民再 339 号。

¹⁷ 江蘇常佳金峰動力機械有限公司と上海柴油機股份有限公司との商標権侵害紛争再審事件、最高人民法院民事判決書（2016）最高法民再 339 号。

¹⁸ 本田技研工業株式会社と重慶恒勝鑫鑫貿易有限公司らとの商標権侵害紛争再審事件、最高人民法院民事判決書、（2019）最高法民再 138 号。

法院は、いずれも恒勝社が加工したオートバイの部品に HONDAKIT 商標を付して、その全てをミャンマーに輸出した行為は、涉外 OEM 加工に該当すると判断した。その上で、再審判決ではさらに、被疑侵害者側の行為は、商標使用に該当するだけでなく、本田社の登録商標専用権を侵害していると判断した。具体的には、以下のとおりである。

まず、被疑侵害者側の行為は商標使用に該当する。当該再審判決によると、中国商標法 48 条のいわゆる「商品の出所を識別する」とは、商標使用者の目的が商品の出所を識別することにより、実際に商品の出所を識別する役割及びその可能性を含むものである。客観的な行為として、商標使用は、通常、物理的に付することと市場流通の多くの部分を含む。製造又は加工した製品に付する方式又はその他の方式で商標を使用する場合、商品の出所を区別する可能性がある限り、その使用状態は商標法の意味での「商標使用」に該当すると認定しなければならない。

では、被疑侵害者側の行為は、商品の出所を識別する可能性があるか。再審判決での答えは肯定的であった。第一に、商標法でいう関連公衆は、被疑侵害品の消費者のほかに、被疑侵害品のマーケティングに密接に関連する経営者¹⁹をも含むべきであり、実際に、輸送段階の経営者が接触する可能性がある。第二に、電子商取引とインターネットの発展に伴い、被疑侵害品が国外に輸出されても、国内市場に流入する可能性がある。第三に、中国経済の絶えずの発展に伴い、中国の消費者は海外旅行と消費の人数が多く、「商標を付する商品」に接触し、混同の可能性がある。したがって、被疑侵害品が中国市場の「ビジネス活動」に参加せず、中国国内の関連公衆がこれらの製品に触れることができないことを理由に、被疑侵害品に HONDAKIT 商標を付することは中国国内で商品の出所を識別する役割を果たす可能性がないため商標法の意味での商標使用に該当しないと見る観点が成立しないと判断した。

次に、被疑侵害者側の行為は商標権侵害に該当する。商標権侵害は、本質的に商標の識別機能への破壊であり、一般消費者が商品の出所について混同・誤認を生じさせることであるが、侵害に該当することは、実際の損害をもたらすことを要件としない。中国商標法 57 条 2 項でいう「混同を生じさせやすい」とは、「関連公衆が被疑侵害品に接触した場合、混同が発生する可能性があり、関連公衆が必ず実際に被疑侵害品に接触することを要求しないし、混同の事実が確実に発生することを要求しない」ということを指す。被疑侵害者側の行為は、商標使用に該当し、関連公衆の混同・誤認を生じさせる可能性もあるため、本田社の係争登録商標の専用権を侵害している²⁰。

さらに、ミャンマーの会社のライセンスを受けて HONDAKIT 商標を付したという恒勝社の抗弁は成立しない。商標権は知的財産権として、属地性を有する。中国で登録されていない商標については、外国で登録されていたとしても、その登録者は中国における登録商標の専用権を有しない。それに応じて、中国国内の民事主体が獲得したいわゆる「商標使用のライセンス」というものは根拠がなく、商標権を侵害しない抗弁事由とすることができない。

¹⁹ 「最高人民法院による商標民事紛争案件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」（法釈〔2020〕19号）8条に「商標法でいう関連公衆とは、商標に表記されたある種の商品又は役務に関連する消費者及び前述の商品又は役務の営業販売と密接な関係を有するその他の事業者をいう。」と規定されている。

²⁰ 上記3つの事例において、海外委託者の登録商標は一審原告の国内登録商標と同一又はほぼ同一である。本件では、ミャンマーにおける美華社の登録商標「HONDAKIT」と中国国内における本田社の登録商標「HONDA」とは、類似商標に該当するため、再審判決は権利侵害の認定を行う際に、混同の可能性について分析しなければならない。考えてみると、ミャンマーにおける米華社の登録商標が本田社の中国における登録商標と全く同一であれば、再審で権利侵害の判決が下されるのはさらに確実であった。

2. 「耐克 (NIKE)」事件から「本田」事件までの共通性と差異

OEM 加工は、社会的な大量生産・協力の趨勢の下での必然的な現象であり、資源の合理的な配分と利用の有効なルートの一つでもある。経済のグローバル化に伴い、OEM 加工の需要業者はより広い範囲でサプライヤーを選ぶことができ、製造・加工のコストが安い国と地域に移転し、OEM 加工は輸出貿易においてますます常態化すると考えられ²¹、中国経済の発展を推進する重要な力でもある²²。2018 年を例として、加工貿易輸出は中国の貨物輸出額における 32.08%に達している²³。仮に、全ての涉外 OEM 加工が上記の事例のような商標権侵害紛争を引き起こすことになるのであれば、訴訟は必ず膨大になるであろう。しかしながら、実際の状況はそうではない。ある学者が中国裁判文書ウェブサイト²⁴で 2001 年から 2019 年までの涉外 OEM 加工にかかる商標権侵害の典型的な事例を検索したところ、16 件がヒットしたという²⁴。また、ほかの学者が北京大学法宝と中国裁判文書網というデータベースを利用して、2007 年から 2018 年の間に結審した公開裁判文書のうち OEM 加工事件を検索、整理したところ、商標権侵害事件が計 96 件ヒットしたという²⁵。このような結果は、ほとんどの涉外 OEM 加工企業が商標権侵害訴訟に遭遇していないことを意味する。その原因を究明すると、主に以下のようなことがいえる。第一に、大多数の海外委託者が中国と輸入先国のいずれにおいても付される商標の登録者又は権利者である。第二に、2010 年以来、中国の法院は徐々に OEM 加工における標章を付することは商標使用ではなく、混同を生じさせる可能性はないという観点が確立してきた²⁶。特に、最高人民法院が下した 2015 年の「亜環」事件と 2017 年の「東風」事件の再審判決において示した、涉外 OEM 加工における標章を付することが商標使用に当たらず、権利侵害に該当しないという判決によって、似たような紛争の法院への提訴を相当程度減らしていると考えられる。一方、最高人民法院が本田事件で示した判断が、「亜環事件」と「東風事件」における涉外 OEM 加工商標の使用が権利侵害に該当しないという基本的な態度を変えたと解釈されているが²⁷、「本田事件」の再審判決は、このような事件の商標権侵害の認定を定形化しないとの主張にすぎないと理解する法院が少なくない。つまり、法院は具体的な事件の状況に基づいて権利侵害に該当するか否かを認定するもので、その中には、むしろ不侵害の判断も含まれるということである²⁸。したがって、「本田」事件の射程については、まだ観察する必要がある。

「実際には、涉外 OEM 加工における標章の使用形態は基本的に同じであり、少なくとも確定的に類型化することができ、個別事件の事実の差別的な特徴は必ずしも権利侵害の判断に影響を与える事実ではない。」²⁹との見解もあるが、「NIKE」事件から「本田」事件まで、涉外 OEM 加工における商標使用と商

²¹ 百度百科の「OEM」の見出しを参照：

<https://baike.baidu.com/item/%E8%B4%B4%E7%89%8C/1038938?fromtitle=%E5%AE%9A%E7%89%8C%E5%8A%A0%E5%B7%A5&fromid=9886436&fr=aladdin> [最終アクセス日：2024 年 1 月 10 日]

²² 劉如翔『企業知識産権法律リスク提示』46-50 頁（法律出版社、2014 年）。

²³ 頼利娜、李永明「涉外 OEM 加工商標紛争事件の権利侵害認定研究—2001-2019 年の典型的な事例をサンプル」知識産権 2020 年 7 期 59-68 頁。

²⁴ 頼利娜、李永明「涉外 OEM 加工商標紛争事件の権利侵害認定研究—2001-2019 年の典型的な事例をサンプル」知識産権 2020 年 7 期 59-68 頁。

²⁵ 張韜略、陰曉璐「我が国（中国）涉外 OEM 加工商標権侵害司法認定の進化と反省」国際商務研究 2020 年 2 期 65-77 頁を参照。

²⁶ 張韜略、陰曉璐「我が国（中国）涉外 OEM 加工商標権侵害司法認定の進化と反省」国際商務研究 2020 年 2 期 65-77 頁を参照。

²⁷ 楊鴻「主体区分視点の下での OEM 加工に係る権利侵害判定の合理的ルート」法学 2021 年 9 期 119-135 頁。

²⁸ 孔祥俊「涉外 OEM 加工商標を付する行為の定性」政法フォーラム 2022 年 3 期 146-158 頁を参照。

²⁹ 孔祥俊「涉外 OEM 加工商標を付する行為の定性」政法フォーラム 2022 年 3 期 146-158 頁を参照。

標権侵害というテーマについて、その共通性はどこにあるのか。まず、海外の発注者についてみた場合、スペインの Cidesport 社、メキシコの TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. インドネシアの PTADI 社、ミャンマーの美華社は、いずれも海外の登録商標の専用権者又はライセンシーである。次に、国内の加工者について、銀興公司、亜環公司、常佳公司、恒勝社は、いずれも委託を受けて係争製品を加工し、発注者の商標を付した後、全てを発注者の所在国に輸出し、中国市場に入らない。さらに、原告について、ナイキ社、FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED、上柴公司是、中国において、いずれも発注者の海外登録商標と同一の登録商標（標章と指定商品の類別とも同一）の専用権者である。本田事件の場合、同社が中国で有する登録商標が「HONDA」であり、発注者の登録商標「HONDAKIT」とは、標章の文字列（アルファベットの組み合わせ）に違いがあり、前述の他の事件に比べて権利侵害の該当性の認定がより難しい。もちろん、OEM 加工における商標使用の属性の認定からいえば、このような差異は本質的なものではない。最後に、4つの事例の判決は、いずれも国内の加工者が委託を受けて製品を加工し、係争標章を付してから、輸出していたことで、涉外 OEM 加工に該当すると判断されている。

涉外 OEM 加工にかかる商標権侵害事件は、上記の特徴と共通性に基づいてみた場合、事件の主な法的事実と法律問題はほぼ同じである。現代の法治社会では、法院が上述の事件について基本的に同じ判決を下し、「同様な事件における同様な判決」又は「類似した事件における類似した判決」の実現を期待する十分な理由がある。言い換えれば、決定的な法的事実がほぼ同じ状況の下、中国最高人民法院は「本田」事件の商標を付する行為が法的属性において「亜環」事件や「東風」事件とは全く逆の認定を下したとしても、法定手続きを通じて先行判決の間違った認定ないし誤った裁判を是正すべきである。OEM 加工における商標を付する行為の性質の認定に対するさらなる分析と「本田事件」再審判決に対する評価は、後で述べる。

周知のように、涉外 OEM 加工にかかる商標権侵害紛争の裁判で難題が生じる主な原因は、経済がますますグローバル化している今の時代において、商品の国境を越えた加工と貿易が常態化しており、国境を越えて商品に商標を付する権利には、依然として「生まれながらの」鮮明な属地性の特徴がある。一国で登録又は取得した商標専用権は、その国でのみ有効である。発注者の所在国の登録商標権の効力は、加工者の所在国にまで及ばない。逆も然りである。このように、同一の商標を付した商品が国境を越えて流通し、当該商標の国内外での権利が異なる主体に帰属する場合、法的紛争を生じさせる可能性が高い。理想的な状態において、同一商標について、大手グローバル企業はしばしば世界の主要市場国、場合によっては全ての国で登録を求める。その場合、加工者の所在国であっても、発注者の所在国であっても、発注者が OEM 加工製品に付される商標の専用権を有し、国境を越えた貿易に関する商標権侵害の紛争は発生しない。

したがって、上記の4つの事例の最大の共通性は、OEM 加工における係争商標が発注者の所在国と加工者の所在地である中国で、それぞれ所有者が存在するという点にある。それにもかかわらず、上記状況を形成した原因は、それぞれ異なっており、事件の法的認定と判断にもある程度影響を与える可能性がある。「NIKE 事件」では、「NIKE」商標が中国とスペインでそれぞれ異なる企業によって登録されており、自然に形成された状況である可能性が高い。スペイン裁判所の認定によると、同国での NIKE 商標の使用は 1932 年から始まっており、事件当の登録者である Flora Bertrand Mata は Cidesport 社に使

用許諾を与えていた³⁰。原告の米ナイキ社は、1972 年に設立され、事件当時における同社の NIKE 商標は既に世界的に著名になっていたかもしれないが、スペインで他の企業に先に登録されていた状況を変えることはできなかった。なぜなら、スペイン語で「NIKE」は勝利の女神を指すもので、意味が美しく、発音の響きがよく、記憶しやすいからである。複数の企業に狙われ、商標として使用され、登録されていたことには不思議がなかった。米ナイキ社は、中国での登録商標専用権に基づき、スペイン企業が中国企業に NIKE スポーツウェアを発注して製作させることを阻止することができても、スペイン人が自国で製作したり、他国で同ブランド商品の加工を発注することを制止することはできない。つまり、ナイキ社のブランドがスペイン市場に進出し、その市場を占領するには、市場手段を通じて関連企業を買収、合併するか、スペインで登録された商標 NIKE を直接購入するしかない。したがって、ナイキ社が本件でまぐれに勝訴したとしても、同社のグローバルブランド戦略の実施において実質的なメリットはない。

「亜環事件」で、一審原告 FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED は、自然人の許浩栄氏から 2010 年 3 月 27 日に登録商標「PRETUL 及び楕円図形」の専用権を譲り受けた。一方、許浩栄氏が 2000 年に発起人として参加し、株主を務めていた泰星公司是、2001 年に既に TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. の委託を受けて、中国で「PRETUL 及び楕円図形」、「PRETUL」商標が付された南京錠を大量に生産し、TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. に再販していた。2003 年 5 月 21 日、許浩栄氏は、第 6 類の家具用南京錠などの商品に第 3071808 号商標「PRETUL 及び楕円図形」を出願し、実際に悪意の駆け抜け出願・登録の疑いがある。TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. が本件訴訟に参加しておらず、亜環公司も TRUPERHERRAMIENTASS. A. DEC. V. が許浩栄氏に権利を主張していたかを立証していないため、原審と再審法院とも、これについて認定しなかった。よって、本件再審法院は、OEM 加工における商標使用は、商標法意味での商標使用でなく、権利侵害を否定し、FOCKERSECURITYPRODUCTSINTERNATIONALLIMITED の登録商標権が悪意の駆け抜け出願の疑いのある瑕疵とは無関連であるとした。

「東風事件」の状況は、「亜環事件」とは真逆であった。早くとも 1962 年に、上柴公司是中国で「東風」ディーゼルエンジンの商標を登録し、2000 年に当該商標は馳名商標と認定されたことがある。一方、1987 年に PTADI 社は、インドネシアで「DONGFENG（東風）」ディーゼルエンジンの商標を登録した。上柴公司是、法的措置を取っていたが、PTADI 社の商標権者としての資格は既にインドネシア最高裁判所の確定判決によって確認された。これは、上柴公司が同一商標を使って同一又は類似商品を生産して、インドネシアに輸出できなくなったことを意味する。実際、2004 年から 2007 年にかけて、上柴公司もインドネシア企業から「東風及図」商標が付された関連製品の輸出を委託されたことがある。PTADI 社がインドネシアで商標「東風」を駆け抜け登録した疑いがあるからこそ、二審法院は、加工者の常佳公司が委託を受けて OEM 加工業務に従事する際に関連商標の権利状況に対して慎重で適切な注意義務を履行しなければならないことに対して、常佳公司が合理的な注意と回避義務を果たしていないと判断した。しかし、PTADI 社がインドネシアで商標「東風及図」を登録したことが悪意の駆け抜け登録に該当するか否かについて、インドネシアの裁判所にしか認定することができず、中国の法院は判断する権利が

³⁰ 「NIKE 事件」の判決で明らかになった事実に基づく、(2001) 深中法知産初字第 55 号。スペインの特許商標局が発行した「ユニークマーク証明申請書」によると、NIKE 商標は最初 1932 年 1 月 18 日にスペインで登録を出願し、同年 5 月 28 日に登録査定された。査定商品は、第 25 類のスポーツウェア、スーツなどの紡績製品の製造に及ぶ。Mrs. Flora Bertrand Mata は、当該商標（第 8222/4 号）の登録者で、Cidesport 社がスペインでの使用が許諾されている。
URL:<http://www.emkt.com.cn/article/185/18568-3.html> [最終アクセス日：2024 年 1 月 15 日]
URL:<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1671519111189420916&wfr=spider&for=pc> [最終アクセス日 2024 年 1 月 15 日]

ない。

「本田事件」は、また別の状況である。日本本田社は、中国で3つの「HONDA」シリーズ商標を登録していたが、ミャンマーでは、ミャンマー人の呉徳孟昂氏が類似商標の「HONDAKIT」を同類の商品を指定して登録していた。本田社は、国際的に有名なオートバイメーカーであるため、「HONDA」のオートバイを指定商品とする商標は、国際市場で高い知名度を有しており、呉徳孟昂氏がミャンマーでこれに類似する「HONDAKIT」を同類の商品に登録したことが馳名商標の駆け抜け登録の疑いがあったと考えられる。しかし、「HONDAKIT」という商標のミャンマーにおける商標権の正当性は、ミャンマーの行政と司法機関によって認定されるしかないものである。本田社は、本件でまぐれ当たりに勝訴したが、「HONDAKIT」がミャンマーで既に登録されている事実を変えることはできず、ミャンマー企業がオートバイやその部品を自ら製造したり、国内や海外に加工を委託したりして、登録商標「HONDAKIT」を付して、ミャンマー市場で販売することを阻止することはできないはずである。

上記をまとめると、4つの事件は具体的な事実関係において、OEM加工における「商標」の扱いが中国と発注企業の所在国それぞれに状況や情勢が異なるが、これらの差異は上記事件が基本状況の同一と一致性に影響を与えるものでなく、もちろん法院の判決結果に差異をもたらすべきでない。

3. OEMに商標を付する行為の法的属性のさらなる分析：「本田事件」再審判決を兼ねて評価

涉外OEM加工において、形式的に見た場合、いわゆる「商標を付すること」は、通常、中国商標法57条1項の規定、つまり、「(国内の) 商標権者の許諾を得ずに、同一の商品について登録商標と同一の商標を使用する」ことになる。異なる国のオフィシャル言語が異なり、商標登録と使用に関する具体的な規定に大きな違いや小さな違いがあるため、1つの企業が異なる国で同一の商標を登録しても、標章の具体的なデザインには小さくない差異が存在する。異なる企業がそれぞれ異なる国で涉外OEM加工に関わる商標を登録した場合、標章の設計に何らかの違いが現れるのはなおさらのことである。したがって、OEMに商標を付する行為は、形式的に57条2項の期待内容に当たる可能性がある。すなわち、「(国内の) 商標権者の許諾なしに、同一の商品について登録商標と類似の商標を使用し、又は、類似の商品について登録商標と同一又は類似の商標を使用し、混同を生じさせやすいとき」³¹に当たる可能性がある。

「本田事件」がまさにこのような状況であったといえる。

しかし、中国商標法は上記の2つの状況を権利侵害に当たる商標使用と定義し、登録商標専用権を侵害すると認定するには、条件付きであり、登録商標と同一又は類似する商標を使用する商品が国内市場に進出し、不特定の消費者に向けて販売されていることであるとしている。もちろん、これらの商品が国内市場に進出しても、消費者ないし関連公衆は必然的ではなく、これらの商品ないしその上に付されている商標に接触する可能性があるだけで、市場に進出する商品の数が商業規模に達し、十分な時間を持続する限り、全体の消費者層ないし関連公衆がこれらの商品及びその上に付している商標に接触するのは必然である。涉外OEM加工について、その最終商品は中国市場に進出せず、これらの商品に商標を付する行為も中国商標法57条1項と2項を適用することはできない。したがって、「亜環事件」再審判決では、涉外OEM加工の商品が中国市場に進出しないことを理由に、商標を付する行為が商標使用に該当せず、一審原告の商標権を侵害しないと判断も、「東風事件」で同様な理由に基づいて、商標を付す

³¹ 引用された法律条文の括弧内の「国内」の二文字は、筆者により追記されたものである。

る行為が国内登録商標の識別機能を損なっておらず、商標権侵害に該当しないとの判断も、商標法を正しく解釈し、商標法を適切に適用した正しい裁判であるといえる。「本田事件」再審判決では、涉外 OEM 加工が中国市場に進出しないという基本的な事実を無視し、識別可能性と混同可能性の文脈における「可能」と「可能性」の意味の誤った解釈に基づいて、商標を付する行為は商標使用に該当し、原審原告の係争登録商標専用権を侵害すると判断しており、当該判決の論理的な部分では、商標法理において、本来であれば強い現実性を帯びる可能性、あるいは極めて大きな可能性を物理学ひいては哲学的な意味における極めて軽微な「可能」と「可能性」にすり替えたものであり、妥当とは言い難い。以下、さらに検討することを試みる。

まず、「本田事件」再審判決における OEM 加工に商標を付する行為が商標使用に該当するという認定を分析する。

確かに、中国商標法 48 条における商標使用の定義におけるいわゆる「商品の出所を識別する」という要求は、主に商標使用の目的についての要求で、使用効果について、商標が使用されると必ず実際に識別機能を発揮することを強要するものではない。しかし、現実の市場では、法律の規定を遵守し、商慣行に基づいて識別性を有する商標を使用すると、通常は、消費者、関連公衆にすぐに認められる。言い換えれば、商標は使用を経て、市場に受け入れられ、実際に識別機能を発揮する可能性が極めて高い。使用するビジネスの規模をさらに考慮し、十分な数の消費者層と関連公衆を考察すれば、その可能性は高まり、必然的に重なり合う。しかし、「本田事件」再審判決では、付される商標が発揮した識別機能は微々たるもので、実際には不可能に等しい極めて低い可能性であると判断し、商標を付する行為が法律における商標使用を満たしていると解釈したことには、納得できない。

もちろん、中国商標法と商標実施条例及び関連司法解释によれば、商標使用の関連公衆は、商品のマーケティングに密接な関係がある他の事業者を含むと定められている³²。しかし、これは、全く消費者に向けない使用、他の事業者が触れる確率の極めて低い使用が商標使用の要件を満たすことができることを意味するものでない。さらに、商品のマーケティングに密接な関係がある他の事業者は、主に卸売、小売、広告宣伝サービスに従事する事業者を指すもので、再審判決で唯一言及された輸送段階の事業者を含むべきではない。実際には、輸送段階の事業者は、マーケティングと密接な関係はなく、通常、商品ブランド、品質に留意したり、注目したりすることはない。したがって、国内市場に全く参入せず、国内消費者に接触させない商品に使用される商標は、国内で識別機能を発揮することは不可能である。

再審判決によると、電子商取引やインターネットの発展に伴い、国外に輸出された被疑侵害品が国内市場に流入する可能性がある。その可能性が全くないわけではないと言わなければならない。しかし、電子商取引を通じて海外の商品を購入するとき、商品の輸送も同様に税関の知的財産権検査を経なければならず、同一商標が国内の他の企業に登録されている場合、このような商品は合法的に通関することができず、つまり、中国市場には入ることができない。一步譲って、密輸や税関検査の漏れにより、これらの商品はわずかに国内に戻ってきたとしても、国内の消費者や購入者から見れば、購入品に使用されているのは国内の商標ではなく、海外の商標である。つまり、このような使用は、商標使用に該当するとしても、国内登録商標とは関係がなく、海外商標の使用である。このように国内に流入する商品が仮に国内登録商標の専用権を侵害したとしても、侵害者は商標 OEM 加工の委託者ではなく、国内への流入を促した輸入企業である。また、再審判決では、「中国経済の絶えずの発展に伴い、中国の消費者は海外旅

³² 法釈〔2020〕19号8条の規定を参照。

行と消費の人数が多く、「商標が付された商品」に接触し、混同の可能性がある。」と述べた。しかしながら、海外旅行の中国消費者がこれらの商標が付された商品に接触する可能性があるとしても、国内登録商標と混同する可能性はないと認めなければならない。なぜなら、これらの中国消費者が海外市場で接触したのは、国内の登録商標ではなく、海外の登録商標であるからである。これについて、商標を付することが商標使用に該当するとすれば、使用されるのは国外の発注者の同国における登録商標であり、さらにこれらの商標が付された商品が発注者の所在国に入ってこそ、商標を付することが発注者の登録商標に対する実際の使用になる。このように、海外市場で OEM に商標を付する商品に接触した中国消費者が国内の登録商標と混同する可能性がないといえる。このような混同が生じたとしても、その根源は商標の属地性にあり、法律上に非難すべきではない。

属地性について、中国商標法 48 条に定められている商標使用に関する「商品の出所を識別する」という要件にも、実際には地域範囲の限定が含まれている。つまり、商標使用の目的と意図から言えば、**中国市場**で商品の出所を識別するためのものである。商標が識別的な役割を果たす市場範囲を中国市場に限定することは、商標と商標法の属地性の問題の意味であると言うべきである。涉外 OEM で商標が付された商品は、その全てが輸出され、中国市場には全く入らない。涉外 OEM において商標を付する者の目的と意図は、決して中国市場で識別的な役割を発揮することではなく、ターゲット国の市場で商品の出所を識別するために使用されるものである。実際には、涉外 OEM で商標が付された商品は、中国市場に入らず、付される商標が中国市場で商品の出所を識別する役割を果たす可能性は決してない。これは更に再審判決における涉外 OEM で商標を付する行為が商標使用に該当するとの認定が、完全に間違っていることを論証できる。

次に、「本田事件」再審判決における商標を付する行為が商標権侵害に該当するとの認定を検討する。

再審判決において、本件権利侵害認定は中国商標法 57 条 2 項の規定「下記の各号の行為の一つに該当するときは、商標権の侵害とする。…（二）商標権者の許諾を得ずに、同一の商品について登録商標と類似の商標を使用し、又は、類似の商品について登録商標と同一又は類似の商標を使用し、混同を生じさせやすいとき」を適用するとした。判決では、恒勝社が権利侵害と訴えられたオートバイに「HONDAKIT」文字と図形が使用され、「HONDA」の文字部分を強調して拡大し、「KIT」の文字部分を縮小させるとともに、H 文字と類似する翼形状部分を赤色で表示し、本田社が保護を求めている 3 つの商標とは同一又は類似商品における類似商標に該当し、「関連公衆の混同と誤認を生じさせる可能性があり、関連公衆を混同させやすい」ため、権利侵害が成立すると判断した。表面的には、上記判決内容の法適用が正しく、分析が徹底的であり、説明が十分であるといえるが、既に述べたように、52 条 2 項の適用は被疑製品が中国市場に入っていることを前提とする。しかし、涉外 OEM 加工の全ての商品が発注者の所在国の市場に輸出され、「本田事件」の場合、すべてミャンマーに販売され、中国市場には入らない。これは、係争商品及びそれに付している商標は、そもそも 52 条 2 項を適用する前提を全く備えていないことが明らかである。したがって、再審判決における商標権侵害が成立するとの認定は、法律に対する間違えた理解、解釈と適用による間違えた結論である。

さらに、再審判決における「混同を生じさせやすい」という言葉の解釈も商標の立法目的や法理の趣旨に合致せず、誤解を生じさせるのみである。当該判決において「混同を生じさせやすい」とは、「関連公衆が被疑侵害品に接した場合、混同を生じさせる可能性があるということであり、関連公衆が必ず実際に被疑侵害品に接触することを要求するものでなく、混同の事実が確実に発生することを要求するも

のでもない」と強調しているが、表面的には幾分理にかなっているようにみえるが、実際には偏りがあり、商標権侵害制度に関する法律に対する基本的な誤読である。根源を追及すると、比較法上、「混同を生じさせやすい」とは、英米商標法の「likely to cause confusion」に由来し、その文言上の意味は、「混同を生じさせる可能性がある」というもので、それに応じて、「混同の可能性」は「Likelihood of Confusion」の中国語訳となっている³³。したがって、「混同を生じさせやすい」、「混同の可能性」を正確に理解するには、「可能性」、すなわち「Likelihood」の「微妙な言葉に込められた重要な意義」を把握することが肝要である。

辞書の意味について、「Likelihood」には確かに「可能（性）」という意味があり³⁴、商標法上の意味は一般的な可能、可能性ではなく、特に現実的な可能性が高いことを意味している。「“Likelihood of Confusion”の基準は、ちょうど“Possibility of Confusion（混同の可能性）”と“Actual Confusion（実際に混同）”基準の折衷である」と言える³⁵。これは、「Likelihood」が代表する可能性が「可能」と「現実（必然）」の間にあることを意味し、「当事者は消費者が混同する可能性（probable）が高いことを証明すればよく、混同の必然性（inevitable）を証明する必要はない」³⁶。ドイツ商標法において、「Likelihood of Confusion」、「混同の可能性」に対応する言葉は「Verwechslungsgefahr」である。この複合語のうち、「Verwechslung」の意味は「混同」である。「Gefahr」は「可能性」に対応し、「危険、損害を招く可能性」を意味し、マイナス的な事件が発生し、人々が望んでいない事件が発生する可能性が大きく、迫られていることを指す。したがって、ドイツ法上、混同の可能性は「遠く及ばない、抽象的、又は理論的な可能性」ではなく、「明らかな可能性」でなければならない³⁷。

このように、裁判官は具体的な事件の状況について「混同の可能性」があるかどうかを認定する際、関連市場における関連公衆の知識、識別能力、買い物をする際の実際の環境をシミュレーションしたうえで、特定し、その心理状態を推測して判断しなければならない。ここでいわゆる「関連公衆」は、実際に存在するある消費者又は事業者ではなく、特定市場における一般消費者や事業者に対するシミュレーションである³⁸。これによって、シミュレーションした「関連公衆」は、適切な情報を把握しなければならず、合理的な程度の注意と謹慎を有しなければならない³⁹。もし、このような関連公衆が被疑商品の商標に接し、直面し、混同の可能性が大きく、それが明らかであれば、権利侵害が成立すると認定することができる。一体どの程度の可能性があれば、権利侵害の成立を意味するかについて、一概には言えず、ケースバイケースとなる。しかし、1点は肯定できるものであり、小さすぎたり、微々たる可能性であったりするものは、権利侵害成立の結論を支持するには不十分であるということである。同時に、混同の可能性の認定が1種のシミュレーションに過ぎず、実際に被疑商品に接触した関連公衆に対する証拠調査ではないが、このような認定を行うことは同様に前提があることを明確にしなければなら

³³ 「Likelihood of Confusion」は当初、英米商標法の用語の1つにすぎなかったが、次第に国際条約に受け入れられ、国際商標法体系の基本的な範疇となった。英国商標法5条、10条、米国ランハム法32条、43条、知的財産権の貿易関連の側面に関する協定16条、欧州連合商標条例8条、9条と立法理由第11段落、WIPO 周知商標の保護規則に関する共同勧告4条とパリ条約6条の2を参照。

³⁴ 『オックスフォード高次英漢双解辞典』862頁（商務印書館、オックスフォード大学出版社2002年1月第4版増補本）。

³⁵ Lisa Kobia, Not Likely, But Possible: A Lesser Standard for Trademark Infringement in Versa Products Co. v. Bifold Co., 31 U.S.F. L. REV. 477 (1997).

³⁶ Eclipse Assoc., Ltd. v Data General Corp., 894 F.2d 1114, 1118-19 (9th Cir 1990).

³⁷ 邵建東『ドイツ反不正競争法研究』249頁（中国人民大学出版社、2001年版）。

³⁸ 法釈〔2020〕19号第8-12条を参照。

³⁹ Jeremy Phillips, Trade Mark Law: A Practical Anatomy, Oxford University Press 2003, P P 352-354.

ない。すなわち、被疑商品が既に中国市場に入っているか、進出する予定があり、関連公衆全体としては必ず被疑商品に接触することがあるということである。そうでなければ、混同の可能性を認定する基礎が存在しない。もちろん、被疑商品が中国市場に入らず、関連公衆がこれらの商品に接触することがない場合に、混同の可能性の認定をしなければならないとすれば、結論としては、その可能性が存在しないため、権利侵害は成立しないということにほかならない。これは、「本田事件」の再審判決における商標権侵害成立の判断が完全に間違っていることを一層論証している。

ここまでの論述で、「本田事件」再審判決についての分析が完了した。余談として、混同の可能性と商標権侵害の成立との間の関係をさらに明らかにする必要があるようである。上記で述べたように、特定の事件について、混同の可能性が一定程度に大きく、例えば 50%であれば、権利侵害が成立すると認定するとすれば、権利侵害が発生する確率も 50%であることを意味するものであるか。答えは、もちろん否定的である。考えてみると、商業規模が大きい被疑商品が市場に参入し、消費者を混同させる可能性が 50%の場合、少なくとも以下の結果を招くことになる。第一に、相当数の消費者が実際に混同した。第二に、混同させられていない消費者は市場でより高い検索努力と判断コストを払った。第三に、市場に混同を生じさせる可能性のある被疑商品が存在する情報が徐々に広がり、ターゲット消費者が原告の商品を求める意識を委縮させ、必然的に当該商品の販売に影響を与え、販売量を低下させる。上記の分析に基づいて、実質的な混同可能性がある限り、被疑侵害行為は商標権侵害に該当すると断言できる。

最後に、涉外 OEM 加工の委託関係が、商標を付する行為の商標権侵害認定に対する影響を簡単に分析する。

涉外 OEM 加工にかかる商標権侵害事件において、最終的に権利侵害を認定するか否かにかかわらず、法院のほとんどにおいて被疑侵害行為が涉外 OEM 加工に該当する否かを明確にする。本文が引用した最高人民法院による 3 つの再審判決はいずれもそうであった。その判断過程において、涉外 OEM 加工の委託契約の有効性や、発注者が輸入国において確かに関連商標登録専用権者（又は被許諾者）であり、加工者に対して加工製品に当該商標を付する許諾を合法的に行い、加工者が関連商標の権利状況について慎重で適切な注意義務を履行したなどの事実が、OEM において商標を付する行為が商標権侵害の認定において実際にどのような役割を果たしているのか。またどんな役割を果たすべきか。

筆者の考えでは、涉外 OEM 加工行為が国内の商標使用に該当するか否か、ないし国内の同一又は類似登録商標の専用権を侵害するか否かについて、決定的な役割を果たしているのは、涉外 OEM 加工商品がすべて対象国へ輸出され、中国市場にはまったく参入しないということである。涉外 OEM 加工契約が真実で有効であり、発注者が付される商標に対して輸入国で合法的な権利を享受し、加工者に使用を許諾していることに関して、証拠を有し、つまり有効に被疑商品がすべて輸出され、中国市場に入らないことを立証できた場合である。中国商標法 57 条 1 項と 2 項における登録商標専用権の侵害行為に関する規定では、既に基本的な発想と推定が隠されており、上述要件を満たす場合には被疑商品が中国市場で販売していると判断される。通常において、他に強力な証拠がない限り、法院は被疑商品の中国市場への供給という前提に基づいて判断するが、上記条文に含まれる発送や推定を明確に言及せず、効果的な涉外 OEM 加工委託契約と発注者が輸入国の付する商標に対して合法的な権利を享受していることが涉外 OEM を立証する強力な証拠となる。実務において、これら以外に被告がその他の理由に基づいて、被疑商品が中国市場に入らないことを主張することは明らかに存在しない。

上記の観点を明らかにした上、上記で引用した判決と合わせてさらに分析する。「NIKE 事件」と「本田事件」では、加工者がいずれも加工製品に係争標章を付することが、国外の発注者から合法的に権利

付与されたという主張を強力な証拠で裏付け、主審法院もこれを否定していない。それでも、「NIKE 事件」の一審判決と「本田事件」の再審判決は、いずれも上述の権利付与が、被疑侵害行為の侵害性を否定する有効な抗弁事由として使用できることを認めなかった。これに対し、「本田事件」再審判決では、「商標権は、知的財産権として地域性を有し」、「中国に登録されていない商標については、外国で登録されていても、中国では登録商標専用権を享有せず」、「それに基づく中国国内の民事主体が獲得したいわゆる「商標使用許諾」は、中国商標法で保護される商標の合法的権利ではなく、商標権を侵害しない抗弁事由としてはならない」と明示した。事実も確かにそうであるが、被疑侵害商標について、発注者は中国国内でいかなる権利も享受しておらず、本件のような場合、付与する権利も存在せず、権利付与もできないと判示した。

「東風事件」で、二審法院は以下のことを特に強調した。第一に、加工者は発注者が国外で係争商標に対して合法的な権利を享受しているかについて、必要な調査を行わなければならない。調査義務を果たさない場合は過失に当たり、涉外 OEM 加工行為は商標権侵害に該当する。第二に、発注者が委託して付される商標自体に正当性がない場合、国内加工者に対してより高い注意義務を課すべきである。さらに二審法院は、発注者がインドネシアで「東風」商標を登録することは正当性がないと判断した。加工者は、上柴公司の係争商標が馳名商標であることを知っているはずであり、上柴公司与発注者とが「東風」商標についてインドネシアで長期にわたって紛争が有り、かつ権利を侵害しないと約束したことを知っているはずであるにもかかわらず依然として委託生産を受け入れ、合理的な注意と回避義務を果たしておらず、その行為は権利侵害に該当すると法院は判断した。しかし、この事件の再審判決が正しく指摘したように、発注者のインドネシアにおける係争商標の専用権は、既にインドネシア最高裁判所に確認されており、中国の法院は評価する権限がない。加工者が加工した製品はすべてインドネシアに輸出され、国内のいかなる商標に対しても注意と回避義務がない。よって、当該事件の二審法院が力を入れて強調した審査、注意、回避義務は、法的根拠もなく、法理的な支持もないことが明らかである。実際には、発注者は涉外 OEM 加工製品に付される商標に対して輸入国で正当な権利を享受していなくても、中国加工時に商標を付することが商標使用に該当せず、中国国内登録商標専用権を侵害していない。付される商標は、輸入国市場で識別機能を発揮することを意図しているため、OEM に商標を付する行為は権利侵害に該当しても、輸入国の登録商標専用権を侵害する可能性のみである。

4. OEM に商標を付する行為の性質認定及び権利確定事件審理との協調

上記涉外 OEM 加工と類似したもので、ある企業が中国で特定の商標を登録した後、国内の他の企業に製品の加工を委託し、製品に委託者の中国の登録商標を使用する。委託先が集荷した後、これらの製品をすべて輸出し、中国市場では販売しない。この場合、「正当な理由なく 3 年連続で使用しない」として登録商標の取り消しを請求された際に、委託先は係争商品の加工、輸出を通じてその登録商標が実際に使用されていることを証明することができるか。涉外 OEM の場合、海外企業が発注者として中国国内企業に製品の加工を委託しており、これらの製品に発注者が海外での登録商標を付し、すべて輸出する。涉外 OEM のような状況において、ある企業が中国で同一商標を同一商品に出願した場合、外国の発注者企業は当該商標が中国で「使用され、一定の影響がある」として異議申立手続きを通じて前記登録を阻止することができるか。実務において、上記の 2 種類の事件が実際に発生している。このような商標権確定事件の審査、評価と審理は往々にして涉外 OEM 加工に係る商標権侵害紛争判決の影響を受け、こ

れによって行われた審査、評価と行政判決は、関連商標を付することや使用行為に対する性質の確定について、逆に法分野での渉外 OEM 加工行為に対する性質の確定に関する認知に影響を与える。

(1) 「HANA」登録商標取消事件：輸出商品に国内登録商標を使用することは商標使用に該当する

得利洋行香港有限公司（以下、「得利公司」という）は、中国第 3222106 号、第 3222105 号及び第 5372201 号商標「HANA」の商標登録者であり、それぞれ第 9 類、第 11 類及び第 16 類商品を指定商品として登録されている。ドイツの HAMA 股份有限公司（以下、「HAMA 社」という）は、「3 年連続使用停止」を理由に上記登録商標、つまり係争商標について、中国商標局にそれぞれ取消申請を請求し、いずれも商標評審委員会の評価、北京知識産権法院の行政一審と北京高級人民法院の行政二審を経た。HAMA 社は、得利会社が提出した証拠は、指定期間中において、中国の生産メーカーに係争商標が付された係争商品の加工と輸出を委託した事実を証明することができるが、得利会社が係争商標を使用したのは輸出商品にのみであり、関連商品は中国市場の流通分野に入っておらず、OEM 加工は商標の中国での使用とみなされておらず、係争商標は取り消されるべきだと主張した⁴⁰。

北京高級人民法院は、最終的に、係争商品についての係争商標の登録が維持されるべきであると判決し、その理由は主に以下のとおりであるとした。第一に、得利会社の生産、輸出行為は、中国で発生し、生産、輸出した商品に係争商標を使用することが、真実、公開、合法的な積極的な使用行為に該当し、商標資源を放置していない。第二に、このような商品の生産・輸出行為は、中国の生産メーカーが国外の委託を受けて委託者ブランド商品を生産・輸出するための OEM 加工モデルとは異なり、係争商標は、実際に商品の出所を識別する役割を果たし、商標登録を維持するための有効な使用行為に該当すると認定することができる⁴¹。しかしながら法院におけるこのような判断は、得利公司の上記ビジネスモデルと渉外 OEM 加工の商標を付する場面での使用における差異について、十分に検討を行わなかった。その部分について、ここでさらに説明を試みる⁴²。

まず、得利会社が輸出商品に使用したのは、中国で登録された商標であり、完全な専用権を有している登録商標でもある。また、渉外 OEM 加工において、国内加工者が製品に使用するのは輸入国で登録された商標であり、当該商標の権利は輸入国の発注者又は使用許諾を与えた登録者に属される。

次に、得利公司は他社に係争商品の生産を委託し、これらの商品を自分の名義で輸出した。これは、係争商標を使用した商品が中国国内で取引を行ったことを意味するもので、係争商標が取引された商品に使用されたということは、自然に商標使用に該当する。渉外 OEM 加工の場合、発注者は国内加工者自身又は代理人に委託して輸出手続きを行っており、係争商標は中国国内で取引が発生していない。

最後に、同類製品の輸出について、中国企業は競争関係にあり、輸入国の企業は通常、輸出商品に使

⁴⁰ 中国では、登録商標が連続不使用取消審判手続きにおいて、取消すと請求される登録商標は係争商標といい、その指定使用商品は係争商品といい、取消請求の提出日から遡ってその日までの 3 年間は指定期間という。上記事件は、実体問題について、いずれも中国商標法（2001 年改正）を適用し、そのうち、44 条は、「登録商標の使用において、次の各号行為のいずれかがあるときは、商標局は期間を定め是正を命じ又はその登録商標を取消す…（四）継続して 3 年間使用しなかったとき。」と規定されている。中国現行商標法（2019 年改正）の対応条項は 49 条 2 項であり、「登録商標…正当な理由がなく継続して 3 年間使用していないとき、いかなる単位又は個人は商標局に登録商標の取消を請求することができる。」と定められている。北京市高級人民法院行政判決書：（2019）京行終 3376 号、3378 号和 4766 号を参照。

⁴¹ 北京市高級人民法院行政判決書（2019）京行終 3376 号、3378 号和 4766 号を参照。

⁴² URL: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=167151911189420916&wfr=spider&for=pc> [最終アクセス日：2024 年 1 月 15 日]

用される中国登録商標に基づいて商品の出所を識別する。そのため、すべて輸出に使用されたとしても、商品に使用される中国登録商標は実際に出所識別の機能を果たしている。

(2) 「无印良品」商標異議申立事件：涉外 OEM 加工は商標使用ではない

「无印良品」商標異議申立事件で⁴³、南華公司は 2000 年 4 月 6 日に第 24 類商品について、中国商標局に「无印良品」商標登録を出願し、2001 年 4 月 28 日に初歩的に審査され、公告された。日本良品計画社（以下、「良品計画」という）は、1999 年 11 月 17 日から、中国で「无印良品」商標を登録出願し、第 16、20、21、35、41 類の商品又は役務を指定した。異議申立商標の登録日までに、良品計画は第 24 類商品について、「无印良品」商標の登録を出願していないが、「无印良品」商標が第 24 類商品において「既に使用され、一定の影響のある商標」に該当することを理由に⁴⁴、南華公司が上記初審公告された「无印良品」登録出願に異議を申し立てた。当該異議申立は、商標局の裁定、商標評審委員会の不服審判、行政一審、二審及び再審を経て、最終的に棄却された。

商標局、商標評審委員会、3 つのレベルの法院の棄却理由は、以下のとおりまとめることができる。第一に、既存の証拠は、異議申立てられた商標の登録を出願する前に、良品計画社の「無印良品」商標が日本、中国香港地区で既に第 24 類商品に実際に使用されていること、及びこれらの地区で宣伝・使用の状況と知名度を証明することができるが、「無印良品」商標が中国大陸部地域で実際に使用されたことを証明することはできず、さらに「無印良品」商標が中国大陸部で実際に第 24 類のタオルなどの商品に使用され、一定の影響があることを証明することはできない。第二に、良品計画社は、輸出するために中国国内のメーカーに第 24 類商品の加工生産を委託したことを立証したが、関連宣伝、報道はいずれも中国国外に行われ、全て輸出のための OEM 加工の第 24 類商品に「无印良品」商標を付しただけでは中国国内での実際の使用には該当しない。

もちろん、「他人が先に使用し、一定の影響のある商標を不正な手段で登録してはならない。」について、その商標が「使用し、一定の影響のある」商標であると主張し、上記異議申立手続きで商標局と法院の支持を得たい者は、既に係争商標を先に実際に使用しており、「一定の影響」を生じさせたことを証明するだけでなく、他人の登録出願は、「不正な手段で駆け抜け登録」に該当することを証明しなければならない⁴⁵。このように、その商標が既に涉外 OEM 加工に使用されている証拠だけでは、立証の責任を果たせたといえない。登録商標は、連続して使用されなかったため取消請求された場合、商標登録者はもともと登録者の有利な地位にあり、証明しようとする商標の使用は、商標専用権の維持、商標識別機能の維持に必要な程度に達していればよい。さらに言えば、他人に製品の加工を委託し、製品に国内に登録された商標を使用し、その全てを国外に輸出する場合の商標の使用方法、委託者と加工者の取引モデル、係争製品の輸出手続き、引渡しと支払い方法においていずれも涉外 OEM 加工とは大きく異なっており、比較法上、欧州連盟の商標条例とドイツ商標法には明確に国内で登録商標を専ら輸出のための商品に使用することも有効な商標使用に該当すると規定しており⁴⁶、中国商標局、商標評審委員会、

⁴³ 「无印良品」商標異議申立審決取消行政紛争再審事件、最高人民法院行政判決書（2012）行提字第 2 号を参照。

⁴⁴ 中国商標法（2001 年改正）31 条の後半に「商標登録の出願……」「他人が先に使用し、一定の影響のある商標を不正な手段で登録してはならない。」と規定されている。2019 年の改正を経て、上記内容は 32 条の後半に規定されている。

⁴⁵ 王太平「「无印良品」事件から「PRETUL」事件まで：涉外 OEM 加工の法律性質」法学評論 2017 年 6 期 176-187 頁。

⁴⁶ ドイツ商標とその他の標識法 26 条 4 項、欧州連合商標条例 18 条を参照。

商標権確定を行う行政法院が、輸出商品に国内登録商標を使用することが登録を維持するのに十分な有効な商標使用に該当すると判断したことは、十分に法理の検証に耐えられる。

結論

新世紀以来、商標使用、特に権利侵害との関係は、各領域の注目を集めている。これにより相互に対立する2つの立場が形成されている。その1、商標使用は商標権侵害の構成要件であるとし、被告の権利者商標と同一又は類似する標章の使用が商標使用と認定されるのに十分である場合にのみ、その行為が商標侵害に該当するかどうかを検討する必要性がある。その2、商標使用理論は言い過ぎであり、商標使用は商標権侵害の構成要件ではないと考えている。実際、商標権侵害の構成について、被疑侵害者の行為が商標使用と認定できるかどうかは、誠に重要な議題である。しかし、その重要性を強調するあまり、権利侵害の認定における独立して前置的な条件とすることは拡大しすぎである。複雑な事件について、商標使用の認定と商標権侵害の判断は、往々にして交錯し、同時に進行し、前後の区別もなければ、互いの区別もない。渉外 OEM 加工にかかる商標権侵害紛争において、商標使用と商標権侵害の認定は、ほぼ同じ問題に属する。渉外 OEM 加工の商品は、全く国内市場に入らないため、加工者の商標を付する行為は商標使用に該当せず、国内の同一又は類似する登録商標専用権を侵害しない。これは、各国が渉外 OEM 加工にかかる商標権侵害紛争を処理する共通の立場になるべきである。

Ⅲ. 商標法における登録商標の不使用抗弁制度

中国社会科学院 知識産権研究センター 張 鵬 専任研究員

1. 問題の提起

近年、中国の毎年の大量の商標出願において、出願人が商標登録を利用して他人の正常な経営活動を妨害し、これをビジネスモデルとして利益を得る現象が広く存在しており、これもますます中国の注目される社会問題となっている。そこで、2019年の商標法改正¹において、4条に「使用を目的としない悪意による商標登録出願を拒絶する。」という規定を導入して対応し²、そのうち、どのような状況が4条でいう使用を目的としない悪意による商標登録出願行為に該当するかについて、国家市場監督管理総局もその適用範囲を明確にするために、具体的な規定を公布した³。4年間の実践を経て、政策決定者は2019年の商標法改正における商標登録の氾濫現象に対する対策が既存の問題を完全に解決していないことを発見し、商標の「登録したのに使用しない」現象は依然として比較的によく見られ、「商標ブローカー」「商標の放置」は、正常な経営需要のある市場主体が商標登録を取得することを阻害し、悪意のある駆け抜け商標登録は依然として存在し、特に公共資源、ホットトピックス、突発的な事件に関する特有の語彙、有名人の氏名などを駆け抜け商標登録することが頻繁に行われ、「ブランドへのタダ乗り」「企業名誉へのタダ乗り」「ホットトピックスへのタダ乗り」は、何度禁止されても存在している⁴。そこで、国家知識産権局が2023年1月に発表した「商標法改正草案（意見募集稿）」⁵は、商標登録の氾濫現象に対して、より体系的で全面的な規制ルートを設計した。そのうち、比較的に重要な制度の更新は、5条に出願段階における商標使用又は使用の承諾に関する要求を増設したこと、22条に悪意による商標登録出願の具体的な状況を明らかにしたこと、45条から47条に悪意による駆け抜け商標の強制移転制度を確立したこと、61条に商標権者が5年ごとに商標の使用状況を説明するための証拠提出の要求を増設したこと、67条に悪意による商標登録に対する罰金額を高めたこと、83条に悪意による商標登録出願が他人に損害を与えた場合、民事賠償の責任を負い、悪意による商標登録出願が国家利益、社会公共利益に損害を与え、又は重大な悪影響を与えた場合、検察機関より訴訟提起ができるなどを含む。「商標法改正草案（意見募集稿）」が示されている商標法の更新の程度だけを見ると、重大な制度変更と言える。

「商標法改正草案（意見募集稿）」には、商標登録の氾濫を抑制するための具体的な制度が数多く設計されているが、これらの厳格な事後監督管理によって制度設計当初の目的を効果的に実現できるか否かについて、社会的に共通認識を形成していない。特に、この草案は公開されてすぐに多くの批判を受けた。例えば、「商標法改正草案（意見募集稿）」では、使用を目的としない悪意による商標登録出願にお

¹ 中華人民共和国主席令第29号【公布日】2019.04.23、【施行日】2019.11.01。

² 代理機構について、「商標代理機構は、委託人の登録出願商標が本法4条に定めるものに該当することを知っていたり、又は知るはずであったりした場合には、その委託を引き受けてはならない。」と規定し、33条に4条の状況を異議申立事由、44条1項に4条の状況を無効事由として追加した。

³ 国家市場監督管理総局令第17号【公布日】2019.10.11、【施行日】2019.12.01。

⁴ 「中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）」に関する説明、国家知識産権局公式サイト https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html を参照、発表日：2023-01-13。

⁵ 国家知識産権局による「中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）」の公開意見募集に関する通知、国家知識産権局公式サイト：https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html を参照、発表日：2023-01-13。

ける「悪意」が削除されたが、使用を目的としない商標を登録する行為が必ず悪意に当該するわけではなく、現実生活には商標権者が一定数の商標を登録し、実際に使用しようとする意図がないが、防御的登録のように、商標の買い占め行為として否定的に評価するには適切でない商標登録行為もある。「商標法改正草案（意見募集稿）」では、上記状況に対して、正当な登録行為が当該条項の規制範囲に入る可能性を排除するための例外を規定していない。また、「商標法改正草案（意見募集稿）」に導入された使用意図の宣誓制度において、出願人が提供する証拠資料は実際に使用するまで求めてなく、使用の意図を表明したり、又は証明したりすることにとどまるため、その取得又は作成にはハードルが高くなく、出願人の使用意図が真実であるかを証明することが難しいため、実際の効果が限定的である⁶。さらに、「商標法改正草案（意見募集稿）」に規定されている5年ごとに商標の使用状況を説明するための証拠提出を求めたことについて、「当該要求を登録商標の取消事由とすることが、必要でなければ、妥当でもない」と主張する学者もいる⁷。現在、商標法の改正を巡っては学术界や実務界の共通認識が形成されておらず、共通認識がない状況における法改正は、最終的には論争が少なく、中間的なものしか導入できず、結果として既存の問題を体系的に解決することができないおそれがある。

比較的に重大な立法更新を行う前に、特に、まず現行商標法の枠組みの下で既存の問題を対応するためにどのようなツールを提供しているかについて検討し、既存の問題を対応する際に当該ツールが直面する欠陥を分析し、現在の実践を踏まえて、段階的に改正を通じて既存のツールが最大限に効果発揮できるようにすることを期待する必要がある。中国の現行商標法において、商標権者が商標登録を取得した後、一定期間内に商標を実際に使用していない場合、当該登録商標の効力に不利な一連の法的結果が発生し、そのうち、使用しないことによる商標権が取り消される結果も含まれ、使用しないことによる権利行使上の制限も含まれている。前者について、日中共同研究プロジェクトは数年前に特別テーマとして、日中の学者が両国の実践を結合して比較的に詳しく紹介したので⁸、本研究では使用しないことによる権利行使上の制限のみについて日中の比較研究を行う。

登録商標の効力には、他人の使用を禁止する効力が含まれ、後の商標登録を阻止する効力も含まれている。被疑侵害主体又は後の商標登録者として、侵害訴訟において不使用抗弁を主張することができるし、取消、異議申立及び無効宣告の審判において不使用抗弁を主張することもできる。前者は日中両国では、いずれも非常に豊富な実践があるが、後者は立法上の確定した規則が形成されておらず、学説上

⁶ 楊凱旋『『登録体制の下における商標使用意図要件の点検』 交大法学 2021 年 3 期。

⁷ 張偉君「我が国（中国）「商標法」は「商標管理法」の誤りから抜け出すべき—2023 年改正草案意見募集稿第 7 章などの改正提案」<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1756613999135062626&wfr=spider&for=pc> [最終アクセス日：2024 年 2 月 28 日]

⁸ 知的財産研究教育財団『特許庁委託平成 28 年度知的財産保護包括協力推進事業 知的財産に関する日中共同研究報告書』（平成 29 年 3 月）に収録された李明徳「登録商標不使用に関する問題の研究」、彭学龍「登録商標の不使用に関する理論の検討と制度の改善」、以及小塚莊一郎「不使用取消に関する効率的な制度設計の探求—日本の経験を踏まえて」を参照。

のみこの制度を導入する主張が存在している⁹。そこで、本研究は主に権利侵害訴訟における不使用抗弁を研究対象とする。

2. 日本法上の侵害訴訟における登録商標の不使用抗弁

(1) 侵害差止め請求に対する抗弁

日本商標法ではこれについて明確な規定はなく、司法実務において、通常の利用の抗弁という観点からこの問題を議論する。具体的には2つのタイプが含まれる。タイプ1は、商標権者の不使用状態だけで権利侵害訴訟の被告が権利濫用抗弁を主張することに至るか、又は商標権者の不使用状態を権利濫用抗弁の要素として考察するかである。タイプ2は、被疑侵害主体が侵害訴訟が提起された以前に又は同時に3年不使用取消審判を提起した場合、これをもって不使用抗弁を主張できるかである。

タイプ1について、通常、商標権者の不使用だけで権利濫用に該当しないが、それを1つの要素として、その他の要素と結び付けて商標権者の権利行使が権利濫用に該当するかを総合的に考察することができるとされる。では、日本の商標法39条に基づいて、日本の特許法104条の3を準用して権利侵害訴訟における無効抗弁を導入するとき、商標無効抗弁に類比して、登録商標が商標法50条に規定された不使用取消事由を満たす場合、不使用抗弁に基づいて、権利侵害の段階で権利者の権利行使行為が

⁹ EU法上、異議申立と無効宣告手続きにおける不使用抗弁の制度設計が存在しており、つまり、異議申立と無効宣告手続きの提起主体より、引用商標が異議申立手続きにおける後の商標出願の時点（優先権がある場合、優先権日）、又は無効宣告手続きが起動された時点（このような場合、後の商標登録出願日（優先権がある場合、優先権日）は、先行商標の登録日から5年間に満了した場合、後の商標登録出願日（優先権がある場合、優先権日）も要求）の前の5年間に実際に使用されていたことの証明を提供し、使用されておらず、かつ正当な理由がない場合、当該登録商標は、他人の登録を阻止する先行登録商標に該当しない。原理からみれば、異議申立と無効宣告手続きにおいて、後の商標登録者が単独で別途5年間不使用取消審判を提起する必要はなく、引用商標が5年以内に使用されているかについて審査することを通じて、引用商標は後の商標の出願時点以降、後の登録商標に対してのみ阻止力を失うことになる（対世効の喪失ではない）

（欧州連合商標条例（Regulation (EU) 2017/ 1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (OJ L 154, 16.6.2017, pp. 1-99)）§47.2と§64.2の規定）。EU法における介入権（intervening right）について、より詳細な紹介は、黄暉『商標法（第三版）』159頁（法律出版社、2023年版）を参照。日本法には当該制度を導入する必要があるかについての論述は、外川英明「商標法における「不使用の抗弁」」パテント別冊25号11-15頁（2020年）を参照。

中国商標法は、まだこの抗弁を認めておらず、学説上、後の商標登録者が先行登録商標に対して不使用抗弁を提起することを認めるべきだという主張がある（張玉敏「登録商標3年間不使用取消制度の体系化解説」中国法学2015年1期、彭学龍「連続不使用の登録商標請求権限制について」法学評論2018年6期）。実務において、後の商標出願（登録）人が先行登録商標に対して3年不使用取消審判を提起した後、商標審査部門は拒絶不服審判、異議申立又は無効宣告手続きを中止する（「評審（審判）案件中止状況規範」）によると、先行商標が他人に3年不使用取消審判が提起され、かつ前記の手続きを通じて先行の障害商標を除去できることを確定した場合、中止すべきである）。

原理的には、異議申立と無効宣告手続きにおいて引用商標の3年間の使用の有無に対する審査を通じて、後の商標登録者が独立した3年間不使用取消手続を単独で提起することを要求する必要はなく、引用商標は後の商標出願時点以降、後の登録商標に対してのみ阻止力を喪失させる（対世効の喪失ではない）。現実には中止制度のみが存在していることは、この問題を解決するには不十分である。中国商標法における3年間不使用取消手続の効力は、登録商標を最初から無効にさせるのではなく、手続きが提起された時点又は取消が公告された時点からであり、原理からみれば、その時点までに先行商標がまだ後の商標の登録を阻止する効力を有するからである。

もし3年間不使用取消手続の効力の時点を、3年間不使用取消手続が提起された時点に遡ると、後の商標出願人にとって、商標出願の時点では本来、検索によって先行商標が存在し、かつ使用しない状態になっていることが発見できるので、その後の商標登録を出願した時点でウォッチング及び先行商標に対して不使用取消手続きを提起する義務を負うべきである。このように、一旦先行商標が不使用取消手続きによって取消された後、その効力は後の商標出願の時点に遡ることができ、この時、後の商標は異議申立又は無効宣告手続きにあるかにかかわらず、その出願時点の先行性を保つことができる。このような制度設計は、登録主義の下で先後出願の関係を処理する原理により適合し、商標共存による複雑な関係をシンプルにすることができる。

権利濫用に該当すると認定できるか。日本の実務において、その答えは否定的であり、その理由は登録商標の無効の効力は最初から無効とさせるが、登録商標が不使用によって取り消される場合、3年不使用取消手続きの登記日の後から将来に向けて効力を失うためである。このような制度設計を行った理由は、ある期間に商標権者が商標を使用していなくても、その期間以降に商標を使用している限り、法律はその登録を維持し、混同行為の発生を防ぐ義務があることにあり、無効事由のある登録商標とは異なり、このような商標は最初からその使用を促進する価値がないからである¹⁰。もちろん不使用のみによって商標権者が権利濫用に該当すると認定することができないが、1つの要素として総合的に考察することができないことを意味しておらず、これは日本の学説上と実務上で普遍的にこの要素について考察することが認められている¹¹。

タイプ2について、被告が提起した3年不使用取消手続きがその侵害訴訟における侵害停止請求に対する抗弁と結びつけた制度設計は、日本の実務で広く認められている。その要件は、主に以下を含む。①被告が権利侵害訴訟の前又は権利侵害訴訟の時点で行政機関に3年不使用取消手続きを提起する必要がある、同時に取消請求の登録日で商標権者がその時点までに商標を使用しているかの事実状態を確定する、②権利侵害訴訟の裁判官は、3年不使用取消手続きにおいて商標が取り消されることを確信する可能性が高く、当該登録商標は、被告が3年不使用取消手続きを提起した時点で遡り、将来に向けて効力を失うことになる。このタイプの権利濫用抗弁が認められる制度前提は、日本の商標法54条2項の規定に基づいて、3年不使用取消手続きの法的効果が取消手続請求の登録日に遡ることを前提としていることである。このように侵害差止め請求が将来に向けた救済方式であるため、3年不使用取消手続きで取消決定が下された時点が侵害訴訟で確定判決が下された時点よりも遅くても、その効力は侵害訴訟を提起した時点の前まで遡ることができるため、被告は侵害差止めの責任を負う必要はない。3年不使用取消手続きで下された取消決定の遡及力に関する規定は、1996年の日本商標法改正時に導入され、それ以前は取消不服審判決定の発効時に登録商標が将来に向けて効力が失う制度設計であった。もちろん制度設計において、3年不使用取消手続きの開始日に遡ることがあり、つまり3年不使用取消手続請求の登録時点からさらに3年前まで計算される。しかし、商標登録の公示を信頼して善意の行為を行った第三者の利益や、被告が速やかに取消請求をすれば、請求の登録日以降に商標を使用することができるなどの要素を考慮して、日本は取消請求の登録日を遡及する時点と選択した。

このタイプの抗弁を認めた後、行政機関と司法機関が矛盾した結論を下す場合の処理問題に直面しなければならない。この場合、権利侵害訴訟における商標無効抗弁と類似しており、2種類の矛盾結論となる可能性がある。つまり、①権利侵害訴訟において、3年不使用取消抗弁を支持したものの、3年不使用取消手続きにおいて登録商標の有効が維持された、②権利侵害訴訟において3年不使用取消抗弁を支持しなかったが、3年不使用取消手続きにおいて登録商標の取り消しが宣告された。民事訴訟法及び刑事訴訟法の規定に基づき、前者の矛盾に対する判断が再審事由に該当しないが、後者の状況は再審事由に該当する¹²。このように前者が再審事由に該当しない状況について、両商標が市場に共存し、消費者の混同を生じさせる状態となる¹³。矛盾した結論を避けるために、裁判所が使用事実があるかどうかを

¹⁰ 田村善之『商標法概説〔第2版〕』314頁（弘文堂、2000年）。

¹¹ 飯田圭「商標権の行使と商標登録の無効理由又は不使用取消理由について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務3 商標法・不正競争防止法』112頁（新日本法規出版、2007年）。

¹² 立法上、日本の商標法38条の2の規定を做すべきだと主張するものもあり、この場合についても再審の制限を行う。外川英明「商標法における「不使用の抗弁」」パテント別冊25号10頁（2020年）を参照。

¹³ 蘆立順美「商標権侵害の主張に対する不使用取消の抗弁」新判例解説Watch33号3頁（2023年）。

認定するとき、比較的に厳格な基準を取らなければならない、つまり、無効抗弁と同様に「明確」な要件を課すべきである。使用事実を明らかに判断できない場合、権利侵害訴訟において裁判所は、矛盾した結論を防ぐために、権利侵害訴訟手続を中止して3年不使用取消行政手続きの結果を待つことを選択しなければならない。2022年の日本登録商標取消不服審判の審理周期は6.4か月で¹⁴、日本の知的財産権訴訟の一審の平均審理周期が15か月¹⁵（商標事件が平均値以下である可能性がある）であることを考慮すると、第一審の権利侵害訴訟裁判所が結論を出す前に商標行政機関は既に登録商標を取り消すべきかどうかについて結論を出していることが多い。また、商標権侵害訴訟の第一審が東京地方裁判所である場合（商標権侵害訴訟は専属的な管轄ではなく、その第二審は各地の高等裁判所）、侵害訴訟の第二審と不使用取消審決取消訴訟はいずれも知的財産高等裁判所が判決するため、矛盾した決論が出される確率を相当程度で減らすことができる。

（2）損害賠償請求に対する抗弁

侵害差止めの救済方式と異なり、損害賠償の救済方式は過去に発生した損害に対する救済であり、被告は商標権者が侵害訴訟を提起した前又は同時に3年不使用取消手続きを提起したとしても、3年不使用取消手続きの効力は手続きの提起されたときまでのみ遡ることができるため、過去に既に発生した侵害行為の時点から3年不使用取消手続きの提起までの期間内、登録商標権は依然として法的効力があり、被告は依然としてこの期間の損害賠償責任を負う必要がある。もちろん被告が商標を使用する前に、既に検索を通じて、登録商標が存在していることを発見すると同時に、その時点までの3年間に於いて商標権者が実際に商標を使用していないことも発見した場合、当該使用時点で3年不使用取消手続きを提起すると、損害賠償責任を負うことを回避することができ、この意味では権利侵害訴訟においても損害賠償請求に関する3年不使用抗弁を認めるべきであるが、実務において、商標を使用する時点で3年不使用取消手続きを提起する被告は少ない。

では、この期間内に商標権者が主張できる損害賠償額はどのような方法で計算されるのであろうか。日本の商標法38条の規定に基づき、商標権者は1項に従って逸失利益に関する損害、2項に従って被告の権利侵害によって得た利益、3項に従って使用料の相当額の損害、及び5項に従って商標権を取得・維持するための通常必要な費用の金額を主張することができる。

そのうち、1項、2項の適用について、商標権者が商標使用を一切行っていない場合にはこの2つの計算方法を支持しないとする見解が主流であるが、査定された商品に登録商標を使用していないにもかかわらず、類似商品に類似商標を使用する行為があったり、過去に使用したことがある状況であったりして、この使用によって登録商標に企業の名声が蓄積された場合、1項、2項の適用を支持すべきである¹⁶。1項の適用について、権利者が販売する予定の製品が権利侵害製品との市場代替可能性があることを証明できる場合、権利侵害製品の販売数を基数として、製品の単位数量当たりの権利者が得られる利益を乗じて、権利者の販売能力を限度として、実際の損失額の初歩的な推定とする。これには、権利者が以下の要件の証明責任を満たすことが必要である。その1、侵害行為がなければ、権利者が販売

¹⁴ 特許庁編『特許行政年次報告書 2023 年版』（<https://www.jpo.go.jp/resources/report/nenji/2023/index.html>）。

¹⁵ 知的財産権関係民事事件の新規受理・既済件数及び平均審理期間（全国地裁第一審）、
<https://www.ip.courts.go.jp/documents/statistics/index.html>

¹⁶ 金子敏哉「商標法38条1項1号・2項による損害額の算定と商標権の保護法益」特許研究76号（2023年）。

することができた製品である。この要件について、権利者に権利侵害行為がなければ、すべての市場ニーズが正規品に移ることを証明するのではなく、権利侵害製品と正規品の間に市場代替の可能性があることを証明するだけでよい。このように模倣商標の権利侵害の形式において、商標権者の類似商品やサービスについての商標使用行為は、市場ニーズの代替関係があるため、商標権者が当該要件の証明を満たしていると考えることができ、そこで自身が査定類別と同一の商品に使用していないために実際の損失の存在を否定することを心配しなくてよい。その2、商標権者が正規品の単位数量当たりの得られる利益を証明する必要がある。権利者が上記2つの要件を証明してから、権利侵害製品の販売数量は権利者が被った実際の損失と推定され、権利侵害行為が存在しなくても市場ニーズは正規品に移らないことを権利侵害者より証明することになる。権利侵害者が証明できる事実は、例えば、権利侵害製品の価格が非常に安いことや、市場ニーズは権利侵害製品における標章要素ではない特徴に依存すること、権利侵害者の製品宣伝広告への投入、権利侵害製品は最終製品の一部にすぎないことなどが挙げられる。

商標権者が商標の使用を一切行っていない、又は侵害製品と市場代替の可能性がある商品に商標使用を行っていないために1項、2項の規定を適用できない場合でも、3項の使用料相当額の損害賠償を主張することができる。しかし、この賠償方式には例外があり、つまり標識法と創作法が保護法益に顕著な区別があることを考慮して、つまり商標法が出所識別機能を主に保護しているのに対し、創作法則是独創的なコンテンツ自体を主に保護しているため、商標権者自身が使用しない場合、実際の許諾使用料賠償を最終的な計算方法とすることはできない。日本の最高裁で下された「小僧寿し」事件¹⁷では、「商標権は商標の出所識別機能を通じて商標権者の業務上の信用を保護するとともに、商品の流通秩序を維持することにより一般需要者の保護を図ることにその本質があり、特許権や実用新案権等のようにそれ自体が財産的価値を有するものではない。したがって、登録商標に類似する標章を第三者がその製造販売する商品につき商標として使用した場合であっても、当該登録商標に顧客吸引力が全く認められず、登録商標に類似する標章を使用することが第三者の商品の売上げに全く寄与していないことが明らかとなるときは、得べかりし利益としての実施料相当額の損害も生じていないというべきである。」と指摘した。

実務において、上記最高裁判決に確立された「損害不発生抗弁」を成功裏に適用した事例のうち、商標権が如何なる商標使用も行ったことがない状況があり¹⁸、権利者と被告とが商標を使用している地域が重複していない状況もある¹⁹。「損害不発生抗弁」を成功に適用しなかった事例のうち、商標権者がまったく商標使用を行っていない状況もあり²⁰、商標権者が他の類別の商品に使用することによって顧客吸引力を生じさせる場合も含む²¹。「損害不発生抗弁」を支持するか否かは、商標権者が登録商標を使用するかどうかについて、必然的な関連性がない。

商標の不正使用の権利侵害について、商標権者が如何なる商標使用も行ったことがなくても、5項に定められる商標権を取得・維持するための通常必要な費用の金額を主張することができる。

¹⁷ 最判平成9年3月11日民集51巻3号1055頁。

¹⁸ 例えば、「JamJam」事件（名古屋地判平成13年11月9日判タ1101号254頁）。

¹⁹ 例えば、「小僧寿し」事件では、原告と被告はそれぞれ大阪と四国で経営されていた。「Cache」事件（大阪地判平成25年1月24日平成24（ワ）6892）では、原告と被告はそれぞれ大阪と岐阜で経営されていた。

²⁰ 「UNO PER UNO」事件（大阪高判平成17年7月14日平成17（ネ）248）。

²¹ 「Agile」事件（東京地判平成27年2月27日平成26（ワ）7132）。

3. 中国法上の侵害訴訟における登録商標の不使用抗弁

(1) 侵害差止め請求に対する抗弁

登録商標が不使用のため、行政手続きで取り消される前に、登録商標による侵害差止め請求を行使する権利に対する制限を認めない。そのうち、比較的に典型的な見解は、例えば、2018年北京市高級人民法院が公布した「当面の知的財産裁判において注意すべき若干の法律問題」では、「商標は権利付与された後、その専用権はすぐに成立し、中国は商標使用制度ではなく商標登録制度を採用しており、登録商標が実際に使用されるかどうかはその専用権の行使に影響せず、使用禁止権の救済にも影響しない。商標法 64 条は、商標権侵害に該当するかを判断するための規定ではなく、提訴前 3 年間に登録商標を使用しない場合の賠償額に関する規定である。そのため、商標民事事件において、権利者の登録商標は実際に使用されていないことが、賠償額を判断するための考慮要素であり、権利侵害の認定に影響を与えない。」と指摘した。

それでも、商標権者の不使用によって権利行使の行為が権利濫用に該当するか。中国の司法実務で認められた権利濫用の抗弁は、主に商標権者が誠実信用の原則に反した場合、又は他人の合法的な先行権利を侵害して知的財産権を取得した場合であり、不使用の要素だけで権利濫用の抗弁に該当しない。

では、商標権者が権利侵害訴訟を提起する前又は同時に被告が商標権者の商標に対して 3 年不使用取消行政手続を提起した後、法院は権利侵害訴訟における被告が主張した不使用の抗弁を支持するか。日本と異なり、中国法における 3 年不使用取消手続と侵害訴訟手続とは 2 つの独立した並行手続であり、前者が提起されたかどうかは後者に影響を与えない。これはもちろん商標権付与に係る行政手続と商標権侵害の民事手続の二元分立の伝統的な考え方の影響を受けており、登録商標権に無効事由が存在しても、中国法は権利侵害訴訟における無効抗弁を認めず、もちろん権利侵害訴訟における 3 年不使用抗弁も認めない。

また、注意しなければならないのは、日本と異なり、中国法における 3 年不使用取消手続の法的結果は、取消手続を提起した時点に遡及するものではなく、当該登録商標専用権が公告日から終了する。立法の沿革からみれば、3 年不使用取消決定の効力時点について、2002 年の商標法実施条例 40 条に「商標法 44 条の規定に基づいて取消された登録商標について、商標局は公告する。当該登録商標の専用権は、商標局の取消決定がなされた日より終了する。」と規定されていた。当該規定に基づいて、取消決定の効力は、商標局が取消決定を下した日に遡ることができる。商標局の公告日と取消決定の作成日には一定の時間のラグがあり、特に商標局が登録商標を取消した後、商標登録者が不服として、商標審判委員会に不服審判を申請したり、法院に行政訴訟を提起したりした場合、登録商標の取消決定が司法手続を経て最終的に維持された後にのみ、商標局は取消決定を公告することができる。この時間のラグは、公告日と取消決定の作成日の間の時間の間隔であり、つまり取消効力には一定の遡及力が存在する。2013 年の商標法 55 条に「取消された登録商標について、商標局が公告し、その専用権が公告日から終了とする。」と規定されていた。このように取消決定の効力は、遡及力を有さず、公告日を基準とし、公告日はまた取消決定が正式に発効した後に発生する。これは、取消公告日の前に登録商標が依然として存続していたことを意味する。規範の面では、取消公告日の前に、係争商標は依然として先行商標として後の登録を阻止することができる。同時に、取消公告日前の許諾なしの商標の使用行為は、依然として権利侵害の責任を負わなければならない。取消公告日を効力時点とする設定は、3 年不使用の時点か

ら財産権効力を喪失するのではなく、登録商標権の登録による財産属性について重視する程度を体现している。

原理的には、取消公告日を効力時点とする設定は、商標局の公告行為を基準とし、関連主体の登録商標権の存続有無の判断における予測可能性に対して十分な保障を与えている。しかし、一方で、実体としては、登録されているだけで実際に使用されていない商標は、手続き上の原因で効力期間が延長された。取消公告は、発効した取消決定又は不服審判決定を根拠としているため、当事者が手続きを利用して登録商標権の効力期間を延長することになる。さらに、取消手続きを提起する主体は、依然として手続きを提起した時点以降の使用行為が権利侵害に該当する可能性があり、又は取消事由を満たす登録商標が他人の登録の障害事由になる可能性がある。

（２）損害賠償請求に対する抗弁

日本の実務に照らして、中国商標法では不使用商標の損害賠償請求に対する抗弁が明確に規定されている。中国の商標法 64 条には、「登録商標専用権者が賠償を要求し、それに対して被疑侵害者が登録商標専用権者の登録商標の不使用を抗弁としたとき、人民法院は、登録商標専用権者にこれまでの三年間における登録商標の実際使用証拠の提出を要求することができる。登録商標専用権者は、これまでの三年の間に当該登録商標を使用したこと、又は、侵害行為によりその他の損害を被ったことを証明できない場合には、被疑侵害者は賠償の責任を負わない。」と規定されている。当該規定は、2013 年商標法改正のときに導入されたが、その前身は最初最高人民法院が 2009 年 4 月 21 日に公布した「現在の経済情勢下における知的財産権裁判の大局支持に係る若干の問題に関する意見」²²であった。そのうち、具体的には、①保護を求める登録商標が実際に商業的に使用されていない場合、民事責任を確定する際に権利侵害行為の差止めを命じることを主な方式とすることができ、賠償責任を確定する際に実際に使用されていない現実を酌量して考慮することができ、権利保護のために支出された合理的な費用のほか、実際の損失とその他の損害が確かでない場合、通常侵害訴えを受けた当事者の得た利益に基づいて賠償を確定しない、②登録者又は譲受人は実際の使用意図がなく、登録商標を損害賠償を取得するためのツールとする場合、賠償しないことができる、③登録商標が商標法に規定された継続して 3 年間使用していない状況に該当する場合、それに基づく損害賠償の請求を支持しなくてもよい。実際に、この規定の以前にも、司法実務において、原告の商標が 3 年間使用しなかったことで損害賠償請求を支持しなかった事例があった²³。

この規定を適用するとき、法院は抗弁の一種として、被告自らが主張することはできるが、法院が権利者に使用証拠の提出を職権で要求することはできない。この規定における「これまでの 3 年間」、「侵

²² 法発〔2009〕23 号、【公布日】2009.04.21、【施行日】2009.04.21。

²³ 典型的事例として、雲南城投置業股份有限公司と山東泰和世紀投資有限公司などの商標権侵害紛争再審事件（最高人民法院民事判決書（2008）民提字第 52 号）では、「実際に使用されたことを証明できない登録商標について、権利侵害の賠償責任を確定するには、当該商標の不使用の実際状況を考慮しなければならない。被申立人は、当該登録商標「紅河」が実際に使用されていることを証明するための証拠を提出しておらず、権利侵害行為による実際の損害も立証できていなかった。また、被申立人は一審の時に既にその訴訟請求における弁護士代理費の主張を明確に放棄し、その訴訟請求における調査・証拠収集費に対して関連支出の証拠を提供できなかったが、被申立人は権利侵害行為を制止するために客観的に一定の損害があるため、当院は本件の状況を総合的に考慮し、再審申立人が両被申立人に計 2 万元の損害を賠償することを酌量で判断した。」とした。より早い段階における地方法院の判決は、北京市海淀区人民法院民事判決書（2004）海民初字第 8212 号が挙げられる。当該判決に対する評価は、汪沢「不使用登録商標の民事救済と制限—中農科公司が中農集団公司を訴えた「中農」商標権事件を評価」知識産権 2006 年 3 期 45 頁を参照。

害行為によって受けるその他の損害」、「当該登録商標が実際に使用されていない」を具体的に解釈するとき、検討すべき点がまだ多くある。

1) 「これまでの3年間」の解釈

法律条項に規定されている「これまでの3年間」を商標権者の商標不使用の起算点とすることは、特に重要な意義がある。この起算点をこれまでの3年前までさかのぼり、商標権者がこの期間内に商標を実際に使用していなければ、被告は損害賠償の責任を負わない。司法実務において、この時点に対する理解には異なる判断基準がある。例えば、権利侵害行為が発生した時点を超え起算点とすべきと判決した事例がある²⁴。一審の訴訟提起日又は賠償の請求日を起算点とすべきと判定した事例もある²⁵。この2つの観点のみから見ると、権利侵害行為が発生した時を超え起算点とすることは明らかに被告にとってより有利であり、権利侵害行為が発生した時から原告が権利侵害訴訟を提起した時までの間に商標権者が実際に商標を使用した可能性があるため、被告は後の時点で抗弁を主張できなくなる。もちろん、権利侵害行為が発生した時点を超え適用した場合、商標権者に比較的に有利な状況が発生する可能性もある。すなわち、権利侵害行為が発生したとき、及び前に遡る時点で商標権者は実際に使用されていなかったが、起訴前に商標権者が実際に使用したので、権利侵害行為日を起算点とすると、商標権者に有利である。もちろん、被告が実施した権利侵害行為は、ある時点での単発的なものではなく、持続的な権利侵害の形で存在することが多い。このような持続的な権利侵害行為の起算点について、「原則として権利侵害行為が発生したときを超え起算点とし、もし権利侵害行為が持続的な権利侵害であれば、これまでの3年間は権利侵害の持続期間全体の前の3年間を指す」と指摘した事例がある。すなわち、商標権者が立証した権利侵害の開始日の前の3年前に権利侵害の持続期間全体を加えた²⁶。この観点では、権利侵害の持続期間の終了時がいつまでであるべきかが明らかにされていないが、この点について、「非持続的な権利侵害行為について、「これまでの」は、その権利侵害行為が発生した時点を超え起算点とし、持続的な権利侵害行為について、「これまでの」は、その権利侵害行為が終了した時点を超え起算点とする。しかし、一部の事件の被疑侵害者が事件の受理後も侵害行為を停止していないことを考慮すると、侵害行為が終了した時点には不確実性があり、最終的に答弁意見を発表した時点又は侵害者が抗弁を主張した時点を超え起算点とする場合、いずれも権利者が3年不使用の抗弁制度の適用を排除するため、訴訟手続きの開始後に意図的に商標を象徴的に使用する可能性があり、このような事件に対して、権利者の悪意のある適用の排除を回避するために、「これまでの」は、原則として人民法院が一審訴訟を受理した時点を超え起算点とする」とした学説がある²⁷。

上記「これまでの」を確定するには論争がある以外、「3年」についても論争がある。争点は、登録商標が登録されてから使用されたことがない場合、未使用期間が3年未満であるにもかかわらず、被告の不使用抗弁を支持できるかどうかである。これについて、未使用期間が持続的に3年間満了することを前提としなければならないと指摘した事例がある。つまり、商標は登録された日から遅くとも一審判決が下された日まで計算すると、既に3年満了していることを要求する²⁸。これに対して、「商標が登録さ

²⁴ 最高人民法院民事裁定書（2021）最高法民申3058号。

²⁵ 最高人民法院民事裁定書（2018）最高法民申4363号、陝西省高級人民法院民事判決書（2021）陝知民終94号、江蘇省高級人民法院民事判決書（2020）蘇民終369号。

²⁶ 広東省高級人民法院民事判決書（2018）粵民終1741号。

²⁷ 付凡、凌宗亮「登録商標3年不使用抗弁の司法適用」中華商標2023年7期。

²⁸ 浙江省高級人民法院民事判決書（2022）浙民終1289号。

れてから3年未満であっても、登録された日から実際に使用されたことがないのであれば、3年以内に実際に使用されていない商標に該当する」と指摘した事例もある²⁹。

2) 「侵害行為によって受けるその他の損害」の解釈

不使用抗弁は、商標権者がいかなる損害賠償も受けることができないということではなく、そのうち、「権利侵害行為によって受けたその他の損害」は、司法実務において主に権利者が権利保護費用に関する賠償を得られることを指す³⁰。具体的には、権利侵害行為を調査し、証拠を収集するための合理的な費用が含まれている。国家の関連部門の規定に合う弁護士費用を賠償の範囲内に計算することもできる。そのうち、権利侵害行為を制止し、証拠収集するための出張費、権利侵害製品の購入費、公証費などについて、関連証拠があれば、通常、全額で支持される。弁護士費に対する賠償の判決には比較的に大きな不確定性がある³¹。最高人民法院の「法に基づく知的財産権侵害行為の処罰の強化に関する意見」³²13条によれば、特に「法院は事件の複雑さ、仕事の専門性と強度、業界慣行、地元政府の指導価格などの要素を総合的に考慮し、権利者が提供した証拠に基づいて、権利者が賠償を請求する弁護士費用を合理的に確定しなければならない」とした³³。

権利保護費用の賠償のほか、解釈論における「その他の損害」は、商標権者が実際に使用していても、取得可能な許諾使用料を受けたその他の損害として請求することができる。しかし、司法実務ではまだこの観点を支持していない。学説的には、損害賠償請求以外にも商標権者は不当利得請求権を有し、当該請求権には、合理的な商標許諾使用料の賠償があるという観点があるが³⁴、この主張もまだ実務で支持されていない。

3) 「当該登録商標が実際に使用されていない」の解釈

司法実務における「当該登録商標が実際に使用していない」に関する解釈について、ある事例³⁵では、以下のように示した。①「実際使用」は、登録商標の規範的な使用に限られるのか。司法実務において、実際に使用する商標が査定された登録商標とは差異があることを許可しているが、この差異を「些細な変化」の範囲内に厳しくコントロールしている。具体的には、このような些細な変化は、その変更後の商標が登録商標との同一性を失うことをさせない。そうでなければ、実際の使用と見なすことができない。②「実際使用」は、査定商品類別における使用に限られるのか。まず、立法の目的から見ると、商標法64条1項は、商標権者にその登録商標を真実で有効的に査定された商品の類別に使用するよう促し、商標の放置、商標の買い占め、商標の浪費、公共資源の無断占有などの状況を防止するためである。このような「実際に使用」を非査定商品の類別での使用まで拡大して理解することは、商標権者がより多くの商標資源を占めさせることになり、この法律条項の立法目的と相反するに違いない。また、商標

²⁹ 広東省高級人民法院民事判決書（2019）粵民再235号。

³⁰ 最高人民法院民事裁定書（2017）最高法民申663号。

³¹ 宋健「知識産権損害賠償問題の検討—実証分析を観点に」知識産権2016年5期18頁。

³² 法発[2020]33号、公布日：2020.09.14。

³³ 日本の司法実務において、損害賠償額の10%は権利侵害行為との間に相当な因果関係があると見なすことができる（増井和夫、田村善之著、李揚ら訳『日本特許事例指南』460頁（知識産権出版社、2016年版）。損害賠償額が500万円未満の場合、弁護士費用の割合を高めることができ、損害賠償額が1億円を超える場合、弁護士費用の割合を下げるができる（飯田圭「特許権侵害による損害賠償額に関する立法的諸課題について」ジュリスト2016年11月号43頁）。

³⁴ 汪沢「不使用登録商標の民事救済と制限——中農科会社が中農集団公司を訴えた「中農」商標権侵害事件を評価する」知識産権2006年3期45頁。

³⁵ 広東省高級人民法院民事判決書（2018）粵民終1741号。

専用権の性質から見ると、商標専用権には権利者自身が商標を使用する権利と他人による商標の使用を禁止する権利が含まれる。そのうち、自分が登録商標を使用する権利とは、登録商標を査定された商品に使用することだけを指し、類似商品に使用することを含まない。また、他人による商標の使用を禁止する権利は、他人が類似商標を類似商品に使用することに拡大する可能性があり、当該使用行為が混同を生じさせる可能性があるため、混同を避けるために、商標権者は商標権侵害を理由に他人のこのような使用を禁止することができる。同様に、商標権者がその登録商標を類似商品に使用すると、他人の登録商標専用権を侵害するおそれもあるため、ここでの「実際使用」は、査定商品の類別における使用のみに限定される。③「実際使用」は、商標権者の使用に限られるか。通常、商標権者が自らの使用、他人に使用を許諾すること、及びその他商標権者の意志に背かない使用は、いずれも実際に使用する行為に該当すると認定することができる。

上記法院の判決における解釈及び判断基準から見ると、商標使用の判断について、3年不使用取消手続きにおける商標使用の判断は侵害訴訟における3年不使用取消抗弁の商標使用の判断とは、同一性がある³⁶。3年不使用取消手続きにおいて、「不使用」とは何かについて豊富な実践があるが、これに関するより詳細な紹介は筆者による3年不使用取消手続関連の論文を参考ください³⁷。

ここでは、中国法における2つの実務問題のみを討論する。その1は、実務において、被告が3年不使用抗弁を主張した後、商標権者がその査定された使用商品に商標の使用行為があることを証明する必要があると要求している。しかし、3年不使用取消手続きに対応して、係争商標が実際に使用されている商品が査定指定商品のうちの1つである場合には、当該使用行為は、当該商標のその使用商品と類似する査定指定商品における登録まで維持することができる³⁸。このような処理方法は、侵害訴訟における不使用抗弁と比較すると、原告がABCの3つの類似商品に登録し、A商品のみに使用し、被告がC商品に商標を使用したと仮定した際、上記3年不使用取消手続きで採用された基準に基づく、Aにおける使用があれば、ABCについての登録を維持することができるため、原告は実際に使用されていないC商品類別を主張してC商品類別における被告の権利侵害行為を追及することができる。しかし、権利侵害訴訟において取消手続と異なる判断基準を採用すると、原告がC商品についての登録商標の使用を証明できなければ、C商品における使用行為が不使用抗弁の要件を満たしていると主張することができる。

³⁶ 劉春林「商標3年不使用抗弁制度の研究」中華商標2014年9期33頁。

³⁷ 張鵬「商標法49条2項「登録商標3年間不使用取消制度」評注」知識産権2019年2期。

³⁸ 北京市高級人民法院による「商標権利付与・権利確定行政案件審理ガイドライン」（2019）第19.9の定めによれば、係争商標が査定商品に使用されている場合、当該商品と類似する他の査定商品における登録を維持することができる。一部の商品における使用の登録が他の未使用商品に拡大できる理由は、「DCLSA」事件（北京知識産権法院行政判決書（2015）京知行初字第408号）と「雅卓」事件（北京知識産権法院行政判決書（2015）京知行初字第5237号）の判旨に詳しい理由が示されている。すなわち、市場経営において、資金、生産能力、市場状況などの要素に対する考慮に基づいて、経営リスクを減らすため、商標登録者は商標を登録した後の短い時間内に必ずしも査定された全ての指定商品に商標を使用するのではなく、ある1つ又は複数の商品に生産及び販売を行う可能性が高い。上記製品の経営状況が良好な場合には、上記の経営行為をそれに類似した商品やサービスに拡大することを考慮する可能性がある。類似の商品やサービスは生産条件、サービス場所などの物質的な条件や販売ルートなどの柔軟性のある条件において、いずれも相当程度の共通性を有しており、商標登録者が経営を拡大しようとする場合、投資が相対的に少ないため、経営者が経営規模を拡大するために通常採用されている方式である。これは、この範囲内の商標専用権を商標登録者のために維持すれば、社会経済的利益を生む可能性が高いことを意味している。商標登録者がまだ使用されていない類似商品の部分について、商標専用権を享有していなくても、類似商品の原則に基づいてその部分について、他人による同一又は類似商標の使用を禁止する権利を有し、この状況は、社会公衆が当該部分の範囲内で商標専用権を享受できないことを意味している。このような場合、原告がこの範囲内で専用権を享有することを禁止すると、必然的にいかなる者もこの範囲内の専用権を獲得することができなくなり、それによって当該登録商標資源が放置され、相応の社会的収益を得ることができなくなり、この結果は明らかに商標法の立法目的と一致しない。

この場合、商標権者は、A 商品で行われた使用をもって被告の C 商品における使用行為が権利侵害に該当すると主張するしかない。この 2 つの処理方法が中国法において、本質的な区別がある。まず商標法 57 条の規定に基づいて、同一商品に同一商標を使用すると 1 項の双方同一権利侵害の規定を適用するが、双方同一以外の場合は、2 項の混同権利侵害の規定を適用する。両者は権利侵害の要件に大きな違いがある。次に、より重要なのは、刑法 214 条の規定に基づいて、商標の不正使用行為（商標法 57 条 1 項の規定に対応）のみが刑法の規制範囲に組み入れられ、模倣侵害行為（商標法 57 条 2 項の規定に対応）はどんなに大きい損害をもたらしても刑法の規制範囲に入らないことである。

その 2 は、商標が使用を通じて生じた出所識別機能が商標登録者を明らかに指し示していることを要求するか否か。侵害訴訟において、不使用抗弁を支持した事例では、これについて、比較的に厳格的な解釈を採用している。つまり「minksheen」事件³⁹では、上诉人が中国国内に登録された商標「minksheen」の商標権者であり、中国で実際に生産された商品に係争商標を使用しておらず、中国国内で米国から輸入された係争商品の販売のみを実施している。この商品は米国側の会社より生産され、同時にこの商品は米国から輸入された時に「MinkSheen」の商標が付されており、この商品における商標が米国側の会社の許諾を得て使用されていることを証明する証拠もない。これについて法院は、「関連公衆にとって、当該商品における「MinkSheen」商標が指し示す商品の出所は上诉人ではなく、米国側の会社であり、この商標と上诉人との間には対応関係が構築されていないとした。上诉人は、「MinkSheen」商標が付く商品を販売するとき、「中国総代理」の身分を利用として、「美国雪貂」文字を表記していることから、この商品と商標が米国側の会社のものであることを認めることができ、販売、宣伝している商品は、すべて自分の製品ではなく他人の商品であることを鑑み、その実施した販売行為は、自分の登録商標に対して実際の商業的使用を行ったことを代表することができない。」とした。

3 年不使用取消手続きにおける判断基準に対応して、許諾使用の場合、最高人民法院による「商標の権利付与・権利確定に係わる行政案件の審理における若干問題に関する意見」⁴⁰20 条 2 項の規定によると、他人への使用許諾及び商標権者の意思に背かないその他の使用は、いずれも実際使用の行為に属すると認定することができる。司法実務において、「商標権者の意志に背かない」に対する理解について、第三者が使用する時点で許諾の合意又は再許諾の合意を有せず、後の行動を通じて被許諾者の使用が商標権者の意志に背かないと推定することができるかについて、商標権者と実際の使用者との間に一定の経済的又は法的なつながりがある場合、被許可者の使用行為は商標権者の制御下での使用と認めることができる⁴¹。原理から見れば、商標権者と被許諾者（権利のない使用者）との間の法的関係を内部的な法的関係としか考えていない場合、特に匿名の出所識別機能理論の下で、関連公衆は何者の制御の下で品質保障機能を実現しているのかについて、関心を持っていない。ある市場主体は、商品やサービスに出所識別の意味における使用を有すれば商標の機能を実現している。このように原則として、被許諾権者が 3 年の訴訟期限内に内部法律関係の意味で合法的な許諾を得たかどうかには拘るべきではない。もちろん例外として、商標権者が出所表示機能を持つ行為を通じて訴訟期間中に、ある主体の使用行為による出所識別を商標権者という出所を代表することを否定したことがあると、3 年不使用取消手続き段階

³⁹ 上海三米寵物（ペット）用品有限公司と上海寵博実業有限公司との商標権侵害紛争上訴事件（上海市第一中級人民法院民事判決書（2014）滬一中民五（知）終字第 110 号。具体的には、主審裁判官が作成した同事件の評釈：錢建亮、張敏：『商標 3 年不使用抗弁における実際の使用の認定』、『人民司法（判例）』2016 年第 8 期、第 6 頁を参照。

⁴⁰ 法発〔2010〕12 号、公布日：2010.04.20。以下、『意見』（10）」という。

⁴¹ 関連事例の整理は主に臧宝清：『臧宝清が商標評審を解説（臧宝清说商标评审）』、中国工商出版社 2017 年版、96-98 頁の論述を参考。

において、このような追認の効力を再び認めるべきではない。その典型的な例は、商標権者が権利のない使用者の行為について権利侵害訴訟を起こしたことがあるか、明確な禁止の意思表示をしたことがある。したがって、商標権者が権利のない使用者を否定する意思表示を明確に表明したことがない限り、3年不使用取消手続きにおいて、権利のない使用者の行為を商標の存続を維持する証拠としての使用を認めるべきである。この理解の下で、「minksheen」事件の関連状況では3年不使用取消手続きに対応すると、商標権者の使用に該当すると認められる可能性が高い⁴²。

4. 日中両国の比較及び示唆

(1) 侵害差止め請求に対する抗弁

侵害差止め請求に対する抗弁について、中国の現有の学説には、立法論に侵害差止め請求に対する3年不使用抗弁制度を導入する主張がある⁴³。しかし、不使用商標抗弁を権利濫用の抗弁の一種として認め、当該侵害訴訟で敗訴した商標権者が事実審の口頭弁論が終了した時点以降に商標を使用し始めた場合、再び被告に侵害行為の停止を要求することができ、そこで前回の訴訟で要求された侵害差止め請求は手続き上の非効率に該当する⁴⁴。

これに対して、日本の制度設計はより合理性があり、3年不使用取消手続きを侵害訴訟に関連付け、被告が3年不使用取消審判を提起することにより、侵害訴訟において3年不使用取消の抗弁を認めることができる。

しかし、日本の経験を導入するには、中国商標法は立法上の調整が必要である。すなわち、現行商標法における3年不使用取消手続きは取消公告日を効力の時点という制度設計が、実体で登録しているだけで実際に使用されていない商標は取消手続きの原因で効力期間が延長されている。取消公告は確定した取消決定又は不服審判決定を根拠とするため、当事者が関連手続きを利用して登録商標権の効力期間を延長することに至り、さらに取消審判を提起する主体は、取消審判を提起した後の使用行為は依然として権利侵害に該当する可能性がある。取消手続きの提起日を選択して係争商標の効力終了日とすることはより合理的である。すなわち、登録商標権者が3年連続不使用以降の時点（当該取消手続きの提起された時点）では、混同の恐れを抑制する必要性が希薄になり、取消手続き自体に時間がかかり、商標権の効力を延長する必要性も十分ではないため、係争商標権の消滅の時点を取消手続きの申請日に遡ることは、商標制度の原理により合致する可能性が高い。同時に、商標取消手続きを提起する主体に一定のインセンティブを与えることができ、すなわちある商標を登録又は使用するためには、少なくとも登録又は使用する時点で同時に取消手続きを提起すべきである。

もちろん、この制度を導入してからも、中国は日本とは異なる挑戦に直面するであろう。データから

⁴² 例外的な状況もあり、例えば、「44 K」事件（北京市高級人民法院行政判決書（2017）京行終1727号）では、「関連商品に確かにいずれも係争商標が使用されているが、当該商標は商標権者ではなく、商標権者以外の被許諾者（製造者のみ表示）に指向している。消費者は、商標を通じて商品と商標権者を対応させることができず、関連商標は実際の商品出所を区別する機能を發揮していない」とした。

⁴³ 典型的に、例えば、張玉敏「登録商標の長期不使用取消制度体系化の解説 [注册商标长期不使用撤销制度体系化解读]」中国法学 2015 年 1 期、王芳「中国登録商標権利行使における使用要求の制度構築——EU 関連立法を鑑とする [我国注册商标权利行使上的使用要求之制度构建——以欧盟相关立法为鉴]」法学 2015 年 4 期など。

⁴⁴ 田村善之『商標法概説 [第2版]』314 頁（弘文堂、2000 年）。

見ると、中国において、2020 年、商標行政機関による取消不服審判決定が下された後、当事者が不服として行政訴訟を提起し、司法機関より取消判決を下したのは 1398 件で、そのうち、行政機関による決定を覆した判決は 331 件で、変更率は 23. 7%に達した⁴⁵。このデータは、2019 年も同様の傾向が示されている。すなわち、判決 1675 件のうち、行政機関による決定 527 件を覆し、変更率は 31. 5%に達した⁴⁶。つまり、3 年不使用取消手続き及び後続の司法審査手続きにおいて、商標権者が商標を使用しているか否かという問題に対して、行政機関と司法機関が矛盾した見解を出すことがよくある。この場合、3 年不使用取消手続きに関連するタイプの不使用抗弁を認めると、矛盾した結論となる可能性が極めて高い、つまり権利侵害訴訟では法院が権利侵害の差止めを支持しているが、後続の行政手続きでは商標が取消され、又は権利侵害訴訟では権利侵害の差止めを支持しなかったが、後続の行政手続きでは商標を維持した。この場合、日本に比べ、このような抗弁を適用する際に「明白」要件を課す必要があり、権利侵害訴訟で裁判官が商標の使用事実があるかどうかを「明らかに」判断できる場合にのみ権利侵害差止めという救済を与えるかを判断することができ、その他の場合には権利侵害訴訟を中止して行政手続きの結論を待つ処理方法をより多く選択することができる。

3 年不使用取消手続きと権利侵害訴訟における不使用抗弁は、独立して行われる 2 つの手続きであるため、多くの実体と手続き上の問題がある。例えば、日本商標法 50 条と中国商標法 49 条 2 項の規定に基づき、いなくなる者は登録商標に対して 3 年不使用取消手続きを提起することができる。だとすれば、被疑侵害者は他人が既に提起した 3 年不使用取消手続きを自分が主張する不使用抗弁の根拠とすることができるか。この点について、筆者は、権利侵害訴訟において、被告自身より 3 年不使用取消手続きを提起することに限らず、権利侵害訴訟の時点までに商標権者の商標に対する取消手続きが存在すれば、被告が主張した不使用抗弁を支持すべきだと考えている⁴⁷。もちろん、権利侵害訴訟の被告以外の主体が提起した 3 年不使用取消手続きについて、当該主体と権利侵害訴訟とは利害関係がない可能性があるため、積極的に訴訟を主張しなかったり、取下げたりする可能性がある。しかし、3 年不使用取消手続きが一旦提起された後、それに存在する公益的な目的のため、後続の行政及び司法手続きにおいて、取消申請者が申請を取下げ又は商標登録者に使用行為があると自認した場合、該当機関が使用の有無について職権で審査することに影響を与えない。中国の司法実務において、以下のように指摘した事例がある⁴⁸。「取消申請者は、商標取消審査手続きにおいて、自分の意思に基づいて申請を取り下げることができるが、商標局及び商標評審委員会は、取消申請者の承認のみに基づいて係争商標が公開、真実、合法的な商業使用がされていることを認定してはならない。同様に、商標評審委員会が登録商標を取消す決定を下した後、人民法院も商標権者が取消申請者との和解が成立したために争議が既に解決されたと考えてはならず、そうでなければ商標 3 年連続不使用取消制度の社会の公衆利益に基づいて設置する本意に反する」。「桑梓」事件⁴⁹では、「行政訴訟では、3 年不使用取消手続きの申請者が取消の権利を主張しないと表明したが、法院は「民事訴訟において当事者が自由に処分する権利があることと異なり、

⁴⁵ 2020 年商標評審案件の行政訴訟状況のまとめ分析、ソース出所は、商標局の公式サイト、https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/ssbj_gzdt/202107/P020220214530566553798.pdf。

⁴⁶ 国家知識産権局商標局評審法務通訊（2020）第 1 期、ソース出所：商標局の公式サイト、https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/ssbj_gzdt/202007/t20200706_20836.html。

⁴⁷ 同様の観点として、蘆立順美「商標権侵害の主張に対する不使用取消の抗弁」新判例解説 Watch33 号 4 頁（2023 年）を参照。

⁴⁸ 「莉安娜」事件（北京知識産権法院行政判決書（2015）京知行初字第 4282 号）。

⁴⁹ 北京知識産権法院行政判決書（2016）京 73 行初 2800 号。

本件は係争商標が指定された期間に本当に合法的に有効に使用されているかどうかを審査する必要がある」と指摘した。これにより、権利侵害訴訟の被告以外の主体が提起した3年連続不使用取消手続きが不使用抗弁を関連させる効力あることを認めても、当事者の取下げや自認によってこの制度設計を損なうことはない。

また、中国法において、双方同一侵害（商標法57条1項）と混同侵害（商標法57条2項）は、構成要件と法的責任に大きな違いがある場合、3年不使用取消手続きと侵害訴訟における不使用抗弁との異なる処理は特に注目に値する⁵⁰。3年不使用取消手続きでは、商標権者に指定商品における使用行為があることを証明することを要求しているが、類似の複数の商品が査定されている場合、すべての商品に使用されていることを証明することは要求せず、1つの商品又はサービスに使用されていることを証明するだけで証明の義務が果たせたことになる。このように取り扱う理由は、ある査定商品における使用が他の類似査定商品に延ばすことができ、商標登録者の立証責任の負担を低減する制度設計であるためである。ある主体が商標登録者のすべての査定商品の類別に対して、包括的な取消手続きを提起した場合、商標登録者はすべての査定類別における使用について立証する必要はなく、いずれかの査定商品類別での使用について立証すれば、すべての査定商品類別に及ぶことができる。その後、手続きを提起した主体によって、その他の査定された類似商品の範囲に商標登録者は実際に使用行為がないことを証明する必要がある。手続きを提起した主体がその他の査定された類似商品範囲に商標登録者は実際に使用行為がないことを証明できない場合は、その取消の主張を却下する。では、手続きを提起した主体にとって、次回に提起する手続きにおいて、商標権者が実際に使用していることを証明した商品類別を排除して、その他の査定商品類別に対して、商標登録者が指定された査定商品類別にいずれかが使用義務を果たしていることを証明できなくなるまで、再び取消手続きを提起し続け、そこで残りの類別は取り消される必要がある⁵¹。制度設計の効率性の観点から見ると、3年不使用取消手続きで一部の査定使用商品における商標使用行為を認めることは、すべての査定使用類似商品における登録を保留することができるが、権利侵害訴訟における不使用抗弁も、実際に使用されていない商品類別における商標の効力が保留されていることを認めているわけではない。このように、原告がABCの3つの類似商品を登録し、A商品のみを使用しているが、被告はC商品に商標を使用していると仮定し、Aにおける使用があるために3年不使用取消手続きでABCにおける登録を維持することができたとしても、被告は原告が実際に使用されていないC商品類別について不使用抗弁を主張することができる。このような場合、原告は、A商品における使用をもって、被告がC商品における使用行為と混同侵害に該当するとは主張できない。

（2）損害賠償請求に対する抗弁

中国商標法において、損害賠償に関する3年不使用抗弁が規定されており、商標権者の不使用の状況に限られていることが明らかである。ここでの不使用は、主に商標権者が査定商品に登録商標を使用し

⁵⁰ もちろん、日本法においても不正使用の権利侵害と模倣の権利侵害に対して差別的な扱いが存在している。日本の商標法38条5項の規定に基づき、不正使用権利侵害（商標の不正使用に対する損害賠償請求）に対して、特別に商標権を取得・維持するための通常必要な費用の金額の賠償を与える。また、日本の商標法78条及び78条の2の規定に基づいて、それぞれ不正使用権利侵害と模倣の権利侵害に対して異なる刑事責任規定を設けている。

⁵¹ 李揚「登録商標の3年連続不使用取消制度における「商標使用」の定義」法学2009年10期101頁。

ていない行為を指し、使用されている商標とは、同一又は実質的に同一の標章の使用を指す。意見（10）20 条では、「実際に使用されている商標と登録査定された商標とは些細な差異があるが、その顕著な特徴を変更していない場合、登録商標の使用とみなすことができる」としている⁵²。使用商品は、査定された商品又はサービスにおける使用でなければならず、該当する商標査定の指定商品の範囲外の類似商品における使用を「使用」と見なすべきではない。この場合、商標権者が類似商品に類似商標を使用しても損害賠償を主張することはできず、商標権者が類似商品に類似商標を使用することで顧客吸引力を生じるか否かは考慮されない。

これに対して、日本法には損害賠償に関する3年不使用抗弁制度は存在せず、日本の商標法における各種の損害賠償の計算方式の解釈を通じて、商標権者が査定商品に登録商標を使用していない行為が賠償を受けることができるかどうかを確定する。この場合、商標権者が査定商品に登録商標を使用していなくても、類似商品に類似商標を使用する行為があったり、過去に使用されていたりして、その使用によって登録商標に名誉が蓄積された場合には賠償を受ける可能性がある。

中国法の解釈に対応して、1つの状況は、3年不使用抗弁の要件を満たしている場合、商標権者は必ず合理的な権利保護コスト以外の賠償を受けることができないのであろうか。もう1つの状況は、3年不使用抗弁の要件を満たさない場合、被告は必ず損害賠償責任を負う必要があるのであろうか。筆者は、以下のように考えている。前者の状況において、日本の経験を参考にして、3年不使用抗弁を適用して合理的な権利保護コスト以外のその他の賠償を負担しない条件を商標権者がいかなる商標使用行為も行ったことがなく、商業名誉と結び付ける顧客吸引力がまったく生じていない状況と限定している。そのほか、商標権者が類似商品に商標を使用する行為が被告の商標使用行為とは市場代替の効果を生じたり、又は商標権者が類似商品に商標を使用する行為が顧客吸引力を生じたりすることができると仮定すると、商標権者が主張する実際の損失、権利侵害によって得た利益、使用許諾料及び法定賠償などの損害賠償を支持すべきである。解釈論では、「権利侵害行為によって受けたその他の損失」要件を拡大解釈することを通じて、合理的な権利保護コストのみを含む賠償に限らない。後者の状況において、商標権者が商標使用活動を全く行っていない場合、3年不使用抗弁の要件を満たしていないにもかかわらず（3年という要件を満たさない）、法定賠償で考慮すべきである。原告商標が商業的な使用に実際に投入されていないため、法定賠償を拒否する。商標権者が実際に使用しているが、共通市場の違い、顧客吸引力の有無などの要素が影響している場合、法院は原告による実際の損失、権利侵害によって得た利益、使用許諾料及び法定賠償などに対する損害賠償請求を支持しない可能性もある。

⁵² 最高人民法院による「商標の権利付与・権利確定に係わる行政案件の審理における若干問題の規定」（法釈[2017]2号、公布日は、2017.01.10）26条2項は同様の観点となる。

第3節 日本の商標制度における使用主義

I. 日本商標法の不使用取消制度における商標的使用の位置づけ

立命館大学 宮脇 正晴 教授

1. はじめに

(1) 登録主義と使用主義

「登録主義」とは、商標の使用に対する権利を、現に使用がなされているか否かを問わず、登録によって発生させるという考え方を指す¹。「使用主義」とは、登録主義と対になる概念として語られるものであるが、その定義については様々な考え方があり得る。権利の発生を使用の事実に基づかせるものとして「使用主義」が定義されることが多いようであるが²、ここでは、使用に基づいて獲得された市場における一定の地位を、その地位に応じて保護する（そのような地位が獲得されていない限りは保護しない）という考え方を指すものとして、「使用主義」の語を用いる。商標法は登録主義を採用しており（商標法 18 条 1 項。以下括弧書きにおいて商標法の条文に言及する際は「商標法」は省略する）、使用主義を採用する法制度としては、不正競争防止法の商品等表示に関する規制が挙げられる。

使用主義の下では、市場に参入する前や参入直後の時点では保護は無く、特定の商標を付した商品を販売等する権利は、市場参入者がいない場合には誰も有していない。市場参入者が複数いる場合には、需要者から「出所」として認識されている（一定の地位を獲得している者）が、その地位に応じて（需要者に認知されている範囲で）保護を得られる。これに対し、登録主義の最大の特徴は、市場参入前に特定の商標を付した商品を販売等する権利（商標権）を獲得することができる点である。ただし、商標法の保護法益である業務上の信用（1 条）とは、まさに市場において獲得された地位のことであり、商標権は信用の獲得・維持・発展のために認められるので、商標法にはこのことに配慮した制度がある。

以下に説明するように、不使用取消制度はそのような制度の代表例であり、本稿ではこの制度について検討を行う。

(2) 不使用取消制度と使用主義

上述のとおり、商標権は信用の獲得・維持・発展のために認められる。このうち、信用の維持については、そもそもその信用が獲得されている必要があるから、使用主義（登録による権利の発生の要件に使用による地位獲得を義務づけるような法制も含む）によることが理にかなっている。他方で、使用主義では、市場参入前に「権利」を付与することはできない。また、一定の地域でのみ知られている商標

¹ 渋谷達紀『商標法の理論』（東京大学出版会、1973 年）1 頁ほか、次注に掲げる諸文献など参照。

² 渋谷・前掲注 1・1 頁及び 2-3 頁注(1)、豊崎光衛『工業所有権法 [新版・増補]』（有斐閣、1980 年）350 頁注（一）など。これに対し、田村善之『商標法概説 [第 2 版]』（弘文堂、2000 年）11 頁は登録の要件として商標が使用されていることを求める立場を含め「使用主義」の語を用いている（その理由につき、同書 11-12 頁注（1））。本稿で用いる語法はこちらに近い。

を全国的に使用して信用を発展させたいような場合にも、使用主義では商標が知られていない地域では保護はなされない。市場参入や市場拡大の前に商標への投資を安心して行わせるためには、使用予定の商標に対して予め権利が認められることが望ましく、これが登録主義が採用されている最大の理由³といえよう。

このような理由で登録主義を採用した結果として、市場での地位の獲得という裏付けの伴っていない商標権の成立及び行使が許容されることとなる。しかし、このような権利の成立や行使が無限定に許されるわけではなく、市場での地位に見合わない保護（使用主義から正当化されない保護）をどの限度まで認めるかということが問題となる。不使用取消制度は、市場の地位に裏付けられていない商標権の存在を一定限度認めつつ、この限度（3年）を超える場合には権利を消滅せしめるための制度であり、登録主義の弊害を使用主義的観点から修正する趣旨のものといえる。

不使用取消審判について定める商標法 50 条 1 項は、登録商標（登録商標と社会通念上同一の商標も含む。38 条 5 項括弧書き）が指定商品又は指定役務について継続して 3 年以上「使用」されていないことを要件としている。ここでいう「使用」が、指定商品又は指定役務に属する商品又は役務について自己識別機能（出所識別機能）を果たす態様のもの（商標的使用）であることを要するか否かについて、後述のとおり争いがある。

以下においては、不使用取消場面において商標的使用が必要であること、及び商標的使用を肯定するために必要な識別力の程度について論ずる。

2. 不使用取消場面における商標の使用に関連する裁判例

（1）最高裁判例

商標法 50 条 1 項の「使用」に係る最高裁判例としては、最判昭 43・2・9 民集 22 卷 2 号 159 頁 [青星ソース] がある。この判決は、旧商標法（大正 10 年法律第 99 号）の不使用取消制度（旧商標法 14 条）について出されたもので、商標権者の会社の取締役会や株主総会の通知に使用された便箋に標章が記載されていたことをもって、ソース等を指定商品とする登録商標の使用があったといえるかが問題となった。最高裁は、商標の「使用」肯定するためには、指定商品との「具示的關係において使用されていることを必要とする」旨判示し、「使用」を否定した。

旧商標法においては「使用」の定義規定が設けられておらず、商標を商品や包装に付することや商標が付された商品を譲渡するといった行為（現行商標法 2 条 3 項 1 号及び 2 号に該当する行為）が「使用」を構成することについては争いが無かったが⁴、それ以外にどのような行為が「使用」を構成するのかについては不明確であったところ、学説上は、商品との具体的関係において使用されていれば商標の使用といいうるという立場⁵が有力であった。上記最判は、この有力説を採用したものといえる⁶。

上記最判の調査官解説によれば、同最判は現行商標法上の「使用」の解釈指針となり得るとのことで

³ この他にも、権利の所在が明らかであることや、移転しやすい等の理由も考えられる。

⁴ 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説 [第 22 版]』（発明推進協会、2022 年）1483 頁など参照。

⁵ 蓼優美編著『工業所有権法総覧：学説判決』（帝国地方行政学会、1956 年）（国立国会図書館デジタルコレクション <<https://dl.ndl.go.jp/pid/1343521>>）1069 頁。

⁶ 渡部吉隆「判解」最判解民事昭和 43 年度 35 頁。

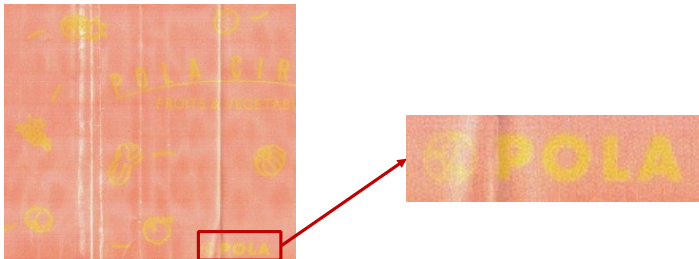
あり⁷、同最判のいう「具体的関係」とは、要するに出所を識別する態様を指すものと理解することは可能であるように思われる（また、後述のとおり、そのように理解するのが妥当である）。他方で、同解説が現行法の解釈の例として挙げているのが、「商品……に関する」や「取引書類」の意義であり、いずれも広告等に関する使用の定義（2条3項8号）に関するものであることや、そもそもこの事案において問題となった株主総会の通知が現行法上の「取引書類」に該当しないことはほぼ明らかであることもあってか、現行法下でこの判例を引用する裁判例は少なく⁸、一般論として不使用取消場面における商標的使用が必要であると示したものとしては実務上扱われていないようである。

（2）東京高裁及び知財高裁の裁判例

（i）一般論として商標的使用の要否について示すもの

① 東京高判平3・2・28判時1389号128頁〔POLA〕

不使用取消場面において商標的使用を不要とする立場（以下これを「不要説」といい、商標的使用を必要とする立場を「必要説」とする）を明言した（管見の限り）初めての判決として、東京高判平3・2・28判時1389号128頁〔POLA〕がある。同判決は、「全く使用されていないような登録商標は、第三者の商標選択の余地を狭めるから、排他的な権利を与えておくべきでない」ことを不使用取消制度が存在する「主たる理由」としたうえで、これに鑑みて同項における「使用」については、「商標がその指定商品について何らかの態様で使用されておれば十分であって、識別標識としての使用……に限定しなければならぬ理由は、全く考えられない」と判示している。この事件において問題となったのは、訪問販売によって特定の需要者から注文された商品をその需要者に配送する段階で、初めて商品を収納した箱に付される紙帯に下図のような態様で標章が表示されていることをもって、登録商標（下図参照）の使用があったといえるかという点であった。

登録商標（指定商品：果実）	使用態様（果実の包装用の紙帯）
	

判決は上記のような一般論の下、上記の使用態様が「識別標識としての使用に該当するか否かはさて

⁷ 渡部・前掲注6・36頁。
⁸ 前掲最判〔青星ソース〕を引用する裁判例は、広告等における記載が指定商品・役務についてのものといえるかについて判断する際に同最判に言及している。知財高判令3・6・29令和3年（行ケ）10004〔激落ちくん図形Ⅰ〕、知財高判令3・6・29令和3年（行ケ）10005〔激落ちくん図形Ⅱ〕、知財高判平22・4・14判時2093号131頁〔CLUBHOUSE〕。このほか、東京高判平16・3・25平成15年（行ケ）471〔KISS〕も広告における使用の成否について、前掲最判〔青星ソース〕を前提とした判断をしている。

措き」、指定商品である「果実」についての使用には該当すると結論している。

この事件で実質的に問題とされたのは、需要者が購入を決定した後に送付される商品の包装に標章を表示する行為であり、仮に購入前に当該包装が需要者の目にとまるようなものであったのであれば、その表示態様からして問題なく商標的使用が肯定できたものと思われる。購入決定後にしか目にされない標章は、当該商品の購入の判断材料にならないといえそうであるから、商標的使用を肯定に不利な要素ではあろう。しかしながら、当該商品の購入者に家族がいる場合には当該標章を目にする機会があるかもしれないし、当該購入者が別の者に当該商品を贈ったり、購入者が自宅に招いた客に当該商品を振る舞う際には、当該標章を他人が目にし、その上で当該商品の品質について評価する機会が生ずる。このように、購入者以外の者が将来同種商品の購入する際に、当該標章を参考にする可能性は否定できない。商標権侵害が問題となる場面では、購入の段階で購入者に混同が生じていなくとも、その後の使用段階で第三者が問題の商標に接する機会が生じ、その第三者の同種商品の選択に影響がある場合には「購入後の混同」が生じうるのであるから侵害を肯定すべきとの立場が有力である⁹。このような購入後の混同理論によれば、この事件のような使用態様であっても商標的使用を肯定できることになるから、この判決は上記のような一般論を述べずとも、「使用」を肯定する結論に到達できたものと思われる¹⁰。

② 東京高判平 13・2・28 判時 1749 号 138 頁 [Dale Carnegie]

東京高判平 13・2・28 判時 1749 号 138 頁 [Dale Carnegie] は、「識別表示としての使用」が必要である旨の一般論の下、故デール・カーネギーが創案した人間能力の開発方法に基づく教室教育事業「デール・カーネギー・トレーニング」の講座のテキストの表紙に「The DALE CARNEGIE Course」などと表示することにつき、「DALE CARNEGIE」の文字からなる登録商標を指定商品「印刷物」に使用したものといえないと判示している。

判決が「使用」を否定した主な理由は、この事件で問題となった印刷物が上記の講座の教材として用いられるものであることから、独立して商取引の対象となっておらず、故に商標法上の「商品」に該当しないというものである。実質的には教育の提供役務についての使用であるとの評価なのであろうが、この事件においては問題の印刷物が書店等で一般に販売されることはないものの、顧客の依頼に応じて随時開かれる講座において、その参加者に対し、希望に応じて販売したとの事実も認定されており、単独で流通する可能性もあったのであるから、このような印刷物も含めて「商品」該当性を否定した点は疑問である。判決は、「Dale Carnegie®」などといった記載について、印刷物自体の識別表示であると解することはできないということも商標的使用を否定する理由として述べているが、この点についても疑問である。これについては後述する。

③ 知財高判平 27・11・26 平成 26（行ケ）10234 [アイライト I] ほか 2 判決

前掲東京高判平 13・2・28 [Dale Carnegie] 以降は、永らく商標的使用の要否について一般論として明言する裁判例は登場していなかったが、2015 年になって、不要説を明示する知財高判平 27・11・26 平成 26（行ケ）10234 [アイライト I] が登場した。同判決は、不使用取消制度の趣旨につき、前掲東京高判平 3・2・28 [POLA] と同様の理解を示した上で、「商標法 50 条所定の「使用」は、当該商標がそ

⁹ 購入後の混同理論の詳細については、小嶋崇弘『米国商標法における混同概念の拡張について〔特許庁委託 平成 22 年度産業財産権研究推進事業（平成 22～24 年度）報告書〕』（知的財産研究所、2012）25-56 頁、98-104 頁を参照。

¹⁰ 田村・前掲注 2・34 頁注（6）も、この事件では識別表示としての使用を肯定できた旨述べている。

の指定商品又は指定役務について何らかの態様で使用(商標法2条3項各号)されていれば足り、出所表示機能を果たす態様に限定されるものではないというべきである」と述べている。その後に登場した知財高判令 28・11・2 平成 28 (行ケ)10115 [アイライトⅡ] 及び知財高判令 28・9・14 平成 28 (行ケ)10086 [LE MANS] (いずれも知財高裁第4部(高部裁判長)の判決)においても同様の見解が示されている。ただし、これらの判決においては問題となった使用態様が、(不使用取消審判請求人である訴訟当事者の主張に応答する形で) 自他識別機能を果たすものである旨の認定もなされているので、不要説に立つ必要性の認められない事案であった¹¹。

④ 知財高判令 4・2・9 令和3年(行ケ)10076 [知本主義]

知財高判令 4・2・9 令和3年(行ケ)10076 [知本主義] は、標準文字で「知本主義」と書してなる登録商標(指定商品:新聞、雑誌、書籍)の使用の成否が問題となった事案についてのものである。商標権者は、同者を著者とする複数の書籍において書籍のサブタイトル、帯又は掲載文章の記述の中に、「知本主義」の文字が他の文字とともに記載されている例や、会報等において同文字が記載されていること等をもって、登録商標の使用事実として主張したが、判決は「商標法上、商標の本質的機能は、自他商品又は役務の識別機能にあると解するのが相当であるから(同法3条参照)、同法50条にいう『登録商標の使用』というためには、当該登録商標が商品又は役務の出所を表示し、自他商品又は役務を識別するものと取引者及び需要者において認識し得る態様で使用されることを要すると解するのが相当である」と判示した上で使用該当性を否定した。この判決の評価については後述する。

(ii) その他の判決

その他の多くの裁判例においては一般論として商標的使用の要否が示されていないが、結論として使用を肯定した裁判例の中には、商標的使用を肯定しているものがある。例えば、東京高判令 8・12・19 判時 1594 号 140 頁 [A to Z] は、絵はがきの表面に「©1990 A to Z」、裏面に「A to Z」の文字列が表示されていたことをもって、指定商品である印刷物についての登録商標(「A to Z」の文字列から構成される)の使用といえるかが問題となった事案であるが、判決は裏面の表示については「絵はがきの製造者・販売者等の名称を示しているものとして、自他商品の識別力を有すると認めることは十分に可能」として、使用を肯定している。これらの表示が絵はがきの写真の著作者名の表示と受け取られるとの主張に対しては、1つの標章が著作者名の表示であると同時に出所識別表示であることもありうると述べている。

別の例としては、知財高判令 21・10・8 判時 2066 号 116 頁 [DEEP SEA] を挙げることができる。この事件においては、「DEEP SEA」と書してなり、指定商品を「時計」等とする原告商標が、水中でも使用できるダイバーズウォッチの文字盤に下図のような態様で表示されていたことをもって登録商標の使用があったといえるかが問題となった。

¹¹ 外川英明「不使用取消審判と商標の使用」日本大学知財ジャーナル10号54頁(2017年)参照。

使用態様（拡大表示は筆者が作成）



**WATER RESISTANT
AUTOMATIC DEEPSEA**

判決は上記「DEEPSEA」の表示が腕時計の耐水性を表すものと需要者が理解する可能性を認めつつも、当該表示が『深海』の意味を示す用語として、需要者において、テレビ番組等においても目にする機会がめったにない深海や深い海の神秘的なイメージをも与えていると理解することができ」るなどとして、識別力を果たす態様で表示されているものとして、使用を肯定した。

これらの判決に見られるように、問題となった使用態様が商標的使用であるとして「使用」該当性を認めるも判決¹²においては、侵害場面において被疑侵害者側に求められるよりも緩やかな商標的使用が求められている（侵害場面では商標的使用が否定される可能性が高いような使用態様の商標的使用が肯定されている）との指摘もなされている¹³。既に述べたとおり、一般論として不要説を示した前掲知財高判平 27・11・26 [アイライト I] とそれを踏襲する 2 判決も結論としては問題の使用が識別機能を果たすものであると認めていることから、これらの判決群と緩やかに商標的使用を肯定する従来の判決群とで実質的に大差ないと評する学説¹⁴もある。

また、前掲知財高判平 27・11・26 [アイライト I] とそれを踏襲する 2 判決以降の判決についてみると、一般論として必要説を示したのは前掲知財高判令 4・2・9 [知本主義] のみであるが、それ以外の判決で結論として「使用」を肯定したものは、問題となった「使用」が自他識別機能を果たす態様である旨の認定¹⁵や、使用商標の要部として登録商標と同一の部分が識別力を有している旨認定¹⁶するなど、何らかの形で識別力があることの認定をしている。また、問題となった「使用」が商標的使用でないことにも言及して、結論として「使用」を否定したもの¹⁷もある。

3. 検討

（1）商標的使用の要否

不使用取消場面における商標的使用の要否については、次に述べるとおり、必要説が妥当である。登録商標制度は、登録商標がそれを使用する者の信用を化体するようになることを期待して未使用段階の商標であっても他者の類似商標の使用を排除できる商標権という強力な権利を与えている。不要説に立

¹² 例として、知財高判平 21・10・8 判時 2066 号 116 頁 [DEEPSEA]。その他の裁判例については、平澤卓人「不使用取消審判と商標的使用」パテント 76 巻 2 号 32-33 頁（2023 年）を参照。

¹³ 平澤・前掲注 12・32 頁など。

¹⁴ 長塚真琴「判批」茶園成樹ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選 [第 2 版]』（有斐閣、2020 年）99 頁。

¹⁵ 前掲知財高判令 3・6・29 [激落ちくん図形 I] など。

¹⁶ 知財高判令 3・5・19 令和 2 年（行ケ）10119 [野菜コロ]。

¹⁷ 知財高判令 3・7・20 令和 3（行ケ）10013 [Lingua Franca]。

つ裁判例は、「全く使用されていない」（ここでいう「使用」とは形式的な「使用」のことであろう）ような商標でさえなければこのような強力な権利を維持してもよいと考えているようであるが、識別標識として使用されないことには、登録商標にその出所の信用が化体することはないのであるから、登録商標制度の上記のような趣旨に鑑みれば、このような商標について強力な権利を維持すべき理由はないように思われる¹⁸。

不要説を支持する学説は、取引の通念が変化することによって、当初は識別標識としての使用とはいえないものでも将来的に識別標識として認識されることがありうること¹⁹や、不使用取消請求が認められた場合の商標権者の不利益は、同請求が棄却された場合の請求人の不利益に比して「圧倒的に大きい」こと²⁰を理由としている。しかし、そのような理由で不使用取消を逃れることができるのであれば、形式的な使用さえ継続しておけば商標権を維持できることとなってしまうところ、商標的使用を促すという観点からは、このような帰結は望ましくないであろう。50条1項の定めている「3年」という期間は、形式的にも不使用である状態から、商標的使用に至るまでの（最長の）期間を定めているものと考えられるべきであるように思われる²¹。また、取引の通念が変化しうることについては、後述のとおり商標的使用自体を緩やかに解することで対応できるものと思われる。

もっとも、既に見たとおり、不要説に立つ判決も、「使用」を肯定するに当たり単に形式的な使用があることのみならず、識別機能を果たしていることにも言及していることからすると、これらの判決のいう「何らかの態様」の使用とは全くの形式的な使用を指すのではなく、単に侵害場面よりも緩やかに商標的使用を認めるという趣旨である可能性がある。全くの形式的な使用でもよいとすることは、前掲最判「青星ソース」と整合しないように思われるから、不要説に立つ判決についてはこのような趣旨に理解するのが穏当なのかもしれない。しかし、仮にそのような趣旨であるとしても、商標的使用が不要であるかのような一般論は上記のとおり不適切なのであるから、一般論としては商標的使用を要求すべきであろう。

（2）不使用取消場面で求められる識別力の程度

（i）侵害場面における商標的使用論との違い

必要説に立つ場合でも、商標的使用について侵害場面と同様に考える必要はない。私見によれば、侵害訴訟における被告側の抗弁としての商標的使用論（又は商標法26条1項6号）においては、被疑侵害者の標章が発揮している識別力のみが問題になるのではなく、そのような態様で当該標章を用いる必要性等の諸要素が考慮され、その結果として問題の標章が出所識別機能を「果たしている」程度が非商標的表示（原材料表示、互換性の表示、装飾的表示など）としての側面の重要性に照らして低い場合に商標的使用が否定される²²。これに対し、不使用取消の場面においては、侵害場面と異なり識別力に対

¹⁸ 同旨：田村・前掲注2・28頁、宮脇正晴「判批」速報判例解説11号235頁（2012年）、外川・前掲注11・53頁、平澤・前掲注12・35頁。

¹⁹ 網野誠「不使用取消審判と『登録商標の使用』の範囲について」三宅正雄先生喜寿記念『特許争訟の諸問題』（発明協会、1986年）451頁。

²⁰ 中村仁「商標法50条における商標の使用」パテント62巻4号（別冊1号）144頁（2009年）。

²¹ 同旨：外川・前掲注11・53-54頁。

²² 宮脇正晴「商標的使用論の再構成」日本工業所有権法学会年報42号66頁（2019年）。これを支持するものとして、金子敏哉「メタタグ・検索連動型広告における商標の使用」一般財団法人知的財産研究教育財団『知的財産に関する日中共同研究報告書（令和3年3月）』223頁。

抗する利益を考慮しなくてもよい、ため、「果たしている」かの基準は低く設定されてよく、最小限の出所識別機能が発揮されていればよいであろう²³。既に述べたとおり、不使用取消場面における（商標権者又は使用権者による）登録商標の商標的使用については、侵害場面よりも緩やかに判断される傾向があり、この傾向を肯定的に捉える学説²⁴もあるが、これらについては、以上に述べた理由で正当といえよう。

具体例を示そう。商標権侵害が問題となる場面で、商標的使用を否定した例として、東京地判平 24・9・6 平成 23（ワ）23260 [SURFS UP] を挙げることができる。この事件においては、被告が下図のような態様でTシャツに「SURF' S UP」の文字列を使用する行為が「SURF' S UP」の文字列からなり、指定商品を「ワイシャツ類」等とする原告登録商標にかかる商標権を侵害するか否かが問題となった。

使用態様（判決別紙から引用。文字列の四角囲み、矢印及び「該当標章」との文字列は原告が付したもの）



判決は、「SURF' S UP」がサーフィンに関連してしばしば用いられる表現であることなどを考慮して、被告の行為が商標的使用に当たらないとして、侵害を否定した。上記のような被告の使用態様は、Tシャツについて全く識別機能を果たしていないとはいいがたく、仮にこれが不使用取消場面における権利者の使用態様であったならば、上述した従来の裁判例の傾向からして、商標的使用が肯定される可能性が高い。判決が商標的使用を否定した裏には、わずかに識別機能が発揮されていることをもって商標権侵害を肯定することの利益と、サーフィン関連で使用されるありふれた表現をデザインとして用いる自由を商標権によって抑圧することによりもたらされる不利益との衡量があったと考えるべきであろう。このように、侵害場面においては、専ら被告の標章が識別力を発揮しているか否かを問題としているのではなく、被告側が当該標章を用いる必要性や表現の自由の保護などの対抗利益も問題となるのであるから、商標的使用を否定することは、被告の標章が一切識別力を発揮していないことを意味するものではないといえる。

（ii）必要説に立つ判決の評価

上記のような、「最小限の出所識別機能の発揮」があるか否かという観点から、必要説に立った裁判例

²³ 宮脇・前掲注 22・78 頁。

²⁴ 飯村敏明「商標関係訴訟 ～商標的使用等の論点を中心として～」パテント 65 巻 11 号 111-112 頁（2012 年）、長塚・前掲注 14・99 頁。

である、前掲東京高判平13・2・28 [Dale Carnegie] 及び前掲知財高判令4・2・9 [知本主義] について評価する。これら判決はいずれも書籍等の印刷物に示された表示が問題となった点で共通している。このような表示に関連して、書籍等に収録されている著作物の題号自体は印刷物の出所識別機能を果たすとはいえない（したがって商標とはいえない）とする立場と、著作物の題号についても印刷物の出所識別機能を果たしうるとする立場との対立がある²⁵。ただし、後者の立場に立っても著作物の内容との関係で識別機能を果たさない場合（三国志を題材にしたゲームソフトの題号を「三國志」とするなど²⁶）には、商標的使用は否定される。

筆者は前者の立場を支持しており、このような考えからすると、前掲東京高判平13・2・28 [Dale Carnegie] が商標的使用を否定した点は疑問である。「DALE CARNEGIE」の語は、指定商品の内容を直接示すものとはいえず、この語を冠されたテキストには一定の品質が期待されるものとして出所識別機能を発揮する余地があり、商標権を維持させて同種の印刷物に類似表示を付して需要者の混同が生ずることを防止すべき必要性があるように思われるからである。

他方、前掲知財高判令4・2・9 [知本主義] については妥当である。「～主義」という語自体、通常書籍で主張されている内容を表すものと需要者に受け止められるであろうから、これを書籍の副題の一部や帯の記載の一部等として使用するなど、この事案で問題となった使用態様については、少なくとも「知本主義」の語単独で出所識別機能を果たす余地はないものと思われる。

²⁵ 詳細につき、宮脇正晴「著作物の題号（タイトル）と「商標としての使用」」パテント62巻4号（別冊1号）14-19頁（2009年）など参照。

²⁶ 東京高決平6・8・23平成6年（ラ）431 [三國志]。

II. 日本商標法における権利行使の局面での使用主義的側面

- 商標権者側の不使用の取扱いを中心に -

明治大学法学部 金子 敏哉 教授

1. はじめに

本稿では、日本商標法¹の権利行使の局面での使用主義的側面²のうち、特に、商標権者（及び専用使用権者・許諾による通常使用権者）が登録商標を指定商品・役務に使用していない等の事情（商標権者側の不使用）が、商標権の行使を制限する事情としてどのように考慮されているか、考慮すべきか、について検討する。

以下ではまず、平成8年（1996年）改正による確定不使用取消審決の遡及効（商標法54条2項）の導入時の議論を確認した上で（2.）、「不使用の抗弁」（本稿では、後述の総合考慮型権利濫用や不使用取消予定型権利濫用の抗弁と区別し、単に商標権者側の不使用のみを理由として侵害を否定・権利行使を権利濫用と評価するものを不使用の抗弁と呼ぶ）、「総合考慮型権利濫用」における商標権者側の不使用の考慮（不使用と他の事情を総合考慮して差止・損害賠償請求権の行使を権利濫用と評価するもの）、「不使用取消予定型権利濫用」（審決の確定前に侵害訴訟の裁判所が、近い将来に不使用取消審決が確定する可能性が高いことを理由として差止請求権、審判請求の登録（予告登録）後の期間についての損害賠償請求権の行使を権利濫用と評価するもの）を巡る議論状況と若干の検討を行う（3.）。続いて商標権侵害による損害論（特に商標法38条1項・2項の適用要件と3項の損害不発生の抗弁）における、権利者側の不使用等の事情の取扱いについて検討する（4.）。

2. 確定不使用取消審決の遡及効と平成8年改正

（1）平成8年改正による遡及効導入の趣旨

平成8年（1996年）改正以前は、不使用を理由とする取消審決（不使用取消審決）についても、他の理由による取消審決と同様（商標法54条1項参照）、審決の確定時以降、将来について商標権が消滅す

¹ 中国商標法は、日本法と異なり不使用取消審決の確定について遡及効が認められていない一方で、商標権者が3年以内の使用か侵害行為によるその他の損失を立証できなければ侵害者が損害賠償責任を負わないとする明文の規定（中国商標法64条1項・2項）を設けている。

登録商標の不使用については過去の日中共同研究での検討がされており、知的財産研究教育財団『特許庁委託平成28年度知的財産保護包括協力推進事業 知的財産に関する日中共同研究報告書』（平成29年3月）所収の李明徳「登録商標不使用に関する問題の研究」、彭学龍「登録商標の不使用に関する理論の検討と制度の改善」、小塚莊一郎「不使用取消に関する効率的な制度設計の探求—日本の経験を踏まえて」としてまとめられている。また今回の共同研究では張鵬研究員の論考において中国と日本法の制度比較がなされている。

² 商標法における権利行使の局面での使用主義的側面としては、商標権者側の不使用とともに、被疑侵害者側が（商標登録出願の以前から、あるいは出願・登録後に）被疑侵害標章に独自の信用を蓄積し周知性・著名性を獲得していたとの事情を考慮した商標権の制限（具体的には、先使用权（商標法32条）、商標法4条1項10号該当を理由とする無効の抗弁（商標法39条による準用される特許法104条の3）、総合考慮型の権利濫用（民法1条3項）、エマックス型の権利濫用の抗弁（最判平成22年2月28日民集71巻2号221頁〔エマックス〕）、被告側の周知性・著名性の商標の類似性判断への影響（最判平成9年3月11日民集51巻3号1055頁〔小僧寿し〕）における小僧寿しグループの著名性を考慮して類似性を否定した判断）も重要となるが、本稿では商標権者側の不使用に焦点を当てた検討を行う。

るものとされていた。

しかし平成8年改正（平成8年法律第68号）後の商標法54条2項は、不使用取消審決が確定した場合、当該不使用取消審判の請求の登録日（商標登録令1条の2第3号の予告登録³の日）に遡って商標権が消滅すること（確定不使用取消審決の遡及効）を定めている。この遡及効の導入は、平成8年改正における一連の不使用商標対策（請求人適格の緩和、駆け込み使用対策等）の一環として行われたものである。

特許庁の解説では遡及効の導入の理由について、不使用取消審決が確定した「商標登録に係る商標は、結局は商標法により保護すべき信用が発生していないか、又は一度発生した信用も消滅しているものであり、審決確定日以前についても、このように実体のない商標の登録が維持され、これに基づいて損害賠償の請求等が行われるのを認めることは適当でない」と説明し、この遡及効の導入により不使用の商標権の行使を受けた者は速やかに審判請求をすれば審判に時間がかかっても審判請求登録日以降の損害賠償請求等の余地がなくなる点について「事実上、実体のない（不使用の）商標権に基づく権利行使を制限する」ものであるとし、「登録主義の建前を維持しつつも、実質的には使用主義の考え方を最大限取り入れ、商標を不使用の状況に置くことに対して大きなリスクを与えることとするものである」と述べている⁴。

（2）不使用期間の始めまでの遡及としなかった理由

以上の特許庁の説明からすれば、（取消審決の前提となる）3年間の不使用期間全体についても商標法によって保護すべき信用が発生していなかったとして、不使用期間の始め（審判請求の登録日より3年前）に遡及させて商標権を消滅させる制度設計も考えられるところである。実際、平成7年12月の工業所有権制度審議会答申では、（法制上の問題を検討する必要があるとしつつも）遡及効を3年の不使用期間の始めまで遡及させる方向で検討することが望ましいとの考え方が示されていた⁵。

しかし最終的な改正では審議会の答申と異なり審判請求の登録（予告登録）時までの遡及となった点について、特許庁の平成8年改正に関する解説⁶では、①欧州各国で一般的には不使用期間の満了日以降に商標権を取り消すとされていること、②不使用期間の始期まで遡及させると登録を信頼した善意の第三者（使用権者や第三者）に不利益を与えるおそれがあること、③不使用商標を使用したい第三者は速やかに審判請求をすれば予告登録後の使用については取消審決が確定すれば商標権侵害の責任を免れられるところ、予告登録を待たずに直ちに不使用商標の使用を開始した者についてまで（遡及効によ

³ 予告登録は、無効審判請求・登録異議の申立て・取消審判の請求等があった場合に商標登録令1条の2に基づいて行われるものであり、商標権等の取引を行った者に不測の不利益を及ぼすことを防ぐことをその趣旨とする（商標登録異議の申立てにつき、特許庁「商標登録異議の申立てQ&A」

（<https://www.jpo.go.jp/faq/yokuaru/shinpan/document/index/05.pdf>）を参照）。正確なデータは確認できなかったが、裁判例等の事案からすると不使用取消審判請求から2週間～1か月程度で登録されるようである

⁴ 特許庁総務部総務課制度審議室編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説』（発明推進協会、2022年）（以下、特許庁・逐条解説として引用）1760頁。また特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編『平成8年改正工業所有権法の解説』（発明推進協会、1996年）（以下、特許庁・平成8年改正解説として引用）65頁も同内容の説明をしている。

⁵ 工業所有権審議会『商標法等の改正に関する答申（平成7年12月）』14頁特許庁・平成8年改正解説（前掲注(4)）66頁参照。

⁶ 特許庁・平成8年改正解説（前掲注(4)）67頁参照。特許庁・逐条解説1760・1761頁では、不使用取消の要件を満たすのが（3年の起算点となる）予告登録日であることに加えて、①と公示の原則も担保されること（②と同趣旨）を挙げている。

り) 商標権侵害による責任を回避させることを認める必要性が実態上ほとんど想定されないこと、の三点を挙げている⁷。

(3) 不使用の抗弁が導入されなかった理由

特許庁の平成8年改正の解説では、審議会の議論では不使用の抗弁を導入すべきとの意見もあったが最終的に採用されなかった理由として、①権利者側が不使用の場合に差止請求ができないとなると権利自体が非常に不安定となること、②登録簿に公示されている権利者と実際の使用者が異なることとなり、登録主義をあまりに形骸化し、需要者に混乱を生じるおそれもあること、③商標権が取消適格にあるかは極めて専門的な判断であり、特許庁の専門的部局に第一次的判断権があるところ、特許庁と裁判所の判断が食い違ふと混乱が生じる、との3点を挙げている。

以上の理由のうち、②③は、少なくとも最判平成12年4月11日民集54巻4号1368頁〔キルビー〕(無効理由の存在が明らかな特許権の行使は権利濫用に該当すると判断) 及び平成16年(2004年)改正による特許法104条の3(商標法39条で準用)の新設後は、あまり妥当しないものである。③について商標の使用・不使用が裁判所よりも特許庁が第一次的に判断することが適切といえるかは当時についても疑問が残るところであるが、不使用取消審判における判断と侵害訴訟における判断が齟齬した場合自体は後述のように現在も生じうるところである。

(4) 確定取消審決の遡及効と権利行使の関係

平成8年改正後の商標法54条2項により、不使用取消審決が確定した場合、審判請求の登録(予告登録)日以降の商標権侵害行為については商標権が遡及的に消滅するため、(一部の指定商品・役務のみの取消で残存する指定商品・役務との関係で侵害が認められる等の事情が存在する場合を除いて) 差止請求・損害賠償請求は認められないこととなる。他方、審判請求登録日以前の侵害行為に対する損害賠償請求権については、3年間の不使用期間内であっても、当然には否定されない。

侵害訴訟の時点において不使用取消審判は請求されている(あるいは取消審決がされている)がまだ取消審決が確定していない場合、審判請求登録後の期間についても商標権の侵害は認められることとなる。

3. 「不使用の抗弁」と総合考慮型・不使用取消予定型の権利濫用の抗弁

以下では、不使用の抗弁、総合考慮型権利濫用の抗弁、不使用取消予定型権利濫用の抗弁についてそ

⁷ 田村善之『商標法概説〔第2版〕』(弘文堂、2000年)44頁注2では、改正作業において不使用期間の始めまで遡及させるべきとの田村教授と特許庁の担当者との間で議論があったことに触れた上で、実際上は「再審により覆ることを予測し得ない刑事事件が生じることに対する嫌悪感がネックとなった」と指摘している。

なお平成8年改正に際しての当時の特許庁担当者と田村教授の間の打ち合わせ資料(北海道大学情報法政策学研究中心で閲覧可能)中の「不使用取り消し審判の効果の3年遡及の問題点(7.11.6)」では、本文で言及した①～③や民事・刑事の再審の可能性等による不安定性等の実質的な理由の他、取消審決の遡及効の行政法的な位置づけについてのややドグマティックな理解(不使用期間の始めまでの遡及効を認める場合には、商標権を3年間のうちに使用することを停止条件とする権利と理解する必要があるとするもの(同1頁))が示されているが、このような理解はその後の特許庁の解説書などでは示されていないようである。

れぞれ議論状況を概観し、若干の検討を行う。

(1) 不使用の抗弁（不使用のみを理由とする侵害否定・権利濫用）

裁判例では、後述の総合考慮型権利濫用の抗弁や平成8年改正後の不使用取消予定型権利濫用の抗弁が認められた事例は存在するものの、これらの類型以外不使用の抗弁（商標権者側不使用のみを根拠とする侵害否定、権利濫用）を認めた事例は見当たらず、むしろ明示的に否定した事例（いずれも平成8年改正前の事案）として以下のものがある。

大阪地判昭和54年9月14日無体集13巻1号82頁〔天井材〕では「不使用商標の行使が直ちに権利濫用となると解すべき理由はな」と判示し、原告の不使用商標に係る商標権の侵害を理由とする差止請求を認容した。損害賠償請求については、不使用を理由に38条旧1項（現2項）の適用を否定し（使用商標については旧1項適用）、旧2項（現3項に相当）の適用は一般論として認めつつも本件では侵害品の売上についての立証がないとして不使用商標分については棄却している。

東京地判昭和58年9月28日判タ514号307頁〔狩猟〕では、被告側は、原告らが3年以上商標を使用しておらず被告代表者の請求に係る不使用取消審判の手中⁸であることを理由に被告の行為は商標権の侵害に当たらないと主張した。しかし裁判所は（平成8年改正前の）商標法54条では取消審決確定時まで商標権は有効に存在しているため、被告主張の事実に基づく非侵害との主張は失当であるとして、商標法38条旧2項（現3項）による損害額を60万円（使用料率4%）と算定している。

東京地判昭和63年2月12日判時1272号127頁〔VOGUE〕では、ファッション雑誌VOGUEを刊行している原告（米国法人）が「VOGUE」につき指定商品を「バンド類、頭飾品、造花」として昭和58年10月27日に登録を受けたものの商標を使用していなかった事案において、被告側が原告の不使用を理由に差止請求権の行使について権利濫用に該当するとの主張に対し、類似標章の使用者に対する紛争解決への対応、雑誌の広告主等との関係や取引先の信用に留意する必要があること等に鑑み、不使用に無理からぬ一面があるとして、権利濫用の主張を退けている。登録商標の発展助成機能に特に留意した判決といえよう。

多数の学説も、登録主義の原則（特に発展助成機能）や不使用取消審判制度との関係（不使用の判断基準時の問題や、平成8年改正でも遡及効が予告登録時まで限定されていることとの整合性）を理由に不使用の抗弁は認められないとしている⁹。

本稿の立場からも、現行法の解釈論としては、既に学説で指摘されているとおり、不使用取消審判制度との関係上、単なる不使用（それが3年以上の正当な理由のないものであっても）を理由に直ちに侵害を否定する、権利濫用と評価することはできないであろう。

⁸ 判決文中で言及がないが、判決日前の1983年5月13日に存続期間満了で商標権が消滅したようである。

⁹ 田村・前掲注(7)314頁、飯田圭「商標権の行使と商標登録の無効理由又は不使用取消理由について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務3 商標法・不正競争防止法』（新日本法規出版、2007年）110頁、松田俊治・澤田将史「〔PITAVA〕判批」知財研フォーラム101号（2015年）40頁、森本純「商標の不使用と権利行使」小野昌延他編『商標の法律相談Ⅱ』（青林書院、2017年）222頁、茶園成樹編『商標法〔第2版〕』（有斐閣、2018年）245頁〔茶園成樹〕、愛知靖之「〔moto第一審〕判批」茶園成樹他編『商標・意匠・不正競争判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2020年）80頁、蘆立順美「〔moto控訴審〕判批」速報判例解説Vol.33（2023年）278頁等参照。

これらに対して、光石俊郎「不使用登録商標に基づく権利行使について」日本工業所有権法学会年報20号（1997年）114頁以下（特に117頁）では、商標、商品・役務の類似性の判断基準としての混同のおそれを不競法2条1項1号と同様の極めて具体的な混同のおそれとする理解を前提に、登録商標を正当な理由なく使用していなければ混同のおそれが認められず類似の範囲での商標の使用については侵害が否定されるとの理解を示している。

立法論の観点からは、不使用の抗弁の判断基準時・要件等については立法によりある程度明確にすることは可能であるものの、不使用の商標は本来対世的に取り消されることが望ましい点、又、実際には商標権者側が小規模に使用している事実や不使用について正当な理由がある場合に審判請求も経ずに第三者が当該使用を開始することは混乱を招く恐れがある点に鑑みると、不使用取消審判請求を前提としない不使用の抗弁は認めるべきではないであろう。これに対して、確定不使用取消審決の遡及効を不使用期間の始期（予告登録より3年前）にまでさらに遡らせる立法については平成8年改正で挙げられた譲受人等の保護がそれほど実質的な妥当性のある理由でないことに鑑みれば一案に値する。しかし後述のように、登録商標を指定商品・役務には使用していなかったが類似商標、類似商品・役務の使用により一定の信用の蓄積があった事案では損害賠償請求を認めるべき事例もあることや、他方類似商標等も含め権利者に一切の信用蓄積もその予定もなかった事案については総合考慮型権利濫用や損害不発生の抗弁等の解釈論によってある程度の対応ができていないことに鑑みると、原状において商標法54条2項の遡及効を不使用期間の始めにまで遡らせる必要性はないと考える。

（2）総合考慮型権利濫用の考慮要素の一つとしての不使用

権利者側の使用を他の事情（例えば侵害者側の独自の信用の蓄積等）と総合考慮して、商標権侵害を理由とする差止請求権・損害賠償請求権の行使について権利濫用（民法1条3項）に該当すると判断した事例（例えば東京高判昭和30年6月28日高民集8巻5号371頁〔天の川〕（未使用の登録商標「銀河」を譲り受けて権利行使をした事案）、東京地判平成11年4月28日判時1691号136頁〔ウイルスバスター〕等）は従前から存在している。

学説においてもこのような総合考慮型の権利濫用において権利者側の使用を考慮要素の一つとすることについては特に異論は示されておらず、本稿も妥当と考える。

近年の裁判例において、商標権者側の使用を考慮要素の一つとして損害賠償請求権の行使を権利濫用と評価したものとして以下の事例がある。

東京地判平成24年2月28日平成22（ワ）11604〔GRAVE GARDEN〕では、出願時点で使用の意思を欠き¹⁰、使用の具体的な計画がないことを考慮し権利濫用と評価した。

大阪地判平成25年10月17日平成25（ワ）127〔RAGGAZZA〕は、被告の請求に係る不使用取消審決が侵害訴訟係属中に確定したことを理由に差止請求を棄却するとともに、予告登録前の期間の侵害行為に係る損害賠償請求権の行使を、出願経緯と登録商標の使用等（商標権者Xが使用していた「RAGGAZZA」（イタリア語で若い女性を意味するため、指定商品（被服・履物）との関係で女性用を意味する記述的表示として拒絶される可能性がある）についてあえて出願せず「RAGGAZZA」の商標を取得し、登録商標ではなく「RAGGAZZA」の使用を継続しながら、被告Yの「Ragazza」に対して権利行使）、無効審判との矛盾主張（無効審判ではYの「Ragazza」と類似しないと主張し、無効判断を回避）、（予告登録までの）侵害期間の短さ（3か月）を総合考慮し、権利濫用として棄却した。

大阪地判平成26年8月28日判時2269号94頁〔melonkuma〕では、被告標章が特段の自他商品識別力を獲得した一方で登録後原告商標が付された商品が流通しておらず原告登録商標に原告の信用が化

¹⁰ 使用の意思を欠く出願は商標法3条1項違反の無効理由となるが、本件では商標法47条1項所定の除斥期間が経過していた。

体されていないことを考慮し、原告による商標権の行使は、被告標章の周知性・著名性・顧客吸引力の獲得を奇貨としたものであり、また被告による不使用取消審判請求（取消審決がされ（判決文中で触れられていないが判決日前に審決が確定し）ていた）への対抗手段であったとして損害賠償請求の行使を権利濫用と評価した。

（３）不使用取消予定型権利濫用

i. 議論状況

さらに近年の（特に前掲〔キルビー〕最判及び平成16年改正による無効の抗弁（特許法104条の3）の導入以後の）学説では、不使用取消審判請求がされており、近い将来において取消審決の確定により商標権が取り消される可能性が高いことを理由として差止請求権及び予告登録後の侵害行為について損害賠償請求権の行使を権利濫用（不使用取消予定型権利濫用）とする考え方¹¹が多数説といえる状況となっている。

裁判例において不使用取消予定型権利濫用の抗弁の成立が認められた事例として、以下の〔PITAVA〕事件と〔moto〕事件がある。

東京地判平成26年10月30日平成26（ワ）768〔PITAVA〕¹²は、侵害訴訟の被告が不使用取消審判（指定商品「薬剤」のうち、「薬剤（農薬に当たるものを除く）」を請求していたもののまだ審決はされていなかった¹³事案において、原告主張の通常使用権者による使用が認められない¹⁴と認定した上で、「商標登録の取消審判請求がされ、当該商標登録が取り消されるべきことが明らかな場合には、不使用取消制度及び商標権制度の趣旨に照らし、その商標登録に係る商標権に基づく差止め請求は権利の濫用に当たり許されない」として差止請求を棄却している。

東京地判平成31年2月22日平成29（ワ）15776・知財高判令和2年6月4日平成31（ネ）10024〔moto〕は、M1（Motorola Mobility）が製造しY各商標（moto、moto360）を付したスマートウォッチ（Y商品）を侵害訴訟の被告Yが販売する行為（販売期間は2016年6月～2017年2月）が原告Xの有するX商標（moto。指定商品は第14類 時計）に係る商標権を侵害するとして差止・損害賠償を請求した事案である。

侵害訴訟に先行してMotorolaの商標管理会社であるM2（Motorola Trademark Holdings）は、まずX商標につき指定商品全部を対象とする取消審判（第1次審判請求）を請求したが、時計機能付きの東京スカイツリー模型にX商標を使用していたことを理由に審判請求不成立審決がされた。その後M2は、X

¹¹ 不使用取消予定型権利濫用の抗弁を認める学説のうち、取消審判で取り消されることが「明らか」であることを要するとする見解（〔PITAVA〕参照）について後掲注(17)を参照。「明らか」である場合に特に限定しないもの（〔moto〕第一審・控訴審参照）として、光石・前掲注(9) 117頁、松田＝澤田・前掲注(9) 40頁、外川英明「商標法における『不使用の抗弁』」パテント73巻別冊25号（2020年）7頁以下を参照。

¹² 控訴審（知財高判平成27年8月27日平成26（ネ）10129）では商標法26条1項2号該当を理由に侵害を否定し、不使用取消審判との関係については判断していない。

¹³ 侵害訴訟の控訴審判決後の平成28年3月31日の審決（審判番号2014-300121）では、審判請求に係る指定商品についての取消が認められ、その後審決が確定した。

¹⁴ 原告である商標権者Xは許諾先の通常使用権者Aによる使用の事実を主張したが、裁判所はXA間の合意はAによる商標の使用を積極的に許諾するものではなく、Aの速やかな使用中止を前提に既に製造し商標を付した商品の販売について差止請求権を行使しないとの禁止権猶予を意味するものであり、このような場合には商標法50条1項の「通常使用権者」に該当しないと判断した。

商標の指定商品「時計」中の「腕時計」について不使用取消審判（第2次審判）を請求し、予告登録は2017年6月にされた。侵害訴訟の第一審判決（2019年2月22日）後の2019年5月16日に、不使用を理由に指定商品中「腕時計」について取り消す旨の審決（第2次審決）がされ、Xが審決取消訴訟を提起し、侵害訴訟の控訴審と同日・同一裁判体により（知財高判令和2年6月4日令和元年（行ケ）10094）審決取消の訴えも棄却されている。

侵害訴訟では、第一審（第二次審判請求後、審決前）、控訴審（審決取消訴訟の請求棄却判決と同日）共、X主張の使用の事実は認められず、X商標中の指定商品「腕時計」については不使用取消審判により「取り消されるべきものということができ」とし、またX商品の残存する指定商品（腕時計以外の時計）とY商品（スマートウォッチ）が類似していると言えないとして、Xによる差止請求権の行使は権利濫用に当たると判断した。他方で損害賠償請求権の行使については、対象となる期間が第2次審判の予告登録前の期間であることから権利濫用の抗弁は失当であるとしつつ、後述するように損害不発生の抗弁も成立しないとして商標法38条3項による損害額を2万6743円（Y商品売上高×相当使用料率5%）と算定している。

ii. 検討

不使用取消予定型権利濫用の基本的な意義は、〔キルビー最判〕や特許法104条の3（無効の抗弁）と同様、不使用取消審判（とその後の審決取消訴訟）における判断を、侵害訴訟の裁判所が先取りして行うことによる迅速な紛争解決¹⁵の点にある。この意義に鑑みれば、多数説の指摘とするとおり、不使用取消予定型権利濫用の抗弁は一般論として認められるべきであろう。その効果は、差止請求及び予告登録後の期間に係る損害賠償請求権の行使が権利濫用として棄却される点にある。

特に留意すべき点としては、これも既に指摘されているとおり、侵害訴訟の不使用取消予定型権利濫用の抗弁における判断と、不使用取消審判における判断が齟齬する可能性がある点である。実際に齟齬が生じた場合、侵害訴訟で権利濫用不成立として請求認容判決が確定後に不使用取消審決が確定した場合には再審（民事訴訟法338条1項8号）等により被疑侵害者側を救済することが可能であるが、逆の場合（侵害訴訟で不使用取消予定型権利濫用が認められ請求棄却判決が確定後、不使用取消審判請求不成立審決が確定した場合）には商標権者を救済する手段はない。

以上の判断の齟齬を防ぐため不使用取消予定型権利濫用の抗弁については、①侵害訴訟の被告¹⁶（又は被告と利害関係を共通にする第三者）が不使用取消審判を請求していること（無関係の第三者による請求の場合、審判請求の取下げ等による判断の齟齬の可能性が無視できない）、及び、②侵害訴訟の裁判所からみて不使用取消審判で取り消されることが明らかであるといえることを要する¹⁷と解すべきであ

¹⁵ 日本商標法における取消審判（不使用以外を理由とするものも含む）の平均審理期間は、2021年につき8.7か月、2022年について6.4か月（特許庁『特許行政年次報告書2023年版』（2023年）78頁参照）となっており、審判請求から審決までの期間はそれほど長いわけではないが、（審決取消訴訟等も含めた）審決の最終的な確定についてはさらに時間を要することとなる。

¹⁶ 被告自ら不使用取消審判を請求している必要があるものとして、外川・前掲注(9)8頁参照。

¹⁷ 田村・前掲注(7)314頁、小池豊「商標の不使用と権利行使」小野昌延＝小松陽一郎編『商標の法律相談（改訂版）』（青林書院、2002年）428頁、飯田圭・前掲注(9)110・111頁、森本・前掲注(9)223頁、茶園編・前掲注(9)245頁〔茶園成樹〕、愛知・前掲注(9)81頁、蘆立・前掲注(9)279頁（但し「明らか」でない場合は限定的とも指摘）参照。「明らか」要件を巡る議論状況については前掲注(11)も参照。

これに対して松田＝澤田・前掲注(9)40頁は、〔キルビー〕最判における「明らか」要件を巡る議論も参照し、前掲〔PITAVA〕の「明らか」要件は特に立証のハードを挙げるものではなく、実質的な意味はないと指摘している。

り、②について（不使用取消が認められるか否かのいずれについても）明らかとまで言えない微妙な事案については審決の確定まで訴訟を中止することが望ましいであろう¹⁸。

不使用取消予定型権利濫用の抗弁に係る主張立証責任の分配については、基本的に不使用取消審判に係る部分については審判と同様のものとすべきであろう。被告（被疑侵害者）は、不使用取消予定型権利濫用の抗弁の主張に当たり、まず自ら（又は侵害商品・役務に関して利害関係を共通にする第三者）が不使用取消審判を請求し予告登録がされていることを立証する必要がある。これに対して原告（商標権者）は、商標法 50 条 2 項に照らし、予告登録後 3 年以内の登録商標の（取消審判請求に係る）指定商品・役務の一部についての使用、又は、不使用についての正当理由の存在について立証する責任を負うこととなる。なお指定商品・役務の一部についての審判請求がされている事案では、審判で取り消されることが明らかという場合でも、商標権者は再抗弁として、残存する商品・役務と被告の商品・役務が同一又は類似であり一部取消後の商標権の侵害が認められることを主張しその立証に成功すれば、差止・損害賠償請求権の行使は認められることとなる。

4. 商標権者側の実使用と商標権侵害による損害

商標権者側の実使用は、商標権侵害による損害額の算定、特に商標法 38 条 1 項（1 号）・2 項の適用要件や、商標法 38 条 3 項に係る損害不発生抗弁においてもその取扱いが問題となる。以下ではこれら商標権侵害による損害額の算定における商標権者側の実使用の取扱いについて検討する。

なお前述のとおり、不使用取消審決が確定した場合には予告登録後の期間については遡及的に商標権が消滅する（商標法 54 条 2 項）ため、以下では、不使用取消審決の要件を満たさない場合や、取消審決が確定する事例でも予告登録前の期間の侵害行為を想定して検討する。

（1）商標法 38 条 1 項 1 号、2 号の適用要件と商標権者による使用

i. 裁判例の状況

判例・多数説の理解の下では、商標法 38 条 1 項 1 号（令和元年（2019 年）改正前の旧 1 項）・2 項（平成 10 年（1998 年）改正前の旧々 2 項）によって算定される損害は、特許法 102 条 1 項 1 号・2 項と同様、基本的に侵害行為の結果生じた権利者製品の販売数量等の減少による逸失利益の損害（2 項の場合は値引きによる逸失利益等も含みうる）と解されており、このような判例・多数説の理解のもとでは、商標権者が販売・提供していた商品や役務が、侵害者の商品・役務と市場において競合しうることは、1 項・2 項適用の必要条件となる。

その上で、本稿の問題関心から検討すべきは、上記の商品・役務の競合性に加えて（あるいは上記の競合性の判断の際に）、①侵害行為の期間中、商標権者が登録商標を指定商品・役務に使用していたことや、②（①の使用がなかったとしても）類似商標や類似商品・役務についての使用や過去の同一・類似の使用等により登録商標に商標権者の信用が蓄積されていたこと等が、商標法 38 条 1 項 1 号や 2 項の適用において必要とされるべきか、との問題となる。

¹⁸ 田村・前掲注(7) 315 頁、愛知・前掲注(9) 81 頁、蘆立・前掲注(9) 279 頁参照。

商標法 38 条 2 項（旧々1 項）の適用につき、商標権者が登録商標を使用している必要があることを明示的に判示し、結論としても不使用を理由に適用を否定したものとして前掲大阪地判 54 年 9 月 14 日無体集 13 卷 1 号 82 頁〔天井材〕、神戸地判平成 9 年 10 月 15 日平成 7 年（ワ）661 等〔茶福豆〕（原告標章（登録商標と類似しているとはいいうと思われる）は登録商標と社会通念上同一の商標の使用といえないとして適用を否定）がある。近時の裁判例では大阪高判平成 25 年 8 月 27 日平成 24（ネ）2382〔SAMURAI〕も、商標法 38 条 2 項が適用されるためには、商標権者が登録商標（と社会通念上同一の商標）を自ら営業に使用している必要があるとの一般論を示している（結論としては適用肯定）。

また東京地判平成 13 年 10 月 31 日判時 1776 号 101 頁〔カナディアンメープルシロップ〕は、商標法 38 条 1 項・2 項の適用要件としての競合性の判断の際に、登録商標と商品の出所たる企業との信用の結びつきを考慮要素とすべきことを判示している（1 項につき東京地判平成 17 年 10 月 11 日判時 1923 号 92 頁〔ジェロビタール〕、2 項につき大阪地判平成 24 年 12 月 13 日平成 21（ワ）13559〔ユニキューブ〕も同様の判示をしている）。

しかし近時の（2012 年以降の）多くの裁判例¹⁹は、（おそらくは商標権者による指定商品・役務への登録の使用が認められる事案であることもあろうが）登録商標の使用の要否等について言及していない。また商標法 38 条 2 項の適用要件についても、知財高判平成 25 年 2 月 1 日判時 2179 号 36 頁〔ごみ貯蔵機器大合議〕の特許法²⁰102 条 2 項の適用要件に関する判示と同様に、侵害行為がなければ利益が得られたであろうとの事情の有無を基準とするものが多い（ただし〔ごみ貯蔵機器大合議〕と異なり、登録商標の使用が不要と明言するものではない）²¹。

また近時の裁判例における具体的な判断の点では、商標法 38 条 1 項・2 項の適用否定例は、営業地域や業務態様の違いが大きいために競合性が認められない事例（例えば前掲〔ユニキューブ〕。前掲〔メープルシロップ〕でも販売態様の相違が考慮事情の一つとなっている）や、原告である商標権者自身は日本国内で競合する商品・サービスを提供しておらず使用権者や関連会社等が提供していること（例えば、知財高判平成 30 年 3 月 29 日平成 29（ネ）10082〔マイクロソフト〕）等を理由とするものであり、商標権者自身が提供していた商品・サービスにおいて侵害品等との競合性が認められながら、登録商標の指定商品・役務への使用（あるいは類似のものの使用）がなかったことを理由に 1 項 1 号・2 項の適用を否定した事例（前掲〔天井材〕や〔茶福豆〕はそのような事例といえる事案である）は近時の裁判例では見当たらない。

ii. 検討

商標法の法目的が商標に蓄積された業務上の信用の保護にあることに鑑みると、商標権者が登録商標や類似商標を過去も侵害当時も全く使用しておらず、登録商標に商標権者の信用が全く蓄積されてい

¹⁹ 2012 年以降の裁判例の状況につき金子敏哉「商標法 38 条 1 項 1 号・2 項による損害額の算定と商標権の保護法益」特許研究 76 号（2023 年）24 頁以下及び 28 頁以下を参照。

²⁰ 特許権法 102 条 1 項 1 号（令和元年改正前の 1 項につき知財高判令和 2 年 2 月 28 日判時 2464 号 61 頁〔美容器大合議〕、2 項（知財高判平成 25 年 2 月 1 日判時 2179 号 36 頁〔ごみ貯蔵機器大合議〕、知財高判令和 4 年 10 月 20 日令和 2（ネ）10024〔椅子式マッサージ機大合議〕（権利者製品が特許発明と同様の作用効果を奏することも不要とする））については上記の競合性があれば適用要件を満たし、特許権者による特許発明の実施は適用の要件ではないとの理解が知財高裁の大合議判決において示されている。

²¹ 金井重彦他編『商標法コンメンタール〔新版〕』（勁草書房、2022 年）667・668 頁〔江幡奈歩・中村閑〕、金子・前掲注（19）29 頁参照。

い場合、侵害品と権利者の商品の性能面等における競合関係が認められるような場合でも、商標法 38 条 1 項 1 号・2 項の適用は否定されるべきであろう。

他方、需要者の認識には幅があることに加えて商標権者による新商標への切替や商品・役務の追加・変更等の状況がある事にも鑑みれば、商標権者が類似商標を指定商品・役務以外の商品・役務に使用してきており信用を蓄積しており、侵害行為により出所の混同が現に生じうる場合には商標法 38 条 1 項 1 号・2 項の適用が認められるべきであろう。

そこで商標法 38 条 1 項 1 号、2 項の適用要件としては、一般的な競合性に加えて、商標権者が登録商標又は類似商標を、指定商品・役務又は他の商品・役務に、侵害当時又は過去において出所を示す態様で使用していたことを商標権者が立証すれば 1 項 1 号、2 項の適用要件を満たすものとする解釈²²が妥当と思われる。

(2) 商標法 38 条 3 項・損害不発生の抗弁と商標権者側の不使用

i. 商標法 38 条 3 項と損害不発生 of 抗弁

商標権者が侵害品と競合する商品やサービスを自ら提供していない等の理由で商標法 38 条 1 項 1 号や 2 項の適用が認められない場合でも、商標法 38 条 3 項（平成 10 年改正前は旧 2 項）の使用料相当額の損害の賠償は原則として認められる。

商標権者が登録商標を使用していないことを理由に商標法 38 条旧々 1 項の適用を否定した前掲大阪地判 54 年 9 月 14 日無体集 13 卷 1 号 82 頁〔天井材〕及び神戸地判平成 9 年 10 月 15 日平成 7 年（ワ）661 等〔茶福豆〕も、旧 2 項の使用料相当額の賠償は認めている。

もっともこれらの判決後の最判平成 9 年 3 月 11 日民集 51 卷 3 号 1055 頁〔小僧寿し〕では、旧 2 項の使用料相当額の損害について、「侵害者は損害の発生があり得ないことを抗弁として主張立証して、損害賠償の責めを免れることができるものと解するのが相当」とし、また商標権は商標の出所識別機能を通じた業務上の使用の保護と流通秩序の維持による需要者の保護にその本質があり、特許権等と異なりそれ自体財産的価値を有するものではないことを述べた上で、第三者が登録商標と類似する標章を商標として使用した場合にも「当該登録商標に顧客吸引力が全く認められず、登録商標に類似する標章を使用することが第三者の商品の売上げに全く寄与していないことが明らかなときは、得べかりし利益としての実施料相当額の損害も生じていない」と判示した。この、使用料（実施料）総額の「損害の発生がありえないこと」を理由とする抗弁が、講学上、損害不発生 of 抗弁と呼ばれるものである。

そこで以下では、商標法 38 条 3 項に係る損害不発生 of 判断において、商標権者側の不使用に関する事情がどのように取り扱われており、また取り扱われるべきか、について検討する。

ii. 損害不発生 of 抗弁を巡る裁判例 of 判断と商標権者側の不使用

1) 損害不発生 of 抗弁 of 成立事例

²² 商標法 38 条 2 項 of 適用要件につき、田村・前掲注(7)341 頁参照。金子・前掲注(19)37 頁では、登録商標と社会通念上同一の商標 of 使用の場合について記述していたが、類似商標 of 使用の場合も含める形に見解を改める。

前掲〔小僧寿し〕最判では、商標権者（商標「小僧」。指定商品は旧45類「他類に属しない食料品及び加味品」）である原告は大阪で「おにぎり小僧」との名称の持ち帰りおにぎり・寿司の店舗を営んでいたが被告（著名な小僧寿しグループのフランチャイズを展開）の営業地域である四国では営業していなかったところ、被告側の「小僧寿し」や非侵害標章の著名性や侵害標章の使用態様が被告店舗内での副次的なものであったこと、原告登録商標が四国地域で全く使用されず業務上の信用の蓄積がなく顧客吸引力もほとんどなかった事が考慮されている。

神戸地判平成11年2月10日平成8（ワ）2094〔MARCHE〕では、商標権者である原告は雑貨・小物類には従来から登録商標（MARCHE）を使用していたが、指定商品である酒類（侵害品はワイン）については最近になって自社の数店舗において試験的な販売で使用したに過ぎないことから、酒類の販売において登録商標の顧客吸引力は認められないとして、損害不発生と判断した。

名古屋高判平成14年9月25日平成13年（ネ）1042〔JamJam〕（指定役務は広告）では、商標権者である原告が全く登録商標を使用しておらず、商標権者の信用と結合した顧客吸引力が全く存在せず、被告が利益を挙げたとしても被告自身（毎日新聞社）の周知性や宣伝等によるものであり、侵害標章の使用は利益に寄与したと言えないこと等を考慮し、商標法38条2項及び3項に基づく請求を棄却している。

大阪地判平成25年1月24日平成24（ワ）6892〔Cache〕では、原告は大阪市内で「Cach」との名称の美容室に店舗を営業していたところ、商標「Cache」（指定役務は美容・理容）について出願して商標登録を受けていた事案である。被告は岐阜市で「Caché」との名称の美容室を営業していたが、原告の出願前に廃業したものの、原告出願後に営業を再開し、顧客は被告店舗の周辺住民で一日3・4名程度という状況であった（原告からの侵害通知後に再廃業）。裁判所は、原告と被告の営業地域の違い、被告店舗周辺での登録商標に原告の営業としての顧客吸引力がないこと、被告店舗の顧客が周辺住民であるためその売上には侵害標章の使用は特に寄与していないことを考慮し、原告に何らの損害も発生していないとして商標法38条3項に基づく請求を棄却した。

東京地判平成28年2月26日平成26（ワ）11616〔皇朝〕（商標は「皇朝」。指定役務は飲食物の提供等）では、被告の使用態様（被告店舗内のメニュー表示で「皇朝小籠包」と表記）について商標権侵害に該当するとしつつも、使用態様に照らして原告との出所の誤認を生ぜず、被告の売上に侵害標章の使用が全く寄与していないとして、損害不発生と認定した。なお原告は「皇朝」をその店舗名に使用していた事案である。

以上5件の事例を商標権者側の使用態様からみると、全くの不使用であった〔JamJam〕と試験的な使用〔MARCHE〕以外の事案では、店名として使用していた〔皇朝〕はもちろん、〔小僧寿し〕最判及び〔Cache〕も地域等がかなり限定されていたとはいえ商標権者側による登録商標（〔Cache〕では類似商標）の商標的な使用が行われていた事案である。具体的な判断においても、〔皇朝〕以外の事案では商標権者側の不使用・使用が限定的であることが商標権者の信用と結びついた登録商標の顧客吸引力のなさ・低さの考慮要素となっているものの、〔MARCHE〕を除けば侵害者側の事情（被告独自の信用（〔小僧寿し〕・〔JamJam〕）、被告の近所の住民を相手としたごく小規模な営業に留まること（〔Cache〕））も損害不発生との認定の上で大きな考慮要素となっている。

2) 損害不発生の抗弁の不成立事例

商標権者側の実使用の事実を認定しつつも²³損害不発生の抗弁を不成立と判断した裁判例として注目される判決として、京都地判平成16年12月22日平成15年（ワ）3253・大阪高判平成17年7月14日平成17（ネ）248〔UNO PER UNO〕、東京地判平成27年2月27日平成26（ワ）7132〔Agile〕、前掲東京地判平成31年2月22日平成29（ワ）15776・知財高判令和2年6月4日平成31（ネ）10024〔moto〕がある。

このうち〔Agile〕と〔moto〕は、指定商品において侵害品と同一又は類似の商品には登録商標を使用しておらず当該商品については不使用取消審決が確定した（〔Agile〕）・確定する見込みであった（〔moto〕）が、他の指定商品については登録商標を商標権者が使用していた事案である（〔Agile〕では指定商品の被服・履物等のうち履物（被告商品と同一）につき不使用、被服については使用。〔moto〕では指定商品の時計のうち腕時計（被告商品（スマートウォッチ）と類似）につき不使用、置時計（被告商品と非類似）には使用）。

〔Agile〕と〔moto〕では、審判請求の登録（予告登録）前の侵害行為（不使用期間内）につき侵害者側から当該不使用を主な理由に損害不発生の抗弁が援用されたところ、他の指定商品における使用の事実を考慮要素として損害不発生とは言えないと判断した。その上で商標法38条3項の算定において被告の売上に乗すべき使用料率の認定においては、他の指定商品における使用の事実も踏まえつつ、侵害商品と同一の商品での不使用も考慮し、業界相場等による使用料率よりも低め（〔Agile〕では0.3%、〔moto〕では5%）に算定している。

このように〔Agile〕と〔moto〕は、侵害品と同一・類似の商品については不使用であったものの、他の指定商品における使用により、登録商標への信用の蓄積が認められ、登録商標に商標権者の信用と結びついた顧客吸引力が存在した事例といえる。

これに対して〔UNO PER UNO〕では、登録商標が商標権者により自己の商品の販売等に使用されていなかった²⁴ことを理由とする損害不発生の抗弁の主張に対して、登録商標「に商標権者の業務上の信用と結びついた顧客吸引力がなくても、それ以外の理由で当該商標自体が顧客吸引力を有しているような場合には、これを潜在的な顧客吸引力という財産的価値として評価することもできるから、当該商標権に財産的価値が全くないとまではいえない」との一般論を示している。そして具体的な判断としては、被告標章自体の斬新さや語感の良さ、被告による報道発表等の結果、被告標章（Uno PER Uno）が被告商品（ウェディングドレス）をプロデュースするタレント（神田うの）と被告商品との関連を強く印象付けていることや等を理由に、被告標章の顧客吸引力及び被告商品の売上への寄与を認定し、損害不発生とは言えないと判断した（使用料率は第一審で2%、控訴審で1.5%）。

²³ 東京地判平成26年1月31日平成24（ワ）24872〔Pierarejeunne〕（使用料率1.5%）では、被告側は、原告が登録商標を使用していない以上登録商標（本件商標）に原告の信用と結合した顧客吸引力が認められないことを理由に損害不発生の抗弁を主張したところ、「商標の使用の有無と顧客吸引力の有無とは必ずしも直結するものではない。そして、被告は、それ以外の顧客吸引力を否定する事情を主張しないし、本件証拠をみても本件商標の顧客吸引力を否定するような事情は見当たらないから、本件商標権に財産的価値がないとはいえない」として退けている。

ただ当該事案は商標法4条1項7号違反ではないとの判断部分によれば、被告から注文を受け原告が本件商標を付した商品（本件商品）を製造し販売していたところ、被告と連絡が取れなくなったために未払残金の回収目的で本件商品を被告から回収し、本件商標の登録出願を行い、本件商品を卸し、小売業者を通じて本件商品が販売されていたという事案であり、商標権者が登録商標を実質的には使用していたといえる事案であろう。

²⁴ X（原告）は、2001年12月11日に商標「UNO PER UNO」（指定商品は洋服等）につき出願し、2002年9月13日に登録を受けた。Xは、Xの商品の販売等に登録商標を使用していなかったが、Xの代表者を唯一の取締役とする有限会社ウノパーウノを2001年11月14日に設立している等、登録商標を使用した製品の販売のための準備中であつたとの事実が認定されている。

このように「UNO PER UNO」の事案は、登録商標に商標権者の信用と結びついた顧客吸引力が全く認められない事例において、被告標章自体の生来的な識別力や専ら被告側の活動（タレントによるプロデュースや報道発表）による顧客吸引力の寄与を理由に、損害不発生と判断したもので、この判断内容には後述のように大きく疑問が残る。もっともこの事件では、商標登録の直後において商標権者が登録商標を使用した商品の販売の準備を進めていた事案であり、損害賠償請求権を認容するのであれば発展助成機能の侵害による損害の発生を根拠とすべき事案であったといえるであろう。

（3）検討

本稿の立場としては、商標法の法目的に照らせば、損害不発生の抗弁について問題とすべき登録商標の顧客吸引力は、商標権者の信用と結びついたものである必要があると考える。

ただしこの「商標権者の信用と結びついた顧客吸引力」は、侵害期間中に登録商標を指定商品・役務に自ら使用していたことのみならず、過去の使用、商標権者から使用許諾を受けた使用権者の使用によるもの、他の商品・役務への使用、類似商標の使用等を通じた信用の蓄積も含まれると解すべきであろう。商標権者は登録商標を指定商品・役務に使用するべき、との政策判断は、損害不発生の抗弁ではなく、不使用取消審判制度（とこれを前提とする不使用取消予定型権利濫用）において実現されるべきであろう。

このような商標権者側によって登録商標やこれに類似する商標の使用が過去にも現在にも何ら行われておらず、登録商標に商標権者の信用と結びついた顧客吸引力が全く存在しない場合には、商標法 38 条 3 項に係る損害不発生の抗弁が成立すべきと考える。もっとも損害不発生の抗弁の成立はこの場合に限られるものではなく、「小僧寿し」最判のように、登録商標に商標権者の信用の蓄積が全くないとはいえない事案でも侵害者独自の信用の蓄積や非侵害標章の使用等との総合考慮により損害不発生の抗弁の成立が認められる場合はありえよう。

以上の立場からは、上述の裁判例のうち、「JamJam」及び「UNO PER UNO」の事案については損害不発生の抗弁が成立すると解される一方で、「Agile」及び「moto」について損害不発生の抗弁を不成立とした判断は妥当なものとする。

このような本稿の理解に対しては、日本商標法の原則とする登録主義による発展助成機能の保護の観点から、侵害時点では登録商標に商標権者の信用が何ら蓄積されていない場合でも、損害不発生の抗弁の成立を直ちに認めるべきではない、との指摘がされることが考えられる²⁵。

本稿も、特に商標権者が登録商標の指定商品・役務への使用のための準備を行っていた等の事情があるような場合についてまで、侵害時点では信用の蓄積がなかった事を理由に、損害賠償請求権の行使を全て認めないとするのは妥当ではないと考える。しかし登録商標に商標権者の信用が何ら蓄積されていない段階で商標権に基づく信用の構築を妨害されたことによる損害については、商標法 38 条 3 項の使

²⁵ 本共同研究の第3回研究会での報告の際にもそのような指摘を頂いた。

また宮脇正晴「標識法における損害賠償制度」民商法雑誌 157 巻 1 号（2021 年）43・44 頁では、損害不発生の抗弁を識別力の低下による損害も生じていない場合に成立するものとしつつ、登録商標が侵害行為の時点で未使用でも、将来において商標権者が登録商標を使用した場合に登録商標が発揮する識別力を（侵害しなかった場合と比較して）低下させているものであるため、原則的に識別力の低下が生じると解している。

用料相当額として算定される損害として評価することは適切ではなく²⁶、使用料相当額とは別個の損害とし、商標法 38 条 5 項の法定損害賠償を下限としつつそれ以上の損害額については権利者に具体的な損害（例えば差止請求に係る費用等）の立証を求めることが妥当であると現時点では考えているが、これらの点については今後の検討課題としたい。

5. おわりに

本稿では、日本商標法における使用主義的側面に係る諸論点のうち、特に、商標権者側の不使用が、商標権の侵害を理由とする差止請求権及び損害賠償請求権の行使を制限する事情として裁判例等においてどのように考慮されているか、そして筆者自身はどのように考慮すべきと考えるか、について検討したものである。

具体的な提言としては、(1) 一般的な不使用の抗弁を導入することは立法論的にも適当ではないとしつつ、不使用取消審判の判断を先取りする権利濫用の抗弁（不使用取消予定型権利濫用の抗弁）についてはこれを支持し要件論等を示すとともに、(2) 商標法 38 条 1 項・2 項の適用要件・3 項に係る損害不発生の抗弁の不成立については、登録商標に商標権者の信用が蓄積されている必要があるが、侵害期間中に登録商標を指定商品・役務に使用していることは必須の要件とすべきではないとの解釈を示したものである。

本稿の検討は様々な点で不十分なものであるが、今後の議論の一助となれば幸いである。

²⁶ 特に、使用料相当額について一般的な、侵害品等の売上高に適当な使用料率を乗じるとの算定方法は、いまだ信用の蓄積がない商標に係る損害の算定についてはあまり適切ではないように思われる。

禁 無 断 転 載

令和5年度 知的財産保護包括協力推進事業報告書

知的財産に関する日中共同研究報告書

令和6年3月

委託先 一般財団法人知的財産研究教育財団

〒101-0054 東京都千代田区神田錦町3丁目11番地
精興竹橋共同ビル5階

電話 03-5281-5671

FAX 03-5281-5676

URL <https://www.fdn-ip.or.jp>

E-mail iip-support@fdn-ip.or.jp