

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

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

高倉 成男	明治大学 教授、知的財産研究所 客員研究員
中山 一郎	國學院大學 教授、知的財産研究所 客員研究員
菊池 純一	青山学院大学 教授
小塚 莊一郎	学習院大学 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
曹 新明	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
熊 琦	前中南財經政法大学 知識産権研究センター 教授
李 明德	中国社会科学院 知識産権センター 教授
管 育鷹	中国社会科学院 知識産権センター 教授
李 菊丹	中国社会科学院 知識産権センター 副教授
陳 愛華	重慶大学 副教授、中国社会科学院 知識産権センター 客員研究員

事務局

三平 圭祐	一般財団法人知的財産研究教育財団	常務理事
榎本 英吾	一般財団法人知的財産研究教育財団	知的財産研究所 研究第二部長
田村 健一	一般財団法人知的財産研究教育財団	知的財産研究所 主任研究員
井手 李咲	一般財団法人知的財産研究教育財団	知的財産研究所 研究員
篠崎 光寿	一般財団法人知的財産研究教育財団	知的財産研究所 研究員

目 次

日中共同研究者一覧

第1章 平成28年度 知的財産保護包括協力推進事業の概要	1
第1節 共同研究の背景と目的	2
第2節 共同研究の概要	3
第3節 研究者会議、ワークショップの概要	5
第2章 知財訴訟に関する比較研究（特許を中心に）	15
第1節 研究内容の要約	16
第2節 侵害訴訟における救済	18
I. 知的財産損害賠償の司法裁判規定	
呉 漢東 教授（中南財經政法大学）	18
II. 特許権侵害に対する損害賠償制度の現状と基本的方向性—日本の損害賠償は低すぎるか—	
中山 一郎 教授（國學院大學）	34
第3節 行政判断と司法判断の位置付け	54
I. 中国の専利審決取消訴訟に関する一考察	
管 育鷹 教授（中国社会科学院）	54
II. 日中技術調査官制度及び運用に関する比較研究	
李 菊丹 副教授（中国社会科学院）	74
III. 特許無効審判と同審決取消訴訟の構造—日米欧の比較研究	
高倉 成男 教授（明治大学）	90
第3章 不使用商標に関する研究	111
第1節 研究内容の要約	112
第2節 中国の制度現状から	114
I. 登録商標不使用に関する問題の研究	
李 明德 教授（中国社会科学院）	114
II. 登録商標の不使用に関する理論の検討と制度の改善	
彭 学龍 教授（中南財經政法大学）	136
第3節 日本の制度現状から	162
I. 不使用商標に関する効率的な制度設計の探究—日本の経験を踏まえて	
小塚 莊一郎 教授（学習院大学）	162

第4章 人材育成に関する研究	175
第1節 研究内容の要約	176
第2節 中国の事例からの人材育成	178
I. 中国の知識産権人材陣の構築に関する研究	
曹 新明 教授（中南財經政法大学）	178
II. 中国知的財産専門人材育成目標と学部カリキュラム設置	
熊 琦 教授（前中南財經政法大学）	196
III. ハイテク企業知的財産権人材育成方法事例研究	
陳 愛華 副教授（重慶大学）	208
第3節 日本の事例からの人材育成	230
I. 日本における知財人材育成に関する比較研究	
- オープンイノベーション人材の育成と確保の事例を踏まえ -	
菊池 純一 教授（青山学院大学）	230
第5章 基礎調査概要	245

※ 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 檀本英吾研究第二部長、田村健一主任研究員、井手李咲研究員、篠崎光寿研究員が担当した。

第 1 章
平成 28 年度
知的財産保護包括協力推進事業の概要

第1節 共同研究の背景と目的

我が国と経済的に密接な関係がある中国では、WTO・TRIPS 協定への加盟以降、知的財産権制度が近年急速に整備され、さらに2008年6月に発表された「国家知的財産戦略綱要」をもとに知的財産の創造・活用・保護・管理の能力を向上させ、イノベーション型国家を目指した取組が進められて来た。また、近年の中国における専利出願件数は2011年以降、世界第1位となり、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。一方、制度上の差異に起因する質の低い実用新案権や意匠権による権利濫用のおそれや冒認商標問題、模倣品摘発など権利執行に係る問題等、法律の制度面での不備及び運用面での問題も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り組みが行われてきたが、その後2013年6月7日、政府知的財産戦略本部は「知的財産政策ビジョン」を発表し、過去10年間の日本の知的財産政策についての総括及び今後10年を見据えた取組が取りまとめられた。

このような状況の下、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来ており、中国における知財問題を中国政府関係機関、学術機関等と緊密に連携し、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重要となって来た。

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「知的財産政策ビジョン」についての検証を行い、さらには知的財産の創造・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および、それらに関する調査・研究を共同で実施した。

第2節 共同研究の概要

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）適正化に資する共同研究の実施

(2) 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との意見交換の実施

(3) 共同研究の成果を踏まえた、制度改正時のパブリックコメント等への対応

(4) 改善提案内容の精査及び研究員への助言並びに必要な研究員への支援

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・学術機関担当者等知財関係者の日本への招へい並びに日本の有識者及び日本のユーザー（出願人・弁理士等）との意見交換の実施

(2) 中国政府関係機関・学術機関等との共催による中国知財関係者を対象とした法制度・運用に係るワークショップの実施

3. その他共同研究を実施するための基礎調査

(1) 中国政府関係機関・学術機関との研究体制及びその成果を法改正に反映する手段に関する調査

(2) 共同研究の重点項目や優先項目に関する基礎調査

II. 研究テーマと担当研究者

1. 知財訴訟に関する比較研究（特許を中心に）

中国側	日本側
呉 漢東 教授（中南財經政法大学）	中山 一郎 教授（國學院大學）
管 育鷹 教授（中国社会科学院）	高倉 成男 教授（明治大学）
李 菊丹 副教授（中国社会科学院）	

2. 不使用商標に関する研究

中国側	日本側
李 明德 教授（中国社会科学院）	小塚 莊一郎 教授（学習院大学）
彭 学龍 教授（中南財經政法大学）	

3. 人材育成に関する研究

中国側	日本側
曹 新明 教授（中南財經政法大学）	菊池 純一 教授（青山学院大学）
熊 琦 教授（中南財經政法大学）	
陳 愛華 副教授（重慶大学）	

第3節 研究者会議、ワークショップの概要

I. 用語

この事業における研究者会議、ワークショップとは、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・意見交換等を行う会議である。

ワークショップ（討論会）とは、タイムリーなテーマを選定し、当該領域における日中両国の専門家を招き、報告を行い、当該報告に基づいて参加者全員が討論を行う会議であり、学識経験者、知的財産権制度策定・運用関係者、業界関係者等を参加者とする会議である。

II. 研究者会議

1. 第1回研究者会議

日時等：平成28年7月24日（日曜日）（開催地：中国 北京）

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

出席者：

中国側	日本側
<p>◆共同研究者</p> <p>呉 漢東 教授（中南）、 曹 新明 教授（中南）、 彭 学龍 教授（中南）、 熊 琦 教授（中南）、 李 明德 教授（社科院）、 管 育鷹 教授（社科院）、 李 菊丹 副教授（社科院）、 陳 愛華 副教授（重慶大）</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>張 雪松 顧問（中倫法律事務所）、 黄 暉 シニアパートナー（万慧達法律事務所）、 張 鵬 助理研究員（社科院）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 高倉 成男 教授（明治大）、 菊池 純一 教授（青山学院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 樞本 英吾 研究部長</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>北川 純次 課長補佐（日本特許庁）、 本間 友孝 部長（JETRO・北京）、 水落 洋 副部長（JETRO・北京）、 蔣 春霞 主管（JETRO・北京）、 袴田 知弘 一等書記官（在中国日本国大使館）</p> <p>◆事務局</p> <p>田村 主任研究員、 井手 研究員、 篠崎 研究員</p>

概要：

日中共同研究者から本年度の研究テーマの問題意識、研究の方向性等について報告を行い、議論を行った。議論の後、中山先生から各テーマの総括をして頂き、問題意識の共有を図った。また、全体会議終了後、共同研究者が研究テーマ毎に分かれて、より深い議論を行った。

2. 第2回研究者会議

日時等：平成28年10月22日（土曜日）（開催地：日本 東京）

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

出席者：

中国側	日本側
<p>◆共同研究者</p> <p>曹 新明 教授（中南）、 彭 学龍 教授（中南）、 熊 琦 教授（中南）、 李 明德 教授（社科院）、 管 育鷹 教授（社科院）、 李 菊丹 副教授（社科院）、 陳 愛華 副教授（重慶大）</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>張 雪松 顧問（中倫法律事務所）、 黄 暉 シニアパートナー（万慧達法律事務所）、 胡 晶晶 博士（北京大学）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 高倉 成男 教授（明治大）、 菊池 純一 教授（青山学院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）</p> <p>◆主催者</p> <p>土井 俊一 理事長、 三平 圭祐 常務理事、 樺本 英吾 研究部長</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>高林 龍 教授（早稲田大）、 末吉 互 弁護士（潮見坂綜合法律事務所）、 中村 仁 弁理士（大野綜合法律事務所）、 北川 純次 課長補佐（日本特許庁）、 高祖 紀史 係長（日本特許庁）</p> <p>◆事務局</p> <p>田村 主任研究員、 井手 研究員、 篠崎 研究員</p>

概要：

本年度の研究テーマに関係する実務家を招いて、実務的な観点から研究テーマに関する基調講演を行い、共同研究者と意見交換を行った。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行った。

基調講演：

- 「特許権侵害に対する損害賠償—過不足なき填補賠償制度—」 高林 龍 教授
- 「証拠収集手続—その強化を目指した立法検討」 末吉 互 弁護士
- 「中国専利侵害賠償の司法政策と実務検討—賠償関連証拠規則適用を兼論しつつ」 張 雪松 顧問
- 「不使用商標に関する研究（日本の実務家の立場から）」 中村 仁 弁理士
- 「登録制度における商標使用の問題」 黄 暉 シニアパートナー

3. 第3回研究者会議

日時等：平成29年1月8日（日曜日）（開催地：中国 北京）

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

出席者：

中国側	日本側
<p>◆共同研究者</p> <p>呉 漢東 教授（中南）、 曹 新明 教授（中南）、 彭 学龍 教授（中南）、 李 明德 教授（社科院）、 管 育鷹 教授（社科院）、 李 菊丹 副教授（社科院）、 陳 愛華 副教授（重慶大）</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>張 鵬 助理研究員（社科院）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 高倉 成男 教授（明治大）、 菊池 純一 教授（青山学院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 樞本 英吾 研究部長</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>安積 高靖 課長補佐（日本特許庁）、 本間 友孝 部長（JETRO・北京）、 水落 洋 副部長（JETRO・北京）、 蔣 春霞 主管（JETRO・北京）、 袴田 知弘 一等書記官（在中国日本国大使館）</p> <p>◆事務局</p> <p>田村 主任研究員、 井手 研究員</p>

概要：

事務局から基礎調査（中国専利判決分析）の結果概要と本年度の各研究テーマのまとめ案について説明を行い、討議を行った。また、今後共同研究すべきテーマに関する議論を行った。

Ⅲ. ワークショップ（討論会）

1. 第1回ワークショップ

日時等：平成28年7月23日（土曜日）（開催地：中国 北京）

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／中南財經政法大学 知識産権研究センター

出席者：

中国側	日本側
<p>◆共同研究者</p> <p>呉 漢東 教授（中南）、 曹 新明 教授（中南）、 彭 学龍 教授（中南）、 熊 琦 教授（中南）、 李 明德 教授（社科院）、 管 育鷹 教授（社科院）、 李 菊丹 副教授（社科院）、 陳 愛華 副教授（重慶大）</p> <p>◆講師（中国側）</p> <p>張 鵬 副処長 （国家知識産権局 保護協調司戦略協調処）、 張 永華 副処長 （国家知識産権局 法条司一処）、 范 艷偉 知的財産部マネージャー （京東方科技集団） 張 欽坤 副事務局長（テンセント研究院） 石 必勝 弁護士（金杜法律事務所） 肖 尤丹 副研究員（中国科学院）</p> <p>◆会議参加者（中国側）</p> <p>国家知識産権局、北京外国語大学、 テンセント研究院、中南財經政法大学、 Sogou社、美团大衆点評、中国社会科学院、 林達劉知識産権代理事務所、 三友知識産権代理事務所 伝媒大学から11名の出席者</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 高倉 成男 教授（明治大）、 菊池 純一 教授（青山学院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）</p> <p>◆講師（日本側）</p> <p>上野 剛史 理事・知的財産部長 （日本アイ・ビー・エム）、 足立 昌聡 法制専門官（日本特許庁）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 樫本 英吾 研究部長</p> <p>◆会議参加者（日本側）</p> <p>日本特許庁、JETRO（北京）、 在中国日本国大使館から5名の出席者</p> <p>◆事務局</p> <p>田村 主任研究員、 井手 研究員、 篠崎 研究員</p>

概要：

日中両国の職務発明制度に関するワークショップを開催し、両国の産学官それぞれの関係者から講演が行われ、講演内容について活発な意見交換を行った。

基調講演：

- 「日本における職務発明制度（特許法35条）の改正～産業界の視点から～」
日本アイ・ビー・エム株式会社 上野 剛史 理事・知的財産部長
- 「日本国特許法の職務発明制度—2015年改正を踏まえて—」
日本特許庁総務部企画調査課 足立 昌聡 法制専門官
- 「職務発明制度をめぐる3つの論点」
國學院大學 中山 一郎 教授
- 「職務発明制度に関する基本的な考え方」
国家知識産権局 保護協調司戦略協調処 張 鵬 副処長
- 「中国の職務発明関連法案制定における問題点」
国家知識産権局 法条司一処 張 永華 副処長
- 「「職務発明条例」関連問題討論」
京東方科技集団 范 艷偉 知的財産部マネージャー
- 「「職務発明条例」制定すべきか？」
テンセント研究院 張 欽坤 副事務局長
- 「発明創造の個人主義から団体主義へ—「職務発明条例（送審稿）」の評価」
金杜法律事務所 石 必勝 弁護士
- 「誤解と位置づけ—科学技術政策視野における中国職務発明制度」
中国科学院 科技政策与管理科学研究所 肖 尤丹 副研究員

2. 第2回ワークショップ

日時等：平成28年10月21日（金曜日）（開催地：日本 東京）

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

出席者：

中国側	日本側
<p>◆共同研究者</p> <p>呉 漢東 教授（中南）、 曹 新明 教授（中南）、 彭 学龍 教授（中南）、 熊 琦 教授（中南）、 李 明德 教授（社科院）、 管 育鷹 教授（社科院）、 李 菊丹 副教授（社科院）、 陳 愛華 副教授（重慶大）</p> <p>◆会議参加者（中国側）</p> <p>張 雪松 顧問（中倫法律事務所）、 黄 暉 シニアパートナー（万慧達法律事務所）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 高倉 成男 教授（明治大）、 菊池 純一 教授（青山学院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）</p> <p>◆一般社団法人 日本知的財産協会(JIPA)</p> <p>熊谷 英夫（東芝）JIPA副理事長、 アジア戦略PJ 吉原 利樹（東芝IPRソリューション） アジア戦略PJ 森岡 悠太（フジクラ）アジア戦略PJ 沖田 良人（サントリーホールディングス） フェアトレード委員会 野元 澄男（JIPA）JIPA事務局</p> <p>◆主催者</p> <p>樫本 英吾 研究部長</p> <p>◆会議参加者（日本側）</p> <p>日本特許庁、上智大学、帝京大学、 富士通から6名の出席者</p> <p>◆事務局</p> <p>田村 主任研究員、 井手 研究員、 篠崎 研究員</p>

概要：

中国の知的財産法改正の最新の動向に関するワークショップを開催し、呉漢東教授より中国の第4回専利法改正の最新動向について、李明徳教授より中国の反不正当競争法の法改正に関する最新動向についての講演を行った。その後、講演内容について議論を行い、中国の知的財産法の主要法制度の最新の法改正動向について理解を深めた。

ワークショップ終了後、中国の共同研究者が長島・大野・常松法律事務所及び日本特許庁を訪問し、本年度の研究テーマについて、実務家及び主管行政担当者との意見交換を行い、日本の関連制度及びその運用実態についての理解を深めた。

基調講演：

- 「中国専利法第四回改正案に関する評価」
- 「中国反不正競争法改正におけるいくつかの問題」

呉 漢東 教授

李 明德 教授

3. 第3回ワークショップ

日時等：平成29年1月7日（土曜日）（開催地：中国 北京）

主催：中国社会科学院 知識産権センター

出席者：

中国側	日本側
<p>◆共同研究者</p> <p>呉 漢東 教授（中南）、 曹 新明 教授（中南）、 彭 学龍 教授（中南）、 李 明德 教授（社科院）、 管 育鷹 教授（社科院）、 李 菊丹 副教授（社科院）、 陳 愛華 副教授（重慶大）</p> <p>◆会議参加者（中国側）</p> <p>北京市高級人民法院、北京知識産権法院、 北京市海淀区人民法院、国家知識産権局、 国家工商行政管理総局、中国科学院、 北京第二外国語大学、清華大学、 北京化工大学、中倫法律事務所、 三友知識産権代理有限公司、Beijing East IP、 中国社会科学院から24名の出席者</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 高倉 成男 教授（明治大）、 菊池 純一 教授（青山学院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）</p> <p>◆一般財団法人 知的財産研究教育財団</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 樫本 英吾 研究部長</p> <p>◆会議参加者（日本側）</p> <p>日本特許庁、JETRO（北京）から4名の出席者</p> <p>◆事務局</p> <p>田村 主任研究員、 井手 研究員</p>

概要：

日中両国の共同研究者から本年度の研究テーマの研究成果について報告を行い、議論を行った。

第2章

知財訴訟に関する比較研究（特許を中心に）

第1節 研究内容の要約

日中両国は、共に大陸法系を出発点としている。日本は、填補賠償の原則を維持しつつ、損害の立証の困難性を軽減するために特許法の規定を整備してきたが、適正な損害賠償という観点から現行ルールが十分であるのかが課題になっている。一方、中国は米国の考え方を取り入れ、専利法、商標法及び著作権法において法定賠償制度を導入し、商標法においては懲罰的賠償制度まで導入している。しかし、中国の場合であっても、その最終的な目的は、適正な損害賠償額の算定であり、知的財産権に対する有効な保護であることにおいては日本と変わらず、共通している。

他方、特許又は中国の専利の有効性に係る訴訟において、司法判断が最終的な判断となるということについては日中で共通している。また、日中共に、司法判断の前に特許権又は専利権の有効性について、行政機関が判断することになっており、行政と司法の役割分担、司法が行政の判断を尊重すべきかが共通の問題点となっている。さらに、特許権又は専利権は、技術的な専門性が高く、特に司法判断において、この点をどのように補うべきかが日中共通の問題点である。この点においては、中国より早い時期に知的財産高等裁判所を設置している日本の技術調査官、専門委員等の制度が、中国の現行制度を点検し、整備する上で、示唆を与えるものであると言える。

この共同研究では、日中両国の研究者がそれぞれ自国の制度の現状を踏まえ、知財訴訟における救済、とりわけ損害賠償に関する問題点について研究を行ったものである。

また、日本の行政判断と司法判断が主要諸国と比べて、世界的にどのような位置づけになっているかを明らかにしていくものであり、これから行政判断及び司法判断の位置づけについて更に整備していく中国の制度改正における問題点を整理しているものである。くわえて、高い技術的な専門性が求められる知財訴訟において、日中の関連制度の比較研究を行うことにより、中国への導入可能性について検討を行ったものである。

この共同研究を通じて、特許権侵害訴訟において、日本側は、損害賠償高額化へのビジネス上のニーズはそれほど高くはないこと、他方、填補賠償原則の枠内で「損害」概念は多様化しており、抑止の観点も取り込みつつ、一種の法定賠償と理解する余地すら生じていると現状を分析した上で、敢えて抵抗感の根強い懲罰的損害賠償などを導入しなくとも、柔軟な「損害」概念の枠内での対応策を志向することが穏当との基本的立場に立ち、寄与率や実施料相当額をめぐる現下の課題について改善の方向性を検討している。中国側は、日本側の研究者との議論を踏まえて、今後改正される専利権侵害に係る損害賠償額の算定においては、填補賠償をベースとした損害賠償算定のシステムを確立すべきであるという方向性を確認し、当事者による自由な選択、市場価値による過不足なき賠償の認定、権利の種類による損害賠償の算定について提言している。特に、中国は、現在、司法判断における法定賠償制度の適用率が圧倒的に多い状況であるが、損害賠償認定の価値の基礎をコストと収益に分けて考え、コストと収益の中身について定めていくという考え方が提起されている。

他方、行政判断と司法判断の位置づけについては、日本側は、日米独の比較研究を通じて、日本の行政判断と司法判断に係る基本的な構造の特徴を導き出し、今後の検討課題を明らかにしている。つまり、米国の基本構造は、司法機関である裁判所が中心であり、行政機関である特許庁の役割が拡大している中で、高額な費用及び特許の質の向上が課題として導き出されている。また、ドイツは、司法と行政の厳格な分離を維持しているがために、無効訴訟の長期化を招き、国際的に孤立した二元主義を固執している。これらに対して日本は、特許庁の判断を中心としているところ、裁判所における判断の役割が拡

大しており、無効審判の審理期間が9か月に短縮され、無効の抗弁の必要性について再検討する必要性が提言されている。主要諸国において横断的に検討された日本の状況に関する上記の研究は、中国側が研究課題としている中国における行政判断と司法判断の位置付け、又は無効の抗弁を含む新たな制度の導入を検討する過程において、目前の課題を解決するための改正又は導入ではなく、当該制度の将来像を見据えての検討を促している。

また、日本の10年以上経つ知的財産高等裁判所の経験は、中国における司法判断システムの見直しにおいて、重要な参考になっている。具体的には、司法判断における技術的な専門性を補うための日本の技術調査官制度、専門委員の制度は、これを中国の現行制度と比較することにより、中国における関連問題点を明らかにし、改善策を導き出す過程において有益な材料を提供している。

第2節 侵害訴訟における救済

I. 知的財産損害賠償の司法裁判規定

中南財經政法大学 知識産権研究センター 吳 漢東 教授

知的財産の損害賠償額の認定は、世界的に見ても難題である。その解決の道筋は、関連立法の科学的な規定だけではなく、更に司法裁判の経験に対するまとめと向上にある。長きにわたり、中国の知的財産に関する司法実務は、損害賠償の算定が困難であり、立証が困難であり、認定が困難であるという問題に深く悩まされ、具体的な事件の審理においては、「権利侵害の認定に重きを置き、損害賠償額の論証を軽んじる」という現象が存在する。これに鑑み、本稿は実証分析の方法と価値分析の方法を用いて、知的財産の損害賠償の認定の問題及びその成因を検討し、異なる国家や地域の損害賠償額の基準を比較することにより、中国の司法価格の決定における原則と規定に関する提言を行う。

1. 権利侵害事件の裁判概況：認定方法と賠償額

知的財産損害賠償の認定において、中国では、過剰な法定賠償方法の適用及び低額な損害賠償額の認定という二つの大きな問題がある。前者は法定賠償方法の制度としての長短の分析に関連し、後者は司法賠償の水準の合理的な判断に関連する。これについて、司法界、学术界ないし社会各分野において、しばしば異なる評価がなされ、ひいては知的財産保護の強弱にまで論争が及ぶ。

中国の知的財産法における損害賠償額の認定は、主に四つの方法が用いられている。すなわち、権利者が侵害により実際に受けた損失（実際の損失）、侵害者が権利侵害により獲得した利益（侵害による所得）、実施許諾料の合理的な倍数（実施許諾料の倍数）及び法院が侵害の程度に基づいて判断する賠償（法定賠償）がある。現行の著作権法 49 条、商標法 63 条及び専利法 65 条は、上述の損害賠償額の認定に関して、明確な規定を設けている（図表-1 を参照）。

【図表-1】 知的財産法における賠償額認定方法に関する規定

認定 類型	認定 方法	専利法				商標法				著作権法		
		1984 年法	1992 年改 正案	2000 年改 正案	2008 年改 正案	1982 年法	1993 年改 正案	2001 年改 正案	2013 年改 正案	1990 年法	2001 年改 正案	2010 年改 正案
数量 算定 方法	実 際 損 失	なし	なし	有り	有り	なし	なし	有り	有り	なし	有り	有り
	侵 害 所 得	なし	なし	有り	有り	なし	なし	有り	有り	なし	有り	有り
	実 施 料 倍 数	なし	なし	なし	有り	なし	なし	なし	有り	なし	なし	なし
自由 裁 量 方 法	法 定 賠 償	なし	なし	なし	有り	なし	なし	有り	有り	なし	有り	有り

理論的に分類すれば、実際の損失、侵害による所得及び実施許諾料の合理的な倍数は、いずれも数量算定方法に属し、法定賠償は自由裁量方法に属す。中国の損害賠償の算定方法の適用には、下記の特徴がある。

一つ目は、立法において、厳格な適用順位に関する規定がある。司法機関が権利侵害の損害賠償額を算定する際に、まずは権利者の実際の損失額に基づく「べきである」。実際の損失の算定が困難である場合には、侵害者の権利侵害による所得額を適用「できる」。専利権及び商標権侵害訴訟において、実際の損失又は侵害による所得を確定することが困難な場合、実施許諾料の合理的な倍数を「参照」して、合理的に賠償額を確定する。前述の数量算定の方法により確定できない場合には、法院が自由裁量の方法を採用し、法定賠償を適用する。以上から分かるように、賠償額の算定方法の適用における基本的なルートは、実際の損失→侵害による所得→実施許諾料の合理的な倍数（専利権及び商標権侵害訴訟のみに適用）→法定賠償の順である。司法理論及び司法実務において、実際の損失及び侵害による所得は第一順位とされ、実施許諾料の合理的な倍数が第二順位であり、法定賠償が第三順位である。そこで、司法解釈では、権利者に実際の損失と侵害による侵害者所得による賠償額の算定の方法の中からの選択権を与え、立法における両者の前後の順位を変えた¹。しかしながら、司法がどのような言い訳を前面に出しても、立法文書における職権主義のやり方、損害額算定方法の適用順位の規定は、多くの学者から非難された。

二つ目は、司法実務において、多くの場合、法定賠償の算定方法を採用している点である。数量算定

¹ 2003年、最高人民法院の「専利紛争事件の審理における法律適用問題に関する若干規定」20条1項は、「人民法院が専利法57条1項の規定に基づいて、侵害者の賠償責任を追求するときに、権利者の請求により、権利者が侵害されたことにより受けた損失又は侵害者が獲得した利益に基づき賠償額を確定する」と規定している。2000年最高人民法院の「コンピュータネットワーク著作権に係る紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」10条1項は、「人民法院が侵害賠償額を確定するとき、被侵害者の請求に基づき、その侵害行為によって被った直接経済損失及び逸失利益に基づき賠償額を算定することができ、侵害者が侵害行為によって得た利益に基づいても、賠償額を算定することができる。」と規定している。

の方法と異なり、法定賠償の本質は裁量にあり、すなわち、賠償額は何らかの損失算定方法によって確定するものでなく、法院の自由裁量の結果である。確かに、三つの算定方法の中で、法院もある程度自由裁量権を有しているものの、いずれも数量算定の枠組みの中で判断している。他方、法定賠償において、法院は法律により定められている上限額を限度に、その中で自由に判断することができ、数量の算定を考慮せず、又は考慮することが困難である。中国の司法実務において、従たる順位にあるべき法定賠償が主たる認定方法になっている。立法の主旨からして、法定賠償は「適用すべきでない場合には、適用してはならない」のである。しかし、裁判実務からして、法定賠償は「適用できるならば、できるだけ適用する」ということになっている（図表-2を参照）。

【図表-2】2008年-2012年の知的財産損害賠償額の認定方法の適用割合

認定方法 権利類型	実際損失	不法取得	合理的倍数	法定賠償
専利権	1.67%	0.48%	0.6%	97.25%
商標権	1.37%	1%		97.63%
著作権	21.21%	0.2%		78.54%

図表-2は、中南財經政法大学知識産権研究センターが2008年から2012年までの間の4000件余りの事件により得られた分析データである。特記すべきこととして、実施許諾料の倍数の算定方法は、専利法では2008年の改正で初めて規定されたことから、裁判例が比較的少ない。また、商標法は2013年に追加されているが、上記のデータに含まれていない。著作権法に関しては、第三次改正案で当該方法に関する立法は議論されたものの、現在まで、まだ審議に提出されていない。このほかに、謝恵加教授が収集した北京法院の2002年から2013年までの間の著作権侵害に係る賠償事件についての分析によれば、法定賠償により判断された事件が事件全体の98.2%を占め、他の二つの方法はそれぞれ0.4%と0.3%しか占めていない²。李黎明博士が最高人民法院の知的財産裁判書データベースに収録されている2002年から2010年までの知的財産民事判決文を検索した結果、専利権侵害事件の94.8%が法定賠償を用いていた³。

上記の調査分析は、司法裁判において法定賠償が多く適用されていることを示している。その原因について言えば、まずは権利者の立証の困難性である。伝統的な損失額の算定方法（例えば実際の損失と侵害所得）、新たな損失額の算定方法（実施許諾料）に関わらず、権利者には立証できない問題や、立証が困難な問題が存在し、法定賠償を求めることに至っている。次は、法院の訴訟経済と効率に対する考慮である⁴。2002年の最高人民法院の「著作権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解釈」25条では、「権利者の実際の損失又は侵害者の違法所得を確定できない場合」、裁判所は権利者

² 謝恵加「著作権侵害損害賠償制度の実施効果に関する分析—北京法院の判決文を考察対象として」中国出版、2014年14号、38頁。

³ 李黎明「専利権侵害の法定賠償の主体的特性及び産業属性の研究」現代法学、2015年4号、171頁。

⁴ 法官の中には「権利の価値が高くないうえ、権利者の賠償の請求が変わらない事件について、法定賠償を適用することは、訴訟経済と効率が高まるというメリットがある」と考える者もいる。宋健「知的財産賠償問題の探求—実証分析の観点から」知識産権、2016年5号、14頁～16頁。

の請求に基づき法定賠償を採用することが可能であり、職権により自ら法定賠償を適用することもできるとされている。法院が職権により直接法定賠償を適用する場合は、算定方法に制限されず、事件の状況に基づいて法定賠償の上限金額の範囲内で酌量して決定すれば足り、その立証、証拠調べ手続きが簡単になる。たしかに、損害賠償額の認定が困難であり、事件の処理が長期化する中で、侵害訴訟における法定賠償の適用は効率的な解決方法である⁵。しかしながら、問題は、法定賠償規定の金額の幅が広く⁶、法官による判断の自由裁量の度合いが強くと、賠償額のバラつきが容易に発生し、同様な事実についての異なる判決がなされる状況がしばしば生じることである。法定賠償の適用について、いかにして細分化された裁判を行うかが、司法実務において直面する重要な課題である。

権利侵害事件で下される賠償額に関する議論は、知的財産の学界で注目されているもう一つの重要な問題である。その焦点は、賠償額が比較的に低いか否かであり、司法による価値決定に影響する真の動因が何かである。2014年の全国人民代表大会常務委員会により公布された『中華人民共和國専利法』の実情の検査に関する報告⁷では、「現在、知的財産侵害、模倣品製造・販売といった違法行為は、いくつかの地域や領域では依然として深刻であり」、「専利保護の実際の効果とイノベーション主体の期待との間には大きな差がある」と明確に示した⁷。「権利維持のコストが高く、権利侵害のコストが低い」ことは、知的財産の保護が不十分である問題の根本にある。前述の2008年から2012年までの間の4000件余りの事件のうち、97%以上の専利権、商標権の侵害事件と79%以上の著作権事件において、法定賠償が適用されており、判断された平均賠償額はそれぞれ8万元、7万元及び1.5万元であり、請求に対する認容率は35%であった。この金額は、企業の同等の専利権の登録費用、商標の広告費用及び同類作品の平均原稿料よりも低い⁸。なお、賠償額が低く、請求に対する認容率が低いという状況は、近年明らかに変わりつつある。2016年の北京（図表-3を参照）、南京（図表-4を参照）等の地方法院が発表した知的財産司法データの分析報告は、一部の地域の状況を示していることに止まるが、一定程度において、厳格な知的財産の保護という司法の状況を反映している。

⁵ 学者の研究によれば、2001年「著作権法」、「商標法」の改正案に法定賠償の規定を盛り込む前に、一部の法院では実務において、既にこの賠償認定の方法を採用していた。例えば、1995年北京市高級人民法院「コンピュータソフトウェア著作権紛争事件の審理のいくつかの問題に関する意見」、1997年上海市高級人民法院「さらに知的財産裁判業務を強化するための若干の問題に関する意見」等では、司法の指導意見という形で、法定賠償を確認していた。李承亮「損失の算定方法の適用」中国知識産権法学研究会2015年会議予稿集、948頁～964頁。

⁶ 専利法2008年の改正案では、法定賠償額を1万元以上100万元以下と規定した。商標法2013年改正案では、法定賠償額を1万元以上300万元以下と規定している。

⁷ 全国人民代表大会常務委員会・委員長の陳竺が2014年6月23日に第十二回全国人民代表大会常務委員会第9回会議で行われた報告、『中華人民共和國専利法』の実情の検査に関する報告を参照。

⁸ 詹映＝張弘「我が国知的財産侵害に関する司法判例の実証研究—権利維持コストと侵害代価を中心に」科研管理、2015年7号、147頁～152頁。

【図表-3】北京知識産権法院の平均賠償額及び請求の認容率（2015年1月～12月）⁹

権利類型	専利権	商標権	著作権
平均額と 請求の認容率			
平均賠償額	46 万元	63 万元	24 万元
請求の認容率	47%	78%	16%

【図表-4】南京地区の知的財産権侵害事件の平均賠償額及び請求の認容率（2009年12月～2015年12月）¹⁰

権利類型	専利権	商標権	著作権
平均額と 請求の認容率			
平均賠償額	27 万元	5.3 万元	2.2 万元
請求の認容率	67%	50%	40%

PwC 会計事務所が提供するデータによれば、2000年から、米国の80%の専利権侵害事件が実施許諾料を算定基準としている。2009年から2013年までの間、専利権侵害訴訟の平均賠償額は430万米ドルである¹¹。また別の学者が米国著作権局から得た情報によれば、米国における著作権に係る損害賠償額は、多い場合で数万から数十万米ドルになっている。法定賠償額による場合には、5000米ドルから1万米ドルの間である¹²。しかし、同じ時期の中国のデータによれば、90%以上の知的財産の侵害事件において法定賠償が適用され、平均請求の認容率が35%である。いくつかの先進国の知的財産の損害賠償額に比べ、中国の知的財産の損害賠償の認定額が比較的に低いという問題は、少なくとも過去の一定の時期において存在していたと言える。

法定賠償の適用が多い点と賠償額が低い点の間に関係性があるか否かという問題は、知的財産領域における論争の焦点である。法官の中には、法定賠償の適用の割合が高いことは、司法賠償額が低いという制度的な原因でないと考える者がいる。そもそも、賠償額が低いことを簡単に法定賠償の適用を理由とすることはできないであろう。しかし、法定賠償の制度機能は、訴訟経済と効率性にあり、「損失を十分に補償する」ことにその主旨があるわけではない。我々は賠償額認定における制度的な要素を完全に無視することはできない。示すとおり、法定賠償は一種の特殊な金銭的な救済手段であり、知的財産法が特別に設けた賠償制度である。その特徴とメリットは、証明責任を軽減させ、訴訟効率を高めることである。一部の学者が言うように、「法定賠償の重要な機能は、権利者の立証困難の問題を解決することにある。司法実務において、実際の損失と侵害利益の証明がほとんど被告の財務記録によることから、被告が往々にしてデータを欺瞞し、又は偽造した記録を提出することがあるが、法定賠償は、模倣事件

⁹ 当該データは、知産宝司法データ研究センターの「北京知識産権法院の2015年度司法データ分析の報告」に由来する。宋健、前掲注4)、12頁。

¹⁰ 当該データは、南京鐵路運送法院の課題チームによる「知的財産侵害訴訟のコストと効率分析」に由来する。宋健、前掲注4)、11頁。

¹¹ PwC 会計事務所「2014年アメリカ専利訴訟研究報告」(<http://blog.zhiiuiya.com/1730>、最終アクセス日、2016年4月7日)。

¹² 李明徳「知的財産損害賠償に関するいくつかの考え」知識産権、2016年5号、5頁。

の商標権者にもう一つの救済手段を提供している」¹³。米国の著作権法において、法定賠償は実際には一種の「代替的な賠償」(in lieu damages)、すなわち「実際の損失の賠償」に代わる金銭的な救済が得られる一種の簡便なルートであり、原告が実際の損失の賠償以外に単独でそれを選択し、使用することができる¹⁴。

考えるに、法定賠償制度の機能的な変異及び一般的な適用は、不法行為法における填補賠償原則の考え方からかけ離れている。ある程度の制度的な要素を除き、賠償額が低いことの最も根本的な原因は中国の知的財産市場の未熟であり、知的財産の価値が完全に形成していないためである。知的財産が有する市場の競争優位、応用価値、及び産業化の見通し（例えば、専利技術における科学技術の割合、著作物の資産価値、著名ブランドの市場インパクト等）は、知的財産の商業価値の基本要素である。全体的に言えば、現在の中国において、ハイレベル、高い価値、高い収益性の知的財産の数はまだ少なく、大規模の高額賠償判決の価値のベースを構築できていない。同時に、社会全体からしても、正しい知的財産の価値観を形成できていない。知的財産は知的経済の時代における最も重要な資産形態であり、社会生産と生活の中で、最も侵害されやすい財産類型である。その研究開発、運用及び応用のコスト、既得収益、獲得が可能な収益及び将来の収益、並びに技術、市場及び法律のリスク等は、いずれも伝統的な財産権と異なる。まさに、学者が言うように、「我が国の市場における主体、法院、行政法執行機関と専門家・学者は、改めて知的財産の価値を認識する必要がある。特に、権利侵害を受けている部分の知的財産の価値を再認識する必要がある」¹⁵。

2. 損害賠償認定の価値の基礎：コスト＋収益

価値は知的財産損害賠償認定の基礎である、あるいは価値分析は知的財産が金銭的救済を獲得するロジックの起点であると言える。「価値は価値交換によって表され、最終的に具体的な使用価値により体现される」と言える。その間に、「抽象的な価値から具体的な使用価値への過渡こそが相対的な数量関係であり、このような相対数量の関係が貨幣を参照物としたとき、それが価格である」¹⁶。司法機関による無形資産に対する損害賠償の認定は、法官が合理的な取引、慣例及び公共政策に基づいてなされる一種の判断である。知的財産の価値は、損害賠償の司法の価値判断の根拠である。著名な経済学者コモンズは、このような裁判の考え方の基礎を「合理的価値説」と称している¹⁷。

知的財産は、価値形態において無形資産と表現される。無形資産は、企業が有する知的資産の総称である。「国際評価基準（2001）」では、無形資産を「その経済特性をもって自らの存在を示す一種の資産であり、無形資産は実物の形態を有さないものの、保有者のために権益と特権を与え、且つ、通常はその保有者に収益をもたらす。」と定義している。厳格に言えば、「無形資産」(intangibles) は会計学における定義であり、経済学領域では往々にしてそれを「知的資産」(knowledge assets) 又は「知的資本」(intellectual capital) と称し、広く各種非物質形態の将来の収益請求権を指している¹⁸。知的財産

¹³ 黄武双＝黄冀訳『米国商標案件の金銭賠償額の算定：原理と判例』法律出版社2014年版、91頁。

¹⁴ 王迂等「知的財産侵害の損害賠償：問題と反省」知識産権、2016年5号、35頁～36頁。

¹⁵ 李明徳、前掲注12)、3頁。

¹⁶ 劉京城（編）『無形資産の価値形成及び評価の方法』中国審計出版社1998年版、65頁。

¹⁷ ジョン・ロジャーズ・コモンズは、「合理的な価値は、合理的な取引、合理的な慣例と公共目的に相当する社会効用である」と考えている。(米)コモンズ『制度経済学（下巻）』商務印書館1962年版、310頁。

¹⁸ 茅寧「無形資産が企業価値創造における作用と構造分析」外国経済と管理2001年7号、2頁。

は無形資産の主な構成であり、その価値形態及び実現方法は、動産、不動産等の一般資産に区別され、フランチャイズ権や賃借権等のその他の無形資産とも区別される。具体的には、以下のとおりである。

一つ目は、知的財産媒体の特殊性である。知的財産の資産価値は、知識、技術や情報を記載する有形媒体ではなく、一定市場に参入し、かつ収益を獲得する特権又は関係として表現される。例えば、商標権に化体した信用やそれによって形成されるシェアであったり、著作権が放送・伝達における影響力及びそれによってもたらされる市場価値であったり、専利権が関連技術市場でもたらす独占的な利益や地位等であったりする。これらの市場価値又は商業価値の変数は、取引主体が知的財産運用の中で注目する対象であり、知的財産損害賠償中では司法的な価値決定において考慮される要素である。

二つ目は、知的財産価値の相違性である。知的財産は一種の独占性質を有する法定の無形資産であり、このような資産は法定の権利に由来し、「専属支配権を本質とする知的資産」である¹⁹。知的財産は一種の独占的な無形資産として、有形財産とは異なる。市場において、内容、機能、性質が同様な有形資産は多く存在し得るが、内容、性質、価値が同じ無形資産は存在し得ない。例えば、知的財産が関連する客体からみて、科学技術、文化、マーケティング領域の各種知的製品は、それぞれの価値を有している。同類の知的財産について言っても、そのターゲットが異なれば、価値も大いに異なる。著作物には市場販売の売行きの違いがあり、商標には市場影響の大きさの違いがあり、さらに技術は市場価値の優劣の違いがある。知的財産の価値は、相違的な特徴を有し、その客体の独創性によって形成される。これらの客体は、創作物であり、種類物でない。これにより、異なる知的財産の間では、価値の比較ができず、司法の価値決定は具体的な案件に基づいて行わなければならない。

三つ目は、知的財産の価値の実現の長期性である。資産ないし無形資産体系において、知的財産は「知的要素」と「商品の属性」という二重の機能を有する「長期資産」である²⁰。この種の資産は、長期に亘り使用が可能であり、かつ予期する経済効果・利益をもたらすことができ、法定の保護期間の内の一年又は一つの経営周期以上において、企業に予期する経済効果・利益をもたらせ得る。上述の予期する利益が不法行為法領域において、「予見した利益又は予見し得る利益」、すなわち間接損害賠償を構成する²¹。知的無形資産の予期される利益は、技術のライフサイクル及び保護期間において長期に亘り存在し、その経営周期の長短及び予期される利益の多寡は、知的財産損害賠償の認定において重要で、難しい問題である。

四つ目は、知的財産価値変数の不確定性である。知的財産は無形資産の基礎である。言い換えれば、知的財産がなければ、権利形態としての無形資産も存在し得ない。しかしながら、知的財産があるからと言って、当然ながら価値ある無形資産が形成するわけではない。知的財産の取得は、国の管轄行政機関による権利付与又は権利確認に基づくものであり、これは一種の法律上の許認可である。他方、価値ある無形資産の形成は、概ね経済利益を基準としており、これは一種の市場により認められるものである。知的財産は、権利者にある種の収益可能性をもたらすだけであり、「企業が保有する知的財産の数と規模は、企業営利の実際のレベルとは、必然的な関連性を生じさせるものではなく、このような予期される収益の可能性を現実的な収益に変えるためには、措置を講じ、環境を整え、知的財産が無形資産に

¹⁹ 朱国軍＝楊晨「戦略資源論に基づく企業知的財産資産管理の内包に関する研究」科学学と科学技術管理 2006年11号、162頁。

²⁰ 無形資産評価の専門家である蔡吉祥は、無形資産を「物質技術の基礎」と「商品」の二重の機能を有する長期資産であり、このような性質は他の生産力要素が具備しないものであるとした。蔡吉祥『無形資産学』海天出版社 2002年版、44頁。

²¹ 王利明（編）『民法 不法行為法』中国人民大学出版社 1993年版、568頁。

変わるよう促す必要がある」²²。総じて言えば、知的財産の価値変数の不確定性により、バランスシートにおいて「プラス資産」、「ゼロ資産」、「マイナス資産」の異なる状況が生じ得るとともに、これにより司法の価格決定が権利侵害に対する損失の「賠償しない」、「少なく賠償する」、「多く賠償する」という相違が現れる。

法院の知的財産損害賠償の司法の価格決定は、知的財産の「合理的な価値」の判断を基礎としている。知的財産の価値評価について、現在中国が採用している一般的な方法は、取替原価法、市場比較法及び収益現価法がある。「方法論の観点から言えば、取替原価法と現在価値法はともに演繹方法に属す。取替原価法は、被評価の資産自体の現在及び過去の技術経済資料に基づいて推定するものであり、現行価値法は、被評価資産と類似する資産の現在の技術経済資料によってなされる評価価値である。収益現価法は分析法であり、被評価資産の将来の使用状況について分析して、資産の評価価値を確定する。一般的に言えば、資産特性が比較的単純で（例えば、有形資産）、かつ資産の使用可能程度（市場が認可した）に重きを置く資産に対しては、演繹方法を用いることが適切である。他方、資産特性が複雑で、将来の使用効果を強調する資産は、分析方法を用いることが良い」²³。知的財産の評価対象は、一般的にその利益獲得能力と画定され、知的財産がもたらす収益を基礎とする²⁴。具体的には、分析方法は収益現価法であり、実際に評価するのは知的財産の市場における模擬取引の価格であり、その固有の潜在価値（利益獲得の能力）の特定期間における市場条件での貨幣表現（模擬価格）である。むろん、知的財産の価値評価において、収益現価は唯一で孤立したものではない。専門家の中には、正味価格を収益現価として、すなわち資産の将来の予期される収益を算定する際に、投じたコストを考慮できると主張する者もいる²⁵。上述の価値評価の規定と方法は、権利主体の変動という財産権の取引を前提とするものであるが、知的財産の損害賠償の認定においても有益である。

知的財産損害賠償の司法の価値決定において、無形資産の市場価値の構成は、権利製品のコストと収益要素により置き換えられるべきである。その対象は、主に①権利製品の市場容量（シェアの証明）、②非侵害代替製品の市場状況（市場優勢の証明）、③権利製品の市場見通し（市場期待利益の証明）がある。以上が収益現価法の基本的な内容である。同時に、必須取替原価に対して考慮する必要があり、これは主に知的財産の形成と維持に係る固有コストの支出であり、技術研究のコスト、出願登録のコスト、権利維持のコスト及びリスクコスト（例えば、産業リスク、市場リスク、リーガルリスク等）が含まれる。総じて言うと、「コスト+収益」の模擬取引価格、すなわち、知的財産の市場価値の要素が司法賠償のベースを構成する。

知的財産損害賠償の司法制度の改革や政策の維新を促進するために、まずは価値理念を更新する必要があり、すなわち知的財産の市場価値を正面から見る必要がある。有形財産権の価値の密封性、固定性、計量し易さとは異なり、知的財産の保護対象である創造性（例えば特許の「技術進歩性」又は「非自明性」、著作物の「独創性」又は「オリジナリティ」、ブランド表記の「識別性」ないし「名声度」）、利用方法の多様性（例えば、投資、開発、譲渡、許諾、競売、質権設置等）、資産運用の複雑性（例えば「プラス資産」、「ゼロ資産」、「マイナス資産」等）が、その価値の独特性と計量の難しさを決定づけている。知的財産の市場価値は、最終的には市場における優勢な競争力として現れる。法官の中には、「優勢な競

²² 劉玉平「知的財産の観点から見た無形資産評価の問題研究」中国資産評価 2008 年 2 号、14 頁～15 頁。

²³ 吳漢東＝胡開忠『無形財産権制度の研究』法律出版社 2001 年版、266 頁。

²⁴ 国家国有資産管理局「資産評価操作規範の意見（試行）」94 条、国資弁発[1996]23 号。

²⁵ 陳仲（編）『無形資産評価導入論』経済科学出版社 1995 年版、185 頁。

争力は、優先的な超過利益を獲得すべきである。知的財産保護の本質は、権利者の超過利益に対する正当利益の保護であり、権利者の所得は独占的利益と匹敵し、非独占市場の平均利益を上回らなければならない。知的財産侵害は、本質的には他人の合法的な財産を盗取することであり、侵害者の賠償は市場取引の平均価格やコストを上回らなければならない。」と話す者もいる²⁶。競争理論において、企業競争能力には、例えば、資源取得の能力、何らかの重要技術を把握する能力、低コストを創造する能力、市場を開拓する能力、市場マーケティングネットワークを構築する能力等の多くの要素を含む。しかし、これらの能力が全て同等に重要であるわけではなく、企業が長期的に競争の優位性を維持し、安定した超過利益を獲得し、明らかに優れ、競争相手に容易に模倣されず、絶えず顧客価値を高められ、企業が継続的に発展できる能力こそが、企業にとって最も肝心の競争力であり、企業の核心的な競争力である²⁷。現在社会において、企業の核心的な競争力の形成は、ほとんど企業の戦略資源である知的財産にかかっている。イギリス政府のある白書が言及しているように、競争の勝敗は、我々が自己の独創的で、価値があって、競争相手が安易に模倣できない、そのような資産を十分に利用できるか否かにあるが、これらの資産はまさに我々が有する知的財産である²⁸。知的財産の市場価値の核心は、市場における優位的な競争力であり、優位的な競争力によって、市場独占の意義を持つ超過利益を獲得できる。これは、司法価値観における損害賠償認定に関する基本的かつ重要な意義である。

いかにして上述の市場価値要素を計量化するかは、数量算定方法のもう一つの重要な問題である。下記では、専利侵害額の算定を見本に、知的財産の司法価格決定の全貌を解く。2001年、最高人民法院の「専理紛争事件の審理における法律適用問題に関する若干規定」20条、21条は、専利権侵害の賠償額に対して下記の算定方法を提言した。

（1）実際損失の算定

「権利者が侵害者の侵害行為によって被った損失は、専利権者の専利製品が権利侵害によって減少した販売数の総数に、専利製品1件あたりの合理的な利益を乗じて算定することができる。権利者の減少した販売数の総数を確定するのが難しい場合、権利侵害製品の市場販売総数に専利製品1件あたりの合理的な利益を乗じて得られた額を、権利者が権利侵害により被った実際損失とみなすことができる」。この条項の算定式を以下のように表すことができる。専利製品販売減少量（又は権利侵害製品の販売量）×専利製品1件あたりの合理的な利益＝実際の損失

（2）侵害所得の算定

「侵害者が権利侵害により得た利益は、当該権利侵害製品の市場販売総数に権利侵害製品1件あたりの合理的な利益を乗じて算定することができる。侵害者が権利侵害により得た利益は、一般に権利侵害者の営業利益により算定し、権利侵害を完全に業とする侵害者については、売上利益により算定することができる」。当該条文の算定公式は、「権利侵害製品×権利侵害製品1件あたりの合理的な利益＝侵害による所得」である。

²⁶ 林広海「市場価値領域における知的財産侵害賠償」知識産権2016年5号、22頁。

²⁷ See C.K. Prahalad, Garry Hamel, "The Core Competence of the Corporation", 68 *Harvard Business Review*, 275 (1992).

²⁸ See Tony Blair, "Our Competitive Future Building the Knowledge Driven Economy", Presented to Parliament by the Secretary of State for Trade and Industry by Command of Her Majesty, (December 1998), p. 5.

(3) 実施許諾料の倍数の算定

「権利者の損失又は侵害者の得た利益を確定することが困難であり、専利の実施許諾料を参照できる場合、人民法院は、専利権の種類、侵害行為の性質及び状況、専利の実施許諾料の金額、専利許諾の性質、範囲、時間等の要素に基づき、当該専利の実施許諾料の1ないし3倍を参照して、合理的な賠償額を確定することができる」。当該条文の算定公式は、「実施許諾料×(1~3) =合理的な賠償額」である。

データによれば、司法実務において、地方法院における法定賠償方法の適用が多く、上述の数量算定方法の適用が少ない。この問題の主な原因は、算定の難しさであり、同時に立証の困難性である。具体的な分析は、下記のとおりである。

一つ目は、実際の損失の遅れての発生である。実際の損失の算定方法が有効に適用されない主な原因は、減少した権利侵害製品の販売総数に対する算定の難しさであり、専利技術の実施が継続中であることから、その実際の損失は権利維持又は訴訟段階における完全な計量化の難しさにある。

二つ目は、「合理的な控除」の比率が困難である。侵害事実に関する資料の獲得が困難な状況において、権利者が侵害者の総収入に占める不法利得の割合を確定し、「合理的な控除」額を算定することができない。

三つ目は、ライセンス市場の価格のずれである。長期間に渡り、イノベーション環境と市場環境の制限を受けていることから、専利の商業価値は十分に表せず、許諾契約における約定と権利侵害により現れる価値額との差が合理でない²⁹。

筆者は、最高人民法院が提示した数量の算定方法は「コスト+収益」の「合理的な価値観」を体現していて、全体的に賛同し、推し進めるべきであると考え。しかし、実務においては、さらに整備する余地がある。まずは、実質損失の算定は、すでにある収益と将来の収益の総額を含むべきである。損害賠償における「可能利益」は、知的財産の市場における期待利益であり、重要であるが、算定が困難な損失である。権利者は、権利侵害製品の市場、非侵害代替製品の市場容量及び生じ得る合理的な市場収益について立証すべきである。次に、侵害所得の計量化である。具体的な事件に照らして、製品の売上額、営業利益、純利益等の方法を採用して算定できる。「合理的な控除」問題については、アメリカ司法機関の but for テスト方法を参照できる³⁰。すなわち、権利者は侵害者の不法所得の総額を立証すれば足りて、権利侵害による利得でない、「合理的な控除」額については侵害者が証明する。さらに、実質の損益の確定が困難である場合、権利者は侵害所得による算定方法を請求できる。ここで、立証責任がある程度調整されるべきである。権利者は侵害者が侵害によって獲得した利益について立証する。権利者が侵害者の獲得利益に関する初期証拠を提供し、侵害行為に関する帳簿、資料が主に侵害者に把握されている状況を鑑み、法院は侵害者に関係する帳簿、資料の提出を命じることができる。侵害者が正当な理由なくこれを提供せず、又は偽造の帳簿、資料を提出した場合、法院は権利者の主張と提出された証拠に基づき、侵害賠償額を決定することができる。これが「証明妨害行為」に対する賠償額の適用に関する「法律推定」である³¹。

²⁹ 筆者が国家知識産権局弁公室から得たデータによれば、2015年に届け出された専利実施許諾契約の平均額は50万元であり、同じ時期の専利権侵害事件の平均賠償額は実施許諾料よりも低く、1~2倍的上限に到達していない。

³⁰ 李明徳『米国知的財産法』(第二版)法律出版社2014年版、135頁~136頁。

³¹ 最高人民法院は、2016年改正「専利権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈(二)」27条は証拠の開示、立証妨害について明確に規定している。

3. 司法価格決定の制度構成：原則と規定

侵害行為を制裁し、賠償による救済を実現することは、現在の知的財産司法裁判における最も重要で、最も困難な問題である。まず、損賠賠償の司法価格の決定は、知的財産の司法による保護を強化することにおいて、重要な影響を有する。「経済の発展につれ、知的財産の「真価」は高まりつつあり、知的財産の侵害行為がもたらす弊害が益々深刻である。いかにして知的財産侵害の賠償額が本当にその損失を補い、十分に知的財産裁判の教育、懲罰、威嚇及び補償機能を発揮できるようにするかは、知的財産の司法による保護の強さに直結する」³²。

また、知的財産事件の賠償が困難であることも司法価格の決定制度が直面する問題である。「この難題を解決するためには、知的財産司法保護の価値理念を再構築し、知的財産という特殊財産権の性質と特徴に適応し、市場規律を満たしていると同時に、権利保護の求めに応じた損害賠償の算定システムと証拠認定規定を整備し、損害賠償額と知的財産の市場価値が関連付けられるようにする」³³。要するに、知的財産の司法保護制度を健全化し、整備するためには、国際公約の精神に則り、中国の国情に基礎を置く必要がある。同時に、外国の有益な方法を参照して、自らの司法実務の経験をまとめ、制度の革新と法律改革の面において、司法の価格決定の規定の再構築と機能調整の問題の解決への道を探求する。筆者は下記の原則と規定を明確にする必要があると考える。

（1）賠償額の基準と認定方法

中国の知的財産法は、数量算定の方法（実際の損失、侵害の所得、実施許諾料の倍数を含む）と自由裁量の方法（法定賠償）をそれぞれ規定し、適用の前後順位も規定した。前者が適用困難であるときのみ、後者を適用できる。職権主義のやり方により、賠償額基準の適用方法を設けたことは、多くの学者の批判的になっている。司法実務において、これに対して融通を効かせて対応しているものの、立法の観点から賠償救済の方法の選択権の問題を解決する必要がある。具体的には、米国、ドイツ等の一部の国のやり方を参照し、意思自由の原則から出発して、中国の関連立法も賠償額算定方法の適用順序の規定を改め、明確に各自の独立で並列したポジションを定め、当事者に自由選択権を付与する必要がある。

数量算定の方法と比較しての法定賠償制度のメリットとデメリットについては既に分析されている。国の状況からして、当該制度は、確かに実施し続ける基礎を有するが、更に修正し完備する必要がある。一つは、レベル別の法定賠償額の算定システムを構築することである。既に採択された商標法の第三回改正案、審議に提出された著作権法の第三回改正案及び専利法の第四回改正案では、それぞれ法的賠償の上限額を引き上げた。金額の幅が広げられたことは、司法裁判における判断の精細化を困難にしている。したがって、権利の重み係数指標体系とレベル別の賠償額の算定規定を構築する必要がある。法定賠償方法の適用は、一概にして議論してはならず、権利の重み係数に基づいて、区別して判断する必要がある。この指標には、「権利類型、侵害の性質、侵害の状況、侵害の持続期間、侵害の範囲、侵害の規

³² 中央政法委副秘書長姜偉は、「知的財産の司法保護討論会」において、「知的財産司法保護の難題を積極的に解決する」と述べた。法制日報2016年4月27日号、9面。

³³ 同上。

模、被疑侵害製品の数量」等が含まれる³⁴。これらの指標の数値を足し算した上で、最低数値から最高数値までの異なる権利の重み係数を確定する。米国裁判所は、著作権法 504 条 3 項の規定に基づいて、行為者の主観状態を基準に、無過失、軽過失及び過失の具体的な状況に基づき、三つのレベルに分けて算定する³⁵。中国について言えば、法定賠償額をレベル別に細分化する法案は、法律実施細則又は司法解釈文書によって解決できる。もう一つは、法定賠償制度の基本機能である。法定賠償は「代替的賠償」という制度的な働きを有し、数量算定の方法が使用できないときには、法院が賠償額を決定する。自由裁量の方法の適用は、条件的制限を受ける。すなわち、実際損失と不法所得が証明できず、実施許諾料が実際に発生せず、本来ならば権利者が立証不利の法的効果を負担すべきである場合に、「代替的」賠償方法では金銭的救済を獲得できる。学者の中には、中国の法定賠償は、米国の特許訴訟でかつて実施していた「名目賠償」に近いと指摘する者もいる³⁶。

(2) 全面賠償の損失範囲と算定方法

損害賠償は、損害を填補する立場に立ち、その趣旨は「被害者が、侵害行為が発生していなかった時の状況にある」ことである³⁷。いかにして損失を填補するかは、所有権侵害訴訟と知的財産侵害訴訟とは異なる。前者の損益賠償は、「原状回復」を拠り所とし、これを強調しており、現物の賠償ができない場合は、金銭をもって賠償する。後者の損害賠償は、金銭賠償の意味合いを強調し、損害発生前の原状回復の可能性が存在しない³⁸。いずれにしても、填補賠償は、民法上の全面賠償原則を徹底している。全面賠償原則は、知的財産侵害の賠償ないし民事侵害の賠償の全体に亘って最高の指導原則である。一般的に、侵害者の主観的な故意又は過失があるか否かに関わらず、いずれも権利者が被った財産的な損失の多さ、精神的な損害の大きさ等に基づき、賠償の範囲及び金額を確定する。

1994 年 WTO の「TRIPS 協定」は、「損害を補償するのに足りる賠償」の司法準則を提起している。当該協定の第 45 条第 1 項は「司法当局は、侵害活動を行っていることを知っていたか又は知ることができる合理的な理由を有していた侵害者に対し、知的所有権の侵害によって権利者が被った損害を補償するために適当な賠償を当該権利者に支払うよう命じる権限を有する。」と規定している。2 項は、損害賠償、利益の回復のほか、適当な弁護士費用を含む費用を支払わなければならない。知的財産侵害事件において、全面賠償の原則を貫くことは、中国の「不法行為法」に導かれているだけでなく、国際法のルールに求められているものであると言える。これは、知的財産損害の賠償が、財産の損失と精神的な損害、直接損失及び間接損失が全面的に賠償されることが求められ、且つ金銭的賠償の計算方法を採用することを意味している。このほかに、権利者が侵害調査に掛かった費用、権利維持の費用、及びその他の訴訟費用についても、法院による「合理的費用」の裁量によって賠償が得られる。

知的財産侵害に関する賠償の司法による価格決定は、全面賠償原則を貫く必要があり、立法と司法の面において、改善すべき二つの問題が存在する。一つ目は、実施許諾料の倍数を、各知的財産権の賠償額の基準とする。損害賠償額の算定方法は、本質的に言えば、法律により定めた推定方法と裁量手法であると言える。その目的は、正確に財産損失の尺度を把握して、権利状態を「填補」し、「回復」するこ

³⁴ 孔慶兵「専利権侵害に関する損害賠償の算定方法について」『2013 年中華全国弁理士協会年会第四回知的財産討論論文集』(第三部分)、7 頁～9 頁。

³⁵ 王迂ほか、前掲注 14)、38 頁。

³⁶ 張玉敏＝楊曉玲「米国専利権侵害訴訟における損害賠償金の算定及びわが国への示唆」法律適用 2014 年 8 号、120 頁。

³⁷ 曾世雄『損害賠償法原理』台北三民書局 1996 年版、16 頁。

³⁸ 同上。

とである。外国の知的財産立法では、通常、実際の損失、侵害による所得、実施料の合理的な倍数の三つの算定方法を使用し、これを賠償額の算定基準とする。米国等の国の司法実務において、知的財産侵害事件のほとんどは、実施許諾料の合理的な倍数の算定方法を用いている。そのメリットは、権利者の立証責任を軽減し、「損害を補償するのに足りる賠償」に相当する程度に達することである。中国の知的財産のライセンス市場が飛躍的に発展する時期にあることを鑑み、知的財産法は統一された規定を設け、必ずしも実施許諾料の合理的な倍数を専利と商標領域に限定する必要がないと考える。二つ目は、「金額の算定+適度な法定」方法を採用して、賠償額が不足する問題を解決する。近年、中国の司法実務では、賠償の裁量による算定方法を模索している。権利者の損失又は被告の侵害による利得が、遥かに法定賠償を超えていることを立証できる場合、法院は法定賠償の上限額を超えて賠償額を判断することができる³⁹。裁量による賠償は、金額算定方法の基準性と法定賠償方法の裁量性を兼ね備えており、前者は算出された金額により確定され、増額の余地がないことに対して、後者は裁量により判断された金額により決められ、科学的な根拠を欠く。主張に対する根拠証拠があるが不確定であり、賠償額があるが不足である侵害事件について、「金額の算定+適度な法定」の方法は、損害の立証困難や賠償額の不足の問題を解決することができ、外国の司法において法定賠償による金額を「補償的な適用」として適用する方法と共通する部分がある。

（3）権利製品の分類と権利価値の要素

知的財産の評価は、知的財産の市場価格に対して評定し、模擬取引の価格を推算する制度である。国際的に百年以上の歴史がある有形資産の評価と比べて、知的財産を主な対象とした無形資産の評価業の発展は、50年余りの期間しかない。また、その評価対象の特殊性が故に、知的財産評価の困難性は有形資産の評価を大いに超え、その正確性も後者に比べて遥かに劣る⁴⁰。

知的財産の評価は、動的で、市場化された社会経済活動に対して、推し量り、推算することである。これは、企業が資産の算定や財産権取引をする際の重要な根拠であるだけでなく、権利者の合法的な権益を維持し、損害賠償額を確定する客観的な尺度でもある。2006年4月、中国の国家財政部と知識産権局が共同で発表した「知的財産資産の管理業務の強化における若干問題に関する通知」では、法院、仲裁機関又は当事者が係争知的財産の価値に対して評価できることを明確に提言した。外国の立法では既に先例があり、法官は知的財産の専門管轄機関又は専門家に賠償額の確定を委託することができることと規定している。知的財産の損害賠償額の認定は、非常に専門的な作業であり、その算定は、技術、商業・貿易、会計・監査等の多岐に渡る専門領域の知識が必要である。資産評価の機構は、独立した第三者組織として、知的財産の市場価値について評価し、模擬価格を算定することができる。しかし、これらの専門的な意見は、司法の価格決定の参考に過ぎず、法院は必ず侵害による損倍賠償の責任の要件に合わせて、総合的に考慮した上で、具体的な賠償額を認定する。

知的財産の評価が司法損失の決定において、権利製品の分類と価値分析の要素を考慮する必要があり、これは各項目の知的財産の客体の類型、使用方法及び効果領域の相違性によって決定される⁴¹。言い換

³⁹ 金克勝「裁量賠償がより権利者の損失に近く、賠償額がより合理的である」

(<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/10/id/1110984.shtml>, 最終アクセス: 2016年8月22日)。

⁴⁰ 盧平等「わが国の無形資産評価の立法問題に関する考察」法商研究(中南政法学院学報)1996年3号、10頁～11頁。

⁴¹ 桂舒「知的財産侵害の損害賠償の判断方法の検討—知的財産の市場経済価値の観点から」齊樹潔(編)『東南司法評論』(第7巻)アモイ大学出版社2014年版、280頁～284頁。

えれば、権利類型及びその保護対象の違いにより、その市場価値及び経済効果・利益に関して区別されるべきである。これについて、以下のとおりそれぞれ述べる。①専利権は、科学領域における知的財産であり、その技術の進歩性や実施の程度により専利権の価値が決定される。一般的に、同じ専利権の権利付与であっても、発明、実用新型、及び外觀設計の進歩性の程度と実際に生じる効果・利益は、逡減する。同じ発明専利であっても、ファースト発明、改良発明、組合せ発明に区別され、価値に影響を与える市場要素として、イノベーションレベル、実用価格、及び競争状態等がある。同一発明であっても、技術のライフサイクルの異なる段階において、異なる価値を有する。すなわち、「専利の保護期間の初期段階において、その価値は相対的に高く、後期に近づくにつれ、その価値は相対的に低い」⁴²。②商標権はマーケティング領域の知的財産であり、その商標の知名度又は商業上の信用力が商標権の市場価値を決定する。商標の存続期間と専利のライフサイクルとは異なり、前者は更新により長期間存在することができる。商標使用の一般的な状況は、次のとおりである。商標の存続時間が長ければ長いほど、宣伝への投資が多ければ多いほど、その市場占有状況はよくなる。したがって、商標は知名商標と一般商標に区別され、それぞれ高付加価値と一般的な付加価値を生じさせる。総じて言えば、商標が形成する商業上の信用価値は、資産評価と司法の価格決定の重点である。③著作権は文化領域における知的財産であり、その著作物の独創性と宣伝・伝達力は著作権の市場価値を算定するコアな要素である。著作権領域において、その客体は学術作品と娯楽作品の区別があり、使用方法はネットワーク伝達と一般伝達の区別がある。市場ニーズは、更に数量、規模の違いがあり、著作権の価値の同一性の問題は存在しない。以上を総合すると、知的財産は運用される市場の価値として、「高品質高価格」であり、損害賠償の司法の価格決定においては「多く用いると多く賠償する」である。

(4) 司法の価格決定における「補償性」と「懲罰性」

権利侵害に対する損害賠償制度は、三つの規範的な機能がある。一つ目は、懲罰である。法的な制裁手段をもって、義務違反の不法行為を是正し、侵害者に強制的な法的効果を負担させる。二つ目は、抑制である。利益システム（侵害者が利得できなくさせる）や世論システム（不法行為を非難すること）を通じて、反社会的な行為を防ぐ。三つ目は、補償である。損失賠償を命じることで、法律を通じて、従来の権利状態に回復させる。民法学者のほとんどは、上記の三つの規範的な機能は、一種の侵害行為においてはいずれも適用できるが、その他の特殊な侵害行為においては同時に存在しないと考えている⁴³。したがって、どのような侵害行為で、どのような損害賠償規定・原則を適用したとしても、その損害に対する填補する機能は具備されるべきである。権利侵害の損害賠償制度の機能の出発点は、民事活動が実現しようとする目的と一致すべきである。学者が言うように、「民事主体が民事活動を行う主な目的は、正当な利益を実現することであり、基本的な利益の形式は人的利益と財産的利益である。民事責任の目的は、いかにして被害者のこれらの利益を回復、補償することかである」⁴⁴。ここから分かるように、侵害行為は知的財産侵害行為を含めて、本質的には一種の反社会的な行為であり、行為者による遵守すべき法定の義務に対する違反であり、行為者による法律が肯定する現行の権利状態に対する破壊でもある。権利侵害の損害賠償制度は、不法事態を是正し、秩序ある状態に回復させる重要な使命を負っている。

⁴² 戴建志＝陳旭（編）『知的財産損害賠償研究』法律出版社1997年版、38頁。

⁴³ 江平（編）『民法学』中国政法大学出版社2000年版、435頁。

⁴⁴ 彭誠信「民事責任の現代帰属原則の確定」法制与社会發展2001年2号、47頁。

知的財産の損害賠償制度は、上述のとおり補償、予防及び懲罰的な規範的機能を有し、その中で、補償を主な基本的な規範的機能とすべきである。「TRIPS 協定」は、締約国が司法救済手続きの「一般義務」を採用することが強調され、いかなる知的財産の侵害行為に対しても有効な行動を起こし、「侵害に対する迅速な救済措置とさらなる侵害を抑止する救済措置を含む」としている。司法救済の迅速性と威嚇性を補償することは、各締約国の義務である。国際公約の精神に基づき、いくつかの国家においては、補償的な賠償の規定以外に、懲罰的な賠償の規定も設けている。中国においては、2013年の商標法改正案の63条1項で、「悪意の商標専用権の侵害に対して、状況が深刻な場合には、上述の方法（筆者注：数量の算定方法）に基づいて確定した金額の一倍以上三倍以下の賠償額を確定することができる」と規定した。この後、著作権法（改正案送審稿）の76条、専利法改正草案（意見募集稿）の65条にもこれに類似する規定が盛り込まれた。これは、すなわち、「懲罰的賠償」又は「加重賠償」の規定である。学术界では、当該規定の命名とその機能について異なる見解がある。懲罰的賠償を主張する者は、懲罰を「懲罰的賠償」の目的とする⁴⁵。反対者は私法の性質と懲罰目的の抵触に基づき、この規定の導入に反対し⁴⁶、又は名称を「加重懲罰」と改め、懲罰を目的としないことを主張する⁴⁷。筆者は、懲罰的賠償又は加重賠償の制度機能について、以下のように考える。すなわち、このような賠償制度の機能は、一つ目は悪意の侵害行為を懲罰することであり、権利者が被った損害状況を是正し、知的財産の創造と運用を維持することである。もう一つの機能は、潜在的な侵害行為を威嚇し、さらなる侵害行為の発生を予防、阻止することである。総じて言うと、懲罰的賠償システムにおいて、権利者の合理的な権益を填補又は回復させる補償機能は依然として存在するが、悪意の侵害行為を懲罰し、侵害行為が更に発生することを抑止する懲罰と予防機能も同時に備わっている。したがって、知的財産の損害賠償額の認定において、補償的賠償規定の主たる地位を維持し、懲罰的損害賠償を補充的に適用することもできる。むしろ、司法機関は後者の適用の要件、手続き、及び賠償額等について、明確に限定すべきである。

要するに、知的財産の損害賠償の司法裁判の規範的体系は、下記の原則や規定を含むべきである。すなわち、自由選択を基礎とする認定方法、市場価値を基礎とする全面的な賠償、権利分類を基礎とする損害の計量、補償的賠償を基礎とする賠償システムである。

⁴⁵ 曹新明「知的財産侵害の懲罰的賠償責任の研究—わが国の知的財産領域の三部の法律の改正について」知識産権 2013年4号、3頁～9頁。易健雄＝鄭宏光「知的財産領域への懲罰的賠償の導入」法律適用 2009年4号、92頁～93頁。羅莉「懲罰的賠償の知的財産領域への導入と実施」法学 2014年4号、22頁～32頁。

⁴⁶ 李曉秋「専利権侵害の懲罰的賠償制度：導入又は切捨て」法商研究 2014年4号、136頁～144頁。

⁴⁷ 蔣軻「著作権法と専利法の中の『懲罰的非懲罰性』」法学研究 2015年6号、80頁～97頁。

II. 特許権侵害に対する損害賠償制度の現状と基本的方向性

－日本の損害賠償は低すぎるか－

國學院大學 中山 一郎 教授

1. はじめに

特許権侵害に対する損害賠償は、差止めとともに、特許権の保護の実効性を大きく左右する重要なテーマである。その点に異論は少ないであろうが、侵害者が特許発明を無断実施したところで権利者による実施自体は妨げられるわけではなく、また、損害は市場を介して生じることから、特許権侵害による損害をどのように認定するかは困難な課題である。

従来、日本では損害賠償算定の特則を特許法に設けてこの問題に対応してきた。ところが、近時、現行特許法の下で認められる損害賠償額が十分なものであるのか否か、が改めて問われている。そこで本稿では、日本の現行特許法に基づく損害賠償は低すぎると評価されて然るべきなのか、また、現状を踏まえどのような基本的方向性を志向すべきか、について若干の検討を試みる。具体的には、現行特許法の損害賠償規定の利用状況や利用者のニーズの分析を踏まえて現状を評価した上で、懲罰的損害賠償の導入可能性、現行特許法の損害賠償規定と填補賠償原則及び TPP 協定との関係などの諸点を検討し、今後の基本的方向性を探る。なお、本稿は、そのような損害賠償制度の総論的な検討に主眼を置くものであり、解釈論上の各論的論点について立ち入った検討を行うものではない。

2. 損害賠償をめぐる近時の課題

まず、特許権侵害に対する損害賠償をめぐる近時の課題について、国内外の状況を整理する。

(1) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画 2016」（以下、「推進計画 2016」という。）¹

知的財産推進計画は、内閣総理大臣が本部長を務め、全国務大臣や民間有識者から構成される知的財産戦略本部（知的財産基本法 27 条、29 条）が、毎年度作成しており（同法 23 条）、その時点において優先的に検討すべき政策課題が列挙されている。その最新版であり、2016 年 5 月に作成された推進計画 2016 は、損害賠償について以下のとおり述べている。

「損害賠償額については、特許権が無体物に関する権利であるため、その侵害を物理的に防止することは難しく、その発見も困難な場合があるため、侵害による損害の特定と立証が困難であるという特徴がある」が、現行特許法における損害賠償額算定の特則の規定は、「十分ではないとの指摘がある。また、特許権侵害の場合は、技術的な判断の難しさ等から、刑事罰が実質的に機能せず、現行特許法の考え方とは異なる方策を考える必要があるとの指摘がある」（推進計画 2016・53 頁）。

その上で具体的には、特許法 102 条 2 項（以下、特許法については条数のみ記す。）については、「明文の規定のない『寄与率』という概念により、本来想定した覆滅分に係る侵害者の立証責任が権利者の立証責任に実質的に転換させた運用となっている場合があること、また、覆滅分に係る立証責任が侵害者にあることを明確にしている同条第 1 項についても、『寄与率』という概念が使われる場合があるこ

¹ 知的財産推進本部「知的財産推進計画 2016」（2016 年 5 月）

と等の課題がある。」(推進計画 2016・53 頁)

また、102 条 3 項の実施料相当額については、同項から「通常」の文言を削除した後述の改正にもかかわらず、「訴訟当事者間の係争状態の段階を考慮した額の認定は行われにくく、侵害行為による価値の毀損分を考慮するという考え方も必ずしも取られていないこと等の課題がある。」(推進計画 2016・53 頁)

「以上を踏まえ、ビジネスの実態やニーズを反映した適切な損害賠償額が認められるよう、…検討する必要がある。」(推進計画 2016・53 頁)²

(2) 環太平洋パートナーシップ協定 (以下、「TPP 協定」という。)³

2016 年 2 月に署名された TPP 協定は、著作権等侵害と商標の不正使用とに対して、権利者の選択に基づいて受けることができる法定の損害賠償 (pre-established damages) か、追加的な損害賠償 (additional damages) のいずれかを採用することを求めている (TPP 協定 18.74 条 6 項・7 項)。なお、後者の追加的な損害賠償には懲罰的損害賠償を含めることができる (同条 7 項注)。

この TPP 協定の要請は、特許法に直接関係するものではない。しかしながら、損害賠償の基本的構造は知的財産法で共通しているため、商標法や著作権法に導入可能な規定であれば特許法にも論理的には導入可能である。その意味において、TPP 協定への対応の仕方は特許法における損害賠償制度の議論にも影響を与える。もっとも、2017 年 1 月に就任したトランプ米国大統領は、既に TPP 協定から永久に離脱することを米国通商代表部 (USTR) に指示しているため⁴、TPP 協定が発効する見通しは事実上ないに等しい。したがって、特許法への影響といっても専ら理論的、観念的なものととどまる。

3. 現行特許法の損害賠償規定の利用状況及び当事者の評価

(1) 現行特許法における損害賠償規定の利用状況

特許権侵害により無体物である発明が無断実施されても、特許権者又は専用実施権者 (以下、「特許権者等」という。)は何らかの費用の支出を強いられるわけではなく、その損害は侵害行為がなければ得られたであろう逸失利益が中心である。この逸失利益は専ら市場において他の様々な要因とも複雑に関連しながら生じるものであり、その立証には困難を伴うため、現行特許法は損害賠償額算定の特則として 3 つのルールを設けている。

そのうち 102 条 1 項は 1998 年の法改正により新設されたものであり、それ以前は、侵害者の利益を損害額と推定する同条 2 項と、実施料相当額の損害を定める同条 3 項が設けられていた。3 項の実施料相当額は損害賠償の最低額を定めるものであり (102 条 4 項参照)、この規定も 1998 年に改正されたが、

² 推進計画 2016 は、具体的に検討すべき方策として、「通常の実施料相当額を上回る額の算定を容易に行い得るようになるための方策」と弁護士費用の賠償のみを挙げ、寄与率に関する方策を挙げていない。これは、寄与率については運用の改善を期待することとしたためと思われる、その点は後述する (7 (2) (ア) 参照)。なお、推進計画 2016 が指摘した弁護士費用の問題は、本稿では取り上げない。

³ TPP 協定全般 (条文 [英文・訳文] や「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律案」を含む。) に関しては、内閣官房 TPP 政府対策本部のサイト (<http://www.cas.go.jp/jp/tpp/index.html>) を参照。

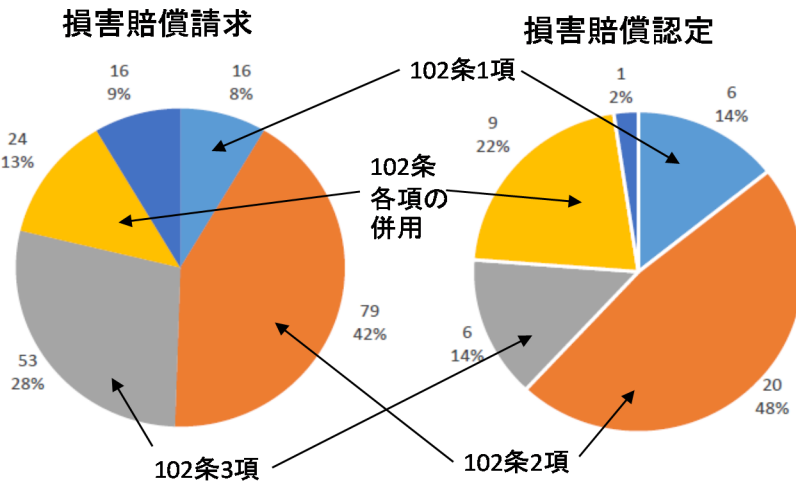
⁴ The White House, Office of the Press Secretary, Presidential Memorandum Regarding Withdrawal of the United States from the Trans-Pacific Partnership Negotiations and Agreement, January 23, 2017, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/23/presidential-memorandum-regarding-withdrawal-united-states-trans-pacific>

その点は後述する。3項は特許権者等が特許発明を実施していない場合でも適用可能と解されているが、特許権者等が特許製品を販売しており、侵害行為によりその売上げが減少したような場合には、通例、3項よりも2項による方が損害額は高く算定されると想定される。しかし、侵害者利益を基準とする2項は、侵害者が利益をあげていない、あるいはその利益が少ない場合には、賠償額が不十分なものとどまる⁵。

これに対して、1998年に新設された1項は、特許権者等が販売することができた物の単位当たりの利益を用いて、それに侵害品の譲渡数量を乗じた金額を出発点としているため、侵害者利益が赤字又は少ない場合でも十分な賠償額の算定が可能となる。そのほかにも、従来の民法709条に基づく逸失利益の認定においては、市場構造が単純であり、侵害行為と権利者の製品売上げ減少との因果関係をたやすく立証できるという数少ない場合には権利者が侵害品の販売数量全てを販売できたとして損害額が算定される一方、それ以外の多数の場合には損害が一切認められないというオール・オア・ナッシング的な認定になっていたとされる⁶。そのため、新設された1項は、侵害者の譲渡数量を権利者の喪失した販売数量とすることを出発点にしつつも、特許権者等が販売することができないとする事情に応じた減額（同項ただし書き）や、特許権者等の実施能力に応じた額を超えないという上限の設定（同項本文）を条文上明記しており、多様な事情を考慮して適切な損害を算定しようとしている。

102条各項の利用状況についてみると、2009年1月～2013年12月までの特許権・実用新案権侵害訴訟地裁判決を対象にした調査⁷によれば、図表-1が示すとおり、102条2項が最も利用されている。

【図表-1】102条各項の利用状況



出所：内閣官房知財事務局・前掲注（7）7-8頁

他方、新設された102条1項はあまり利用されていない。その理由としては、特許権者等が、1項に

⁵ 特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室『工業所有権法の解説—平成10年改正』15頁（発明協会、1999）、工業所有権審議会損害賠償等小委員会「工業所有権審議会損害賠償等小委員会報告書—知的財産権の強い保護—」34頁（平成9年11月25日）

⁶ 特許庁・前掲注（5）12頁

⁷ 内閣官房知的財産戦略推進事務局「イノベーション創出に向けた特許侵害訴訟動向調査結果（1）」（2015年3月30日）知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会知財紛争処理タスクフォース第2回資料2

基づく請求に必要な自己の製品の利益率の開示に消極的である点が挙げられる⁸。そこで1項の利用を円滑化しようとするれば、特許権者等の利益率の相手方への開示を制限することが考えられる。しかしながら、知的財産戦略本部の委員会は、開示制限は侵害者の防御権を失わせる、損害賠償額と譲渡数量から利益率は逆算できるため利益率を開示制限する意味はない等の理由により、利益率の開示制限は適当ではないと結論付けている⁹。確かにその通りであろう。

前述のとおり、1項には、侵害者利益が赤字や少ない場合でも相応の損害額の算定が可能であるとの利点がある。そのような場合において、自らの利益率を開示して1項に基づいてより高額の損害額を請求するのか、それとも利益率の開示を避けて2項により請求するのかは、あくまで特許権者等自身の選択の問題である¹⁰。そうであれば、2項を選択した結果として認められた損害額が1項を選択した場合よりも低額になったとしてもやむを得ないともいえよう。

(2) 利用者の評価

前述したとおり、知的財産推進計画2016は、ビジネスの実態やニーズを重視している。そこで、制度の利用者が現行特許法の損害賠償制度をどのように評価しているのかについて検討する。

(i) 全般的な印象

特許権侵害訴訟経験の有無を問わず、523の企業に対して特許権侵害訴訟における損害賠償額に対する「印象」を尋ねたアンケート調査結果によれば、損害を填補するのに不十分であるとする回答が、十分とする回答を大きく上回っている(図表-2)¹¹。ただし、このうち特許権侵害訴訟の損害賠償に関する経験(訴訟を検討した経験を含む。)を有する者はわずかであり(特許権者として31者、被疑侵害者として28者)¹²、図表-2はあくまで全般的な印象にとどまることに留意すべきである。

⁸ サンプル数は少ないものの、知的財産研究所「知財紛争処理システムの活性化に資する特許制度・運用に関する調査研究報告書」84頁(平成28年3月)によれば、特許権者として102条1項に基づく損害賠償を請求した、あるいは請求を検討した企業23者中、9者が請求を見送っており、そのうち5者が利益率の相手方への開示に懸念があったと回答している。

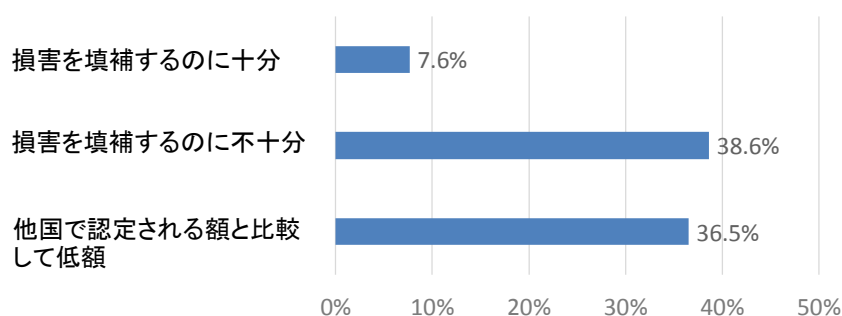
⁹ 知的財産戦略本部検証・評価検証・評価・企画委員会知財紛争処理システム検討委員会「知財紛争処理システムの機能強化に向けた方向性について」22頁(平成28年3月)

¹⁰ 知的財産研究所「知財訴訟における諸問題に関する法制度面からの調査研究報告書」73頁(平成28年2月)

¹¹ 知的財産研究所「知財紛争処理システムの活性化に資する特許制度・運用に関する調査研究報告書」79頁(平成28年3月)。調査対象は、日本知的財産協会正会員企業936者とそれ以外で侵害訴訟の経験がある企業168者の計1104者に送付されたアンケート調査に回答した523者である。なお、これとは別に、知的財産研究所・前掲注(10)91頁によれば、訴訟経験を有する企業等及び弁護士並びに有識者に対する国内ヒアリング調査でも、全対象者25者中半数弱の12者が損害賠償認容額は低いと回答しており、最も多い(妥当:7者、分からない3者、一概にいえない2者、高い1者)。

¹² 知的財産研究所・前掲注(11)80頁、82頁

【図表-2】 特許権侵害訴訟における損害賠償額に対する印象



出所：知的財産研究所・前掲注（11）79 頁に基づき筆者作成

なお、図表-2 では、他国で認定される損害賠償額に比べて日本の損害賠償額が低いとの回答も多い。確かに、損害賠償額の最高額を見ると、米国の金額はひときわ高い。従来、16.7 億ドル¹³とされていた最高額は、2016 年 12 月には 25.4 億ドル¹⁴へとさらに増加した模様である。これに対して、日本の損害賠償の最高額は約 74 億円¹⁵であり、その差は大きい。もっとも、米国でも陪審評決ではなく裁判官により認定された賠償額の中央値は、近時、日本の金額とそれほど変わらない、あるいは、米国以外との国際比較では日本の損害賠償の最高額は低くはない、といった調査結果もある¹⁶。

また、そもそも損害賠償額は個別事案における特定の事実関係の下で認定されるものであるから、国内外を問わず、事実関係が異なる事案で認定された損害賠償の金額を単純に比較することにそれほどの意味があるとは思われない。加えて、国際比較をする場合には、各国で市場規模、物価水準、利益率等が異なるのであるから、同じ損害賠償ルールの下であったとしても算定される金額は異なるであろう。その点も損害賠償額の国際比較の有用性に対する疑問を大きくする。そのため、本稿では、これ以上、損害賠償金額自体の国際比較の問題は取り上げない。

（ii）原告又は被告の評価

（i）の全般的印象より重要と考えられるのは、当事者—特許権者等として損害賠償請求が（一部）認容された原告及び侵害者として損害賠償の支払いを命じられた被告—が損害賠償額の認定をどのように評価しているかという点である。前述のアンケート調査では、当事者としての経験を有する回答企業が少なく、そのためにサンプル数がそれほど多くないことに留意する必要があるが、原告、被告それぞれの立場から見た評価は図表-3 のとおりである（なお、訴訟経験を有していても損害賠償請求が認められなかった場合を除いている。）。

¹³ Centocor et al. v. Abbott Laboratories, 07-cv-00139, E.D. Texas. 陪審評決自体は、http://patentlyo.com/media/docs/2009/06/centocor_abbott_verdict_form.pdf 参照。

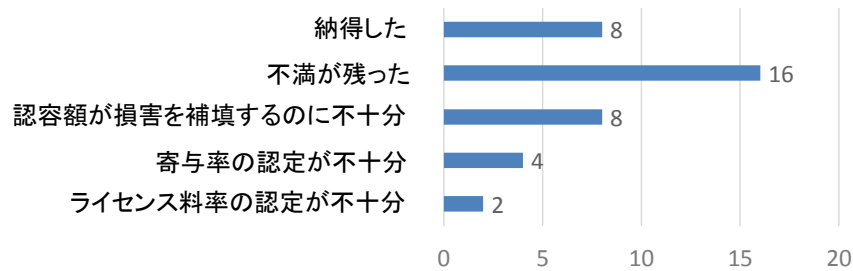
¹⁴ Idenix et al. v. Gilead Sciences, Inc., 14-cv-00846-LPS, D. Delaware. 陪審評決自体は、<http://patentlyo.com/media/2016/12/Verdict-Form.pdf> 参照。

¹⁵ 東京地判平成 14 年 3 月 19 日判時 1803 号 78 頁（スロットマシン事件）

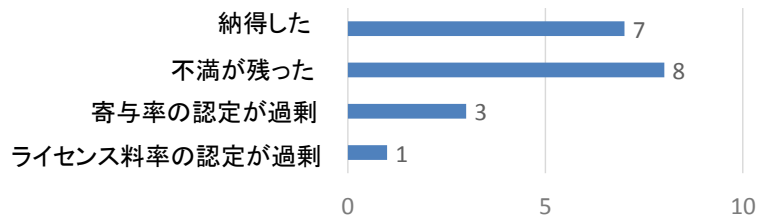
¹⁶ 特許庁「知財紛争処理システムの機能強化について」（2016 年 12 月 20 日）産業構造審議会知的財産分科会第 17 回特許制度小委員会資料 4・7-8 頁

【図表-3】原告又は被告の立場からの損害賠償額の評価

調査対象：損害賠償請求が認容された企業26者



調査対象：損害賠償の支払いを命じられた企業15者



出所：知的財産研究所・前掲注（11）81 頁及び 83 頁に基づき筆者作成

図表-3によれば、特許権者等の立場からは損害賠償額に不満が残るとする回答が多く、やはり損害賠償額の不十分性を裏付けているようにも見える。ただし、図表-2の全般的印象と比較すると、不十分、不満と考える者の相対的な割合は減少している。そもそも損害賠償請求額の認容率（損害賠償認定額／損害賠償請求額）が16%であること¹⁷に鑑みると、不満が残る特許権者等の方が多くこと自体は不思議ではない。むしろ、請求額の16%しか認定されないにもかかわらず、約3分の1の特許権者等が納得しているとの見方もできよう。

これに対して、侵害者の立場は、納得したとの回答と不満が残るとの回答に分かれており、特許権者等の立場からの評価と比較すると侵害者側の納得感は相対的に高い。このことは、損害賠償額が被告側に若干有利である可能性を示唆する。しかし、侵害者の立場から見ても不満感の方が納得感を辛うじて上回っていることからすると、損害賠償額が低すぎるとまではいえないのではないかと考えられる。

また、原告、被告いずれの立場からも寄与率及びライセンス料率はそれほど大きな問題があるとは考えられていない。

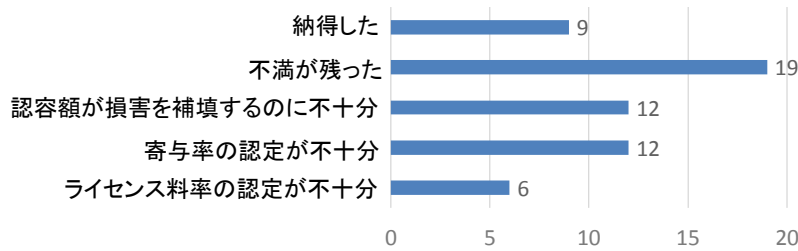
（iii）代理人の評価

一方、図表-4は、損害賠償請求が認められた訴訟の経験を有する代理人の立場から見た評価を示している。

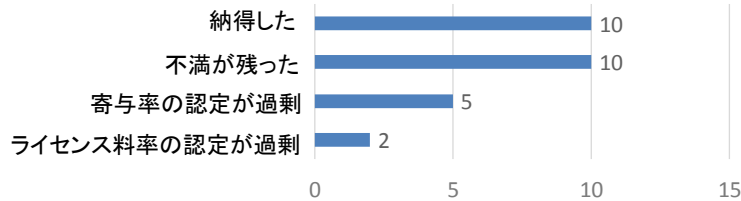
¹⁷ 内閣官房知的財産戦略推進事務局・前掲注（7）6 頁

【図表-4】 代理人の立場からの損害賠償額の評価

▶ 調査対象：特許権者の代理人23者



▶ 調査対象：侵害者の代理人19者



出所：知的財産研究所・前掲注（11）95頁及び97頁に基づき筆者作成

全体的な傾向は、図表-3の当事者の評価と同様である。もっとも、当事者の評価と比べると、わずかではあるものの、特許権者側の代理人の不満感及び被告側の代理人の納得感いずれも強い。また、特許権者の代理人に寄与率を問題視する回答が相対的に多い。

（3）小括

以上から、ビジネスの実態やニーズという観点から見ると、現行特許法に基づく損害賠償は次のとおり評価することができると考えられる。

まず、産業界には、日本の特許法に基づく損害賠償額は低いという先入観が広がっている。ただし、これは、必ずしも自己の経験に基づいているわけではない。実際に損害賠償請求が認容され、又は損害賠償の支払いを命じられた当事者の間では、認容額は不十分との意見が多いものの、十分との意見との差は縮小する。また、寄与率やライセンス料率を問題視する声は少ない。もっとも、特許権者等の立場としての方が相対的に不満感が高い。代理人についても全般的な傾向は同様であるが、代理人の方が損害賠償認容額、寄与率、ライセンス料率についての不満がやや強い。

以上を踏まえると、損害賠償の現状は、ビジネスの実態やニーズと大きく乖離するわけではないが、侵害者（被告）にやや有利である可能性は否定できない。とすれば、損害賠償額を大幅に引き上げる抜本的な制度改正はともかく、損害賠償額を若干引き上げる程度の改善の余地はあるというのがビジネスの実態やニーズに沿うのではないかと思われる。また、代理人の方が不満感がやや強いという点（特に寄与率）は、損害賠償をめぐる問題が、実務的というよりも理論的な問題である可能性を示唆しているようにも思われる。

4. 懲罰的損害賠償の導入可能性

前述したように TPP 協定は、商標法又は著作権法において懲罰的損害賠償の導入を選択肢の一つとしており、仮に日本がそれを選択可能なのであれば、特許法でも同様に懲罰的損害賠償の導入が可能とな

るはずである。確かに、懲罰的損害賠償の導入は、ビジネスの実態やニーズはともかく、損害賠償額の大幅な引き上げを可能とするだろう。

実際、故意侵害などの悪質な侵害に対して損害を超える賠償を認める追加的賠償制度を導入する案は、推進計画 2016 作成に至る事前の検討の段階では、検討の俎上に載せられていた。しかし、権利者が損害額を超えて利益を得られる可能性があることの正当性や次に述べる最高裁判決との関係などの問題点が指摘された結果¹⁸、最終的な推進計画 2016 における具体的な検討課題からは抜け落ちている。また、TPP 協定に対応する国内法制整備の議論においても、後述するとおり政府は懲罰的損害賠償の導入を選択しなかった。そこで以下では日本において懲罰的損害賠償の導入が困難であるとされる点を改めて整理する。

(1) 萬世工業事件最高裁判決

特許法に限らず、日本の損害賠償制度は、実際の損害を填補する填補賠償の原則を採用しており、実際の損害を超えて損害を賠償させる懲罰的損害賠償のような制度は妥当でないと一般的には考えられている。この点を明確にしたのが、最判平成 9 年 7 月 11 日民集 51 卷 6 号 2573 頁（萬世工業事件）である。この事件は、知的財産事件ではなく、一般民事事件であり、懲罰的損害賠償を命じた外国判決（米国カリフォルニア州裁判所の判決）の執行判決を求めたという事案である。外国判決の執行判決が認められるためには民事訴訟法旧 200 条（現 118 条）の要件を具備する必要があるが（民事執行法 24 条 3 項）、そのうちの要件の一つが、日本の公序に反しないことである（民事訴訟法旧 200 条〔現 118 条〕3 号）。そして懲罰的損害賠償と日本の公序との関係を審理した最高裁は、外国判決のうち懲罰的損害賠償を命じる部分は、日本の公序に反するから効力を有しないと判示したが、その際、以下のとおり判示している。

「我が国の不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり…加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑止、すなわち一般予防を目的とするものではない。もっとも、加害者に対して損害賠償義務を課することによって、結果的に加害者に対する制裁ないし一般予防の効果を生ずることがあるとしても、それは…反射的、副次的な効果にすぎず、加害者に対する制裁及び一般予防を本来的な目的とする懲罰的損害賠償の制度とは本質的に異なるというべきである。我が国においては、加害者に対して制裁を科し、将来の同様の行為を抑止することは、刑事上又は行政上の制裁にゆだねられているのである。そうしてみると、不法行為の当事者間において、被害者が加害者から、実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払を受け得るとすることは、…我が国における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものであると認められる。」

以上のとおり、最高裁によれば、懲罰的損害賠償は日本の損害賠償制度の基本原則・基本理念である填補賠償という考え方と相いれない。そして基本原則・基本理念という制度の根幹に関わる一般論を展開している最高裁の判示を前提にする限り、立法論としても懲罰的損害賠償の導入は慎重に考えざるを得ないということになるだろう。

¹⁸ 知的財産戦略本部検証・評価検証・評価・企画委員会知財紛争処理システム検討委員会・前掲注 (9) 26 頁

（2）学説の疑問

最高裁判決のように実損を超える損害賠償を認めないということは、損害賠償により被害者が利益を得ることを認めないことでもあり、その点は、前述したとおり推進計画 2016 に至る事前検討でも問題とされた点でもあった。

これに対して、学説には、萬世工業事件最高裁判決以前から、被害者が利益を得ることは果たして不合理なのかとの疑問を呈するものがある¹⁹。それによれば、第一に、刑事罰の罰金も（副次的にはあるが）国が利益を得るが、そのような罰金を肯定しながら、損害賠償により私人が利益を得るのは許されないというのは首尾一貫しない。第二に、損害を超えて被害者が得る利益は、私人が法のエンフォースメントに積極的な役割を果たしたことに対する利益であり、私人にそのようなインセンティブを与えることにより、国は制裁と保護という一石二鳥の効果を得られるのみならず、刑事制裁などにより法を実現する場合に必要な国の資源を軽減することも可能となる。

さらに私人のインセンティブという観点に着目して、萬世工業事件最高裁判決が述べるように損害填補は果たして不法行為法の主要な目的なのかとの問題を提起する学説もある²⁰。それによれば、不法行為法は損害填補から合理的に説明できない。過失責任主義（民法 709 条）や過失相殺（民法 722 条 2 項）は損害を（全額）填補すべき場合を制限しているからである。また、損害填補が目的であるならば、スピード及び資力の点からみて不法行為法よりも保険や社会保障の方が望ましい。それでは不法行為法の目的は何かといえば、社会的に「最適な抑止」²¹を実現することであって、そのために加害者にその行動を修正するインセンティブを設定するとともに、被害者に提訴するインセンティブを設定しているところの学説は説明する。その上で、事実上抑止が目的として意識された例として前述した 102 条 1 項を挙げる。同項においては侵害品の譲渡数量が用いられているが、侵害がなければ特許権者が当該数量を販売できたとの仮定は当然に成り立つわけでないから、同項は実質的には抑止効果の向上を目的としており、損害填補を超える賠償制度であるというのである。

以上のように「抑止」を中心に据えて損害賠償制度を捉える考え方については、「大いに評価できるところである」²²とする声もあり、填補賠償を基本理念としてきたとされる損害賠償制度をめぐる議論に一石を投じている。そしてこの考え方によれば特許法 102 条 1 項の規定も実質的に抑止を目的とする例とされる。その点も踏まえ、次に現行特許法の損害賠償規定と填補賠償原則との関係を改めて整理しておきたい。

5. 特許法の損害賠償規定と填補賠償原則

特許法を所管する特許庁によれば、102 条は損害の立証の困難性を軽減するための規定であって、前述のように実質的に抑止が目的ではないかとされた同条 1 項については、「妥当な逸失利益の賠償を可能とするもの」、また、同条 2 項については、当初は侵害者利益の返還を請求できる旨の規定が検討されたものの、侵害者利益が損害を超える場合にその全てを返還させることは「民法の原則から著しく逸

¹⁹ 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』165 頁（東京大学出版会，1987）

²⁰ 森田果＝小塚荘一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か—」NBL874 号 10 頁（2008）

²¹ 「最適な抑止」とは、加害行為の単なる減少を意味するのではなく、加害行為の抑制により生じる不利益と被害者の損害を総合的に考慮して社会的に望ましいレベルの行為の惹起を目指すことと説明される。森田＝小塚・前掲注（20）13 頁

²² 潮見佳男『不法行為法 I 第 2 版』49 頁（信山社，2011）

脱する」ため、侵害者利益を損害と推定したものであると説明されている²³。このような説明は、損害填補という民法の基本原則・基本理念を前提にしたものと理解するのが自然であろうと思われる。

もっとも、102 条をそのように理解するとしても、その場合の「損害」とは、伝統的な差額説による損害、すなわち侵害がなかった場合の財産状態と現に侵害がある場合の財産状態の差額、と同じといえるのかは議論の余地がある。以下、102 条各項に分けて検討する。

(1) 102 条 1 項

前述したとおり、抑止を不法行為法の主要な制度目的とする見解は、侵害がなければ特許権者等が販売できた数量は侵害品の譲渡数量と等しいとする 102 条 1 項の出発点の仮定は当然には成り立たないと指摘する。これに対して、1998 年改正時において特許庁は、特許発明の実施品は特許権者しか販売できないのであるから、侵害品の譲渡数量は権利者の喪失した販売数量と考えることができると説明していた。しかし、特許権が排他的独占権であることと特許製品が市場を独占できることは同義ではない。現実の製品市場には特許権者等以外に第三者の競合品も存在し得る。そもそも特許権は、企業が自己の製品から利益を確保するための多様な手段のうちの一つに過ぎず、特許権のみで売上げや利益が達成されているわけではないことは実証的にも明らかにされている²⁴。とすれば、侵害がなければ侵害品が全て特許権者等の製品に置き換わるといった単純な図式が成立する場合は現実的には極めて限られるであろう。

そこで、むしろ 1 項は特許製品と侵害品が市場において補完関係に立つと擬制したものであるの見解も示されている²⁵。補完関係とは特許製品と侵害品の一対一の対応関係を意味しており、これは、経験則というよりも、擬制すなわちフィクションに基づくものである。この場合の損害は特許権者の市場機会の喪失と理解され、損害を財産状態の差額というよりも規範的な概念として捉える考え方と親和的である²⁶。もっとも、後述する 102 条 2 項や 3 項について早くから市場機会の喪失という規範的損害概念を唱えた論者は、102 条 1 項が特許権者等の実施能力や販売することができない事情に応じて損害がないとする点は、因果関係がなくとも損害賠償を認める規範的損害概念とは異質であり、同項を逸失利益の推定規定と理解している²⁷。これに対して、市場機会の喪失を、一般不法行為法において人身損害による逸失利益を賠償する際に労働能力の（一部）喪失自体を損害と捉える考え方（労働能力喪失説）になぞらえつつ、特許権侵害による逸失利益として 102 条 1 項から 3 項を通じて採用可能な損害概念であ

²³ 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説 19 版』298-299 頁（発明推進協会、2012）。また、1998 年の 102 条 1 項及び 3 項の改正時においても、特許庁は、改正の目的を「損害（逸失利益）の立証を容易にし、損害の適正な補償を可能にするため」（特許庁・前掲注（5）10 頁）であると説明している。

²⁴ 企業が自己の製品やサービスから利益を確保する手段を調査した一連の実証研究が存在するが、その簡単な紹介につき、中山一郎「特許制度の正当化根拠をめぐる議論と実証研究の意義」特許研究 60 号 8-9 頁（2015）参照

²⁵ 三村量一「損害（1）」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系 4 知的財産関係訴訟法』288 頁（青林書院、2001）、同「知的財産権侵害訴訟における損害額の算定について—特許法 102 条 1 項の解釈を中心に—」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』265 頁（成文堂、2011）、同「特許権侵害と損害額の算定—木を見ず森を見よう—」野村豊弘先生古稀記念『知的財産・コンピュータと法』443 頁（商事法務、2016）、前掲東京地判平成 14 年 3 月 19 日（日本の損害賠償最高額約 74 億円が認定された事件でもある。注（15）及び対応する本文参照）など。

²⁶ 茶園成樹「特許権侵害による損害賠償」ジュリ 1162 号 52 頁（1999）、中山信弘『特許法第 3 版』382-383 頁（弘文堂、2016）

²⁷ 田村善之『知的財産権と損害賠償 [新版]』335 頁（弘文堂、2004）（以下、「損害賠償・新版」という。）、同『ライブ講義知的財産法』371 頁（弘文堂、2012）（以下、「ライブ」という。）。なお、学説・裁判例を広く分析した中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法下巻』1560-1564 頁（青林書院、2011）〔飯田圭〕は、補完関係擬制説ではなく、一部覆滅を許容する法律上の事実推定ないし暫定真実と理解する見解が通説であり、自身もその立場に立つ。

ると理解する見解もある²⁸。

このように102条1項の「損害」概念の性格をめぐっては見解は分かれるが、そのような議論が生じることは、同項が純粋な差額説では十分には説明しきれないことを示しているとはいえそうである。他方で、仮に市場機会の喪失という抽象的ないし規範的な損害概念を採用したとしても、そのことは填補賠償原則からの逸脱を意味するものではないと考えられる。填補賠償原則に基づく一般不法行為法の分野においても、例えば被害者の不利益を構成する事実自体が損害であるとする損害事実説²⁹や前述の労働能力喪失説など、純粋な差額説よりも損害を抽象的に捉える考え方の登場により損害概念は多様化していることに照らせば、仮に102条1項の損害を抽象的ないし規範的に捉えたところで、一般不法行為法の填補賠償原則の枠を超えるものではないと理解することもできるからである³⁰。

（2）102条2項

前述の立法経緯が示すとおり、102条2項が侵害者利益を損害と「推定」するにとどめたのは、侵害者利益全額の返還は損害を超えた返還を認めることとなり、填補賠償原則から逸脱してしまうからである。このような説明は填補賠償原則を前提とするものといえる。

もっとも、侵害者利益＝損害との推定を裏付ける経験則が存在するか、といえ、102条1項の場合と同様に、疑わしいのではないかとと思われる³¹。前述したとおり、特許権は様々な利益獲得手段の一つに過ぎないため、侵害者が得た利益についても、通例は、特許権以外の様々な要因が貢献していると考えられるからである。

一方、学説上は、2項は規範的損害概念を採用したものとする見解が早くから提唱されてきた。市場機会の喪失という規範的損害概念を提唱したその論者によれば、特許権者等は特許発明の実施に対する需要を満足させる機会（市場機会）の利用可能性を有しているにもかかわらず、特許権侵害はその市場機会を喪失させているのであって、侵害者利益は特許権者等が喪失した需要から得られる利益を直接示しているのだから、それを損害算定の機軸として特許権者等への配分額を決定することが望ましいとの考えに基づいて、2項は侵害者利益を推定対象として定めたと理解される³²。このような規範的損害概念は有力な考え方ではあるが³³、市場機会の喪失は逸失利益としても説明可能との前述の考え方があるほか、2項は、高度ではないが、一応の経験則ないし論利則が存在し得るところで損害の立証の困難性を救済するものであり、高度な経験則の欠如から直ちに規範的損害概念を採用する論理的必然性はないとの見解もある³⁴。

このように2項においても規範的損害概念の採否をめぐり議論があり、そのこと自体が純粋な差額説とは捉えきれない側面の現れであると考えられることについては、1項の場合と同様である。

²⁸ 高林龍「特許法102条2項の再定義」中山信弘先生古稀記念『はばたき—21世紀の知的財産法—』474頁（弘文堂、2015）

²⁹ 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』75—76頁（弘文堂、1992）

³⁰ 森田宏樹「特許権侵害による損害賠償に関する規定の改正の方向—実体法の観点からの立法論的検討」知的財産研究所『知的財産侵害に対する損害賠償・罰則のあり方に関する調査研究報告書』35頁（1998）、沖野眞己「損害賠償額の算定—特許権侵害の場合—」法教219号58頁（1998）、前田陽一「民法における損害論の現状と特許法102条1項・商標法38条1項」高林・前掲注（25）1頁

³¹ 茶園・前掲注（26）52頁、中山・前掲注（26）390頁

³² 田村・前掲注（27）損害賠償・新版213頁、223頁、231頁

³³ 茶園・前掲注（26）52頁、中山・前掲注（26）391頁

³⁴ 中山＝小泉・前掲注（27）1614頁〔飯田〕

(3) 102条3項

前述したとおり、3項の実施料相当額は特許権者等が特許発明を実施していなくとも請求可能であり、同項は最低限の損害賠償を定めたものと解されている。特許発明を実施していない特許権者等であっても第三者に実施を許諾して、実施料を請求することができる以上、実施料の支払いを免れている侵害者に対して実施料相当額の請求は認められるべきと考えられるからである。

もっとも、特許権者等が自ら実施していないことはもちろん、他の何人にも実施を許諾していないような場合についてみると、特許権侵害により財産状態は変化していないと考えられるにもかかわらず、実施料相当額の損害を認めることは、純粋な財産状態差額説では十分に説明できないと思われる。しかしながら、一般不法行為法においても、他人が所有する空き地に無断駐車したといった場合においては、所有権の侵害による財産状態の変化がないとしても周辺相場の駐車料金相当額の損害を認める立場が一般的であり、その限りで厳密な意味での財産状態差額説が維持されているわけではないとされる³⁵。その点に鑑みるならば、特許法において自己実施も実施許諾もしていない特許権者等に実施料相当額の損害を認めることも填補賠償原則の枠内で可能であるということができよう。

もっとも、一般不法行為法（民法709条）により請求可能な損害であれば敢えて特許法1に特則を設ける意味に乏しいとして、3項についても市場機会の喪失という規範的損害概念を提唱する見解が提唱されている³⁶。特許権者は市場機会をどのように利用するか決定権を有しており、侵害により喪失した市場機会に対しては「常に」適正な対価額を認めるべきというわけである。そしてこの見解は、事前の契約による実施料と事後的な損害賠償としての「相当実施料額」³⁷とを区別し、有効な特許権の技術的範囲に属することが確認された後者の場面の損害額は、非侵害や無効のリスクがある事前の契約の実施料よりも高額なものとなるし、また、その際には事後的に判明した侵害者利益の資料も利用すべきと説く³⁸。

実際、102条3項は1998年改正により損害賠償高額化を可能とする方向に改正された。すなわち、それ以前は、特許発明の実施に対し「通常」受けるべき金銭の額を損害として請求できると定められていたが、1998年改正において「通常」という文言が削除され、改正後は特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額を請求できるとされたのである。

立法担当者（特許庁）によれば、改正理由は以下のとおりである³⁹。ライセンス契約の実務では、ライセンスにインセンティブを与えるため、契約時期が遅れるほどライセンス料が高くなることがある。例えば、①通常の契約による実施料、②警告後の和解による実施料、③提訴後の和解による実施料、を比較すれば、通常は①<②<③となる。しかしながら、改正前の規定により侵害者に対して「通常」の実施料、すなわち①の実施料相当額しか損害が認められないのであれば、ライセンス実務から乖離するのみならず、侵害が発見された場合にのみ通常の実施料を支払えばよいのであるから、むしろ侵害を助長

³⁵ 窪田充見「不法行為法における法の実現」長谷部恭男ほか編『岩波講座 現代法の動態2 法の実現方法』83-84頁（岩波書店、2014）

³⁶ 田村・前掲注（27）損害賠償・新版211-229頁（むしろ、102条3項こそが実体的に市場機会の喪失を損害とするもので、2項はそのための推定規定と位置づけられることにつき、同231頁。）

³⁷ 田村・前掲注（27）損害賠償・新版214頁は、通常の実施契約における実施料ではなく、侵害に対する適正な対価という趣旨から3項の損害を「相当な実施料額」と、また、同・前掲注（27）ライブ355頁では「相当実施料額」と呼ぶ。本稿では後者を用いた。

³⁸ 田村・前掲注（27）ライブ390頁、田村善之「特許権侵害に対する損害賠償額の算定」パテント67巻1号129-131頁（2014）

³⁹ 特許庁・前掲注（5）21-24頁

し、侵害し得を招く。そのため、「通常」を削除して諸般の事情を考慮した妥当な金額の認定を可能としたというわけである。

以上の説明が規範的損害概念を採用するものであるか否かは定かではない。しかしながら、少なくとも侵害し得を防ぐという点において「抑止」が重視されていることは確かであろう。

（4）小括

以上を踏まえれば、特許法 102 条の「損害」の意味するところについては、それが規範的な損害概念といえるかは議論の余地があるにせよ、少なくとも厳格な財産状態差額説だけでは説明しきれないところがある。もっとも、一般不法行為法においても、填補賠償原則を維持しつつ、厳格な財産状態差額説が緩和され、損害の金銭的評価が多様化しつつあることに鑑みれば、特許法 102 条についても「損害」をより柔軟に金銭的に評価する余地を認めるものであって、填補賠償原則の枠を超えるものではないとの理解は可能である。また、「損害」といえる範囲内であれば、特許権侵害行為の「抑止」を考慮することも可能である。「抑止」が主たる制度目的であるとまでいえるか否かはともかく、侵害行為の発見がより困難な無体物の場合には、損害賠償の認定において「最低限、『侵害へのインセンティブ』とならないような解釈論が必要」⁴⁰とは考えられるからである。

以上は、填補すべき「損害」の捉え方には一定の幅があるが、しかしあくまで「損害」といえる範囲内において適正金額を探求しようとする考え方である。ここからさらに「抑止」の目的をもう一步進めて「損害」を超えた賠償を認めることについては、前述したとおり、前掲萬世工業事件最高裁判決との関係が問題となり、懲罰的損害賠償は日本の公序に反すると判示した一般論の下では、立法論としてもその実現可能性は低い。

仮に同判決はあくまで一般不法行為法についての判断であり、知的財産法に限定して懲罰的損害賠償を導入する余地はあり得ると考えることは理論的には可能であるとしても⁴¹、被害者の焼け太りを認めるべきではないとの法感情は根強く、それが立法のハードルとなることも否定しがたいだろう⁴²。他方で、前述したビジネスの実態やニーズに照らすと、損害額を 2 倍、3 倍にする現実的ニーズは見受けられない。反対に、高過ぎる損害額は特許権の保護範囲を事実上拡張する効果を有し、ビジネス上のリスクをかえって過大なものとしてしまうおそれがある⁴³。以上の諸点を考慮すれば、懲罰的損害賠償という高いハードルを超えることを目指すことは得策ではなさそうである。むしろ、填補賠償原則の下で「損害」概念を（ある程度）抽象化し、損害の金銭的評価の作業を通じて適正な損害賠償を実現する方向性を引き続き追求していくことが穏当であるといえるだろう。

（5）比例原則（Proportionality principle）

前述のとおり、目指すべきは適正な損害賠償額であり、過度の損害賠償高額化は避けるべきである。その際、填補賠償原則は、例えば懲罰的損害賠償の可否といった議論においては、過度の高額化への歯止めとして機能し得た。もっとも、歯止めとなり得るのは、填補賠償原則だけではない。以下では、近時、

⁴⁰ 中山・前掲注 (26) 395 頁。同 394 頁は、「特許権侵害の賠償制度については、侵害を抑止する何らかの制度的担保が必要ということになり、ある程度の制裁機能を加味しても入りではない」とも述べる。

⁴¹ 村田健介「不法行為法による情報保護のあり方」現代不法行為法研究会編『別冊 NBL No. 155 不法行為法の立法的課題』142 頁（商事法務，2015）

⁴² 窪田・前掲注 (35) 101 頁

⁴³ 田村・前掲注 (27) ライブ 357 頁，田村・前掲注 (38) 126-127 頁

国際的ルールに登場しつつある比例原則 (Proportionality principle) という考え方にも簡潔に言及しておきたい。

比例原則 (Proportionality principle) は、既に 2004 年の EU エンフォースメント指令⁴⁴に盛り込まれている。同指令 3 条は、一般的義務 (General obligation) として、各加盟国が知的財産権のエンフォースメントに必要な救済手段を設けることを義務付けた上で、救済手段について、公正・衡平などとともに、効果的、比例的かつ抑止的 (effective, proportionate and dissuasive) であることを求めている。同指令が何に対して比例的であることを求めているのかは明記されていないが、損害賠償についてみれば、抑止的という要請が損害賠償額の下限を定め、比例的という要請が損害賠償額の上限を画するとも考えられる。ただし、これはあくまで抽象的な一般的義務に過ぎず、(差止めについてであるが) あまり実体法上の影響は大きくはなさそうである⁴⁵。

比例原則は、EU 指令のみならず、TPP 協定にも盛り込まれている。同協定においても、やはり一般的義務 (General obligation) として、同協定のエンフォースメントに関する規定を実施するに当たっては、第三者の利益と並んで、侵害の重大さと適用される救済措置及び罰則との間の均衡 (proportionality) の必要性を考慮する旨を定めている (18.71 条 5 項)。EU 指令とは異なり、TPP 協定では比例原則を考慮する際に侵害の重大さと救済措置を比較することが明確化されている。もっとも、TPP 協定は前述したとおり懲罰的損害賠償を含む追加的損害賠償の選択的導入を定めており (18.74 条 6 項・7 項)、両者を整合的に理解しようとすれば、懲罰的損害賠償を設けること自体は比例原則に反しないが、しかし、実損に比して追加的な賠償額が過大となれば、比例原則に反することになるのかもしれない⁴⁶。他方で、同協定上、比例原則は填補賠償においても考慮すべきであると読める。もっとも、あくまで一般的な義務であるから、具体的にどのように適用されることになるのかは定かでないし⁴⁷、そもそも前述したとおり、TPP 協定自体が発効する可能性がほぼ消滅した今日では、実際に比例原則が適用される機会は事実上失われたといえる。

以上のとおり、EU エンフォースメント指令及び TPP 協定いずれについても比例原則が盛り込まれたことによる実務的な影響は少ないと考えられる。しかしながら、これらの国際ルールに比例原則が明記されたことは、過度に高額な損害賠償に歯止めをかける規範の必要性の認識が国際的に共有されつつあることを示唆しているようにも思われる^{48 49}。

⁴⁴ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of Intellectual Property Rights

⁴⁵ 鈴木将文「知的財産権の排他性と侵害に対する救済措置—特許権を中心として—」著作権研究 42 号 8 頁 (2016)

⁴⁶ 金子敏哉「TPP と著作権法・商標法における『法定損害賠償』」高林龍＝三村量一＝上野達弘『年報知的財産法 2016—2017』37 頁 (日本評論社, 2016)

⁴⁷ 鈴木将文「18.5 知的財産 (権利行使)」経済産業研究所「Web 解説 TPP 協定 ver.1 (2016/5/16)」(http://www.rieti.go.jp/jp/projects/tpp/pdf/18.5_ip_enforcement_v1.pdf) 3 頁注 4 は、裁判所の個々の判断が比例原則違反とされる可能性は非常に低いものの、比例原則を考慮すべき法的義務を裁判所が負うことによる影響は皆無ではないと述べる。

⁴⁸ 張睿暎「著作権侵害に対する法定損害賠償制度の韓米比較」渋谷達紀教授追悼論文編集委員会『知的財産法研究の輪』714 頁 (発明推進協会, 2016) によれば、韓米 FTA を履行するために法定損害賠償制度を導入した韓国では、法定損害賠償額に下限を設けると、オンライン上での著作権侵害のように多数の著作物が関係する場合に賠償額があまりに高額となり、侵害行為と損害の間の比例性が揺らぐとの理由から、下限額を設けなかったことのことである。ここでの比例性が Proportionality principle と同一であるかはともかく、類似する概念であることは確かだろう。

⁴⁹ 国際ルールではないが、ROBERT P. MERGES JUSTIFYING INTELLECTUAL PROPERTY (2011) も、知的財産権の正当化根拠としての最下層の根本規範ではないものの、根本規範のレベルで異なる立場の者の間の議論を可能にするための中層原理 (Midlevel principles) の一つとして、比例原則を挙げる。

6. TPP 協定に伴う国内法整備の議論

前述したとおり、TPP 協定は、商標の不正使用と著作権侵害について法定損害賠償又は追加的損害賠償いずれかの選択的導入を求めていた（18.74条6項・7項）。これを受けて日本政府は、追加的損害賠償ではなく、法定損害賠償を選択した上で、TPP 協定の内容を実施するための法案を2016年3月に国会に提出し、この法案は、「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」（以下「TPP 整備法」という。）として2016年12月に可決成立した。

もっとも、TPP 整備法の施行日は原則として TPP 協定の発効日とされており（TPP 整備法附則1条）、トランプ米国大統領が TPP 協定からの離脱を指示している現状では、日本において TPP 整備法が施行される可能性はないに等しいだろう。そのため、改正内容を議論する実務的な意義は乏しく、また、改正内容については別に論じたこともあるため⁵⁰、以下では、本稿の議論に関連すると思われる幾つかの点を指摘するにとどめる。

まず、政府が追加的損害賠償ではなく、法定損害賠償を選択したことは、学説上はともかく、実務上は、やはり填補賠償原則という基本原則・基本理念（を確認した前提萬世工業事件最高裁判決）の存在は大きいことを示している。実際、政府は、国内法整備に当たり「民法の原則を踏まえ」る方針を確認している⁵¹。

次に、法定損害賠償として改正された内容を見ると、商標法では、商標権の取得及び維持に通常要する費用に相当する額を損害額とすることができる旨の規定（改正商標法38条4項）が、また、著作権法では、著作権管理事業者の使用料規程による使用料額を損害額とすることができる旨の規定（改正著作権法114条4項）が設けられている。これらはいずれも、法定損害賠償といいながらも、単位あたり損害額の上限及び下限を定めてはいない。

実は、TPP 協定上、法定損害賠償については、Pre-established damages ということ以上に明確な定義はなく、権利者が選択できること、損害を補償するために十分な額であること及び将来の侵害抑止を目的とすることといった一般的・抽象的な義務を満足するものであればよい。したがって、同協定上は、賠償額の上限や下限を定める必要はないと解される⁵²。そこで、日本政府は、同協定の法定損害賠償を「侵害行為により実際に生じた損害額や損害と当該侵害行為との因果関係との立証をせずに、侵害者に対して当該侵害行為の類型に応じた一定の範囲の額の支払を求めることができる制度であり、権利者は損害賠償額の立証負担が軽減される意義を有するもの」と整理している⁵³。Pre という同協定の文言に着目すれば、侵害行為後にそれによる損害を事後的に立証しなくとも、侵害があれば一定の（範囲で）損害が認定されることが「事前」に決まっているものとも言い換えられるかもしれない。

そのような理解に照らせば、確かに、改正商標法や改正著作権法に導入しようとする規定は法定損害

⁵⁰ 中山一郎「政策・産業界の動き」高林龍＝三村量一＝上野達弘『年報知的財産法2016-2017』134-136頁、140-142頁。なお、金子・前掲注(46)も参照。

⁵¹ TPP 総合対策本部「総合的な TPP 関連政策大綱」9頁（平成27年11月25日）

⁵² その意味では、pre-established damages をアメリカ型の statutory damages を想起させる「法定の損害賠償」と訳したことはミスリーディングであったかもしれない。ただし、既に TPP 協定以前の TRIS 協定45条2項や ACTA9条3項(a)において pre-established damages は「法定の損害賠償」と訳されているから、TPP 協定は前例を踏襲したのかもしれない。もっとも、TRIS 協定や ACTA は、日本に pre-established damages を導入する義務を負わせるものではないため、日本にとって訳語選択を議論する実益はなかったが、TPP 協定の場合は事情が異なるから、単なる前例踏襲でよいかを議論すべきではなかったか。

⁵³ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「環太平洋パートナーシップ (TPP) 協定締結に伴う制度整備の在り方等に関する報告書」35頁（平成28年2月）

賠償にあたるとはいえそうである。もっとも、本稿との関係においてより興味深いのは、そのような改正を検討する過程において、現行の損害賠償規定が法定損害賠償に当たると解する可能性が示唆されている点である。

その可能性がより明確に認識されているのは著作権法の改正をめぐる議論においてである。同法には、利用料相当額の損害賠償請求を定める 114 条 3 項が設けられており、これは特許法 102 条 3 項と同様の規定である。また、著作権法 114 条の 5 は損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上困難であるときは、裁判所は相当の損害額を認定することができる旨の規定であり、特許法にも同様の規定として 105 条の 3 が存在する。そこで著作権法の見直しを検討していた政府の審議会においては、著作権法 114 条 3 項や 114 条の 5 は実際の損害について立証しなくても所定の損害額の請求が可能である旨があらかじめ法定されており、TPP 協定の法定損害賠償の要件を満たす、あるいは、TPP 協定の法定損害賠償を、事実として立証できる損害について立証が難しいときに法的な操作を経て算出される「規範的損害」の賠償を認める制度と解すると、先の 2 つの規定に加えて 114 条 1 項も法定損害賠償たりうるとの意見が示されている⁵⁴。

しかしながら、審議会は、最終的には「TPP 協定の求める制度の趣旨をより適切に反映する観点から…現行規定に加えて…何らかの形で額を法定する仕組みを更に設けることが適当」であり、「『法定の損害賠償』との関係では、…114 条第 3 項の規定が既に整備されているところ、これを前提としつつ、協定の趣旨をより適切に反映する観点から…更なる制度の改善の余地がある部分について制度の整備を行う」と結論付けている⁵⁵。要すれば、改正の必要性は定かではないものの、「念のため」に改正したといってもよいだろう。

他方、商標法の場合は、審議会の席上において、特許庁は、現行商標法 38 条 3 項（特許法 102 条 3 項に相当する）が法定損害賠償に当たるとの考え方もあり得るが、賠償額の上限や下限のように一定の範囲を定めている他国の例に照らし、TPP 協定の担保を明確にするためにある程度の範囲を定める規定を新設すると説明している⁵⁶。しかし、前述したとおり、TPP 協定上、賠償額の上限や下限を定めることは不要と考えられるから、その点は改正の必要性を導く根拠としては不十分である。そうすると、この場合も、著作権法の改正と同様に、「念のために」改正したと考えるのが自然であろう。

以上は、商標法や著作権法についての議論であるが、現行法が法定損害賠償と解し得る規定を有しているという点は、特許法の損害賠償規定にも同様に当てはまる。現に学説上、特許法 102 条 1 項及び 3 項、105 条の 3、さらに民事訴訟法 248 条⁵⁷の規定は、単独で、あるいは組み合わせると法定損害賠償に当たるとの見解が唱えられている⁵⁸。この点も、現行特許法の損害賠償規定における損害が抽象的に捉

⁵⁴ 文化審議会・前掲注 (53) 35-36 頁

⁵⁵ 文化審議会・前掲注 (53) 37, 39 頁

⁵⁶ 産業構造審議会第 7 回知的財産分科会議事録 14-15 頁〔中野制度審議室長発言〕(平成 28 年 2 月 12 日)

⁵⁷ 民事訴訟法 248 条は「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は…相当な損害を認定することができる」と定めている。特許法 105 条の 3 と同趣旨の規定であるが、民事訴訟法 248 条の「損害の性質上…極めて困難である場合」とは、一般には慰謝料や死亡幼児の将来利得のように一定の仮説を立てなければ損害の証明が不可能なケースが想定されており、特許権侵害による損害はこの要件を充足するとは一義的にはいえないとの理由から、「損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難」であれば裁判官による相当な損害額の認定を可能としたのが、特許法 105 条の 3 である。特許庁・前掲注 (23) 304 頁

⁵⁸ 明治大学知的財産法政策研究所 (IPLPI) シンポジウム「TPP と知的財産権侵害における損害賠償制度」(第二部パネル討論) (2015 年 12 月 6 日) 8-11 頁〔森田宏樹発言〕(102 条 1 項・3 項), 20 頁〔森田宏樹発言〕(民法法 248 条), 27 頁〔前田健発言〕(102 条 1 項+3 項), 28 条〔田村善之発言〕(105 条の 3), 前田健「TPP による要求内容と国内法による対応」明治大学・前掲 8 頁 (102 条 3 項)。金子・前掲注 (46) 38 頁も参照。

えられており、純粋な差額説に基づく損害の理解とは一線を画すことを裏付けていると考えることができよう。

7. まとめ—今後の基本的方向性

以上の検討を踏まえ、特許法の損害賠償制度がどのような基本的方向性を志向すべきか、について、改めて若干の私見を述べる。

（1）総論

まず、現状の評価として、特許権侵害に対して損害賠償額の高額化を求めるビジネス上のニーズがそれほど強くなかったことは、本稿の最初に見たとおりである。ただし、強いて言えば、現状は侵害者側に若干有利である可能性があるため、損害賠償額の若干の引上げを図ることはビジネスのニーズには沿うとは考えられる。

しかしながら、そのために懲罰的損害賠償のように「損害」を超えた賠償を認める制度を導入することは現実的ではない。日本においては、填補賠償原則を基本原則、基本理念として堅持する考え方が、被害者の焼け太りを認めないとの法感情にも支えられて、学説上の一部の議論を除けば、実務上は支配的である。

もっとも、填補賠償原則を基本原則・基本理念としつつも、現行特許法の損害賠償規定における「損害」概念は伝統的な財産状態差額説では十分に説明しきれない多義的なものとなっている。そのこと自体は一般不法行為法の流れにも沿い、填補賠償原則の枠を超えるものではないと考えられるが、特許法の場合は、現行規定を法定損害賠償と解する余地すら生じている。それを規範的損害概念と呼ぶか否かはともかく、特許権侵害による「損害」を（ある程度）抽象化して捉えることは現行法上も可能である。また、「損害」概念が抽象化すると、損害の金銭的評価は多様化し、損害額はある程度の幅をもって捉えられることとなるが、その範囲内であれば「抑止」を考慮することが可能である。その場合、侵害し得を防ぐという意味において「抑止」は損害賠償の下限を画すと考えられる。

他方で、損害賠償が過度に高額化することへの歯止めも必要と考えられる。填補賠償原則は、あくまで「損害」といえる範囲内においてのみ賠償を認めるという形で歯止めとなるが、それに加えて、近時、比例原則（Proportionality principle）という考え方が国際的に登場していることが注目される。比例原則をもって過度の高額化への歯止めとし、損害賠償の上限を画するという考え方も検討に値しよう（そのような考え方の下では、「抑止」に損害賠償の下限を画す役割が、また、比例原則に損害賠償の上限を画す役割が期待されることとなろう。）。もっとも、比例原則についての議論の蓄積は不十分であり、今後さらに検討を深めていく必要がある。

以上のとおり、現行特許法の下においても損害賠償額の若干の引上げを可能とする素地はあると考えられる。したがって、敢えて抵抗感が根強く、ハードルの高い懲罰的損害賠償の導入を目指さずとも、填補賠償の枠内において「損害」の金銭的評価を通じて適正な損害賠償を引き続き追求していくという方向性が穏当であるといえるだろう。

（2）各論上の課題

本稿の主眼は（1）で述べた総論的な問題の検討にあり、それ以上に解釈論上の各論的論点について

立ち入って検討しないことは、最初に述べたとおりであるが、推進計画 2016 において取り上げられ、本稿でも紹介した具体的な課題の検討の方向性については、最後に簡潔にコメントしておきたい。

(i) 寄与率

前述したとおり、推進計画 2016 は、102 条 1 項及び 2 項における「寄与率」を課題として取り上げている。「寄与率」は典型的には特許発明が侵害製品の一部に関係しているに過ぎないといったように、特許発明以外の要因が侵害者の製品の売上・利益に貢献している場合において、当該製品の売上げ・利益に対する特許発明の貢献度を割合的に示すものである。「寄与率」は当然のことながら損害賠償額を減額させる方向に働き、明文の根拠はないものの、裁判例では「寄与率」がしばしば考慮される⁵⁹。

しかしながら、明文の根拠がないこともあって、「寄与率」の根拠、立証責任の負担者、有用性などをめぐっては様々な議論がある⁶⁰。本稿ではその詳細には立ち入らないが、とはいえ、なぜ「寄与率」により損害を減額しようとするのかを考えてみると、特許発明が侵害者製品の一部にのみ関わる場面で侵害品の売上げや利益の全額を基準に損害を認定すると損害賠償が過大となることが懸念されているからであろう。侵害者が特許権侵害に当たる一部の機能や部品を用いなかったとしても製品の売上げや利益に変わりがないとすれば、侵害の有無にかかわらず、侵害品の需要は特許権者の製品には向かわないのである。むしろ、厳格な差額説に立たない限り、その場合にも何らかの損害が認められるとしても、それは侵害品の売上げや利益の全てについてではなく、何らかの形で減額する必要性があることは異論の少ないところであろう。その意味で、「寄与率」は、前述の比例原則の現れの一つといえるかもしれない。

もっとも、そのような減額は、102 条 1 項但書きや同条 2 項の推定覆滅の問題であると考えるのであれば、むしろ侵害者製品の売上・利益に貢献している特許発明以外の要因を侵害者が「非寄与」率（度）として立証すべきこととなろう。実際、推進計画 2016 ではそのような方向性が志向されているようである。ただし、厳密には、推進計画 2016 は、先に紹介したとおり、102 条 2 項について、本来は推定覆滅のために侵害者が負担する立証責任が、「寄与率」により権利者に実質的に転換されていることや、本来は権利者が販売することができない事情を侵害者が立証すべき 102 条 1 項でも同様の問題があることを指摘しながらも、その解決策を述べてはいない（推進計画 2016・53 頁、55 頁）。他方、推進計画 2016 に先立つ検討においては、「適切な運用が行われることを期待」⁶¹しているから、結局、侵害者に「非寄与」の立証責任を負担させる運用の定着を志向しているものと理解できる。侵害品の売上げや利益にどのような要因が寄与しているのかについては特許権者等よりも侵害者がより多くの情報を有すると考えられることや、損害賠償額を（若干？）引き上げる効果も期待できることからすれば、侵害者が「非寄与」立証責任を負担するとの方向性は首肯し得る。

(ii) 実施料相当額

推進計画 2016 は、102 条 3 項について、先に紹介したとおり、1998 年改正により条文上は通常実施

⁵⁹ 「寄与率」に関する裁判例の紹介については、吉田和彦「寄与率について考える」飯村敏明先生退官記念『現代知的財産法—実務と課題—』761—787 頁（発明推進協会、2015）、特許第 2 委員会第 1 小委員会「特許が製品の一部にかかわる場合の損害賠償額の算定について」知財管理 59 巻 11 号 1437 頁（2009）、山口建章＝鮫島正洋「日本特許侵害訴訟における知財価値評価」知財管理 66 巻 4 号 459 頁（2016）

⁶⁰ 学説・裁判例の分類紹介につき、中山＝小泉・前掲注（27）1594—1602 頁（1 項について）、1650—1664 頁（2 項について）〔飯田〕

⁶¹ 知的財産戦略本部検証・評価検証・評価・企画委員会知財紛争処理システム検討委員会・前掲注（9）30 頁

料を上回る損害額を認定可能とされたにもかかわらず、実際には通常実施料を上回る損害額が認定されにくいとの問題意識を有しているようである。確かに、サンプル数は少ないが、訴訟経験を有する企業等 25 者へのヒアリング調査結果によれば、1998 年改正の「通常」の削除により損害賠償認容額が上がったとする者が 9 者、上がっていないとする者が 10 者であり⁶²、損害賠償が幅広く増額されたとまでは言いがたい。もっとも、実際のライセンス契約における実施料は単純にライセンス時期が遅くなれば高くなるというわけではなく、様々な事情を踏まえてケース・バイ・ケースにより決定されるといった声⁶³もあることに照らせば、前記のヒアリング調査結果も個別の事情の影響を強く受けたものと見る余地も残されていると思われる。

しかし、そのような現状を不十分と考える推進計画 2016 は、①通常実施料を上回る損害額算定を容易にするための考慮要素の明確化と、②通常実施料のデータベースの作成という 2 つの施策を提示している（推進計画 2016・55 頁）。

このうち、②の効果は疑問である。特許発明は 1 件ごとに異なり、特定分野の平均的データが得られたところで、それが個別事件における損害額の認定にどれほど役立つかは定かでない⁶⁴。むしろ問題となっている特定の特許発明の他の契約例があるのであれば、そちらの方が有用であろう。また、そもそも実施許諾契約は守秘義務の対象であることも多く、データベース自体の作成が実現可能かという問題もある⁶⁵。

また、①については、具体的にどのような考慮要素を想定しているのが問題である。推進計画 2016 では「侵害行為による価値の毀損分」が示唆されているが（推進計画 2016・53 頁）、その内容は抽象的かつ不明確である。

推進計画 2016 は、損害額が通常実施料を上回るか否かを重視しているようであるが、なぜその点を重視するのかといえば、1998 年改正の際に議論されたように、侵害し得を抑止するためであろう。侵害し得を許せば、フリーライドが蔓延し、特許権者等は研究開発投資を回収できず、創作インセンティブが不十分となる。そのような事態を防ぐ損害賠償を考えるとすれば、通常実施料を上回る損害賠償の他にも、例えば、権利者が支出した研究開発費用の回収を可能とする損害賠償といった発想も考えられるのではないかと。3 項は、特許権者が不実施の場合にも適用されるが、そのような特許権者でも発明を完成させるために研究開発投資は行っているだろう。実施料を支払わない侵害者がフリーライドしているのは、この研究開発投資であるのだから、端的にその投資をカバーするように損害賠償を認定すればフリーライドを「抑止」できる。また、これは、侵害により研究開発投資が回収できなくなるという「損害」を填補するものともいえる。

研究開発費用等に着目した損害賠償という考え方自体は、既に米国で発表されている⁶⁶。この見解は、米国特許法の損害賠償算定ルールの一つである Reasonable Royalties の算定において、Innovation Factors と呼ぶ要因を考慮することを提案するものであり、Innovation Factors とは、特許発明に関連した研究開発費用（失敗したものを含む。）と機会費用（投資額から通常期待される利益分）の合計で

⁶² 知的財産研究所・前掲注（10）92 頁

⁶³ 知的財産研究所・前掲注（10）86-87 頁

⁶⁴ 吉田和彦「損害賠償額の算定について」ジュリ 1485 号 44 頁（2015）、飯田圭「特許権侵害による損害賠償額に関する立法的課題」ジュリ 1499 号 46 頁（2016）

⁶⁵ 知的財産研究所・前掲注（10）93 頁によれば、ヒアリングした 25 者のうち実施料料率の提供が可能と回答したのは、守秘義務の回避を前提とした 2 者のみであったとのことである。

⁶⁶ Ted M. Sichelman, *Innovation Factors for Reasonable Royalties*, forthcoming, Texas Intellectual Property Law Journal (2017)

ある。

そして日本においても、TPP 整備法により商標法に新設された商標法 38 条 4 項によれば、商標権の取得・維持費用を損害として認定することができる（ただし、未施行）。これは、研究開発費用ではないものの、権利者が支出した費用をベースに損害賠償を認定するものではある。もっとも、権利の取得・維持費用では低額に過ぎるおそれがある。そこで、権利の取得・維持費用の代わりに研究開発費用を用いることとすれば、損害の填補としても、侵害の抑止としても、合理的な損害額の認定が可能となるのではないかと考えられる。今後さらに検討を深めていくべき課題であるといえるであろう。

第3節 行政判断と司法判断の位置付け

I. 中国の専利審決取消訴訟*に関する一考察

中国社会科学院 知識産権センター 管 育鷹 教授

はじめに

専利権により保護されるものは発明である¹。新たな製品であれ、産業製造に用いる新たな方法であれ、発明の本質はイノベーション技術方案である。国家が発明者に専利権を付与することは、発明者が、本来発想やフローである発明を、産業上繰り返して利用・実施することができるように、明確かつ完全な文言及び図面により説明して公開することを対価としている。このような仕組みにより、発明が最大の価値を発揮できることが期待されている。一方、発明自体は無形なものであるため、有形物のように実体の占有や測定等により所有権の境界を示すことができず、他者が権利者の権利範囲を明確に認識して侵入を避けることも困難である。そのため、文言及び図面により発明を詳細に説明して公開することは、私権と公益の境界の明確化、重複開発の回避及び侵害属否の判定を図るための要件である。したがって、専利制度を設けた世界各国はいずれも、イノベーションの完成者が法律に基づいて国家行政主管部門に願書を提出し、専利請求の範囲等の専利出願書類により、専利権を求める権利範囲を明示することを義務として明文化している。また、国家行政主管部門に属する専門の技術者により審査され、登録公告を経て、かかる権利証書を取得してこそ、それなりの権利が成立することも各国で共通である。さらに、審査に存在し得る欠陥を補うために、各国はほとんど、拒絶査定後の不服審判制度と登録後の無効審判制度を設け、不服審判や無効審判の審決を不服とする場合の司法救済手段を設けている。中国の「行政訴訟法」には、専利の不服審判や無効審判の審決に対して提起する訴訟が行政訴訟²であることが明確に規定されておらず、「専利法」にもこのような事件が行政訴訟³であるとの記載はないが、かかる条文には「相手方の当事者に第三者として訴訟に参加する」⁴よう通知するとの記載がある。つまり、専利無効審判請求の審決に係る訴訟も行政訴訟として位置づけられ、被告は専利復審委員会となる。事実上、中国では、専利、商標、集積回路の回路配置、植物新品種等の研究又は経営成果は、行政機関の審査又は確認を受けてから、かかる知的財産権証書を取得できる。行政機関の不服審判や無効審判の審決を不服とする訴訟は、司法実務において「審決取消系知財行政事件」⁵と呼ばれている。なお、中国の2015年改正前の行政訴訟法14条には、発明専利無効系行政事件は「中級人民法院」（最高人民法院が更に「北京市

* 訳注：原文の中国語では「授権確権訴訟」となっているが、日本の審決取消訴訟に対応するものである。理解の便宜上、「審決取消訴訟」と訳している。以下同じ。

¹ 中国専利法の保護対象は、発明専利、实用新型専利、外觀設計専利〔外觀設計〕であるが、本稿では発明専利（米国専利法では「Utility Patent」、日本特許法では「特許」）のことだけを論じる。

² 中国の2015年に施行された行政訴訟法2章12条の「受理範囲」には、例えば、行政処罰、行政強制措置、行政許可、行政確認、徴収徴用、不作為、濫用及び行政対象の権利侵害等、提訴可能な12種類の行政行為が具体的に例示されている。しかし、専利審決取消訴訟はこの12種類のいずれかに直接該当するものではない。したがって、専利審決取消訴訟は、同条2項の「前項の他、人民法院は、法律、法規に基づいて提訴できる他の行政事件も受理する。」という規定を適用するものである。

³ 中国専利法41条、46条

⁴ 中国専利法46条

⁵ 「最高人民法院：専利、商標等の審決取消系知的財産行政事件の審理分担に関する規定」（法発[2009]39号）、2009年6月22日第1469回裁判委員会でも可決。

関連中級人民法院」⁶として明確化した。)が一審の管轄を有すると明確に定めていた。しかし、専利無効系行政事件を行政訴訟の受理範囲に収め、管轄も明確に定めたこの規定は、現在、新たな行政訴訟法15条において削除されている。同時に、新たな行政訴訟法61条には、「行政許可、登録、徴収、徴用及び行政機関による民事紛争事件の裁定に対する行政訴訟において、当事者が関連民事紛争を一括して解決するよう請求した場合、人民法院は一括して審理できる。行政訴訟において、人民法院は行政事件の審理が民事訴訟の裁判を根拠とする必要があると判断した場合、行政訴訟の中断を裁定できる。」と規定されている。つまり、2015年改正の「行政訴訟法」は今後の中国専利裁判制度の更なる完備に余地を残している⁷。

専利審決取消事件は通常、技術性が高く、例えば専利の保護範囲、新規性や進歩性の有無、実施可能性の有無、公知手段の置換属否等、専利の保護対象、範囲の理解及び解釈が争点になる場合が多い。また、専門技術分野の技術的な問題や専利法の運用の問題を明らかにすることを目的とする行政訴訟は、プラクティスにおいて、民事侵害訴訟と係る場合も多く、事件がより一層複雑になる。専利行政部門による審判行為の法的性質を如何に定義するか、裁判の基準を如何に統一させて、各種手続きによる結果の抵触を減らすか、専利の質を如何に向上させて専利制度によるイノベーション促進の効果を十分に発揮できるようにするかについては、技術、法律、産業政策等の様々な観点から総合的に検討する必要がある。専利審決取消体系の設計及び完備化は、中国の現在の国家知識産権戦略の推進及び知的財産の司法保護の制度改革にも関わる。本稿では、発明専利の審決取消訴訟を考察対象として、理論及び実務において議論されている若干の問題について検討することにより、中国の関連制度への見直しを喚起できればと考える。

1. 中国専利審決取消行政訴訟⁸の概況

中国の専利審決取消訴訟は、専利復審委員会による拒絶査定維持審決を不服として訴訟を提起する専利行政事件（権利化の議論）と、専利復審委員会による無効審決又は有効審決を不服として訴訟を提起する専利行政事件（有効性の議論）との両方を含む。学術の議論及び関係司法文書では、この両方の訴訟をまとめて「専利審決取消行政訴訟」と称するのが一般的である。両方とも、専利復審委員会による不服審判又は無効審判の審決を不服として専利復審委員会を被告として提訴する行政訴訟であり、本質的にはいずれも、専利の効力の確認に関する訴訟である。実務において専利権の付与可否に関する手続きが「権利化」と呼ばれ、専利権の有効性判断に関する手続きが「有効性確認」と呼ばれているが、本稿では理解の便宜上「権利付与・権利確認」の表現を援用し、簡単に紹介する。

⁶ 法発[2009]39号 第一条：下記一、二審事件は北京市関係中級人民法院、北京市高級人民法院及び最高人民法院の知識産権庭により審理される。(一) 国務院専利行政部門の専利復審委員による専利不服審判の審決、無効審判の審決に係る事件。

⁷ 中国 2015 年施行の「行政訴訟法」第十五条の「中級人民法院は下記第一審行政事件を管轄する」との規定では、旧法第十四条の「発明専利権を確認する事件」は削除された。

⁸ 中国の現在のこのような訴訟類型についての名称及び分類と一致させるために、この部分では「専利審決取消行政訴訟」という言葉を用いるが、本稿のテーマとして検討する「専利審決取消訴訟」と内容は一致する。

（1）専利審決取消行政訴訟事件の管轄権の遷移

上述のとおり、長い間、中国の専利審決取消行政事件の一審は、「行政訴訟法」に基づき、被告となる専利復審委員会の所在地である北京市中級人民法院により行われてきた。中国の専利審決取消行政事件の一審の管轄法院は、最初の北京市中級人民法院⁹から北京市第一中級人民法院¹⁰の関係裁判機関に変わったが、最新の立法により、現在では、これらの事件の一審は、新設された北京知識産権法院により専門的に管轄されている¹¹。

（i）北京市中級人民法院の管轄期間（1985～1995）

1985年2月16日の「最高人民法院による専利裁判業務展開における若干問題に関する通知」では、「発明専利権の付与可否に関する紛争事件」と「権利付与された発明専利権の無効又は維持を判断する紛争事件」について、北京市中級人民法院の「経済審判庭」がその審理を担当すると定めた。同法規には实用新型と外観設計に関する規定がないのは、当時の「専利法」により、この両者に関する専利復審委員会の審決には終局性があり、司法の審査を受けないからであった。また、当時は「行政訴訟法」がなく、発明専利に係る行政訴訟事件は、経済審判庭が「民事訴訟法」に基づいて、専利復審委員会を被告として審理していた。その後、1990年に「行政訴訟法」は施行され、発明専利の権利の確認に関する訴訟は行政法廷で審理されることになった。1993年8月1日より、「発明専利権の付与可否に関する紛争事件」と「権利付与された発明専利権の無効又は維持を判断する紛争事件」の一審を、新設された北京市中級人民法院の知識産権庭の管轄とした¹²。

（ii）北京市第一中級人民法院の管轄期間（1995～2014）

1995年5月、北京市高級人民法院は、北京市中級人民法院を廃止し、新たに北京市第一中級人民法院と第二中級人民法院を設置した。属地管轄の原則により、北京市中級人民法院の知識産権庭に管轄されてきた発明専利の審決取消行政事件は、北京市第一中級人民法院の知識産権庭の管轄となった。

北京市第一中級人民法院より専利審決取消行政事件を審理する時期は長かったが、国の法律の改正、法院体系の構成や司法改革等の影響を受け、北京市第一中級人民法院内部では、裁判機構の分担に対する微調整が絶えずに行われていた。例えば、2002年5月21日に最高人民法院は、「人民法院が受理した専利権又は登録商標専用権に係る民事訴訟事件、当事者が同一の専利又は商標に関する専利復審委員会の無効審判の審決又は商標委員会の裁定を不服として提訴する行政事件は、知識産権庭で審理される。専利復審委員会又は商標委員会の不服審判請求の審決又は裁定を不服とする他の行政事件は、行政法廷で

⁹ 「最高人民法院による専利裁判業務展開における若干問題に関する通知」における受理範囲と管轄の規定によれば、発明専利審決取消紛争事件は、専利復審委員会を被告として、北京市中級人民法院を一審法院とし、北京市高級人民法院を二審法院として審理される。法（経）発〔1985〕3号（廃止済み）を参照。

¹⁰ 「北京市高級人民法院による〈最高人民法院の専利、商標等の審決取消系知的財産行政事件の審理分担に関する規定〉の執行に関する意見」（京高法発〔2009〕289号）第一条：下記事件は、暫く北京市第一中級人民法院の知識産権庭により審理される。（一）国務院専利行政部門の専利復審委員会の専利復審審決と無効審判請求の審決を不服とする事件。

¹¹ 全国人民代表大会常務委員会により公布された「北京、上海、広州で知識産権法院を設置する審決について」（2014年8月31日）の2条2項「国務院の行政部門の裁定又は審決を不服とする第一審知的財産権に係る審決取消系行政事件は、北京知識産権法院により管轄される。」

¹² 「北京市高級人民法院：北京市法院の知識産権庭の事件管轄範囲に関する規定」（京高法発〔1993〕151号）。

審理される。」¹³と説示した。同時に、2000年前後、「民事範囲の拡大」のための機構改革の要求に応じて¹⁴、中国の知識産権専門裁判機構の名称は「知識産権庭」から「民事裁判第X庭」（通称「民X庭」）に変更された。北京市第一中級人民法院の知識産権庭の名称は「民五庭」に変更された。このように、上述の最高裁法(2002)117号に基づき、専利審決取消行政事件は、北京市第一中級人民法院民五庭が一審、北京市高級人民法院民三庭が二審を行う。また、民事紛争に係らない事件は対応する行政法廷で審理される。2008年に、「国家知識産権戦略綱要」では、「三合一」専門知識産権庭の設立を検討することを明らかにし、「知識産権庭」が「民X庭」とともに使用されることになった。したがって、最高人民法院は、法発[2009]39号により、専利審決取消行政事件の一審が北京市第一中級人民法院の知識産権庭により管轄されることを明確にした。現在、最高裁は「全国の法院で知識産権の民事、行政、刑事事件の「三合一」裁判業務を促進することに関する意見」（法発【2016】17号）を通達しており、各級人民法院の知識産権裁判部門が「民事裁判第X庭」という名称を止め、「知識産権庭」という名称に統一させた。

(iii) 北京知識産権法院の管轄期間（2014～2016）

2014年8月31日に、全国人民代表大会常務委員会が「北京、上海、広州における知識産権法院設立に関する決定」を發布し、その2条2項では「國務院の行政部門の裁定又は審決を不服とする知的財産権に係る審決取消系行政事件の一審は、北京知識産権法院により管轄される」と定めている。このように、2014年11月6日に北京知識産権法院が設立された後、発明専利審決取消行政事件は全てこの法院により専門に管轄されることとなった。

上述の説明から分かるように、北京市第一中級人民法院より専利審決取消行政事件を審理する時期は長かったが、その間、各種調整によってかかる司法統計の基準や判断基準を一致させることが困難であった。例えば、経緯、文書番号、法廷の略称等の基本要素がばらばらで、関係裁判書の検索結果の正確性が低くなることもある程度現れ、特に、具体的な事件の名称又は番号を把握していない場合に、ネットで分類別に事件の訴訟状況を検索することが難しかった。統計から見れば、2014年1月～9月、北京市第一中級人民法院が結審した専利審決取消一審行政事件は334件で、2013年との差が小さかった¹⁵。北京知識産権法院が設置された1年の間に（2014年11月～2015年11月）、専利審決取消行政事件は179件結審され、そのうち、専利復審委員会の審決が取り消された事件は11件であり、取消率が8.4%であった¹⁶。但し、上記の統計データは発明、实用新型と外觀設計を含むデータであるので、本稿に言う発明専利の状況を説明するには特に意義がない。

したがって、本稿では2014～2015年の北京市第一中級人民法院、北京知識産権法院により結審された専利審決取消事件（北京市高級人民法院により結論が覆る事件も含む）のみを分析対象として、中国の専利審決取消訴訟の概況を整理したい。

¹³ 「最高人民法院の専利法、商標法改正後の専利、商標関係事件の分担問題についての返答」法(2002)117号。

¹⁴ 蔣志培：「中国の知識産権庭の設立と発展」知恵財産網 2008年10月（2016年12月にアクセス）参照 <http://www.ezhicai.com/news/56073.htm>。

¹⁵ 趙岩、周波「北京法院通報商標審決取消事件の審理状況」北京法院網 2014年10月30日。ウェブアドレス（2016年12月アクセス）：<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2014/10/id/1470852.shtml>。

¹⁶ 趙岩、趙曉暢「北京知識産権法院設立1周年、司法保護の初期効果」北京法院網 2015年11月9日。ウェブアドレス（2016年12月にアクセス）：<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2015/11/id/1743106.shtml>。

（2）専利審決取消行政訴訟及びその概況

（i）発明専利不服系行政訴訟

専利法41条は、専利出願が拒絶査定を受けた後の不服審判制度と不服審判後の行政訴訟制度を定めている。すなわち、「専利出願人が国務院専利行政部門の拒絶査定に不服があるときは、通知を受領した日から3か月以内に専利復審委員会に不服審判を請求することができる。専利審判委員会は審判後に審決を専利出願人に通知する。専利出願人は専利審判委員会の審決に不服があるときは、その通知を受領した日から3か月以内に法院に提訴することができる。」と定めている。専利局は、発明専利出願が専利法及びその実施細則に規定する要件を満たさず、かつ出願人が意見陳述又は補正を行った後も専利法及びその実施細則に規定する要件を満たさないと判断した場合、拒絶査定を行う。これについて、出願人は専利復審委員会に不服審判を請求することができる。さらに、専利復審委員会が拒絶査定を維持する審決を下し、出願人はその審決を不服とする場合、法院に司法救済を求めることができる。

専利権を付与しない決定、即ち拒絶査定が出される時期は、方式審査の段階も実体審査の段階も可能である。方式審査の段階で拒絶査定される原因は、通常、下記に掲げる場合を含む。

- ①出願人の出願書類が揃わなかったり、記載要件を満たさなかったりする場合（専利法26条）、
- ②出願人の身分及び証明書類、出願行為が法律法規を満たさない場合（専利法18、19、20、26条）、
- ③専利を出願する発明は、国の法律、社会道徳に違反し、又は公共の利益を害する場合及び不専利事由に該当する場合（専利法5条）。

実体審査の段階において、審査官は出願に実質的な不備が存在し、専利権を付与することができないと判断する場合、出願人に意見陳述及び補正の機会を少なくとも1回与える。出願人が指定されている期限内に説得力のある理由及び証拠を提示できず、かつ出願書類が専利法及びその実施細則の規定を満たすように補正を行わなかった場合、又は補正後の出願書類には依然として発行された拒絶理由と証拠に基づいて拒絶査定を出すのに十分な不備が存在する場合、審査官は拒絶査定を出すことができる。一般的な実質的な不備は下記のとおりである。

- ①専利法2条、5条と25条に規定する要件を満たさない¹⁷。
- ②新規性、進歩性と実用性を有しない（専利法22条）。
- ③先出願原則、単一性要件を満たさない（専利法9条、31条）。
- ④専利の保護を求めるテーマが、明細書に十分に記載されなかったり、請求項が明細書により裏付けられていなかったり、専利請求の範囲に専利の保護を求める技術的範囲が明瞭に、簡潔に記載されなかったり、独立項が必須要件を欠いたりする等（専利法26条）。
- ⑤補正又は分割出願が当初の明細書及び専利請求の範囲に記載された事項の範囲を超えている（専利法33条）。

国家知識産権局（SIP0）のデータによれば、「十二五計画」において（2011～2015年）、SIP0は発明専利出願を合計403万4千件受理し、発明専利の登録件数が118万9千件で¹⁸、2015年の中国発明専利出願が

¹⁷ すなわち、専利法意義における発明ではなく、国の法律、社会道徳に違反し、又は公共の利益を害する発明、取得又は利用が法律、行政法規の規定に違反した遺伝資源に依存して完成した発明、及び科学的発見、知的活動の法則及び方法、疾患の診断及び治療方法、動物及び植物の品種、原子核変換の方法により得られる物質等の専利法が明確に規定している不専利事由。

¹⁸ 劉瑞斌「専利審査の観点から専利出願書類の作成についての考え」専利代理2016年2号。

110万2千件で、登録件数が35万9千件であった¹⁹。実証研究によれば、2002～2011年間、中国専利審決取消訴訟事件が増加しつつあり、特に、無効訴訟事件が顕著に増加している²⁰。近年、中国では専利品質の向上は重視されているため、発明専利出願の拒絶査定に係る不服審判事件が増加する一方である。北京知産宝ネットワーク科技发展有限公司（略称「知産宝」）のデータによれば、2015年に北京知識産権法院が受理した145件の発明専利審決取消事件のうち、専利復審委員会の拒絶査定不服審判の審決を不服とする専利審決取消事件が計86件であった。専利復審委員会の拒絶査定維持審決が最終に北京知識産権法院に取消された事件が7件であった²¹。これは最高人民法院の言及した「専利審決取消訴訟において専利復審委員会の審決を取消した事件の比率がかなり低い」²²ことを証明している。

（ii）発明専利無効系行政訴訟

中国の専利法46条は、「専利復審委員会は、専利権の無効審判請求に対して迅速に審査し、審決を下し、かつ請求人及び専利権者に通知しなければならない。専利権を無効とする審決は、国務院専利行政部門により登記公告される。専利復審委員会による専利権を無効とする審決又は専利権を維持する審決に不服があるときは、通知を受領した日から3か月以内に、法院に提訴することができる。法院は無効審判請求の相手方当事者に第三者として訴訟に参加するよう通知しなければならない。」と定めている。このように、無効系訴訟は、専利復審委員会の無効審判請求の審決に対して提起される訴訟である。権利者も無効審判請求人も原告となる可能性はある。拒絶査定不服審判と異なって、無効審判手続きは請求人により直接発動される。請求人は専利復審委員会に請求書及び関係証拠を提出し、無効審判の理由を具体的に説明し、各理由をサポートする証拠を明示すべきである。復審委員会が無効審判請求を受理した後、合議体を組んで、法院の審理手続きに基づいて審査し、権利者及び請求人双方に口頭審理に参加するよう通知する。復審委員会が無効審判請求を受理した後、合議体を組んで、法院の審理手続きに類似するように審査し、専利法及びその関係法規に基づいて、専利権の無効化又は維持の審決を出す。権利者又は無効審判請求人はこの審決を不服とする場合、法院に司法救済を求めることができる。

無効審判請求の理由は通常、専利権が付与された発明が専利法2条、20条1項、22条、23条、26条3項、同4項、27条2項、33条又は実施細則20条2項、43条1項に規定する要件を満たさない場合、又は専利法5条、25条に規定する要件に該当する場合、又は専利法9条の規定により専利権を付与することができない場合が無効理由として挙げられる²³。専利復審委員会が専利権の無効又は維持の審決を出した後、双方当事者が期限内に法に基づき司法救済を求めなかった場合、国務院の専利行政部門によりそれを登記して公告する。無効とされた専利権は、最初から存在しなかったものとみなされる。訴訟が提起される場合、本稿に言う専利無効系行政訴訟又は専利無効訴訟手続きに入る。

SIPOの公式サイトで、専利復審委員会が毎年受理した専利無効審判請求事件の件数を調べることができないが、ニュースによれば、専利復審委員会が受理する無効事件は年毎に増加している。2012年に専

¹⁹ SIPOの公式サイト 2016年1月14日「2015年発明専利出願登録及び他の関係情報についての記者会見」アドレス（2016年12月にアクセス）：<http://www.sipo.gov.cn/twzb/2015ndzygztjsj/>。

²⁰ 梁正、尹志鋒「専利行政訴訟の裁判結果及びその影響要素の分析——基于2004～2013年中国専利行政訴訟データの実証研究に基づいて」知識産権 2016年10号。

²¹ 「知産宝司法データの分析についての報告（北京知識産権法院 2015年度）」を参照。知産宝のホームページ（2016年12月にアクセス）：<http://www.iphouse.cn>。

²² 劉婧「専利権侵害の判定基準を統一、微細化し、イノベーションに資する法的環境を作る——最高人民法院民三庭の責任者による専利法司法解释（二）についての質疑応答」人民法院報 2016年3月23日。

²³ 「中華人民共和國専利法実施細則」65条2項。

利復審委員会が受理した事件全体が2万件を超えた。うち、不服審判事件が1万7320件で、無効事件が2941件で、審決取消行政訴訟が提起され、受理された事件が1403件であった²⁴。2015年、専利復審委員会が受理した不服審判請求事件は1万2678件、無効審判請求事件は3724件であった²⁵。かかるデータからすれば、専利復審委員会が例年に受理した拒絶査定不服審判事件の件数は無効事件の件数を遥かに超えている。しかし、このデータには発明、実用新型、外観設計それぞれの不服審判事件及び無効事件の詳細がなく、無効審判請求の審決に関するデータもないため、中国発明専利の出願、登録、無効の比率等の具体的な状況を確認することができない。また、近年、専利無効系行政訴訟の比率は25%程度に維持しており、不服審判の審決を不服として提起される訴訟の比率6%²⁶を超えている。しかし、このデータにも発明、実用新型、外観設計それぞれの詳細が示されていない。「知産宝」の統計からすれば、2015年に北京知識産権法院が受理した145件の発明専利審決取消行政事件うち、無効審判請求の審決を不服として提起された訴訟は59件であり、拒絶査定不服審判の審決に対する訴訟に比べて少なかった²⁷。

上述の「知産宝」による2015年中国の発明専利審決取消事件の統計からすれば、不服系事件が無効系事件より多かったが、結論が変わった事件の割合からして、不服系事件が無効系事件に比べて少なかった。この点から、専利権の付与可否に関する法院と専利復審委員会の判断基準の一致性は、専利権の有効性に関する判断基準の一致性より高いことが分かる。総合的に見れば、北京知識産権法院により専利復審委員会の拒絶査定不服審判の審決及び無効審判の審決が覆る比率は約10%である。比較してみると、2015年に日本の裁判所による特許に関する審査系審決取消事件の判決のうち、当事者の請求が棄却された事件は49件、JP0の審決が取り消された事件は18件であった。審査系審決取消事件の判決のうち、当事者の請求が棄却された事件は46件、JP0の審決が取り消された事件は27件であった²⁸。総合的に見れば、日本の知的財産高等裁判所によりJP0審判部の審決が取り消された事件の比率は約32%であり、北京知識産権法院により専利復審委員会の審決が取り消された事件の比率より遥かに高い。中国の法院は、専利復審委員会の審決の取消を慎重に判断していると言える。そのため、結論が覆った判例は実務において議論されている手続きと実体問題を十分に反映することができるので、それらの問題について検討することにより、対応策を立てる必要があると思う。

2. 専利審決取消訴訟に関わる理論問題

(1) 専利の権利化・有効性確認行為の法的性質

(i) 行政行為、行政再審議行為及び準司法行為

行政行為とは、行政主体が行政職権の行使、行政管理活動の実施時に行われる法的な効力を有する行為である。行政訴訟法2条によると、公民、法人又はその他の組織は、行政機関及び行政機関の職員の行

²⁴ 薛飛、「専利復審委員会審査業務の総合能力の迅速向上」、「中国知識産権報」2013年1月15日。

²⁵ SIPO公式サイトに2016年1月14日、「2015年発明専利出願登録及び他の関係情報についての記者会見」、アドレス(2016年12月にアクセス)：<http://www.sipo.gov.cn/twzb/2015ndzygztjsj/>。

²⁶ 趙岩、周波：「北京法院通報商標審決取消事件の審理状況」、2014年10月30日に北京法院網より伝えた。ウェブアドレス(2016年12月アクセス)：<http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2014/10/id/1470852.shtml>。

²⁷ 「知産宝司法データの分析についての報告(北京知識産権法院2015年度)」を参照。「知産宝」アドレス(2016年12月にアクセス)：<http://www.iphouse.cn>。

²⁸ 「Japan Patent Office Statistics Data in 2015」を参照。JP0アドレス(2016年12月にアクセス)：<http://www.jpo.go.jp/english/statistics/statistics/index.html>。

行政行為がその適法な権利利益を侵害したと認めるときは、この法律により人民法院に訴訟を提起する権利を有する。前項でいう行政行為は、法律、法規、規章により権利付与された組織が行う行為を含む。つまり、行政主体とは、行政機関のみならず、法律、法規、規章により権利付与された組織も含まれる。行政訴訟法12条に公民、法人又はその他の組織により提起され、人民法院が受理すべきと例示されている訴訟の中、専利審決取消訴訟はそのいずれにも該当しない²⁹。しかし、中国では大陸法系からの影響で、国家専利行政機関による専利審査、不服審判等の行為は行政行為と一括して見なされる。つまり、行政訴訟法12条2項の「前項の他、人民法院は、法律、法規に基づいて提訴できる他の行政事件も受理する。」という規定を適用するものである。

行政行為とは、広義の概念であり、行政処罰、行政強制、行政許可、行政確認、行政監督検査等多くの種類を含む。専利の権利化・有効性確認は、どのような行政行為に該当するかについて、行政法学の領域ではまだよく議論されていないのが実状である。実際、専利復審委員会の不服審判及び無効審判における審査行為は異なるものである。不服審判手続きにおいて、専利復審委員会の行為は、専利局の行政確認³⁰に対する行政再審行為であるため、専利復審委員会を専利局の上級行政機関とみなす場合、その後の行政訴訟で専利局による査定を維持する専利復審委員を被告とすることは、理論上は特に問題ない³¹と思われる。しかし、無効審判では、専利復審委員は、行政再審議を行うのではなく、直接に請求人の主張、証拠及び専利権者の答弁意見、証拠をもとに審決を下すのであり、典型的な行政裁定行為³²に該当する。専利無効審判において、専利復審委員が中立の立場で専利権の有効性に対する双方の当事者（無効審判請求人及び専利権者）の争いに対して裁定を行う役目を担うため、この機能は司法機関の裁判と類似していることから、「準司法」行為と見なす方が、その法的性質に合致し、今までの中国の知財法学領域の主流となる考え³³でもある。

(ii) 専利の権利付与・確認行為の属性の判定及び関係制度の設計

専利の権利付与・確認行為の属性の判定が異なると、専利審決取消訴訟の形態に影響を与える。日本の経験から見て、拒絶査定不服審判及び無効審判の結果を不服として提起した訴訟は、中国の場合と比べると、提訴対象、法院管轄及び審級制度などが相違する（後述する「専利審決取消訴訟における専利復審委員会の位置づけ」にて詳述する）。特に、当事者はJP0審判部による特許権を無効とする審決に対して不服があるとき、特許権者又は無効審判請求人が直接原告として、JP0ではなく相手方の当事者を被告として東京知的財産高等裁判所に上訴する（裁判所は、JP0長官に対して訴訟の内容を通知すると

²⁹ 中国行政訴訟の具体的な種類として、行政処罰、行政強制及び執行、行政許可、行政確認、徴収徴用及び補償等を含む。行政訴訟法12条の具体的な規定を参照。

³⁰ 私見ながら、専利権の本質は私権であり、専利権者が発明創造により得られた民事上の権利である。専利行政機関による審査、不服審判は、発明創造の内容を特定、確認及び公示のためであり、専利の「権利化」とは、行政許可や権利付与ではなく、行政確認に該当する。

³¹ 専利復審委員会を専利局の上級行政機関とみなした場合、その行政再審議行為が行政審決に該当する主張は、「行政説」である。中国行政法学界では、行政再審議の法的性質についてしばしば議論されており、「行政説」、「司法説」、「準司法説」との3つの説がメインである。「行政再審制度の変革及び再構築」王青斌、中国政法大学出版社2013年出版、9頁～20頁を参照。

³² 行政調停と行政裁定の性質について、従来の論説からすれば、社会救済に該当するか、それとも公力救済に該当するか議論の余地はまだあるが、現代の論説からすれば、非訴訟手段による紛争解決の手段に該当する。行政機関は民事紛争に対して裁定権を行使したとしても、当該裁定権は準司法権に該当するに過ぎず、行政裁定による民事紛争も依然として司法の最終救済に属する。『民事訴訟法学』（第3版）江偉編著、北京大学出版社、2015年出版、2頁を参照。

³³ 関連論述は、『中国知識産権保護体系改革研究』中国社会科学院知識産権中心著、知識産権出版社、2008年8月出版を参照。

ともに意見を求める)³⁴。日本の最高裁判所は、特許出願拒絶査定不服審判及び無効審判の審決取消訴訟の終審裁判所であるが、実際の事件は極めて少ない。一方、中国では、専利審決取消訴訟において、専利復審委員会は被告であり、専利復審委員会による審決に対して不服とする場合、出願人又は当事者はいずれも専利復審委員会を被告として北京市関係中級人民法院に訴訟を提起する。専利法には、人民法院が行政訴訟において直接専利権を無効とする判決を下すことができるか否かについて明確に規定されていないため、プラクティスでは、人民法院は通常原告の請求を棄却するか、専利復審委員会による審決を取り消したうえ、専利復審委員会に差し戻すという判決をする。また、法律には専利無効の抗弁が明確に規定されていないため、法院は権利侵害訴訟と審決取消訴訟とが係る場合に、明らかに無効とされるべき専利に対して専利権侵害とならないという判断ができず、専利権の不当な権利行使を効果的に規制することができない。また、中国の行政訴訟法の規定によれば、行政訴訟は二審終結制であるため、専利権の有効性判断は理論上、専利復審委員会の審判、北京市関係中級人民法院の一審、北京市高級人民法院の二審、場合により最高人民法院の再審、さらに、専利復審委員会に差し戻された場合、更に1サイクルを経る可能性がある。このような繰り返しになると、膨大な行政及び司法資源の無駄になる。

（2）専利不服審判及び無効審判における専利復審委員会の権限

上述のとおり、専利復審委員会の不服審判及び無効審判における位置づけが異なるため、不服審判及び無効審判時の権限も当然ながら差別化させるべきである。現在の中国専利法の改正では、手続きの最適化、専利の品質向上に資する観点から、この2種類の審判における専利復審委員会の職権による審理の権限が追加されている³⁵。この法改正の出発点を理解・分析するためには、まず専利復審委員会の位置づけを検討しなければならない。

（i）不服審判、無効審判と専利品質の向上

近年、中国の専利出願の件数が激増し、安定して世界ランキング1位を占めているが、これと似合わないのが専利の品質である。そのため、専利の品質を如何に向上させるかは多くの注目を集めている。SIPOの専利局及び専利復審委員会は、専利審査、不服審判、無効審判など手続きを行う機関として、中国専利の品質向上の役割果たすことは言うまでもない。

私見ながら、不服審判手続きはまず行政救済手続きであり、出願人に申立の機会を与えるためでありながら、必要に応じて実体審査の継続となることも可能である。このような場合、行政及び司法資源の節約を図ることができ、さらに専利審査の品質管理、品質問題の発生防止及び潜在的な紛争解決にも資する。SIPOも同じ見解を示している。即ち、「専利復審委員会は、通常拒絶査定根拠とされた理由及び証拠について判断するだけであり、専利出願について全面的に審査することが義務づけられているわけではない。なお、専利の品質を向上し、審査手続きの無駄な延長を回避するために、専利復審委員会は職権により、拒絶査定に指摘されていない明らかな実体要件の不備を審査することができる。」³⁶。また、無効審判手続きの法律属性としては、専利権者と無効審判請求人との権利有効性に関する争いを解決するためであり、専利復審委員会が無効審判請求人と専利権者により提出された意見書及び証拠を総合

³⁴ 日本『特許法』第二百二十三条～第二百八十条の二を参照。

³⁵ 「中華人民共和国専利法改正草案（送審稿）」、第41、46条、2015年12月5日公表。

³⁶ 専利審査指南（2010年版）第4部第2章の前書きを参照。

的に考慮したうえで、専利権の有効性について審決を下す準司法手続きに該当する。ただし、専利復審委員会の行政裁定行為を、民事訴訟を解決するための法院による司法行為と完全にイコールすることもできない。専利無効審判及びその後の審判は、高い技術性、専門性、先端性、複雑性を持つ行為であるため、世界中の国々も関係当事者及び公衆利益への偏らぬ保護を実現させるために、立法により専門の司法裁判のパターンの確立に力を注いでいる。そして、中国では、専利無効審判は何人も請求が許されるため、専利の不当登録の是正や、公衆及び利害関係者の利益の保護を両立させることができる。専利復審委員会が「自発の是正」という職能を担うことは、専利法の2000年改正時に取り下げ手続きと無効審判手続きを整合したことにより実証されている³⁷。近年、中国の専利出願及び登録の件数が激増している中、専利無効審判において、復審委員会にある程度の職権による審査権限を明確に与えることは、権利化段階の専利審査の品質の向上にも重要な役割を果たす。当然ながら、無効審判において、専利復審委員会は通常の中立の立場から裁定するため、専利審査指南に例示されているいくつかの場合³⁸（専利法2条、5条、25条、明らかな不専利事由や、公共の利益に関する規定）を除き、当事者より提示されていない理由を自ら審査すべきではない。

(ii) 専利不服審判及び無効審判における職権による審理の必要性及び制限

前述とおり、専利不服審判・無効審判における専利復審委員会の職権による審理は既に実務において行われている。法律による行政の原理からすれば、立法によりこの権限を明確にすることも必要になっている。専利行政部門より発行された拒絶査定に指摘されていないが、専利権を付与すべきでないとは判断できる明らかな不備がある場合、専利復審委員会は自らこの点を指摘し、かつこれを理由に拒絶査定を維持する審決をすれば、専利局で再度審査される場合、指摘された理由を採用して新たな不服審判手続きの発生を効果的に回避することができる。何らかの理由で専利局の拒絶査定に指摘されていないが、明らかに専利法の規定に違反する理由が存在するが、専利復審委員会にそれを無視するようにするのであれば、専利の権利化・有効性確認手続きのコストの節約に不利であり、専利の品質の確保にも不利である。また、原則として、復審委員会は無効審判において、専利の有効性を全面的に審査することが義務付けられておらず、通常当事者より提出された無効審判請求の範囲、理由及び証拠を対象として審査するが、紛争の解決が権利者及び請求人の双方以外に、公衆の利益にもつながる場合があるため、専利復審委員は、このような司法行為を実施するとき、完全に法院の民事訴訟における不告不理の原則に準じて行うことが不可能である。無効審判請求のいずれか一方により提出されていない証拠及び主張されていない理由について、専利権を付与すべきでないことを十分に証明できれば、専利復審委員会が職権により審理し、これを根拠に専利権を無効とすることは、専利品質の向上、イノベーション成果に対する専利制度の保護作用の発揮に資することが期待できる。

なお、専利不服審判であれ無効審判であれ、復審委員会の職権による審理権限に制限を設定しなければならない。それに、理由又は証拠に対する証明責任を負うこと、出願人、当事者に十分な対応期間を与えることなども明確にしなければならない。さらに、復審委員会の広すぎる自由裁量権により当事者（主に権利者）の手続き権利を侵害してしまうことを回避するために、職権による審理権限を司法審査の下に置かなければならない。中国現行の専利審査指南には、職権による審理の場合が明確に規定され

³⁷ 国家知識産権局弁公室政策研究処編集『優秀専利の調査研究報告集』（V）、知識産権出版社、2008年4月出版、293頁を参照。

³⁸ 専利審査指南（2010年版）第4部第3章の4.1を参照。

ている³⁹。専利法改正時に、専利復審委員会の不服審判における職権による審理の権限を明文化する場合、当該権限が所定の範囲内で適法に行使されることを確保し、且つ関係法規に具体的な適用要件を明確に定める必要がある。なお、不服審判及び無効審判において、専利復審委員会の権限を各々のケースにおいてどのように正確に定めるか、即ち復審委員会の具体的な裁定行為の適法性・合理性をどのように判断するかは、その後の司法審査において法院が直面する難題である。

（3）専利審決取消訴訟における専利復審委員会の位置づけ

上述のとおり、専利復審委員会が不服審判及び無効審判において役目が異なっており、不服審判手続きでは、行政再審議及び一定の範囲の実体審査の職能を担うが、無効審判においては、準司法の行政裁定職能を担う。したがって、その後発生し得る審決取消訴訟の手続きでは、専利復審委員会は、今までの「審決取消行政訴訟」の固有の考え方にあるように、法律の枠組みにの中で被告とされるべきではなく、その位置づけを見直すべきではないかと思われる。

（i）専利不服審判の審決取消訴訟における位置づけ

中国において、仮に専利不服審判の手続きを行政再審議及び一定の範囲の実体審査として位置付けるのであれば、専利復審委員会が専利局による拒絶査定を維持する審決を下し、出願人がこれを不服とするのであれば、専利法41条及び行政訴訟法の関連規定に基づき、復審委員会を被告として法院に訴訟を提起することは妥当でなくはない。日本では、特許法121条により、JP0からの拒絶査定に不服がある場合、その査定の謄本の送達があった日から30日以内に、JP0審判部に拒絶査定不服審判を請求することができる（中国の「復審請求」に相当）。また、同法第179条により、審判部からの拒絶査定不服審判の審決に不服がある場合、30日以内にJP0長官を被告として東京高等裁判所に訴訟を提起することができる⁴⁰。両国を比べると、不服審判の審決取消訴訟は中国においても行政訴訟として位置付けているが、中国ではSIP0傘下の専利復審委員会を被告としていることに対して、日本ではJP0長官を被告としている点と、このような訴訟を管轄する一審法院が中国では中級人民法院であるのに対して、日本では高等裁判所である点とで相違する。

（ii）専利無効審判の審決取消訴訟における位置づけ

中国では、行政裁定及びその行政訴訟に関する行政法理論上の研究が少なく、プラクティスにおいては、専利復審委員会を専利無効審判の行政機関と簡単に位置づけられ、当事者両方の争いでは、実質的に中立の立場で裁定する役目を担うことが見落とされているため、現在の準司法的裁定性質を有する無効審判の審決に対する訴訟では、復審委員会は現行の行政訴訟法及び専利法に従って、被告と見なされている状況である。そして、現在の中国の専利法では、専利登録後の紛争解決手続きについて簡易に設定しており、拒絶査定不服審判手続きと無効審判手続きも差別化していかなければ、第三者による無効審判の場合と利害関係者による無効審判の場合の法律の性質及び救済の方法についても差別化していない。一方、日本の場合、理論上、同様に専利管理部門を行政機関として定義しているが、その専利法には、審査、審判及び救済手続きが極めて細かく規定されている。例えば、第三者による異議申立と利

³⁹ 中国「専利審査指南」（2010年版）第2部第4章の4.1及び第2部第3章の4.1。

⁴⁰ 日本特許法121条（拒絶査定不服審判）、178条（審決等に対する訴え）、179条（被告適格）。

害関係者による無効審判、及びこれらの手続きに関わる裁定に対する再審議及び訴訟が明確に差別化されている⁴¹。日本の有効性確認手続きにおいて、関係当事者はJP0審判部による裁定に対して不服があるとき、その専利法に従って東京高等裁判所に訴訟を提起するが、異議申立の審決に対して不服があるときは、JP0長官を被告とし（拒絶査定不服審判と同じ）、無効審判の審決に対して不服があるときは、相手方の当事者を被告として訴訟を提起するのである⁴²。

無効審判において専利復審委員会が基本的には中立の立場で裁定する役目を担い、無効審判請求は全て第三者や利害関係者により提起されることから、日本の経験を参酌して相手方の当事者を訴訟の被告とするのが合理的である。さらに、裁判管轄の観点から言えば、高等法院を専利審決取消訴訟の一審、最高法院を終審とすることは、紛争を効率的かつ公正に解決する上で有利である。当然ながら、中国の現在の無効審判の設計が過度に簡易であるため、実際状況に鑑みて日本のような異議申立手続きを追加すべきと思われるが、新しい研究テーマとなるため、本文では、これ以上の詳細な記述は行わない。

（4）専利無効審判の審決取消訴訟と専利侵害訴訟の関係

現行専利法46条によると、専利復審委員による専利無効審判の審決に不服があるとき、法院に提訴することができる⁴³。現在、専利無効審判の審決に不服があるときに提起される訴訟を受理する北京知識産権法院は中級人民法院に該当するため、このような事件の二審は北京市高級人民法院に上訴することとなる。このため、理論上、中国における専利有効性に関する争いは、専利復審委員会による準司法的手続き及び北京市中級、高級という2階層の法院による司法手続きを経る必要がある。「専利紛争事件の審理における法律適用の問題に関する最高人民法院の若干の規定」によれば、専利紛争に係る第一審事件は、各省、自治区、直轄市の政府所在地の中級人民法院及び最高人民法院が指定した中級人民法院が管轄する。最高人民法院が実際情況に基づいて、専利紛争に係る第一審の案件の管轄として、基層人民法院を指定することができる。統計データによると、2014年末時点で、専利（発明、实用新型、外觀設計）民事紛争事件の管轄権を持つ中級人民法院は全国で87か所ある⁴⁴。このように、理論上、全国各地の専利侵害事件において、被告側は専利権を無効とすべきと主張する場合、現行制度では、別途に専利復審委員会に無効審判請求を提起することしかできない。発明専利侵害の民事訴訟を審理する法院は通常、訴訟の審理を停止し、北京で行われる無効審判（審決取消訴訟も含む）の結果を待つ。また、中国行政訴訟法70条によれば、行政行為に対して、法院として取消すか差し戻すかという判決を下すことしかできない。しかし、専利法には何ら規定もなされていない。したがって、法院が専利権を有効か無効とすべきと判断できるとしても、専利復審委員に差し戻し、改めて審決を出すよう判決を下すしかできない。以上に鑑みて、筆者は中国の知識産権法院の確立に踏まえて、専利無効の抗弁を導入することを提案した⁴⁵。その内容は、主に以下の2点である。

⁴¹ 日本特許法5章～8章。

⁴² 日本の特許法178条、179条。

⁴³ 最新の訴訟管轄区分によれば、専利無効審判の審決に不服があるときは、北京知識産権法院に提訴することができる。全国人民代表大会常務委員会『北京、上海、広州における知識産権法院の設立に関する決定』（2014年8月31日）2条2項には「國務院行政部門による裁定又は審決に不服があるときに提起される知識産権審決取消訴訟行政事件の一審は、北京知識産権法院の管轄となる。」と規定されている。

⁴⁴ 中国法院知識産権司法保護の状況（2014）、2015年4月公表。

⁴⁵ 管育鷹「専利無効抗弁の運用メカニズム研究」、『知的財産に関する日中共同研究報告書』一般財団法人知的財産研究教育財団知的財産研究所、58頁～81頁（2016年3月）、ISBNコード：ISBN 978-4-924561-13-4に掲載。

(i) 専利侵害事件の管轄を更に集中させること。「知識産権法院設置法」が可決され、北京、上海、広州における知識産権専門法院の設置経験が普及され、各地域において知識産権法院を設置することにより、該地域の専利等の技術性の高い事件の管轄を集中させる。知財法院は、技術性の高い事件の一審が単なるルーティンワークとならないように、その重要性を強化させ、審理の品質を向上させ、上訴率を低減させるべきである。近いうちに、関係法律の改正や専門の立法により、北京で国家知識産権高等法院を設立し、各知財法院で一審が行われた技術性事件の二審及び専利無効審判手続きで裁定された司法審査を一括して受理する（専利復審委員会による裁定を一審とみなす）。

(ii) 専利無効の抗弁を導入すること。知財法院審理法が可決され、台湾地域の経験を参酌し、設置された知財法院の全てに適用できる専門の審理手続きを制定し、専利無効の抗弁を導入する。具体的には、日本の特許法104条の3、104条の4においては、権利侵害事件に係る訴訟を審理する裁判所は、特許権を無効とする判決を直接に下さないが、被告による無効の抗弁を認め、権利者は、相手方に対しその権利を行使することができないという判決をすることができると定めている。また、中国知識産権司法保護における有効な手法、例えば司法解釈や指導性判例等の発表により、例えば、「被告は、専利に明らかに無効とされるべき不備があることを証明すべきである」という記載における「明らかに無効とされるべき」、又は「明らか不備がある」について、更に解釈を加える等、専利無効の抗弁の適用要件を細分化することもできる。

3. 専利審決取消訴訟に関する実務の問題

中国専利の権利化・有効性確認の手続きにおいて、専利庁審査部門、復審委員会及び法院の作業性質、作業量及び作業者の背景知識、得意分野が全て異なっている（実体審査は審査官1名が単独で審査を行う。専利不服審判及び無効審判は3～5名の審判官が共同で審査を行う。法院の行政訴訟裁判は、通常3名からなる合議体において審理を行う）。したがって、各段階の審査又は審判の結果が異なるのは、当然である。通常、復審委員会の審判官は、実体審査部門の審査官より技術知識及び経験が豊かであり、法院は法律条文に対する理解がより深く、事実及び証拠の認定もよりの確であると考えられる。可能な限り法律施行の効果の一致性を図るために、関連制度を完備して、基準に対する実体審査、審判及び裁判を担当する部門の理解及び運用をより一致させることで、専利有効性の確認効率を向上させ、関連当事者の利益を確保すべきである。日本の特許制度では、JP0と裁判所の情報交流の通路が比較的円滑に保たれ、特にJP0が被告とされない無効審判審決取消訴訟において、JP0も積極的に訴訟手続きに参加して関連情報を提供し⁴⁶、裁判所と協力して、事実を明らかにし、無効審判の審決取消訴訟と関連侵害の民事訴訟の結果の衝突の発生を回避する。手続きと制度の完備は本稿では詳しく検討するものではない。本項では、中国の審決取消訴訟において、各段階における基準の統一が必要とされ、具体的な問題について、簡単に論述する。

⁴⁶ 日本の特許法 180 条～182 条。

(1) 技術常識の援用及び立証の問題

専利審決取消訴訟において、技術常識の援用及びその証明責任の判定は、実務上の難題である。技術常識とは、当業界において、改めて認定された課題を解決する慣用手段、又は教科書やレファレンスブック等の開示され、改めて認定された課題を解決する技術的手段である。SIP0の専利審査指南の2部4章の発明進歩性の実体審査に関する3.2.1.1(3)の(i)において規定しているように、上記の相違点が技術常識である場合、先行技術からの示唆があったと考えられ、かかる発明に進歩性がないと判断できる。技術常識の立証について、この指南では、2つの場合分けをしている。実体審査と不服審判において、審査官は、職権により援用した技術常識について、立証又は理由説明の義務⁴⁷がある。無効審判において、復審委員会も職権により、技術的手段が技術常識であるかを認定することができ、かつ技術辞典やマニュアルや教科書等の、属する技術分野の技術常識の証拠⁴⁸を援用することもできる。一方、技術常識と主張した当事者（請求人及び権利者）は、対応する立証責任⁴⁹を負う。

実務において、専利の権利化・有効性確認の手続きにおける実体審査、不服審判、無効審判、裁判（2審及びありうる再審）のいくつかの段階のいずれにおいても、技術常識の援用及び立証問題に関わる可能性がある。ここで、最も重要なのは下記3つの問題である。すなわち、各段階の適用標準を如何に統一するかという問題、法院は専利復審委員会又は当事者が技術常識に関する立証責任を完了したか否かを如何に判定するかという問題、及び、法院が審決取消訴訟において判決の根拠として技術常識を自発的に援用することが可能であるかという問題である。技術常識は、一般的な行政、民事訴訟において採用可能な証拠のうちの「免証事実」⁵⁰ではない。したがって、職権により技術常識を援用する場合、又は請求人が提示した技術常識の理由を認めて、これを根拠に審決を発行する場合、審査部門及び不服審判部門は、専利審査指南の規定により十分に説明するか、又は立証、意見聴取を行わなければならない。さもなければ、出願人、請求人又は権利者の実質的な権利を損なう可能性は極めて高いため、法院が法に照らしてかかる係争審決を取り消すべきである。例えば、贏創德固賽有限責任会社が国家知識産権局専利復審委員会の拒絶査定維持審決を不服とする審決取消事件⁵¹において、北京市高等人民法院は、「専利審査指南第4部2章4.1節の規定によれば、合議体は、通常、拒絶査定の根拠とされる理由及び証拠のみに対して審査するが、拒絶査定の発行前に既に出願人に通知した他の理由及び証拠により出願を十分に拒絶査定できる不備がある場合、又は拒絶査定に指摘されていない明らかな実質的な不備や拒絶査定に指摘された不備と同性質の不備がある場合、関連理由及び証拠に対して審査し、これを根拠に拒絶査定を維持する審決を下すことができる。この規定は、実際には、専利復審委員会の不服審判における職権による審理の範囲を制限するものである。つまり、『明らかな実質的な不備』とは具体的に何であるかをさら

⁴⁷ SIP0の専利審査指南2部8章4.1.0.2.2項の規定によれば、審査官は拒絶理由通知書において引用した当業界の技術常識が確実なものでなければならない。出願人が審査官の援用した技術常識に対して異議がある場合、審査官は理由を説明するか、又は対応する証拠を提示して証明すべきである。この指南の第4部分2章3.3(4)(i)と4.1項の規定によれば、原審査部門は通常、前置審査意見において拒絶査定の理由及び証拠を追加してはならないが、拒絶査定及び前置審査意見において主張した技術常識について、対応する技術辞典やマニュアルや教科書等の、属する技術分野の技術常識の証拠を追加することができる。合議審査において、合議体は、属する技術分野の技術常識を援用するか、又は対応する技術辞典やマニュアルや教科書等の、属する技術分野の技術常識の証拠を追加することができる。

⁴⁸ SIP0の専利審査指南第4部3章4.1(7)項。

⁴⁹ SIP0の専利審査指南第4部3章4.3.1～3項。

⁵⁰ 免証事実とは、当事人が立証責任を負う必要なく、認定できる事実である。「行政訴訟の証拠における若干の問題に関する最高法院の規定」（法積〔2002〕21号）68条、「民事訴訟の証拠に関する最高法院の若干の規定」（法積〔2001〕33号）9条参照。

⁵¹ 北京市高等人民法院（2012）高行終字第1486号行政判決書。

に明らかにする必要がある。」と判示している。被告である専利復審委員会は、先行文献1に当業界の技術常識を組み合わせる請求項1に係る発明をなすことが、当該領域の技術者には自明であり、進歩性を有しないと認定している。しかしながら、復審委員会が導入した「明らかな実質的不備」に関する新たな理由（すなわち先行文献+技術常識=進歩性なし）について、十分な立証、意見聴取を行っていなかったため、出願人の手続権利を損なうこととなるので、法院は復審委員会の審決を取り消す判決を下した。

このように、権利化・有効性確認の手続きは、専利品質のコントロールに関連性を持っている。主として専利行政部門の職務上の責任であるが、司法機関も、手続きの合法性の裁判によって専利法の実体問題の判定に機能を発揮できる。現在、北京知識産権法院は専利審決取消行政事件の審理において技術常識の認定時に、当事者の立証が積極的でない問題、裁判官が技術調査官に頼りすぎる問題や判決の説示が不十分である問題等がある⁵²。関連制度規定をどのように完備させるかは、さらなる検討が必要である。

（2）進歩性の判定問題

進歩性の判断は、専利審決取消事件における議論が最も激しい問題である。実証分析からすれば、2002年～2010年中国専利審決取消訴訟において、進歩性判断に係る訴訟は、一審が半分以上で、二審が約80%である。このように、進歩性の判断は専利審決取消行政事件の重点、難点であると考えられる。進歩性判断の最も大きな問題は、「容易想到性」であり、後知恵等の主観的な判断要素の氾濫⁵³である。法律施行の効果の統一を確保するために、より細かい法律適用の規則を検討した上で、総括して専利の権利化・有効性確認の各段階の審査、審判及び裁判機関との交流を強化し、できる限り共通認識を形成する必要がある。実務において、審査部門と法院は、進歩性判断のために「3ステップ法」⁵⁴を用いることが一般的である。「3ステップ法」のステップ1は、最も近い先行技術を認定することであり、ステップ2は、発明の相違点に係る構成及び発明が実際に解決しようとする課題を認定することであり、ステップ3は、かかる発明が当該領域の技術者には自明であるかを判断することである。判断中のよくある難問は、最も近い先行技術の選択、組み合わせの示唆があるか、及び、技術常識の認定である。技術常識の認定は、上述のとおりであり、省略する。ここで、最も近い先行技術の選択及び組み合わせの示唆があるかに関する認定問題について、簡単に述べる。

最も近い先行技術とは、かかる発明と最も密接な関係がある先行技術のうちの発明形態の1つであり、発明が格別な実質性特徴を有するかを判断する基礎である。適切な最も近い先行技術の選択は、進歩性評価の全面化、客観化に有利であり、判定結果の論理性及び説得力が向上し、専利の権利化・有効性確認に係る争いを減らすことができる。最も近い先行技術をどのように認定又は選択するかについて、中国2010版の専利審査指南には、技術分野が同一であり、解決しようとする課題、技術的效果又は用途が最も近く、及び／又は発明の構成要件が最も多く開示されているという方法、技術分野が異なるが、発明の機能を発揮し、発明の構成要件が最も多く開示されている⁵⁵という方法という2つの方法が規定されている。問題は、最も近い先行文献の選択方法が異なることにより、進歩性判断の根拠及び結論が異なる

⁵² 卓鋭「専利行政事件における技術常識の認定現状の分析及び提案」中国知識産権 118号。

⁵³ 石必勝「専利の進歩性判断の客観化について」科技と法律 2012年2号。

⁵⁴ SIPOの専利審査指南、第2部4章（進歩性）3.2.1.1項「判断方法」の関連内容を参照。

⁵⁵ SIPOの専利審査指南、第2部4章3.2.1.1(1)。

ることがあり、出願人のピンポイントな対応策にも影響される可能性がある。特に、実務において、この選択は、後述のステップ—技術常識を組み合わせる示唆があるかと関連性があるので、権利化又は権利有効性に影響を及ぼす可能性があり、争点となっている。この点について、中国法院は、最も近い先行技術の認定時に、まず同一の又は近い技術分野の先行技術を考慮すべきであるが、技術分野が異なるが、かかる発明の機能を発揮でき、発明の構成要件が最も多く開示されている先行技術であってもよいと考えている。例えば、「反対方向地面整理機」の発明専利無効事件において、法院は、「証拠2が本件専利の技術分野とは異なるが、発明の機能を発揮でき、かつ本件専利の構成要件が最も多く開示されているものであれば、本件専利の進歩性を判断するための最も近い先行技術とすることができる」⁵⁶と判示している。この判示から、審査機関が先行技術の選択に一定の柔軟性を持って判断しており、専利の品質向上に有利であることが分かる。むしろ、審査機関は自分の選択を説明するための十分な理由があり、かつ当事者への公開及び意見聴取の原則の合致を確保すべきである。

先行技術には組み合わせの示唆があるかとは、当該領域の技術者が専利出願に記載の課題に直面する際に、先行技術を組み合わせ、又は最も近い先行技術を改良してかかる発明を得る動機付けがあるかという意味である。同一分野、近い分野又は関連分野の先行技術が全体的に示唆がある場合、発明は進歩性を有しないと考えられる。実務中の難問は、当該業者が客観的に別件の先行文献を組み合わせるか、主観的に組み合わせる動機付けがあるかということである。「インパルス超微細粉末自動消火装置」の発明専利無効訴訟事件において、最高人民法院はこの発明専利の3点の相違点に係る構成要件について、それぞれ以下のように判断した。すなわち、「同様に消火剤分野に属する添付書類2から、粒状感が小さければ、比表面積が大きければ、消火効果が良好である示唆が容易に得られる」、「具体的なアルミ膜材で同じ機能を発揮するストッパを代替することは、当該領域の技術者が容易に想到し得ることであり、予想外の技術的效果を有しない」、「当該領域の技術者が、一般的に使用される引火点が135℃以上の感温配線又は火感知配線を密閉空間に置いて伝導速度を向上させることを自動消火器に適用することは容易である」ことであり、最高人民法院はこれにより専利が無効とされる結果を導き出した⁵⁷。

進歩性の判断は、主観性が強いだけでなく、一定な公共政策が考慮される。現在、中国の専利出願件数及び登録件数は共に上位にランキングされており、法律適用において「3ステップ法」により定められる進歩性判断基準を厳守し、限りのある社会資源を本当の発明創造の保護に用いる必要がある。最も厳密な意義では、「先行技術に比べて」進歩性を有するとは、発明専利と同一の又は近い技術分野に属する全ての先行技術に比べて進歩性を有する⁵⁸という意味である。同時に、下記のことには注意すべきである。すなわち、一部の技術分野（例えば、バイオ医薬化学分野）では、革新的な発明が予想できない技術的效果をもたらす場合があるので、予想外の技術的效果の取得を進歩性の判断方法とすべきである⁵⁹。依然として「3ステップ法」を機械的に適用して当該領域の技術者が示唆を得るかを判断することは、当該分野の技術革新の保護には不利である。

⁵⁶ 石必勝編著「専利の進歩性判断に関する検討」知識産権出版社 2012 年出版、254 頁。

⁵⁷ 最高人民法院行政判決書（2012）行提字第 20 号。

⁵⁸ 張曉都「専利実質条件」法律出版社 2002 年版、180 頁。

⁵⁹ 北京市高级人民法院（2013）高行終字第 1754 号行政判決書参照。

（3）実施可能要件の問題

専利制度の運用メカニズムは、発明の公開によって権利の保護を図ることである。つまり、発明者は、社会に向けて発明を公開する代価として、一定期間の独占権を得ることができる。したがって、出願人が実現可能の程度までにその発明を明確かつ完全に公開することは、専利権取得の1つの要件である。同時に、専利技術情報のタイムリーな公開は、科学技術全体の進歩にも資する。中国の専利法26条3項の規定によれば、明細書には、発明又は実用新型について、当該領域の技術者が実施することができる程度に、明瞭かつ完全な説明を記載しなければならない。つまり、実施可能要件の充足が要求されている。実務において、特に、化学及び医薬分野の実験をベースとした発明の実験データの提示問題、及び、機械電子分野のある技術的機能を実現する技術的手段の実施可能性の問題は顕著である。

中国の専利審査指南の第2部10章「化学分野の発明専利出願の審査における若干の規定」の3.1節「化学製品に係る発明の実施可能性」の部分では、公開について詳しく規定されている。これらの基準は実務において長い時間において採用されており、司法機関にも認められている。つまり、多くの場合、化学発明が実施可能か、どのような用途や効果を有するかは往々にして予見されにくく、実験結果によって検証することにより確認しなければならない。当該領域の技術者が先行技術に基づいて、新しい化合物が明細書に記載の用途及び使用効果を有すると予見できない場合、明細書には、当該化合物が記載された用途を発揮し、予見効果を達成できる性質決定や分量決定の実験データを記載しなければならない。そうでなければ、公開が不十分であるとみなされる⁶⁰。出願日後に追加して提示した実施例及び実験データは、通常考慮されないが、例外として、実験をベースとした化学及び医薬分野の発明出願人又は権利者が補足実験データを提示することができる。ただし、補足実験データは、実施可能要件を違反する不備を解消することを目的とするものではなく、審査官又は無効請求人の質疑に対して応答し、かかる問題について、補足実験データを提示することにより当初の出願書類に含まれた関連内容を更に証明することを目的とする。換言すれば、専利出願日後に提示された、実施可能要件を証明するための実験データは、当該領域の技術者が出願日前の知識レベル及び認定能力により明細書の公開内容に基づいてこの発明を実施可能であると証明できる場合、実験データは考慮されるべきである。くわえて、出願日後に提示された証拠であることのみを理由に、証拠を認めないことは不合理である。例えば、「1-8モルの水含有I型結晶アトルバスタチン水和物」の専利無効審判の再審事件において、最高人民法院は権利者の出願日後の実験報告の提示を認めた。ただし、最高人民法院は同時に、この報告が実施可能要件違反の実質的な不備を解消できないと判示した⁶¹。

発明に関する明細書の明瞭かつ完全な説明は、当該領域の技術者が実施することができる程度に達するまでに行わなければならない。ここでは、実施可能とは具体的に何か、明細書にどの程度記載すれば十分に公開されていると言えるかの疑問が湧く。出願人が専利の保護を求めると同時に、通常、一部の技術を秘密として保護する手段を残すことにより、利益の最大化を図っている。しかし、技術秘密の保持と十分に公開されているということは正反対である。したがって、専利出願において、明細書が十分に公開されているという度合いの把握が難しい。同様に、専利行政部門及び法院の視点では、これも実務においてケースバイケースで判断する必要があり難題である。中国の専利審査指南によれば、明細書には、当該領域の技術者が実施可能な技術的手段を何も説明せずに、課題及び／又は仮想のみ記載され

⁶⁰ 最高人民法院行政裁定書（2015）知行字第352号参照。

⁶¹ 最高人民法院行政判決書（2014）行提字第8号参照。

ており、或いは、願望及び／又は結果のみ説明されている場合、技術的手段が説明されているが、当該領域の技術者からみれば、その手段が曖昧かつ不明瞭で、具体的に実施できない場合、又は、説明される技術的手段によって当該領域の技術者が発明の解決しようとする課題を解決できない場合等はいずれも、十分に公開されている要件の違反に該当する。近年、明細書の公開内容が明瞭かつ完全であるかによって、当該領域の技術者が特定機能を実現可能かどうかを争う事件は、コンピュータ通信、電子機械の分野においてしばしば存在する。一番有名な事件は、米国アップル社が請求した「小iロボット」の専利無効審判事件である。この事件の争点は、明細書にどの程度まで公開すれば、十分に公開されている要件を満足するかということであった。復審委員会及び一審の法院は、「当該領域の技術者が実施可能な内容であれば、十分に公開されている要件を満足すると考えられ、これらの内容が明細書に教示、記載又は示唆されているかを考慮しない」という見解を示している。一方、二審の法院は、「明細書に記載される情報は十分でなければならず、又は少なくとも当該領域の技術者が関連先行技術を見つけて、本件専利の発明の具体的な実施を促すための十分に明確な示唆を与えなければならない⁶²」という見解を示している。現在、この事件は、最高人民法院の再審中である。その結果は、今後このような事件の争いについて指導的な意義を有するであろう。

(4) 補正の問題

専利書類の補正を認めることは、各国の専利制度の基本である。主な理由は、出願人の説明及び認知能力の限界性を補い、専利出願書類の不適當な記載によって法律の保護を失うことを回避するということである。出願人は、自発的に補正書（訂正書）を提出することができ、専利審査部門により発行された補正指令及び拒絶理由通知書の要求に基づいて、指摘された各種類の実質的・形式的な不備を解消するために、補正を行うこともできる。補正の目的は、通常、専利出願の発明へのより多くの専利の付与、技術的範囲の再特定、解決しようとする技術的難題の説明、或いは誤った表現の訂正等である。補正は当初の明細書及び専利請求の範囲に記載された事項の範囲を超えてはならない。つまり、新たな技術内容を追加してはならない。この点について、各国の専利法には、規定及び関連判断基準がある⁶³。中国の専利法33条の規定によれば、出願人は、その専利出願書類を補正することができる。ただし、発明及び実用新型の専利出願書類の補正は、当初の明細書及び専利請求の範囲に記載された事項の範囲を超えてはならない。外観設計の専利出願書類の補正は、当初の図面又は写真に示された事項の範囲を超えてはならない。SIP0の専利審査指南第1部1章（形式審査）7.6項には、補正が明らかに新規事項の追加に該当する場合として、数値の変更や数値範囲の拡大、当初の明細書に対応した文言の記載がない発明に係る請求項の新設、或いは、当初の明細書又は請求項に記載されていない発明の実質的な内容の追加等が挙げられる。指南第2部8章（実体審査）5.2.1.1には、出願内容は、その一部の追加、変更、及び／又は削除によって、同業者が読む内容が、当初の出願書類に記載される内容と異なり、且つ当初の出願書類に記載された内容から直接的且つ一義的に特定できない場合、このような補正は専利法33条の規定に違反すると規定している。

補正が許されるが、補正の範囲が規制される。専利立法は、出願人、その他の出願人及び社会公衆の利益の間に適切な境界を画することが意図されている。実務において、どの補正が認められる補正か、

⁶² 北京市高等人民法院による行政判決書(2014)高行(知)終字第2935号参照。

⁶³ 朱理「専利書類の補正に関する基本的な問題の研究：原理、標準及び規則」中国専利と商標2015年2号参照。

又は補正が新規事項の追加に該当するかに関する審査部門、法院の判断は、通常、国の特定時期の専利政策と関連性がある。近年、専利書類の補正要件違反に係る専利の権利化・有効性確認の事件が多くなってきている。中国の専利法33条の立法趣旨及び判断基準をどのように理解・適用するかは、理論及び実務において注目されている。権利化・有効性確認の手続きにおいて、出願人、無効審判当事者、審査部門、専利復審委員会が補正の合法性について理解が異なるため、争いが生じ、法院に至ることがしばしばである。裁判官も、専利書類の補正の合法性を審査する難題に直面している。そのうち、インカートリッジに関する事件⁶⁴は、専利出願書類の補正要件違反に係る復審委員会及び中等人民法院から最高人民法院までの法院の認定基準及び基準に基づくそれぞれの判断を示しており、代表的である。最高人民法院の見解によれば、当該領域の技術者が当初の明細書、その図面及び専利請求の範囲を総合的に参照すれば、直接的かつ明確に導き出せる内容について、導き出せる内容が当該領域の技術者には自明であれば、この内容が当初の明細書及び専利請求の範囲に記載された範囲内であると認定される。この見解からすれば、「当初の出願書類に記載される内容から直接的かつ一義的に特定できる」という専利審査指南の厳しい限定に比べて、最高法院の専利法33条に関する解釈がより柔軟かつ緩やかで、出願人や権利者に有利である。日本の経験からすれば、1993年から、法条文の内容が変更されていないが、「新規事項追加」の判断基準について、日本の特許審査実務も、厳しい審査から、適当に緩やかな審査に変更されてきた⁶⁵。また、中国の最高人民法院は、上海家化事件において、専利法33条と26条4項の適用関係についても説明した。つまり、本件専利の出願当時の最初の出願書類、登録書類及び無効審判における補正要件に係る問題は、いずれも1:30の比が当初の明細書に記載されているかということである。これらの補正は当初の明細書及び専利請求の範囲に記載された事項の範囲を超えていない。「この比率の関係を満足する全ての発明がいずれも本件専利の発明の目的を達成できるかは、サポート要件に係る問題で、すなわち専利法26条4項に係る問題であり、この理由により補正要件に違反するかを認定すべきではない。⁶⁶」と判示した。

まとめて言うと、補正要件の判断は、当該領域の技術者の視点で、文言記載に拘わらず、当初の明細書及び専利請求の範囲に記載されていた内容全体を総合的に考慮し、出願書類の本意を客観的に分析すべきである。審査、裁判の実務において、この基準を的確に把握するために、時代の発展及び国の実情を十分に考慮した上で、総合的な判断を行い、時代の発展に従って調整を行う必要がある。これにより、各側面の利益の良好なバランスを取り、革新及び社会の発展を促進するために良好な専利制度の環境を整えることが期待される。

結びに 中国関係制度の見直しへの提言

専利審決取消訴訟は、専利制度の実施における重要な一環である。発明専利自体は、発明をクレーム等の抽象的な文言により表現するものである。専利制度の最も肝心な部分、例えば進歩性の判断、均等論の適用等は、専利法自体に具体的な運用の条文を設けることができない。そのため、裁判官が判決により専利法の趣旨及び他の抽象的な法律の概念を解釈する判例は、産業界の今後の行為基準を指導する具体的な規範として特に意味がある。

⁶⁴ 最高法院（2010）知行字第53号行政裁定书参照。

⁶⁵ 毛立群、楊楷「中日両国「新規事項追加」の判断基準の実務に関する比較研究」、『2011年中華全国専利代理人協会年会及び第2回知識産権フォーラム論文集』。

⁶⁶ 最高人民法院行政裁定书（2011）知行字第17号。

専利の権利化・有効性確認の手続きの実質はいずれも、専門の審査官が専利法及びその関係法規を正確に理解・適用して発明の専利としての適格性を判断することであるが、拒絶査定不服審判と無効審判における専利復審委員会の位置づけはこれと異なる。不服審判において、復審委員会は国家行政機関を代表して、専利権を付与しない旨の拒絶査定 of 適切性を判断するが、無効審判においては、復審委員会は通常、専利権の有効性について中立の立場から判断する。この両段階における復審委の職権は若干異なるが、中国専利の質を向上させるために、立法において一定の条件の下での職権による審理の権限を与えることは必要で、可能である。ただし、職権による審理の権限及びその制限は、関連法規において明確に定めなければならない。一方、専利権侵害民事事件も、権利の有効性及び権利範囲の解釈がしばしば争点になるため、行政機関の無効審判及びその後の訴訟手続きが絡んでくる場合が多い。したがって、無効審判の手続きを最適化し、専利の有効性を判断する専門の裁判機関を設けることは各法律地域の共通な実務経験となっている。中国は近年、専利出願及び登録の件数が激増しているため、潜在的な専利審決取消訴訟も今後多くなる見通しである。そのため、日本等、中国と似ている法律上の問題点を持つ国や地域の経験を参酌して、立法と法律の実施において適切な調整を行うべきである。中国では近年、専門の知財法院が相次いで設置され、専利等、高い技術性を持つ事件の裁判が一般の民事裁判から独立していることから、専利法等の知財法律の見直し又は知財法院のための立法に可能性が与えられている。現在の専利法の改正は、無効審判請求の手続きの簡素化にまだ触れていない。一方、中国の専利侵害訴訟と無効審判請求との手続きのクロスは、様々な問題を招くおそれがある。そこで、まず台湾の経験を参考にして、専門的な立法により、専利侵害事件を管轄する各知財法院に専利無効の抗弁を導入することも考えられる。このようにすれば、日本、台湾のように、専利無効の抗弁が権利の有効性に影響を及ぼさず、その事件において限り、権利濫用を防止するために適用できるという運用を実現することができ、紛争の効率的な解決に役立つ。また、専門の知的財産高等法院の設置も近いうちに考慮すべきである。専利復審委員会の審決を不服とする場合に専門の知財高裁に直接提訴することができれば、専利審決取消訴訟の手続きがより簡素化でき、侵害訴訟と当事者系審決の取消訴訟との手続きの関係も調整できる。

専利審決取消訴訟は、複雑な技術問題や法律問題に関係するだけでなく、裁判結果は関係業界の発展にも大きな影響を与える可能性がある。また、外国企業に関連する事件の比率が高く、審理が困難である。審決取消訴訟は、法院が行政行為の手続きの適法性（例えば、行政機関の権限、立証責任、当事者の手続き権利の確保等）を確認する点で一般の行政訴訟とは共通しているが、さらに複雑な実体問題にも関係する点では一般の行政訴訟とは異なる。近年、中国の専利審決取消訴訟においてよく見られる争点としては、技術常識の援用、進歩性の判断、実施可能要件、補正要件等の具体的な問題が挙げられる。中でも、発明の進歩性の判断は、審査機関と法院がともに直面する難題である。「当該領域の技術者」という概念は、極めて把握し難い基準である。総じて言えば、法院は専利の進歩性判断について保守的であり、審決の取消や一審判決の覆しについては極めて慎重に判断されている。

II. 日中技術調査官制度及び運用に関する比較研究

中国社会科学院 知識産権センター 李 菊丹¹ 副教授

はじめに

「専門の知識産権法院を設置し、技術性が比較的高い知的財産権の案件を審理することは、世界の知的財産権保護における一種の傾向であり」²、中国のイノベーション主導型の発展政策を推進し、司法システム改革を深める重要な措置でもある。また、技術類の知的財産権案件を集中して審理することを考慮した場合、最も広い範囲で司法裁判の基準を統一することができ、技術革新の成果に対する知的財産権の保護能力と保護水準を強化することができる。上述の考えから、中国は2014年末に北京市、広州市、上海市に専門の知識産権法院を相次いで設置し、各地域の技術類の知的財産権の案件を集中して審理することになった。これまでの裁判実務に基づく、知的財産権類の案件は一般の民事案件に比べて明らかに技術性と専門性が高いという特徴がある。「技術的事実の審査と認定は知的財産権案件の裁判の要」³となるが、通常は、専利や植物新品種（育成者権）、集積回路の回路配置等の技術類案件を審理する裁判官が、対応する専門的な知識を備えることは困難、または備えていないため、技術的事実の究明がこの類の案件の審理をする上での難点であった。日本、韓国、及び中国台湾地域の成熟した経験により明らかになっているが、知的財産権の技術類案件に対する審理に技術調査官を導入することが有効である。技術調査官は、専門知識等の優位性を発揮し、技術的事実を究明する上で有利に働き、知的財産権案件の審理の質を高める。2014年12月31日、最高人民法院は「知識産権法院技術調査官の訴訟活動関与に関する若干問題についての暫定規定」を公布し、北京市、広州市、上海市に3か所の知識産権法院が設置したが、その設置の半年から1年の間に、技術調査室を設置し、専任又は兼任の技術調査官を招聘し、法院の知的財産権技術類案件の補助要員として、案件の事実の究明と審理に関与させた。

2014年8月31日に、全国人民代表大会常務委員会で可決された「北京、上海、広州で知識産権法院を設置することに関する決定」の規定により、当該決定を施行してから満3年後に、すなわち2017年8月31日以降、最高人民法院は全国人民代表大会常務委員会に本決定の実施状況を報告しなければならない。技術調査官制度の実施は、知識産権法院が講じる重要な司法審判改革の措置であり、裁判官の定員制と知的財産権案件の「三合一」（スリー・イン・ワン[民事・行政事件+刑事事件を併行して審理すること]）の審判システム及び知的財産権技術類案件の地域を跨いだ集中管轄等、これらが合わさって知識産権法院の創設過程の重要な内容を構成し、今後、最高人民法院が全国人民代表大会常務委員会に向けた報告を構成する重要な部分となるであろう。したがって、本報告書では技術調査官制度を考察対象とし、中国と日本の技術調査官制度の基本的な内容、及び当該制度の運用において存在する問題と対処案を詳細に分析、比較し、相違点とその異なる状況が生じる原因を比較し、日本の技術調査官制度の実施経験を概観した上で、中国技術調査官制度と発展の参考に供したい。

¹ 中国社会科学院知識産権センター、中国社会科学院法学研究所副研究員。研究テーマは知的財産権法。

² 李明徳「知的財産権法とイノベーション主導型発展」人民法院報2014年9月3日8面。

³ 宋漢林「知的財産権訴訟における技術的事実の認定——中国の知的財産権訴訟技術調査官制度」西部法学評論2015年5号、11頁。

1. 中国技術調査官制度の確立と運用

「中国の司法実践に適した技術的問題の解決システム、或いは技術的事実の究明システムをどのように作り上げるかという点については、この10年、最高人民法院及び司法の実務と理論の世界で継続して探求と研究が行われている注目度の高い問題である」⁴。技術調査官制度は、技術的事実の究明システムの一部であり、「知的財産権技術類案件の専門性が比較的高いという特徴に対して設けられた独自の制度」⁵である。

(1) 法的根拠

中国では、技術調査官に関する最も基本的な法的根拠は、最高人民法院が2014年12月31日に公布した「知識産権法院における技術調査官の訴訟業務参加に関する暫定的な規定」（以下「技術調査官暫定規定」に略す）である。技術調査官暫定規定の起草過程において、最高人民法院の民三庭（知的財産権裁判庭）は、2014年8月31日に第12期全国人民代表大会常務委員会で可決された「知識産権法院設置に関する決定」の審議説明と中国共産党中央委員会の「司法体制試行の若干の問題に関する枠組意見」の技術調査官設置に関する要求において、知識産権法院での技術類案件をめぐる審理において、中国の実情に適し、中国の特色を備えた技術調査官制度を導入することを最終的に決定した。技術調査官暫定規定は全部で10か条から成り、技術調査官の位置づけ、適用範囲、適用手続き及び回避、業務上の職責及び技術審査意見の法的効力等について規定された。また、その他の人民法院の審理における上述の案件で、本規定を参照・適用できる旨が規定された。北京、上海、広州の知識産権法院は、最高人民法院が公布した技術調査官暫定規定に基づき、各法院の具体的な状況を踏まえ、技術調査官に関する業務規範と管理方法を規定した。具体的には、北京知識産権法院が制定した「技術調査官の管理規範」と「技術調査官の業務規程」、上海知識産権法院が制定した「技術調査官の管理規則（試行）」、「技術調査官の訴訟活動関与業務の規程（試行）」、及び広州知識産権法院が制定した「広州知識産権法院技術調査官の訴訟活動関与に関する暫定規則」（2015年3月10日）、「広州知識産権法院技術調査官選任及び管理規則」、「広州知識産権法院の技術調査業務規程（試行）」⁶を含む。

最高人民法院の「技術調査官暫定規定」によると、技術調査官は司法補助員に属し、裁判官は案件の審理の必要性に基づいて、訴訟活動に関与する技術調査官の派遣を書面で技術調査室に通知する。技術調査官が訴訟に関与することは、当事者に告知しなければならない、また、審判者の回避制度を適用しなければならない。技術調査官は主に知識産権法院が審理する専利、植物新品種（育成者権）、集積回路の回路配置、技術上の秘密、コンピューターソフトウェアなど専門的な技術性が比較的高い民事と行政案件に適用し、その他の法院が上述の案件を審理する際も、技術調査官を適用することができる。技術調査官は必ず裁判官の要請に基づいて案件の技術的問題について意見を提出し、裁判官が技術実施による紛争の焦点を明確にするために協力し、技術に関する事実の調査に対する意見を提出し、法廷審問に関

⁴ 楊海雲、徐波「中国特殊な技術性事実究明システムの構築——「技術調査官制度をメインとし、技術裁判官制度をサブとするシステムの路」を行く」中国司法鑑定 2015年6号、7頁

⁵ 宋曉明、王闖、吳蓉「知識産権法院技術調査官の訴訟活動関与に関する若干問題についての暫定規定」理解と適用・人民司法 2015年7号、32頁。

⁶ 粵知法辨〔2015〕2号「「技術調査官の訴訟活動参加に関する広州知識産権法院の暫定方法」等の印刷、発行に関する3件の文書の通知」http://www.gipc.gov.cn/showu/big_content.jsp?id=C6C85FC81FD00001A63DAD78128E13DA 2017年1月14日最終訪問。

与し、合議体の評議に列席し、組織の鑑定・諮問などの業務に協力する。技術調査官は尋問、証言聴取、法廷審問の際に、裁判官の許可を得て、案件に関する技術的問題を訴訟参加者に質問することができる。列席した案件の評議や提出した意見は、訴訟記録に残され、裁判官が技術的事実を認定する上での参考とすることができる。ただし、案件の裁判結果に対する評決権を持たない。

「上海知識産権法院の技術調査官の訴訟活動関与業務規程（試行）」と広州知識産権法院の「広州知識産権法院技術調査官の訴訟活動関与に関する暫定規則」は基本的に最高人民法院の「技術調査官暫定規定」の内容の範囲で具体的な規定がなされている。上述の2つの知識産権法院の規定と比べてみると、次の点が異なっている。①技術調査官に関する忌避の決定権は、いくらか異なる問題に属している。上海知識産権法院は「当事者が提出した忌避申立てについて、案件の裁判長は申請を受け取ってから3日以内に、口頭もしくは書面で決定を出す」と規定しているが、広州知識産権法院では「技術調査官の忌避は、当院の院長が決定する」とされている。最高人民法院では技術調査官の忌避について明確な規定があり、民事訴訟法、行政訴訟法等の裁判官の忌避に関する規定を参考して適用している。民事訴訟法（2013年）46条において「院長は裁判長の回避に対して責任を負い、審判委員会により決定する。裁判官の忌避については院長が決定する。その他の人員の忌避については裁判長が決定する」と規定されている。このことから分かるように、上海知識産権法院は技術調査官を案件の審理における「その他の人員」と見なしているが、広州知識産権法院は技術調査官を「裁判官」と見なしている。最高人民法院の「技術調査官暫定規定」の意味から理解すると、技術調査官を「裁判官」と見なすべきである。②技術調査意見の法的効力及び公開すべきか否かの問題に関して、上海知識産権法院と広州知識産権法院はいずれも、技術調査官は案件の裁判結果に対して評決権を持たないと考えており、技術調査官の意見は裁判官が技術的事実を認定する上での参考とすることができ、評議記録に記入するとともに、署名しなければならないとしている。しかし、裁判官が技術審査意見をどのように取り扱うかについて、上海知識産権法院と広州知識産権法院ではいずれも、技術審査意見は裁判官（合議体）が技術的事実を認定するための参考とすることができると規定されているが、広州知識産権法院では明確に「裁判官が採用しないものについては、説明しなければならない」と規定している。しかしながら、上海知識産権法院では明確には規定されていない。技術審査意見を公開すべきかどうかの問題について、上海知識産権法院は「当事者及びその代理人の閲覧を受け入れない」として、技術審査意見を明確にしているが、広州知識産権法院では明確な規定がなされていない。このほか、上海知識産権法院では技術調査官と技術専門家委員会との関係も明確にされており、「技術調査官が、技術的問題が複雑で難しく、さらに踏み込んで確定する必要があると判断した場合には、合議体に報告して許可を得た後、技術調査室に、関係する技術分野の技術専門家委員会会議の招集を依頼して討議するよう申請することができる」と規定している。これに対し、広州知識産権法院では規定されていない。

最高人民法院が公布した「技術調査官暫定規定」及び北京、上海、広州の知識産権法院が相次いで公布した関連規定は、各法院が技術調査官制度を実施した経験に基づいて総括したものではなく、台湾、韓国及び日本の関連制度の実施に対する研究をまとめて、中国の実情に基づいて制度を設計したものであり、中国における知的財産権の技術類案件の審理の質と効率の問題を解決できるか否かについては、依然として実践による検証を待つ必要がある。上海、広州の知識産権法院のいくつかの異なる規定は、まさに技術調査官制度を中国で実施する中でいくつかの問題を反映している。

(2) 運用情況

現在の北京、上海、及び広州知識産権法院の技術調査官制度の実践情況から見ると、中国の技術調査官は主に組織内の技術調査官、招聘した技術調査官、交換した技術調査官と、兼任の技術調査官という4つの類型がある。上述の4つの類型の技術調査官は、3か所の知識産権法院においていずれの類型も存在している。

(i) 北京知識産権法院技術調査官制度の実施情況

北京知識産権法院では2015年10月22日に正式に技術調査室が設置され、現在39名の技術調査官（そのうち交換が5名、兼任が34名）が配置され、現在までに合計25名の技術調査官により、出廷128件、保全と現場検証の参加14件、技術諮問122件、技術調査官の技術調査意見作成110篇を含む、250案件の技術的事実究明業務に関与した。このほかの統計によると、2015年から現在まで、当該法院で受理した技術類案件は合計1,661件で、2016年に受理した案件総数の22%を占め、結審した技術類案件は674件⁷であった。北京知識産権法院が2016年10月25日に公布した「技術調査官制度の運用情況の通達」⁸によると、技術調査官制度を採用した後、当該法院の技術類案件の裁判の質と効率が明らかに向上し、現在までに、技術類案件の結審率は前年同期比で87%上昇した。

通達ではまた、特にここ1年の北京知識産権法院の技術調査官適用における初期段階の経験をまとめている。①技術調査官任用の類型を柔軟に設定し、現在交換と兼任の技術調査官を中心に、招聘した技術調査官を補助とする業務パターンが概ね構築されている。②技術調査官が全面的に訴訟活動に関与するシステムを模索する。すなわち技術調査官は開廷前の尋問の関与、法廷審問、技術審査意見の提出、案件評議等の業務の他に、保全評価や証拠保全の実施、現場検証等の訴訟活動への関与も要求する。③技術専門家委員会の運用システムを模索する。案件の技術的問題が複雑で難しく、技術調査官が正確な結論を出せないという状況においては、技術専門家委員会制度を発動し、最終的に技術調査官が専門家委員会で検討した意見に基づいて作成した書面の審査意見を裁判官に提出し、参考に供する。④「四位一体」の技術的事実究明システムを模索する。すなわち、専門的な陪審員、技術調査官、補助員、司法評定機関が共に関与する技術的事実究明の仕組みを構築する。⑤技術調査官の業務の規範性と中立性を確保し、制度の規定を通して技術調査官の行動を規範化し、研修の強化を通して技術調査官の職務遂行能力を高める。北京知識産権法院は現在、技術調査官制度に対するまとめを行った唯一の知識産権法院である。

(ii) 上海知識産権法院技術調査官制度の実施情況

上海知識産権法院は2014年12月28日に設立され、2016年3月16日に技術調査室が設置された。11名の技術調査官が招聘され、そのうち9名は関係機関から推薦を受けた兼任の技術調査官であり、2名は国家知識産権局専利復審委員会等の機関が、期間を1年として上海知識産権法院へ交換派遣した常駐の技術調査官である。この他、上海知識産権法院では科学技術諮問専門家と知的財産権諮問専門家をそれぞれ18名ずつ特別招聘している。2016年4月の「上海知識産権法院業務総括」によると、2015年1月から4月までに当該法院が受理した各種知的財産権案件は合計2,247件で、そのうち一審、二審の民事案件が2,229

⁷ 「法官“知恵袋”、裁判をより専門的に」 人民法院報 2016年10月28日号、4面。

⁸ 「北京知識産権法院、技術調査官制度の運用1年の成果」 <http://www.zhichanli.com/article/40994> 2017年1月16日最終訪問。

件、その他が18件、結審した各種案件は1,440件であった。統計によると、一審で受理した民事案件は、コンピューターソフトウェア423件、発明専利148件、実用新型195件、外観設計274件、その他79件を含む計1,119件であった。そのうち技術類案件（コンピューターソフトウェア、発明専利と実用新型案件）は571件であった。二審案件は1,110件で、そのうち技術類は233件であった。2016年4月20日頃までにおいて、上海知識産権法院では合計で専門家への諮問が55回、専門家の陪審が17回、及び技術調査官が担当した諮問と法廷審問は48回実施された。この他のデータ統計によると、2016年11月30日までにおいて、上海知識産権法院技術調査室では合計35件の技術調査案件が受理されており、完了した技術諮問と関連事務手続きは258件、証拠保全、現場検証等への関与がのべ10件、出廷は40回、技術審査意見書の作成は16篇であった。

(iii) 広州知識産権法院調査官制度の実施情況

広州知識産権法院は2014年12月16日に成立し、5名の技術調査官を配置予定であるが、現在、技術調査官は3名である。2015年4月19日に第一回目として技術諮問専門家29名を招聘し、当該法院における、重大で判断や処理が難しく、複雑な技術的問題の審理に確実な保障が提供されている。技術諮問専門家の任期は3年である。2016年4月の「広州知識産権法院の業務報告」によると、2016年4月13日までに受理した各種知的財産権案件は合計5,781件、結審した案件は3,729件であった。別の統計によると、4月22日までに広州知識産権法院で受理した専利、技術上の秘密、コンピューターソフトウェア等の技術類の民事及び行政案件は、受け付けた案件総数の63%以上⁹を占めた。2015年4月22日、広州知識産権法院が審理した、広州市樂網數碼科技公司在中國連通廣東省分公司〔チャイナ・ユニコム広東支社〕を提訴した案件は、広州知識産権法院で初めて技術調査官を法廷審問に関与させた案件¹⁰であった。2016年4月までの統計では、当該法院で2015年に技術調査官が関与して審理した案件は合計16件で、2016年12月までの統計では、当該法院において1年間に技術調査官が発動した案件は合計34件で、4案件については技術専門家が発動された。技術調査官制度について言えば、広州知識産権法院では当該制度をまだ初期段階のものと位置づけており、現在は引き続き多くの実践レベルの問題について研究・解決が必要だと考えられる。

(iv) その他の法院の技術調査官運用情況

最高人民法院の「技術調査官暫定規定」によると、その他の法院では専利、植物新品種（育成者権）、集積回路の回路配置、技術上の秘密、コンピューターソフトウェアに関するもの等、専門的な技術性が比較的高い民事及び行政案件を審理する際に、技術調査官を参考、適用することもできる。最高人民法院で2015年6月16日に結審した、イーライリリー・アンド・カンパニー社が起こしたワトソンファーマシューティカルズ社の特許侵害上訴案において、2015年4月22日に当該案件の公開審理を行う際に、案件に及ぶ技術的事実の正確な究明のために、初めて技術調査官を派遣して、案件の訴訟に関与させた。これは、最高人民法院を含むその他関連法院が知的財産権の技術類案件を審理する中で、必要であれば、関係する案件の技術的事実の問題解決を補助する技術調査官を採用することができるということを明確に示している。

⁹ 「「技術調査官」法廷に初登場」羊城晚報 2015年4月23日号、A8面。

¹⁰ 林広海「広州物語、知識産権法院プリズム」法律適用 2015年10号、22頁。

2. 日本の技術調査官制度の確立と運用

中国の技術調査官制度は「主に日本、韓国及び台湾地域の技術調査官に関する立法と成熟した経験を手本に、中国の司法実践において採用した専門家としての補助要員、司法鑑定、専門家による諮問等の事実究明の仕組みと結び付けて」¹¹実施しているものである。日本における「裁判所調査官制度（judicial research officials system）は、知的財産権案件の審理、裁判に必要な技術的事項を調査する、裁判官を補助する制度」¹²であり、「東京高等裁判所が1949年4月に初めて確立した」¹³もので、「60年余りの歴史があり」¹⁴、すでに知的財産権訴訟の構成部分として、広く受け入れられている。また、より一層の信頼性と説得力を備えた判決を実現するために、東京高等裁判所ではこの他にも異なる技術分野の、知識や経験が豊富な権威ある専門家、科学者及び弁理士を任命し、中立かつ公平な技術専門家（Technical advisors, 専門委員）として知的財産権訴訟に関与し、裁判官及び訴訟の当事者に向けて訴訟で及んだ技術的問題を解説し、スピーディーで合理的な解決を推し進めている。技術調査官と専門委員は「車の2つの車輪のように裁判官をサポートして」¹⁵知的財産権案件の紛争を解決している。このことから分かるように日本の技術調査官制度と専門委員制度は、裁判官の知的財産権技術類案件の審理に協力する、2つの切り離すことができない制度設計であり、合わせて考察する必要がある。

（1）専門委員制度

近年、日本の一部の専門分野、例えば医薬、建築及び知的財産権に及ぶ案件が一定して増加しており、関連分野の判断が正確に行われるように、その分野の専門家の介入が必要となっている。日本の民事訴訟法（Code of Civil Procedure）では2003年の改正時に、専門委員制度（technical advisors system）が規定され、2014年4月に正式に施行された。その中の92条の2から7では専門委員が訴訟に関与する手続き、専門委員の任免、業務の範囲、定数、性質、手当、除斥・忌避申立て、及び処分について規定されている。

（i）専門委員が案件に関与する手続きと業務の範囲について

規定に基づき、裁判所が案件の技術的問題について解説が必要と認める場合は、当事者双方の意見を聴取した後に、申立て又は職権により、専門委員の任用を決定することができ、訴訟の争点及び証拠処理手続き、証拠調査手続きと和解手続きに関与させることができる。仮に、専門委員が出廷して発問することに不都合があり、最高裁判所の規定を満たす状況であれば、音声を通して双方の当事者と話をする。裁判所はまた、審理案件の詳細に基づく必要性により、申立て又は職権により、専門委員の案件への関与の申立てを取り消すこともできる。

¹¹ 宋曉明、王蘭、吳蓉「知識産権法院技術調査官の訴訟活動関与に関する若干問題についての暫定規定」の理解と適用」人民司法 2015年7号、32頁。

¹² 「知的財産高等裁判所の現状」<http://www.ip.courts.go.jp/chi/aboutus/current/index.html>, 2017年1月17日最終訪問。

¹³ 強剛華「試論中国知的産権法院技術調査官制度の構築」電子知識産権 2014年10号、84頁。

¹⁴ 凌宗亮「日本の知的財産権裁判における技術的事実の究明制度」知産力（Wechat ID: zhichanli）2016年2月25日。

¹⁵ 「知的財産権訴訟における専門委員制度について」参照 <http://www.ip.courts.go.jp/documents/expert/index.html> 2017年1月17日最終訪問。

(ii) 専門委員の性質、定数、任免及び手当について

専門委員は兼任であり、任免に関連する具体的な事項は、最高裁判所により規定されている。各案件において1名又は複数の専門委員を配置することができ、裁判所が双方の当事者の意見を聴取した後に確定する。専門委員が関与する案件の訴訟では、法に基づき手当や出張旅費、日当、及び宿泊費をそれぞれ支給し、その金額と支給基準については、最高裁判所が明確に規定している。

(iii) 除斥・忌避申立て及び処分について

専門委員は関与する訴訟の関連規定を順守しなければならない、仮に専門委員が資格を備えていない、或いは除斥・忌避の申立てがあり、これが認められた場合には、関連する専門委員は、裁判所が申立てに基づいた最終的で有効な決定をするまで、訴訟への関与が停止される。裁判所は事案の内容詳細により専門委員を訴訟に関与させる決定をする権利があり、申立取消の命令及び訴訟へ関与する専門委員の指定を行う。

日本の知的財産高等裁判所が公表した情報によると¹⁶、知的財産権分野の専門委員は主に全国で最先端の科学技術研究に携わる大学教授や研究者、すなわち「各専門分野の第一人者」で構成されている。電気、機械、化学、情報通信、バイオテクノロジー等多分野に及んでおり、現在はおよそ200名が任命されている。2016年4月1日までに、既に1,700人の専門委員が知的財産権訴訟に関与しており、その中で大学教授が約65%を占め、弁護士が約15%、公立研究機関の職員が約11%、民間企業の研究者が約9%を占めている。資料の説明¹⁷によると、現在、日本の専門委員の年齢は、多くは50歳から70歳の間に分布しており、主に化学、機械、及び電子工学という3大分野に集中している。実務においては、機械分野の案件が最も多く、その次が化学分野となっているが、専門委員は化学分野案件の運用が最も頻繁である。その原因としては化学分野の案件では、裁判官が他の分野以上に専門委員の協力を必要としており、協力があってはじめて権利要求の範囲の解説を行い、特許の有効性に対して判断を行うことができることにある。知的財産権訴訟において、必要であれば3名の専門委員による技術説明会を開催し、これにより案件で及ぶ技術の紛争を説明することができる。

日本の最高裁判所が公布した民事訴訟法規則¹⁸によると、専門委員の活用は知的財産権と関連する案件に限られず、主にはその専門知識に基づき解説した技術的事実と証拠、訴訟請求の中に含まれている専門用語は、案件の問題と証拠の手配に都合が良い。法廷では直接専門委員に証拠審査と和解手続きへの関与を指示し、技術的問題を解説することが可能である。専門委員の解説は、裁判官と当事者が訴訟請求及び証拠の基礎を更に深く理解するのに利用されるのみで、当事者の権利処理の証拠にはならず、法廷で双方の当事者の争いのある事実の決定に用いることもできない。総合的に言えば、専門委員は具体的な権利義務の認定には介入しないが、当該制度の運用により、裁判所の知的財産権技術類案件に対するより一層正確で速い審理を促進することができる。

¹⁶ 「専門委員会の制度紹介」参照 <http://www.ip.courts.go.jp/documents/expert/index.html> 2017年1月17日最終訪問。

¹⁷ 劉影「日本の技術調査官と専門委員制度」中国知的財産権、総合94号、2015年2月15日。

¹⁸ “2014 Outline of Civil Procedure in Japan”、http://www.courts.go.jp/english/vcms_lf/20140417-civil-design.pdf

(2) 裁判所技術調査官制度

日本の民事訴訟法(2005年改定)92条の8は、裁判所技術調査官制度について規定している。具体的に、「裁判所技術調査官」と「専門委員」について、民事訴訟法の第五章「訴訟手続き」(Court Proceedings)における第二節「専門委員等」(Technical Adviser, etc.)において規定している。関連規定によれば、ここで「裁判所技術調査官」と表記しているのは英語で「Judicial Research Official in Cases Relating to Intellectual Property」であり、直訳すれば「知的財産権関連案件における司法研究官」となり、「裁判所技術調査官」制度は日本の民事訴訟法において規定しており、知的財産権に関連する案件における技術的問題を解決する制度であり、知的財産権に関連する案件にのみ適用されることが明らかである。関連規定によれば、裁判所が必要と認めた場合、技術調査官1名を派遣して、高等裁判所又は地方裁判所における知的財産権関連案件の審理と判決の判断に当たる。技術調査官は裁判官の指示に基づき、次の業務に責任を負う。①訴訟関連事項を明らかにするために、口頭弁論、証言の聴取、証拠提出手続き、提出した関連文書の法的義務の存在有無の決定、及びその他の法廷審問手続きの進展と関連のある証拠或いは問題の決定過程において、訴訟当事者に対する質問の提起又は当事者に証拠や証明、関連事実や法律問題の提出を促す。②証拠審査の際に、証人、当事者或いは専門家の証人に直接質問を提起する。③和解手続きにおいて、専門知識に基づいた意見を述べる。④裁判官に対し、案件について意見陳述を行う。民事訴訟法23条～25条における、裁判官に対する忌避申立て及び手続きは裁判所調査官にも同様に適用される。当事者が案件に関与する裁判所技術調査官が不適格或いは忌避すべきだと考え、申立てをした場合には、当該裁判所調査官は申立日から最終的に有効な決定が下されるまで案件には関与しない。

日本の特許庁職員の紹介及び日本の知的財産高等裁判所が正式に公表している状況¹⁹によると、現在日本では知的財産高等裁判所、東京地方裁判所と大阪地方裁判所の知的財産権専門部に裁判所調査官が配置されている。裁判所調査官は、裁判所の専任職員であり、機械、化学、電気等の技術分野の専門知識と特許法の知識を備えており、特許庁審判官又は弁理士の経験がある職員で構成されている。現在、全国に合計21名の裁判所調査官が在籍し、そのうち知的財産高等裁判所に11名、東京地方裁判所に7名、大阪地方裁判所に3名が配属され、うち19名は特許庁からの出向で、十分な経験を持つ特許庁審判部の審判官である。出向期間は3年で、任期終了後は特許庁に復帰する。弁理士は弁理士協会からの推薦による。裁判所調査官は裁判所の命令を受けて、原則としてすべての特許(中国では「発明専利」と実用新案等の技術類の知的財産権訴訟に関与し、当該案件の審理と判決に必要な技術事項について調査を行う。調査報告は公開せず、その調査結果は直接証拠にすることはできず、案件事実と権利の認定に用いられる。実務において、裁判所調査官と裁判官は一对一の関係ではなく、裁判所調査官は案件にのみ責任を負う。裁判所で調査官の業務に従事した特許庁の審判官は3年後に特許庁に復帰し、通常はより上の職位に就く。弁理士にとっては、特許代理事務所の責任者は通常若い層が技術調査官を担当できるようにしている。技術調査官の知的財産権技術案件裁判における役割について、日本の経験豊富な元裁判官・三村量一氏²⁰の紹介によれば、通常は日本の特許と実用新案の案件には必ず技術調査官が配置されてお

¹⁹ Use of Expert Knowledge about Technology, http://www.ip.courts.go.jp/vcms_1f/07_5syo.pdf2017年1月17日に最終訪問。

²⁰ 2016年10月20日～23日、日本の一般財団法人知的財産権研究教育財団知的財産研究所の招へいにより、長島・大野・常松法律事務所を訪問し、三村量一弁護士・元裁判官による関連状況に関するご紹介を拝聴。

り、技術調査官が特許無効案件の中で果たす役割は大きい。また、特許侵害訴訟において、裁判官は自らの判断をより重視するという。

（3）専門委員、技術の鑑定人と裁判所調査官の相互協力

知的財産権類案件の審理過程において、関連する技術的問題に及んだときには、専門委員、技術調査官、及び鑑定人が同時に案件の状況に関与することがある。特に専門性の高い先進技術分野に及ぶ案件では、裁判所は技術調査官を派遣して案件に関与させるとともに、専門委員も派遣して関与させ、さらには3名の専門委員も派遣して、当事者に対して一緒に技術説明会を開く。このような状況のもと、専門委員、裁判所調査官、及び技術の鑑定人は、それぞれの法的な地位及び意見の法的効力が異なっている。専門委員は裁判所の非常勤職員であり、普段は全国にいる特定分野における「第一人者」である。最高裁判所の任命を受けて、任期は通常2年となっている。関与した案件に基づいて手当てを受け取り、案件が及んだ技術的問題及び関連する専門用語の説明を行うのみであり、訴訟の当事者の発問は受けない。その意見は直接証拠として認定されることはない。裁判所調査官は裁判所の専任職員で、裁判官の指示により案件に関与し、案件が及んだ技術的事実について調査、報告を行う。基本的には全ての訴訟手続きに関与し、調査において当事者に発問することができる。しかしながら、当事者の質問は受け付けず、調査意見と報告は非公開であり、直接証拠として認定されることもなく、裁判官の心証の形成に供されるのみとなる。鑑定人は裁判所職員ではなく、任期の規定はない。委託に基づき関連する技術的問題について判断して結論を出し、その鑑定結果については当事者の質問を受け付けなければならない。相反する証拠がなければ、当該鑑定結果は証拠として認定することができ、裁判の判断基礎となる。専門委員、技術の鑑定人と裁判所調査官は、知的財産権技術類案件の審理過程において各自が職責を果たし、互いに協力して、関連案件における技術的問題を解決するという目的を達成する。

3. 日中技術調査官の制度の比較

2015年に北京、広州、上海の知識産権法院が相次いで技術調査官制度を実施してから、現在既に1年以上運用してきている。この時期において、技術調査官が中国の知的財産権技術類案件の審理過程において発揮した役割は、既にある程度現れているが、日本と比較すれば技術調査官の人員選択、業務システムと発揮する役割については、実践によるさらなる検証が必要であろう。

（1）制度の目的

日中両国の技術の調査官制度設置の目的は基本的には共通している。知的財産権類技術案件の件数及び重要性に照らし合わせると、案件と関係のある技術的事実を究明して認定するために、専門技術分野の知識を備え、専利（特許）法の知識もある技術要員の介入を通して、裁判官の訴訟と関係のある技術的事実と問題の整理に協力し、これにより案件の審理の質と効果を高めることである。技術調査官は案件に対する権利・義務の判断には関与せず、専ら裁判官の技術補助として技術の専門性を発揮し、技術的問題を明らかにする。

(2) 人員の情況と業務システム

技術調査官の供給源は、日本と中国では明らかな違いがある。まず、日本の技術調査官は全て裁判所の専門職員であるが、中国の現在の技術調査官は、法院の正規の職員²¹であったり、国家知識産権局專利復審委員会の交換審査員²²であったりする他、化学研究所や企業、及び国家知識産権局專利審査協作センターの兼任技術調査官²³であったりする。日本の技術調査官制度の運用状況から見ると、技術調査官は専門委員と異なり、裁判官の技術補助であり、基本的には訴訟手続きに終始関与し、訴訟と関連がある技術的事実を調査し、当事者に質問し、特定の技術的事実及び技術専門用語の解説に止まらない。技術調査官は、専門委員と比べて法院の案件の訴訟手続きにより深く関与する。この点から見ると、兼任の技術調査官によりこのような業務を担うことは困難であろう。1つは兼任の技術調査官は各自本業を持っており、裁判官の必要性に応じ、案件訴訟手続きに完全に関与することはできないということであり、もう1つは技術調査官の兼任はその関連案件における中立性と公平性を保つことが非常に困難になるという点である。

(3) 技術調査官の実際の活用

関連データの統計から見ると、技術調査官の3か所の知識産権法院での活用状況にはやや違いが見られる。北京知識産権法院の2016年10月25日付の通達によると、2015年からこれまでに受理した技術類案件は1,661件で、結審した案件は674件、そのうち技術調査官が関与した案件は250件で、結審した案件の37%を占めていた。北京知識産権法院では、技術調査官を採用してから、技術類案件の裁判の質と効率が明らかに向上していると考えられており、技術類案件で審理が終了したものは前年同時期と比べて87%上昇した。

上海知識産権法院と広州知識産権法院では、結審した技術類案件の件数を公表していないため、技術調査官が関与した案件の割合を完全に統計することができていない。公表された関連統計に基づくと、上海知識産権法院での技術調査官の利用頻度が広州知識産権法院を大きく上回っている。広州知識産権法院が設置されて1年余りの間に、技術調査官が発動された案件が34件のみであった。結審した3,000件程度の技術類案件に比べて、技術調査官の活用頻度は低かった。これは、中国各知識産権法院の技術調査官の活用がやや不均衡の状況となっていることを意味している。つまり、技術調査官が各知識産権法院で発揮する役割が全て同じではないということである。原因として挙げられるのは比較的多く、制度が初期段階にあること、法院の技術調査官に対する機能の認識、及び裁判官の案件審理における習慣等が状況により変化されていくことが必要であろう。

日本の関係者の説明によると、技術調査官は原則としてすべての特許と実用新型に係る案件に関与することになっている。フィードバックに対する調査・研究によれば、日本では技術調査官制度の運用が比較的成熟した状況にあり、技術調査官の役割の発揮が比較的顕著である。日本の知的財産高等裁判所が2016年7月に公表した統計データ²⁴によると、日本の知的財産高等裁判所で2015年に結審した知的財産の一审案件は269件であり、結審した二審案件は162件であった。そのうち、技術類案件（特許と実

²¹ 資料によると、現在広州知識産権法院の3名の技術調査官は裁判所の正規の職員である。

²² 資料によると、現在上海知識産権法院の2名の技術調査官は国家專利復審委員会の交換審査員であり、他の9名は兼任の技術調査官である。

²³ 北京知識産権法院公布の37名の技術調査官は全員兼任の技術調査官である。

²⁴ 参照 http://www.ip.courts.go.jp/vcms_lf/10_8syo.pdf、2017年1月17日最終訪問。

用新案)はおよそ48.8%を占め、約210件であった。つまり、日本の知的財産高等裁判所の11名の技術調査官は、2015年に原則として210件程度の技術類案件に関与したことになる。別の資料によれば、2014年に日本の知的財産高等裁判所では、商標、意匠、特許（及び実用新案）等、合計416案件を審理し、技術調査官はそのうちの25件の審理に関与している²⁵。現在、当該データについては、さらなる事実確認が必要である。総合的に言えば、技術調査官は日本の知的財産権技術類案件において、比較的安定した効果を発揮している。この点について、中国では、現在技術調査官が案件に関与する件数が全体的に日本を超えているかもしれないが、中国の知的財産権類案件の総数が日本の数十倍も多いことから、中国における技術調査官の役割が更に発揮できることが期待される。くわえて、形式上にとどまらず、確実に技術調査官の役割を發揮させる必要がある。

4. 中国技術調査官制度の実施に存在する問題と整備に関する提案

総合的に言えば、技術調査官制度は現在中国では、主に実践により把握する問題であり、当該制度の実施は1年余り経つが、北京、上海、広州の知識産権法院の技術調査官制度の規則の作成状況、及び技術調査官制度の実施状況を見ると、依然としていくつかの問題が存在しており、さらなる解決と整備が必要である。

（1）技術調査官の位置づけの問題について

技術調査官の位置づけは、技術調査官制度実施における核心的な問題である。最高人民法院は「技術調査官暫定規定」を公布し、「技術調査官は司法の補助要員である」と明示しているが、現在北京、上海、広州の知識産権法院の技術調査官の実施状況から見ると、技術調査官は裁判官を補助する役割を果たしているものの、「司法の補助要員」としての独自の機能がはっきりと具現化されていない。技術調査官の「司法補助要員」という立場を具体的に表すためのキーポイントは、いくつかの事柄の関係を適切に整理することである。

まず、技術調査官の専任と兼任の関係を適切に整理する必要がある。

北京と上海の知識産権法院の実務に基づく、交換により国家知識産権局専利復審委員会から来た審査員が専任の技術調査官を担当することもあれば、科学研究所、企業や国家知識産権局専利審査協力センターの専利審査官が担当する兼任の技術調査官もいる。日本の技術調査官は特許庁の審判部の審判官の出向であるが、裁判所に正式に所属する職員であり、案件の審理において必要な時には、全力で裁判官をサポートして訴訟の審理、証拠提出や発問、及び和解等の手続きに関与する。技術調査官の中立性を確保し、本当の意味で「裁判官の技術的助手」として裁判官の技術類案件の審理を補助する。兼任の技術調査官はその中立性と業務の時間が確保できるよう、制度上の一定の制約があると思われるが、それは結局自身の業務における役割であり、裁判所に属していないため、思考と立場を完全に裁判所の審理の業務と一致させることが難しく、また全身全霊で訴訟審理の技術サポートに当ることも難しい。このため、技術調査官制度の実施における理想的な効果から言えば、関連技術分野を理解し、専利法の知識を備えた、特に専利保護の範囲を理解している専門家を一定数招へいして裁判所の専任職員とし、裁

²⁵ 凌宗亮「日本の知的財産権裁判における技術的事実究明制度」上海法制報 2016年3月2日号。

判官の技術類案件の審理に協力し、関連案件の技術的事実と技術的問題の解説と説明の責務を与え、技術紛争を明らかにし、関連する技術的証拠を保全する責務を与える必要がある。技術調査官を完全に在籍させるという日本のやり方は、参考に値する。北京知識産権法院は交換と兼任の技術調査官を中心に、技術調査官を補助とする業務パターンをもう一步踏み込んで構築し、慎重に考える必要がある。

公開情報によれば、北京、広州、上海の知識産権法院は多くの兼任技術調査官を招聘するとともに、技術専門家（北京知識産権法院）、知的財産権諮問専門家及び技術諮問専門家（上海知識産権法院）、ならびに技術諮問専門家（広州知識産権法院）も多く招へいしている。これらの技術専門家や技術諮問専門家はいずれも兼任である。これらの技術専門家や技術諮問専門家は多くの場合、やはり裁判官が知的財産権技術類案件を審理するために働く。それでは、彼らの役割と技術調査官、特に兼任の技術調査官の役割はどのように区別すればよいのだろうか。比べてみると、日本にも同様の専門委員が置かれており、医療、建築、及び知的財産権等の案件において、技術諮問専門家の役割を果たしている。しかしながら、これらの技術分野の専門委員は通常、関連技術分野の「業界の第一人者」であり、何らかの先端かつ一般の技術者では解決が困難な問題を専門に解決する。主には技術的な観点から関連案件の技術的問題について説明を行うが、それには特許法と関連のある知識は全く要求されていない。裁判官がどのような状況において技術調査官を通して問題を解決するか、どのような状況で専門委員を発動させるのか、ひいては技術説明会を開くのか、制度設計から定めると比較的に明確である。しかしながら、中国に兼任の技術調査官、技術専門家、及び知的財産権諮問専門家が現れ、これらの兼任の専門家が知的財産権の技術類案件における役割をどのように統一的に定めるのかということが極めて必要である。最も良い方法は、最高人民法院が技術調査官と技術専門家の統一的な関連規定を公布することである。

技術調査官と裁判官の関係を適切に整理する必要性についての再考。

技術調査官制度の実施過程において、多くの人が「技術類の知的財産権案件に係る審理において、裁判官はしばしば専門家の提出した技術意見書に頼って裁判を行いがちであり、故に社会において、裁判官が形を変えて裁判権限を譲ることになるのではないかという疑問が長期的に存在する」²⁶という不安を感じている。技術調査官制度の実施が不安であるというそもそもの発想は、技術調査官は裁判官の補助だと言うものの、実際には技術調査官が裁判官の手を通して審判の権限を行使する可能性があることである。このため、技術調査官制度の実施過程において、裁判官と技術調査官との関係を適正化することに注意しなければならない。裁判官は永遠に案件の審理と裁判の主導者であり、技術調査官は各種訴訟の段階において、裁判官の指示により特定の職権を行使するのみである。裁判官と技術調査官の間の調和は、具体的な案件の中で、実際には大変デリケートな問題であり、ひいては裁判官と技術調査官の性格や経験、及び学識の影響を受けることすらある。このため、技術調査官の人選と配置において、技術調査官の年齢と技術分野の分布を十分に考える必要があり、また、関連する裁判所の審判長の年齢の組み合わせの問題も考える必要がある。日本の知的財産高等裁判所のベテランの裁判官であった三村量一氏は、日本では現在、全て特許庁審判部のベテランの審判官が出向して技術調査官を担当しているが、関連する案件の審理の際に、裁判官は若くて反応が早く、新しい技術分野の知識を身に付けている技術補助要員を必要としているかもしれないと話していた。中国において、裁判長を担当する裁判官は、裁判業務能力と経験により、知識が比較的豊富な裁判官であり、各種の審査と選抜を経てその地位に就い

²⁶ 許波、儀軍「中国の技術調査官制度の構築と整備」知識産権 2016 年 3 号、80 頁。

ており、「審理者に裁判をさせ、裁定者に責任を負わせる」の中の「審理者」と「裁定者」が指す意味は裁判官であり、「技術調査官」ではないことは明らかである。

技術調査官の兼任と専任、及び技術調査官と技術専門家の問題については、最高人民法院が進める統一規定に統一することができ、技術調査官と裁判官の関係については、実践の中で把握する必要がある。

（2）技術調査官の回避の問題について

技術調査官は司法の補助要員として、法に基づいて忌避制度を実施しなければならない。日本の技術調査官も同様に民事訴訟法の規定に基づき、忌避制度を実施している。最高人民法院が公布した「技術調査官暫定規定」5条では「当事者は技術調査官の忌避申立ての権利がある。技術調査官の忌避は民事訴訟法、行政訴訟法等の関連する審判員の忌避の規定を参考する」と規定されている。制度設計の視点から言うと、技術調査官が実施する審判者の忌避規定は既に充足しており、技術調査官に対し、再度新たな忌避に関する規定を増やす必要はない。交換型の技術調査官の供給源が集中しているため、技術調査官の中立性に疑問を呈する者もいるが、例えば「北京知識産権法院を例にとると、当該法院で任命した交換型の技術調査官の主な供給源は、専利行政審査部門或いはその配下の事業組織であり、その技術調査官の身分によって専利行政の紛糾案件を審理する際に、案件の当事者がその中立性と公平性に対して疑問を抱くことが避けがたい。実務においても、これを理由に忌避申立てをしたという状況が確かに発生した」²⁷。このような疑問には証明が不足しており、関連する技術調査官には中立性の証拠が不足している。技術調査官がかつて特許行政機関で業務に従事していたからといって、当該機関を被告とする全ての案件において忌避する必要があるということがあってはならない。日本の技術調査官は大部分が特許庁審判部からの出向者であるが、技術調査官制度の実施を開始してから長い期間が過ぎた現在、裁判官も弁護士も、技術調査官が特許無効審理の案件において発揮する役割は、特許侵害訴訟で発揮する役割よりも大きいと考えられている。日本の特許無効審判における被告の位置は中国とやや異なるが、いずれも専利復審委員会（特許庁審判部）の決定に焦点を合わせて訴訟を行っている。

忌避制度の理論設計から言うと、裁判を担当する者が案件の裁判者として順守する回避規定は、理論上は裁判官の技術補助としての技術調査官に対して更に厳格化してようやく一般の道理と一致する。なぜなら、技術審査官が案件の審理の中で発揮する役割は、いずれにしても裁判官の役割には及ばないためである。仮に、技術調査官の「潔白性」を過度に強調すると、却って適任の技術者を探して、技術審査官を担当させる上で不利となる。技術調査官制度実施の初期段階において、社会の各界から技術調査官に対して様々な懸念を抱くことは当然のことである。むしろ、仮に裁判所の案件審理の歴史を更に深く理解していけば、例えば技術調査官制度が導入される前であっても、裁判官が案件を審理する際に、技術に関連する問題については、やはりさまざまなルートを通じて諮問し、理解できるように努めるものであり、裁判官が完全に自らの知恵のみで判断しなければ最善な選択でないとも言えないものである。技術調査官制度の導入により、裁判官が技術者に教を請う方法とルートがより正式なものになり、公開されたものとなっているとともに、関連する案件の審理の質と効率を大きく高めることができる。技術調査官制度の本格的な実施と普及に伴い、技術調査官は自然とさまざまな案件を通して自身の権威性と中立性を確立し、社会の各分野もこれのために懸念を抱くことはなくなるであろう。

²⁷ 上記、79頁。

(3) 技術調査報告の公開の問題

技術調査報告の公開可否の問題は、以前にも多くの人が、特に案件に関与する弁護士らが関心を抱く問題である。実務においては、確かに一部の技術調査報告の結論が公開されるという現象があり、さらには新聞報道においても、技術調査官が大きな役割を果たし、裁判官は基本的に当該技術調査官の報告を証拠と認めて判決を下したという記事が掲載されている²⁸。このような新聞報道により、敗訴した当事者は、自身には技術調査官の報告内容を知る権利があり、論証を求める。「台湾地域と日本では技術調査報告の公開可否について多くの紛争がある。一部の人は公開すべきだと主張し、台湾地域の智慧財産案件審理法8条でも、裁判所が既に知っている特殊な専門知識については、当事者に弁論の機会を与えなければ、裁定の基礎として採用することはできない」²⁹と規定されており、最高人民法院が公布した「技術調査官暫定規定」では、技術調査報告の公開問題について明確な規定がなされている。筆者はこの観点に賛同しており、最高人民法院は技術調査官の統一規定の中で、技術調査官報告は裁判官が技術認定を行う参考であり公開しない旨を明確にすべきであると考え。その理由は、次のとおりである。

①技術調査官が履行した職責は、裁判官の指示を受けて、案件の技術的問題について調査、分析したものであり、案件の全ての権利・義務関係に及ぶものではなく、関連報告を公開することに実質的な意義がない。

②仮に技術調査報告の公開を規定した場合、双方の当事者がこれらの技術的事実認定に対して、もしも異なる考えと意見がある場合に、どのように救済すべきか。

③裁判官が最終判断の際に、技術調査報告を認定したものの、双方の権利と義務に影響がなく、或いは裁判官が全く又は完全には技術報告書を採用しなかったとすれば、訴訟手続きの間に、当該技術調査報告を公開することは、訴訟の段階を無駄に増やすだけであり、案件審理の進み具合に影響を及ぼすだけである。

④仮に裁判官が判断する際に、技術調査報告を全て受け入れて、双方の権利・義務に影響を及ぼした場合、この時に、既に技術調査結果は裁判官の判断となり、当事者に不服がある場合に、上訴又は再審請求により救済される。裁判官は案件の審理過程において、必然的に案件の審理に影響する全ての証拠及び要素を当事者双方に渡し、討論と証拠調べを行うことになり、技術調査報告の内容は、実際には訴訟手続きの中で弁論と論証が行われるものであり、裁判官が質問をする方法で出されるもので、技術調査報告として出されるものではない。技術調査官の知識は裁判官の補助であるため、独立した裁判官ではない。総合的に考えると、技術調査官の報告は公開すべきではなく、新聞報道においても、技術調査報告に関連する具体的な内容及び裁判官が採用した状況を公開すべきではない。

(4) 最高人民法院が技術調査官の業務の規範、管理及び選抜方法を統一的に制定すべき

最高人民法院は2014年12月31日に「技術調査官暫定規定」を公布し、技術調査官の関連する問題について統一的な規定がなされたが、当該規定は10か条しかなく、規定の内容は原則的な規定に偏っており、実務には適していない。他方、当該暫定規定の制定時に、中国は技術調査官の実践経験がなく、当該規定の多くは、理論的な考え方や海外の技術調査官制度の実施経験のまとめであった。また、北京、上海、広州の知識産権法院は更に明確に技術調査官制度を実施するために、技術調査官の業務の規範と選抜管理方法をそれぞれ公布した。関連する管理方法の中には似通った内容が多くあり、異なる規定もある。

²⁸ 参照「上海知識産権法院技術調査官が最初の技術審査意見書を作成」

<http://shfy.chinacourt.org/article/detail/2016/06/id/2000766.shtml>、2017年1月17日最終訪問。

²⁹ 宋漢林「知識財産権訴訟における技術的事実の認定——中国の知的財産権訴訟技術調査官制度」西部法學評論 2015年5号、17頁。

例えば、上海知識産権法院と広州知識産権法院における技術調査官の忌避決定権について、裁判官が技術調査報告について採用するか否か、及び否定意見の要求が必要か否かについて異なる規定がなされ、両法院の技術調査官が備えているべき条件にも異なる規定がなされている。これらの規定の違いは、各法院の異なる情報に基づいて考慮されたものであるが、技術調査官は司法の補助要員として国家が法で定めた司法要員の構成部分であり、各法院が決定した一般の任用職員ではない。技術調査官制度の実施初期、各知識産権法院ではいずれも実務において技術調査官制度の実施を模索しており、各法院の公布方法を取りあげて非難すべきものではない。技術調査官制度の実践が深まるに伴い、最高人民法院は各知識産権法院の具体的な経験を取りまとめ、技術調査官に関する基本的な問題を統一的に規定することが必要である。例えば、技術調査官の資質、選抜条件、業務の範囲、及び法的な位置付け、具体的な忌避手続き、技術調査官と技術専門家の関係、技術調査報告の法的効力及び公開・非公開の問題である。このようにしてこそ、技術調査官が技術類案件審理の中で発揮する役割が一層権威的で中立的であろう。

Ⅲ. 特許無効審判と同審決取消訴訟の構造—日米欧の比較研究

明治大学 高倉 成男 教授

1. 研究の目的と意義

本研究は、特許無効審判とその審決の取消訴訟について、日米欧の法制度を比較し、共通点及び相違点並びにその背景を整理・分析し、さらに各国の運用の実態をイノベーション政策の観点から評価し、今後の課題を整理し、もって日中両国における今後の制度改革のための検討の視点と素材を提供することを目的とする。

本研究のテーマについては、これまでにいくつかの調査及び研究がなされている¹。中でも竹中俊子教授らによる近著は優れた業績である。本研究もこれらの調査及び研究に負うところが大きい。本研究の独自性を挙げるとすれば、主に以下の点である。

第1に、憲法との関係についての考察。特許の付与が行政権に属し、特許をめぐる紛争の解決が司法権に属することについて各国に大きな隔たりはないが、特許の無効化又は取消を求める当事者系手続（以下、「無効手続」という。）を審理する権限をいずれの機関の管轄とするかについては国によって相違する。また特許権侵害訴訟において特許の有効性を争う無効の抗弁についてもその有無・効力等は国によって相違する。本研究ではこれらの重要な相違点について憲法上の基本原理である「三権分立」（特に司法権の範囲）の観点から考察する。

第2に、最近の特許法改正とその施行状況の分析。この数年の間に日米欧では手続の簡素化、コスト削減等を目的として無効審判に関係する法改正が行われた。米国では2011年に改正特許法（American Inventors Act: AIA）が成立し、2012年9月から当事者系レビュー（無効審判）及び付与後レビュー（異議申立）がスタートした。欧州では2012年12月に「EU統一特許」についての合意が成立した。日本では2011年に無効審判に関する改正が行われ、2012年4月から施行されている。本研究では各国のこれらの法改正の実施状況を点検し、今後の課題について考える。

第3に、審査・審判・裁判における特許性判断についてのイノベーションの観点からの考察。近年各国において特許によるイノベーションの推進を国家目標とする「特許権保護強化政策」が継続的に進められている。しかし、特許権の保護を強化すれば、それだけでイノベーションが促進されるとは限らない。図表-1に示されているように、「緩やかな判断」と「弱い権利」の組み合わせは、例えば実用新案登録制度のようにイノベーション政策としてそれなりに合理的であって、特に悪影響は生じないが、「緩やかな判断」を維持したまま「権利の強化」を進めると、権利者が過度に有利になって、競争を阻害し、

¹ 本研究のテーマに関する調査・研究として、例えば下記のものがある：

- ① 司法制度改革本部知財訴訟検討会第8回会合配布資料「知的財産訴訟外国法制研究会報告書」（2013年）
- ② 大淵哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』（有斐閣、2003年）、
- ③ 財団法人知的財産研究所「平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書 審判制度に関する今後の諸課題の調査研究報告書」（2007年）、
- ④ 社団法人日本国際知的財産保護協会「平成23年度特許庁請負産業財産権制度各国比較調査研究事業報告書：欧米韓における当事者系審判等の運用実態に関する調査研究」（2012年）、
- ⑤ Toshiko Takenaka, Christoph Rademacher, Jan Krauss, Jochen Pagenberg, Tilman Mueller-Story, and Christof Karl, “Patent Enforcement in the US, Germany and Japan”, Oxford University Press (2015).
- ⑥ 小林昭寛「日本及び米国における特許の有効性判断に関する仕組みの概要」パテント2015、68巻7号、14-25頁、
- ⑦ 財団法人知的財産研究所「平成26年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書 特許権等の紛争解決に実態に関する調査研究報告書」（2016年）。

イノベーションに逆行する。特許権を強化する政策をイノベーションの促進に結び付けるためには、特許性の判断を今まで以上に適正に行うことが必要である。この目的のために特許庁及び裁判所の双方が協働して審判及び審決取消訴訟等の運用を適正化し、特許の質を高く維持する（進歩性のない発明に安易に特許を付与しない）ことが不可欠である。本研究では、かかる認識の下、特許性判断に関する各国の制度の運用状況をイノベーションの観点からレビューし、適正な特許性判断のための審査・審判と裁判の間の関係のあるべきすがたについて考察する。

【図表-1】特許性の判断のレベルとイノベーションの関係

		特許権の効力	
		弱い	強い
特許性の判断	緩やかな判断 (安易な審査)	○ 悪影響なし	× 権利者にとって過度に有利
	適正な判断 (審査の厳正化)	× 発明の創作・公開が減少	○ イノベーションに貢献

○:イノベーション政策として合理的、×:イノベーション政策として不合理

なお、欧州の特許制度には、①各国の国内特許制度、②欧州特許条約（EPC）に基づく広域制度、③EU 統一特許制度（未施行）の3つがあるが、本研究は特許の無効化をテーマとするものであるから、主に①の各国の国内特許制度を扱うこととする。その中でも日中双方の特許法の母国であるドイツの特許制度に焦点を当てる。イギリス等の欧州諸国の制度やEU 統一特許制度についても適宜言及する。

2. 基本構造の共通点と相違点

(1) 三権分立と行政処分の取消

国家権力を①立法権（議会）、②行政権（政府）、③司法権（裁判所）に分立し、それぞれを異なる機関に担わせる三権分立の理念は、1748年にフランスの思想家モンテスキューによってその著書「法の精神」において提唱され、1787年のアメリカ合衆国憲法で世界で初めて実現され、今日ではほとんどの国において憲法上の基本原理として採用されている。三権分立の意義は、各機関間の抑制と均衡（check and balance）によって権力の集中と乱用を抑止し、国民の権利・自由の確保を保障することにある。

米国では歴史的理由もあって、三権の峻別が特に厳格である。立法と行政の関係についていえば、行政権は大統領に属し、大統領は議会の議員とは独立の選挙で選ばれる。大統領は議会に出席することさえできない。立法提案は議員によって行われる。これに対して議院内閣制（議会の多数派が内閣を作る制度）をとるイギリス、ドイツ、日本等では、行政権は内閣（首相と国務大臣の合議体）に属し、首相は国会議員の中から国会によって指名される。国務大臣もその多くは国会議員から選ばれる。また立法

提案の多くは内閣からの提案による。このように議院内閣制の国では立法と行政の関係は比較的緩やかである。

米国ではまた司法と立法並びに司法と行政の区分も明確で、相互の牽制も積極的である。最高裁判所は憲法に基づいて「法の番人」として議会を牽制し（違憲審査権²の行使）、また裁判を通じて政策決定又は政策転換に積極的に関与する（例えば、公民権運動）。アメリカ合衆国という連邦国家は憲法によって成り立ち、違憲審査権はそれを支える要石である。

これに対して、「議会主権」を国家の中核に置く欧州諸国では、裁判所の司法権が相対的にやや弱く、曖昧である。戦前のドイツでは行政事件は行政府で解決されることとされており、そのための行政裁判所が行政府に設けられていた（戦後の行政裁判所は司法権に帰属）。イギリスには長い間、最高裁判所がなく（2005年設置）、その機能は議会によって果たされてきた。フランスでは1958年に憲法院が設置されたが、選挙で選ばれた国会議員の判断をなぜ憲法院裁判官が覆すことができるのかという問いが投げかけられ続けている³。このように議会中心主義の欧州諸国では立法に対する司法の審査権が米国に比べて弱く、内閣の行う執行に対しても司法は謙抑的である。日本も同様である。

次に政府による処分（行政処分）と裁判の関係についてである。裁判を受ける権利は憲法上の権利であって、行政処分に対しても当事者は法律の定めるところによりその取消を求めて争うことができる。日本国憲法は第32条で裁判を受ける権利について定め、第76条で行政機関は終審として裁判を行うことができない旨を定めている。このことは（行政が前審として裁判を行うことを認容した上で）最終的に判断をするのは裁判所であることをいう。ドイツ基本法第19条4項は、「何人も、公権力によってその権利を侵害されたときは、出訴することができる。他の機関に管轄権がない限り、通常裁判所への出訴が認められる。」と定めている。本条の「他の機関」として、行政処分の取消を求める訴えを管轄する「行政裁判所」や、特許の無効を求める訴えを管轄する「特許裁判所」等が設置されている。このようにドイツでは行政処分の取消の判断（第一審）は、司法府に属す専門の裁判所が行うことになっている。

行政処分一般の取消を求める訴えに関し、日本やドイツでは横断的一般法としての救済法（行政事件訴訟法、行政裁判所法）が定められており、個別法に例外が定められている。これに対しては、米国では「司法審査を求める訴訟」については個別法ごとに必要な規定が定められており、個別法に規定がない又は不十分であるとき、例外的に判例の集積法である連邦行政手続法（Administrative Procedure Act: APA）によることとされている。日本やドイツが公法上の争いである行政事件を通常の民事事件と区別して扱っているのに対して、米国ではこれを通常の民事事件と同じように扱っているところが対照的である⁴。

行政事件の処理をするための裁判機関には、大別して2つのタイプがある。1つは、米国のように通常の裁判所が民事事件として公法上の行政事件も扱う場合（司法国家、英米法系）である。もう1つは、ドイツやフランスのように行政事件のみを扱う専門裁判所を設ける場合（行政国家、大陸法系）である。後者はさらに2つに分かれ、行政裁判所を行政権に属すとするもの（フランス、戦前のドイツや日本）と、司法権に属すとするもの（戦後のドイツ）とがある。日本は戦前は行政国家型であったが、戦後は

² 米国憲法に違憲審査権について直接規定している規定はない。米国の違憲審査権は裁判所が司法過程を通じて創造したものであるといわれている。伊藤正己・木下毅『アメリカ法入門（第5版）』131頁以下（日本評論社、2012年）。

³ 井上武史「第1章フランス憲法」曾我部真裕・田近肇編『憲法裁判所の比較研究』（信山社、2016年）5頁。

⁴ もっとも日本とドイツも対照的である。例えば、ドイツは、①職権探知主義・職権証拠調べ（私人の訴えの負担の軽減）、②行政裁判所の設置、③行政に対する命令の積極的発出などの点で日本と大きく異なっている。

「折衷型」である。すなわち、公法上の行政事件を処理するために通常の民事訴訟法とは別に行政事件訴訟法を制定しているという点で行政国家型であるのに対し、行政裁判所を設置せず⁵、通常の裁判所で行政事件を処理するという点では司法国家型である（図表-2）。

【図表-2】行政事件訴訟システム—日米独の比較

	米国	ドイツ	日本
行政事件を取り扱う法律	個別法	行政裁判所法	行政事件訴訟法
行政事件を解決する機関	通常の裁判所	連邦行政裁判所	通常の裁判所

（2）特許に関する行政処分取消

三権の関係を特許制度についてみると、①議会が特許法を制定し、②特許庁が特許法を適用して執行し、③特許権をめぐる私人の争いは裁判所が特許法を含む諸法を適用してこれを解決する、という関係にある。特許政策の決定は、日本やドイツでは政府（日本では特許庁、ドイツでは法務省）が中心になって行うのに対し、米国では議会が立法し、特許商標庁がこれを執行し、法の解釈は裁判所（最高裁判所）が行う。裁判所による法解釈の結果、特許に関する政策が大きく転換することがある。遺伝子の特許適格性に関する2013年6月のMyriad事件最高裁判決⁶によって約30年も続いていた米国特許商標庁の実務が根底から覆されたことはその一例である。

特許権の設定と権利の行使について行政と司法の関係をさらに詳細にみると、特許庁が特許出願を受審し、審査し、特許査定又は拒絶査定の行政処分を行う。特許査定の後、特許庁の登録簿に設定登録が行われる。こうして発生する特許権に対する侵害について、権利者は侵害行為の差止や損害賠償を求めて通常の裁判所に訴え（民事訴訟）を起こすことができる。このことについて日米独の間に特に差異はない。

特許庁による処分（拒絶査定又は特許の登録）に対してもその取消を求めて裁判所に訴えを起こすことができる。ただし、特許庁による処分については、他の一般的行政処分の場合と異なって、いきなり裁判所に行く前に、特許庁の審判部門その他の専門機関による判断を経由することが一般的である（審判前置制度）。審判部門等の専門機関による審理を経由させることによって適切な審理を実行し、当事者の納得感をより高めることができるからである。また控訴審裁判所は法の適用の違法性を中心に審理すればよいので、その分裁判所の負担が軽減されるというメリットもある。審判前置制度の存在自体は日米独共通であるが、その審判（不服の審理）を行うのは行政機関か、司法機関かという点については三国に差異がある。

図表-3のように、日本では、拒絶査定に不服がある出願人は、まず特許庁審判部に拒絶査定不服審判を請求し、その審決になお不服があるときはその審決の取消を求めて東京高裁（知財高裁）に訴えを提起するという仕組みである。米国では、審査官の処分に対して審判部へ審判請求をすることができる（134条）。この点は日本と同様であるが、その審決に対する不服については、①「連邦巡回区控訴裁判所（CAFC）への上訴」（141条）、又は②「バージニア東部連邦地裁における長官を相手とする民事訴訟

⁵ 日本では専門の行政裁判所は設けられていないが、通常の裁判所の中に行政事件を集約的・専門的に扱う部門が設けられている。

⁶ Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc., 569 U.S. _ (2013) U.S. LEXIS 4540,

による救済」(145条)のいずれか1つを選択することができる。ドイツでは、司法権に属す連邦特許裁判所に不服を申し立て、その判決に不服があるときは連邦最高裁判所に訴えを提起することができる。

【図表-3】特許に関する行政処分 of 取消—日米独の比較

処分	国	処分者	不服の審理	控訴審
拒絶査定	日本	審査官	審判部	東京高裁（知財高裁）
	米国	審査官	審判部	CAFC
				バージニア東部連邦地裁 （出願人 vs 長官）
ドイツ	審査官	連邦特許裁判所	連邦最高裁判所	
特許の登録	日本	審査官	審判部	東京高裁（知財高裁）
	米国	審査官	連邦地裁（侵害訴訟） （権利者 vs 侵害者）	CAFC
			審判部	CAFC
	ドイツ	審査官	連邦特許裁判所	連邦最高裁判所

特許の登録の無効化については、米国では、特許権を私権とみてその手続を民事訴訟の枠内で裁判所が扱うことを基本としている（具体的には、無効の抗弁、反訴、無効確認訴訟の3つの手段がある）。これに対して、ドイツや日本では、無効化を公法上の手続とみて特許庁の審判部又は特許専門の裁判所で扱うことをそれぞれ基本としている。なお、米国では近年、行政上の無効手続（付与後レビュー、当事者系レビュー）の整備が進んでいる。この決定に不服がある場合、当事者はCAFCに上訴をすることができる（319条、329条）。

特許の取消又は特許の登録の無効を求める様々な手続を大別すると、図表-4のように、特許庁における手続と裁判所における手続に分けることができ、前者には①異議申立と②無効審判があり、後者には③無効訴訟と④無効の抗弁がある。

【図表-4】各国の様々な手続

	特許庁における手続		裁判所における手続	
	① 異議申立	② 無効審判	③ 無効訴訟	④ 無効の抗弁
米国	○	○		○
ドイツ	○		○	
日本	○	○		○

ここで、異議申立と無効審判の違いは、異議申立が審査官の瑕疵の是正（公衆審査）と権利の早期安定化を目的とするものであるのに対して、無効審判は特許の有効性をめぐる当事者の争いを解決することを目的とするものであるという点にある。

無効審判の請求は、日本や米国では特許庁の審判官が審理するが、ドイツではこれを司法権に属す連邦特許裁判所の裁判官が審理する。ドイツではこれを「Nichtigkeitsverfahren」と呼んでおり、直訳すれば「無効手続」であるが、ここでは裁判所によって審理されるものであることを強調するため「無効訴訟」と訳しておく⁷。なお、イギリスでは、特許の取消を求める請求（特許取消請求）は、請求人の選択により特許意匠商標長官又は裁判所（特許裁判所又は郡特許裁判所）に対してすることができる⁸。その意味でイギリスには行政上の「無効審判」と司法上の「無効訴訟」の2つがある。

無効の抗弁とは、侵害訴訟における無効の主張である。日本及び米国では侵害訴訟における被告の抗弁として認められている。無効の抗弁は、日本では当事者効しかないが、米国では判例により対世効がある（争点効の援用）。これに対して、ドイツでは侵害訴訟では特許の無効について争うことはできず、その争いは連邦特許裁判所における無効訴訟の中でのみ行うことができる（二分主義）。

【図表-5】各国における無効率

	(a) 無効審判・無効訴訟における無効率			(b) 侵害訴訟における無効率		
	米国	ドイツ	日本	米国	ドイツ	日本
無効率	69%	78%	39%	16%	—	32%
調査年	2012. 9-14. 4	2009-13	2009-13	2013	—	2009-13

出所：内閣府知的財産推進本部事務局資料

日米独の最近の統計によれば、(a) 無効審判・無効訴訟における無効率と、(b) 侵害訴訟における無効率（無効の抗弁の認容率）は、図表-5 のとおりである（無効率の分母は審決又は判決の件数であって取下げ・和解の件数を含まない）。米国において両者の無効率が69%と16%と大きく異なるのは、それぞれの場合において無効を主張する者の立証責任の度合いが異なる（後述）ことによるものと推測される。ドイツでは無効訴訟における無効率が78%と高いのが特徴的である。ドイツでは侵害訴訟の原告勝訴率が他国に比べて高いといわれているが、高い無効率も含めて実質的な原告勝訴率を評価するべきであろう。

（3）裁判所における審理範囲の制限と実質証拠法則

審決取消訴訟に関し、裁判所における審理範囲が、審判において主張判断された事実に限られることを「審理範囲の制限」という。また審判において認定された事実を裏付ける実質的証拠があるかぎり裁判所はその事実を前提として判断をしなければならないという法則を「実質的証拠法則」という。これらのことについての日米独の異同をみておこう。

米国では、特許商標庁による拒絶審決に不服がある場合、出願人は、①連邦巡回区控訴裁判所（CAFC）への控訴、又は②長官を相手とする連邦地裁⁹への民事訴訟の提起のいずれか一方を選ぶことができる。

⁷ 特許法上の「無効訴訟」とは別に、一般法による「無効確認訴訟」又は「権利不存在確認訴訟」もあるが、ここではこれらは「無効訴訟」には含めていない。しかし、これらが、特許侵害訴訟が提起される前に被疑侵害者が特許を無効にするための有力な手続であることに変わりはない。

⁸ 特許意匠商標長官の決定に対する不服申立は、特許裁判所又は郡特許裁判所に対してすることができる。特許裁判所又は郡特許裁判所の判決に不服のある当事者は控訴院、次いで貴族院に上訴することができる。

⁹ 管轄裁判所は以前はワシントン DC 連邦地裁であったが、2011年の法改正によってバージニア東部連邦地裁に管轄権が移転した。2011年改正法第9条。

当事者系レビューの決定に不服がある場合、当事者はCAFC（のみ）へ控訴することができる。

CAFCへの控訴は、特許商標庁の審理の当否を再審査するもの（上訴）であるから、新証拠の提出により単に証拠の優越のみを理由として特許商標庁の判断を覆すことはできない（審理範囲の制限）。これに対して、②の連邦地裁への民事訴訟の提起の場合は、特許商標庁の手続は終了しており、当該訴訟はエクイティに基づくものであるから、新証拠の提出が可能である。この場合、実質的証拠法則は適用されず、地裁は新証拠に基づいて事実認定をやり直す¹⁰。

日本では、実質的証拠法則は規定されていないが、裁判例により、裁判所の審理範囲は制限されており、審判で主張立証されたものでなければ、提出することができないとされている。その裁判例とは、昭和51年（1976年）メリヤス編機事件最高裁判決であって、この判決は「特許無効の抗告審判の審決に対する取消の訴においてその判断の違法が争われる場合には、専ら当該審判手続において現実に争われ、かつ、審理判断された特定の無効原因に関するもののみが審理の対象とされるべき」と判示している。その理由付けとしては、一般に「審判前置制度」の趣旨を没却させないためであると説明されている。すなわち、訴訟の前段階において専門行政庁（特許庁の審判部門）による慎重な審理判断を受ける利益を害しないため、という説明である。

ドイツの場合、無効訴訟について、第一審である連邦特許裁判所の判決に不服があるとき、当事者は連邦最高裁判所に①控訴（事実審理と法律審理）又は②法律違反を理由とする抗告（上告）をすることができる。

①の控訴の場合、連邦最高裁判所は例外的に事実審でもあり、審理範囲について特段の制限はなく、当事者は新事実・証拠等を提出することができる。したがって、控訴裁判所は法律的観点からだけでなく、事実上の観点からも調査をしなければならない。なお、連邦最高裁判所には連邦特許裁判所のように技術専門の裁判官等がないので、技術的な判断の際には外部の専門家の協力を求めざるを得ない¹¹。

一方、②の法律違反を理由とする抗告（上告）の場合、2009年の法改正によって事実審理が制限されるようになっており、連邦最高裁判所では法律上の審理だけが行われる。連邦最高裁判所は、連邦特許裁判所の事実に関する確定に拘束される（審理範囲の制限）。

日本にとって「審理範囲の制限」は今後の検討課題の1つであるが、私見では、審判の審理は専門機関である特許庁審判部に任せることを大原則とし、その上で紛争の合理的解決の観点から、当事者の合意があることを条件に、例外的に新証拠・新事実についての審理を求めることができるようにしてもよいのではないかと考える。

3. 米国の制度とその運用

（1）訴訟に代わる行政上の各種手続の導入

米国では、特許は私権の一部として扱われ、特許を無効にする手段としては、通常の民事訴訟である侵害訴訟における無効の抗弁又は反訴によるのが基本である。米国では無効の抗弁に対世効があり、結果は当事者のみならず、第三者や特許商標庁も拘束力する。すなわち、当事者は侵害裁判を通じて対世

¹⁰ Kappos v. Hyatt, 566 US 132 S.Ct, 1690 (2012. 4. 18)

¹¹ ドイツ連邦特許裁判所ホームページ<www.bundespatentgericht.de>

的に特許を無効にすることができる。侵害裁判が起こされる前に特許を無効にする手段としては、一般法による無効確認訴訟もある。

これらの手続（無効の抗弁、反訴、無効確認訴訟）は、いずれも訴訟手続又はその一部であって、「特許の有効性の推定（282条(a)）¹²のために無効化のハードルが高い」「当事者の訴訟費用が大きい」、「裁判所の負担も大きい」、「無効の判断は特許について素人である陪審員が行うため当事者に不満が残る」などの問題点がかねてから指摘されてきた。また米国特許商標庁においてレベルの低い発明に特許が付与され、そのことが有効性の推定規定ともあいまって、かえってイノベーションを阻害しているのではないかとの指摘が出されるようになり、ユーザーの無効コストの削減と特許庁における「特許の質」の向上が強く求められるようになってきた。

このようなことを背景として、米国議会は1980年代以降、段階的に行政上の各種手続の充実を図ってきた。最初に1981年に特許権者に自分の特許の瑕疵を是正する機会を与え、第三者に特許を無効にする機会を与える「査定系再審査」(ex parte reexamination)を導入し、次に1999年に第三者の意見提出の機会を拡大した「当事者系再審査」(inter partes reexamination)を導入し、さらに2011年には当事者系再審査の改善（禁反言の範囲の合理化、第三者の上訴権）を行って「当事者系レビュー」(inter partes review)を導入した。また2011年には「付与後レビュー」(post grant review)も導入した。当事者系再審査／当事者系レビューは、日本の無効審判に相当し（ただし、ディスカバリー等の点で日本の無効審判とは相違する）、付与後レビューは、いわゆる異議申立であって、ドイツ等と同じく特許付与から9月以内にかぎり、利害関係人はその特許の取消を求めることができる。取消の理由に特段の制限はなく、審査官が拒絶をすることができる理由と同じである。

査定系再審査、当事者系レビュー、付与後レビューの共通点及び相違点をまとめると、図表-6のとおりである。

¹² 特許は有効であることが推定されており、被告が裁判においてこれを覆すためには「明白かつ説得力のある証拠」を提出しなければならないとされている。

【図表-6】 米国における行政上の無効手続

	査定系再審査	当事者系レビュー	付与後レビュー
請求人適格	利害関係人 (匿名可能)	利害関係人 (匿名不可)	利害関係人 (匿名不可)
請求の時期	その特許の権利を行使 できる期間中であれば いつでも	特許付与から9月経 過後又は付与後レビ ュー終結日のうち遅 い日以降	特許付与から9月以 内
無効理由	特許公報や刊行物に基 づく新規性・非自明性 違反のみ	特許公報や刊行物に 基づく新規性・非自 明性違反のみ	全て
トライアル 開始の基準	実質的な新しい問題を 提起しているか。	請求が認められる合 理的な蓋然性がある か。	無効になる可能性が 有効である可能性よ り高い、又は新しい 法律問題を提起して いるか
無効立証の 基準	証拠の優越	証拠の優越	証拠の優越
審理機関	審査官	審判官合議体	審判官合議体
上訴先	CAFC	CAFC	CAFC
禁反言	なし	あり (315(e))	あり (325(e))

査定系再審査は、特許権者だけではなく、第三者も利用可能である¹³。第三者の請求の場合であっても、いったん再審査が始まると、後は通常の審査と同様に審査官と特許権者の間でのやりとりで手続が進んでいく。特許権者はクレームの補正を行うことができる。ただし、第三者はクレームの補正について意見を述べる機会とは与えられていない。審査官の最終決定（拒絶）に不服がある場合、特許権者はCAFCに控訴をすることができる（141条(b)）。ただし、第三者に不服申立の機会とは与えられていない。

当事者系再審査は、査定系再審査の問題点（第三者の参加機会や上訴機会の制限）を克服すべく導入されたもので、当事者系レビューは、さらに当事者系再審査を改善したものである（2012年9月開始）。

当事者系レビューの主な特徴（特に訴訟手続との対比）は、①迅速性（原則、12か月以内の審理終結）、②低コスト（特許庁への支払料金が約3万ドルもするが、訴訟に比べれば低コスト）、③専門性（陪審員ではなく審判官による審理）、④立証負担の軽減（「明白かつ説得力のある証拠」ではなく「証拠の優越」で十分）といった点にある。これらは特許の無効を求める第三者にとってはたいへん有利であって、事実上の初年である2013年には514件の請求があり、その後も件数が増加している。その一方、査定系

¹³ 実際のところ、特許権者本人による請求より第三者による請求のほうが多い。1981年7月1日の制度導入時から最近（2016年9月30日）までの累積の請求件数の内訳は、特許権者本人によるものが29%であるのに対し、第三者による請求は71%である。

再審査の請求件数は 2012 年の 781 件をピークに減少に転じている。第三者が査定系再審査から新設の当事者系レビューに乗り換えたことが推測される。(図表-7)

【図表-7】 米国特許商標庁における各種手続の利用の推移

	査定系再審査	無効審判		付与後レビュー
		当事者系再審査	当事者系レビュー	
2005	520	59		
2006	473	70		
2007	601	126		
2008	691	168		
2009	605	258		
2010	698	281		
2011	736	374		
2012	781	530	17	0
2013	305	—	514	2
2014	355	—	1,310	6
2015	243	—	1,737	11

出所：米国特許商標庁 (USPTO) ホームページ

2012 年 9 月 16 日から 2015 年末までの約 3 年 3 か月の間の当事者系レビューの請求件数のうち結論が出たものは合計 2,447 件で、このうち請求認容（一部無効を含む）は 636 件、請求棄却は 96 件、取下げ・和解は 1,715 件である。決定数を分母とする認容率は 87% である（ただし、取下げ・和解を分母に含めた場合の認容率は 26% である）

（2）特許商標庁における無効の判断と裁判所における無効の判断

米国では特許権侵害訴訟において特許の無効を争うことができる（282 条(b)）。仮に米国特許商標庁の特許審理審判部における無効の判断と侵害訴訟における裁判官による無効の判断齟齬があると当事者に混乱が生じ得るが、これについては米国特許制度上次のような措置が取られており、実際にはそのような齟齬が生じないようにしている。

第 1 に、侵害訴訟の義務的停止。当事者系レビューは、開始決定から 12 か月で修了する。その間、侵害訴訟は停止されるので、原則として齟齬は生じない。

第 2 に、コラテラル禁反言（争点効）の拘束力。当事者系レビューの請求が遅れた場合、理論的には齟齬が生じ得る。しかし、この場合、裁判所が先に判断を下したら、当事者はそれに反する主張をすることはできず、特許商標庁は当事者系レビューの審理を停止する。したがって、実際には齟齬は回避できる。

第 3 に、特許権者の勝訴判決の後、特許商標庁による審判の結果、特許の取消は、侵害訴訟に影響を及ぼさないことが法定されている。したがって、勝訴権利者は、損害賠償金を返金する必要がない。なお、日本では、この場合は民事訴訟法 338 条 1 項 8 号の再審理由に該当し得るが、2011 年に導入された

特許法 104 条の 4 の規定により再審の可能性は封じられている。したがって、返金不要という結論においては日本も米国と同じである（日本の制度については後述）。

次に、特許商標庁における無効の判断の基準と侵害裁判における無効の判断の基準はどう異なるか。付与後レビュー、査定系再審査、当事者系レビューにおける無効の判断については、侵害訴訟の場合と異なり、民事訴訟法上の一般基準である「証拠の優越」(more likely than not) を適用する。しかし、特許は有効性が推定される(282 条(a)：無効の立証責任は攻撃する側にある)ので、侵害訴訟において被疑侵害者がこれを覆すには「明白かつ説得力のある証拠」(clear and convincing evidence) が必要とされる。この基準は「証拠の優越」に比べて高く、このため、前掲の図表 5 に示されているように当事者系レビューにおける無効率(平均 69%)に比べて、侵害訴訟における無効の抗弁の認容率は著しく低い数値(16%)になっている。取下げ・和解の件数を考慮してもなお有意な開きがある。

このことはイノベーション政策上慎重な検討を要するところである。過度に高い無効化のハードルは、本来特許性のない発明に付与された特許を看過せしめ、その結果適正な競争を阻害し、イノベーションに反することになるおそれがある。他方いったん成立した特許は容易につぶれないという安心感を権利者に与える点ではイノベーション的にはプラスという評価もありえる。

カギとなるのは、図表-1 に示したように「特許の質」である。侵害裁判における無効化のハードルを高くするのは、時間の経過とともに権利の安定化を図るという点ではイノベーション政策的に合理的である。ただし、そのためには、審査の段階で適正な非自明性の判断を行っておくことが大前提である。しかし、現実には米国特許の中に本来であれば特許付与すべきでないものが多数あるようであるから、事後の無効化のハードルをあまり高くすることは問題がある。その意味で無効化のハードルが侵害訴訟の場合に比べて低い当事者系レビューの利用が進んでいることは「不適切な特許の駆除」という点ではイノベーション政策的に合理的な現象である。

(3) 最近の裁判例—ソフトウェアの特許適格性に関する最高裁判決

米国では近年、レベルの低い発明への特許付与がかえってイノベーションを阻害しているのではないかとの認識が高まり、裁判を通じて特許が無効になるケースが相次いでいる。特に非自明性の判断が厳しく(出願人に厳しく)なっている。また特許適格性の判断基準も高くなっている。代表的な裁判例として、非自明性の判断に関する 2007 年 4 月の KSR 判決¹⁴、診断方法の発明の特許適格性に関する 2012 年 3 月の Prometheus 判決¹⁵、遺伝子の特許適格性に関する 2013 年 6 月の Myriad 判決¹⁶、ソフトウェアの特許適格性に関する 2014 年 6 月の Alice 判決¹⁷などがある。

ここでは一例として Alice 判決を取り上げ、①特許適格性のハードルが上がっていること、②裁判所の判決に従って特許商標庁が審査基準を見直したこと(司法と行政の関係)を具体的にみておこう。

米国では、従来から緩やかな基準でソフトウェアの特許保護適格性が認められてきた。技術性がなくても特許保護適格性が認められる場合があった。しかし、Alice 判決はこれを覆し、特許保護適格性が

¹⁴ *KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 550 U.S. 398 (2007),

¹⁵ *Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, Inc.*, 132 S. Ct. 1289 (2012),

¹⁶ *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics*, No. 12-398 (569 U.S. ___ June 13, 2013)

¹⁷ *Alice Corp. v. CLS Bank International*, 573 U.S. ___, 134 S. Ct. 2347 (2014),

認められるためには、汎用コンピュータを用いて抽象的アイデアを実装するための指令を「著しく超えるもの」が必要であると判示した¹⁸。

この判決から半年後の2014年6月、米国特許商標庁は審査基準を見直し、新たな基準を発表した。その基準では、「著しく超えるもの」の例として、①他の技術又は技術分野に対する改良、②コンピュータそれ自体の改良、③特定の機械とともに又はそれを用いて司法例外を具体化することなどが挙げられている。

Alice判決以後の米国の特許実務は、クレームに技術的限定を求めるようになった点で日本や欧州の実務に近づいたとみることができるが、子細に比べると、技術的な改良など「著しく超えるもの」がないと保護の対象ではないとされる点で日本や欧州より保護の範囲が狭くなっている。例えば、ビジネス方法を実装するソフトウェアの場合、日本では「新規ビジネス」を「普通の技術」で実装したものであっても、それだけの理由では特許可能性が否定されないのに対し、米国では「著しく超えるもの」がなければ特許保護適格性が否定される可能性がある。今後の米国特許実務でこの「著しく超えるもの」が厳しく求められると多数の既存のソフトウェア特許が無効と判断される可能性がある。そのことはソフトウェア業界のイノベーションに大きな影響を及ぼす可能性がある。

私見では、ソフトウェアの特許適格性の判断基準は、政策官庁が決定し、必要に応じて法律を制定し、その法律に基づいて紛争を解決するという関係が望ましく、裁判所が古い時代の裁判例をそのまま先端技術分野の発明に適用するのは法律的には問題はないのかもしれないが、イノベーション政策的には問題がある。パテントロールの「不適切な特許」の問題は主に新規性・非自明性の判断の適正化によって対処すべきである。特許適格性を遡及的に不要に厳しく行うことによって既存の良質の特許ポートフォリオに破滅的な影響を与えることがないように今後の運用を注意深く進めるべきである。

4. ドイツの制度とその運用

(1) 無効手続と連邦特許裁判所

ドイツでは、特許に関する無効又は取消の手続として、①異議申立と②無効訴訟がある。異議申立の審理はドイツ特許商標庁の管轄に属し、無効訴訟の審理は連邦特許裁判所の管轄に属す（例外的に一部の異議申立は連邦特許裁判所が管轄する¹⁹）。特許商標庁による異議決定に対する抗告は連邦特許裁判所が扱う。

拒絶査定不服審判と特許無効審判の審理は、1950年代まで特許商標庁内部の審判部門（拒絶査定不服審判と特許異議申立を扱う「抗告部」と特許無効審判を扱う「無効部」）で行われていたが、抗告部の決定に対して訴えを起すことができないことが基本法第19条4項に定める「裁判を求める権利」との関係で問題とされ、1959年に連邦行政裁判所が「抗告部の決定は行政処分であるから行政裁判所で取り消すことができる」との判断を下したことを契機として、1961年に連邦特許裁判所を設立し、特許商標

¹⁸ 英文は次のとおりである。…the claims at issue amount to “nothing significantly more” than an instruction to apply the abstract idea of intermediated settlement using some unspecified, generic computer.

¹⁹ 異議申立の審理は原則として特許商標庁で行われる。例外的に①一方当事者が裁判所による異議決定を請求し、他方当事者が2カ月以内に異議を唱えなかった場合、又は②異議申立期限から12か月以上経過した案件について一方当事者から裁判所による異議決定の請求がなされた場合は、裁判所が異議決定を行う。

庁は抗告部と無効部を連邦特許裁判所に移管したという経緯がある²⁰。

現在、連邦特許裁判所が扱っているのは、特許については²¹、①無効訴訟、②拒絶査定に対する抗告、③異議申立の一部の3つである。連邦特許裁判所の判決に不服のある者は、連邦最高裁判所に上訴（控訴又は上告）することができる。

無効訴訟は連邦特許裁判所のみで行われ、侵害訴訟は通常の連邦裁判所で行われる²²。日本や米国のように侵害裁判において被疑侵害者が特許の無効を争うことは許されていない。この「二分主義」はドイツにおいて長い歴史を有するものであるが、近年は無効訴訟の審理の長期化（1年～2年）と無効率の上昇（無効率約8割）のため特許権者が侵害訴訟で勝訴した後に特許が無効になるという問題が顕在化している。このことはドイツ特許制度が抱える課題の1つである。

ドイツ国内特許に対する異議申立は、特許付与の日から9月以内であれば何人も行うことができ²³、異議申立期間経過後は、無効訴訟によって特許を無効にすることができる。無効訴訟は、異議申立が可能な期間又は異議申立が係属中である間は提起することができない。異議申立又は無効訴訟のいずれにおいても、特許権者は、連邦特許裁判所での手続において明細書・クレームの補正を行うことができる。

ドイツの無効制度に関する第1の特徴は、前述のとおり、二分主義であり、第2の特徴は、司法権に属す連邦特許裁判所の存在である。連邦特許裁判所は、形式的には司法権に属す機関であるが、技術系裁判官の人事（人材供給）については特許商標庁との関係も密接である。連邦特許裁判所の裁判官は現在約120名で、そのうち、半数が技術系裁判官、残りが法律系の裁判官である。無効訴訟の審理は、法律職の裁判長と1名の法律裁判官と3名の技術系裁判官の合計5名の裁判官による合議制で行われる。連邦特許裁判所は、登録された特許²⁴の無効訴訟について第一審として機能する。連邦特許裁判所の判決に対する訴えに対する管轄権は連邦最高裁判所にある（第二審）（基本法96条1項）。

連邦特許裁判所の最近の受理件数及び処理件数等は、以下のとおりである（図表-8）。2008年～2012年までの5年間の請求総件数は1,357件で、このうち、請求認容は一部認容も含めて446件、請求棄却は116件、判決数を分母とする無効率は79%である（取下げ・和解の588件を分母に含めると無効率39%である）。

²⁰ ドイツ連邦特許裁判所の沿革については同裁判所ホームページ及び次の文献を参照：梶山太郎「ドイツ連邦共和国における知的財産訴訟制度（特許訴訟制度）の調査結果（報告）」内閣府知的財産戦略本部事務局資料。

²¹ 意匠についての抗告は通常の裁判所で扱われ、商標についての抗告は連邦特許裁判所で扱われる。

²² 侵害裁判は、州地方裁判所、州高等裁判所、連邦司法裁判所（最高裁判所）の三審制である。

²³ ドイツ国内で効力を有する欧州特許条約（EPC）に基づく特許についての異議申立は欧州特許庁（EPO）の異議部に対して行う。ただし、そのような特許に対する無効訴訟は通常のドイツ国内特許と同様にドイツ連邦特許裁判所に対して行うことができる。

²⁴ ドイツ国内特許制度に基づく特許のほか、EPC 経由の特許、医薬特許の期間延長制度に基づく延長特許の無効化請求についても、ドイツ連邦特許裁判所の所管となっている。

【図表-8】 ドイツにおける無効訴訟件数と無効率の推移

	請求件数	判決結果			
		無効 (A) (含一部無効)	棄却 (B)	無効率 A/(A+B)	取下・和解
2008年	275	95	19	83 %	118
2009年	227	79	26	75 %	101
2010年	254	83	29	74%	109
2011年	297	92	22	80 %	134
2012年	302	97	20	83 %	126
上記合計	1,357	446	116	79 %	588

出所：ドイツ連邦特許裁判所ホームページ

ドイツの特許裁判は概してユーザーの評判がよく、特に予測可能性の高いことが評価されており、欧州の特許裁判のモデルとの評価もあるが、他方で課題も少なくない。私見では、第1に、審理の長期化である。平均2年を要している。このことが高い無効率（取下げ・和解を除くと無効化率は79%）とあいまって、侵害訴訟で原告が訴訟した後に特許が無効になるという問題が深刻化している。第2の問題は、司法システムの国際的調和である。

2つの課題解決のためにドイツも無効の抗弁を導入することが望まれる。しかし、現時点でドイツに変化の兆しはみられない。ドイツの特許関係者の多くは、無効訴訟と侵害訴訟は目的も性格も異なるものであるから分離して審理するのが当然と考えている。しかし、ドイツが「二元主義」を維持するのであれば、無効訴訟の迅速化を実現すること（実務上の対策）、侵害訴訟における原告勝訴判決の執行に一定の留保をつけること（法律上の対策）などを検討する必要がある。

（2）EU 統一特許制度と「二分主義」

28のEU加盟国は全て欧州特許条約（EPC）加盟国でもあるから、EU加盟各国の特許制度は「二層構造」になっている。1つは、国内特許法に基づく国内特許であり、もう1つはEPCに基づく欧州特許を通じて国内段階に移行してくる国内特許である。

EPCに基づく特許制度は、欧州の複数国で特許を取得したいと考える出願人にとってはたいへん便利な特許制度で、出願時にはただ1つの出願を行うだけでよく（使用言語は英独仏のいずれか）、欧州特許庁（EPO）の審査によって特許が付与されたあとに、翻訳等所定の手続（バリデーション）を行うことにより国内特許に移行することができる。

問題点は、国内段階に移行する際に当該国の公用語への翻訳を行わなければならないこと（翻訳コスト）、裁判を各国ごとに行わなくてはならないこと（訴訟コスト）である。この問題点の克服を目指して、①EU全域で単一の効力を有するEU特許の付与と、②EU裁判システムの一元化を二本柱とする「EU統一特許制度」の創設をめざした試みが長きにわたって続けられてきたが、言語と国家の主権の壁を超えることが難しく、なかなか合意に至ることができなかった。

しかし、欧州委員会のイニシアティブと加盟国の関係者の努力が実り、2012年12月、欧州議会・EU理事会は、「EU統一特許制度」についてようやく合意にたどり着いたところである（現時点でスペイン

とクロアチアの2か国が不参加)。イギリスのEUからの離脱によってEU統一特許制度の早期施行開始はきわめて悲観的な状況になってしまったが、仮にこれが実現すれば、欧州特許出願人にとっては「第三の特許」が選択可能になるはずである。

EU統一特許は、欧州特許庁(EPO)を通じて取得可能である。出願人はEPC出願を出願し、特許付与された段階で、従来のような各国ごとのバリデーションに代えて(又は加えて)「EU統一特許」を選択することができる。究極的には自動翻訳の採用も検討されているが、当面の間は翻訳が必要である。英語で特許査定された特許出願の明細書は、他のEU加盟国のいずれか1つの言語に翻訳し、フランス語又はドイツ語でなされたものは明細書を英語に翻訳することになる。

裁判については、新しく創設される「統一特許裁判所システム」(Unitary Patent Court: UPC)の下で行われ、判決の効力は本システムに参加するEU加盟国全域に及ぶ。第一審裁判所として、①中央部と②地方部と③地域部の3つのタイプの裁判所が設置される。①中央部は、パリ、ロンドン、ミュンヘンの3都市に置かれ、主に無効訴訟を管轄する。②地方部は、各国の主要都市に置かれ、主に侵害訴訟を管轄する。③地域部は北欧・バルト海諸国をカバーする裁判所で、地方部と同様に主に侵害裁判を担当する。無効訴訟と侵害訴訟を分離しているところにドイツの強い影響を感じることができる。

侵害訴訟の反訴として(侵害訴訟の後に)無効訴訟が起こされた場合、侵害訴訟を担当する地方部/地域部の裁判所の選択肢は、以下の3つである。

第1に、侵害手続、無効手続を同時に進める(無効の抗弁、反訴)

第2に、侵害手続を進め、無効手続は中央部に付託する(二分主義)

第3に、侵害手続を中止し、無効手続は中央部に付託する(結果待ち)。

この3つの選択肢(裁判所の裁量)のほかに、当事者の合意により、訴訟全体を中央部に付託するという選択肢(当事者による選択肢)もあり得る。例えば、ミュンヘンの中央部裁判所において侵害訴訟と無効手続が同時に進められるという可能性があり得る。

非侵害訴訟(取消訴訟)は、中央部で行われる。ただし、対応する侵害訴訟が3か月以内に行われる場合は、中央部は審理を停止する(上記侵害裁判所の裁量選択を優先する)。

全ての控訴は、ルクセンブルグに設置されるUPC控訴裁判所に対して行われる。第一審の判決及び控訴裁判所の判決は、参加国であるEU加盟国の国内裁判所からの宣言を必要とすることなく、当該国において行使可能となる。このことは権利者にとって大きなメリットである(訴訟コストの削減)が、他方で特許無効の効果が一度に全域に及ぶ(セントラルアタック)リスクがあることにも留意しておくべきである。

私見では、当事者の選択によって侵害訴訟とその反訴としての無効訴訟を中央部(ミュンヘン)に送るケースが増えてくれば、ドイツとしても二元主義を見直す又は修正する契機になるのではないかと期待していたが、前述のようにイギリスのEU離脱によってEU統一特許制度の早期施行の可能性が著しく下がったために、ドイツの変革の可能性は遠のいたように思われる。

(3) 最近の裁判例—生命倫理に関するEU司法裁判所の判決

次に生命倫理に関するEU司法裁判所における最近の判決を一例として取り上げて検討することにより、特許に関する政策形成メカニズムの問題点について考える。

ドイツ特許法上、公序良俗に反する発明は特許を受けることができないとされている。公序良俗に反する発明とはいかなるものであるかを明確にするために、EUバイオテクノロジー指令第6条(2)(c)は、

「ヒト胚の工業的・商業的使用」を具体例として挙げ、ドイツ特許法もこれを反映した規定(2条(2)3)を整備している。

ドイツのボン大学の Oliver Brüstle 教授のヒト ES 細胞に関する発明に与えられたドイツ特許(DE19756864)に対してグリーンピースが「ヒト胚の使用」にあたることを理由に特許無効を訴えた事件²⁵において、ドイツ連邦最高裁判所は、EU バイオテクノロジー指令第 6 条(2)(c)の先行解釈を EU 司法裁判所に付託し、EU 司法裁判所は、2011 年 10 月に決定を出し、ヒト胚の使用について次のような解釈を示した。

①クレーム又は明細書の中にヒト胚の破壊が明記されていなくても、その発明の実施のためにヒト胚の破壊に由来する ES 細胞を利用せざるを得ない場合は、「ヒト胚の使用」にあたる。②科学研究や医療のための「ヒト胚の使用」であっても「ヒト胚の使用」であることには変わらない。

この解釈に基づいて、ドイツ連邦最高裁は、2012 年 11 月、本件特許のクレームを「ヒト胚を使用しないで得られるヒト ES 細胞」に限定(ディスクレーム)させた上で特許の有効性を認めた。判決は「ヒト胚を使用しないで得られるヒト ES 細胞」の具体例として「体外受精プロセスにおいて発生過程が停止し、もはやヒトに成長し得なくなった胚から得られる ES 細胞」を挙げている²⁶。結局、本件は特許にはなったが、極めて狭い範囲の特許になっている。

私見では EU 司法裁判所の「ヒト胚」に関する解釈は硬直的で、イノベーション政策的に合理的ではないのではないと考える。例えば、一部の加盟国では提供者の同意の下で一定の条件下で余剰胚を使用して研究を行うことが認められており、このような研究まで公序良俗に反するものとしてしまうことには問題がある。ヒト ES 細胞に対する公的研究支援が停滞することになれば、かえって公衆衛生の保護に悖ることになるからである。

しかし、この点について裁判所が政策的に誤った判断をしたと批判するのは正しくない。裁判所はむしろ法律を正しく解釈している。判決が政策的に合理的でないのは、法律そのものが合理的でないからである。すなわち、欧州議会及び EU 閣僚理事会がバイオテクノロジー指令を制定する際に「ヒト胚の使用」を無条件で全て公序良俗に反するものとしてしまったところに遠因がある。したがって、EU 司法裁判所の判決を批判する場合、立法者にも同様の批判が向けられるべきである。同時に立法者が公序良俗の具体例を法定しなければならなかった事情にも考えをめぐらし、その上でどのような教訓を引き出すことができるか検討することが求められる。

特許法の規定を具体的に定めることは法の適用の明確性・一様性を高める上で意味があるものの、技術革新のスピードの速い分野において過度に詳細な規定を設けることは、政策展開の柔軟性を失うおそれがある。大枠のルールを定めて個別の紛争の解決を図りながら、解決事例の積み上げの上に新たなルールを作っていくという段階的ルール作りを進めることが有益であろう。

²⁵ 詳細は、例えば、斎藤誠「ヒト胚バイオテクノロジー特許の限界線—ブリュストル対グリーンピース訴訟をめぐって」中山信弘先生古稀記念『はばたき—21 世紀の知的財産法』(弘文堂、2015 年) 173-200 頁。

²⁶ 2014 年 12 月、EU 司法裁判所は、英国特許出願に関する別の事件(International Stem Cell 事件)に関し、ヒトに成長し得ない胚は「ヒト胚」にあたらないことを確認している。

5. 日本の制度とその運用

(1) 無効の抗弁と制度化とその背景

日本では、審査官・審判官の不足のために審査・審判の期間が長期化する中で、異議申立制度と無効審判の重複が問題とされるようになり、平成15年（2003年）に異議申立制度がいったん廃止された（無効審判制度の中に取り込まれた）。しかしその後、特許の質の向上を目的として2015年に復活し、現在は再び異議申立制度と審判制度が併存しているという状況にある。

異議申立も無効審判も、特許庁の審判部の審判官によって審理される。異議申立についての決定に不服がある場合、出願人は決定の取消を求めて東京高裁に訴えを起こすことができる。無効審決に不服がある場合、いずれの当事者も東京高裁に訴えを起こすことができる。異議申立制度と無効審判の対比は、図表-9のとおりである。

【図表-9】異議申立と無効審判の比較

	異議申立	無効審判
制度の趣旨	特許の早期安定化	特許の有効性に関する当事者間の紛争解決
手続の性格	査定系（権利者と特許庁）	当事者系
請求人適格	何人も（匿名は不可）	利害関係人のみ（顕名）
請求の期間	特許公報発行の日から6か月以内	設定登録後いつでも
理由	公益的理由	公益的理由、権利帰属に関する理由、特許後の後発的理由

出所：特許庁審判便覧67-00（一部改変）

2015年4月に開始された異議申立については、2015年末までに364件の申立があった。2015年の無効審判の請求件数は、227件であった。

日本の特許法はドイツの影響を強く受けており、二分主義を基本としてきたが、侵害訴訟と無効審判の併存によって生じる問題（事案の解決の長期化等）がだんだん深刻になってきた。このような状況の中で、2000年4月、キルビー特許事件において最高裁判決が「特許の無効審決が確定する以前であっても、特許権侵害訴訟を審理する裁判所は、特許に無効理由が存在することが明らかであるか否かについて判断することができる」と解すべきであり、審理の結果、当該特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されないと解するのが相当である」としたのを契機に日本でも無効の抗弁の法制化が行われた（2004年、特許法第104条の3の創設）。

しかし、依然として原理的には二分主義であって、特許庁の登録簿から特許を抹消するには無効審判の請求が必要である。無効の抗弁の効力は、あくまで当事者に限られる（当事者功）。とはいえ、侵害訴訟において無効の抗弁が認容された特許について原告が他の者を相手に新たな侵害訴訟を起こしても、裁判所が特許の有効性について先行裁判と異なる判断を下す可能性はほぼゼロであるから、事実上「対世効」があるとみて差支えない。

(2) 無効審判請求の成立率（無効率）の変化

無効審判の請求件数は、図表-10のように、2006年～2015年までの10年間の累積で2,518件、そのうち請求認容（一部認容を含む）は1,026件、請求棄却は1,184件、取下げ等は329件である。審決数を分母とする認容率は46%である（取下げ等を分母に含めると41%である）。平均的な審理期間（2015年）は、約10.5か月である。

【図表-10】日本における無効審判の請求件数と処分件数及び無効率（10年間）

	請求件数	審理終了件数			無効率 A/(A+B)
		請求成立 (A)	請求不成立 (B)	取下・放棄	
2006年	273	194	88	34	69%
2007年	284	142	82	35	63%
2008年	292	182	92	36	66%
2009年	257	123	123	37	50%
2010年	237	102	129	23	44%
2011年	269	91	140	28	40%
2012年	217	73	144	32	34%
2013年	247	43	139	29	24%
2014年	215	37	105	41	26%
2015年	227	39	142	34	22%
上記合計	2,518	1,026	1,184	329	46%

出所：特許行政年次報告書（2016年）

図表-10からわかるように、無効率は2006年の69%から2015年の22%へと大きく減少している。特許がつぶれにくくなったということである。その変化の原因は、私見では、第1に、知財高裁の進歩性判断の変化である。後述するように、2008年ごろを境に知財高裁の進歩性判断に変化が生じた（引用文献の開示事項を上位概念として把握することをしなくなった）。この変化が特許庁の審判官に影響を与え、2009年ごろから審判官の進歩性判断も変わってきた。第2に、出願人の事前の先行技術調査の徹底化である。厳選された発明が特許されるようになり、その分、無効になる割合が減ったのではないかと推測される。いずれにせよ、権利の安定化はイノベーションにとって好ましいことである。ただし、そのためにはすでに何度か指摘したように、審査官・審判官も調査を尽くし、本来特許にすべきものとそうでないものを峻別することが重要である。

(3) 審決取消訴訟と無効の抗弁の動向

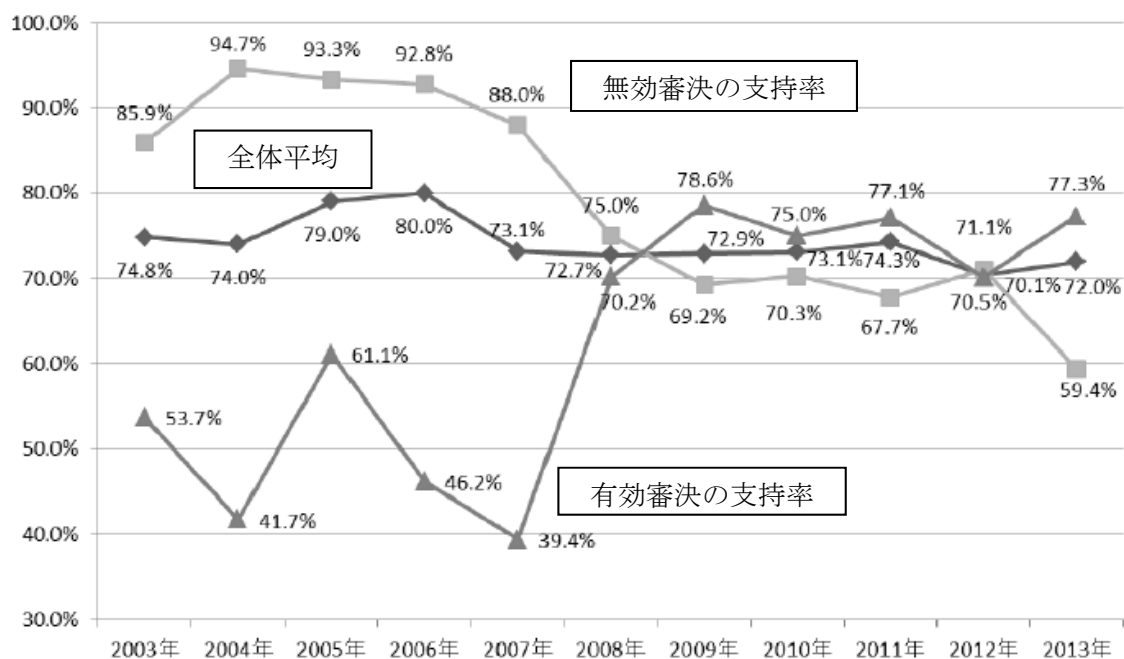
無効審判の審決に不服のある当事者は相手方を被告として審決の取消訴訟を東京高裁に提起することができる。過去10年間の平均で、裁判所における特許庁の審決の支持率は約71%、反対に取消率は約29%である（図表-11）。

【図表-11】日本における特許無効審判の審決取消の出訴件数と審決支持率

	出訴件数	判決件数		
		請求棄却(A)	審決取消(B)	審決支持率 A/(A+B)
2006年	165	76	19	80%
2007年	137	79	29	73%
2008年	165	72	27	73%
2009年	174	78	29	73%
2010年	153	68	25	73%
2011年	158	75	26	74%
2012年	165	74	31	70%
2013年	119	76	28	72%
2014年	109	50	37	57%
2015年	116	46	27	63%
上記合計	1,461	694	278	71%

出所：特許行政年次報告書（2016年）

【図表-12】審決支持率の推移



出所：脚注1資料⑦54頁

審決支持率は、毎年70%前後で安定しているように見えるが、実は「無効審決」（特許庁が特許無効と判断した判決）と「有効審決」（特許庁が特許有効と判断した判決）に分けて支持率をみると、図表-12に示すように大きな開きがあり、かつ時系列的にも変化がある。すなわち、2008年以前は、「無効審決」の支持率が約90%であるのに対し、「有効審決」の支持率は40%～50%の間であった。このこと

は、特許庁が無効と判断したものは裁判所もほとんど無効と判断するのに対し、特許庁が有効と判断したものは裁判所によって半数以上が無効と判断されることを示唆している。こうした状況の中で 2008 年ごろ、産業界等から「裁判所は特許庁より進歩性の判断が厳しいのではないか」との批判が高まった。このような批判も考慮したのか、知財高裁の判決に変化が生じ、2008 年以降は、無効審決・有効審決のいずれについても支持率は 70%前後で安定的に推移している。

次に無効の抗弁についてレビューすると、最近の統計によれば、侵害訴訟が提起されると、被告は 70%前後の割合で無効の抗弁を主張し、その半分は認容されている。つまり、判決ベース（分母は判決総数）でいうと、約 35%は侵害の有無の判断に入る前に特許無効を理由に原告（特許権者）が敗訴するという状況である（図表-13）。

こうした傾向から、無効の抗弁は「被疑侵害者にとって有利ではないか」との批判もあるが、全体としてみると、紛争の一回的解決に資するものとの評価が高く、特許法 104 条の 3 の廃止を求める声は多くはない。無効の抗弁は日本においてすでに定着した感がある。特許権者の側も、①訴訟の提起の前に改めて調査を行い、必要な訂正をするか、無効の抗弁に対する準備をする、②自己の特許の有効性を裁判官にアピールすべく工夫する、③訂正の再抗弁を活用するなどの努力が必要であろう。

【図表-13】 地方裁判所における特許権侵害訴訟の判決数及び無効率の推移

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
判決総数 (A)	65	54	36	47	37	38	41	38	40	58
無効の抗弁あり	53	41	30	39	25	33	31	31	32	41
無効の抗弁認容 (B)	21	19	21	19	16	18	9	11	12	21
無効率 (B/A)	32%	35%	58%	40%	43%	47%	22%	29%	30%	36%

出所：脚注 1 資料⑦

次に裁判官による無効の判断と審判官による無効の判断の齟齬の問題について検討する。2004 年に無効の抗弁の制度が導入された後、侵害裁判における無効の判断とその後の無効審判における無効の判断の齟齬が問題とされるようになった。特に、侵害裁判において原告が勝訴し、その勝訴判決が確定した後無効審判において無効が確定した場合、民事訴訟法第 338 条 1 項 8 号（判決の基礎となった行政処分その後変更があった場合）の再審事由に該当するか（被告は損害賠償金を取り戻せるか）ということが問題となった。仮に再審事由にあたるかすると、原告は侵害裁判で勝訴し、かつ、無効審判で勝訴しないと損害賠償金が得られず、他方、被告は侵害裁判か無効審判のいずれかで勝訴すれば、損害賠償金の支払いを免れることができる。この不公平を是正するために、2013 年の法改正で特許法 104 条の 4 を創設し、上記のような場合であっても事実上再審の道がふさがれることになった。要するに、両当事者は侵害裁判において攻撃防御（無効の抗弁と訂正の再抗弁）を尽くすことが求められるようになったということである。

6. まとめ

特許を無効にする当事者系の手続として、米国ではかつては民事訴訟手続によるのが基本であったが、最近では行政上の手続（当事者系レビュー等）もあわせて活用されるようになってきている。日本ではかつては無効審判請求が基本であったが、最近では無効の抗弁の活用が増えている。こうして日本及び米国は行政上の手続と裁判上の手続の併用という同じ方向に向かっている。

裁判上の手続の場合は、特許の専門家でない裁判官や陪審員によって判断されるという問題点もあるが、紛争の合理的解決という点では利点もある。他方で行政上の手続は（特に侵害訴訟と並行して行われる場合）紛争の最終的解決までに時間がかかる又は特許庁と裁判所の判断の齟齬から不都合が生じるなどの問題もあるが、紛争の一回的解決という点においてメリットもある。したがって、制度論として、2つの手続のうちのいずれか一方を廃止するというのではなく、互いに補完関係にあるものとして残し、当事者はそのことを前提に必要な手段を選択して攻撃防御を尽くすべきであろう。ドイツにおいても「無効の抗弁」を導入することが期待される。仮にその導入が難しいとすれば、無効訴訟の審理を少なくとも1年以内に集結するように短縮化を図るべきである。

無効の手続を審理する専門機関を日本や米国のように特許庁の中の組織（審判部）とするか、ドイツのように司法府の専門の裁判所とするかは、実は大きな問題ではないように思われる。要はユーザーの期待に応え得る高い専門サービスを提供できるかどうかの問題である。高いサービスとは、①判断の安定性（予測可能性）、②処理の迅速性（適時性）、③公正性・公平性が基本である。くわえて、事案にあたる専門家（審判官／裁判官）には、専門分野の技術の理解力、特許法等に対する深い知識、イノベーションに対するマインドを持っていることが求められる。これらの要素が満たされるのであれば、政府の専門機関であるか、裁判所の機関であるかは、従たる問題である。

誤解を恐れずいえば、特許制度はイノベーション政策のためのツールである。したがって、特許制度の運用は、政府（政策官庁・実務官庁）が中心となって戦略と政策を企画立案し、そのための必要な法を整備し、その法に基づいて裁判所は適切な事案の解決を実行していくべきである。特許性の判断の基準となる審査基準等は、政策主導で決められるべきであり、裁判においても（審査基準は法律ではないとしても）できるかぎり尊重されるべきである。また個別事案の特許性の判断についても、可能なかぎり特許庁の専門家の判断が尊重されるべきである。言い換えれば、侵害訴訟と並行して無効審判の請求がされている場合は、侵害裁判所はその審決を原則として待つべきである。特許庁審判部は当事者の協力を得て特別に早く結論を出すべきである。

特許庁と裁判所の意思疎通のために人事交流（特許庁から調査官の派遣、審判部における裁判官OBの活用）も進められるべきである。また日米欧三極会合、日米欧中韓五庁会合など特許庁間の国際会合の場に特許を担当する裁判官も加わることも望まれる。各国の法制度はその歴史を含めて大きく異なっている部分が多いので、他国の法制度の一部を切り出して自国の法制度に部分的に移植することは適切ではないが、互いに他国の法制度やその運用を学び合うことは有意義なことである。

研究時間の制約のために十分な報告書を完成することができなかったが、本報告書が今後の中国における特許無効審判制度のあり方の検討にいささかでも有益な情報を提供することができたとすれば幸いである。

第3章

不使用商標に関する研究

第1節 研究内容の要約

日本と中国は共に、権利の安定化や明確化等のために登録主義を採用しており、一定の登録要件を満たせば商標登録される。登録主義では、商標が使用されなくても商標登録され得るので、不使用の登録商標が存在することになる。この不使用の登録商標の存在により、第三者が新たな商標を選択する上で自由度が制約を受けるなど社会的な弊害が生じる。特に、中国では毎年200万から300万件もの商標が出願され、有効登録件数は1,000万件以上あるものの、その半数以上が使用されていない登録商標ともいわれ、非常に深刻な問題となっている。

不使用の登録商標の対策として、日本と中国では共に不使用の登録商標の取消制度が設けられている。また、取消制度以外の対策として、日本では、商標登録出願時に指定商品役務が8類似群以上の場合、審査において使用意思を確認しており、商標の使用意思確認を厳格化している。また中国では、商標権者が損害賠償を請求する際に、直近3年間における登録商標の使用証拠の提出が義務付けられている。

このような背景において、本研究では、不使用の登録商標に関する現行の制度について改めて振り返ると共に、現行の制度について今後検討すべきことや、導入を今後検討すべき新しい制度等について提案する。

まず、中国で問題となっている不使用の登録商標は、他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しない登録商標、全く使用する意思のない商標を意図的に出願し登録する登録商標、及びかつて使用した（使用意思あった場合も含む）ことはあるが継続して3年以上使用しなくなった登録商標、の三つに整理できる。そこで、それぞれの不使用の登録商標に対応した措置を講じるべきと考える。

他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しない登録商標については、信義誠実の原則に従って、出願する商標が自らの商標であって他人のものではないこと等を表明することを、出願人に求めるべきである。全く使用する意思のない商標を意図的に出願し登録する登録商標については、出願人が使用している事実に関する証拠を提出した後に、商標局が登録を許可して登録証書を交付すべきである。かつて使用したことあるが継続して3年以上使用しなくなった登録商標については、従来不使用登録商標の取消制度と、登録商標が不使用であれば損害賠償請求ができない制度に加えて、登録商標の更新時において使用の事実に関する証拠の提出を要求すべきである。

また、日中と同様に登録主義を採用しているドイツでは、登録商標の使用を強制する制度が整っている。例えば、異議申立てや無効審判において、もし商標権者が先に商標登録したことを理由として、商標登録機関に後に請求された登録の取下げを請求した場合、あるいは登録した後で商標の無効を請求した場合、後の請求人または後の登録者は、先の登録者が5年以上不使用であったことに対する抗弁ができる。そこで、日中両国の商標法でもドイツの関連する制度を導入する必要がある。

ここで、「商標の不使用」に関する論題は最終的に「商標の使用」に関する研究に落ち着くことになり、「商標の使用」の認定基準は研究における核心となる。総じて言えば、ただ商標を維持することだけを目的とした象徴的な使用を行ってはならず、商標の持つ効力が発揮されるよう使用しなければならない。また、具体的に「商標の使用」を認定する際は、民事訴訟での要求は行政手続よりやや高いものにする事で、各制度間の協調が取れ、円滑な運用が可能となる。

一方、日本の不使用登録商標の取消制度については、これまで何度か改正がなされており、特に証明責任の所在をめぐって何度も変遷してきた。今後は、証明責任を含めた制度の運用に関する細目の改革が検討されるべきではないかと思われる。特に、この制度の各要件がどのように解釈されるか、とりわ

け、被請求人による標章の使用と指定商品・指定役務との関係、その使用の態様、登録商標と使用された標章との同一性、外国事業者による使用の場合の考え方などについて、日本では裁判例が蓄積されている。そうした解釈を日中間で比較し、必要に応じて調整していくことは、大きな意味があると考えられる。

また、取消制度以外の制度が不使用商標の登録を抑制したり、その弊害を限定したりするという点にも、日中両国で注意を払う必要がある。日本において、2009年から出願時に「使用の意思」の厳格な確認を行うようになっており、それ以降、不使用商標の登録取消請求の件数が減少しつつあるように見えることは注目されてよいであろう。

第2節 中国の制度現状から

I. 登録商標不使用に関する問題の研究

中国社会科学院 知識産権センター 李明徳 教授

1. 商標登録制度と登録商標の不使用

商標は、商品又は役務の標識として使用するもので、商品又は役務の出所を示す役割を果たすことができる。漢字の「商標」の語には、「商業」において使用する「標識」との意味がある。英語の「trademark」には、「trade」における「mark」との意味がある。このように、商業活動において使用するもの、若しくは商品又は役務に関連するものに係る標識のみを、商標と言うことができる。こうした商標が、関連の国家主管部門に登録された場合は、「登録商標」として保護を受けることができる。一方、商標の登録を出願していない場合、又は関連の国家主管部門に登録されていない場合は、未登録商標として、反不正競争法の保護を受けることができる。

「商標」の概念によれば、登録された商標であっても、商業活動に使用する商標、又は商品もしくは役務に関連する商標でなければならない。ある商標が登録された後に全く使用されなければ、国の登録関連システムから排除されなければならない。ある商標がある程度の期間使用された後、関係する経済主体が商業活動における使用を停止した場合も、国の登録関連システムから排除すべきである。これは、この2つの状況においては、「登録商標」はもはや「商標」とは言えず、そこに提供される「登録の保護」も意義を失っているからである。まさにこの意味から言えば、「登録商標の不使用」は商標登録制度に伴う問題である。

歴史的な発展から見ると、商標登録制度の誕生前にも、商標は既にその他の法律で保護されていた。その点については、イギリスではかつて、不法行為 (tort)、又はその中の詐称禁止に関する規則によって商標を保護していた。例えば、イギリスの裁判所は1618年のある判例で、ある服地業者が別の服地業者の商標を不正に使用したことは、原告の商標の営業上の信用に損害を与えただけでなく、商業上の詐称行為にも当たると判断している¹。商業上の詐称を禁止するという理由で、商標及びそれに関する権利を保護することは、英米法系における商標保護制度のはっきりした特徴でもある。まさに詐称を禁止する法的規則を基に、イギリスの裁判所はやがて商業標識の不正使用 (パッシングオフ、passing off) の禁止に関する法律、すなわちイギリスの不正競争防止法に発展させた。1875年になると、イギリスの議会は不正使用に関する法律を基に、更に商標登録法を制定した。同じく英米法系に属する米国は、独立後、イギリスの詐称禁止に関する法的規則及び商業標識の不正使用に関する規則を受け入れ、商業標識及びそれに関する権利を保護した。それが米国の各州及び連邦における不正競争防止法である。同様に、米国の多くの州における「商標登録法」及びその後の連邦商標登録法である「ランナム法」も、商標の不正使用に関する法律及び不正競争防止法を基に制定されたものである。

ヨーロッパ大陸では、フランスが、1803年の「刑法」では、他人の商標の不正使用は公文書偽造に当たり、不正使用者は苦役に処する旨が規定されている²。これは、刑事的制裁という手段で商標及びそれ

¹ Southern v. How (1816), see Cornish & Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 6th edition, p 606, footnote 17, 2007.

² フランス共和暦11年芽月25日法。黄暉『商標法』7頁(法律出版社、2004年)参照。

に関する権利を保護するものである。1804年の「フランス民法典」では、1382条に、他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであってもすべて、過失によって損害をもたらした者に、当該他人に対する賠償の責任を負わせる旨が規定されている³。これは、不法行為に関する一般的規定である。フランスの裁判所は、まさにこのような不法行為責任に関する一般的規定に基づき、商標及びそれに関する権利を保護している。その後、フランスの議会はこの規定に基づき、更にフランスの登録商標法及び不正競争防止法を制定した。同じ頃、フランスのほか、ドイツ、スイス、スペイン等のヨーロッパ諸国でも、不法行為に関する法律に基づき、商標及びそれに関する権利を保護していた。

不法行為責任に関する法律及び不正競争防止法で商標を保護する状況（英米法系）においても、或いは刑法及び不法行為責任に関する法律で商標を保護する状況（大陸法系）においても、登録商標の不使用又は商標の不使用の問題は明らかに存在しない。これは、全ての「商標」が、商業活動で使用される「商標」だからである。ある商標がかつて使用され、その後使用を停止した場合は、商標とはならない。それに対し、他人に模倣される商標であれ、不正に使用される商標であれ、商業活動において使用されている商標である。また一方で、商標の所有者が模倣又は不正使用を制止する訴訟を起こす場合は、その商標を自らが長期間使用していること、及び自らの商標が他人に模倣又は不正使用されていることを証明する必要もある。言い換えれば、商標の所有者が模倣又は不正使用制止の訴訟を起こす前提は、自らがその商標を使用しているということである。

大まかに言えば、不法行為責任に関する法律、不正競争防止法、ひいては刑法による商標の保護は、初期の市場経済環境における商標保護のニーズに適応したものである。その頃、商品取引の市場は一般に比較的分割された状態にあり、各地域市場はそれほど関連性がなかった。これに対応して、経済主体は商標を使用することによってそれに関する権利を獲得し、また関係する地域の中で効力を生じた。このように、不法行為責任に関する法律、不正競争防止法、さらに刑法による商標の保護は、通常、問題を生じなかった。しかし、商品経済の発展や国内市場の一体化に伴い、商品取引の市場は徐々につながり、ある地方で生産又は提供された商品が、全国各地に販売され、ひいては国外に輸出されることさえ可能となった。こうした状況において、使用のみを根拠に商標に関する権利を獲得することには、問題が生じる可能性がある。というのは、各地域でさまざまな業者が使用している同一又は類似の商標が、統一が進む国内市場において衝突し、消費者の混同を招く可能性があるからである。消費者の混同を防ぐために、一部の国では、同一又は類似の商標の所有者に対し、各自の経営範囲を定めるとともに、相手側の経営範囲に進出しないよう要求することまでしている。例えば、米国の1916年の「ハノーバー」事件⁴では、原告が小麦粉に「tea rose」の商標を使用し、主にオハイオ州で販売していた。一方、被告はそのことを全く知らない状況で、やはり小麦粉に同じ商標を使用していた。裁判所は、当事者双方は各自の商業範囲において引き続き「tea rose」の商標を使用し、かつ相手側の販売地域に進出してはならないと判断した。

国内市場の一体化に適応するため、また同一又は類似の商標が国内市場で衝突するのを防ぐためにも、商標登録制度は時運に応じて生まれた。1857年、フランスは「民法典」の1382条に基づき、世界初の商標登録法を公布した。その後、同じヨーロッパ大陸のドイツが1874年に、スイスが1890年に、それぞれ登録商標法を公布した。英米法系の国では、イギリスが不正使用を制止する法律及び関連する判例

³ 「フランス民法典」1382条を参照。

⁴ Hanover Star Milling Co. v. Metcalf, 240 U.S. 90 (1916).

を基に、1875年に「商標登録法」(Trademark Registration Act)を公布し、商標に対し登録による保護を与えた。米国では、1870年に連邦登録商標法が制定されたものの、1879年に合衆国最高裁判所により憲法違反と言い渡された。その後1946年になって、米国はようやく商標登録に関する連邦制定法の「ランハム法」を制定し、商標に対し登録による保護を与えている。

商標登録制度の誕生が、商標の衝突に関するリスクを低減させ、かつ商標所有者の投資を節約させていることは間違いない。その理由は、経済主体が、ある商標を使用又はその登録を出願する際に、既に公開されている商標登録簿を調べて、同一又は類似の商標を避けることができるからである。また、経済主体は、商標登録や市場での商標使用状況を十分に理解した上で、安心して自らが登録し使用する商標に必要な投資を行い、より強固な基盤の上に、関連する権利を確立することができる。まさにこうした理由から、商標登録制度はひとたび誕生するや、急速に全世界へ普及した。今日では、世界のほとんどの国で、商標登録及び登録商標の保護に関する法律が施行されている。

しかしもう一方で、商標登録制度の運用に伴い、登録商標不使用に関する問題が徐々に生じている。商標登録制度の誕生当初は、主管部門の登録システムに登録される商標は、基本的に既に使用されていた商標又は使用中の商標であった。しかし、時間の経過に伴い、少なくとも次の2つの状況が生じている。1つは、既に使用されていた登録商標の一部が、商標所有者の倒産、死亡、生産の転換又はその他の理由により使用されなくなっている。それに応じて今後使用されないこうした「登録商標」が、かなり長期にわたり主管部門の登録システムや登録簿に残る可能性がある。もう1つは、登録制度がまだ使用されていない商標の登録を認めているため、経済主体の一部には、近い将来に意中の商標を確実に使用することができるように、相応の商標を事前に登録出願し、他人による抜け駆け登録又は抜け駆け使用を防ぐ者がいる。この種の「使用の意思がある商標」は、今後数年以内に真に使用すれば、大した問題は生じない。しかし、「使用の意思がある商標」の所有者が、さまざまな理由で真に使用できない場合、それもまた主管部門の登録システムや登録簿における「登録商標」の残留をもたらす。

もはや使われないこうした「登録商標」を、主管部門の登録システムや登録簿から整理して除外するため、また他の経済主体が相応の標識資源を選択して使用することができるように、世界各国の登録商標関連法には、いずれも登録商標不使用に関する取消制度が設けられている。この制度によれば、登録商標が一定期間連続して使用されない場合、他の経済主体は裁判所又は商標の主管部門に対し、当該「登録商標」の取消を請求することができる。一般に、この種の請求を行うのは、いずれもその「商標」を使用しようとする経済主体である。裁判所又は商標の主管部門が審理又は審査を経て、その登録商標が法に定められた期間使用されていないことが確実であると認めた場合は、登録取消の決定を行う。取消を請求した経済主体は、その後直ちに登録を出願することも、その商標をそのまま使用することもできる。

ヨーロッパ大陸諸国の方法によれば、登録商標が継続して5年使用されなければ、登録を取り消すことができる。例えば、フランスの商標に関する規定では、正当な理由なく、登録商標を継続して5年間、使用を指定した商品又は役務に実際に使用していない場合、登録商標の所有者は商標の権利を喪失すると規定されている。規定に基づき、すべての利害関係者は、裁判所に訴訟を提起して、商標登録の失効を主張することができる⁵。また、ドイツの商標法では、商標登録の日から5年以内に、指定した商品又

⁵ フランス知的財産権法L. 714-5条を参照。

は役務において使用しない場合は、取り消すものとする規定されている⁶。規定に基づき、利害関係者は裁判所に取消の訴訟を提起しなければならない。裁判所が取消の決定を行った後、利害関係者は裁判所の判決を特許商標庁に届けなければならない、特許商標庁が関連する登録商標を取り消す⁷。欧州共同体（EU）でも、ヨーロッパ大陸諸国の上述の方法と同じく、商標に関する指令及び規則において、登録商標が継続して5年使用されない場合は取り消さなければならないと規定されている。例えば、1988年に発表された「商標に関する加盟国の法律を接近させるための欧州共同体理事会指令」では、正当な理由なく、商標登録の日から5年、又は登録以後に継続して5年、関連する商品又は役務において登録を許可された商標を使用していない場合、関連の商標は取り消すものとする規定されている⁸。また、1993年の「共同体商標に関する理事会規則」でも、正当な理由なく、欧州共同体における商標が、登録の日から5年、又は登録の有効期間内に継続して5年、関連の商品又は役務において使用されない場合は、関連の商標は取り消すものとする規定されている⁹。

英米法系の米国では、商標の継続した3年間の不使用は、商標の放棄に当たると規定されている。規定によれば、商標所有者がその商標の使用を停止し、且つ改めて使用する意思がないものは、商標の放棄に当たる。継続して3年使用しないことは、自らの商標を放棄したと推定することができる¹⁰。注意すべきは、ここでいう放棄とは、登録商標の放棄のみをいうのではなく、登録していない商標の放棄も含むことである。「商標登録の取消」ではなく「商標の放棄」という語を用いるのは、米国における商標権の源に関する考え方を反映するものでもある。具体的に言えば、商標に関する権利は、商標の実際の使用から来るものであって、商標の登録によるものではないという考え方である。商標の登録は、その商標を公示するにすぎず、財産的な権利を生じるものではない。

国際条約のレベルでは、「工業所有権の保護に関するパリ条約」（以下「パリ条約」と略す）には、登録商標が継続して若干年使用されない場合は取り消すものとする、との条項はない。パリ条約の制定者らは、それは加盟国の国内法で規定すべき問題だと考えていたようである。世界貿易機関（WTO）の「TRIPS協定」に至って、登録商標を使用しない場合は取り消すべきという問題が規定された。規定によれば、商標の使用を、登録を維持する要件とする場合は、少なくとも継続して3年使用しなかった場合にのみ商標登録を取り消すことができる¹¹。「継続して3年使用しない」という期間が、米国の「ランナム法」の影響をある程度受けていることは明らかである。むしろ、この問題に関する「TRIPS協定」の規定では、「少なくとも」継続して3年使用しないことで、初めて登録取消の要件を構成する。これは、例えば継続して5年使用しない場合に登録取消の要件を構成する、といったように、加盟国が継続して使用しない期間をさらに長く規定することも可能であることを表すものである。

中国近代の商標法は1982年に制定され、1983年に施行された。規定によれば、登録商標が継続して3年使われない場合は、商標局が登録を取り消すことができる¹²。続いて、1993年に改正された商標法30条、2001年に改正された商標法44条は、いずれも1982年の商標法の規定を踏襲したもので、登録商標が継続して3年使われない場合は、商標局が登録を取り消すことができる¹³。それが2014年に改正

⁶ ドイツ商標法49条及び25条、26条を参照。

⁷ ドイツ商標法52条及び55条を参照。

⁸ 商標に関する加盟国の法律を接近させるための欧州共同体理事会指令（1988年12月）10条及び12条を参照。

⁹ 共同体商標に関する理事会規則（1993年12月）15条及び50条を参照。

¹⁰ 米国ランナム法45条、商標の放棄に関する定義を参照。

¹¹ TRIPs協定19条を参照。

¹² 1982年の商標法30条を参照。

¹³ 1993年の商標法30条、2001年商標法44条を参照。

された商標法に至り、「登録商標がその使用を許可された商品の一般名称になったとき、又は正当な理由なく継続して3年使用されなかったときは、いかなる単位又は個人も、商標局に当該登録商標の取消を請求することができる」と、文章が若干修正された¹⁴。上述の規定では、中国近代の商標法が、その制定時から既に登録商標の不使用による取消が規定されていたことを表している。しかし、この問題において、中国は、ヨーロッパ大陸諸国における継続して5年使用しない場合は登録を取り消すことができるとの規定には追従しておらず、米国に近い規定、すなわち登録商標を継続して3年使用しなかった場合は登録を取り消すことができる、としている。異なるのは、米国は「商標の放棄」と呼び、中国は依然として「登録の取消」と称する点である。

もう一つ注意すべき点は、欧米の先進国では、登録商標の取消又は放棄は、いずれも裁判所に提訴するという点である。一方、中国の商標法の関連規定によれば、登録商標の取消は、行政管理部門である商標局に請求するものである。登録商標を取り消す又は取り消さないという商標局の決定に対し、当事者の一方又は双方が不服とする場合は、商標評審委員会に再審理を請求することができる。商標評審委員会の審決になお不服であるときは、法院に提訴することができる¹⁵。しかし、法院に提訴する際は、相手側の当事者を被告とするのではなく、商標評審委員会を被告とする。相手側当事者は「第三者」として訴訟手続きに加わる。これは行政訴訟といい、民事訴訟ではない¹⁶。

以下、この論文では、商標登録と商標の抜け駆け登録、商標登録と「意図的な登録」、継続して3年使用されていない登録商標の取消という3点から、中国の登録商標不使用に関する問題、及び対応策について論じる。

2. 商標登録と商標の抜け駆け登録

中国における登録商標不使用に関する問題は、ある意味において、欧米等の先進国よりはるかに深刻である。前述のように、英米及びヨーロッパ大陸諸国の多くでは、まず不法行為責任法及び不正競争防止法が商標を保護し、その後登録商標法が商標を保護するようになった。しかし中国では、まず1982年に近代の「商標法」が、次に1986年に「民法通則」が、1993年に「反不正当竞争法」が制定され、2009年によく「不法行為法」が制定された。このような法整備の状況から、商標の保護といえ、まず思いつくのは登録商標法による商標の保護であり、「反不正当竞争法」及び「不法行為法」による商標保護は見過ごされがちである。商標といえ、登録された商標と考える人が多い。このように、中国では「商標」及び「商標保護」の理解に一定の偏りが生じている。

また、中国の理論界及び実務界では、大陸法系の影響を受け、一般には商標登録を商標権獲得の手段と見なされている。このような考え方に導かれて、一部の経済主体は、使用の意思がない「商標」の出願登録を含め、積極的に商標の登録を出願している。近年、工商行政管理部門が商標の登録出願件数及び有効登録保有件数を追求する政策を積極的に推進し、「商標」の大量出願及び登録という現象が激化の一途にある。国家工商行政管理総局のデータによれば、2015年の中国における商標登録出願件数は287万6,000件で、14年連続で世界一となっている。2016年1月～3月期までの中国の商標登録出願件数は累計1,913万7,000件に達し、有効登録商標件数は1,074万5,500件に達している。中国の商標登

¹⁴ 2013年商標法49条を参照。

¹⁵ 2013年商標法54条を参照。

¹⁶ 読者がこの手続的规定を理解すれば、以下で考察する関連事件の理解に役立つ。

録の年間出願件数は世界全体の3分の1を占めている¹⁷。なお、2016年の商標登録出願件数は369万件に達していたとされている。

ここで提起すべき疑問は、これほど膨大な商標登録出願件数及び有効商標登録保有件数のうち、商業活動に使用されているのはいったいどれほどか、また使用されていない「登録商標」はどれだけあるのかということである。試算によれば、毎年新たに登録出願される200万～300万件の商標のうち、少なくとも50%以上は全く使用する予定のない「商標」である。しかしそうした「商標」がひとたび登録されれば、有効な登録商標保有件数が更に増えることになる。相応に、1,000万件以上の「有効登録商標」のうち、ざっと見積もって少なくとも50%以上が使用されていない「登録商標」である。このことは、登録商標不使用の問題が、中国では非常に深刻であることを表している。

大まかに言えば、大量の商標登録出願と、それにより生じている「登録商標」の不使用には、主に2つの原因がある。1つ目は、他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しないこと。2つ目は、全く使用する意思のない商標を意図的に出願し登録することである。ここでは、まず、商標の抜け駆け登録について論じ、全く使用する意思のない商標の意図的な登録出願については、次の節で論じる。

他人の商標の抜け駆け登録の概念は非常に幅広く、同類の商品において他人と同一又は類似の商標を先回りして登録することを含むだけでなく、類似商品において他人と同一又は類似の商標を先回りして登録することも含む。商標に関する法制度に基づき、他人による抜け駆け登録の行為に対しては、商標所有者が、自らの未登録商標が馳名商標に当たる、又は当該商標について自らが優先権を有する等、一連の抗弁を行うことができる。この点について、中国の1982年商標法では優先権の抗弁が規定されていないだけでなく、馳名商標に関する抗弁も規定されていない。1993年の商標法及びその実施細則に至り、ようやく馳名商標及び優先権に関する規定が設けられた。

まず、馳名商標に関する規定を見てみる。1993年商標法27条では、「不正な登録」に関する取消が規定されている。規定によれば、登録済みの商標が、詐欺又はその他の不正な手段で登録されたものである場合は、商標局が当該登録商標を取り消す。その他の単位又は個人は、商標評審委員会に当該登録商標の取消裁定を請求することができる¹⁸。この規定に基づき、1993年商標法実施細則25条では、「信義誠実の原則に反して、複製、模倣、翻訳等の方式により、既に公衆が熟知している他人の商標を登録した場合は、商標法が規定する「詐欺又はその他の不正な手段で登録された」ものに当たり、取り消さなければならないと規定されている¹⁹。2001年の改正商標法になると、13条で「同一又は類似の商品について登録を出願した商標が、中国で登録されていない他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したもので、容易に混同を生じさせる場合は、登録をせず、かつその使用を禁止する」、「同一でない又は類似でない商品について登録を出願した商標が、中国で登録されている他人の馳名商標〔日本の著名商標に該当〕を複製、模倣又は翻訳したもので、公衆を誤認させ、当該馳名商標の登録者の利益に損害を与える可能性がある場合は、登録をせず、かつその使用を禁止する」と規定されている²⁰。2013年の改正商標法も、上述の2点に関する規定を踏襲している²¹。

¹⁷ 国務院新聞弁公室、2015年中国知的財産権の発展状況に関する記者会見、2016年4月19日。

¹⁸ 1993年商標法27条を参照。

¹⁹ 1993年商標法実施細則25条を参照。ほかに、1993年商標法実施細則48条でも「公衆が熟知する役務に関する商標」に触れている。

²⁰ 2001年商標法13条を参照。その1項は、未登録の馳名商標の保護、2項は登録された馳名商標の希釈化防止に関するものである。

²¹ 2013年商標法13条を参照。

次に、優先権に関する規定を見てみる。同じく、1993年の商標法27条の「不正登録」に関する規定、1993年商標法実施細則25条の規定によれば、「他人の合法的な優先権を侵害して登録した場合」、「その他の不正な手段により登録した場合」は、商標法が規定する「詐欺又はその他の不正な手段により登録した」ものに当たり、取り消さなければならない²²。2001年の改正商標法になると、上述の規定は商標法の規定に格上げされた。2001年商標法31条によれば、「商標登録においては、既にある他人の優先権を損ねてはならず、また他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標を不正な手段で抜け駆け登録してはならない」²³。文面から見ると、この規定には2つの概念が含まれる。すなわち、前半は、氏名、肖像、企業名、著作権、外観デザインなどにおける優先権を指し、後半は、特に一定の影響力を有する商標を指している。2014年の改正商標法もこの規定を踏襲し、番号のみが変わり、32条となっている。

上述の考察から、中国の商標保護における「馳名商標」及び「優先権」は、いずれも1993年商標法27条の「不正登録」の規定に由来していることが分かる。他人による商標の抜け駆け登録行為に対抗する際は、先に商標を所有していた者は、「優先権」の主張を行うことができるだけでなく、「馳名商標」も主張できるようである。つまり、「馳名商標」の本来の意味は、公衆によく知られた商標（well known）、又は一定のイメージを有する商標である。しかし実践において、中国の理論界及び実務界の「馳名商標」に対する望みは過度に高く、全国的に有名な未登録商標のみを馳名商標と称することができるようである。これは、日本における「著名商標」と「周知商標」の違いと似通ったところがある。このように、多くの場合、先に商標を所有していた者は、「優先権」のみに基づき、特に第32条の後半部分の「他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標を、不正な手段によって抜け駆け登録してはならない」との規定に基づき、自らの権利を主張し、他人による抜け駆け登録の行為に対抗することしかできない。むしろ、筆者の考えでは、他人が既に使用し、かつ「一定の影響力を有する商標」が具体的に指しているのは、「パリ条約」でいう「周知商標」（well known）である。

1993年商標法に「不正登録」による取消が導入された後、特に2001年商標法に「優先権」による抗弁が導入されて以降、商標の優先所有者は一般に、関連規定に基づき、又は他人による登録出願に異議を申し立て、又は他人が不正に登録した商標の取消を請求することで、商標の抜け駆け登録の現象を最大限に抑止しているといわねばならない。実際に、商標の優先所有者が一定の警戒心を持ってさえいれば、異議や登録無効の申し立てなど多くの段階において、他人による抜け駆け登録を阻止し、自らの権利を保護することができる。

しかし、他人の商標の抜け駆け登録に関する紛争において、商標に関する行政管理部門及び法院は、商標における同一又は類似、商品における同類又は類似の比較をより重視しているようである。特殊な事件においては、この種の同一・類似及び同類、類似の比較は、抜け駆け登録の行為を成功させる可能性がある。例えば「iPhone」の商標登録に関する紛争では、原告のアップル社が2002年10月に「iPhone」の商標登録を出願し、2003年11月に登録が認められ、第9類コンピューターハードウェア及びコンピューターソフトウェア製品での使用が指定された。注意すべきは、原告は登録出願する以前に、既に米国及び多くの国で「iPhone」の商標を使用しており、且つ関連の宣伝資料を有していたことである。この事件の第三者は、2007年9月に第18類のバッグ・かばん等の皮革製品を指定商品として、「iPhone」

²² 1993年商標法実施細則25条を参照。ほかに、1993年商標法実施細則48条でも「公衆が熟知する役務に関する商標」に触れている。

²³ 2001年商標法31条を参照。

の商標登録を出願した。商標局による方式審査の公告後、アップル社は法定期間内に異議を申し立てた。商標局は、2 件の商標は同一とはいえ、類別の異なる製品に使用され、消費者に誤認・混同を生じさせるものではないと判断した。しかも、第三者が登録を出願した当時、アップル社の商標「iPhone」は、中国ではまだ多く使用されておらず、その登録商標が既に周知であるという問題は存在しなかった。アップル社は商標局の決定を不服として、国家工商行政管理総局商標評審委員会に再審を請求し、同委員会は商標局の決定を支持した。続いてアップル社は、北京市第一中級人民法院に提訴し、北京市高級人民法院に上訴した。両法院はいずれも、第三者の登録を認める商標局の決定を支持した。そのうち、北京市高級人民法院は判決において、第三者が登録出願した商標は、中国の政治・経済・文化・宗教・民族など社会公共の利益及び公共の秩序に対し、消極的な、負の影響を与えるものではなく、商標法 10 条 1 項 8 号に定める、道徳、風習を害し悪影響を与えるものには当たらないとし、また、第三者は 2007 年に事件に係る商標の登録を出願しているものの、アップル社は 2009 年によく「iPhone」製品の販売を開始しているため、第三者はその営業上の信用を利用していないとした²⁴。2016 年 10 月、原告のアップル社は最高人民法院に再審を請求し、現在まだ最終の結果は出ていない。

この事件においては、明らかに、商標局及び商標評審委員会、一審及び二審法院のいずれもが、商品の類別が異なること、また消費者が混同する可能性を生じないことを過度に強調している。しかし、商標保護の基本原則から見れば、第三者による商標「iPhone」の登録及びその使用は、必然的に原告のアップル社の営業上の信用を利用することになる。第三者が 2007 年に「iPhone」の商標登録を出願したとき、アップル社の「iPhone」製品はまだ中国に導入されておらず、他人の営業上の信用を利用する問題は存在しなかったかもしれない。しかし、方式審査の公告後にアップル社が異議を申し立てたとき、商標評審委員会が 2013 年に再審裁定書を出したとき、北京市第一中級人民法院が 2014 年に判決を下したとき、北京市高級人民法院が 2016 年に判決を出したときには、原告の「iPhone」製品は既に中国で広く知れ渡り、第三者による「iPhone」の商標登録と使用を認めれば、必然的に原告の営業上の信用を損ない、かつ消費者に誤認・混同を生じさせる可能性があるという点を、はっきりと意識すべきである。これに対応して、第三者による商標登録出願の時期のみを検討することにこそ問題がある。

注意すべきは、優先する商標に関する「商標法」では、登録出願する商標は「他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標を不正な手段で抜け駆け登録してはならない」と規定されていることである。商標保護は地域に基づくとの原則によれば、通常は「他人が既に使用し」とは、既に中国で使用していることと理解され、「一定の影響力を有する商標」とは、中国で一定の影響力を有する商標と理解される。したがって、当該商標が中国の市場で使用されず、中国において一定の影響力を有していない場合、商標法 32 条を根拠に他人の商標登録に対抗することは困難である。実際に、上述の「iPhone」事件において、第三者が「iPhone」の商標の登録を出願したとき、アップル社の関連商品はまだ中国に導入されておらず、そのために「他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する」との要件にも合致しない。

この点については、日本の東京高等裁判所が平成 11 年に判決した「DUCERAM」事件²⁵が示唆的意義を持つ。この事件では、出願人が「人工歯用材料、その他本類に属する商品」について「ドゥーセラム」の片仮名文字及び「DUCERAM」の欧文字になる商標の登録を出願し、登録が認められた。被告はドイツの

²⁴ 商標局 (2012) 商標異字第 36529 号「iPhone」商標異議裁定書、商標字 [2013] 第 13654 号・第 36529 号『iPhone』商標異議に関する再審裁定書、北京市第一中級人民法院 (2014) 一中行 (知) 初字第 7394 号行政判決書、北京市高級人民法院 (2016) 京行終 1630 号行政判決書を参照。

²⁵ 東京高判平成 11・12・22、判例時報 1710 号 147 頁「DUCERAM」事件。

会社で、長く「DUCERAM」の商標を使用して人工歯に用いる材料を製造、販売し、かつ多くの国に輸出している。実際には、登録出願人は同社と接触して同社の商標を承知した後、初めて日本において関連商標の登録を出願した。ドイツの会社が再審査を請求した後、特許庁の審判部は登録を無効とする審決を下した。出願人が東京高等裁判所に起こした訴えにおいても、裁判所は特許庁の決定を支持した。この紛争の処理においては、特許庁審判部の審決及び東京高等裁判所の判決のいずれも、原告が「DUCERAM」の商標の登録を出願したことは商標法4条1項7号に違反しており、公共の秩序を乱し、国際信義に反するものであるから、これを制止しなければならないとしている。

「DUCERAM」事件に関する事実には注目すべきである。その理由は、この事件において、ドイツの会社はドイツ以外の国で事業を行っていたものの、日本には進出していなかった。したがって、この事件には周知商標に関する規定を適用することができず、また中国の商標法が定める「既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標」も適用できない。また、日本の商標登録出願人はドイツの会社の代理人でもなく、ドイツの会社とは業務上全く関係がない。日本の出願人は、ドイツの会社をただ訪問したのみで、同社の業務に関する活動を承知したのである。こうした状況において、この事件ではパリ条約6条の7の「商標の権利を有する者の同意を得ずに、代理人又は代表者の名義により行った登録」も適用することができない²⁶。しかし、未登録の周知商標に関する規定を適用することができないだけでなく、代理人又は代表者による他人の商標の抜け駆け登録に関する規定も適用できない状況において、日本の特許庁及び東京高等裁判所は、公共の秩序を乱し、国際信義に反するとの理由で、抜け駆け登録された商標を取り消した。中国の商標登録部門及び法院は、この考え方を参考にすべきである。

3. 商標登録と「意図的な登録」

前述のように、中国の特定の環境では、商標とはすなわち登録商標のことであり、商標登録とはすなわち商標権を取得することだと考える人が多い。このような認識に相応して、多くの企業や個人が、国家工商行政管理総局商標局に絶えずさまざまな商標登録を出願している。一方で、中国の商標登録審査では、出願人による実際の使用の証拠提出を要求しないだけでなく、出願人の使用の事実の意思も求めているため、一度も使用されたことのない、ひいては全く使用の意思がない商標の登録出願までもが、順調に審査を通過して登録されることになる。同様に、「登録すなわち授権」という考え方にに基づき、出願人がひとたび商標登録証を手に入れば、自らがその「商標権」を得たと考える。ごく一部のいわゆる「登録商標」所有者には、「権益保護」という方式で他人の正常な経営を妨害し、他人が現在使用している商標が、自らの「登録商標権」を侵害していると公言する者すらいる。さらに一部のいわゆる「登録商標」所有者は、市場で公然と自らの「登録商標」を販売したり、権利侵害を盾に脅迫したりし、それをもっともらしく「商標権の譲渡」と言う。このような状況で、商標の登録及び登録商標の譲渡は、既に「産業」となっており、特定の人々が従事する経営活動及び利益獲得の手段となっている。

こうした「登録商標」の譲渡事業の発展と拡大に伴い、いわゆる「商標譲渡のスーパーマーケット」まで出現している。例えば、「バイドゥ（百度）」の検索エンジン（www.baidu.com）で「商標譲渡スーパーマーケット」というキーワードを入力すれば、数十の「商標スーパー」や「商標譲渡スーパー」が見つかる。中でも規模が大きいものには、「華唯商標転讓網」（www.bt.com）、「中華商標超市」

²⁶ パリ条約6条の7、及び日本の不正競争防止法2条1項16号、中国商標法15条を参照。

(www.gbicom.cn)、「好標網」(www.haotm.com)、「尚標網」(www.86sb.com)等がある。一部の商標譲渡サイトに至っては、自らを「商標取引のトップブランド」、「商標取引に15年の経験」等とふれ回る始末である。こうしたウェブサイトのトップページを開くと、取引可能な「登録商標」をすぐに見ることができ、国際分類表に従って分類までしている。アクセスした人が興味のある類別をクリックすれば、何百何千という「登録商標」の図案が目の前に表示される。そのうちのどれか1つの「登録商標」に興味を引かれた場合は、更にクリックしてその「登録商標」の登録出願日、方式審査の公告日、設定登録日、登録期限等、具体的な状況を知ることができる。アクセスした人が購入したければ、ログインの手続後に具体的な価格を知ることができる²⁷。

この種の商標譲渡サイトや商標譲渡スーパーマーケットを目にし、そこにある逸品ぞろいの「登録商標」を目にすることは、実に衝撃的である。そもそも使用する予定のないそうした「登録商標」が、ここでは既に販売され、金もうけが可能な商品となっている。ここで販売しているのが商標の図案であるならば、きれいにデザインされた各種の標識を提供し、企業がそれを選択して購入し、その後相応の商品や役務に使用することについては、非難すべきところはないかもしれない。ひいては、このような役務を企業や経済主体に提供することは正常とすら言える。しかし不幸なことに、ここで販売され、譲渡されているのは、商標のデザイン図案ではなく、「登録商標」であり、「R」又は「注」といった標識のついた「商標」なのである。こうした「登録商標」所有者にとって、サイトやスーパーマーケットの所有者にとって、また「登録商標」の購入者にとっては、「登録商標」の譲渡であり、「登録商標の専用使用权」の譲渡である。おそらく、これは商標登録制度の本意ではなからう。

市場で販売されているいわゆる「登録商標」や、インターネット上に開設されたいわゆる「商標スーパーマーケット」は、正常な市場経済の秩序にとって、まだ深刻な障害とはなっていないと言うべきである。この点について、他人の経営活動、ひいては正常な市場経済秩序にとって真に深刻な障害となるのは、いわゆる「登録商標」所有者が、自らの「登録商標」が他人に侵害されたとして、他人に対し、一定額の金銭を自らに支払う、又は自らの「登録商標」を買い取る、又は自らの「登録商標」の使用許可を得るよう脅迫することである。一部の大規模な経済主体も、通常、不必要な面倒を解消するために、一定額の金銭を支払い、「登録商標」の所有者に訴訟を取り下げさせるとともに、関係する「登録商標」を自らに譲渡させる。極端な状況では、ごく一部の「登録商標」所有者が、さらに自らの「権利」を行って、市場の正常な経営者を告訴することもある。

例えば、2010年から2012年にかけての「iPad」事件では、台湾唯冠社が電子類製品として「iPad」の商標を登録していたが、一度も使用したことがなかった。アップル社は自らのタブレットPC「iPad」を市場に投入する前に、台湾唯冠社から、その登録した商標「iPad」を買い取った上で、自らのタブレットPCを市場に投入した。そうしたにも関わらず、台湾唯冠社傘下の別会社である深セン唯冠社が、「iPad」の登録商標は自らに帰属するとして、アップル社に対する権利侵害の訴訟を起こした。この事件を審理した深セン市中級人民法院は一審の判決で、アップル社のタブレットPC「iPad」が深セン唯冠社の登録商標権を侵害しているとした。その後、工商行政管理部門の一部が、アップル社に対し関係する商品を店頭から撤去するよう命じた。アップル社が深セン唯冠社の「登録商標」を侵害したことに關する同法院の判決は、明らかに商標保護の基本理論に反している。また、アップル社にタブレットPCの

²⁷ この研究報告のために、筆者は特に2017年1月10日に、「バイドゥ」の検索エンジンで上述のウェブサイト数件を閲覧した。

撤去を要求した工商行政管理部門のやり方も、それに反対する社会世論を巻き起こした。最終的に、この事件は双方の和解で終わりを告げた。この和解で、アップル社は深セン唯冠社に6,000万ドルを支払い、いわゆる「登録商標」を買い取った²⁸。

「iPad」事件が中国の商標登録制度の苦境を顕著に示しているのは明らかである。台湾唯冠社は「iPad」に似通った非常に多くの商標を登録しているが、一度も使用したことはない。現在、工商行政管理部門、司法機関及び商標理論界ではおしなべて、同社は登録によって「商標権」を獲得したと考えられている。一方で、この商標を真に使用しているアップル社は、やむを得ず台湾唯冠社に譲渡を求め、一定額の金銭を支払った。アップル社が台湾唯冠社の「登録商標」を買い取ったこと、それ自体が考察に値すると言える。深セン唯冠社が権利侵害の訴えを起こしてから、アップル社はようやく、いわゆる「登録商標」所有者が台湾唯冠社ではなく、深セン唯冠社であることに気がついた。その後、正常な経営に従事するアップル社は、まず権利侵害との判決を受け、さらにその後、6,000万ドルを支払ってようやくすべての紛争を静めた。この事件の和解も、非常に興味深い。法院は深セン唯冠社の「登録商標」を無効とすることができない一方、引き続きアップル社の権利侵害の判決を出すこともできない。そこで、当事者が和解に達し、アップル社が6,000万ドルで商標登録証を買い取ることはできなかった。

2013年から2016年にかけての「非誠勿擾」事件は、いわゆる「登録商標」が、市場における正常な経営活動をいかに妨げるかを更に物語っている。この事件では、第三者の「華誼公司」が映画『非誠勿擾』[邦題「狙った恋の落とし方」]のために、映画の制作及び上映を指定役務として、商標「非誠勿擾」を登録した。被告は江蘇衛星テレビで、「華誼公司」の許可を得た後、中国において相当な影響力を有する娯楽テレビ番組「非誠勿擾」を制作した。原告は浙江省の個人事業主で、「社交に関するサービス及び婚姻の紹介」を指定役務として、商標「非誠勿擾」を出願、登録した。関連する証拠に基づけば、原告が華誼公司の映画の名称及び映画広告におけるデザインの要素を商標として登録出願したこと自体に問題がある。しかも、原告はいわゆる登録商標をほんの形だけ使用したことがあるにすぎない。しかし、商標登録証書から見れば、原告の「商標」が指定する役務は社交に関するサービス及び婚姻の紹介である一方、江蘇衛星テレビが制作し放映したテレビ番組にも社交及び婚姻の紹介に関する内容が含まれていた。そこで、原告は深セン市南山区の人民法院に訴訟を提起し、江蘇衛星テレビが自らの「登録商標権」を侵害したと主張した。

一審の法院では審理を経て、さまざまな理由により、被告は原告の登録商標である「非誠勿擾」を侵害していないと認定した。しかし、原告が起こした上訴では、深セン市中級人民法院が、被告の江蘇衛星テレビのテレビ番組「非誠勿擾」には、社交及び婚姻の紹介に関する内容が含まれているため、原告の登録商標権を侵害しており、直ちに権利侵害を停止しなければならない、と認定した。この判決が発効することで、江蘇衛星テレビはジレンマに直面した。一方では、これは中国内外の視聴者に人気のある番組であり、しかも放送予定の多くの番組制作が既に完了している。もう一方では、「非誠勿擾」の名称を引き続き使用すれば、司法を軽視しているとの疑いは免れない。こうした状況の中で、江蘇衛星テレビは「縁来非誠勿擾」という番組名を使用した。幸いにも、江蘇衛星テレビが申し立てた再審で、広

²⁸ この事件の詳細な報道に関しては、「搜狗百科-Ipad 商標の権利侵害事件」の項(<http://baike.sogou.com>, 2017年1月11日アクセス)を参照。

東省高級人民法院は2016年12月26日に判決を下し、二審の判決を覆して一審の判決を支持した²⁹。こうして、江蘇衛星テレビは元の番組名「非誠勿擾」を回復することができた。

実際、現実の生活において、他人の商標を抜け駆け登録することや、全く使用する予定のない商標を意図的に登録することは、多くの場合、はっきりと区分することは困難である。例えば前述の「非誠勿擾」事件では、原告が登録した商標「非誠勿擾」は「社交及び婚姻の紹介」を指定役務としていた。原告が「非誠勿擾」の「登録商標」を真に使用したことがないことから言えば、それは使用する意思のない商標を意図的に登録したものである。しかし一方で、原告が「非誠勿擾」の映画名、及び広告宣伝画像における図形を使用して、自らの商標を登録出願したことは、他人の商標の抜け駆け登録の行為にも当たる。もちろん、最も重要なのは、原告がいわゆる登録商標を利用して、被告の江蘇衛星テレビの正常な商業活動を妨害したことである。

最高人民法院が先ごろ判決した「喬丹」事件も、商標の抜け駆け登録及び商標の意図的登録の典型的な事例である。もちろんこの事件では、抜け駆け登録をされたのは原告が既に使用している商標ではなく、原告の氏名である³⁰。この事件の原告は、米国の著名なバスケットボール選手であるマイケル・ジョーダン (Michael Jordan、[中国語で「邁克爾・喬丹」]) 氏で、かつてシカゴ・ブルズで活躍し、ユニフォームには「23」のマークがプリントされていた。この事件の第三者は、福建省晋江市の「喬丹体育股份有限公司」である。ジョーダン氏が明らかに中国で広く知られている状況において、「喬丹体育」社を設立し、スポーツに関する衣料、靴、帽子及びその他のスポーツ器具に関する生産活動に従事していたということは、既にジョーダン氏のイメージを利用するという意味を含んでいる。事件の経緯は次のとおりである。第三者は2007年4月に商標「喬丹」及びその中国語のローマ字表記「QIAODAN」を出願し、第28類の「体操用具」指定商品として、2012年3月に設定の登録がなされた。2012年10月に、ジョーダン氏は商標評審委員会に申し立て、「喬丹」の登録商標の取消を請求した。しかし、商標評審委員会は、「喬丹」はよくある氏名であり、必ずしも申立人を指しておらず、また、第三者は長期間その商標を使用することで、既に一定の名声を築いていると判断し、取消の請求を却下した。続いて、ジョーダン氏は北京市第一中級人民法院に訴訟を起こし、更に北京市高級人民法院に上訴したが、いずれも敗訴した。最終的に、最高人民法院がジョーダン氏の再審請求を受理し、2016年4月26日の世界知的所有権の日に関廷してこの事件を審理した。この事件の法廷審理は、テレビやラジオ、インターネットを通じて中継され、一般市民からも広く注目された。2016年12月8日に、最高人民法院は判決を下し、北京市高級人民法院、北京市第一中級人民法院の判決、及び商標評審委員会の審決を覆して、「喬丹」の登録商標を取り消すべきとした。ただし、興味深いことに、最高人民法院は、第三者は中国語のローマ字表記の商標「QIAODAN」を引き続き使用できるとした³¹。

事件のいきさつによれば、第三者の企業は、体操用具における「喬丹」及びその中国語のローマ字表記の商標、並びにジョーダン氏をモデルとした、バスケットボールのゴールに飛び上がる形象（ジャンプマンの図形）を登録出願しただけでなく、更にジョーダン氏に関連する一連の商標を登録出願した。例えば、同社はジョーダン氏の子どもの2人の姓名「傑夫里・喬丹（ジェフリー・ジョーダン）」及び「馬

²⁹ この事件に関しては、深セン市南山区法院（2013）深南法知民初字第208号（2014年9月29日）、深セン市中級人民法院（2015）深中法知民終字第927号（2015年12月11日）、広東省高級人民法院（2016）粵民再447号（2016年12月26日）を参照。

³⁰ 筆者の考えでは、「商標」を最も広義に解釈するならば、著名人の姓名、肖像等も「商標」とみなすことができる。例えば、ジョーダン氏がナイキ社の運動器具の公告を行えば、ジョーダン氏は関係する商品を「認めた」ことになる。

³¹ 最高人民法院（2016）最高法行再15、26、27号。

庫ス・喬丹（マーカス・ジョーダン）」並びにその中国語のローマ字表記で、16件の商標を登録出願している。第三者の持株会社も、「傑夫里」、「馬庫斯」及びその中国語のローマ字表記「JIEFULI」「MAKUSI」についてそれぞれ16件の商標を登録出願している。第三者の関連会社では更に、「湖人隊」「HURENDUI」[ロサンゼルス・レイカーズの中国語名とそのローマ字表記]及び「LAKERS TEAM」について6件の商標を登録出願している。そのほか、第三者の企業は、ジョーダン氏のユニフォームの番号「23番」、及び氏の所属していたシカゴ・ブルズの「公牛（ブルズ）」などのマークについて、何件かの商標を登録出願していた³²。そのうち、「喬丹」及びその中国語のローマ字表記「QIAODAN」の登録商標、並びに「ジャンプマン」に関する登録商標は、商業活動に使用した商標である。しかし、「傑夫里・喬丹」及び「馬庫ス・喬丹」並びにその中国語のローマ字表記の商標、並びに「23番」及び「ブルズ」について登録出願した商標に関しては、実際に使用されていない商標である。これは、第三者の企業が、まだ実際に使用しておらず、ひいてはそもそも使用する意思のない商標までも登録出願していることを表す。

筆者は、かつて「喬丹」事件に関する専門家研究会のいくつかに参加したことがあり、同社がマイケル・ジョーダン氏に関係した一連の商標を登録出願し、実際の商業活動において「喬丹」及びその中国語のローマ字表記「QIAODAN」の登録商標、並びに「ジャンプマン」に関する登録商標を使用したことは、他人の名声を利用する行為であるから、制止すべきである、と繰り返し表明した。しかし残念ながら、このような悪意をもって商標を登録し使用する会社が、商標局の登録審査を通過し、商標評審委員会、北京市第一中級人民法院及び北京市高級人民法院と続けざまに勝訴してしまった。中国の商標に関する理論界及び実務界は、「喬丹」事件をよりどころに、「商標」とは何か、「登録商標」とは何か、そして、つまるところ商標登録制度の役割とは何なのかを真摯に考えるべきであることは明らかである。

むろん、「喬丹」事件は、「パブリシティ権 (right of publicity)」に関する保護がないという、中国の「反不正競争法」のもう一つの問題も浮き彫りにした。「喬丹」事件では、商標評審委員会でも、一審、二審及び再審法院においても、氏名権という視点から登録すべきか否かが検討された。最終的に、最高人民法院が「喬丹」及びそのジャンプマンの図形は、マイケル・ジョーダン氏と関連があるから、登録を取り消すとともに使用してはならないとした。しかしこれとともに、中国語のローマ字表記「QIAODAN」は必ずしもマイケル・ジョーダン氏を指すものではないから、引き続き使用してよいとしている。しかし、「パブリシティ権」保護の趣旨によれば、図形、肖像、言葉、表音文字、音声など、関係する権利者を指し示すあらゆる要素が保護されるべきである。「パブリシティ権」保護の趣旨に基づけば、「喬丹」及びその中国語のローマ字表記、「傑夫里・喬丹」「馬庫ス・喬丹」及びその中国語のローマ字表記、代表的なジャンプマンの図形、並びに「23番」「ブルズ」など、マイケル・ジョーダン氏に関係するあらゆる要素は、全て他人のパブリシティ権を侵害する行為であり、全て不正競争の行為に当たる。

4. 登録商標を継続して3年使用しない場合の取消

「登録商標の不使用」による取消とは、厳密には、かつて使用したことのある「登録商標」が、使用を停止したために取り消されることをいうべきである。なぜなら、「商標」は商業活動において使用する

³² 以上の事実は、最高人民法院（2016）最高法行再15、26、27号を参照。大まかに言えば、浙江、福建等の省で、市場の一部の経済主体に「登録商標」の大量登録出願という趣味がある。

もので、商品又は役務の出所を指し示す標識だからである。したがって、「登録商標」も、実際に使用する、及び使用の意思がある商標をいうべきである。この意味から言えば、この論文で先に論じた2つの問題、すなわち他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しないもの、及びそもそも使用の意思がない「商標」を意図的に登録したものは、いずれも「登録商標の不利用」に当たらず、またそれに相応して登録を取り消すことにも当たらない。この「登録商標」に関する2つの問題を解決するには、単純な「登録取消」ではなく、主にその他の措置を講じなければならない。

実際には、継続して3年又は5年使用しない「登録商標」は、「商標」と称するべきではない。これは、「登録商標」が継続して3年又は5年使用されなければ、商品又は役務の出所を指し示す機能は既に失われているからである。そのようなものは、取り消されるまで、商標登録簿上の「標識」にとどまっているにすぎない。したがって、継続して3年又は5年使用しない「登録商標」の取消とは、そのような「標識」を商標登録簿から取り除き、他人が選択して登録し、使用できるようにするという意味でしかない。先に述べたように、今後使用しない「商標」が商標登録簿、又は商標登録システムに残るということは、商標登録制度の必然的な産物である。一方、継続して3年又は5年使用しない「登録商標」を取り消すことは、登録商標制度が自らを浄化するための措置である。

その点について、中国では1982年の商標法以来これまで、一貫して3年使用しない登録商標は、取り消さなければならないと規定されている。しかし、1982年商標法30条、1993年商標法30条及び2001年商標法44条によれば、登録商標を継続して3年使用しない場合は、商標局により登録が取り消される³³。表面上は、あたかも商標局がその職権に基づき、継続して3年使用しない登録商標を自発的に取り消すようであるが、実務においては、やはり利害関係者が商標局に請求して初めて、商標局が関連する証拠に基づき関連の「登録商標」を取り消すのである。そこで、2013年の改正商標法では、49条で、登録商標を正当な理由なく継続して3年使用しなかった場合は、いかなる単位又は個人も商標局に当該登録商標の取消を請求することができる旨が明確に規定された。さらに、商標局は請求を受領した日から9か月以内に決定を行わなければならない。特別な事情により延長が必要な場合は、国务院工商行政管理部门の許可を経て、3か月の延長が認められる旨も定められた³⁴。明らかに、こうした規定、特に期間に関する規定は、今後使用しない「登録商標」を登録システムから離脱させ、取消を請求する利害関係者に利点がもたらされる。

継続して3年使用していない登録商標の取消に関する規定の重要なポイントは、登録商標の「不利用」にある。少なくとも、このような規定では「登録商標」「継続して3年」及び「取消」はいずれも容易に把握される。実際には、「3年不利用の商標の取消」に関する事件の多くでは、双方の当事者が争う要点も、商標局や商標評審委員会、法院で検討する要点も、いずれも登録商標を使用しているか否か、及びどのような方式で使用しているかが問題になる。その意味から言えば、「不利用」の問題は、「使用」とも密接に関係している。事件において、「使用」しているか、又は「使用」していないかを証明しさえすれば、問題も明確になるのである。

登録商標の使用の問題に関して、1982年商標法、1993年商標法及び2001年商標法ではいずれも使用に関する定義が定められていない。当時の歴史的環境においては、法律の条文に「使用」に関する定義を設けなくとも問題はなかったとすべきである。「商標」の持つ意味に照らせば、文字通り、登録出願

³³ 1982年商標法30条、1993年商標法30条、2001年商標法44条を参照。

³⁴ 2013年商標法49条を参照。

した「商標」も、設定の登録がなされた「商標」も、いずれも商業活動において使用する商標でなければならない。少なくとも、使用の意思がある商標でなければならない。例えば、1982年商標法4条では、「企業、政府系事業組織及び個人事業者が、生産、製造、加工、選択又は取次販売を行う商品について、商標の専用使用権を取得する必要がある場合は、商標局に登録を出願しなければならない」と規定されている。この規定によれば、明らかに、登録出願をする商標は、出願人が生産、取次販売を行う「商品」に関連する商標でなければならない。1993年商標法4条では、役務商標に関する次のような規定も追加されている。「企業、政府系事業組織及び個人事業者が、その提供する役務について、商標の専用使用権を取得する必要がある場合は、商標局に役務商標の登録を出願しなければならない」。2001年商標法4条は、上述の2つの規定をほぼ踏襲し、字面にやや変化が見られただけである³⁵。これは、登録出願する商標が、商品又は役務に関連したものでなければならないことを表明するものであるとともに、既に使用されている、又は使用に備えているものでなければならないことをも意味する。

商標の登録出願件数及び登録保有件数の持続的な増加に伴い、大量の不使用「登録商標」問題が生じている。こうした状況に対応するため、立法機関は、商標関連法で「使用」に関する定義を明確に規定する必要があると考えた。こうして、2002年に公布、施行された商標法実施条例において、特に商標の使用に関する条文が設けられた。その3条では、「商標法及びこの条例がいう商標の使用には、商品、商品の包装若しくは容器及び商品取引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活動中に商標を用いることを含む」と規定されている³⁶。この規定は、明らかに、商品、役務における使用を強調し、商業活動における使用を強調している。2013年改正商標法に至っては、上述の規定を格上げして商標法に組み込んだ。現行の商標法48条によれば、「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」³⁷。注意深い読者は気がついたかもしれないが、この規定には「商品の出所を識別するための行為」という文字が増えている。この部分は、商標法改正の最終段階で、最高人民法院の提案により追加されたとのことである。「商品の出所を識別するための行為」との規定に従えば、登録商標は、一定の商業規模という意味で使用する場合のみ、商品又は役務の出所を識別する働きをすることになる。不定期で散発的な使用を含め、形だけの使用では、商品又は役務の出所を識別する役割を果たすことができないから、明らかに「商標の使用」には当たらない。

現行の商標法の規定に基づけば、継続して3年使用していない登録商標について、利害関係者は商標局に取消を請求することができる。この点について、2014年に公布された商標法実施条例66条ではさらに踏み込んで、継続して3年使用していない登録商標については、いかなる単位又は個人も商標局に取消を請求し、それに関する状況を説明することができる」と規定されている。ここでいう「それに関する状況の説明」には、関連する証拠を提出することも含まれる。商標局は取消請求を受理した後、登録商標の所有者に対し、所有者が通知を受領した日から2か月以内に、取消請求が提出される以前に当該商標を使用していた証拠資料を提出する、又は使用していない正当な理由を説明するよう通知しなければならない。使用に関する証拠資料を期間内に提出しない、又は証拠資料が無効であって、かつ正当な理由がない場合、商標局はその商標登録を取り消す。ここでいう証拠資料には、商標登録者による使用

³⁵ 1982年商標法4条、1993年商標法4条、2001年商標法4条を参照。

³⁶ 2002年商標法実施条例を参照。

³⁷ 2013年商標法48条を参照。

に関する証拠資料、又は登録商標の使用を他人に許可したことに関する証拠資料を含む。この問題について、「商標法实施条例」第 66 条ではさらに「正当な理由なく継続して 3 年使用していないことを理由に、登録商標の取消を請求する場合は、当該登録商標の登録公告の日から満 3 年が経過した後に請求しなければならない」と規定されている³⁸。

商標局による取消の可否に関する決定について、双方の当事者又は一方の当事者が不服とする場合は、商標評審委員会に不服審判を請求することができる。商標評審委員会の審決を不服とする場合は、さらに北京市第一中級人民法院（2014 年 11 月より前の場合）又は北京知識産権法院（2014 年 11 月より後の場合）に訴訟を提起することができ³⁹、かつ北京市高級人民法院に上訴することができる。必要な場合は、当事者はさらに最高人民法院に再審請求することができる。実際には、これは登録商標の取消に関する手続きであるだけでなく、商標登録に関する異議申し立ての手続きでもある。例えば、先に論じた「喬丹」事件は、商標局における異議申し立てから始まり、最終的に最高人民法院での再審にまで至った。

登録商標の取消に関する事件において、商標行政部門及び法院が主に検討する問題は、事件に係る商標が「使用」されているか否か、商標としての意義を有する使用か否か、及び真に、かつ善意で使用しているか否か、である。例えば、2011 年の「桃桃」事件⁴⁰では、遼寧省海城市の東洲箱包廠が「桃桃」という商標を登録出願し、2002 年 11 月 7 日に登録が認められ、使用が承認された商品は、第 18 類のバッグ、かばん製品であった。浙江省の奥康公司是、2007 年に、東洲箱包廠が継続して 3 年「桃桃」の登録商標を使用していないことを理由に、当該登録商標の取消を商標局に請求した。これに対し、被請求人はペンケース 1 点を提出し、自らが登録商標「桃桃」を実際に使用したことを証明した。そこで、商標局は、被請求人がこの事件に係る登録商標を使用したと認定した。奥康公司是商標局の決定を不服として、商標復審委員会に不服審判を請求した。商標評審委員会は、この事件の重要なポイントは、被請求人が法に定められた期間内に（2004 年 4 月 17 日から 2007 年 4 月 16 日まで）、本件に係る商標を、指定された商品上に公然と、真に、合法的に使用したか否かにあると考えた。商標評審委員会は、この事件の被請求人はわずかに 1 件の証拠、すなわちペンケースに「桃桃」の商標を使用したものを提出しただけであると考えた。それは、被請求人が、公然と、真に、合法的にその登録商標を使用しているのではないことを表すものである。そこで、商標評審委員会は、被請求人の登録商標を取り消す決定を下した。被請求人は、商標評審委員会の裁定を不服として、北京市第一中級人民法院に訴訟を起こした。

北京市第一中級人民法院は、まず、「商標としての意義のある使用行為」を検討した。法院の論証によれば、商標の本質的機能はその識別機能、すなわち商標を使用することで消費者に商品又は役務の提供者を識別させ得る機能である。故に、そのような識別機能を生じる商標を使用する行為のみが「商標としての意義のある使用行為」に当たる。商標を識別する主体は消費者であり、消費者が商標に接し得るときにのみ、商品又は役務の提供者を識別することができる。したがって一般的には、消費者が接し得る商標の使用行為（販売行為、広告行為など）のみが、商標の識別的機能を生じることができ、その場合に初めて「商標としての意義のある使用行為」に当たる。

³⁸ 商標法实施条例 66 条を参照。

³⁹ 北京知識産権法院が 2014 年 11 月に設立され、商標評審委員会及び専利復審委員会の審決を不服とする訴訟事件の第一審法院となった。以降、北京市第一中級人民法院はこの種の事件を受理しないこととなった。

⁴⁰ 北京市第一中級人民法院（2011）一中知行初字第 1776 号。

次に、法院は「商標を真に、かつ善意で使用している」について検討した。法院の判決によれば、商標法は、継続して3年使用していない登録商標は取り消さなければならないと規定しており、その目的は、商標資源の休眠や浪費を回避し、登録商標の識別機能を発揮させることにある。したがって、商標登録者は「商標としての意義のある使用行為」があるだけでなく、なおかつその使用行為が「形だけの使用行為」ではなく「真に、かつ善意で商標を使用する行為」に当たることを証明しなければならない。

「真に、かつ善意で商標を使用する行為」とは、商標登録権者が商標の識別機能を発揮させるために行う使用行為をいい、「形だけの使用行為」とは、商標登録権者が当該商標の有効性を維持するために、当該商標を継続して3年使用しないことで取り消されないように行う使用行為をいい、この種の使用行為の目的は、決して当該商標の識別機能を発揮させるためではない。法院はさらに次のように指摘した。通常、商標登録者が行う「商標としての意義のある使用行為」が一定の規模を有するものであれば、そうした使用行為は「真に、かつ善意で商標を使用する行為」と推定すべきである。逆に、商標登録者が「商標としての意義のある使用行為」を行ったとしても、ごくまれに使用するだけで、一定の規模に達していない使用であれば、その他に証明する証拠がない状況では、そうした使用行為は決して「真に、かつ善意で商標を使用する行為」ではないと認定すべきである。

以上の検討を踏まえ、法院は、原告は登録商標「桃桃」を使用したペンケース1点を提出したのみであり、その「商標としての意義のある使用行為」及び「善意で商標を使用した事実」を証明することはできない、と考えた。しかしこの事件では、原告は訴訟を提起した後に、真に「桃桃」の登録商標を使用した一連の証拠も提出した。その証拠に基づき、法院は、原告による登録商標「桃桃」の使用が、「商標としての意義のある使用行為」及び「善意で商標を使用した事実」に当たることを認定した。相応に、原告の登録商標「桃桃」は有効であるとされた⁴¹。

注意すべきは、「桃桃」事件において、商標局、商標評審委員会及び法院が、登録商標の取消における一連の要素を検討したことである。例えば、登録商標の所有者が法に定められた3年の期間（2004年4月17日から2007年4月16日まで）に、関係する登録商標を真に使用したか否か。また、登録商標の所有者に「商標としての意義のある使用行為」があったか否か。さらに、登録商標の所有者に「善意で商標を使用した事実」があったか否か。形だけの使用及びごくまれな使用に関しては、商業的規模がないため、善意で商標を使用した事実には当たらないとされた。法院は判決において、さらに次のことを繰り返し強調した。すなわち、商標の機能は識別することであり、それによって消費者はさまざまな商品又は役務の提供者を識別することができる。識別の意義を生じる商標の使用のみが、区別の機能を発揮する商標の使用のみが、「商標としての意義のある使用行為」に当たる。

継続して3年使用していない登録商標に関する事件では、登録商標の所有者が「商標としての意義のある使用行為」を有するか否かは、主に証拠に基づき判断される。例えば、「桃桃」事件では、登録商標の所有者は、商標局及び商標評審委員会の段階では、その登録商標をペンケースに使用した証拠1点を提出しただけである。北京市第一中級人民法院の段階になって、登録商標の所有者はさらに、法に定められた3年の期間にその登録商標を使用した一連の証拠を提出した。そこで法院は登録商標の有効性を維持する判決を下した。しかし事件によっては、登録商標の所有者が虚偽の証拠を提出して、行政機関

⁴¹ 「桃桃」事件では、登録商標の所有者は法院への提訴後に、実際にその登録商標を使用している一連の証拠をさらに提出した。中国の民事訴訟制度では、どの段階で提出された証拠であっても、行政機関及び法院はそれを検討しなければならない。

及び法院の正常な判断を妨害する可能性がある。行政機関及び法院が、登録商標の所有者が虚偽の証拠を提出したと認定した場合は、やはり登録取消の決定又は判決が出されることになる。

例えば、2006年の「康王」事件では⁴²、「康麗雅」という会社が1995年に「康王」という商標の登録を認められ、使用が指定された商品は第3類の化粧品であった。2003年5月に、「康王」の登録商標が、雲南滇紅公司に譲渡された。それに先立つ2002年10月18日に、広東省にある「康王精細化工公司」が、継続して3年使用していないことを理由に、「康王」の登録商標の取消を商標局に請求した。このように、問題は、1999年10月18日から2002年10月17日までの期間に、「康王」の登録商標が真に使用されたか否かであった。元の登録商標の所有者である「康麗雅」は既に解散しており、その期間における当該商標の使用を証明するのは困難であったため、商標局は2003年12月に「康王」の登録商標を取り消す決定を行った。既に「康王」の登録商標の譲渡を受けていた雲南滇紅公司は決定を不服として、商標評審委員会に不服審判を請求した。再審査請求と同時に、雲南滇紅公司はさらに自社と「康麗雅公司」が結んだ商標ライセンス契約、及び「康王スキンケアクリーム」、「康王洗剤」等「康王」の登録商標を使用している一連の証拠を提出した。そこで、商標評審委員会は、「康王」の登録商標の維持を決定した。しかし、「康王精細化工公司」が提起した訴訟において、北京市第一中級人民法院の審理を経て、登録商標の所有者が提出した「康王スキンケアクリーム」及び「康王洗剤」に関する証拠が偽造されたものであることがわかった。そこで、法院は最終的に、雲南滇紅公司の「康王」の登録商標を取り消す判決を下した。

5. 登録商標の不使用に対する措置

以上、数章に渡り、他人の商標を抜け駆け登録して使用しないもの、使用する意思のない商標を意図的に登録するもの、及び継続して3年使用していない登録商標の取消についてそれぞれ述べた。筆者の考えでは、かつて使用したことのある登録商標、又は少なくとも使用する意思のある登録商標のみに、継続して3年の不使用を理由に取り消すという問題が生じる。最初の2つの問題、すなわち他人の商標を抜け駆け登録して使用しないもの、使用する意思のない商標を意図的に登録するものについては、その他の措置を講じる、又は主にその他の措置によって解決すべきである。

他人の商標の抜け駆け登録に関しては、出願人に、信義誠実の原則に基づき表明させる方式で解決することができる。この点では、米国の連邦商標法ランハム法1条1項3号の規定が参考に値する。規定によれば、商標登録出願人は出願文書中で以下の宣誓を行わなければならない。すなわち、出願人は登録出願する商標が本人又は被代表者のものであることを確信していること、登録出願する商標は商業活動において実際に使用している商標であること、出願人が知る限りにおいて、他人に、登録出願する商標と同一又は類似で、かつ混同、誤解、詐欺を招く可能性のある商標を商業活動において使用する権利がないこと、である。ランハム法1条1項は、実際に使用している商標の登録出願に関するものであるため、規定では、出願人は、登録出願する商標が既に使用している商標であることを表明しなければならない、としている。同法の1条2項では、使用の意思がある商標の登録に関するものだが、やはり商標登録出願人が出願文書中でほぼ同様のことを表明するよう求めている。異なるのは、出願人は、登録出願する商標が、誠実な使用に備えたものであることを表明するという点である。

⁴² 北京市第一中級人民法院（2006）一中行初字第1052号。

米国の連邦商標法の方法を参考に、中国でも、出願人が出願文書中で、登録出願する商標は自らのものであって他人のものではないこと、登録出願する商標は他人が既に登録し使用している商標と同一又は類似のものではなく、商品又は役務の出所に関して消費者に混同を招かないものであることを表明するよう要求すべきである。出願人はまた、登録出願する商標は既に実際に使用している商標であること、又は誠実に使用に備えた商標であることも表明すべきである。出願人は、信義誠実の原則に基づき、商標登録出願文書を記入して提出するとともに、虚偽を弄して生じた一切の報いを進んで引き受けるのである。筆者の考えでは、こうした声明又は宣誓により、出願人に自らの出願行為を点検する機会を与える一方、他人の商標を抜け駆け登録したり、類似の商標を意図的に登録したりするなどの問題が生じた際、商標行政部門及び法院は出願人の声明又は宣誓を根拠に、出願人が信義誠実の原則に反していると判定することができるようにもなる。必要な場合は、虚偽の声明又は宣誓を行った出願人に対し、商標行政部門及び法院が、行政処罰、さらには刑事責任の追及まで含め、懲戒を与えることもできる。

使用する意思のない商標の意図的な登録に関しては、出願人に誠実な使用の意思があるという声明を求めるだけでなく、さらに手続きにおいて、実際に使用していない商標の登録を厳しく防止することができる。この点については、米国の連邦商標法ランナム法1条2項の規定が、同様に参考に値する。規定によれば、使用する意思のある商標に対しては、特許商標庁が審査、公告、異議申立の手続きを経て、法的要件を満たすものについて登録証ではなく「登録許可通知」(a notice of allowance)を発給することができる。出願人は「登録許可通知」を得てから6か月以内に、関連の商標を真に使用している証拠を提出しなければならない。出願人に正当な理由がある場合は、使用の事実の証拠の提出を6か月延期することができるが、最長でも36か月を超えることはできない。さらに、規定によれば、特許商標庁は関連の商標の実際の使用に関する証拠を受領した後、更に真実性の審査を行うとともに、法に定められた状況において商標登録証を交付する。

中国は商標登録手続きの面で、米国の方法を参考に、出願人が商標登録を出願する際に、当該商標の使用に関する証拠又は文書の提出を要求することもできる。これは2つに分けることができる。登録出願する商標を実際に使用している場合は、出願人は実際に使用している証拠を提出することができる。登録出願する商標をまだ実際に使用していない場合は、出願人は使用に備えた文書を提供し、且つ3年以内に真に使用している証拠を提出しなければならない。こうした商標登録出願に対しては、方式審査の後に公告することができるが、登録はしない。出願人が真実の使用に関する証拠を提出した後、商標局が真実の使用に関する証拠を審査した後に、初めて登録して商標登録証を交付する。出願人が3年以内に真実の使用に関する証拠を提出しない場合は、その出願は自動的に取り下げたものと見なされる。

商標登録出願人に対し、方式審査の公告の後、3年以内に当該商標の真実の使用に関する証拠を提出するよう求めることは、登録商標を継続して3年使用していないときは取り消すとの規定の精神にも合致するといえる。商標の登録出願が公告されれば、出願人はその後の登録出願の重複や、類似の商標の登録出願を心配する必要がない。また一方では、出願人が真実の使用に関する証拠を提出し、且つ真実性の審査を経た後に商標登録証を交付することで、登録された大部分の商標が全て実際に使用している商標であることを保証することもできる。そうなれば、一部の経済主体が商標資源を占有することで他人がその意中の商標を選択しにくくなる状態が回避されるだけでなく、一部の経済主体によるいわゆる「登録商標」の大量ストック、ひいては販売も防止される。先に述べた「商標スーパーマーケット」や「登録商標」の商店のようなものは、おそらく存在できなくなる。

中国の商標登録制度が、他人の商標を抜け駆け登録して使用しない問題をうまく解決でき、使用の意思のない商標を意図的に登録する問題をうまく解決できれば、いわゆる登録商標不使用の問題、及び継続して3年使用しないことによる取消に関する規定は、かつて使用したことのある登録商標、及び使用の意思がありながら真に使用しなかった少数の登録商標に対しての規定とするべきである。こうした登録商標に関しては、継続して3年使用しないことによる取消の制度のほか、さらに登録商標の更新制度及び損害賠償を判定しない制度という2つの制度も、登録システムからかなりの部分を取り除く働きをすることが可能である。

まず、登録商標の更新制度を見てみる。世界各国の登録商標制度には、いずれも登録商標の更新制度が設けられている。規定によれば、登録された商標には、7年又は10年など一定の有効期間がある。有効期間が満了するとき、登録商標の所有者は、商標主管部門に更新を申請するとともに、一定の費用を納める。更新の申請及び相応の費用の納付がない場合、商標主管部門はその登録商標を取り消す。こうすれば、かつて使用したことのある多くの「登録商標」、既に放棄された多くの「登録商標」は、誰も更新手続きをしなければ取り消され、商標登録システムから離脱する。この点について、中国商標法39条は、登録商標の有効期間は登録の日から起算して10年とする、と定めている。同法40条では次のように定められている。登録商標の有効期間が満了するときは、商標登録者は期間満了前の12か月以内に更新の手続きを行わなければならない。この期間に手続きを行うことができない場合は、6か月の猶予期間を与えることができる。期間が満了して更新手続きをしていない場合は、その登録商標を取り消す⁴³。

使用していない「登録商標」が更新されることを防ぐために、商標行政管理部門は、申請者が信義誠実の原則に基づき、登録商標を真に使用していると表明するとともに、その証拠を提出することも要求すべきである。更新申請者が真に使用している証拠を提出できない場合は、更新申請を却下し、その登録商標を取り消さなければならない。くわえて、更新申請者が商業活動においてその登録商標を使用している証拠を提出した場合でも、商標行政管理部門は必要な審査を行い、申請者が虚偽の証拠を提出することを防止しなければならない。このことは、商標の登録出願時に信義誠実の原則に基づき表明するとともに、その商標を真に使用している証拠を提出することと、明らかに一致している。

次に、損害賠償を判定しない制度について見てみる。商標保護の基本理論に基づけば、商標は、商業活動において使用する場合のみ、消費者と関係することができ、商標が担う営業上の信用を生じることができる。商標権は財産権、すなわち商標の所有者が、商標の担う営業上の信用について享受する権利である。登録商標がかつて使用されたことがなければ、又は継続して若干年使用されていなければ、保護されるべき財産的利益は生じない。この点について、中国の2014年改正商標法64条では次のように規定されている。登録商標の所有者が賠償を請求した場合、権利を侵害したとして訴えられた者は、原告の登録商標が使用されていないことに関する抗弁を行うことができる。その場合、法院は登録商標の所有者に対し、当該登録商標を3年以内に実際に使用した証拠を提出するよう求めることができる。登録商標の所有者が、当該登録商標をこの3年以内に実際に使用したことを証明できず、また権利侵害行為によってその他の損失を被ったことも証明できない場合は、権利を侵害したとして訴えられた者は賠償責任を負わない⁴⁴。「登録商標」の所有者が損害賠償を得ることができなくなれば、明らかに、その登録商標の存在意義も失われる。こうした状況において、権利を侵害したとして訴えられた者は別途、

⁴³ 商標法39条、40条を参照。

⁴⁴ 2014年商標法64条を参照。

その登録商標の取消を請求することもできる。このことは、損害賠償を判定しない制度が、商標保護の基本原理に合致するだけでなく、継続して3年使用されていない「登録商標」の排除にも役立つことを表す。

以上、この論文では登録商標の不使用に関する問題を解決する5項目の措置、すなわち信義誠実に基づく表明、実際に使用している商標に対する登録証書の交付、継続して3年使用していない商標の取消、登録商標更新時の使用の事実に関する証拠提出、及び「登録商標」が不使用であれば損害賠償がないこと、について述べた。中国の商標行政部門及び司法部門が上述の5つの制度を厳格に実施することができれば、中国における登録商標の不使用に関する問題の大部分が解決されることを、根拠を持って確信している。

II. 登録商標の不使用に関する理論の検討と制度の改善

中南財經政法大学 知識産権研究センター 彭 学龍 教授

序文

「登録商標の不使用」は、小さな問題のようではあるが、商標法そのものの根底に触れる問題であることから重要視されている。米国を除く各主要国や地域では、依然として登録主義がとられているが、この場合商標権の帰属は登録により確定される。登録制度は権利の確定、管理及び公示には便利だが、抜け駆け登録を極めて容易に発生させることにより、紙上の権利と市場における実際の状況に差異が生じる。商標登録におけるこのような弊害を減らすべく、各国の商標法では、法定期間内における法律に沿った登録商標の実際の使用を登録者に義務付けている¹。数年間使用を停止している登録商標に対しては、「何人」も商標登録機関に取消しを請求することができる。商標権侵害訴訟においては、登録商標が数年間使用を停止していれば、その商標権者の請求権は多かれ少なかれ制限を受け、ひいては完全に失効する。

中国では、1983年の商標法で「継続して3年以上不使用」の商標に対する取消制度が設けられた（以下「3年不使用取消制度」や「3年不使用取消手続」という）。2014年の商標法では、この制度が残されたとともに、「継続して3年以上不使用」の登録商標の損害賠償請求権を制限する規定が新たに盛り込まれた。日本では、商標法50条に「継続して三年以上日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれもが各指定商品又は指定役務についての登録商標の使用をしていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に係る商標登録を取り消すことについて審判を請求することができる。」と規定されている。統計によると、昨今、日中両国では毎年、「3年不使用取消」審判がそれぞれ、中国で3万件、日本で1千件以上発生している。そして近年、中国政府は商標法とその実施条例の改正を行い、「商標審査及び審理基準」と商標権の権利確定に関する司法審査制度において、「登録商標の不使用」を規制する各種制度を整えた結果、所期の効力が十分に発揮されている。

グローバルな視点で国際制度を見ると、パリ条約の5条C節とTRIPS協定の19条ではいずれも、登録商標の使用義務に対する規定が設けられている²。日中と同様に登録主義をとっているドイツでは、登録商標の使用を強制する制度が整っており、その商標法では継続して5年以上不使用の登録商標に対する取消請求ができる権利を「何人」も有することに加え、異議申立て、無効審判、そして商標権侵害訴訟においても、商標権者からの攻撃を受ける側が「継続して5年以上の不使用」に対する抗弁ができるようになっている。この点は、日中両国にとり参考になるものである。

以上を踏まえ、本稿では中国、日本、ドイツ、EUの制度を比較しながら考察する。さらに、「登録商標の使用、不使用の証明と認定」、及び「登録商標の不使用の侵害訴訟請求権に対する影響」の2点につ

¹ 「商標登録者は、その登録商標を適正に、継続して使用し、その商標の顕著性を積極的に維持する法定義務を負うものとする。」中華人民共和国国家工商行政管理総局「商標の審査及び審理基準」2016年12月。

² パリ条約5条C規定「(1) 登録商標について使用を義務づけている同盟国においては、適当な猶予期間が経過しており、かつ、当事者がその正当性を明らかにしない場合のみ、当該商標の登録を取り消すことができる。(2) 商標の所有者が同盟国のいずれかにおいて登録された際の形態における商標の顕著性に影響を及ぼさず、構成部分にのみ変更を加えてその商標を使用する場合には、その商標の登録の効力は失われず、また、その商標に対して与えられる保護を縮減するべきではない。」。TRIPS協定19条では「登録を維持するために使用が要件とされる場合には、登録は、少なくとも3年間継続して使用しなかった後においてのみ、取り消すことができる。」と規定している。

いて重点を置いた検討を行う。そして最後に、日中両国の商標法に関する制度の改善について、政策的な意見を出していくこととする。

1. 「登録商標の不使用」に関する制度の比較と考察

登録主義をとる各国の商標法では、登録商標の使用が義務付けられている。これに違反し、法定期間を徒過しても登録商標を使用していない場合、登録者は、登録商標の取消と請求権の行使の制限の2種類の法的措置を受けることになる。これに対し使用主義をとっている米国でも同様に、商標の不使用は不利な措置を受けることになる。このような基本的知識に基づいて、本章では中国、日本、ドイツの3か国の「登録商標の不使用」に関する制度とともに、EUの商標条例及び米国商標法の関連規定についても考察する。

(1) 登録商標の数年間不使用による取消制度

国際公約や各国の商標法によると、商標の機能を十分に果たすよう促すために、登録者に法定期間内に規定に沿った登録商標の使用が義務付けられている。登録者がその義務に違反し、登録商標を継続して数年間使用しない場合は、商標の取消という法的措置を受ける可能性がある。登録者が不利な措置を受ける可能性があるとは表現しているのは、各国の商標登録機関がこのような「不使用」の瑕疵がある登録商標を自発的に取り消すことはなく、また不使用の状態が法定期間に達したことで、登録商標が当然にその権利を失うとされた規定もないためである。

この制度に対し、各国の商標法では明確に規定されている。中国商標法49条2項では、「登録商標が（中略）正当な理由なく継続して3年間使用しなかった場合、いかなる組織又は個人も、商標局に当該登録商標の取消しを請求することができる。」と規定されている。また日本の商標法50条1項では、「継続して三年以上日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれもが各指定商品又は指定役務についての登録商標の使用をしていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に係る商標登録を取り消すことについて審判を請求することができる。」と規定されている。日中共に、登録商標の不使用の上限が3年と規定されていることから、中国ではこの制度を「3年不使用取消し」と略している。また「3年不使用取消し」の手続段階にある登録商標は「審判商標」と呼ばれ、登録者が審判商標を実際に使用したか否かを審査する3年の期間は「審判期間」と呼ばれる。ドイツやEUは、審判期間が5年と規定されているという点で、日中の商標法と区別されるが、ドイツを例に挙げると、商標法49条1項において、「商標の登録は、登録日後、当該商標が継続して5年間、26条の規定に従う使用がされていない場合は、取消事由による請求に基づき抹消されるものとする。」と規定されている。

米国では、商標権は実際の使用を基にその権利が与えられるため、登録簿への登記は公示、証明、権利の強化の機能のみ果たされている。使用することを信条とすることから、商標の不使用が不利な措置を受けることにつながるという考え方が他国以上に強い。ランナム法45条では、「以下の状況においては、商標が放棄されたとみなす：商標が継続して3年以上使用されておらず、かつ再び使用する意志のないもの。再び使用する意志がないことは、状況を鑑みて推定されるものとする。継続して3年以上不使用であることが商標を放棄する第一の証拠とする。」と規定されている。ここから、いわゆる商標の「使用」とは、正常な商業活動において商標が正しく使用されることであり、商標権の使用を単に保留するためのものではないと考えられていることがわかる。商標権の取得における法律上の理念には違い

があるものの、米国の商標法ではその骨子から商標の使用が重視されている。登録主義をとる各国にとって、商標の使用、不使用に関するこのような規定については、参考とする意義が大いにある。

(2) 異議申立てにおける先行登録商標の不使用に対する抗弁

継続して数年間使用されていない登録商標は取消しとすることが可能であるということは、まだ取消しが決定していない場合は、その商標権者が権利を行使する際に各種の制限を受けることになり、それらの制限は登録商標の異議申立、無効判断手続、そして訴訟手続に現れる。この点については、ドイツ商標法の規定は最も十全で、論理的な制度体系が形づくられている。

ドイツ商標法 43 条 1 項によると、「先の登録商標の所有者が異議の申立をした場合において、相手方当事者が当該商標の使用を争ったときは、異議申立人は、自己の先の商標登録が異議申立の対象たる商標登録の公告より 5 年間以上前になされている場合に限り、かかる公告前 5 年の期間内に自己の当該登録商標を（中略）使用したことを一応の証拠によって実証しなければならない。不使用の 5 年の期間が登録の公告後に満了する場合は、異議申立人は、他方当事者が使用を争ったときは、異議申立についての決定の前 5 年間に自己の先の登録商標を（中略）使用したことを一応の証拠によって実証しなければならない。」と規定されている。簡潔に言えば、不使用の瑕疵がある先の登録者が、後に出願された商標に対して異議申立てを行う場合、後から使用する者は継続して 5 年以上不使用であることに對し抗弁する権利を有することになる。EU の商標条例にも同様の規定がある³。

日中の商標法では、この制度は盛り込まれていない。

(3) 無効審判における先行登録商標の不使用に対する抗弁

ドイツ商標法にはこの制度があるが、日中両国の商標法にこのような規定はない。ドイツ商標法 55 条 3 項によると、先の登録商標の所有者によって取消訴訟が起こされ、被告が異議を申し立てた時は、その所有者は訴訟の提起前の 5 年間に先の登録商標が 26 条の規定に基づいて使用されていることを立証しなければならない。訴訟の提起後に不使用の 5 年の期間が満了する場合、原告は、被告が異議を申し立てたときは、口頭審理の終結前の 5 年間に、先の商標が 26 条の規定に基づき使用されていることを立証しなければならない。このほか、後の商標の登録の公告日に、先の商標が 5 年以上の期間登録されていて、被告が異議を申し立てたときは、原告はその日に、先の商標の登録が 49 条に基づいて取り消されるべきものでなかったことも立証しなければならない⁴。

(4) 登録商標継続 5 年不使用による請求権の失効

登録商標の権利者が起こした民事訴訟では、自身が継続して 5 年以上不使用だった瑕疵がある場合、その請求権は被告が不使用に對し抗弁した場合に排除又は失効となる。排除される可能性がある請求権

³ EU 商標規則 43 条 2 項参照。「先行商標において、後の商標登録の出願公告日の前に、登録が少なくとも満 5 年あれば、先行登録商標の所有者は他人の商標登録に對し、異議を申し立て、もう一方の請求人の要求に對し、先行登録商標の所有者は、後の商標の出願公告日の 5 年以内に、商標が EU 内において、登録に関連する商品または役務において実際に使用され、または不使用の正当な理由を証明しなければならない。証明に不備がある場合、異議申立ては棄却される。」

⁴ 「EU 商標規則」における類似の規定、56 条 2 項参照。「EU における商標の所有者による要求がある場合、先行で登録された EU 商標の所有者は無効審判手続における当事者として、無効請求の提出前の 5 年間に、EU の範囲内で、登録の商品又は役務において、先行商標を実際に使用し、かつその請求に正当な理由があること、又は先行 EU 商標が当該日に使用されておらず、先行 EU 商標の登録が当該日から 5 年を経過している場合は、不使用であったことに對する正当な理由を立証しなければならない。」

には、損害賠償請求権、差止請求権、情報提供請求権、及び道具・製品没収の請求権が含まれる。これはドイツ商標法 25 条で「登録商標の所有者は、請求の根拠となる商品又はサービスについて請求前 5 年以内は、14 条、18 条及び 19 条に定める第三者に対する如何なる請求も行うことができない。14 条、18 条及び 19 条に定める登録商標の侵害を理由とする請求を原告が訴訟により主張した場合、原告は被告による反論に応じて、自己の請求の根拠となる商品又はサービスについて訴訟の提起前の 5 年以内に（中略）当該商標の使用がなされたことを立証しなければならない。訴訟の提起後に、5 年の不使用期間が終了した場合、原告は被告による反論に応じて、口頭審理の終結前の 5 年以内に（中略）商標が使用されていることを立証しなければならない。」と具体的に規定されている。そのうち、14 条、18 条、19 条はドイツ商標法の登録商標の所有者が有する請求権に関する規定の全部となっている。

日本の商標法にはこのような制度がない。また中国商標法では、継続して 3 年以上不使用である登録商標の専有権者にのみ、訴訟における損害賠償請求権を制限するものとなっている。詳細は以下で述べることとする。

（5）登録商標 3 年以上不使用による損害賠償請求権の失効

21 世紀に入り、中国の法院は、商標権の侵害に関する審理において、使用されていない登録商標の専有権に基づく訴訟における損害賠償請求権の制限について有益といえる対応をしている。2013 年に商標法が改正され、立法機関は司法実務における長年に亘る経験を参考に、次の条項が加えられた。「商標権者が賠償を請求し、権利侵害で訴えられた者により、商標権者が登録商標を使用していないとの抗弁がなされた場合、人民法院は商標権者に、これまで 3 年以内にその登録商標を実際に使用している証拠を提供するよう求めることができる。商標権者は、これまで 3 年以内に、当該登録商標を実際に使用していることを証明できない場合、又は侵害行為によりその他の損失を受けたことを証明できない場合、権利侵害として訴えられた者は、損害賠償の責を負わない」。⁵

日本の商標法では現在のところ、上記のような規定はない。

2. 登録商標の使用、不使用の証明と認定

「商標使用」は積極的、肯定的な事実とされる一方、「登録商標の不使用」は消極的、否定的に捉えられている。商標法のコンテキストからすると、「使用」も「不使用」もある種の継続状態を表すものであるが、法定期間内のある時点又はある段階で、登録者又は許諾を受けた者が商標を実際に使用していた証拠を提出すれば、登録者が法定期間内に登録商標を使用していたことを証明し、商標を継続して使用しなかったという主張を覆すことができる。しかしながら、登録者が法定期間内に数年間継続して使用していないことを証明したい場合は、地域内における全ての商業活動において係争商標の使用行為が発生していないことを立証しなければならないが、これを証明するには人的資源だけでは担うことが困難である。

まさにこのようなことから、証明理論によれば、消極（否定）的な事実を主張する者は、その主張に対する法的な説明がなされれば立証責任を果たしたことになり、その相手方である積極（肯定）的な事実を主張する者は立証責任を負うことになる。「商標不使用」者とされた者は、商標の不使用によって受

⁵ 中国商標法 64 条 1 項

けることになる不利な措置を回避すべく、実際に、合法的かつ有効的に商標が使用されたことを証明しなくてはならない。言い換えれば、法定期間内に証明できない場合、商標の不使用に対する法的な措置を受けることになる。このように考えると、「商標の不使用」に関するテーマは最終的に「商標の使用」の研究という点に落ち着くことになる。

(1) 登録商標の使用、不使用の証明責任

民事訴訟は通常「主張した者が、立証する」という原則に基づいて行われる。商標の継続不使用に対する不使用取消しを請求した請求人、異議申立て、無効審判の手続きにおいて先行登録商標の継続不使用に対して抗弁する被請求(申立)人、侵害訴訟で商標の不使用に対する抗弁を原告に提起した被告等、いずれの立場においてもまずは立証責任を負う。この種の立証責任は、相手方の当事者が商標の不使用を十分に証明することではなく、「関連する状況を説明」することを指す。相手方の当事者は登録商標の継続不使用に対する不利な措置を回避すべく、法律の要求どおりに実際に商標を使用していたことをできる限り証明しなくてはならない。

双方の当事者に対する登録商標の使用、継続不使用における証明の要求については、各国の法律にいずれも明確に規定されている。中華人民共和国商標法实施条例 66 条によると、商標法 49 条で規定されているように、正当な理由なくして登録商標が継続して 3 年以上使用されていない場合、如何なる組織または個人も該当登録商標の取消を請求することができ、請求時には不使用に関する状況説明が求められる。しかし、この「関連した状況を説明する」とは何かについては、詳細さに欠ける。この点については、米国のランナム法の中に参考とすべき規定がある。ランナム法では、商標の不使用に対する一応の証拠を請求人が提出し、これが立証されると責任は商標権者へと移り、商標権者はこれまでの法定期間内に商標を使用した若しくは使用していないかのいずれかに対する正当な理由を証明しなくてはならない、又は実際に使用を継続する正当な意思があることを証明しなくてはならない。当然、何を以て一応の証拠とするかについても研究する価値がある。一般的に、通常の商業行為や商業活動においては、係争商標が使用された証拠が見つからない場合に、それが一応の証拠であるといえる。

商標登録者の証明責任に対し、前述の実施条例では次のように規定されている。すなわち、「商標局は受理後に、商標登録者に対し、通知の受取日から 2 か月以内に、当該商標の取消請求が行われる前に使用された証拠資料を提出するか、又は不使用の正当な理由を説明するよう通知しなければならない。期間内に使用の証拠資料を提出せず、又は証明資料が無効で、かつ、不使用の正当な理由がない場合には、商標局はその登録商標を取り消す。前項でいう商標の使用の証拠資料には、商標登録者が登録商標を使用する場合の証拠資料、商標登録者が他人に登録商標の使用を許諾した場合の証拠資料が含まれる。」。中華人民共和国国家工商行政管理総局が 2016 年 12 月に改定した商標審査及び審理基準第七部の「登録商標の取消案件の審理基準」における、5.3.4 条では「3 年不使用取消し」審判における証拠提出の責任に関し、「係争商標の継続 3 年不使用の立証については、係争商標の登録者がその責任を負うものとする。」と明確に定められている。

上述の分析に基づいて、各国の法律における要求を組み合わせると、1. で述べた登録商標の不使用に関する各種法的手続きでは、双方の当事者の立証責任は次のように分類される。

「3年不使用取消し」

請求者は商標登録者に対し、法定期間内で実際に使用されなかった登録商標に関する状況を説明しなければならない。登録商標の所有者はその登録商標を維持すべく、係争商標が法に基づいて実際に使用されたことを証明する必要があり、不使用の場合はその正当な理由を証明しなくてはならない。それができなければ、登録者はその登録商標を取り消されることになる。

異議申立てにおける登録商標不使用に対する抗弁

異議申立人は、異議を申し立てた商標と先行登録商標との対立点を証明する。一方、被異議申立人は、その異議基礎として、先行登録商標が不使用であったことに対する抗弁を行うことができる。異議申立人が異議を成立させるためには、法定期間内にその登録商標を実際に使用した事実を証明するか、又は不使用の正当な理由があることを証明しなくてはならない。それができなければ、その異議申立ては棄却される。

無効審判における登録商標不使用に対する抗弁

無効審判を請求する請求人は、後の登録商標と先行登録商標の対立点を証明する。後の登録商標の所有者は、先行登録商標が法定期間内に実際に使用されなかったことに対する抗弁を提出する。それに対し請求者はこの抗弁を阻止するために、法定期間内にその登録商標を使用した事実を証明するか、若しくは使用されなかった正当な理由があることを証明する。それができなければ、後の登録商標に対する無効請求は棄却される。

侵害訴訟における登録商標不使用に対する抗弁

原告が後の商標と先行登録商標の対立を証明することは、言い換えれば混同可能性（一般的な商標権侵害の例）が存在する。一方、被告は原告に対し、法定期間に登録商標が不使用であったことに対する抗弁を提出することができる。原告が勝訴を勝ち取るには、その法定期間で登録商標を実際に使用したか、又は使用しなかったことに対する正当な理由を証明しなくてはならない。それができなければ、原告による訴訟請求はその請求権が排除されることにより棄却される。

以上のように、あらゆる問題を考察すると、重要なことは「商標の使用」がどのように認定され証明されるか、そして「商標の使用」が上記の4種の手続において、同一の基準で認定されるか否か、という点に帰結する。

（2）「商標の使用」の認定基準

いわゆる「商標の使用」に対して、各国の商標法ではいずれも明確に定義されており、その他の法律文献や司法判例においてもさまざまな手法で「商標の使用」の認定基準が模索、制定されている。商標法学領域では、商標の使用は核心的な範疇として重視されており、商標登録とともに商標制度における二本柱となっている。本節では、各国の法律文献における「商標の使用」に関する項目について暫定的な整理を行った後、「商標の使用」の認定基準を法理的に検討し、この概念を侵害性のある商標の使用と比較していく。

(i) 各国の商標法における「商標の使用」

中国商標法 48 条の規定には、いわゆる「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」である。この定義は主に、次の 2 点が含まれている。第一に、商業活動における商標の使用の各方式を例に挙げている。第二に、使用の目的や意図を強調することで、消費者が商標を付着した商品の供給源又は出所を識別することを意図としている。具体的に言えば、さまざまな商業環境の下で、商品又は役務における商標の使用が多様に変化する可能性があるものの、使用の目的及び意図は商品の出所の識別に着目したものでなければならない。

日本の商標法 2 条 3 項では、商標の使用の各方式を挙げることに重点が置かれているが、むしろ、より正確に言うならば、商標使用の具体的な方式は多種多様であるため、ある法律の条項に対して一例を挙げるだけでは説明しきれない。ただ、一例にすぎないとしても、詳細に分析することで共通性が見出しやすくなる。すなわち、商標の使用の具体的な状況に基づき、各種の商取引及び商習慣に照らし合わせることで、人々の列挙した方式による商品又は役務の出所の識別が習慣化される。これにより、商標については、どの方式を使用するかは必ずしも重要ではなく、決定の機能はその方式で商品及び役務の出所を識別できるか否かという点で働くといえる。

ドイツ商標法 26 条では、商標の使用とは、登録された商標の請求権を主張するための商品の使用、又は商標登録を維持するための使用行為に限定されている。このような定義は、二面性のある商標の使用に対する認定基準に明らかな差があることを意味する。そしてこの他に、商標の使用は商標登録者自身、又は同意者によって行われなくてはならないという内容が特に強調されている。司法実務や行政による権利確定において、商標の使用は、所有者が請求権を主張し、又は登録の有効を維持することが前提で行われることを証明しても、商標自体の効力を発揮させるため商標を真正に使用すべきであり、ただ登録の有効を維持させるためや、賠償を得るための手段として象徴的に使用するべきではない。また、ドイツ商標法では実際に使用される商標と登録時の文字或いは図形にある程度のズレが生じる場合があることが許されており、このズレが商標の同一性や顕著性を変えるようなことがなければ、商標の機能の正常な発揮及び消費者による商品の出所の識別に影響を及ぼさないことから、法律上では商標の使用と見なされる。

商標の権利確定について、米国では使用主義がとられている。このため、「ランハム法」には商標の使用の範囲に関して特に参考に値する箇所がある。例えば 45 条では、「ある商標の『使用』とは、日常の商業活動において当該商標が誠実に使用されていることを指すものであり、ただ商標権を維持することだけが目的でない。」と規定されている。米国の判例では、「商標権は偶発的で名義だけの販売ではなく、当該商標を使用した商品貿易が実際に存在しているか、又は少なくとも積極的、公開的にこの貿易を行う努力をしていることが必要である。このような要素が欠けていれば、商標権は発生も存在もできない。」という旨が絶えず強調されている。⁶

(ii) 「商標の使用」の基準に関する学理的分析

「商標の使用」の認定に対しては、さまざまな基準が設けられている。実際に認定を行う過程において、「商標の使用」の各側面について検討が行われる。ここには商標の使用の具体的な方式、使用者の意

⁶ 陳明濤「商標の不使用による取り消し制度における「商標の使用」の分析」法商研究 2013 年 1 号、144 頁～151 頁。

図、使用の実質的な効果が含まれる。商標登録の有効性を維持するため、一般的には、商標の使用について通常の状態における公益性を重視して具体的な方式を決定し、商習慣に適合するか否かを考察することのみが必要だが、使用者の意図から見ると、このような使用は、商標が持つ本来の機能を実現すること、或いは権利を維持することが目的とされている。しかしながら、登録商標の所有者が商標法で与えられた請求権の行使を望むのであれば、その商標の使用の実際の効果、すなわち、関連の商標が関連の商業圏及び消費者群に受け入れられるか否かについて、適切に考察する必要がある。

実際に認定を行う過程では、使用の方式、意図、そして効果等のあらゆる面を重視しながら、段階に応じた基準が設定されていく。ある学者は、「商標権者がその登録商標を使用して実際に生産経営活動を行い、さらに当該商標を通して消費者に商品の出所を認識させることができた場合、商標法上の使用になる。」⁷と述べている。言い換えると、日本の学者である田村善之教授の理論では、商標権者が商標登録後に生産経営活動を行ったとしても、商標を通して消費者に商品の出所を認識させることができなければ、商標権者の信用を蓄積することが困難となり、その業務も前進させることができず、消費者の混同を引き起こすこともなく、当該商標の独占排他権を更に維持する理由が自ずとなくなるため、当該商標を取り消す必要が生じると述べられている⁸。

上述の観点は、商標の使用基準における理想主義に属する。このような厳格な基準に照らし合わせると、登録商標の所有者が商標の不使用に対する不利な措置を受けることを回避するためには、法律の要求に従って商業活動中にその商標を使用したことを証明する必要があるだけでなく、消費者調査でその商標の実際の効果を検証し、更にブランド評価によって、その商標が登録者の信用を集められたか否かを検証する必要が生じる。この手法は、商標の使用を立証する難度を上げ、証明に関するコストが不当に上がることになり、ひいては全ての商標制度の運用コストを上げることになるため、妥当とはいえない。

(iii) 中国における「商標の使用」の具体的な基準

中国では、商標法の他に、当該法の実施条例である国家工商行政管理総局「商標審査及び審理基準」と「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」があり、どちらも異なる角度から、詳細若しくは概略的に商標の使用に対する認定基準が定められている。

これらについては、以下で分類して述べることにする。

① 証拠資料に対する要求

まず正面から見ると、「係争商標が継続して3年不使用でない状況を証明する証拠資料を用いる場合、次の各号に掲げる要件を満たさなければならない。(a) 使用した係争商標の標識を提示できること、(b) 係争商標が指定商品／役務で使用されている証拠を提示できること、(c) 係争商標の使用者は、商標登録者自身、又は商標登録者が許諾者も含め、他人による使用を許諾した場合、使用を許諾し関係が存在することを証明できること、(d) 係争商標の使用日時を証明でき、かつ取消請求の日から3年以内であること、(e) 係争商標を商標法の効力が及ぶ範囲で使用することを証明できること」となる。

⁷ 李楊「登録商標の不使用取消制度における「商標の使用」の画定」法学2009年10号、96頁～109頁。

⁸ 田村善之『商標法概説』28頁（弘文堂2000年版）、李楊、前掲7）96頁～109頁。

これに対し反対側面から見ると、「次の各号に掲げる証拠のみでは、商標法上の商標使用とは見なされない。(a) 商品の販売契約又はサービス提供の協議や契約、(b) 書面による証言、(c) 識別に困難をきたすものが、修正された物証、視聴資料、ネット情報であるか否か、(d) 実物と複製」⁹となる。

また、一部の行為が商標の使用から排除されている。「次の各号に掲げる状況で、商標法上の商標使用と見なされない。(a) 商標登録情報の公布又は商標登録者がその登録商標の専有権を有するという声明、(b) 公開された商業領域で使用されていないこと、(c) 贈答品としてのみ使用すること、(d) 譲渡又は許諾行為のみで、実際に使用していないこと、(e) 商標登録の維持のみを目的とした象徴的な使用」¹⁰。この中にはむろん、贈答品として使用するだけでは商標の使用にはならないといった必ずしも合理的ではない規定もある。この点については、(3) で考察を行うこととする。

②登録商標の標識を変更した使用

商標権の使用を維持するには、登録済みの商標を使用しなくてはならない。しかし実務において、具体的な製品の変化や時代の変遷、文化の変化に伴い、その製品上に使用される商標にも調整や変化が必要となる可能性が出てくる。広告の領域では、商標の特性は時代に沿っていなければならないと強調される。このように、文字の大きさや字体、記号を含め、商標の具体的な構図に少しばかり要素を加えたり減らしたりする等、変更を加える場合がある。一般的に、商標の同一性や顕著性に変更がなければ、商標の使用の認定には影響を及ぼさない。

これに対して、「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」26条では、「実際に使用した商標表示が登録時の商標の標識と若干の差があっても、顕著な改変がない場合、登録商標の使用と見なされる」と規定されている。しかし、中国の商標審査及び審理基準7章5.3.6条では「商標登録者が提出した使用に関する証拠が、登録商標における主要部分及び顕著な特徴に変化を加えた場合、登録商標の使用と認められない。」と反対側面からの要求が提起されている。

③使用を許可された一部商品における商標の使用

現在の市場では、多角経営が一般的な経営法の一つとなっている。このため、ある商標が登録された時点で、指定商品が1種類だけではないケースが生じる。しかし現実には、多角経営の企業であれば、特定の時期にそれまでとは異なる面に重点を置くこともある。このように、特定の時期において、企業の登録商標は一部の指定商品のみにおいて使用されることになる。その場合、甲という商品における商標の使用により、その商標の乙という商品における登録を維持できるかという問題を引き起こす。それに対する答えは具体的な問題を見ながら得ていく。甲と乙が同一又は類似商品に属している場合、いずれか一方の商品に当該商標を使用することで、もう一方の登録も維持できる。しかし使用を許可された商品が同一又は類似商品でない場合は、如何なる指定商品においても登録商標は一方の商品でしか使用できない。中国の商標審査及び審理基準において、「商標登録者が、使用を許可された商品で登録商標を使用することにより、当該商品と類似の商品での登録が維持される」¹¹と明確に規定されている。

⁹ 中華人民共和国国家工商行政管理総局「商標審査及び審理基準」2016年12月、185頁。

¹⁰ 上掲、186頁。

¹¹ 前掲9)。

④使用を許可された商品以外での登録商標の使用

使用を許可された商品以外で登録商標を使用する場合、登録商標の作用を維持できるだろうか。まず、使用を許可された商品以外の商品が、許可された商品と類似していなければ、使用を許可された商品で登録商標を使用しても全く意味をなされない。その反対に類似している場合は、どのような状況になるだろうか。これに対しては、中国の商標審査及び審理基準において、「商標登録者が、使用を許可された商品以外の類似商品で登録商標を使用する場合、その登録商標に対する使用とみなすことはできない」¹²という明確な規定がある。しかしこの規定が合理的か否かについては、さらなる議論の余地がある。

もし商標登録者が、使用を許可された商品以外の類似商品でその登録商標を使用し効果があった場合、それは一定の影響を生み出した未登録の商標と見なされ、当該商標が競争法の保護から逸脱しているとも考えられる。仮に、同種或いは類似商品で同じ商標を使用する行為では、類似商品の登録を維持することはできないとしても、当該商標の使用者は、商標の使用によって一定の影響を生み出した未登録の商標をもとに、他者により使用を許可された商品での当該商標の使用を禁止することができる。

(3) 特殊な状況における「商標の使用」の認定

(i) 贈答品として指定された商品における使用

一つの常態として、登録商標はいずれも一般的に企業が販売する商品に使用される。しかし販売促進活動では、企業が消費者へ商品を贈ることもあり、しかもその贈答品に登録商標が使用される場合がある。このような贈答品が登録商標の指定商品であった場合、このような贈答品における登録商標の使用も、商標法上の商品の使用となるのであろうか。これについては、中国の商標審査及び審理基準において、「次の各号に掲げる状況では、商標法上の商標使用とは見なされない(中略)(3) 贈答品としてのみ使用する場合(略)」¹³のように明確に規定されている。上述の規定は合理的といえるだろうか。まず、北京知識産権法院が2015年に結審した「開心人大薬房」の商標登録取消事件の一審裁判の内容を例に考察することとする。¹⁴

当該商標は、江西省開心人大薬房連鎖有限公司(以下「開心人大薬房公司」)が、第3類の石鹼を含めた洗浄剤及び化粧品を指定商品として登録し、登録番号「3427636」、登録期間は2014年11月13日までである。2011年1月7日、継続して3年商標が使用されていないことを理由に、他の企業から「開心人大薬房」の登録商標の不使用取消しが請求された。行政手続き、ひいては行政訴訟手続きの段階で、開心人大薬房公司は、その経営活動において、複数回に亘って係争商標の他人による使用を許諾し、「雕牌」、「立白」という銘柄の食器用洗剤のパッケージに登録商標「開心人大薬房」を付した注文生産の食器用洗剤を贈答品として贈ったことを証明した。開心人大薬房公司は、「推奨ブランドを贈答品として贈ることは商業の慣例でもあり、贈答品そのものも顧客への宣伝となる。贈答品と商品はいずれも歴とした販売用の商品であり、その価格は販売した商品の総額に含まれるべきである。」と主張した。一言で言うと、商業活動における贈答品での商標の使用は「完全に商品における使用に属する」ということである。

¹² 前掲9)。

¹³ 上掲、7章5.3.5条。

¹⁴ 江西省開心人大薬房連鎖有限公司と国家工商行政管理総局評価審査委員会その他一審「北京知識産権法院行政判決書」、(2015)京知行初字第1193号。

これに対し北京知識産権法院は、開心人大薬房会社が第三者から仕入れた多くの商品が、本質的には贈答品として購入したものだっことを認定した上で、「開心人大薬房が経営において上述の商品を贈答品として消費者に贈ったことは、開心人大薬房チェーン店の業務における広告としての役割を果たしたが、消費者が上述の商品を手にした際、当該商品の出所が雕牌や立白の食器洗剤等の商標の所有者であると識別することができ、開心人大薬房会社であると識別することはない。」とした。したがって、上述の行為は「商標の使用」とは認められず、「開心人大薬房」の登録商標は法に基づいて取り消された。

外見的には、「開心人大薬房」が使用した食器用洗剤の「贈答品」としての性質が、商標の使用行為の性質を決定付けている。他方、少々分析を加えただけで、問題の核心がこの商品が「贈答品」と「販売品」のどちらに属するかという点にあるのではなく、係争商標の具体的な使用方式にあったことを見出すことは難しくない。一種の販売促進や広告宣伝の方式として、また企業の商号として「開心人大薬房」が食器用洗剤を贈るという形式で、確実な宣伝効果を得ることができた。江西省開心人大薬房チェーン有限公司が事前に「開心人大薬房」を薬品の販売サービスにおける商標として登録した上で、本案の贈答品のパッケージに「開心人大薬房」の商標を使用し、さらに前述の仮定の役務商標に対する商標の使用と認定される理由があったなら、第3類の洗浄剤における商品商標「開心人大薬房」の使用を実現することは絶対に不可能であり、その原因は、贈答品として贈った食器用洗剤のパッケージに「雕牌」、「立白」等の出所をはっきりと表記したことにある。言い換えれば、パッケージに「開心人大薬房」という標識で中身の食器用洗剤の出所を示す作用を発揮することはできないため、商標の使用は自ずと認定できない。実際、開心人大薬房会社がこのように包装した食器用洗剤を一般の商品として販売したとしても、それに付された「開心人大薬房」という表示は依然として商標の作用を発揮することができない。本案において、贈答品として贈った食器用洗剤が商標登録者自身の生産したものであっても、他人に委託して加工したものであっても、パッケージに「雕牌」、「立白」等の商標を出さず、「開心人大薬房」の標識をはっきりと示すなら、これらの商品が開心人大薬房会社から贈られたものであることを顧客が明確に意識するだけでなく、中身の食器用洗剤が当該会社で生産され、又は当該会社から提供されたことも明確に認識し得たはずである。このように、「開心人大薬房」は洗浄剤の商標として果たすべき機能を果たしており、それに関する行為も自ずと商標法上の商標の使用に至らしめるに足りる。ここからも、登録商標が使用された商品の贈答品の属性は、係争商標が機能を発揮するうえで必然的に障害になるとは限らないということが分かる。

この点で言うと、日本の商標「東京メトロ」に関する事件は参考に値する。当該案件で、原告は新聞、雑誌を指定商品として商標を登録しており、2002年4月29日から5月まで、原告は「東京メトロ」(2002年4月25日発刊(創刊号))という文字が書かれた新聞を計4期約8000部発行し、東京の世田谷区内で配布していた。被告は日本の商標法50条に基づき、日本の特許庁に商標の取消審判を請求した。特許庁は取消決定の重要な理由が、「東京メトロ」新聞が他人の広告を掲載して無料で配布する印刷物に過ぎず、また市場において独立した商取引の対象として流通に供されたものではないことから、係争商標が指定する新聞又は雑誌に認定され得ないことにあるとした。行政訴訟において、知的財産高等裁判所は、特許庁の審決を取り消した。その主な理由は、次のとおりである。商標法上の商品は市場で行われる商取引の対象として用いられなければならないが、商取引は売買関係に限らず、営利目的のその他の契約形態も含まれるべきである¹⁵。さまざまな商業モデルにさまざまな営利方式が存在し、市場での

¹⁵ 李楊、前掲7) 96頁～109頁。

各種の販売促進、ひいては無償提供活動も、同様に商業活動の範疇に入る。実際に、フリーペーパー等で使用された商標は、同様に商品の出所を識別する機能を果たしている。

(ii) 商標使用許諾（譲渡）と広告宣伝契約

実際の事例において、係争商標が実際に使用されたことを証明するために、登録商標の所有者が他社と締結した商標使用許諾、広告宣伝契約、ひいては新聞に掲載した広告を提出することが頻繁にある。この類の証拠の証明力はどの程度であろうか。2015年、最高人民法院が商標「湾仔碼頭」をめぐる商標紛争に対して下した行政判決において、その答えが出されている。すなわち、係争商標はカフェ、レストラン等のサービスを指定役務として登録された、第1591629号商標「湾仔碼頭」で、その商標権者は自然人の成超氏である。2009年8月20日、通用磨坊公司是、当該商標に対して「3年不使用取消し」を請求し、「訴訟」は最高人民法院まで持ち込まれた¹⁶。成超氏は、行政及び司法手続き全体を通し、再審期間には広告宣伝及び使用許諾により商標「湾仔碼頭」の実際の商業使用を行ったことを終始堅く主張した。二審判決では、再審商標の使用に関する証拠の多くは、再審商標登録を維持することを目的とした1回のみ、象徴的な使用のためであると認定した。最高人民法院は行政裁定書の中で、成超氏が提出した証拠の証明力に対して、逐一、次のように認定した。

第一に、成超氏が蘇州吳越春秋文化メディア有限公司と締結した「広告代理契約」、「広告合意」、と履行の状況を証明する領収書〔原文：發票〕、「姑蘇晚報」〔晚報：夕刊という意味〕における湾仔碼頭の店頭販売部に関する広告では、再審商標が指定役務で実際に使用されたことを証明できない。

第二に、成超氏が蘇州凌琳日化有限公司食堂と締結した「湾仔碼頭商標協力契約」、及び寧波海曙天一湾仔碼頭カフェレストランと締結した「商標協力合意」はいずれも、それが実際に履行されたことを証明できる証拠がないため、再審商標が指定役務において実際に使用されたことは自ずと証明できない。

第三に、成超氏が蘇州市吳中区金庭西湾農家楽レストランと「商標許諾使用契約」を締結したが、再審商標の実際の使用状況を証明する有効な証拠がなく、「城市商報」（商報：ビジネス新聞という意味）に掲載された蘇州市吳中区金庭西湾農家楽レストランの「太湖のほとりの農家楽を、心ゆくまで」の広告に至っては、再審商標の指定期間を徒過しただけでなく、当該証拠で実際の使用を証明することもできなかった。

以上の理由から最高人民法院は、「登録商標の実際の使用がなく、譲渡、許諾行為を実施したのみで、又は商標登録情報の公表若しくはその登録商標に権利を有していることに対する声明等のみでは、商標の使用とは認定できない」、「商標の使用の有無を判断するには、商標登録者が実際に使用する意図及び実際の使用の有無を判断しなければならず、登録商標の存在を維持するための象徴的な使用のみでは、商標を実際に使用したことにはならない」と強調した。このような観点と主張は、最終的に「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」26条の内容に置き換えられる。

¹⁶ 成超と磨坊食品アジア有限公司の商標登録取消審判行政紛争再審請求案「中華人民共和國最高人民法院行政裁定書」(2015)知行字181号。

(iii) 商品の注文生産と購入契約

実務において、商標の所有者はしばしば商品の注文生産、仕入・販売契約及び販売領収証により、その商標が商取引の過程で実際に使用されたことを証明する。上述の証拠の証明力は、商標局、商標評審委員会、及び法院の認可を受けなくてはならず、そこに確としたつながりを持たせる必要がある。これはつまり、注文や購入契約に商品名の明確な記載のみならず、商品の商標の表示が要求されていることを意味する。また、商標登録の所有者は上述の契約によって実際の履行がなされ、実際の履行を証明できる証拠は通常、正規の領収書または受領書（レシート）のみであり、かつその領収書に商品名称とそのブランド（商標）を記載することで購入と販売とが一致していなければならない。商品名称と係争商標も合致していなければならない。一連の証拠のうちのある段階で一旦差が生じた場合、登録者が係争商標を実際に使用したことを立証することは困難となる。

商標登録第 3135285 号「漢典」に対する「3 年不使用取消し」事件はその一例である。当該商標での指定商品は、第 30 類の茶葉代用品、非医療用タブレットなどであった。審査、商標審議、行政一審、二審の過程で、登録者は、ビタミン C のタブレットの仕入・販売活動において、商標「漢典」が実際に、有効的、合法的に商業使用されていたことを証明できた。しかし登録者が提出した販売領収証には茶類の商品があることは記載されておらず、「クコ茶」という商品名が記載された購入契約、出荷リスト、販売貨物リストがあるのみで、領収書等の支払いに関する証明書類も不足していることから、再審商標の「茶葉代用品」における実際の使用を再審期間において証明することができなかった。最終的に、当該商標の「茶葉代用品」における登録は取り消された¹⁷。

この案件はまた、商標の指定商品は多種にわたり、そのうちの 1 種類における使用は、使用したことのない他の商品における有効な登録を有効に維持するに足りない。商標「漢典」の指定商品である茶葉代用品と非医療用タブレットで見ると、一般市民の消費観念においては、これらは同一又は類似の商品には属さず、登録商標がそのうちの 1 種類の商品に使用されてもその他の商品には影響が及び得ない。これは、消費者の観念のうちでは 2 種類の非同類である商品のいずれにも係争商標が登録された場合、実際には互いに完全に独立した 2 種類の商標よりも効果があることを示している。登録者はそのうちの 1 種類の商品の使用とともに同じく多種の商標登録の効果を維持することはできない。むしろ、同一商標が同一又は類似の 2 種又は多種の商品のいずれにも登録された場合は、当該商標がそのうちの 1 種類の商品で使用されることにより、その表示の出所がその他の商品にも影響を及ぼし得る。実際、商標権の保護範囲についての基本理念に基づくと、これらの商標の禁止権の範囲が互いに重複していることが分かる。このように、1 種類の商品において登録商標を使用することで、他の同一又は類似の商品の登録の有効に保護することができる。

(iv) 間接証拠と使用意思のもとでの商標使用

訴訟立証の基本原則によると、一般的に、当事者が自身の主張を証明する際、直接証拠を挙げる必要がある。特定の状況では、当事者が直接証拠を出せなくても、事件のいきさつと間接証拠を合わせて検証することで、その主張が実際に起こったこと、または依然として存在する蓋然性が比較的高い場合、裁判官も自分の心に基づき、当事者に有利な判断を下すことができる。商標使用の立証について

¹⁷ 江蘇省漢典生物科学技術有限公司と国家工商行政管理総局商標評審委員会及びその他二審「北京市高級人民法院 行政判決書」、(2015) 高行（知）終字第 1889 号。

は、「3年不使用の商標の取消」審判で商標権益を守るためには、商標権者が直接証拠を出せることが最も好ましく、間接証拠しか出せない場合、これらの証拠と周辺環境を客観的に繋げたうえで検証を行うことが求められる。さらに言えば、商標登録者が審判や訴訟において誠実な経営者としての姿勢を示すことができれば、商標審査・評審人、そして裁判官が登録者に有利な方向に検証を進めていくことになる。商標登録第1248056号「LUCKY」の「3年不使用の商標の取消」審判はその一例といえる¹⁸。

当該登録商標の所有者は、中国楽凱フィルム集团公司（略称「楽凱公司」）、指定商品は「インクジェットプリンター用インクとコピー機用インク」の第2類である。「3年不使用の商標の取消」審判において、商標局と商標評審委員会が共に当該商標に対し登録維持の決定を下したが、一審法院では、楽凱会社が商標の許諾契約とインキのパッケージの2種類のみの証拠を提出した。しかしながら、その他の証拠がなかったため、再審商標の商品が実際に市場に投入されたことを立証するには十分ではないと判断した。二審では、楽凱会社がインク製品の販売伝票、商標マークが付された領収書、そしてサンプル品と商品説明書を含めた新たな証拠を補足で提出したため¹⁹、これに対し、北京市高級人民法院は商標が真実の又は合法的に商業使用されたか否かは、当該商標の商品そのものの特徴を考慮すべきであり、関連した証拠を日常生活の経験と合わせて総合的に判断するとした。この案件で使用された「インクジェットプリンター用インク、コピー機用インク」は、各種のコピー機に対応した形で生産、販売されるため、領収書に記載されている貨物名称も「他のある工場の商標、商号、或いはコピー機の型番+インク」という書き方となる。このことから、提出された証拠に基づいて、日常生活の経験と合わせ、楽凱会社が承認したデジタル製品関係会社が再審期間に再審商標を真実かつ合理的に使用したことが完全に認められた。楽凱公司是、大きな影響力を持つ民族企業の代表として、再審商標を使用する意図が現在に至るまで終始一貫している。ここから、楽凱会社が誠実な経営をしているという企業イメージが、裁判官の再審商標の実際の使用に対する確信を形成する上で大きな作用を果たしたといえる。

（v）指定商品の生産・販売が行政法規に違反する商標の使用

現在の市場体制では、一部の商品は市場へ投入する前に行政審査を受けることが義務付けられており、一部の商品の生産には相応の技術と資質を備えていることが求められている。また、特定のサービスが市場参入する際も同様に行政審査を受けなくてはならない。このように、法律に定める行政審査を受けずに事前に行政審査を受けるべきサービスを提供していた場合、或いは、関連商品の生産に必要な技術や資質を備えずに、その商品を軽率に生産した場合は、関連商品の生産・販売、また関連サービスの提供行為そのものが行政法に違反したことになる。例えば、医療衛生サービスの提供、飲食業の経営、薬品や健康用品、化粧品等の生産・販売などはいずれも事前に審査が義務付けられている。また、携帯電話、パソコン、テレビ、その他の家電用品も法律が要求する技術や資質が必要となる。ここで、生産、経営の行為自体が行政法に違反してはいるが、商標の使用が完全に商標法に沿っているケースでは、このような行為は商標の使用と認定されるか、そして登録商標の有効性は確保されるかという問題が生じる。

¹⁸ 中国楽凱フィルム集团公司と商標評審委員会等、紛争商標取消審判二審「北京市高級人民法院判決書」(2011)高行終字第25号。

¹⁹ 証拠リスト: 商標許可契約 (デジタル製品関係会社の2001年5月18日から2006年5月17日までの再審商標の使用許可)、インク包装箱 (生産期はそれぞれ2004年4月1日、2004年8月5日、2004年9月26日)、大量の商標が記載された領収書と商品販売領収書 (日時はすべて2001年11月5日から2004年11月4日の間)。そのうち、商品販売領収書に記載された貨物名称の多くは「愛普生インク」「米瑪克インク」「NOVAインク」「ローランインク」「MIMAKIインク」「EPSONインク」「HP3000インク」「Muthouインク」「Rolandインク」「惠普5000インク」「武騰インク8000」等、異なる型番のインクと用紙であった。高行終字第25号(2011)参照。

これに関しては、中国で次のような関連事件がある。「康王」商標の「3年不使用の商標の取消」審判では、北京市第一中級人民法院と北京市高級人民法院がともに、行政法に反した使用は商標の使用には入らないと判断した。それは「その許可証番号に関する表記が法律に合致していないことにより、違法な使用に該当するため、商標法では保護されない」という理由による判断であった²⁰。このような観点に対し、学術界では反対意見が多くみられる²¹。しかし、その後、改訂された中国商標法及びその実施条例や、昨今改訂された「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」や中国工商行政管理総局の「商標審査及び審理基準」では、いずれもこの問題に対して沈黙を続けている。これは少なくとも、自身が行政法の規定に違反した販売又は経営活動中の商標の使用が、商標法によって認可されるべきか否かについて、議論の余地があることを意味している²²。一般的に、法治社会においては、如何なる行為も法律の一部に違反すれば、該当法律に定める責任を負うことになる。生産経営活動において行政法に違反することは、行政法上に処理や罰則の規定があるため、そこに商標法が介入することはできない。その理由は以下のとおりである。

まず、中国やその他の国の商標法では、商標登録の主体に対しては資質や能力にほとんど制限を加えていない。中国を例に挙げると、「自然人、法人、又はその他の組織が生産経営活動中、その商品又は役務に対して商標権を取得する必要があるれば、商標局に登録出願をしなければならない。」とされている。商標の使用においては、多くの商標登録出願人、特に自然人が、根本的に登録しようとする商標が指定する商品や役務を生産・販売の資質を備えていないため、このような状況であれば、登録後にその商標を使用する可能性は少ないといえる。唯一の可能性として、商標の使用は商標譲渡や商標使用の許可によって実現する。その場合、中国商標法における商標譲渡や使用許可に関する要求に基づき、許諾方法と譲渡方は、それを受けた側による生産、販売した指定商品の質に対する監視を行わなければならないが、このような監視を行うにも同様に一定の能力と資質を備えていることが前提となる。そのため、登録商標を使用した生産経営活動に、如何なる法律上の瑕疵があってはならないことが厳格に要求されていけば、商標登録時に出願人の能力や資質に関する審査を行わなければならない。しかし、このようにすることが不可能ではないが、これに要する時間や人件費も国の財政が負担できる範囲を超える。このような商標法以外の「事務」に対し、商標法で管理することが不可能であるならば、管理外とすることが最も良いと考える。

次に、実践中において、行政法ないし刑事法の違反により厳格な法律責任が生じた生産・経営活動では、一般的に行為者は商標法上の不利な措置を受けることはない。企業の違法経営により営業許可証が取り消されることとなったとしても、その商標による権益も影響を受けることはない。

最後に、最も重要なことでもあるが、関連する生産・経営行為が行政法に違反しても、商標の使用行為が商標法の要求に沿っている場合、その商標は商品の表示又は役務の出所としての効力を発揮できる。この「出所の表示」の効果が客観的なものであるため、法律で取り消されるべきではない。つまり、商標の使用行為が法律で認可されなくとも、登録商標は商標として消費者の心の中にある影響力は依然として存在している。

²⁰ 「北京市第一中級人民法院行政判決書」：(2006)一中初字1052号。「北京市高級人民法院行政判決書」(2009)高行終字649号。

²¹ 李楊、前掲)96頁～109頁。

²² 中国最高人民法院2008年年度報告における「康王」に関する審判を言及し、関連する問題の「さらなる研究と探索が必要」と考える。陳錦川編『商標授權確権の司法審査』中合法制出版社2014年度版、407頁参照。

3. 登録商標不使用の侵害訴訟請求権に対する影響

21世紀に入り、WTO加盟に伴い、中国経済は国際市場との交流は日増しに強まっている。開放が進む市場経済体制では、商標の価値や効用が益々重視されてきている。これと相まって、商標登録が爆発的に増え、商標の抜け駆け登録や大量ストックも益々激しくなっている。このような状況で、中国商標法は二度に渡る大規模な改正が行われ、中国の法院の商標審判に係る審理が強化されている。そして、登録商標の不使用については、これまで行われてきた「3年不使用の商標の取消」審判だけではなく、民事訴訟にまで持ち越されるようになった。商標に関する民事訴訟を審理する際、特に権利侵害行為の認定、損害賠償の計算等の重要な問題において、法院では原告が商標を実際に使用した状況をこれまで以上に重視するようになった。言い換えれば、原告がその登録商標を不使用であれば、最終的な賠償額に影響するだけでなく、商標権の侵害と判断するか否かを左右する可能性もあることになる。

そのような中、最高人民法院は2009年4月に公布したある司法解釈において、「保護を要求した登録商標が実際に使用されていなかった場合、民事責任を確定する際に権利侵害行為の停止命令を主な方式とし、賠償責任の確定時には商標を使用していなかった事実を考慮する」、「登録商標が、商標法が規定する継続して3年使用しないものに当たる場合は、その損害賠償請求を支持しない。」と強調した²³。2013年8月、中国商標法の改正により以下の条項が加えられた。「商標権者は、これまで3年以内に、当該登録商標を実際に使用したことを証明できないとき、又は侵害行為によりその他の損失を受けたことを証明できないときは、権利侵害として訴えられた者は、損害賠償の責任を負わない。」²⁴。その最大の注目点としては、3年使用しない商標権者が有する商標権の侵害に対する損害賠償請求権が完全にはく奪される点にある。ある判例では、上記の規定が「長年の司法実践の経験と司法政策における精神を受け継ぐ²⁵ものである」と指摘された。

本章では、まず、21世紀に入ってから中国の法院が結審した判例を4つ挙げ、判決理由が登録商標の使用或いは不使用をどのように見ていたかを分析した上、以下の4つの問題を重点として検討する。第一に、権利侵害訴訟と行政訴訟における商標の使用に関する認定基準の差異、第二に、「商標は使用していなければ損害賠償はない」論における間違い、第三に、商標の不使用が法定期間に達した登録商標請求権に対する合理的な制限、そして第四に、権利侵害訴訟において被告が行う、原告に対する登録商標「3年不使用の商標の取消」請求の処理について考察することとする。

²³ 「当面の形勢のもとにおける知識産権審判における若干問題に関する最高人民法院の意見」7条、法発【2009】23号。当該項目の全文：保護されている登録商標が実際に使用されていなかったことを訴えるには、民事責任を確定する際に侵害行為の停止命令を主な方式として定め、賠償責任の確定時には商標を使用していなかった事実を考慮し、権利を維持するための支出となった費用を除き、実際の損失やその他の損害がない場合、一般的に侵害行為を受けた者によらず賠償を確定する。登録者又は所有者に実際に使用する意図がなく、損害賠償請求の手段とするだけの目的で登録商標した場合、賠償を与えないことも可能となる。登録商標が、商標法の規定するところの3年以上不使用という状況は、その損害賠償請求を支持しない。

²⁴ 中華人民共和國商標法64条1項。

²⁵ 珠海格力電器股份有限公司と広東美的制冷設備有限公司、珠海市泰鋒電業有限公司間の商標権侵害訴訟における提訴案「広東省高級人民法院民事判決書」（2015）粵高法民三終字145号。

(1) 21世紀の中国における典型的な商標権利侵害の判例についての分析

21世紀に入り、中国の法院が受理した商標の権利侵害事件は、その件数と注目度がいずれも増しており、広範囲に亘り影響している典型的な判例が数多く現れてきた。そこで本章では、4つの登録商標不使用に関する審判を巡って分析していく。そのうち、最初の2例の原告は登録商標第1231026号「千禧龍」の商標権者である徐州漢都実業発展有限公司(略称「漢都公司」)であるが、その商標の登録日(1998年12月14日)より、2例目の結審(2003年9月28日)までの約5年間に及んでいる。3例目は、登録商標第1022719号「紅河」の登録商標の権利侵害事件である。この審判は、起訴(2004年3月19日)から一審、二審、そして最高法院の再審の結審(2009年4月8日)まで5年余りに及んだが、被告の賠償額は一審、二審で認定した1000万元から再審の2万元となる等、劇的な変化を遂げた案件であった。そして4例目は、登録商標第8059133号「五谷豊登」の権利侵害審判であり、原告と被告はそれぞれ中国国家電事業の大手企業である格力公司与美的公司であり、起訴は2013年11月8日であった。当時中国では、新商標法の改正が終了して間がなく、まだ実施されていない時期であったが、二審は2015年7月6日に結審した。約2年続いた審判では、一審の判決で被告は原告に対する380万元の賠償を命じられたが、二審では、登録商標を使用していなければ損害は生じないので、賠償は自ずとないことを理由として、被告に対する賠償の請求もされなかった²⁶。

(i) 「千禧龍」商標の権利侵害審判：原告が登録商標を実際に使用していないことが商標権利侵害による損害賠償額を左右しただけでなく、侵害が成立するか否かに対する法院の判断にもある程度の影響を与えた

まずここでは、2000年前後に行われた2件の審判について考察する。世紀に交代期にあたり、更に新千年紀の始まりであった当時では、「ミレニアム」[中国語で『千禧』]というテーマが全世界でブームとなった。中国では、ちょうど辰の年になる年であったため、「千禧龍」という一語が自然と受け入れられ、商標登録や購買促進の宣伝活動においても「流行語」となっていた²⁷。1998年12月14日、漢都公司是登録商標第1231026号「千禧龍 QIANXILONG」を取得し、パソコンやテレビ、カメラなどを含む第9類の商品でその商標の使用が許可された。さらに、1998年9月から1999年7月までの間に、漢都公司是第11、12、23、24類の商品でも同一の商標を使用した。この期間、漢都公司是新聞や雑誌を利用してこの登録商標について十分に広告宣伝をしていたが、当該商標を付したカメラやテレビはまだ生産していなかった。もしかすると、「千禧ブランド」をヒットさせた漢都公司是、それらの商品を最初から生産するつもりではなかった可能性もある。実際には、技術的な観点からしても、資金的な観点からしても、カメラやテレビの市場に参入する条件が低いとはいえず、一般の中小企業が介入しにくい状況であった。20年近くが経ったが、百度で検索すると、「千禧龍」商標の商標権者である漢都公司是、依然として登録資本50万元、登録職員数10名の小規模な会社であった²⁸。このような小規模な会社が当初商標登録をした重要な目的の一つは、商標の抜け駆け登録や商標の大量ストックであり、本来からパソコンやテレビ、カメラを含む使用を指定した商品を生産する力或いは生産する意図がなかった可能性もある。

²⁶ 前掲25)。

²⁷ 筆者が「標庫網」でまず検索したところ、「千禧龍」の文字がある商標申請または登録記録は252項目であった。全ての商品と役務が及んでいると思われる。：標庫網アドレス：<http://www.tmkoo.com>、検索日：2017年1月21日。

²⁸ 「徐州漢都実業発展有限公司は1997年3月13日に開放南路185号で登録成立、会社設立当初の主要経営経済項目計画は開発、科学技術コンサルティングサービス、建築材料、金物類や電器機材、化学工業製品。登録職員数10名、登録資本50万元 URL：<http://xuzhou036761.11467.com/about.asp>、最終アクセス日：2017年1月21日。

2000年第2四半期に、日本のオリンパス光学工業株式会社（以下、略称「オリンパス」）は漢都公司の許諾を得ず、その生産、販売している OLYMPUS WIDE80 型カメラに、「千禧龍 QIANXILONG」の商標と同じ文字を装飾として使用していたことを漢都公司は発見した。このカメラの正面機体の中央に、商標「OLYMPUS」と型番「WIDE80」が印刷されており、その左下には「千禧龍」の文字と龍のマークが印刷され、外装パッケージにも同じ文字とマークが印刷され、更に商品品質保証書にも「千禧龍」の文字が印刷されていた。このことから、漢都公司の思うつぼにはまったオリンパスは、ミレニアム第一号の獲物となってしまった。漢都公司はオリンパスによる侵害行為の停止を法院に申し立て、経済損失として200万元と、名誉損失として300万元の賠償を請求した。

この請求に対し、北京市高級人民法院は判決の中で次のような指摘をした。漢都公司は「千禧龍 QIANXILONG」の宣伝にかかった費用はカメラに直接使用したのではない。また、原告は「千禧龍 QIANXILONG」の商標のついているカメラを実際には生産していなかった。かつ、被告はカメラ類のみの商品でこの「千禧龍 QIANXILONG」の商標権を侵害したに過ぎない。そして最終的に、当該法院は、漢都公司の「千禧龍 QIANXILONG」の登録商標に投入した広告宣伝費、本件の訴訟に要した調査費、そしてオリンパスの主観的過失の程度、侵害行為の性質、地域の範囲、使用期間等の要素を総合的に鑑みて、オリンパスは漢都公司に対し経済損害賠償額として人民元25万元を支払うことを命ずる判決を下した²⁹。漢都公司の予想をはるかに下回る賠償額を支払う判決を下した理由が、「千禧龍」ブランドのカメラを生産せず、また市場における販売活動で「千禧龍」の商標を実際に使用しなかった点にあるとは考えられる。当然、今になって思い返してみても、法院が決定した賠償額は依然として過度に高額であったといえる。登録資本は僅か50万元であり、指定したカメラを生産する実力、生産する意図もなかった会社が、他者による商標権の侵害によってこの短時間に25万元もの損失を被ることがありえるのだろうか。訴訟で請求された500万元等なおさらあり得ないであろう。

判決結果に対して多少失望を感じた漢都公司は、その後すぐにもっと大きな「獲物」を捉えた。2000年という千禧龍年を迎えるべく、TCL 集团公司は1999年12月18日から2001年1月30日の間に「千禧龍大行動」と名付けたTCLの主力商品であるカラーテレビの販売促進宣伝活動を展開していた。したがって、漢都公司は再度法院に、この販売促進宣伝活動が「千禧龍」の商標権を侵害しているという理由から、TCL 集団を訴えた。漢都公司の請求は、徐州市中級人民法院の支持を得たが、二審において、江蘇省高級人民法院がその侵害は不成立であると認定した。その主な理由は次のとおりである³⁰。

第一に、TCL 集团公司は商品や商品のパッケージに「千禧龍」の文字を載せておらず、さらに「千禧龍」を商標として使用してもおらず、販売促進活動における宣伝用語として使用していただけであった。千年の一度であり、龍の年を迎えたこの年に、営業販売活動において「千禧龍」という概念の類似使用、又は流行語としての使用は珍しいことではない。この種の使用は、完全に「千禧龍」という語の正当な使用といえる。

第二に、広告宣伝においては、TCL 集团公司がその登録商標である「TCL」を目立つ位置で使用していることから、客観的に見ても、「千禧龍」が商標であるとの関連公衆の誤解を生じさせ得ないと考えられる。

²⁹ 徐州漢都実業发展有限公司の（日本）オリンパス光学工業株式会社との商標侵害紛争「北京市高級人民法院民事判決書」（2000）高知初字第37号。

³⁰ 徐州漢都実業发展有限公司のTCL 集団に対する商標権侵害紛争「江蘇省高級人民法院民事判決書」（2003）蘇民三終字第025号。

第三に、「千禧龍」という商標の所有権は漢都公司にあるが、「千禧龍」ブランドのテレビは生産していないし、他人によるテレビ商標としての使用を許可しないことからみても、「千禧龍」という登録商標が登録簿にあったものに過ぎず、実際には影響がまだ生じないといえる。

TCL 集团公司の行為に対する法院の決定に影響した上記の三要素のうち、漢都公司がテレビの販売促進活動で「千禧龍」の商標を使用していなかったことが、確かにある程度の作用は果たしたものの、決定的な要素とは言えない。「千禧龍」に大事な時のお祝いや文化的な意義があること、TCL 集团公司そのものの商標がもつ大きな影響力、ないしは営業販売活動中の「千禧龍大行動」という宣伝テーマの妥当な使用を含め、さまざまな要素を総合的に鑑みて、最終的には二審において、TCL 集团公司の商標権の侵害とは認定されなかった。さらに言えば、漢都公司が実際に「千禧龍」ブランドのテレビを生産、販売していたとしても、TCL 集团公司が「千禧龍大行動」を営業販売のテーマとしていたことは、商標権の侵害には当たらない。

上記の2件の「千禧龍」商標侵害審判では、原告が広告宣伝を含め登録商標を実際に使用したことが、侵害の認定ないしは損害賠償額の確定において、様々な要素のうちの一つとして作用を発揮しただけだということが分かる。オリンパスの侵害による損害賠償責任を引き起こした更に重要な原因は、「千禧龍」の使用が通常の意味上の商標的な使用と認定できる点にあるようだ。実際、仮にオリンパスが「千禧龍」の使用前に必要な商標検索をしていれば、商標権の侵害による案件は回避できたであろう。言い換えれば、オリンパスがカメラで「千禧龍」を使用したことは、故意に商標権を侵害したのではなくとも、周到に検索せず、注意義務を怠ったという過失があることは事実である。このような案件から分かるのは、登録商標の3年以上の不使用を回避すれば、登録者がその商標を実際に使用したか否か、及び実際に使用した具体的な状況は、商標侵害を訴える裁判では、賠償額の計算に多少に影響するが、このような影響が決して決定的な要素とは言えないということである。このような状況では、裁判はやはり侵害行為の認定や因果関係の証明で決まるものである。

当然、この案件では、原告による広告宣伝活動での登録商標の「使用」が真実的、合法的、そして有効的に行われたか否かについては、一步踏み込んだ議論の余地がある。大まかに言うと、実際の生産・販売の前には必ず準備が必要であることから、一つの商標が登録された時点で、商標権者が広告にのみ使用するならば、実際に使用する意図があるという推定ができ、その行為を商標の使用と認可することもできる。しかし、「千禧龍」商標のように、登録日の1998年12月14日からTCLの審理決議の2003年9月28日までの約5年間に亘る期間に、その商標が新聞や雑誌の広告のみで使用されていた場合、商標の使用の真実性は大幅に減少する。このような状況では、法院は原告の3年または5年以上の商標の不使用であると認定することができる。現行の中国の商標法では、64条の規定により、商標権の侵害が成立しても、登録者は損害賠償請求権を再び有することは不可能となる。

(ii)「紅河」商標権侵害審判：実際に使用されていない登録商標に対し、法院は商標権者の商標権侵害に対する損害賠償請求権を取り下げた。

ここでは主に、最高人民法院において2008年に結審した「紅河」の商標権侵害審判について分析する。この審判の原告は登録商標第1022719号「紅河」の所有権者である。この商標は1997年6月7日に登録され、ビールやドリンク剤の第32類の商品での使用が指定された。2004年3月19日、原告は広東省佛山市中級人民法院に訴訟を起こし、被告が「紅河紅」ビールの生産・販売やPR用の垂れ幕に「紅河ビール」という表示を使用した行為が登録商標の専有権を侵害したと訴えた。法院に被告の商標権侵

害行為の差止めと、1000 万元の賠償を請求した。この 2 つの請求は、いずれも一審・二審判決で認められた。続いて、最高人民法院によって審理が行われ、2009 年 4 月 8 日に終審判決が下され、賠償額は 2 万元に調整された³¹。

この案件を審理した三級法院はいずれも、被告の行為が商標権の侵害にあたる判断した。この三級法院による審理の最大の違いは、最高人民法院は原告が「紅河」という商標を実際に使用したか否かについて明確に立証できていない点であった。言い換えれば、当該商標が登録された 1997 年 6 月 7 日から、最高人民法院が終審判決を下した 2009 年 4 月 8 日までの約 12 年の期間に、原告は「紅河」の商標を実際に使用していなかった。つまり、もし他者が 3 年以上不利用を利用してこの登録商標を取り消す請求を提出した場合、その商標は直ちに取り消すことができる。論理上は、ドイツ商標法 26 条の規定にあるように、登録者の全ての請求権を失効とするべきである。これに対し、終審判決では「実際に使用したことが明確に証明できない登録商標に対し、賠償責任の確定においては、その商標が使用されていなかった状況を考慮する必要がある。請求人はその「紅河」商標が実際に使用されたことを証明できる証拠を提出せず、或いはその侵害行為で実際に損失を受けていたことを証明できない、(中略)しかし、被請求人が侵害行為の停止となることで一定の損失があるとみられた場合には、本院はそれらの状況を総合的に鑑みて、再審の請求人は被請求人に対し 2 万元の賠償を支払うこととする。」と強調された。

ここで注意しなければならないのは、最高法院が判決において、原審の原告が、その登録商標を 3 年以上使用していなかったことが理由で取消となったために訴訟中の請求権にも制限を受けている問題に対しても意見を提出している点である。

(iii) 「五谷豊登」商標権侵害審判：原告が登録商標を使用しておらず、商業的信用を得ていなければ、損害がないため賠償問題も起こらない。

商標権侵害審判において、法院は双方の当事者による係争商標の使用（不使用も含む）の具体的状況を重視しているが、本案件の二審が行われた広東省高級人民法院は、侵害行為の発生前に使用されていなかった登録商標については、その専有権者の損害賠償請求権はないというかなり踏み込んだ判決を下した。このようなケースを具体的に見てみることにする。格力公司是登録商標第 8059133 号「五谷豊登」（出願日：2010 年 2 月 8 日、登録日 2011 年 4 月 21 日）の専有権者であり、その指定商品はエアコン、扇風機、そしてヒーターを含めた第 11 類商品であった。2013 年 11 月 8 日、格力公司是珠海市中级人民法院に、美的公司是生産したエアコンで「五谷豊登」と同じような商標を使用したと訴え、美的公司の商標権侵害の即時停止と賠償金（経済損失 500 万元と侵權停止による支出 5510 元を含む）の支払いを請求した。この審理を経て、珠海市中级人民法院は美的公司に対し侵害行為の即時停止と、格力公司への 380 万元の賠償という判決を下した。³²

二審において、広東省高級人民法院は、美的公司が侵害行為を実施する前に、格力公司が「五谷豊登」という登録商標を使用していなかったため、商品の出所を区別する効力はなく、美的公司が格力公司の商標権を侵害してはいるものの、格力公司に実際の損失をもたらしたとはいえない。ただ、侵權停止に

³¹ 山東泰和世紀投資有限公司、濟南紅河ドリンク剤經營部と雲南城設置業有限公司の商標権侵害再審案「中華人民共和國最高人民法院民事判決書」(2008)民提字 52 号。

³² 前掲 25)。

よる合理的な支出は美的会社に賠償請求ができるという判断を下した。その主な理由として、次のような内容が含まれる。³³

まず、未使用の登録商標が実際に使用されず、また商品の出所を区別する機能もなかったため、いわゆる商標権の侵害によって消費者の混同を招く可能性がなく、商標権者の損失にもならない。

次に、未使用の登録商標が企業信用の媒体とは言えず、侵害する側はその信用を使って自身の商品を売り出すことは不可能であり、また、侵害行為によって利益を得ることも不可能であるため、その商標権の侵害による損害賠償請求権も成立しない。

第三に、審判中の登録商標が取消や無効の審決を受けていなければ、その登録者は完全な権利を有するべきであり、他者が同一又は類似商品で、同一又は類似の商標を使用することを禁止する権利を有する。

第四に、商標権者がその登録商標を実際に使用していなくても、他者の使用行為は、商標権者の商標権の行使に対する障害となる上、商標権者が市場を開拓するにあたっての障壁となる。このため、商標権者は他者による侵害行為を制止する権利を有し、そこで生じた支出については、侵害行為による損失として侵害した側に対し賠償請求ができる。

広東省高級人民法院の上記のような観点は、一見して「紅河」の商標の侵権に関する再審では、最高人民法院が確定した「商標は使用していなければ賠償はない」の原則を貫いているようであるが、かなり踏み込んだ判断と言える。いわゆる「過ぎたるはなお及ばざるが如し」、つまり、真理が一步前に踏み込めば、誤りとなることもある。このような極端な「商標は使用していなければ賠償はない」という議論は、商標登録制度の根源に直接触れるものであるため、さらなる研究を要する。

(2) さらなる研究を要する4つの問題

上記で述べた4つの案件における終審法院はそれぞれ、北京市高級人民法院、広東省高級人民法院、そして江蘇省高級人民法院であり、それぞれが中国の経済・文化の最も発達した地区に位置している。そのうち、「紅河」の商標案件は最高人民法院で判断がなされた。そのため、これらの判決は中国商標侵害訴訟の将来の動向を決定すると言っても過言ではない。このことから、本節では4つの観点からこれらの案件に存在する問題についての考察を再度行い、中国の商標審判における「商標の不使用」制度に存在する問題を正確に把握し、法律整備に関する有益となる策を見出すことを目指す。

(i) 侵権訴訟と行政訴訟における「商標の使用」に関する認定基準の差異

4つの判決ではいずれも、原告の登録商標の使用状況に注目した。そのうち、「紅河」と「五谷豊登」という2つの商標は実際に使用されていなかったため、更に研究を進める余地はないといえる。「千禧龍」の登録商標は広告宣伝という側面で使用されたが、実際に指定した商品の生産・販売促進活動中に使用されることはなかった。これを一般に言う「3年不使用の商標の取消」から言うと、漢都公司是「千禧龍」の商標登録した直後、その商標を新聞・雑誌の広告で使用したため、その行為は商標登録が要求する「商標の使用」に当たるものといえる。しかし、漢都会社がオリンパスを提訴した案件では、北京市高級人民法院は漢都公司がその登録商標を実際に使用していなかったと判断した。これは、侵害訴訟において、法院は原告がその登録商標を実際に使用したか否かを認定する際に採用した基準は、「3年不

³³ 前掲25)。

使用の商標の取消」を基準としていたことを意味している。北京市高級人民法院はまた、中国商標権利付与・確認の司法審査の終審法院でもあるため、この判決が故意による結果であったとしても、そうではなかったとしても、行政訴訟と民事裁判における「商標の使用」に対する認定に関しては二重の基準があることから、この点についてさらに深く研究する価値が大いにあるといえる。

ここで言ういわゆる二重の基準とは、更的確に言えば、民事審判における認定基準が、行政の確権又は司法の審査における基準より厳しいものである。このような手法は合理的といえるだろうか。もし合理的であるならば、その原因や理由はどこにあるのだろうか。本人の視点でいうと、権利の確定や民事訴訟において、「商標の使用」に対して二重の基準をとることは商標制度の運行原理に完全に合致していると言える。それは主に次のことから分かる。第一に、「3年不使用の商標の取消」の行政確権において、商標権者がその商標が実際に使用されていたことを証明することの目的は、ただ登録の有効性を維持するためだけである。このような状況では、登録商標の専有権者は「守り」の立場にあり、法律の「商標の使用」に対する要求は相対的に低い。第二に、民事訴訟において、登録商標の専有権は「攻撃者」の立場にあり、商標が実際に使用されたことを証明する目的は、商標権の侵害を制止することであり、十分な賠償を獲得することでもある。このような状況で、商標使用の具体的な形式、使用者の主観的な意図、ないしは使用の実際の効果（又は当該商標が消費者の認可を受け、使用者の利益になるか否か）に対しては、どの法律における要求も高いものとなっている。第三に、民事訴訟では、法院が登録商標の専有権者が実際にその商標を使用していなかったと認定したとしても、当該商標の登録の有効性にも影響はない。登録商標の専有権者はただ、その案件で損害賠償の請求権を行使できない、或いは十分に行使できないだけである。

さらに、「3年不使用の商標の取消」やその司法審査、又は一般の民事訴訟では、「商標の使用」の認定基準には変化がないとしても、具体的な状況を柔軟に把握することが必要である。漢都会社が登録した「千禧龍」商標では、登録当初の広告宣伝行為が「商標の使用」として認定され、漢都会社が TCL 集団を提訴した案件の状況のように、「千禧龍」の商標が登録されてから約 5 年後の結審の際には、漢都公司是依然として新聞や雑誌の広告のみに商標を使用しており、生産・販売活動にその商標を使用する意図も力もなかった。このような状況で、行政による確権の視点から言えば、漢都会社が登録の有効性を維持するために、象徴的な使用だけが続いていく。ここから、行政基準でも民事基準でも、登録商標に対する要求は登録後の時間の推移に伴って高まっていくことが求められる。実際、前述のように、漢都会社が終始パソコン、カメラ類、テレビ等の製品を生産できる質も能力も有していない、小規模な会社であった。1997年に工商部門で「千禧龍」登録し、商標を1998年より使用する意思はただ、「登録商標を賠償請求の手段としている」だけであるため、結局、賠償を得ることはなかった³⁴。

(ii) 登録商標「商標は使用していなければ損害はない」論に対する認識の誤り

商標権侵害訴訟において、原告の登録商標の使用又は不使用の状況は、損害賠償額の計算と認定に影響するが、商標は使用していなければ損害はない。つまり、商標権の侵害が成立しても、侵害者による賠償がないという極端な考え方は、商標登録制度の基本理念に違反し、商標権侵害審判の実際の状況とも合致しない。中国と日本の商標法を例に挙げると、商標登録は実際の使用を前提としているわけではなく、登録を許可されれば、その専有権者は法律的な全面的な保護を受けることになる。中国、日本の

³⁴ 「当面の形勢のもとにおける知識産権審判における若干問題に関する最高人民法院の意見」7条、法発【2009】23号。

現行の法律では、商標が登録後3年以上不使用の場合、如何なる人でも取消請求が可能となる。一つの側面から見ると、このような規定は商標を真に使用するためにあり、商業上に期待された通りの効力を発揮すれば、不良企業が商標の抜け駆け登録や大量ストック、他企業に損害賠償を請求するための手段として登録商標を使用することを防止できる。しかし、別の側面から見れば、「登録商標の継続3年不使用」制度の仕組みの本質は、商標登録者に具体的な使用方式を確定する前に3年の準備期間を与えることを意味する。法律上が規定する3年以内に登録商標が使用されるか否かにかかわらず、一般的に商標登録者は、完全なる整備された商標権を有している。言い換えれば、他者の行為が権利侵害として成立すれば、必然的に登録商標権者が法律上の損害を受けることになるため、その場合に議論できるのは損害の方式や損害額のみとなる。

これに対し、日本の学者である田村善之教授は、次のような鋭い視点で論じている。田村氏は、「損害賠償請求の訴訟では、原告の商標が実際に使用されていなくても、商標権を有すれば、他者は商標の使用の許諾に関する協議を通して費用を得ることになるため、不使用の商標に財産的価値が全くないとは言えない。」という点を強調している³⁵。さらに、日本の商標法が1999年に改正された後、補償金の請求権が規定に入れられたことで、商標の登録を獲得するにはその使用が要件ではないため、当然のことながら、補償金請求権の行使は当該商標の使用を前提とはしないこととなった。具体的に言えば、補償金請求権は商標の正式な登録前に法律によって与えられた臨時的な保護的措置となっている。日本の商標法によると、商標の出願提出から、登記が完了するまでの間に、商標登録の出願人が商標登録の出願内容を記載して出願する際には、類似の範囲内、又は類似の商標の使用者に警告し、類似商標の使用者に対し、その行為による経済的損失に対する補償を請求することが可能となる³⁶。臨時的保護で有することとなった補償金請求権さえ商標の実際の使用を要件とはしていないのであるから、正式に登録された商標が侵害された後、その商標権者が自身の損害賠償請求権を行使する場合には、なおさら商標の実際の使用を要件とされないであろう。商標の侵害及び損害賠償に対して上記のような立場を持つのは日本の商標法だけでなく、EU法院でも、最近のある判例で、商標の正式な登録前に臨時的保護を受けた例がみられた。その判決では、EU法院は商標権侵害による損害と賠償計算の鑑定を、出願日から初審公告日まで、初審公告日から登録公告日と登録公告日以降、そして登録公告の間の臨時保護段階という三段階に分け、登録を済ませたすべての登録者が、当該商標が当該段階で実際に使用されたか否かを問わず、費用を受け取るか損害賠償を主張することが可能となった。このように、正式な登録後に、許諾費の損失を主張しても、損害賠償を請求しても、当然のことながら、商標を使用したか否かを問う必要がなくなった³⁷。

実際に、「五穀豊登」の案件では、二審法院の観点もお互いに矛盾したものであった。侵害が成立するかどうかを認定する際に、法院では美的会社の当該商標の使用行為により、一般市民がその表示と美的会社の特定商品とを関連付け、これが美的会社の商標と間違えて認識する可能性が十分にあるとしていた。従って、格力会社が製造・販売したエアコン製品で「五穀豊登」の登録商標を使用した際、一般市民は格力会社が美的会社の商標権を侵害したものと誤解するため、格力会社がその登録商標との関係を薄れてしまい、格力会社が所有していた商標権が損害を受けることになる指摘した³⁸。むろん、この

³⁵ 田村善之『日本知的財産法（第4版）』周超、李雨峰、李希同 訳、知識産権出版社2011年版、156頁。

³⁶ 田村著、周超、李雨峰、李希同訳、前掲35)157頁。

³⁷ CLEU-Judgement C-654/15 Lansforsakringar 21 Dec 2016

³⁸ 前掲25)。

論証は鋭いが、このような損害による結果は典型的な「逆方向混同」を招いたことは認められる。さらに言えば、格力会社が美的公司による「五谷豊登」の商標権を侵害したことにより混同が起きたことを解消したいならば、人員、物力、そして資金を広告宣伝に費やさなくてはならず、これによって生じた費用は、美的公司による侵害によって生じた損害と考えられる。二審の主審裁判官がこのように自分のことを言うことになり、「商標は使用していなければ損害はない」の主張が覆された。

(iii) 商標の不使用が法定期間に達した登録商業請求権に対する合理的な制限

登録商標の不使用が法定期間に達すると、何人もその登録商標に対する取消請求をすることができ、登録商標が一旦取り消されると、元の登録者は各請求権を含む全ての権利を有することができなくなる。このように、訴訟において、仮に原告の登録商標の不使用が法定期間に達した場合、被告はこれに基づいて抗弁を提起し、原告による商標権侵害に基づく損害賠償請求権の行使を阻却するだけでなく、原告の有効な商標登録に基づいて与えられた、差止請求権、関連情報提供の請求権、権利侵害工具の廃棄請求権、侵害商品の回収請求権等も含むべきである。これにより、侵害訴訟で被告が有している不使用に対する抗弁権と、登録商標不使用に関する取消制度との相互の協調が保てる。ここから、中国商標法 64 条 1 項にある、3 年以上不使用の商標権者に対する訴訟請求権の制限が一方的ではないかということが言える。被告の抗弁が成立すれば、原告は有効な登録によって有していたあらゆる請求権は失効する。

さらに、商標の継続する不使用が法定期間に達した登録商標は取消が可能であれば、その商標権者が有する異議申立てを通してその後の類似の商標登録を阻止する権利、ないしは無効審判でその後の登録商標を無効とする権利も厳格な制限を受けるべきである。このように、ドイツ商標法の手法を参考にとすると、商標の異議申立てと無効審判で請求人に登録商標の不使用が法定期限に達したことに対する抗弁権を与えるのは当然のことである。実際、法律で請求人に抗弁権が与えられないとしても、被請求人も、法に従って、異議申立てや無効審判の請求人に対して商標の不使用が法定期間に達した理由による取消しを請求することができる。しかし、このような取消請求の提出で秩序が保たれなくなり、商標権確定紛争の処理においても、矛盾した結果を生む可能性がある。

総括すると、中国商標法の 64 条 1 項にある商標権侵害の損害賠償請求権に対する制限を、あらゆる請求権にまで拡大するべきであるだけでなく、先に登録商標の異議申立てと無効審判で商標の不使用が法定期限に達したことへの抗弁も考慮すべきである。日本の商標法は、次回の改正において、登録商標の不使用が法定期限に達する際の三種類の抗弁を導入することができるであろう。このように改正されることにより、登録商標の不使用の規定が整備され、全ての法律制度との協調が図れるようになる。

(iv) 侵害訴訟中に被告が原告の登録商標に対して行う「3 年不使用の商標の取消」請求の処理

「五谷豊登」の一審終了後、被告である美的公司が 2014 年 11 月 12 日に法院に対して、以下を理由に「審理中止請求」を提起した。その理由とは、国家商標局が格力会社の登録商標第 8059133 号「五谷豊登」に提出した 3 年以上不使用による登録取消請求を受理したことである。原審を行った法院は、国家商標局が 3 年以上の登録商標の不使用の取消請求を受理したことは、商標権侵害案件の審理を中止する法定理由にはあたらないと判断した³⁹。

³⁹ 前掲 25)。

原審の法院の美的公司による「審理中止請求」に対する処理の方法は、現行の法律に違反するものではない。問題は、「3年不使用の商標の取消」が行政審判と侵害訴訟で同時進行していた場合、現行の法律の規定に照らし合わせて、2つの最終判決が互いに衝突するか否かというところにある。以下では、考えられる2つの判決結果を分析する。

まず考えられるのは、原告が「3年不使用の商標の取消」審判において、その再審期間に当該商標を実際に使用したことを証明できず、その登録商標が取消となるケースである。侵害審判で、被告が提出した不使用の抗弁に対し、原告は相応の期間内にその登録商標が実際に使用されたことを証明できなければ、損害賠償請求権に制限を受けることを回避できない。民事審判では、「商標の使用」の証明に関する基準が行政審判より厳しいため、行政審判で商標の使用が立証できた被告は、民事審判では立証がさらに困難となり、悪い結果となってしまふ。これは、行政審判で取消となった登録商標の場合、原告が民事審判で依然として損害賠償権以外の請求権を行使できることを意味している。

考えられるもう一つのケースは、原告が「3年不使用の商標の取消」審判において、再審期間に商標の使用を証明できた場合、その登録が有効的に維持できるということである。民事審判では、「商標の使用」の証明の基準は行政手続きより厳しいため、ここから2つの可能性が考えられる。まず、原告が民事手続で登録商標の使用を証明できていないケースである。この場合、原告は有効な登録商標を有し、かつ、他者の侵害を制止できる権利を有しているが、損害賠償請求権が制限を受けているか失効していることになる。次に、原告が民事審判でその登録商標の使用を証明することに成功したケースである。この場合、原告はその登録商標の有効性を維持したうえ、完全な請求権も有することになる。

一つ目のケースでは、むしろ、2種類の手続での判決は矛盾している。登録商標が既に取消となり、先の商標権者のあらゆる請求権が失効となったはずだが、訴訟を通して他者による侵害行為を制止する請求権は、持ち続けるべきではない。この矛盾を解決する最も有効的な方法は、現行の中国商標法64条1項を改正し、被告の不使用による抗弁に対抗する力を有さない原告のあらゆる請求権を失効とすることである。上記のような改正を行うことで、2つ目のうち第一のケースでは、原告が当該登録商標を有するが、あらゆる請求権が制限を受けるか排除されることになる。そして第二のケースでは、原告が商標の有効な登録を維持し、かつ民事訴訟中に請求権の行使ができることになる。

以上のことから、現行の中国商標法64条1項の内容を上記のように改訂することで、民事訴訟や「3年不使用の商標の取消」審判が各自の倫理に合わせて進められ、最終の判決が互いに許容できるものとなることが分かる。

4. 結論：中国、日本の商標法の整備

本論をまとめると、次のような結論に至る。

登録主義がとられている国の商標法では、いずれも登録者に登録商標の使用を義務付けている。この義務に反し、数年間（3年又は5年）登録商標を使用しない場合、登録者は次のような2種類の法的結果をもたらす。まず、他者からの請求により登録商標が取消される。そして、異議申立て、無効審判、侵害訴訟において、登録者の請求権の行使が制限を受けるか、完全にできなくなる。これにより、各制度が整然たる有機体を形成する。

中国、日本では、いずれも3年以上不使用である商標の取消制度が明確に規定されているが、これが実務上でよく使われる「3年不使用の商標の取消」制度である。2013年に行われた改正において、中国

商標法には、新たに3年以上不使用の登録商標の損害賠償請求権の制限規定が新設され、具体的には64条1項に記されているが、このような制限は依然として包括的とはいえない。民事手続では、法院は登録商標を直接取り消すことができないが、不使用の瑕疵がある商標権者が持つ全ての請求権をはく奪するだけで、関連する民事裁判の判決結果が「3年不使用の商標の取消」制度と合致している。同様に、日本の商標法でも3年以上不使用である登録商標専用権者に対する制限をしないことに対する理由はない。さらに言えば、異議申立てや無効審判において、もし商標権者が先に商標登録したことを理由として、商標登録機関に後に請求された登録の取下げを請求した場合、或いは登録した後で商標の無効を請求した場合、後の請求人又は後の登録者は、先の登録者が3年以上不使用であったことに対する抗弁ができる。この面で、日中両国の商標法でもドイツの関連する制度を導入する必要がある。

本研究の課題は「登録商標の不使用」ではあるが、「商標の不使用」が消極的、否定的に捉えられ、「商標の使用」が積極的、肯定的に捉えられているため、立証の原理によって、消極性（否定）を主張する者はその主張に対する必要とされる説明を行うことで、立証責任を果たしたことになる。相手方の当事者、つまり積極性（肯定）を主張する者こそが立証責任を負う者である。このように、「商標の不使用」の論題は最終的には「商標の使用」の研究に落ち着くことになり、「商標の使用」の認定基準は研究における核心となる。総じて言うならば、このように商標を使用することで、商標が持つ効力を発揮させなければならない、ただ商標を維持することだけを目的とした象徴的な使用があってはならない。また、「商標の使用」を具体的に認定する際、民事訴訟における要求は、行政手続よりやや高いものにすることが妥当であり、そのようにすることで各制度が協調の上で運用されることができる。

「商品の不使用」の民事訴訟請求権に対する影響については、厳格に把握しなくてはならない。3年以上不使用の登録商標の場合のみ、専有権者が損害賠償請求権を含めたあらゆる請求権に制限を受け、または完全に行使できなくなる。中国の司法の実践では、「商標は使用していなければ損害はないため、賠償もない」論が新たに出始めているが、この観点は商標使用の制度を曲げて解釈することになり、商標登録制度の根底に触れることでもあるため、改めるべきである。

第3節 日本の制度現状から

I. 不使用商標に関する効率的な制度設計の探究—日本の経験を踏まえて

学習院大学 小塚 莊一郎 教授

1. 不使用商標の取消審判制度：現行法

(1) 商標制度の目的と不使用商標

商標制度の設計において、「使用されていない商標（不使用商標）」をどの程度、またどのような形で勘案すべきであるかは、普遍的な課題である。この問題は、知的財産法の中で、商標法（あるいは、より一般的に標識法）が有する特徴に深くかかわっている。

知的財産法は、無形の情報に対して法制度による保護を与え、それによって、社会的に望ましい行動に関係者がとるように動機づける（インセンティブを与える）制度であると考えられる。そうした知的財産法のうち、特許法や著作権法では、動機づけが向けられる対象は保護される情報それ自体の生産である。すなわち、特許により保護される発明や著作権によって保護される創作は、活発に行われることが社会的に望ましいものであるので、発明者や創作者に独占権を認め、そこから利益を収める機会を、発明や創作活動に対する動機づけとする。その結果として、より多くの発明が行われ、またより多くの創作が生み出されるならば、他に社会的な弊害が生じていない限り、制度は目的を達したといえることができる。

ところが、商標法の場合、商標の考案それ自体に価値があるとは考えられていない。商標は、特定の事業に蓄積された信用を化体する標識にすぎない。社会的に見て価値を有するものは標識が表現する信用であり、標識の保護は、信用を獲得する事業を促し、あるいは事業の信用を高めるための制度環境にすぎない。かみ砕いて言えば、より質の高い商品やサービスが提供されるようになること、新しい商品やサービスが市場に提供されること等が商標制度の目的であり、そのために必要とされる限りで、商標に保護が与えられるべきであると言える¹。

従って、商取引における不使用商標の存在やその数の大小について、それ自体として、社会的に望ましいか否かを一概に言うことはできない。新しい商品やサービスを提供するためには、一定の期間をかけて準備をする必要があり、そこにいう準備の中には、新商品・新サービスに用いられる商標の選定も含まれる。最終的に商標を選定するまでのプロセスでは、時間をかけて、複数の候補を一つに絞り込んでいくことが通常であるから、結果的には使用しないであろう商標も含めて、複数の商標についていったんは保護を確保したいと企業が考えることは当然であり、それ自体は非難されるべきことではない。他方で、需要者、とりわけ一般消費者に対して訴求力が強い言語や図形、色彩等には限りがあるため、実際に使用されていない商標が保護を受けた状態で多数残っていれば、新たな商標を選択する上での自由度が制約を受ける。そうした商標選択の制約が新商品や新サービスの開発にマイナスの影響を与えるとすれば（この点には実証が必要であるが）、それは、不使用商標がもたらす社会的な弊害であるという

¹ 商標制度が持つ社会的な意義については、小塚莊一郎「商標とブランドの『法と経済学』」『中山信弘先生古稀記念論文集・はばたき——21世紀の知的財産法』764頁以下〔2015年、弘文堂〕参照。

ことができる²。

従って、不使用商標に関する望ましい制度とは、抽象的に表現すれば、「社会的に有益な限度で、現に使用されていない商標にも保護が与えられ、かつ、社会的に弊害をもたらす不使用商標は保護が否定される制度」であるということができよう。しかし、この命題には、商標保護の拡大と制限という相矛盾する要請が含まれている上に、社会的な有益性や弊害の大きさを個々の商標について測定することはほとんど不可能であるため、現実には制度設計を考えようとするときわめて困難が大きい。商標制度全体の中では一見すると周辺的に見える不使用商標の問題が、実は制度の本質にかかわっていると考えられることは、このような理由によるのである。

(2) 日本の商標法における不使用商標の登録取消審判制度

日本の商標法は、登録主義にもとづいて作られている。従って、商標登録の出願時に、その商標を使用していることは登録の要件ではない。そのため、新たな使用を検討している商標についても登録を受けることができる反面で、不使用に終わった商標の登録が残り、それと同一又は類似の商標を同一又は類似の商品又は役務について出願しようとする者の妨げとなる可能性がある。このような問題を調整するため、現行法には、商標登録を取り消す審判を請求できる制度が用意されている。

その内容は、登録商標が、継続して3年以上日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれによっても各指定商品又は各指定役務について使用されていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に関する商標登録を取り消すことができる、というものである(商標法50条1項)。審判請求の被請求人は商標権者である。そして、この規定にもとづく審判の請求があった場合は、被請求人が、審判請求の登録前3年以内に日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれかがその請求に係る指定商品又は指定役務のいずれかについての登録商標の使用をしていることを証明しない限り、その指定商品又は指定役務に係る商標登録が取り消される。ただし、その指定商品又は指定役務についてその登録商標を使用していないことに正当な理由があることを被請求人が明らかにしたときは、商標登録の取り消しを免れ、商標権を維持することができる(同法50条2項)。これは、「登録商標の使用の事実をもって商標登録の取消しを免れる要件とし、その存否の判断資料の収集につき商標権者にも責任の一端を分担させ」たものである³。

さらに、取消しの審判が請求される3か月前から審判請求の登録日までの間になされた登録商標の使用は、審判請求がされることを知った後の使用であることを請求人が証明したときは、「使用」に該当せず、不使用取消しの審判を免れる根拠とならない。ただし、この規定も、登録商標の使用について「正当な理由」があることを被請求人(商標権者)が明らかにしたときは、適用が排除され、使用の事実が認められて不使用による取消しの審判は不成立となる(商標法50条3項)。

このように、不使用商標に関する日本法上の取消審判制度は、使用・不使用の事実に関する証明責任や「正当な理由」の考慮、駆け込み使用の排除などを複雑に組み合わせ、審判請求人と被請求人(商標権者)の間で微妙な利害の均衡を図るものとなっている。このような制度は、昭和50年(1975年)に

² 中国の現状は、商標出願を推奨する政策が最近まで取られていた経緯などもあって、現実に使用されない商標が多数登録されているようであり(李明徳「登録商標不使用に関する問題の研究」本共同研究報告書 第3章第2節I、118~119頁)、社会的な弊害の方が大きくなっている可能性が高い。

³ 最判平成3・4・23民集45巻4号538頁。

ほぼ完成し、請求人適格の制限を削除した平成8年（1996年）改正により、現行法と完全に同じ条文となった（後述2.（2））。

（3）「ブランド」の時代と商標制度の変容

ところで、不使用商標の取消審判制度が現行法に見るような形態となった頃から、日本の標識法（商標法のほか不正競争防止法、商法中の商号に関する規定等を含む法制度の全体）は、大きな改革の時代に突入する。それは、商標（標識）に「ブランド」としての価値を見出し、企業によるブランド価値の活用を後押しするような制度を模索する動きであった⁴。

商標に対する伝統的な考え方は、記号論の用語を借りて説明すれば、商標という「記号表現」が商品や役務を「指示物」として表示し、その商品や役務の品質を「記号内容」として示す、という構造を前提とする⁵。これに対して「ブランド」とは、それ自体が、消費者に対する訴求力等の価値を有する財産である⁶。直接的な製造者よりも製品に付されたブランドが市場価値を決定し（OEM生産）、商品・役務の出所を示すのではなくそのイメージを喚起する目的で商標が選択され（イメージ商標）、ついには、ファッションや酒類等のブランドが財物のように取引され、ポートフォリオとして保有の対象となる（ブランド管理会社）。それは、「記号表現」がそれ自体として価値を持ち、消費されていく光景である。

商標から「ブランド」へのそのような変化を直接的に反映するような制度改革は、世界のどこでも行われたことがない。しかし、そうした「ブランド」の価値に最大限の保護を与えるべく、多くの国では、商標に対する保護が拡大されていった。日本でも、平成5年（1993年）の不正競争防止法改正によって著名標識の希釈化に対する保護が明文化されたことを先駆けとして、その後、逐次の商標法改正により、冒認出願等の不正目的による出願の拒絶（平成8年（1996年））、地域団体商標制度の創設（平成17年（2005年））、音や色彩等の非伝統的商標の登録導入（平成26年（2014年））などが実現した。

このような変化は、不使用商標の登録取消制度にも影響を及ぼさずにはいない。「ブランド」としての商標それ自体に価値があるとすれば、商標を使用することなく保有し続ける行為にも、経済的な合理性が認められるからである。他方で、「ブランド」の価値が大きい時代であるからこそ、新たな商標の選択を制約する不使用商標を排除する必要性が大きいとも言える。不使用商標の取消審判制度には、この間、条文上の改正がなく落ち着いているように見えるが、商標制度が全体として変容する中で、その社会的な意味や機能は変化していると思われる。

（4）本稿の課題

以上に述べたところをふまえると、商標制度に向けられた現代的な要請に照らして、日本における不使用商標の取消審判制度が社会的に望ましい制度となっているかについての再検討と再評価が行われ

⁴ たとえば、平成15年（2003年）の『知的財産推進計画』においては、「魅力あるブランドを活用して、より価値の高い製品、サービスを提供する環境を整備する」ことが政策として掲げられた（『知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画』（知的財産戦略本部、2003年7月8日）27頁）。これをふまえた平成17年（2005年）の産業構造審議会知的財産政策部会答申も、「企業活動においてブランド価値が重要となっていること」を前提とした制度設計を提言している（『地域ブランドの商標法における保護の在り方について』（産業構造審議会知的財産政策部会、平成17年2月））。

⁵ Barton Beebe, *The semiotic account of trademark doctrine and trademark culture*, in: Grame B. Dinwoodie & Mark D. Janis, *Trademark Law and Theory*, p.42, at pp.44-45 (Edward Elgar, 2008).

⁶ Philip Kotler & Gary Armstrong, *Principles of Marketing*, 15th edition, pp.76-77 (Pearson Education, 2014). 法律家の議論として、Jessica Litman, *Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age*, *Yale Law Journal* vol. 108, p. 1717 (1999).

るべきであろう。そうした検討の中から、いまや商標大国となった中国の商標法における不使用商標の登録取消制度に対しても、教訓が得られるはずである。しかし、この課題はきわめて大きなものであり、本稿は、それに直接取り組む用意がない。その代わりに、いわば準備作業として、次の点を論ずることとする。

第一に、日本の不使用商標の取消審判制度が現在のようになつた経緯を確認する（後述2.）。そこには、不使用商標をめぐる、時には相矛盾する要請のバランスをとろうと模索してきた跡が反映されているからである。

第二に、現行法が、判例による解釈を含めてどのように運用されているかを明らかにする（後述3.）。言うまでもなく、法制度が有する社会的な機能は、条文の文言だけでは明らかにならない。その解釈や運用の中で、微妙な（場合によっては絶妙な）バランスが図られ、社会的に見て望ましい状態が実現しているという状況は、珍しいものではない。

第三に、日本の商標法が有するさまざまな制度の中で、不使用商標に関連すると思われるものを概観する（後述4.）。不使用商標の登録取消制度自体の解釈・運用が、いわば制度内部からの調整であるとすれば、他の関連する制度を通じた利害のバランスは、制度外からの調整であると言える。これらのすべてを総合した上ではじめて、現行法に対する正当な評価が可能になると考えられる。

これらの検討を経たのちに、日本の現行法及び中国法に対して、若干の提言を述べることとする（後述5.）。これは、不使用商標の取消審判制度を再検討するという前述の大きな課題に向けたわずかな試みであり、両国の制度を、より本格的に検討するための一ステップにすぎないものである。

2. 日本における不使用商標の登録取消制度の歴史

（1）現行法以前

不使用商標の登録を取り消す制度は、現行法以前の大正10年（1921年）商標法にも置かれていた。同法14条は、次のような規定であった。

左ノ各號ノ一ニ該當スル場合ニ於テハ審判ニ依リ商標ノ登録ヲ取消スヘシ

一 商標権者正當ノ理由ナクシテ國內ニ於テ登録ノ日ヨリ一年間其ノ商標ヲ使用セサリシトキ又ハ引續キ三年間其ノ商標ノ使用ヲ中止シタルトキ但シ第五條ノ規定ニ依リ指定シタル商品中其ノ一ニ使用シ又ハ連合ノ商標中其ノ一ヲ使用シタルトキハ此ノ限ニ在ラス

二 ……

これを現行法と比較するとき、第一に、「不使用」の具体的な内容が、登録の日から1年間又は商標の使用中止後3年間、登録商標を使用しないこととされていた。この期間だけを見れば、当初からまったく使用していない商標に対しては厳しい制度であったように見える。しかし、第二に、指定商品のうちいずれか一つに使用していれば不使用とはされなかったのも、結果的には、不使用として取消しの対象となる商標は限られていたのではないかと思われる。そして、第三に、不使用の事実を、審判請求人が証明しなければならないとされていた。商標権者は全国のどこかで使用していれば不使用にはあたらないので、このような解釈をとると、審判請求人は、商標が全国のどこでも使用されていないという証明

をしなければならないことになり、それは事実上、困難であった⁷。さらに、不使用取消審判の請求後、審決前に使用を開始した場合に、それを理由として不使用を免れるか否かが問題となった。当時の判例は、その場合も登録商標を使用したことになり、不使用取消審判は不成立になるとした⁸。

このような制度及び解釈の下では、不使用により登録が取消される商標はほとんどなかったと言われる。その結果として、数多くの不使用商標が登録されたまま放置されていた⁹。

(2) 現行商標法における制度の変遷

(i) 現行商標法の制定 (昭和34年(1959年))

昭和34年(1959年)に制定された現行法は、商標登録時からの不使用と使用中止の区別を廃し、継続して3年以上、「各指定商品について」登録商標の使用をしていないときは、利害関係人が登録取消の審判を請求することができるという制度を導入した。商標登録後から続く不使用に限って言えば、1年を超えると取消審判の対象になる制度では期間が短すぎるとして、3年に延長されたことになる。他方、商標権者の営業所所在地等の一定の場所を含む市区町村において登録商標が使用されていないときは、不使用の事実を推定するものとされた(昭和50年(1975年)改正前商標法50条3項)。これは、全国のどこでも使用されていない事実を証明することの困難を緩和するため、推定という法技術によって限定的に証明責任を転換し、大正10年法に指摘されていた問題点を克服しようとしたわけである。

さらに、取消審判請求の予告登録(商標登録令1条の2)の後に商標が使用されても、不使用取消審判の制度の適用上は、使用にあたらなるとされた(昭和50年改正前商標法50条4項)。前述のとおり、大正10年法の下で、判例はそうした「駆け込み」的な使用により、不使用の事実が解消されたとしていたのであり、その点も現行法の立法を機に改められたことになる。

(ii) 昭和50年(1975年)改正

しかし、これらの改正によっても、不使用の事実を請求人が証明することはきわめて困難であり、不使用商標の取消審判制度は活用されない状態が続いた。実際に取消が行われる事例は、商標権者が法人であって清算が終了した場合、指定商品が製造販売について許認可を要するにもかかわらず商標権者が許認可を受けていない場合、商標権者が不使用を自白した場合、などに限られていたと言われる¹⁰。そこで、昭和50年(1975年)の改正により、使用の事実についての証明責任を全面的に被請求人(商標権者)に負わせる改正が成立した。これが、現行商標法の50条2項である。

(iii) 平成8年(1996年)改正

その後、平成8年(1996年)には、商標法条約への加入に伴う商標法改正が行われたが、同条約は、登録の更新に際して標章の使用に関する宣言書又は証拠の提出及び実態についての審査を禁止してい

⁷ 吉原省三＝桶川美和「不使用による商標登録の取消し」『松田治躬先生古稀記念論文集』451頁、452頁〔東洋法規出版、2011年〕。

⁸ 大判大正15(1926)・4・2民集5巻246頁。

⁹ 豊崎光衛『工業所有権法〔新版・増補〕』426頁〔1980年、有斐閣〕。兼子一＝染野義信『工業所有権法』827頁〔1960年、日本評論新社〕は、大正10年法の14条について、「解釈上、かつ実務上異常な結論を導きその適用をほとんど不可能ならしめてしまっていた」とまで言う。

¹⁰ 小野昌延＝三山峻司編『新・注解商標法』下巻1463頁〔2016年、青林書院〕。

る（商標法条約 13 条 4 項 6 項）。これ以前には、更新に際して更新出願を必要とし、その際に、公益的登録拒絶事由が後発的に発生しているとき、及び更新登録の出願前 3 年以内に当該商標が使用されていないときは、更新登録が認められないという制度になっていた（平成 8 年改正前商標法 19 条 2 項）¹¹。商標法条約を批准するために、更新出願制度は廃止されることとなったが、その結果、不使用商標が一層累積すると危惧され、制度に若干の改正がなされた。

第一に、不使用取消審判の請求人適格について、「利害関係人」という文言を改めて「何人も」とした。改正前の規定については、不使用商標登録の取消しを求める「法律上の利益を有する場合」に請求人適格を認める趣旨であり、自己の出願が既登録商標に類似するとして登録を拒絶されるおそれがある場合や、自己の使用する商標が登録商標と類似するとして使用差止め請求を受けるおそれがある場合には、そのような法律上の利益が認められるという解釈が判例により示されていたが¹²、そうした点が争われる余地自体をなくすための改正である。

第二に、不使用取消審判の請求前 3 か月以内の使用は、正当な理由がある場合を除き、不使用取消を免れる「使用」にあたらぬとする規定が導入された。審判請求の予告登録以前にも、商標権者と、後に審判請求人となる当事者との間で、事実上の交渉等が行われる場合が多く、その間に、商標権者が取消しを免れようと「駆け込み」的な使用をすることを排除するためである。

他方で、商標権者による使用として認められる範囲を、登録商標と「社会通念上同一」と認められる範囲まで拡大する改正も行われた。具体的には、商標法 50 条 1 項において使用が必要とされる「登録商標」に「(書体のみに変更を加えた同一の文字からなる商標、平仮名、片仮名及びローマ字の文字の表示を相互に変更するものであつて同一の称呼及び観念を生ずる商標、外観において同視される図形からなる商標その他の当該登録商標と社会通念上同一と認められる商標を含む。……)」というカッコ書きが追加された。改正前にも、社会通念上同一の商標が使用されていれば不使用ではないとされていたが、その運用を明確化し、かつパリ条約 5 条 C (2) をもふまえて社会通念上同一とされる範囲を「一層弾力的なものとする」改正であると説明されている¹³。

3. 現行法の運用

(1) 運用の状況

最近数年間において、不使用商標の取消審判は、年間 1000 件程度が申し立てられている。やや遡り、現在とまったく同じ制度となった平成 8 年改正法が施行された平成 9 年（1997 年）以降の統計を見る

¹¹ 当時の条文は、次のとおりである。

「商標法 19 条 2 項（平成 8 年改正前） 商標権の存続期間は、更新登録の出願により更新することができる。ただし、次に掲げる場合は、この限りでない。

一 その登録商標が第四条第一項第一号から第三号まで、第五号、第七号又は第十六号に掲げる商標に該当するものとなつていないとき。

二 更新登録の出願前（次条第三項の規定の適用を受ける場合にあつては、同条第二項に規定する期間の満了前）三年以内に日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれもがいずれの指定商品又は指定役務についてもその登録商標（その登録商標と相互に連合商標となつていない他の登録商標があるときは、当該登録商標及び当該他の登録商標）の使用をしていないとき。」

¹² 最判平成 4（1992）・11・20 判例時報 1442 号 143 頁

¹³ 入野泰一「商標制度の改正」時の法令 1537 号 6 頁、20 頁〔1997 年〕。

と、件数の推移は、以下のとおりである¹⁴。

【図表-1】

	請求件数	請求成立	請求不成立	取下・放棄
1997	1,339	772		
1998	1,454	1,079		
1999	1,761	1,163		
2000	1,576	1,072	182	121
2001	1,475	1,539	315	169
2002	1,500	1,227	249	135
2003	1,745	1,244	258	161
2004	1,644	1,535	223	152
2005	1,597	1,221	199	118
2006	1,601	1,259	224	107
2007	1,757	1,331	158	161
2008	1,612	1,389	232	142
2009	1,413	1,313	290	109
2010	1,380	1,105	159	123
2011	1,169	1,011	155	106
2012	1,050	874	163	97
2013	1,190	812	122	123
2014	1,099	864	91	96
2015	964	832	102	95

出典：『特許行政年次報告書 2016年版<統計・資料編>』、『同 2006年版<統計・資料編>』、『同 2005年版<統計・資料編>』¹⁵

この統計からは、平成 21 年（2009 年）頃までは一定の水準を保っていた請求件数自体が、その後減少を始め、現在に至っていることが読み取れる。その原因は明らかでないが、後述（4.）のとおり、平成 19 年（2007 年）以降、出願時に使用意思の厳格な確認（8 以上の類似群を指定する出願の拒絶）が適用されているので、その効果が現れているのではないかという推察は成り立ちそうである。

年間十数万件（2015 年は 147,283 件）の商標出願がなされる中で、取消審判請求の件数が 1000 件前後という数字は、多いとは言えない。しかし、それを不使用商標の登録取消制度が十分に機能していないと見るべきか、あるいは、事後的に取り消す必要のある登録がそもそもなされていないという意味で

¹⁴ 平成 8 年改正が施行された日は平成 9 年（1997 年）4 月 1 日である。施行時点で特許庁に継続していた取消審判事件には改正前の法が適用されたので（平成 9 年改正附則 10 条 1 項）、平成 9 年の件数には改正前の法が適用されたものも含まれている。

¹⁵ いずれも、特許庁ウェブサイトで入手可能<<https://www.jpo.go.jp/shiryou/toukei/gyosenenji/index.html>>。なお、2005 年版以前の統計では、請求件数及び請求成立件数のみが報告されている。

望ましい審査が行われていると見るべきかは、にわかには断定できない。しかし、近年に至って請求件数が減少傾向にあること、また平成8年以降、商標法の改正要望として不使用商標に関する事項が主張されていないことなどを考えると、総体的には、満足できる状況になっているのではないかと思われる。

(2) 裁判所による各要件の解釈

不使用商標の登録取消に関する現在の制度が、度重なる改正を経て、一応、満足できるものになっているとしても、そのような状態は、条文の文言だけによって達成されたわけではない。条文に規定された要件の解釈が、裁判例や審判事例によって次第に明確化され、その解釈を通じて、関係者の利害が調整されているという側面もある。実務上は、特許庁の審判事例も重要であるが、法文を解釈する権限は、最終的には裁判所に帰属するので、以下では、裁判例に現れた重要な論点の解釈を明らかにしよう。

(i) 指定商品・指定役務と商標使用の関係

不使用による登録取消を免れようとする商標権者は、商標を使用した事実を主張し、証明しなければならない。この場合に、商標は、各指定商品・指定役務について用いられなければならない。そこで、指定商品・指定役務について使用するとどのような意味であるか、という点が問題となる。

最高裁は、「当該商標が、必ずしも指定商品そのものに付せられて使用されていることは必要でないが、その商品との具体的関係において使用されていることを必要とする」という一般論を述べたことがある¹⁶。この判決は、大正10年法についてのものであるが、現行法についても妥当すると解されている¹⁷。具体的な事案においては、登録商標を付した便箋が取締役会や株主総会の招集通知に用いられたこと、未使用の封筒に印刷されていることだけでは、「指定商品との具体的関係において」使用されたとは言えない、とされた。

商標法に定める「使用」の定義には、「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」も含まれている（同法2条3項8号）。しかし、取締役会や株主総会の招集通知では、指定商品と具体的な関係がある「取引書類」とは言えないであろう。同様に、「広告」の場合にも、指定商品を宣伝する目的を持った広告であることが明らかになるようなものでなければならない。裁判例には、「商標と商品を雑然と並べて表示しただけのもの」であって、5種類の商標を併せて掲げ、商品については13種類を列挙した上で「その他多数」と記載した広告は、不使用取消の審判を免れる目的で名目的に商標を使用する行為にすぎず、具体的な商品に関する「使用」と認めることはできないとしたものがある¹⁸。

ところで、実務上、指定商品・指定役務が他の商品・役務と重なり合うように見えるときに、どの商品について使用したことになるか、という点が問題となる場合がある。たとえば、繊維素材のメーカーは、特殊な素材に用いる商標を「繊維」のほかに「被服」をも指定商品として登録し、その素材を用いた被服製品に商標を記載したラベル等を付して流通させることが多い。このとき、繊維（のみ）ではなく被服について商標を使用したことになるか、という点が争点となるが、ある裁判所は、ラベルの表示

¹⁶ 最判昭和43（1968）・2・9民集22巻1号159頁〔青星ソース〕。

¹⁷ 後藤晴男「商標登録取消審判の審決取消請求事件」『村林隆一先生還暦記念・判例商標法』459頁、462頁〔1991年、発明協会〕。

¹⁸ 東京高判平成5（1993）・11・30判例時報1488号144頁〔VUITTON〕。

はあくまでも素材についての商標にすぎず、被服に関する商標として使用されているとは言えないとした¹⁹。もっとも、より新しい裁判例では、類似の事案で、ダウンジャケットに付した下げ札に表示された素材メーカーの商標を「被服である本件商品の出所及び品質等を示すものとして用いられているものとも理解し得る」としたものもある²⁰。こうした事例とは異なり、「被服、布製身回品、寝具類」を指定商品として登録された商標を婦人用下着売場の店舗名として用い、チラシ、パンフレット等に記載したという事案では、商品商標と小売役務の商標とは重なることがあり得るという判断にもとづいて、指定商品についての使用にあたとされている²¹。この裁判例は、小売役務の特殊な性質に配慮したもののようと思われる²²。

(ii) 使用の態様

商標の使用に関して、日本法では、自他の商品・役務を識別する態様の使用のみが「商標的使用」であり、商標法上の「使用」と評価されるという考え方が一般的にとられている（商標法26条1項6号参照）。そのため、商品・役務の品質を記述する表現の中に商標が使用されても、商標法上の「使用」にはあたらない。この考え方は、不使用による登録取消が請求された場合にも妥当する²³。

最近の裁判例に、水中でも使用できるダイバーズウォッチに「DEEPSEA」という表示がなされていた事案で、これが商標的使用にあたるか、商品が深海中でも使用できるという品質の記述にすぎないのか、が争われたものがある。裁判所は、商品の品質を記述する機能があるとしても、自他商品の識別機能を持つことは否定されないとして、「使用」にあたと判断した²⁴。

また、指定商品を「図書、写真及び印刷物類」として登録した人名のような商標を書籍の背表紙に使用した事案では、裁判所は、需要者はこの記載を書籍の著者名として認識し、書籍を出版する業務の主体はその下に名称が記載された出版社であると認識する、という判断にもとづいて商標の使用の事実はないとした（平成8年改正前の更新出願が拒絶された事案）。判決は、この場合の商品は有体物としての書籍であり、書籍の内容をなす著作ではないと述べている²⁵。

(iii) 使用商標と登録商標の同一性

商標権者が不使用取消を免れるためには、使用されている商標が登録商標と「社会通念上同一」と認められるものであれば、まったく同一でなくともよい。前述（2.（2）（iii））のとおり、平成8年（1996年）の改正において、「書体のみに変更を加えた同一の文字からなる商標、平仮名、片仮名及びローマ字

¹⁹ 東京高判平成17（2005）・3・17裁判所ウェブサイト[ZAX]（裁判所ウェブサイト掲載判例は、http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search1 から検索することができる）。

²⁰ 知財高判平成25（2013）・9・25裁判所ウェブサイト[Gram]。

²¹ 知財高判平成21（2009）・11・26判例時報2086号109頁[elle et elles]。

²² 古関宏「店舗名としての使用と商品商標の関係」AIPPI55巻8号538頁、547頁[2010年]。小売商標（指定役務を「特定の商品の小売役務」（第35類）とする商標）の制度は、日本では平成18年（2006年）の改正で導入され（商標法2条2項の追加）、翌年4月1日から施行された。それ以前には、たとえば衣料品の小売販売業を営む事業者が商標権を取得しようとする、取扱商品である「被服」（第25類）を指定商品として出願し、登録を受けるしか方法がなく、本件の登録商標もそのような事例であった。

²³ 竹田稔『知的財産権訴訟要論〔特許・意匠・商標編〕〕[第6版]750頁[2012年、発明推進協会]。もっとも、一般論としてはこれを否定し、不使用取消を免れるための登録商標の「使用」は、「識別標識としての使用」に限らず、何らかの態様による使用で足りると述べる裁判例もある（東京高裁平成3（1991）・2・28知財集23巻1号163頁[POLA]）。

²⁴ 知財高裁平成21（2009）・10・8判例時報2066号116頁[DEEPSEA]。

²⁵ 東京高判平成2（1990）・3・27無体集22巻1号233頁[高島象山]。

の文字の表示を相互に変更するものであつて同一の称呼及び観念を生ずる商標」と「外観において同視される図形からなる商標」が、社会通念上同一と認められる商標の例として明示された。

社会通念上同一の商標とは、類似商標よりも範囲が狭いと解されているが、裁判例は、かなり緩やかに同一性を肯定しているように思われる。最近でも、屋根ないし山形の図形と長方形、太い直線を組み合わせた図形の長方形部分に NU-STEEL (S の文字は図案化されている) と描かれた登録商標の商標権者が、実際には、同様の図形の長方形部分の余白に HOMES の文字を加えた商標を使用していた事案で、知財高裁は、社会通念上同一の商標を使用したと認めている²⁶。自他識別機能を有しない商品名を付加して表示しても、登録商標と社会通念上同一の商標であるという一般論を述べる裁判例もある²⁷。また、平成 8 年改正前の事例であるが、「LITTL WORLD」を上段に「リトルワールド」を下段に横書きした二段構成の登録商標の商標権者が、「リトルワールド」を上段に「LITTLE WORLD」(E が正しく補われている)を下段に表示した商標を使用していた事案で、社会通念上の同一性を肯定した裁判例がある²⁸。

【図表-2】



(iv) 外国事業者による使用

商品の取引が国際化し、インターネットを利用した個人輸入も増加するにつれて、外国事業者が日本国内で商標を使用したと言えるか否かが問題となる事案も増加している。裁判例は、商標が付された商品を日本の消費者が個人輸入によって購入しただけでは、商標権者又は使用権者による譲渡行為も輸入行為もないので、「使用」があったとは認められないとした²⁹。これに対して、輸入された商品がさらに日本国内で流通することを予定されていれば、流通過程における商品の譲渡について、商標を付した外国事業者による使用行為に該当すると解されている³⁰。

(v) 審理手続

不使用取消審判の手続は、口頭審理を原則とするが(商標法 56 条 1 項、特許法 145 条 1 項)、当事者のすべてが書面審理を申し立てているときその他の所定の場合には、書面審理とすることができる(特許法 145 条 1 項但書き参照)³¹。事案の大半では被請求人が答弁書を提出せず、従って実体的な審理が

²⁶ 知財高判平成 21 (2009)・12・28 裁判所ウェブサイト [NU-STEEL]

²⁷ 知財高判平成 27 (2015)・9・30 裁判所ウェブサイト [ヨーロッパアンコーヒー]。

²⁸ 東京高判平成 2 (1990)・2・20 判例時報 1350 号 134 頁 [リトルワールド]。

²⁹ 知財高判平成 18 (2006)・5・25 裁判所ウェブサイト [White Flower]

³⁰ 知財高判平成 25 (2013)・9・25 裁判所ウェブサイト [Gram]、知財高判平成 25 (2013)・3・25 判例時報 2219 号 100 頁 [Fashion Walker]。これらの判決について、西村雅子「外国法人の日本における商標の『使用』」『知的財産法研究の輪・渋谷達紀教授追悼論文集』377 頁 [2016 年、発明推進協会] 参照。

³¹ 審判便覧 [第 16 版] 53-00 2 (1)。

行われないうまま審決に至ると言われるが³²、この場合も、「被請求人から何ら答弁のない場合」として、職権により書面審理とされる³³。なお、いずれの手続が取られる場合にも、審判費用は異ならない。

商標権者による使用の事実の証明は、事実審の口頭弁論終結時に至るまで許される。従って、審判手続においてなんら主張立証を行わなかった被請求人が、審決取消訴訟の事実審においてはじめて使用の事実を主張立証したとしても、その証明に成功すれば、不使用取消を免れる³⁴。もっとも、民事訴訟手続の一般原則として、攻撃防御方法は適切な時期に提出しなければならず（民事訴訟法 156 条）、これに反する主張の提出は、裁判所によって却下される可能性がある。

(vi) 不使用の正当な理由

登録商標を使用しなかったことについて「正当な理由」が認められれば不使用による登録取消を免れるが、裁判例は、これを厳格に解し、不使用を商標権者の「責めに帰することが社会通念上酷であるような場合」³⁵、あるいは不可抗力その他の商標権者の「責めに帰することができない事由」により登録商標を使用することができなかった場合³⁶、をいうと述べている。そのため、商標権者の事業上の理由、たとえば外国企業が日本国内で事業展開するためのフランチャイジーを発掘していたが契約に至らなかったという事情は、「正当な理由」と認められない³⁷。

4. 関連する制度との関係

不使用商標の登録取消制度は、それだけが独立して存在しているわけではない。商標法に定められた他のさまざまな制度は、すべてが相俟って、商標権の成立および効力が調整され、全体として、登録商標を有する商標権者とこれから商標を選択し、登録しようとする者の利害に一定の均衡を実現する。

一方では、商標登録の審査に際して、登録主義を前提としつつも、使用の意思を確認する制度が導入されている。具体的には、指定商品・役務が 8 以上の類似群にわたる場合には、事業計画書などの提出によって使用の意思が確認されないかぎり、出願は拒絶される³⁸。その根拠は、商標登録の要件が、自己の業務に係る商品又は役務について「使用をする」商標と定められていることである（商標法 3 条柱書き）。

このような実務は、平成 18 年（2006 年）に産業構造審議会知的財産政策部会が取りまとめた報告書『商標制度の在り方について』にもとづき³⁹、平成 19 年（2007 年）から導入された。これにより、一定の範囲内においてはああるが、使用の意思をまったく伴わない商標の登録は、制度上、抑制されることになった。その数年後に、不使用取消審判の請求件数が減少を見せているので、因果関係は検証されていないものの、事後的に登録取消を請求する以前に、使用の実態がない商標の数を減少させる効果があったのではないかとも思われる。

³² 古関宏「最近の不使用取消審判について」知財管理 60 巻 1 号 25 頁、26 頁〔2010 年〕。

³³ 審判便覧〔第 16 版〕53-00 2 (1) エ。

³⁴ 最判平成 3 (1991) ・4・23 民集 45 巻 4 号 538 頁〔CHEY TOI〕。

³⁵ 東京高判昭和 60 (1985) ・7・30 判例タイムズ 615 号 121 頁〔ファミリア〕。

³⁶ 知財高判平成 22 (2010) ・12・15 判例タイムズ 1362 号 210 頁〔ECOLUX〕。

³⁷ 知財高判平成 17 (2005) ・12・20 判例時報 1922 号 130 頁〔Papa John's〕。

³⁸ 『商標審査基準〔改訂 12 版〕』第 1 二、2. (3) ・同第 1 二、3.。

³⁹ 産業構造審議会知的財産政策部会『商標制度の在り方について』10 頁（平成 18 年 2 月）。

他方、登録商標の効力については、さまざまな形でそれを制約する法理や考え方が存在する。従って、使用の実態を伴わない商標は、審判により登録が取消されなくとも、そうした法理によって、個別的な事案の中で効力が否定され、弊害が除去されることがあり得る。

第一に、侵害訴訟において、きわめて例外的な場合に、損害の発生があり得ないことを侵害者が抗弁として主張し、損害賠償責任を免れる余地を認めた判例がある⁴⁰。現時点で使用していない登録商標も、使用許諾により許諾料を得るべき価値を持っており、そのことを前提として、商標法 38 条 3 項は許諾料相当額の損害賠償請求権を法定しているが、最高裁は、一般論として、「損害の発生していないことが明らかな場合にまで侵害者に損害賠償義務があるとするのは、不法行為法の基本的枠組みを超えるもの」であり、同項の解釈としてとり得ないと判示した。このような考え方が適用されると、不使用商標は、侵害訴訟に関する限り存在意義をまったく否定される結果となる。もっとも、最高裁は、事案へのあてはめにおいて「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」と述べており、実際にこのような抗弁が認められる場合はかなり限定されるのではないと思われる。

第二に、商標権の行使に対して権利濫用の抗弁を認めた判例があり⁴¹、登録商標を自らは使用していないにもかかわらず、他人に対して権利を行使することが権利濫用にあたらぬかという問題が、一応、考えられる。これを安易に認めると、審判手続を経ることなく、取消審判と実質的に同一の効果を実現する道を開くことになるから、基本的には、そのような考え方を認めるべきではないと思われるが、すでに不使用取消審判が請求されている状況で侵害訴訟が提起された場合や、不正な意図が明らかである場合など、例外的には認められるのではないかとする見解も示されている⁴²。

第三に、日本の商標法が、「商標的使用」という一般的な概念を有し、自他商品役務を識別するような態様で商標が使用される場合のみを商標法において意味のある「使用」と位置づけている点も、重要である。品質を表示する文字など自他識別能力が希薄な登録商標は、不使用取消が認められずとも、使用態様によっては侵害とならない可能性が大きい⁴³。逆に、自他商品の識別能力が強い造語商標などは、ただちに使用されていないとしても、独占を認めておくことに合理性があると言えよう。

このように、登録商標に強い効力を認める必要性と商標選択の自由に対する不当な制約を排除する必要性の均衡は、不使用取消制度のみによって図られるわけではない。登録審査の段階で使用の意思を確認したり、いったん登録された商標権の効力をさまざまな法理によって制限したりすることも、商標制度が全体として望ましい均衡を確保するための有効なツールである。不使用商標に関する制度設計は、これらの総体を考慮に入れつつ議論をしなければならない。

⁴⁰ 最判平成 9 (1997) ・3・11 民集 51 卷 3 号 1055 頁 [小僧寿し]。

⁴¹ 最判平成 2 (1990) ・7・20 民集 44 卷 5 号 876 頁 [ポパイ]。

⁴² 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」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務』第 3 卷 99 頁 [2007 年、新日本法規出版]、光石俊郎「商標法において権利濫用とされた裁判例の再構築 (試論)」『牧野利秋先生傘寿記念論文集・知的財産権 法理と提言』683 頁 [2013 年]。なお、無効とされるべき権利の行使に対しては、無効審判を経ることなく権利行使を否定する抗弁が法定されているが (商標法 39 条、特許法 104 条の 3)、不使用取消には同様の規定は存在しない。遡及的に権利が否定される無効と、商標登録の効力を審判請求の予告登録時に消滅させる不使用取消 (商標法 54 条 2 項) との間には、性質に大きな相違が存在するのである。

⁴³ 生田哲郎=中所属司「商標登録の不使用取消審判の審決取消訴訟で、商標権侵害の範囲が示唆された事例」発明 113 卷 2 号 51 頁 [2016 年] 参照。

5. まとめ

本研究では、登録商標の不使用取消に関する「日本の経験」を、過去の経緯と現状の概観を通じて、明らかにした。そこには、本共同研究の当事国である中国と日本の双方にとって、豊富な教訓が含まれているように思われる。一層の検討を深めるべき論点もあるが、さしあたり、以下の点を指摘することができよう。

第一に、日本の経験は、決して直線的に発展してきたわけではないことが確認された。たしかに、不使用商標の取消審判請求という制度そのものは、大正10年（1921年）の商標法以来、現在に至るまで一貫して存在している。しかし、制度の細目は、特に証明責任の所在をめぐる、何度も変遷してきた。また、平成8年（1996年）の改正のように、不使用取消請求が容易になる方向と、取り消しを免れる可能性が拡大する方向の改正が同時に行われたケースもある。中国の現状は、大量の不使用商標が登録されていることに悩まされており、その抑制が当面の課題になっているというが⁴⁴、日本と同様の不 사용을理由とする登録取消制度はすでに導入されているので、今後は、証明責任を含めた制度の運用に関する細目の改革が検討されるべきではないかと思われる。

第二の教訓は、不使用商標の問題を、登録取消制度の外形のみから議論しては不十分だということである。日本では、制度の各要件について、裁判所による解釈論が積み重ねられてきた。その中でも、商標権者がどのような態様で使用していれば取り消しを免れるのかという問題に関しては、指定商品、指定役務との関係、使用の態様、登録商標と使用商標との同一性、外国事業者による使用の場合の考え方など、さまざまな角度からの裁判例が蓄積されている。これらの解釈は、とりわけインターネットによる取引が急速に普及する状況に照らして適切か否かという観点から、日本でも改めて検討すべき点が多く、また、中国ではこうした点についてどのように解釈されているのか、日中両国の間で考え方の調整を図る必要がないかなども、今後検討されるべきであろう⁴⁵。また、登録取消制度をその他の制度との関係に位置づけて理解することも重要である。とくに、日本で、平成19年（2007年）から出願時の「使用の意思」を厳格に確認するようになった後に、不使用商標に関する制度に対する改善要望があまり聞かれなくなったという事実は、示唆的である。結局のところ、不使用商標の問題は、事後的な取消よりも出願時の審査によって解決する方が効率的であるという可能性を示しているからである。

第三に、こうした検討を進める上で、前提となる商標制度についての理論的な考察が、実は重要であるという点を指摘しておきたい。日本における不使用商標の登録取消審判制度は、不使用商標が存在するために登録を受けられない後願商標の出願人が、拒絶事由を解消するために利用するものであり、その目的に沿って、たとえば、不使用取消審判が請求されると、その対象となった商標を拒絶理由として引用する拒絶査定は猶予するという運用になっている⁴⁶。中国でも、同様に後願の出願を可能にする意図で不使用取消制度を利用する請求人は少なくないと想像されるが、審判請求が争われ、継続している間における後願商標の審査手続については、実務上、改善要望もあるようである。ここで問われている問題は、「不使用商標が登録されることにどのような弊害があるのか」というものである。そして、その問いは、結局のところ、「商標登録制度はどのような意味で社会に有益なのか」という、より本質的な問題につながっていると考えられるのである。

⁴⁴ 李明徳「登録商標不使用に関する問題の研究」本共同研究報告書 第3章第2節Ⅰ、118～119頁

⁴⁵ 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」本共同研究報告書 第3章第2節Ⅱ、140頁

⁴⁶ 『商標審査便覧』20.03参照。

第4章

人材育成に関する研究

第1節 研究内容の要約

知財の人材育成に関する日中共同研究は、2014年度から継続して実施されているテーマである。2014年度では、主に学校での人材育成について、2015年度では、主に企業での人材育成について、共同研究が実施された。

知財の人材育成に対する重要性は日中双方で現在も変わらない。日本では、文部科学省が策定した第5期（2016年度～2020年度）科学技術基本計画で人材育成・確保が課題として掲げられている。また中国でも、2015年に国務院が発布した「新情勢下における知的財産権強国建設の加速に関する若干意見」で知識産権人材陣構築の強化が課題として掲げられている。このような背景から、今年度も知財の人材育成に関する共同研究を実施した。

まず、中国においては、上記の通り、知識産権人材陣構築の強化が掲げられている。とりわけ、クラウドコンピュータやIoT等の新技術に関するイノベーションのスピードが加速しており、ハイレベルの知識産権人材陣による対応が急がれている。

しかし、知識産権人材陣構築には、理念上の障害や政策上の障害などの数々の障害が立ちはだかっている。そこで、知的財産権関連専攻構築の強化や産学研連携育成モデルの改善など四つの解決対策を提案する。

また、中国では知的財産専門人材の需要量が増加しており、各大学の知的財産学部も次々に設立されている。しかし、実践分野からフィードバックされた結果から見れば、大学の知的財産専門人材の育成効果は成功できたとはいえない。

知的財産人材育成の目標からみれば、いわゆる複合型人材は、学部段階において、全面的に法律、管理と科学技術を熟知することを求めるべきではない。学部段階の学習は法律又は管理の中のいずれかのカリキュラムを選んで開始し、その後、科学技術を熟知する学生を院生段階に繰り入れて知的財産カリキュラムの学習に加入させるべきである。

さらに、中国科学技術発展において、中国のハイテク企業は重要な役割を果たしている。本研究においては、中国のハイテク企業を知的財産権管理レベルに基づいて先進型、発展型、初期型の三種類に分け、各分類の代表企業での人材育成のケーススタディを行い、企業、政府、大学の三者によるトリプルヘリックスに基づいて各分類における育成方法の相違点を分析した。

先進型は企業内部での育成を主とし、政府や大学とも協力している。発展型は企業内部での育成と政府支援による育成が両立している。初期型は政府や大学に大きく依存していることが確認できた。

一方、日本においては、科学技術基本計画が第5期となり、「オープンイノベーションの取り組み」における「人材育成と確保」は益々重要なテーマとなりつつある。

近年のオープンイノベーションの取り組みにおいては、四類型（「社会実装のスキーム」、「ブランディングのスキーム」、「コモンズのスキーム」、「相互理解のスキーム」）の人材育成確保のスキームが実施されていると考える。

しかしながら、制度環境の整備なども含め今後の課題は多い。例えば、①課題解決に向けて世界観を表明し相互理解を得るために、設計したモノ・コトに係る合意を求める能力の獲得が重視されている。②フォアグラウンド知財とバックグラウンド知財を解析するために、課題を認識してその内容を具現化する能力の獲得が重視されている、などである。

このような諸処の要請に応じるために、①民間企業のオープンイノベーション推進部署を対象に事例セミナーを実施する。②研究開発プロジェクトの中間時点直前にスキルアップ研修を実施する、など五項目の施策を提案する。

第2節 中国の事例からの人材育成

I. 中国の知識産権人材陣の構築に関する研究

中南財經政法大学 知識産権研究センター 曹 新明 教授

1. 研究背景

21世紀に入って以来、中国では知的財産権事業の発展が一層注目され、知的財産権制度の構築が大いに推進されている。道標としての意義を有する大きな出来事は、正に2001年12月1日付で世界貿易機関(WTO)に加盟したことであり、これを契機にし、TRIPs協定が中国で効力を生じ始めた。

TRIPsを実施するために、中国では連続して2回(2000年8月25日と2008年12月27日)専利法を改正し、著作権法(2001年10月27日と2010年2月26日)と商標法(2001年10月27日と2013年8月30日)を改正した。中国の知的財産権法律の整備とTRIPs基本原則及びミニマムスタンダードとを一致させ、中国全体の知的財産権保護のレベルを向上させている。それに、中国政府は知的財産権分野においてより重要な措置を採っていたが、それぞれ2008年6月8日付で「国家知識産権戦略綱要」を頒布・実施し、2015年12月28日付で「新情勢下における知的財産権強国の建設加速に関する若干の意見」を頒布・実施し、2016年5月19日付で「国家イノベーションによる発展駆動戦略綱要」を印刷・配布し、各地区・各部門に対し、実情を踏まえて真剣に貫き、実行に移すように求めた。この三つの国家戦略綱要は、中国の経済の転換・発展のために、知的財産権制度の全体の枠組みを構築し、知的財産権のリーダー的な役割を發揮させている。

将来的に、知的財産のこれら三つの国家戦略に対するリード的な役割を發揮させ、知識産権人材陣を構築していくことがキーポイントである。「イノベーションによる発展駆動戦略綱要」では、特に「科学技術の人材陣は大きい、強くなく、リーダー的な人材とハイテク人材が乏しく、イノベーション型の企業家群は壮大な発展を渴望している。」と指摘している。「知的財産権強国戦略」では、「一層知的財産権の職業レベルを評価する制度を整備し、知識産権人材陣の安定・拡大を図るべきである。」という等の提案が提起され、知識産権人材陣の構築の重要性を際立てている。

また、全世界の科学技術イノベーションのテンポは、益々速くなりつつあり、クラウドコンピューティング、ビッグデータ、モノのインターネット、移動体通信、生物技術等の新技術は、既に現代の主流技術となっており、かつ、近い将来、量子コンピュータ、液体金属、遺伝子修復、人工知能等のハイテク技術が人類の実際の生産・生活の中に進入する可能性がある。かかる技術発明と応用は、必然的に国家の科学技術の発展、経済の構築、国土安全に強烈な衝撃をもたらすため、ハイレベルの知識産権人材陣による対応が急がれている。

かかる背景に基づき、知識産権人材陣構築を研究し、構築における障害を克服し、構築のルートを探し出し、対応策略を選ぶことは、重大な現実的意義を有するだけでなく、更に重大な戦略上の価値も有する。

2. 中国知識産権人材陣の現状に対する考察

中国の知識産権人材陣構築は、日本又はその他の先進国に比べ、比較的その始まりが遅く、出発レベルも低い。しかし、30 数年の努力（1980 年～2016 年）を経て、中国は既に八つの大きな知識産権人材陣を構成し、かつ、相当に大きい規模になっている。

（1）第一陣：教育・研究人材陣

知的財産権教育・研究人材陣とは、主に知的財産権の教育、理論研究、特定学術研究、対策研究及びその他の研究業務に従事する人材陣を指す。当該陣営は、知的財産権教育研究に従事するほか、知的財産権に係るその他の作業を兼ねて行うことができる。例えば、知的財産権法律・法規の制定又は改正・研究、専利・商標代理、企業知的財産権サービス、知的財産権法律相談援助、知的財産権実務諮問等である。

当該チームは教育研究をその主な職務とし、主に各級・類の学校、研究機構等に帰属している。客観的かつ現実的なニーズに基づき、かかる類型の専門家は、知的財産権管理部門及び各種類型の企業・事業団体、社会団体、組織、協会等で勤務し、所属部門で知的財産権教育・研究作業を担当している。しかし、知的財産権の総合管理体制・仕組みの改革につれて、知的財産権の行政管理部門が専門的に知的財産権教育研究に従事する職能が徐々に削られつつあり、最終的には完全に脱退するわけである。

20 世紀 80 年代以来、中国の知的財産権制度の快速な発展につれて、知的財産権教育・研究人材陣は、既に当初の僅かな人数から数千人まで迅速に増加してきた。大まかな統計によれば、2015 年 5 月 21 日までに全国の大学は計 2845 か所であるが、そのうち、一般大学が 2553 か所（独立して設置された民営一般大学 447 か所を含むが、独立した学院 [短大相当] 275 か所、中外共同経営学校 7 か所である）である¹。一般大学において、法学専攻を設置していたのは 600 か所余りであり、独立した知的財産権専攻を設置したのは 60 か所余りである。しかも、その他の学校において、知的財産権教育研究に携わっている専門家の数は、さほど多くはないものの、ある程度その人数を確保している。一般大学を除き、各級・各類の中学又は小学を含むその他の学校においても、知的財産権に関する教育研究に携わっている人が少数ながらいる。学校のほかに、知的財産権マネジメント研究、対策研究、政策研究、戦略研究と情報分析等を含む数多くの研究機構も知的財産研究に従事しているが、かかる類型の教育・研究人材の数も少なくない。

（2）第二陣：マネジメント人材陣

知的財産権管理専門人材陣とは、主に専ら知的財産権のマネジメント業務に従事する陣営を指す。専利マネジメント、商標マネジメント、著作権マネジメント、植物新品種マネジメント、税関マネジメント、地理的表示マネジメント、科学技術と文学芸術に係る各種事務マネジメント等を含んでいる。具体的な職能には、専利権付与・確認、商標権付与・確認、未登録商標管理、著作物登録又は著作権登録、科学技術成果転化、知的財産権税関届出、地理的表示製品の登録、民間文学の芸術表

¹ 出典 http://www.moe.edu.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/moe_634/201505/187754.html。参照日、2017 年 1 月 13 日。

現目次の編纂、伝統的知識又は物質文化遺産又は無形文化遺産データベースの管理、知的財産権紛争の調停、知的財産権市場の法執行及び知的財産権の国際交流と連携事務等を含む。

1980年代以来、国際統合が可能な知的財産権制度を構築するために、中国政府は当該チームの構築のために尽力してきた。当該チームは、知的財産権に係る各分野と各方面を全面的にカバーしており、中国の改革・開放と経済構築のために顕著に貢献している。

(3) 第三陣：司法人材陣

知的財産権司法専門人材陣とは、主に法院、検察院と公安機関において、知的財産権の裁判、捜査、提訴等の事務に従事する専門家を指す。

中国において、知的財産権事件に係る裁判は、法院が担当し、知的財産権犯罪に係る提訴業務は検察院が担当し、知的財産権犯罪捜査業務は公安機関が担当している。したがって、法院、検察院と公安機関において、知的財産権裁判、提訴と捜査に従事する専門家は、正に司法人材陣の主なメンバーである。そのほかに、専利副審委員会、商標評審委員会、反不正競争機構と独占禁止機構の専門家もこの陣営のメンバーに該当する。

現在、中国では既に3か所の知識産権専門法院が設置され、専ら技術類の知的財産権紛争事件に対する審理を担当している。ほかに、基層人民法院、中級人民法院、高級人民法院、最高人民法院までの四審級の法院は、関連する法律規定に基づき、いずれもある類型の知的財産権事件に係る裁判機能を備えている。これから分かるように、この人材陣は既に形成しており、かつ、その規模も大きい。

(4) 第四陣：サービス人材陣

知的財産権サービス専門人材陣とは、専ら知的財産権サービスを提供する専門人材陣を指すが、専利代理、商標代理、著作権代理、知的財産権の権利侵害訴訟の代理、非訟代理、知的財産権の公証サービス、鑑定サービス、諮問サービス、権利保護の支援、渉外サービス等の専門家を含む。

30余年の構築を経て、中国の知的財産権サービス人材陣はゼロから始まって、今は既に広くカバーしており、素質が比較的に高く、業務能力が比較的に完璧な局面を形成し、中国が世界の知的財産権の件数における大国になるために、顕著に貢献してきており、今後も中国が知的財産権強国になるために重要な役割を果たしてくれるであろう。

(5) 第五陣：企業・団体の知的財産権実務陣営

企業・団体の知的財産権実務専門人材陣とは、主に企業・団体において、専ら知的財産権に係る各種の具体的な実務を担当する専門家を指す。企業・団体における知的財産権の発明、運用、保護、マネージメントと権利保護等の実務を担当する専門家を含む。

この陣営は知的財産権実務操作の第一線に位置し、負うべき任務が非常に重く、臨むべき挑戦が極めて厳しく、知的財産権分野で生じる全ての変化に対して非常に敏感であり、行うべき実務が極めて繊細であり、少しの油断により在籍する団体に巨大な損失をもたらすおそれがある。例えば、最近の「喬丹体育」[ジョーダンスポーツ]とバスケットボール界の偉大なマイケル・ジョーダンとの間の氏名権侵害紛争事件は、訴訟期間が5、6年も続き、勝訴と敗訴の苦痛を経験した。喬丹体育社は、あらゆる手段を使い尽くしたが、最終的に敗訴した。かかる敗訴は、情理に合っていると看做しても予想外のものではなかった。

当該事件は、知的財産権紛争の微妙さをも現している。したがって、企業・団体の知的財産専門人材は、企業の生存・発展に対してどれほど重要な役割を果たしているかを語っている。

(6) 第六陣：知的財産権転化・運用陣営

知的財産権の転化・運用専門人材陣とは、主に知的財産権の転化・運用のために、実際に操作、又はサービスを提供する専門人材陣を指すが、知的財産権に係る融資、投資、取引、実施許諾、譲渡・移転、展覧・展示、価値評価、品質評価等を含む。

当該陣営は知識融通・クローズの特徴を有し、知的財産権の外野の人材である。当該陣営が従事する業務は、具体的な知的財産権の専門知識に及んでいるだけでなく、その多くは学際的な専門知識と技能に及んでいる。自然人、法人又はその他の組織が既に取得している知的財産権を競争力、生産力に転化し、その価値を実現することができていることは、その絶対多数の状況において、当該陣営の勤勉で誠実な仕事に頼らなければならないことになっている。

中国において、当該陣営は正に成長・拡大しつつあり、かつ、積極的に促す役割を發揮している。

(7) 第七陣：知的財産権保護の陣営

知的財産権保護の陣営とは、主により有効に知的財産権を保護するために、知的財産権情報サービス、警報サービス、調停又は調査等の事務に従事する専門家を指す。

かかる類型の知的財産専門人材は、外野にいる人材である。当該陣営が従事している知的財産権事務は、通常、直接知的財産権専門知識に及ぶわけではなく、主に知的財産権のデータ情報、市場運営の状況、知的財産権に係るある紛争又は証拠収集等に及んでいる。

知的財産権強国を構築することは、知的財産権の核心範囲にいる専門人材を必要するだけでなく、同時に、外野の専門人材も必要とする。かかる類型の専門人材は、知的財産権の発明、運用、保護とマネジメントのために、十分な情報を提供すると同時に、知的財産権に係る発明、運用、保護とマネジメントの効能を最大限に向上させることができる。

(8) 第八陣：知的財産権関連事務に従事する陣営

上述の七種類の知識産権人材陣のほかに、更に知的財産権の関連事務に従事するその他の専門人材陣がある。例えば、スポーツ大会の生中継、中継、解説に従事する専門人員、スポーツ大会の主催者、チェス類の試合に参加する選手等を含む。かかる類型の専門家は、ある角度からみれば、上述のある類型に含まれるかもしれないが、上述のいずれの類型にも含まれないかもしれない。しかし、この人材陣の人員は、いずれも知的財産権に係る可能性が高い。さらに、例えば、知的財産権の法律・法規の制定者及びそれに係る専門人材が従事している業務は知的財産権と密接に繋がっているが、上述のいずれの類別にも属さない。

(9) 中国の知識産権人材陣の特徴

上述の八種類の知識産権人材陣には次のような特徴がある。

(i) 数量の増加が迅速であり、中国の知的財産権事業の発展のために重要な貢献をしており、中国が知的財産権第一大国になるための主な力である。

(ii) 品質、素質、レベルと能力が比較的の高い水準にあり、中国の知的財産権事業の発展のための基本的なニーズを満たすことができる。

(iii) 構造が基本的に合理的である。上述の八類型の専門人材において、前の四類型は核心範囲内における専門人材に該当し、その比率は比較的に低い、後の四類型は外野にいる専門人材に該当し、その比率は比較的に高い。全体の能力構造からみれば、ハイエンド人材が比較的少なく、ミドル・ローエンド人材が比較的多い。渉外事務を取り扱う人材が比較的少なく、国内事務を取り扱う人材が比較的多い。また、単一専攻の人材が比較的少なく、融通性の人材が比較的に多い。

(iv) 総合能力が比較的に弱く、単一事務処理能力が比較的に強い。ここ数年間、中国では知的財産権紛争が快速に増加する傾向にあり、かつ、数多くの紛争が比較的長い時間持続し、知識産権人材陣の上述の特徴を際立たせている。

3. 知識産権人材陣に対する知的財産権強国建設上の現実的なニーズ

中国政府が2015年12月28日付で頒布した「新情勢下における知的財産権強国の建設加速に関する若干の意見」(以下「知的財産権強国意見」という)において、知識産権人材陣の構築を強化することを提起した。「知的財産権強国意見」では、学科の構築、人材育成のモデル、育成の規定、人材の導入、人材の蓄積と発見システム、職業レベル評価制度等の多方面において、知的財産専門人材の育成、使用と評価のために明確な方向性が提起された。これは、我々が知的財産権強国を建設する戦略展開において、如何に知識産権の人材陣を拡大していくかを示す誘導灯である。

(1) 応急型人材の切実なニーズ

応急型人材の不足は、主に大・中型企業とハイテク産業分野における知的財産権管理実務の専門人材である。この種の人材は、理工系のバックグラウンドにおいて、適切な知的財産権法律知識に関する教育を経て形成された第一線にいる在職人員である。現在、中国の知的財産権の応急型の実用人材は、「鍋に入れる米を待っている」状態に置かれており、一刻の猶予も許されない。渉外知的財産権紛争と訴訟に対応できる知的財産権応急型人材、自主的な核心技術と自主的な著名ブランドを構築できる知的財産権の応急型経営・管理人材を育成することは、大学の知的財産権教育の急務である。

(2) 複合型の管理人材ニーズの旺盛

中・末端部門と企業における知的財産権イノベーション、マネージメントと訴訟に係る複合型応用人材、特に企業・団体の知的財産権のマネージメント経営型の人材、及び社会性を持つ知的財産権サービス人材に対する社会的なニーズの不足が非常に大きい、このような業務に適合した複合型の管理人材を育成する学校は比較的少ない。したがって、今後、相当長い時間において、かかる人材のニーズは益々旺盛になるであろう。調査によれば、中国の地方法院の知的財産権法廷の法官うち、本当に知的財産権専攻の修士以上の学歴を持っている人数はゼロであり、知的財産権専攻の学部卒業生も法官総数の約10%しかおらず、その他の業界では言うまでもない。現在、中国の各大学で育成する知的財産専門人材の絶大多数は、法学専攻と専門を基にしているので、そのバックグラウンドにおいて育成された単純に法学性質を持つ知的財産専門人材の法学基礎は比較的深く、法理上の社会的な立法・司法のニーズに適応することができる。しかし、現実的なサービス作業において、当該人材の理工系専攻知識は乏しく、か

つ、マネジメントと経営知識に対する理解が少ないので、実際の業務職責上の真正なニーズに適応し
かねる。知的財産権専攻は総合的、学際的、複合的な専攻であり、法学の基礎が必要であるだけでなく、
理工系の技術知識の基礎も必要である。したがって、現在、喫緊に必要な知的財産専門人材は、正に当
該分野における人的資源である。北京大学知識産権学院の鄭勝利教授は、中国の企業が国際市場の中で
踏み止り、かつ競争力を保つためには、数多くの知識複合型、専攻交叉型、専攻綜合型の知的財産権の
経営管理人材を必要とすると語った。

(3) 知的財産権教育と研究型人材陣の拡大が期待されている

中国市場経済の快速な発展は、市場発展に適合する知的財産権イノベーション人材、法律人材、マネ
ージメント人材と代理人材を必要とするだけでなく、長期的な利益を図るために、研究と教育に専念す
るハイレベルの知的財産の専門人材を育成し、知的財産権の法律制度の改善と健全、特に知的財産専門
人材の育成のためのコア人材の提供を必要とする。このような人材が中国の知的財産権発展の前線をリ
ードすることにより、中国の知的財産権事業をより高く、より深い方向へ発展するよう導くことができ
る。

中国の知的財産権強国構築の目標の提出につれて、知的財産権の情報分析、価値評価、渉外貿易等の
人材に対するニーズは益々高まってきており、特に知的財産権の法律・法規を精通し、国際規則を熟知
し、比較的の高い知的財産権の専門的な水準と実務技能を身に付けたハイレベルの人材は、更に乏しい
ものである。知的財産権サービスの人材陣の構築は、基礎人材が不足し、ハイレベルの人材が乏しい状
況に置かれており、サービス人材の不足は、最終的にはイノベーション主体となる知的財産権の不足と
なる。

総じて言えば、中国の知的財産権関連教育の各ランク構造は、依然として不合理であり、未だ「ピラ
ミッド」式の人材ランク構造を形成せず、知的財産の専門人材の育成体系も依然として完備されておら
ず、かつ、中国知的財産権の保護現状の影響を受けて、知的財産専門人材の育成目標も不明確であり、
人材の育成も比較的に大きく制限され、最終的に知的財産専門人材の数とレベルにおける巨大な供給と
需要の矛盾をもたらしている。

4. 国外の有益な経験と具体的なやり方

21世紀は知識経済時代であり、イノベーション型知的成果及び知的財産専門人材は、各国の核心競争
力となり、西洋の先進国では早くから既に次々と知的財産権戦略を推進し、当該経済戦争の中でファース
トチャンス勝ち取っている。米国では知識利益の最大化を図るために、TRIPs を推進して世界貿易
体系に進入し、かつ、「環太平洋戦略的経済連携協定 (TPP)」の進捗に対する主導権を求めている。日本
は2002年7月に「知的財産戦略大綱」を策定し、「知的財産立国」の目標を明確に提出した。10年以上
の実践を経て、日本は、知的財産の発明、保護、応用、管理等において、科学的かつ合理的なシステム
を構築し、「貿易立国」から「技術立国」へと実現し、更に「知的財産立国」の戦略を向上させ、日本経
済の発展を推し進めた。したがって、米日等を含む国家の知的財産権戦略は、いずれも知的財産専門人
材の育成をその基礎とすることにより、経済構造の調整と経済成長の転換を駆動していることが分かる。
中国の知的財産権制度の発足は比較的遅く、知的財産権を戦略上の突破口として、経済発展、渉外貿易
と互いに結合させることは、正にその探索・成長段階に置かれており、それに係る知識産権人材陣は、

その規模も小さければ、素質も低く、数とレベルの両方面における向上を急がなければならない。当該側面において、仮に、中国が米日等の先進国の知的財産専門人材育成に係る進んだ経験を十分に吸収し、かつ、有効に転換させ、中国に適合する人材育成モデルを形成することができた場合、数多くの知的財産専門人材を育成し、後発的な優位を發揮し、当該経済戦争の中で「後の雁が先になる」ことができる。

米国が世界唯一の超大国になっている原因も、米国がほんの二百年に過ぎない建国進路の過程において、自国に適合した道を選択したことにある。すなわち、個々人の知力を十分に發揮させ、知的成果を利用して、国家の経済実力を増強してきたからである。当該発展思索に基づき、米国は自国の科学技術人材の育成に努力する一方で、海外のハイレベル人材を導入し、自国の実力を強化するためにも全力を尽くしてきた。当該過程において、米国は政府部門と市場のニーズを満たし、科学技術成果が生産力に転化することを促進するために、絶え間なく知的財産権チームの規模を拡大し、ハイレベル知的財産専門人材を育成し、吸収した。知識産権人材陣を構築することは、米国知的財産権戦略の布陣における重要な一環となってきた。

(1) 米国の経験と具体的なやり方

(i) 人材育成モデル

①合理的な課程の設置。多くの米国大学では、いずれも知的財産権の教育課程を設置している。例えば、著作権法、専利法、特許賠償と防御、商標と不正競争、知的財産権概論、国際知的財産権等である。しかも、一部の大学では知的財産研究所を設立し、知的財産権に係る理論と実務に対する研究のほかに、学生のために、全面的な知的財産権教育を提供し、知的財産権の意識を向上させ、基本的な知的財産権法律と実務に係る知識を把握させ、知的財産権の業務に従事することに対する志を持った学生が各大型知的財産権機構で実習できるようさせ、実際の運用能力を高めた。米国の知的財産権教育政策では、学生が理論的研究の立場からの出発のみならず、多背景・多立場下で勉強することを強調している。このような教育政策は、様々な融通が利き、市場ニーズとグローバル化競争対応を満たすハイレベル知的財産専門人材の育成に有益である。

②明確な育成目標。米国大学の知的財産権専攻育成目標は非常に明確であり、かつ、学生の職業生涯と直接結合させることもできる。一部の学生は、既に非法律専攻の博士学位を取得した後、更に知的財産権法を勉強しているが、その目的は正に知的財産権法律に係る仕事に転職するためである。したがって、法学教育を素質教育にするのではなく、一種の職業教育とするのであり、人材育成のレベルを高めるのに有利である。学校は育成目標を明確化にし、学生は入学前に自己の学習生涯、職業生涯に対して、いずれも既に明晰な計画を立て、かかる育成モデルでは教育資源の浪費状況が生じず、学校で教授するのも学生が希望する内容となる。

③教育チーム資源の統合。知的財産権問題の複雑性により、単一の法学教師、マネジメント学教師又は科学技術類の教師からなるチームは、いずれも教育活動の展開に不利であり、知的財産専門人材の育成業務のために、豊富かつ強力なチームサポートを提供することは難しい。米国の知的財産権教育チームにおいて、その教師は、通常、3つの方面から集まっている。すなわち、商業マネジメント博士、

法律博士、科学技術専攻博士であるが、3者とも共通する交わりがあるので、多専攻の統合を実現することを通じて、知的財産専門人材の育成の複雑なニーズを有効に満たすことができる。

(ii) 経費の投入

米国では毎年大学に対して巨額な育成資金を投入し、自国の科学研究の能力を高める一方で、大量の国際市場に適応するハイレベルの知的財産専門人材を育成している。これこそより、大きい世界市場の中で重要な地位を勝ち取ることができるものである。グローバル化の背景下で、各国ではいずれも異常なほど強力な競争のプレッシャーに臨んでおり、市場ニーズに応じるために、政府は政策を制定するとき、自国の企業に保護と支持を与える方向へ傾く。知的財産専門人材と市場との間の結合度は、一つの国家で全体の実力を発展することを現すものであり、結合度の高い国家は、往々にして経済実力が強く、社会発展が安定している先進国であり、その市場成長の度合は非常に高く、知的財産権専攻の人材に対するニーズも相当に大きい。結合度合が低い国家は、往々にして社会が激動し、経済発展が遅れ、国民の生活レベルが低い後進国であり、このような外部要素の原因により、知的財産権に対する認識が乏しく、イノベーションにより国の競争力の向上に役立たせることができない。したがって、国家ではより多いハイレベルの知的財産専門人材を育成するために努力することを通じて、市場のニーズに適応すべきであり、これは市場発展の段階性のある要求により決るものである一方で、国家の経済、社会の発展過程において必ず経なければならない過程でもある。

(iii) 人材の導入

米国は、ハイレベルの知的財産専門人材の導入において、正に全力を尽くしているが、それは主に全米の知的財産研究・開発がある程度優れている大学に巨額の奨学金を提供し、かかる大学が学術のルートを通じて、当該分野における海外の理論・実務専門家を吸収し、かかる専門家が米国で意見交流と学習をするようにさせたことである。また、米国ではH-1Bビザ計画を通じて、知的財産権の知識を十分に理解し、かつ、国際的な視野を持つハイレベルの人材が米国で勤務することを許可した。米国の各大型多国籍企業は、当該分野においても有力者としての役割を果たし、世界各地の至るところに研究・開発基地を設立し、毎年、かかる業務地区で次々に出現する知的財産専門人材に対して、定期的に米国本部に招聘して研修を行い、知的財産権に係る最新の理論と規則を学習させることにより、企業のために一層尽力するようにする。優れた貢献を果たした海外の知的財産専門人材に対しては、彼らが米国の国籍を申請することも支援している。かかる人材政策の出現は、米国市場のニーズを満たす一方で、米国のグローバル化の知的財産権戦略における非常に重要な立脚点にもなる。

(2) 日本の経験とやり方

(i) 政府の主導による人材育成

2002年、日本は「知的財産権戦略」を制定したが、当該戦略において、日本政府は自国の知的財産専門人材を育成することを提出し、大量の知的財産専門人材を通じて、全世界における日本企業の利益を保護し、管理するとした。知的財産専門人材育成における日本政府の主導的な役割は、主に次の三つの内容により現われている。①厳しい知的財産権の法的規律の制定。日本の知的財産権法は明治時代から既にその形を現し始めたが、第二次世界大戦を経て徐々に改正され、現在では既に完璧な体系を具備し、

各分野をカバーしている。したがって、制度的立場から知的財産権の重要な役割とそれに対する保護措置を規定している。②自由な社会科学技術のイノベーション環境の構築。文部科学省は、科学技術と社会との間の交流のルートを構築した。全国民に対して、自ら科学技術を感じることができる機会を提供している。例えば、融通の利く多種類の手段を運用して科学技術の情報を提供し、各種類の科学技術イベントを主催し、かつ、児童向けの「科学技術白書」を出版すること等である。③知的財産専門人材の育成経費の投入を増加した。大学等を含む研究機構に高額の奨学金を設置し、知的財産専門人材の数の増加に対する力を強化し、2005年の6万人から12万人までの増加を図った。

(ii) 企業内部と外部知的財産専門人材のそれぞれの分担

日本企業での知的財産権関連業務は、主に社内で見付ける知的財産権専攻人材、又は社会における知的財産権仲介サービスの人材を利用している。社内の知的財産権専門人材は、主に知的財産権のマネジメント業務に従事し、その核心業務の内容は、知的財産権に係る研究・開発の情報を収集し、企業内部で生み出された知的財産権の出願・管理・保護を支援し、定期的に各大学と研究・開発機構と連絡を取り、現在の研究・開発成果を把握し、遅滞なく知的財産権の成果を転化させ企業のために貢献し、最終的には新たな生産力を形成していくことである。もう一つのルートは、特許弁理士に頼ることである。日本の特許弁理士制度は、非常に整備されたものであり、弁理士は主に特許、実用新案、意匠、商標等の産業所有権の保護を中心に、著作権法、不正競争防止法に関連して、更に産業財産権の侵害訴訟等の広範な分野において、国内外の知的財産権の保護と運用業務に従事している。

(iii) 全世界の知的財産専門人材の網羅

日本は既に高齢化の社会に入っており、人口の減少も既に数年間続いている。経済の回復・成長を図るために、前進の原動力を持続させるために、日本政府は2008年から緩和的な留学政策を打ち出し、2020年までに「留学生30万計画」を提出した。当該計画の提出は、日本が海外のハイレベル人材を受け入れるための重大な措置であると認められており、日本政府には重要な国家人材戦略の一つとして見做されている。日本は、更に海外の被雇用者の受入作業を拡大し、日本企業の海外支社における優秀な人材を対象に優先的に日本国内へ受け入れ、合法的な身分を与え、快適な勤務環境を提供する。現在、多くの海外の日本企業は、ハイレベルの人材を海外から被雇用者として受け入れ、既に日本の経済成長過程において有力者としての役割を果たし、ハイレベルの知的財産権専門人材は、知的財産権専門人材と権威者として、日本の国家グローバル化の戦略のために、護衛者の役割を果たしている。このような状況は、日本企業の海外での拡張過程において、多くの煩いを回避させると同時に、多くの利益をもたらしている。

2004年4月、文部科学省は東京大学等の66か所の大学に大学院を開設し、法律、特許、標準等の知識を兼ねたハイレベル専門人材を育成し、国際視野に立つイノベーション研究・応用型人材を育成し、全面的に育成を拡大し、国際活動を展開でき、商業意識を有する知的財産権サービス人材を育成することになっている。2010年、全国では既に各種の知的財産権人材が10万人に達し、司法試験に合格した弁護士が25000人に達した。知的財産権サービス業の人は、特許、商標代理、特許弁護士から始め、特許情報サービス、特許運用と取引者に至るまで、いずれも専任者に分けられ、その規模も徐々に大きくなり、かつ、「知的財産権立国」戦略の推進において、重要な役割を發揮している。

(3) ドイツの経験とやり方

ドイツの工業発展がずっと全世界の先頭地位を占めていたので、知財業界は非常に全面的な発展をもたらし、企業が知的財産権専門部署を設置した発祥地でもある。最も著名なシーメンス社を例とすれば、自社の情報科学技術業界における自社の先頭地位を保持するために、シーメンス社では知的財産権情報研究センターを設立し、シーメンスに係る業務分野に対して監視、市場動態と業界趨勢に関する研究、特許の配置を行い、競争相手の研究・開発に係る進捗を研究し、競争相手が出願した特許データを利用して、自社が直面する潜在の技術競争リスクを分析し、知的財産権管理・サービス専門人材を育成することにより、企業のコア競争力を向上する重要な手段としている。特別に知的財産権の管理研究センターを設立し、世界範囲における 5.8 万件以上の自社特許を管理し、かつ、特許権の譲渡、許諾、商業転化と保護を担い、知的財産権の協議と権利保護を担当している。

弁理士の管理は、欧州のその他の国家と同様に資格試験を必要とし、かつ、試験参加者に対しては、特別にその実践経歴を求めている。すなわち、26 か月以上の特許弁理士助手の業務経験を有し、助手業務期間にドイツ特許局に教育状況の報告を提出し、22 か月以上の大学教授の指導の下での法律知識の教育、ドイツ特許局における 2 か月以上の実習経験を有し、特許審査過程を熟知し、連邦特許裁判所の 6 か月以上の実習を有し、連邦特許裁判所の立件過程を理解すること等である。

ドイツ特許弁理士試験について、試験委員会が統一的にその試験問題用紙を制定し、毎年三回の試験を行っているが、各試験参加者は多くとも三回の試験しか参加できず、もし、第三回に依然として合格できなかった場合は、永遠に試験に参加してはならない。欧州共同体的特許弁理士試験制度と比べると、ドイツの弁理士資格試験はその理論に偏っているが、その原因は主にドイツ弁理士試験では試験参加者に対して、非常に高い実践経験上の敷居を設定しているため、その合格率は 90%にも達し、欧州共同体的特許弁理士試験の合格率は通常 30%~40%しかない。ドイツ特許弁理士の登録要件は、試験合格の要件のほかに、職業賠償責任保険に加入し、顧客に対する職業賠償責任を負い、試験に合格した後、6 か月以上の職業経験を持つと同時に、弁理士協会の会員となり、会費を納付しなければならない。

ドイツ特許弁理士の職業教育訓練は、多くの特色があつて、特許弁理士になるためには、必ず少なくとも 34 か月の研修期間を経なければならない。研修弁理士は少なくとも特許弁理士事務所又は企業の特許部署において、指導教官の下で 26 か月間の見習うと同時に、定期的に欧州共同体とドイツ知的財産権法に係る通信教育を受け、かつ、特許弁理士試験に参加しなければならない。しかも、研修弁理士は更にドイツ特許商標局での 2 か月間の実習、ドイツ連邦特許裁判所での 6 か月間の実習に参加しなければならない。地方裁判所での 2 か月間の特許権侵害訴訟に係る実習に参加することも選択できる。「事務所、特許局と裁判所での厳しい訓練を経て、ドイツ特許弁理士は、特許出願の審査手続と基準が理解できるだけでなく、特許無効ないし権利侵害に係る司法手続を熟知する機会が得られる。」ドイツ在住の龔津平弁理士によれば、このようなやり方は特許制度、特に関連法律応用に対する理解を深めることに有利であり、特許出願書類を作成するとき、将来的に生じ得る行政又は司法手続を考慮し、特許の質を保障できるようサポートできる。ドイツでは特許審査官に対しても厳しく要求している。ドイツ工商総会の知的財産権専門家ドリスモラーは、特許は厳しい審査を必要とする知的財産権であり、権利を付与する特許局ではハイレベルの審査官がその責任を負い、「審査官らは物理、化学、機械工程等の専攻背景を有してこそ、特許出願が基準を満たすか否かについて判断できる能力を有する。」と述べた。

(4) アジア先進国の経験と具体的なやり方

アジアの新興国家シンガポールは既に先頭に立っている。2013年4月11日、シンガポール知的財産権局 (IPOS) は、6500万ドルを投資して、知的財産専門人材の育成と能力の構築の発展を大いに拡大し、知的財産権能力枠組み (IPCF) を通じて、シンガポールをアジアにおける世界知的財産権の中核に構築できるよう尽力すると宣言した。

2014年、前韓国特許庁庁長金鎬元 (Kim Ho-won) は、インタビューに対して、「まず、企業、公立大学、研究機構は、知的財産権におけるそれぞれの知識を強化させることを通じて、各自が必要とする知的財産権の実用技能を高めること。次に、小学、中学と大学の学生に対する知的財産権教育を強化すること。我々の目標は、全面的に知的財産権の教育を強化することである。韓国政府は今後、毎年、知的財産権に携わる学生の育成数を20%増加させる計画を立てているが、その目標は毎年の卒業生の数を3万人までに増加させることであり、国際的競争力を保つことである。当該学生の大部分は卒業後、直接に韓国の各大手企業に就職し、企業の知的財産権に対する保護の役割を強化すると同時に、企業のために、より多くの知的財産権に係る最新の成果をもたらすことができる。韓国の知的財産専門人材の市場化の程度は、既に先頭しており、これは韓国政府、企業、学校、社会等が共同で重視していることと切り離せない。

(5) 中国の知識産権人材陣の構築に対する示唆

第一、大学教育改革を重視し、文理兼備の複合型、多専攻、実務能力が強い知的財産権サービス型人材の育成を重視すること。米国にしろ、又は日本にしろ、両国はいずれも国家の知的財産権エリートの教育と育成を重視しており、国民の知的財産権意識の向上を重視している。基礎教育を強化することは、理工類の学部教育において、知的財産権課程を強化することにより、より多くの理工類の学部学生が知的財産権に触れることができ、理解できるようにする。知的財産権専攻の修士課程において、実務の運用訓練を強化し、学生のためにより多くの研修の機会を提供することにより、業界のために、多方面の能力を有する新人を提供する。

第二、業界の人材育成を重視し、人材の全体の素質を高めること。知的財産権サービス従業者は、まず理工系背景を具備すべきであり、かつ、マネジメント、経済、金融、知的財産権法律等に係る多専攻の知識も熟知すべきである。現在、育成方法において、各国はその共同点を有している。すなわち、このような人材の知識面の広さと深さを拡大すべきである。知的財産権専門人材は、一定の理工系知識背景を有すると同時に、法律知識、マネジメント学知識と経済学知識等を身に付ける必要がある。世界各国、特に先進国と一部の多国籍企業では、知的財産権専門人材の知識学習を非常に重視している。例えば、ドイツの多くの世界著名企業は、いずれも自社の知的財産権専門人材育成計画を有し、社員が初めて企業に入手する時点から社員に知的財産権に係る教育を行うことを通じて、新人に知的財産権に係る知識を理解してもらおう。例えば、如何に自主的な発明を出願・応用・保護するか、企業の知的財産権の秘密保持業務等を含んでいる。しかも、企業は知的財産権専門人材に対して、定期的に知識学習を行うことにより、当該人材の知識構造を更新し、新人に企業の生産ステップ及び未来の発展方向における核心技術を理解してもらおうよう尽力しているが、このようなやり方も企業発展の重要な措置の一つである。更に、知的財産権専門人材を大学、特許事務所、法律事務所、海外知的財産研究所に派遣し、理論知識と実際経験を学習させると同時に、常に各種の知的財産権意見交流会議に参加させることにより、新人の知識を豊かにし、企業の自主的イノベーションのために新たな原動力をもたらす。したがって、現段階に

において、中国の現有の知的財産権サービス機構における従業者の教育、訓練を強化し、その全体の素質を高めなければならない。理工系大卒の背景を有する人材を重点的に育成し、在籍中の学習とキャリアアップを重視する。企業の招聘時には、過去の審査、代理等の業務経歴を持ったハイレベルの人材を重点的に留意し、転職願望を持つ一線の人員のために、より多くの就職機会を提供し、人材陣を充実にさせることにより、育成指導の教官になってもらい、従業者の職業レベルを高める。

第三、政策的方針を通じて、エリートが知的財産権サービス業に集まることを激励・重視すること。先進国の知的財産権の人力資源政策は、科学技術のエリートチームの構築に対して、良好な推進の役割を果たしているが、これは中国の知的財産権人力資源の政策の制定、従業新人育成に対して重要な参照意義を有する。有力で積極的な政策を通じて、中国の大学と科学研究所及び各種類の企業における優秀な新卒者及び経験を身に付けた科学技術人員が奮って知的財産権サービスに従事するよう促進する。

第四、相応する税務優遇政策と就職優先政策を制定し、企業の利潤を高めることにより、サービス業界人員の収入のレベルを向上させ、中国の海外留学の人材に対する魅力度を拡大し、当該人材が帰国して関連サービス業界に従事することを励ますこと。知的財産権サービス業の成果は知恵の結晶であり、商品の流通ステップを節約するので、当局として、給与より多くの免税優遇政策を付与し、企業がより豊かでより多様なサービスの形式展開することを支援し、知的財産権サービス業を発展するため、より多くの就職先を提供することにより、多方面の能力を有する人材を吸収することが望ましい。海外留学生、大学の優秀卒業生を活用し、徐々に、外国語のレベルが高く、知識が広く、情報ルートが広く、国外の知的財産権法律を熟知し、国際化の背景を有する知的財産権と科学技術の仲介ができる専門チームを構築し、サービス品質とレベルを一層高める。

5. 知識産権人材陣の構築の苦境と障害

知的財産専門人材の成長は、簡単に成功できるものではなく、知的財産専門人材の体制・システム・イノベーションは、観念、制度、科学技術、教育、文化、経済等の多種類の要素からの影響と制約を受けており、知的財産専門人材を育成するために、中国では知識産権人材陣の構築のために、連続して関連文書を発布し、知的財産専門人材の育成を重要な戦略措置として確定した。各地各部門も、次々に知的財産専門人材戦略を制定している。しかし、その実際の効果からみれば、中国の知識産権人材陣の構築には依然として多々の障害があり、非常に厳しい挑戦に直面している。また、その原因も非常に複雑である。

(1) 知識産権人材陣構築に対する理念上の障害

政府の立場からみれば、ミクロ的に着眼し、全般を見渡せる知的財産専門人材を必要とする。対内的には、法律制度、管理制度等を含む知的財産権の制度を構築・改良でき、対外的には、国の利益のために、知的財産権に係る国際事務に参加し、対応すべきである。例えば、知的財産権に係る国際条約、公約を締結（又は参加）し、知的財産権に係る組織と会議に参加し、知的財産権に係る、経済、人権等を含む対話を行い、国際社会が中国に対して提起する知的財産権紛争を対応することができる。社会的立場からみれば、知的財産専門人材に対する様々な部門からの要求も異なっている。例えば、行政管理部門が必要とする人材は、知的財産権の行政管理の人材として知的財産権に係る産生、譲渡、許諾及び紛争解決が取り扱える知的財産専門人材である。司法部門が必要とする人材は、知的財産権司法人材とし

て、法律の立場から訴訟と非訟紛争に対する調停又は解決ができる人材である。また、実務部門では自己の業務ニーズに応じて、知的財産専門人材に対する要求が一層多様化されており、通常、本業界の専門技術又は管理技能をベースにして、行政、司法部門の要求を満たすと同時に、更にコミュニケーション能力があって、知的財産権に係るビジネス又は交渉活動に参加できる人材を必要とする。教育部門で認める知的財産専門人材は、上述の人材と異なって、着実な法律素養を備え、かつ、実際の問題を解決でき、ある程度の技術、又は（と）管理知識を理解し、かつ、一種の外国語をマスターした知的財産専門人材（育成目標）である。以上の要求を満たす知的財産専門人材については、知的財産権の複合型人材と総称し、国家又は教育部門、ないし実務部門にかかわらず、いずれも知的財産権の複合型人材の育成に尽力することを唱えているものの、上述の観念の差異を通じて、我々は知的財産権の複合型人材に関するコンセンサスが得られていないことが分かる。しいては、現在、中国では知的財産専門人材に対する定義と範囲が未だ統一されておらず、明確な目標もなく、知的財産専門人材の育成は「そこを歩きながら、その道を知らず」の状況になるであろう。

（2）知識産権人材陣の構築に対する政策上の障害

知識産権人材陣の構築は、国家から相応の政策上の支援を必要としている。しかし、現在に至るまで、中国政府が正式に制定した学術専攻目次には知的財産権専攻を含んでいない。言い換えれば、知的財産権専攻は正規な専門学術ではない。現在、中国で育成している知的財産専門人材は、主に法学（学術型と法律修士の応用型）、マネジメント学、経済学、技術経済学、政治学、社会学等の関連専攻を通じて完成されている。しかも、更に特別なテーマの訓練、短期訓練、掛合い訓練等の経路を通じて、知的財産専門人材を育成している。より多くの知的財産権のハイレベルの応急型人材は、具体的な実践の中で自学自習により生長している。

かかる状況の最大弊害は、次のとおりである。知識産権人材陣は、全体的に豊富・堅実な知的財産権専攻の基礎と、系統的な知的財産権理論の素養が欠如し、急ぐあまり目の前の利益にすがりつく価値指向を養っている。もっと残念なことは、知的財産権専攻は自ら体系を形成できず、自体の理論基礎もなく、一部の末技又は実際技能に過ぎないと誤って認識されることである。最も深刻な結果は、正に融通性、渉外性と理論性を有する知的財産権ハイレベル専門家を育成しかねることである。

現在、中国の企業が遭遇している最も頭が痛い問題は、国内競争の中で如何に知的財産権を利用し、優位を勝ち取るかの問題ではなく、常に海外で遭遇する不公平な知的財産権侵害訴え、知的財産権貿易の障壁とアンチダンピング調査であり、報復関税又は競争市場の強制退去にさらされ、企業に巨大な損失をもたらしている。

（3）知識産権人材陣の構築に対する制度上の障害

成文化の制度からみれば、中国では未だ相応する法律又は政策における知的財産専門人材についての明確な定義がない。知的財産専門人材の種類に対しても法規上の区分がなく、学者が知的財産従事者から形成された人員を大きく六つの種類に分けられると提出したに過ぎない。これらは、それぞれ知的財産権行政管理と法執行人員、知的財産権審査人員、知的財産権立法と司法人員、企業・団体の知的財産権管理人員、知的財産権仲介サービス人員と知的財産権教育・研究人員である。しかし、かかる分類について、学術界では一致した意見が得られていない。したがって、知的財産専門人材の育成市場において、混乱が生じ、各種の訓練も次々に行われ、取得した資格は社会的に認められていない。役職性の制

度からみれば、知的財産専門人材は一致された固定役職を有せず、時にはその他の役職と重複しているが、例えば、管理職及び技術職と重複し、時には独立した役職として設置されている。例えば、特別に設立した知的財産権の法務部の場合は、知的財産専門人材に係る教育と職能責任の設置に困難をもたらす。なお、知的財産権学歴教育に対しても、制度上のサポートが欠如している。2004年教育部と国家知識産権局が共同で発表した「大学の知的財産権業務を一層強化することに関する若干の意見」の13条において、「知的財産権専攻地位の向上」を提出したものの、知的財産権専攻のランクについては明確に確定しなかった。また、2008年の「戦略綱要」においては、「知的財産権二級専攻の設立」を提案していたものの、知的財産権に所属された一級専攻については言及されていない。知的財産権の複合型人材の要求に基づき、法学、マネジメント学、経済学等の範囲内で知的財産権を設立することは、いずれも可能であっても、さほど合理的なことではない。したがって、専攻の設置においても、知的財産権が所属される一級専攻について明確にすべきである。

(4) 知識産権人材陣の構築に対する経費上の不足

知的財産専門人材の就職状況からみれば、大多数の企業の知的財産専門人材は、一般人材に比べて特殊なところがなく、知的財産権に係る知識と技能は、企業が必要とするときに、付加知識として現われている。政府部門に就職して、公務員として勤める知的財産専門人材の待遇も、その他の人員より高いわけでもない。知的財産専門人材の育成コストは、通常、その他の専門人材より高く、学習コストと難度もその他の専攻より高い。育成機構の立場から知的財産専門人材の育成を観察すると、理論教育のほかに、更に実務能力の育成を必要とし、かかる育成機構においてはより多くの社会資源を必要としている。例えば、訓練する拠点の構築、訓練クラスの開設、講座の開催と定期的な経験交流等は、いずれもより多くの経費の投入を必要としている。しかし、中央・地方財政からこのような育成機構に与える経費は常に不足し、時には資源の分配が非均衡な問題が存在している。

(5) 知識産権人材陣の構築に対する文化上の障害

中国にとっていえば、知的財産権制度は舶来品であり、中国の伝統的文化からみれば、知的製品を確立し、かつ保護するような伝統がない。例えば、著作権の保護対象としての著作物の場合は、中国の伝統的文化の中で伝播・共用すべきものである。著作者の名誉と名望は、著作物の伝播過程の中で生じるものであり、更に経済と非経済的な利益をもたらしている。専利も同様で、中国の諺で「弟子に教え込むと、師匠は飯の食い上げだ」のように、通常、専利は秘密として家族が子々孫々により伝承されるものである。仮に現代社会の中における営業秘密であっても、一種の知的財産権として保護されるべきである。したがって、中国では知的財産権を生じるようなそれなりの土壌がない。

その後、知的製品に対する保護は、中国で緩い段階から厳しい段階への経歴を経ている。知的財産権に対する公衆の意識は、未だ知的財産権の拘束が比較的緩い時代に留まっている。例えば、中小企業は自社の商標、特許及び著作権を軽視し、かつ、他人の知的財産権に対して無断で侵害しているが、これは知的財産権に対する知的財産専門人材の重視とは明らかに対比されている。知的財産権に対する軽視があつてこそ、知的財産権業務に従事することを目指す人々の範囲が比較的狭くなり、ハイレベルの知的財産専門人材が生まれる確率もより低くなっている。しかし、国際社会では知的財産に対して益々重視されつつあり、知的産業がもたらす経済利益が経済発展の中で占める比率は日増しに大きくなり、ハ

イレベルの知的財産専門人材の欠如は国際経済活動における中国を一層受け身にさらしている。ましてや言語上の差異が存在する状態がある。

6. 知識産権人材陣の構築の有効な対策

上述の苦境と障害について、「知的財産権戦略綱要」と「知的財産権強国構築意見」に基づき、かつ、中国の経済社会発展と知識産権人材陣構築の総体的な要求に合わせて、次の四つの面から知識産権人材陣の構築の対策を提起する。

(1) 知的財産権関連専攻構築の強化

20世紀80年代以来、将来的に知的財産専門人材を育成することについて、中国では漸進的に中国の国情に適合する知的財産関連専攻の構築の経路を探索した。

(i) 20世紀80年代中後期において、法学学部生が民法学専攻課程を学習する過程で知的財産法学内容を追加し、学生に初歩的に知的財産の基本概念と基本内容を了解させた。その後、知的財産権法学を民法学の中から分離させ、単独した知的財産権の法学課程を開設し、知的財産権法律体系を教えた。

しかも、最も重要な措置は、正に知的財産権法学第二学士の学位を設立し、既に理科又は工科学士の学位卒業生を募集して、中国知的財産法制構築の応急型知的財産専門人材を育成することである。

(ii) 20世紀90年代以降、一部の大学では民商法専攻範囲内で知的財産方向を目指す院生を募集し、管理学専攻範囲内で知的財産管理学院生を募集し、かつ、その他の関連専攻範囲内で知的財産方向を目指す院生を募集した。90年代後期から21世紀初期までの間において、一部の大学では、関連専攻範囲内で知的財産権方向を目指す博士の募集を始めている。

社会ニーズを満たすために、一部の大学では知的財産大学院を設置し、優勢を集めて知的財産専門人材を育成する。

(iii) 21世紀初期において、中国大学では知識産権学部を設立する高潮時期が始まり、2015年に至るまで既に知識産権学部を設立した大学は約70か所に達し、知的財産権学部生、修士と博士（知的財産実用型の法律人材を含む）を育成できる規模上の効果を得ている。

現在に至るまで、中国での知的財産権専攻の設置は、正に色取り取りで、各自が独立している。例えば、各大学で設立した知的財産学部は、「知的財産法学部」には該当せず、その絶大多数は、いずれも法学部の下に寄寓し、法学部と平行又は並列するのは少数しかない。絶大多数の知識産権学部で募集する学生には、法学の学位（法学学士、法学修士と法学博士学位）が付与される。知的財産マネジメント学又はその他専攻の学位は、それぞれ様々な学部寄寓するものの、それなりの独立的な地位はない。

かかる措置により生じる実際の効果は、知的財産又は知的財産法学の地位が政府に認められず、知的財産専攻の卒業生の就職方向を不明瞭にさせてしまう。したがって、知的財産権強国構築意見では、知的財産関連専攻構築の強化を明確に提出したが、これは知的財産関連専攻の地位を明確化するのにも有利であれば、知的財産専門人材の育成と就職にも有利である。

強い専攻があってこそ強い人材があり、専攻自体が駄目な場合は、強い人材の育成を求めることは、「源流のない川、根のない木」と同じである。現在、知的財産専攻の地位が低すぎることは、当該専攻の設立と人材育成をバツが悪い地位に立たせてしまう。国家基準分類に基づき、法学は一級専攻で、民商法は部門法学として二級専攻に該当するものの、知的財産は民商法における三級専攻として設立されている。しかし、上述のとおり、知的財産専門人材自体は複合型人材であり、社会的に必要とされる人材は、知的財産法律人材のみならず、知的財産専門人材に対し、科学技術、インターネット、管理、外国語などを身につけることを求めている。まとめていえば、三級専攻としての知的財産権法がカバーし、解決できるものではない。したがって、「国家知識産権戦略綱要の印刷・配布に関する国務院の通知」と「新情勢下で知的財産強国の構築を加速化することに関する国務院の若干の意見」の規定に基づき、知的財産二級専攻の地位を明確にし、かつ、若干の国家知的財産専門人材の育成拠点を構築し、知的財産専攻の特徴に基づいて課程を設置し、知的財産専門修士・博士拠点を設置し、ハイレベルの精通した専門を特徴とするハイレベルの知的財産専門人材を育成すべきである。我々は知的財産専攻を一級専攻として設置し、かつ、独立した専攻類別として設置し、その下に技術型知的財産と非技術型の知的財産という二つの二級専攻を設置することを提案する。

(2) 産学研連携育成モデルの改善

知的財産権がほぼ全ての分野をカバーする専攻であることは誰も分かっている。したがって、知的財産専門人材は、複合型、応用型と国際型人材であり、着実な知的財産専攻基礎を身に付けることがその急務であり、更に幅広い関連専攻基礎を必要とすると同時に、融通性のある应用能力を必要としている。

中国で知的財産専門人材を育成してきた実践経験によれば、単純に大学で育成した知的財産法学の専門家、マネジメント学の専門家又はその他いずれかの専攻人材の場合、ある特定分野の喫緊な需要（応急型人材に等しい）を満たすことはできるが、企業、市場、司法とサービス等を含む知的財産専門人材のニーズを満たしかねる。

最も基本的現実には、専門性の高い企業、ハイテク企業と外向型企业、知的財産裁判、知的財産行政管理、特許審査と商標審査等の実務において、知的財産事務に従事する専門家の中の絶大多数が大学で育成された知的財産学位を持つ人材ではなく、各企業、機関又は機構が理工系専攻の卒業生の中から選抜した後、知的財産集中訓練、実践を経て、成長された人材である状況である。

このような厳しい現実には、我々に対し、知的財産専門人材の育成は大学専攻による育成も必要とすれば、更に産業・学校・研究連携育成モデルを採用してこそ、正に社会ニーズを満たせる専門家を育成できるということを知らせている。

(3) 知的財産権専攻学位教育の強化

事実上、産学研連携育成モデルを採用して育成した知的財産専門人材には、知的財産学術学位人材を含むだけではなく、更に知的財産専攻学位人材の教育を突出させなければならない。

知的財産専攻学位の教育重点は、次のとおりである。

(i) 入学条件を若干緩めることにより、既に学部学歴を取得した全ての各類型人材が試験に参加することを許し、特に業務経験を有する人員が試験に参加することを奨励し、優秀な人材を選ばなければならない。

(ii) より開放的に課程を設置し、知的財産の基礎理論、法律の基礎知識、融通性の基礎知識をほかに、若干の課程プレートを設定し、学生に各自の好き嫌いに応じて選択してもらう。例えば、著作権課程プレートは、著作権実務課程をメインとして、著作権と創作・創業、著作権と代理、著作権と訴訟、著作権と融資、著作権と公正、著作権国際保護、著作権と取引、涉外著作権実務などを開設することである。

(iii) 授業形式について、一層の多元化を求められ、産学研連携開放経営の形式を採用し、学生に相互連動の中で学習してもらい、実践の中で学習し、社会の中で学習するようにさせられる。

(iv) 授業の内容を一層豊富にさせ、学習専攻知識を学習させるだけでなく、更に関連専攻知識、特に経済学、マネジメント学、論理学、社会学、ゲーム理論、科学技術学などを追加すべきである。

(4) 知的財産権者の多地区、多専攻流動と連携に対する奨励

経済社会では各個人が経済人であり、各個人はいずれも自己の経済利益の最大化を追求している。コストと収益は、知的財産の専門人材が就職先を選択するとき優先的に考慮する問題である。複合型人才としての知的財産専門人材の育成コストは比較的高く、特にハイレベル知的財産専門人材は、必要な知的財産法学知識を掌握するほかに、更に理工系又は管理学の知識を把握することを強いられている。したがって、政府又は企業は、知的財産専門人材の導入を考慮するとき、自主的なイノベーションを奨励し、知的財産権の産業化を促進することをその目的とし、関連インセンティブ政策を結合させるべきである。知的財産専門人材に対しては、物質的な奨励のみ行うだけでなく、そのイノベーション精神と進取的な意識に対しても奨励措置を結合させるべきである。

政府は企業に対する教育と引導を強化しなければならない。現在、大型企業、特にハイテク企業は、既に企業核心競争力に対する知的財産の重要な役割を認識し、既に知的財産専門人材の育成と準備を重視し始めており、正確な知的財産専門人材観を樹立している。しかし、当該企業における多くの知的財産関連人材の位置付けは、特許人材上に留まり、その他の知的財産専門人材、例えば、知的財産権サービス人材に対する認識が欠如しているので、大型企業が知的財産専門人材観を拡大するよう一層導くべきである。中小企業では、宣伝、教え込み、誘導等の方法を採用することにより、人材に企業の生存・発展と知的財産との間の密接な関係を認識してもらうべきであり、他人の製品を模倣することのみで短期利益を取得してはならず、知的財産権の武器を運用して自社の権利を保護し、企業の長期的な発展を求めなければならない。企業の知的財産意識が活性化された後でこそ、知的財産専門人材の流通ルートが開通される。

経済発達地区と経済未発達地区の知的財産専門人材を更に統合し、掛合い学習訓練、共同研究課題、プロジェクト連携等の方式を通じて、経済発達地区と経済未発達地区の知的財産専門人材の交流を実現し、訓練のためのプラットフォームを開拓していくべきである。

まとめていえば、知的財産専門人材の育成は、中国の知的財産専門人材のニーズと互いに適応しなければならない。知的財産専門人材の知識を十分に発揮させ、新たに条件を構築し、その機能を果たすべ

きである。知的財産ハイレベル人材の育成を強化し、知的財産実務型人材の開発を拡大し、知的財産サービス業の人材の導入を突出させ、知的財産行政の人材の育成を重視し、知的財産の訓練拠点の構築を改善し、知的財産専門人材交流のプラットフォームを構築すべきである。国内外知的財産法律制度と知的財産国際規則を精通し、比較的高い専攻レベルを身に付けたハイレベルの人材と知的財産行政管理・法執行、教育・科学研究、戦略研究、情報化の構築等の分野において先進専門レベルと学術優位を有するハイレベル専門人材を育成すべきである。

II. 中国知的財産専門人材育成目標と学部カリキュラム設置

前中南財経政法大学 知識産権研究センター 熊琦*教授

1. はじめに

中国経済が労働密集型から技術密集型へ変遷するにつれて、知的財産人材は、益々不足する傾向にある。改革開放以来、中国経済が高速発展軌道に乗ることに役立てた「中国製造」は、今まででは、人的資源における労働密集と商品の販売における価格の低廉をその特徴としてきた。しかし、環境汚染、人的資本の上昇と区域経済情勢の変化につれて、伝統的な中国製造が依存してきた労働密集型の産業は、持続的に維持できなくなっている。そのため、21世紀に入って以来、中国政府は各種の方法により、「中国製造」から「中国智造」への移行を促進し、産業のアップグレードと制度のアップグレードを通じて、文化密集型と技術密集型の産業を新たな経済成長ポイントとしている。ここ数年の間、国家指導者が各国を訪問する際にも、中国の原子力発電、高速鉄道、光電子等の中国ハイテク産業のプロジェクトを積極的に勧め、中国の技術密集型の産業のために宣伝してきている。これを基にして、知的財産専門人材の需要量は、短期間内に大幅に増加し、国内の各大学の知的財産学部も次々に設立されている。

しかし、知的財産修士、博士、ないし学部生を募集する学部と大学院が益々増加しているものの、その育成モデルと方法においては、未だに広く認められた道筋が探索できていない。その中で、最も肝心なのは、知的財産専攻のカリキュラムの問題である。カリキュラム設計の優劣は、直ちに人材育成の質に係り、人材の将来性に係る。中国の現段階の知的財産専攻教育は、主に大学の法学部とマネジメント学部の下で展開されており、既に専門の知的財産学部を設立している大学において、その運営は法学部又はマネジメント学部へ委託され、「二つの看板を掛け、一組のメンバー」のやり方を採っている。したがって、カリキュラム設計において、法学部とマネジメント学部は、それぞれ本専攻に偏る方向でカリキュラムが設計され、中国の知的財産専門人材の教育のカリキュラムの設計は、法学とマネジメント学の2種類の特色を持つ分布状態を現している。知的財産専攻は、独立して学生を募集する学科部類として、カリキュラムの編成において、如何なる特殊性を持たない。実践分野からフィードバックされた結果からみれば、大学の知的財産専門人材の育成效果は、成功していると言えない。科学技術部、工業と情報部、国有資産管理監督委員会は、2014年の全国人民代表大会常務委員会による特許法の執行に係る検査において、知的財産人材チームの構築において、主に2つの大きな問題が存在するとした。一つは、現在の科学技術(管理)人員の知的財産意識と制度の運用能力が普遍的に高くないことである。もう一つは、社会の中レベル、ハイレベル、複合型の知的財産管理人材が乏しく、企業における知的財産最前線の従業者の知的財産権保護と運用の経験が普遍的に乏しく、かつ、過去十年間において、大学から社会へ排出された適格な知的財産人材は2000人を超えない¹。上述の問題に鑑み、本研究では知的財産専門人材の育成目標に合わせて、海外の如何なる同様な経験も参照できない状況で、中国の知的財産専門人材の学部カリキュラムの設計問題を反省し、中国の知的財産専門人材育成のために、一定の参考となる考え方を示す。

* 法学博士、華中科技大学法学部教授、博士指導教官、院長助手、最高裁判所知的財産権司法保護理論研究基地副主任。

¹ 唐瑤「中国大学知的財産管理人材育成モデルに関する分析」広東石油化工学院学報2015年2号。一部の学者は、中国現段階の知的財産人材の育成は、基本的に成功しているとしている。鄭勝利「新たな経済時代の中国知的財産権専門人材教育に関する思考」知識産権2008年2号。

2. 知的財産専門人材の育成の歴史に関する整理

(1) 人材育成政策の発展

中国が初めて政府文書の中で知的財産人材育成について明確に言及したのは、2004年の「更に大学知的財産業務を強化することに関する教育部、国家知識産権局の若干の意見」(教技[2004]号)であり、この文献の公表により「大学では『法律基礎』等に係るカリキュラムの中に知的財産権関連の内容を追加し、かつ、積極的に学部生と院生のために単独の知的財産カリキュラムを編成するために条件を作り上げる。」と明確に求めた。これは、中国政府の文書の中で初めて知的財産権に係るカリキュラムの編成を提出したことである。文書の記載からみれば、教育部と国家知識産権局が、知的財産権学部教育と法学学部教育と間にその関連性が存在すると認めていたので、まずは法学科目の下に知的財産カリキュラムを編成することである。

その後、2008年の「国家知的財産権戦略綱要」において、知的財産専攻教育が再び言及されており、かつ、育成目標も独立した学科とレベルを上げ、専門的な育成になった。「綱要」では「いくつかの国家知的財産人材育成の拠点を構築する。ハイレベルの知的財産権教師陳の構築を加速化する。知的財産二級学科を設置し、条件を満たす大学で知的財産修士、博士学位の付与拠点を設置することを支援する。各級・各類の知的財産専門人材を大規模に育成し、重点的に企業により早急に求められる知的財産管理と仲介サービスの人材を育成する。」ことを提起した。したがって、「綱要」は「意見」に比べて、知的財産人材の育成において、具体化された要求を現していることが分かる。まず、国家知的財産人材育成の拠点は、学部教育以外の生涯教育体系に該当し、知的財産人材育成が学部教育序列に限らず、職業訓練の類型に加えることが求められた。次に、学部教育系列における知的財産人材育成に対し、独立した専攻方向の設置に関する試みを要求し始めている。

2012年10月12日、国家教育部が正式に頒布し、実施し始めた「一般大学学部専攻目録(2012)」において、知的財産は新たに追加された専攻として、正式に当該専攻目録の中に現れていたが、そのコードは「二、特設専攻 0301 法学類 030102T 知的財産権」であった。したがって、知的財産専攻はこの時機から学部専攻系列の中で正式に独立された。知的財産専攻の全体からみれば、依然として法学に従属するものの、その名称は二度と民法、刑法、行政法に類似する知的財産権法に該当せず、「法」という文字が付いていない知的財産権である。実践において、各大学でも各自の経営上の優位と特色に基づき、かつ、市場ニーズに応じて、法学、マネジメント学の下に知的財産専攻を設立している。

(2) 人材育成実践の発展

実践において、中国の知的財産教育も確かに法学専攻の内部から発足しているものの、法学分野の知的財産専門人材の育成は、マネジメント学の分野より早かった。現在、国内のメイン知的財産学部は、基本的に法学専攻の教育に委託して知的財産人材を育成している

中国の知的財産学部教育のスタートは、中国人民大学を皮切りにしている。中国人民大学の知的財産教学と研究センターは、中国で最も早期の知的財産教学と研究機構として、その育成実践は教育部又は国家知識産権局の正式な文書の発布より遥かに早い。早くも1981年から中国人民大学郭寿康教授は、知的財産を専攻とする学生を募集し始めた。当時、郭寿康教授が国際法教学・研究室に在籍していたため、知的財産専攻の学生は、国際経済法専攻に分けられ、研究テーマは知的財産権の国際的な保護問題

であった。それと同時に、中国人民大学佟柔教授が主筆し、1982年に出版された新生中国の第一部の民法学教材の「民法原理」において、郭寿康教授は「知的成果篇」を執筆した。その内容は、著作権、専利権と商標権等に係る知的財産権であり、知的財産権の特論を含む新生中国の第一部の大学の法学教材であった。1985年、中国人民大学では法学学部生のために、国内で初めての36時間の知的財産権法カリキュラムを編成し、正式な知的財産法学教育を展開した。したがって、中国の知的財産権に係る学部教育の発足は、中国大学が自主的に設置した結果によるものであり、決して立法のように、受動的に受け入れられた産物ではない。

同様に1985年において、世界知的所有権機関(WIPO)の事務総長バジェックスは、郭寿康を介して、中国国家教育委員会(現在の国家教育部)に書簡を送し、中国で知的財産権に係る学部教育を展開することを希望した。その後、WIPO代表団が中国を訪問する際、国家教育委員会と会談を行い、中国の大学で知的財産教育を展開するための合意を得た。WIPO代表の支援下で、国家教育委員会は、中国人民大学、北京大学、清華大学、西安交通大学、華中理工大学(現在の華中科技大学)、復旦大学等の六か所の大学で知的財産教育に関する座談会を行った。当該座談会では、まず、北京大学、清華大学と中国人民大学が共同で北京に一つの知的財産教学・研究機構を設置し、その後、上海、武漢、西安にそれぞれ三つの知的財産トレーニング拠点を設置することを初歩的に決めた。1986年、中国の大学における初めての教育・研究機構、すなわち、中国人民大学の「知的財産権教学と研究センター」を設置した。中国人民大学の法学部では、当該センターに委託することにより、学部段階における知的財産ダブル学士学位の専攻学生を募集し始めた。2016年に至るまで、中国で既に61か所の大学に知的財産学部専攻を設置し、知的財産専攻の修士、博士学位を付与する大学は32か所に達している。(下表²を参照)

【表-1】

大学名称	設立期日
1 華東政法大学(知的財産学部)	2003年
2 華南理工大学(法学部/知的財産学部)	2004年
3 暨南大学(法学部/知的財産学部)	2005年
4 重慶理工大学(知的財産学部)	2005年
5 中国計量大学(法学部/知的財産学部)	2005年
6 杭州師範大学(法学部知的財産学部)	2006年
7 浙江工業大学(法学部)	2007年
8 浙江工商大学(法学部)	2011年
9 内モンゴル財經学院(法学部)	2011年
10 福建工程学院(法学部)	2011年
11 南昌大学(法学部)	2011年
12 煙台大学(法学部)	2011年

² 二つのデータの出处は、上海大学知識産権学院陶鑫良教授と中国政法大学馮曉青教授がそれぞれ整理したデータである。陶鑫良「61か所の知的財産学部大学と32か所知的財産学院目録」を参照。
http://www.ciipr.com/yaowen_detail/newsId=2862.html、最終アクセス日2016年12月1日、馮曉青、王翔「中国知的財産学歴教育及び教学科研機構研究」武陵学刊2015年2号。

13	山東政法学部（民商法学部）	2011年
14	河南財經政法大學（民商經濟法學部）	2011年
15	廣西民族大學（法學部）	2011年
16	重慶郵電大學（法學部知的財産権系）	2011年
17	西南政法大學（民商法學部/知的財産學部）	2011年
18	中南民族大學（法學部）	2012年
19	大連理工大學（文法學部/知的財産學部）	2012年
20	蘭州大學（法學部）	2012年
21	北京科技大學天津學院（法律系）	2012年
22	保定學院（政法系）	2012年
23	石家莊學院（政法學部）	2012年
24	遼寧對外經貿學院（國際商學院）	2012年
25	ハルビン金融學院（法律系）	2012年
26	上海政法學部（法律學院）	2012年
27	蘇州大學（法學部）	2012年
28	安徽大學（法學部）	2012年
29	銅陵學院（法學部）	2012年
30	淮北師範大學（信息學院）	2012年
31	宜春學院（政法學部）	2012年
32	河南師範大學（法學部）	2012年
33	安陽工學院（文法學部）	2012年
34	武漢東湖學院（文法學部）	2012年
35	湘潭大學（知的財産學部）	2012年
36	湖南師範大學（法學部）	2012年
37	桂林電子科技大學（法學部）	2012年
38	重慶交通大學（財經學院）	2012年
39	西南科技大學（法學部）	2012年
40	蘭州理工大學（法學部）	2012年
41	甘肅政法學部（民商經濟法學部）	2012年
42	新疆大學（法學部）	2012年
43	華中師範大學（法學部）	2013年
44	天津科技大學（法政學院）	2013年
45	瀋陽工業大學（文法學部）	2013年
46	池州學院（政法管理系）	2013年
47	青島農業大學（經濟とマネージメント學部）	2013年
48	聊城大學（法學部）	2013年
49	山東女子學院（社会と法學部）	2013年

50	北京電影学院現代創意媒体学院（伝媒管理系）	2013年
51	河南科技大学（法学部）	2013年
52	中原工学院（法学部/知的財産学部）	2013年
53	河南師範大学新聯学院（法学系）	2013年
54	鄭州成功財經学院（文学と新聞伝播系）	2013年
55	衡陽師範学院（法律系）	2013年
56	広州大学松田学院（法政系）	2013年
57	重慶工商大学（法学部）	2013年
58	宜賓学院（法学部）	2013年
59	蘭州商学院（法学部）	2013年
60	泰州学院（人文学院）	2015年
61	景德鎮陶瓷大学（人文学院）	2015年

【表-2】

大学名称	設立期日
1 北京大学（知的財産学部）	1993年
2 上海大学（知的財産学部）	1994年
3 華中科技大学（知的財産権系）	1995年
4 同濟大学（知的財産学部）	2003年
5 華東政法学部（知的財産学部）	2003年
6 暨南大学（知的財産学部）	2004年
7 華南理工大学（知的財産学部）	2004年
8 中山大学（知的財産学部）	2004年
9 中南財經政法大学（知的財産学部）	2005年
10 南京理工大学（知的財産学部）	2005年
11 山東師範大学（知的財産学部）	2005年
12 西北大学（知的財産学部）	2005年
13 南京三江学院（知的財産学部）	2005年
14 青島大学（知的財産学部）	2006年
15 杭州師範大学法学部（知的財産権系）	2006年
16 中国計量学院（知的財産学部）	2006年
17 重慶理工大学（知的財産学部）	2007年
18 湘潭大学（知的財産学部）	2008年
19 中国人民大学（知的財産学部）	2009年
20 深圳大学（知的財産学部）	2010年
21 西南政法大学（知的財産学部）	2010年

22	西北政法大学（知的財産学部）	2011年
23	重慶郵電大学法学部（知的財産権系）	2012年
24	浙江工貿学院（知的財産学部）	2013年
25	中原工学院（知的財産学部）	2014年
26	四川理工学院（知的財産学部）	2014年
27	北京工業大学（知的財産学部）	2015年
28	鄭州大学（知的財産学部）	2015年
29	遼寧大学（知的財産学部）	2016年
30	桂林電子科技大学（知的財産学部）	2016年
31	中国科学院大学（知的財産学部）	2016年
32	大連理工大学（知的財産学部）	2016年

3. 知的財産人材の育成目標とカリキュラム編成中の位置付けの欠陥

知的財産人材育成の目標について、国内の各界では優先的に複合型と応用型の人材を目標とすることは言うまでもない。しかし、知的財産複合型人材が具備すべき要素、達すべき要求について、各自の認識は統一されていない。通常、知的財産権分野の複合型人材とは、育成対象として法律・管理・技術を分かっていることを求めており、育成対象として実践操作能力を具備することを求める³。しかし、上述の要求の学部段階における育成について、理工系、法律系とマネジメント系がいかに学部のカリキュラムの中で体现できるか、未だに何ら研究も行われていない。それと同時に、カリキュラムの設置において、正に如何に複合型、応用型の要求を実現するかについて、知的財産研究と教育の先行国家を含む世界の其他国家においても、参照になるような何らかの経験もない。中国の他に、知的財産を独立した学部教育の専攻として設置し、法学、マネジメント学等の伝統的な学科と平行して行っている国は未だ存在しない。したがって、このようなカリキュラムの編成は、ローカルな実情に基づいて、自ら探索していくしかない。

中国の知的財産専門人材の育成目標について、現在、主な論争は、次に掲げる幾つかにより現れている。

第一、知的財産専門人材は必ず理工系の背景を具備すべきか否か。学者は、「先端科学技術の知識基礎を有することは、知的財産人材が一般的な法律人材と区別される主なシンボルである。したがって、知的財産権専門人材を育成するとき、どの段階に該当する教育にもかかわらず、いずれもその理工系の背景を強調すべきである。」と主張している。早くも「2005年中国知的財産人材育成ワークショップ」において、鄭勝利、張乃根等の教授は、「知的財産専門人材育成は複合型人材の育成であり、一定の理工系の背景を具有することが最も望ましい。」と主張した。しかし、陶鑫良教授は、「知的財産権人材が理工系の背景を必要とするか否かは、決して絶対的なものではなく、社会ニーズは多元化と多様性を現しており、企業向けの技術管理類の知的財産人材は、通常、理工系の背景を具有すべきであろう。」と主張した。それと同時に、張玉敏教授も同様の観点を持ち、米国等の国において、数多くの知的財産事件の審理に従事した裁判官は、必ずしも理工系の背景を有するわけでもないものの、作成された判決文書は依

³ 陶麗琴ほか「中国知的財産権人材育成モデルと学科構築研究」知識産権 2011年7号。

然として非常にクラシカルなものであると主張した。当該観点について、呉漢東教授はかつて「知的財産人材は理工系の背景を有しなければならないということは、誤解である。」と数回指摘していた⁴。

第二、知的財産専攻の学科の独立性を如何に体现するか。知的財産学科は、独立前又は独立後にかかわらず、その学科の位置付けに関する定論は未だにない⁵。ある学者は「知的財産は法学の学科に属すべきである。すなわち、知的財産は法学三級又は二級学科であるが、それは、一つの学科の位置付けがその上位学科の位置付けにより決められるものであり、民商法学が知的財産権の上位学科に該当するからである。したがって、知的財産権は当然に法学の学科に属すべきである。法学のほかに、その他の学科は、いずれも知的財産学科を取めることができず、知的財産専攻は純粋な法学専攻に該当し、知的財産権人材になろうとする場合は、系統的な法学教育はその唯一のルートである。したがって、知的財産権人材は本質的に法律人材に該当し、知的財産権の重要性と特殊性は、いずれも法学から逸脱されることができない。また⁶、ある学者は「知的財産権は学際分野にて成り立つものであり、それは一種の制度になるだけではなく、更に一種の資源として見做すべきである。法律上の知的財産権の保護は、事実上、一種の消極的な管理と経営に過ぎず、マネージメントにおける知的財産権の経営は、正に積極的な保護と積極的な管理に該当する。」と主張した。更に⁷ある学者は「知的財産権は独立した一級学科であり、それなりの独特な研究対象があり、それなりの特有の基本範疇、理念、原理、命題等から構成する知識体系であり、知的財産は一種の特定の専攻として、それなりの特定人材の育成目標もあれば、それなりの特定人材育成規格もある。」と主張した⁸。

正に知的財産人材育成目標と学科の位置付けに統一的な認識が欠如していたため、知的財産学部カリキュラムの設置に混乱を招いている。具体的な状態は次のとおりである。

(1) 法学基礎能力の育成カリキュラム

具体的には、法理学、憲法、中国法制史、刑法、民法、商法、知的財産権法、経済法、刑事訴訟法、民事訴訟法、行政法と行政訴訟法、国際法、国際私法、国際経済法、環境法と資源保護法、労働法と社会保障法等の教育部が要求する十六学科の核心カリキュラムを含んでいる。

(2) 自然科学基礎能力の育成カリキュラム

具体的には、電工と電子技術、コンピューター科学、基礎物理、基礎化学、現代生物学基礎、機械構造図識別等の理工系の基礎カリキュラムを含んでいる。

(3) 知的財産専攻能力の育成カリキュラム

具体的には、著作権法、専利法、商標法、不正競争防止法、営業秘密法、国際知的財産権法、代表的国家の知的財産権法（米国、欧州共同体、日本）等の知的財産権類のカリキュラムを含んでいる。

⁴ 李国英「高校知的財産人材育成モデルの最適化」大学論壇 2012年2号。

⁵ 鄭勝利「中国大学知的財産専門人材教育を論ずる」中国発明と特許 2008年8号。

⁶ 劉春田の「中国知的財産大学教育の発展」を参照、「中華商標」2007年第11回に掲載。

⁷ 陶鑫良の「知的財産人材育成強化の緊迫感」を参照、「中華商標」2007年第11回に掲載。

⁸ 呉漢東の「知的財産権的学科特点与人才培养要求」を参照、「中華商標」2007年第11回に掲載。

(4) 知的財産権実践能力の育成カリキュラム

具体的には、知的財産権ライセンス貿易、知的財産権管理、知的財産権英語、知的財産権評価、営業秘密法、ネットワークと電子商務法、生物医薬技術知的財産権、知的財産権鑑定、特許代理実務、知的財産権ライセンス、企業知的財産権保護、企業知的財産権戦略、知的財産権紛争非訟解決、企業管理概論、専利文献情報と利用、証拠法学、仲裁法、弁護士と公証制度、知的財産権裁判実務、模擬法廷等の管理類と法学類のカリキュラムを含んでいる。

上述のカリキュラム設置からみれば、中国の知的財産権学部専攻のカリキュラム編成について、「理工系基礎カリキュラム+法学専攻カリキュラム+管理学実践カリキュラム+知的財産権核心カリキュラム」に概括できることが分かる。いわゆる複合性人材育成とは、事実上、法学、管理学と知的財産権の個別理論カリキュラムを組合せたものであり、知的財産権学科の独立性については、カリキュラムの中で完全に体现することができておらず、かかるカリキュラムにおいても、知的財産専攻に係る特有のカリキュラムは一つもない。しかも、カリキュラムの編成において時間の長さや密度からみても、4年間に於いて、学部生に対し、法学、管理学を熟知したことを基にし、理工系の基礎カリキュラムと知的財産権の核心カリキュラムを完成するだけでなく、更に実務類のカリキュラムに参加することを求めることは、学生が受け入れ、耐えられる程度がどうかについての市場反映から見れば、それほど楽観的なものではない。厳しい意味からみれば、現在、中国で開設している知的財産専攻学部の大学は、基本的に法学部に依託しており、仮に一部の大学で知的財産学部を設立したとしても、知的財産学部と法学部は、通常「二つの看板下にある一組のメンバー」である。したがって、知的財産学部専攻は既に独立して設置された新学科になっているものの、そのカリキュラムの設置からみれば、知的財産学部は本質的に知的財産権法学部に該当する。絶対多数の知的財産専攻は、法学部に設置されており、そのカリキュラム設置には法学教育上の伝統が深々と烙印されており、学生が取得する学位も法学学士学位である。それと同時に、上述の専攻により、各知的財産学部でハイレベルの品質に達することができるものは、事実上、法学類と知的財産権法学類のカリキュラムしかならず、マネジメント学、理工系の基礎カリキュラムは本大学のその他の学院教師に託して開設せざるを得なくなっている。かかる状況は、総合類の大学では完全に実現できるものの、単純な文科類又は理工類の大学では完成できず、知的財産専門人材の知識構造上の欠陥をもたらす一方であり、知識の蓄積においては知識のインプットが負荷を超え耐えられなくなっている。法学部の育成重点は、法律知識の伝授が多いことであるものの、マネジメント類、経済類の知識は乏しく、かつ、実践能力の育成では未だ西洋国家の法学部のように普遍的に事例分析・検討カリキュラムを設置していない。法学部の育成方法に比べ、理工系大学の知的財産権人材の育成優位は、マネジメント学と理工系のカリキュラムにあるものの、知的財産権法律と事例分析では、法学部の学生のような、体系的な訓練が受けられない。それと同時に、法学部又はマネジメント学部にかかわらず、知的財産教育に従事する教師は、基本的に法学教育のバックグラウンドを持ち、理工系の知識は比較的乏しいので、専利出願と技術解釈等においてそのニーズを満たすことができない。

4. 知的財産学部カリキュラム設置の合理性に対する反省

知的財産学部カリキュラムの設置上の失敗の根本的な原因は、知的財産学科に関する認識に誤りが存在することにある。大学学部専攻の設置は必ず知識体系及びその分業を遵守しなければならない。一つの学科が独立するか否かについては、主にその研究対象と方法がその他の学科から独立させる必要がある

るか否かで決る。知的財産について、我々は通常、学際分野として定義しているが、これは実践からみれば、その内容が確かに広く、法律、マネジメント、経済、科学技術、文化等の多学科の内容に及んでいるからであると普遍的に認識している。学際分野の定義からみれば、知的財産人材は当然に複合型であり、さもなくば、知的財産権を学際分野とする特色とニーズとの間のバランスが取れなくなる。ここ数年間、中国の一部機構と学者は、知的財産を法学、マネジメント学と平行する一級学科に向上させることを呼び掛けているが、これも正に学際分野の特徴に対する対応である。このようなカリキュラムの設置下で、理想とする効果は、当然ながら学部生が四年の学習期限内に、同時に二種又は三種の専門カリキュラムを習得できることであるが、実際の効果としては、学生が一種の専門カリキュラムに対する体系的な学習も難しい状況において、同時に複数の専攻を学習することにより、最後に各専攻のいずれも中途半端に終わってしまう。その結果、法学、マネジメント、知的財産のいずれも身に付けられず、社会人になってからは、就職した分野で改めて学習せざるを得なくなるが、これは学生のキャリア形成の障害になるだけでなく、企業にも負担をもたらしてしまう。

数多くの学者は、知的財産権法さえ学習すれば、知的財産権保護に係る法律知識を掌握することができ、知的財産マネジメントに係るマネジメント学カリキュラムさえ学習すれば、知的財産マネジメントに係る知識を掌握することができると当然のように主張している。したがって、マネジメント学部が主導する知的財産学部のカリキュラムの編成、法学部が主導する知的財産学部カリキュラムの編成では、いずれも長所の発揮と短所の回避を図ろうとし、できる限り自己の苦手なマネジメント学又は法学カリキュラムを圧縮し、知的財産に係る部分のみ保留しようとしている。例えば、法学類のカリキュラムでは民法、国際経済法、民事訴訟法等のみ保留し、マネジメント学カリキュラムでは企業知的財産マネジメント、企業マネジメント概論、企業知的財産戦略等のみ保留すること等である。かかる設置は、見掛けからすれば、「学際分野」に必要な科目の全部を包含しているように見えても、実は大学生の専攻思惟の形成規律を軽視している。

事実上、学生が身に付けた知識を実践の中で運用することができるか否かは、当該学科を身に付けた具体的な方法と当該学科を悟るための特殊思惟の掌握を必要としている。法学を例とすれば、法律学的思惟は、抽象的な法律概念に対する解釈を通じて具体的な案件の中に運用し、かつ、具体的な案件の経緯を抽象的に特定の法律概念に繰り入れる能力として、知的財産に係る少種類のカリキュラムを借りては実現できないものであり、法学理論から部門法に至るまでの全体の学習を必要とする。実践において、事実上、知的財産権法さえ掌握すれば解決できる問題は存在せず、仮に知的財産権法自体の場合でも、契約法、相続法、権利侵害責任法、刑法と訴訟法等を借りてこそ、正に運用できるものである。特に、知的財産権に係るライセンスと権利侵害問題について、もし、深みのある民法の参与がなければ、完全にその問題を解決することができない。これは、その他の国で知的財産権を一つの独立学科とせず、更に知的財産学部教育に従事する知的財産専門学部又は類似の教育機構を設立しようとしていない原因である。英国、米国又は欧州にかかわらず、学部段階で知的財産を学習することは、法学部又はマネジメント学部の一つの高学年のカリキュラムとするに過ぎない。例えば、知的財産法学、特許運営又は企業知的財産管理等であり、更にその中には大量の事例カリキュラムと文献カリキュラムもあるが、このようなカリキュラム編成下で、知的財産に興味を持つ学生は、知的財産に係るカリキュラムを選択履

修することができ、本専攻（法学又はマネジメント学）の特有専攻思惟の育成を遅らせることもない⁹。知的財産は一つの専攻方向に過ぎず、法学学科の中に定着している。上述のカリキュラム設計に基づき、四年後の学位獲得により実現することは、適した知的財産法学人材であり、法律的思惟を身に着け、これをベースにして、知的財産に係る法律問題を解決することができることである。

なお、独立した学科体系の立場から論証すれば、一つの一級学科又は学部専攻の構築は、その他の学部専攻とは完全に異なり、体系化された独特な二級学科群を具備しなければならない。当該学科群は、通常のいわゆる専攻核心カリキュラムであり、そのうち、いずれかの一種の二級学科のカリキュラムは、その他の学部専攻の二級学科カリキュラムと重複、又は交叉してはならない。知的財産に一級学科を設置できるか否かも同様な問題に臨んでいる。教育学からみれば、学科又は専攻の設置は、科学に基づいて構築しなければならない。一つの学科の位置付けは、その上位学科の位置付けにより決まっている。知的財産は私権と財産権として、民事権利の範疇に該当する。世界貿易機関は、「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」の序言において、「各加盟国は知的所有権が私権に該当することを承認する。」と明確に指摘した。したがって、民事法律を研究する民商法学は、現段階において、当然ながら知的財産学科の上位学科であるので、知的財産権も当然に法学学科に該当すべきである。法学のほかに、理、工、農、医、文、商、マネジメント、教育、軍事等の類別の学科は、いずれも正に知的財産学科を含むことができない。仮に、ここ数年間の一部の学者が提案したとおり、知的財産を一級学科とした場合、これに相応する規模の二級学科群を構築することは不可能である。個別大学で設置した知的財産学部専攻のカリキュラムからみれば、かかるカリキュラムは法学又は理学、工学に該当したり、又は管理学に該当したりするが、知的財産学部専攻自体の独特な二級学科カリキュラムを提供することはできていない。

したがって、法律、経済、マネジメントにしる、又は数多い理工科の類別にしる、各学科にはいずれも各自の思惟方式があり、正にかかる思惟方式を掌握するためには、当該学科に対して全面的かつ系統的に学習してこそ、その実現が可能であることが分かる。知的財産がそれぞれ法学とマネジメント学の下にある方向とした場合では、そもそも解決する問題も完全に異なっている。知的財産関連法律が解決するものは、知的財産権に係る確認と保護の問題であり、知的財産マネジメントが解決するものは、如何に高効率的に知的財産権資源に対する計画、組織とコントロールを実現することであり、理論工具又は実践運用にかかわらず、いずれも完全に異なる経路である。したがって、知的財産権法と知的財産権マネジメントの中にある法とマネジメントを消去し、中空状態で「知的財産権」という呼称を保留することは、学科間の差異に対する混同をもたらせば、知的財産権カリキュラム設置の失敗をもたらす原因になる。

知的財産人材育成の目標からみれば、いわゆる複合型人才は、根本的に知的財産を学習する各主体に対して、学部段階において、全面的に法律、マネジメントと科学技術を熟知することを求めるべきではない。個体の立場からみれば、学部段階の学習は法律又は管理の中のいずれかのカリキュラムを選んで開始し、その後、科学技術を熟知する学生を院生段階に繰り入れて知的財産カリキュラムの学習に加入させるべきである。言い換えれば、いわゆる知的財産の独立学部の設置は、取りやめにすべきであり、

⁹ 米国、英国、ドイツ、フランス、カナダ、オーストラリア、日本、韓国、シンガポール等の国家及び中国香港、台湾地区の同業界に対して行った考察・理解によれば、知的財産学部専攻を設置した国家は一つもなかった。一部の知的財産権専門研究教育に偏っている機構もその例外ではない。例えば、ドイツミュンヘン大学の知的財産教授は、主にマックス・プランク知的財産権研究所の研究員であるものの、知的財産法学博士課程の学生しか募集しない。更に、米国フランクリンピアス大学は、知的財産専門大学院であるものの、専攻設置上でも知的財産専攻修士に過ぎない。

停止させるべきである。知的財産権カリキュラムは法学とマネジメント学下に置く方向へ復帰し、個人向けで知的財産権法律又は知的財産権マネジメント人材を育成しなければならない。全体の立場からみれば、知的財産権の複合型・クロス性は、それぞれ相異なる個体により現されるべきである。西洋国家の企業においても、知的財産権業務に従事する被雇用者に対して、技術を身に付けたことを前提にし、更に全面的に知的財産権法律と管理を熟知すべきであることを要求したことはない。したがって、知的財産複合型人材育成モデルの最適化において解決すべき問題は、如何に相異なる個体において各種の必須知識と技能を「有機的に複合」させ、階級が明白であり、構造が合理的にあり、様々なニーズを満たす知的財産人材群を形成させることであり、個々人において複合型育成計画を実現しようとする事ではない。

当該育成目標に基づき、中国の知的財産学部教育は、法学とマネジメント学の教育に回帰し、知的財産を二つの独立した専攻の中のいずれかの方向とすべきである。学部は学部教育の基礎であり、育成する人材の将来像は厚い基礎と広い入口である。一部の国家では、学部教育の中で文学と理学しか設置せず、法学は院生段階の育成計画としている。それに比べれば、中国の学部区分の多くは、就職ガイドに偏っており、学科区分は既に非常に詳細なものと変わっている。仮に、更に知的財産を学部専攻へレベルアップさせた場合、科学の規律に合わなくなるだけでなく、学科設置の主旨にも背いてしまう。現在、知的財産学部専攻を設置した学校では、大よそ実際の意義より宣伝の意味が遥かに強く、しいては知的財産専攻を借りて、募集規模の拡大を実現しようとする目的もある。20世紀80年代から中国法学学部教育がかつて学部育成モデル上で歩んできた回り道からみれば、80年代の一部の大学では、かつて前後して国際法、経済法、国際経済法、国際私法、涉外経済法、労働法等を学部専攻として設置していたが、その結果はいずれも失敗で終わり、現在の法学教育は依然として「法学」の本色へ復帰している。知的財産学科の独立からみれば、歴史上の誤りを繰り返すに過ぎない。我々が正に尽力すべきところは、法学学部、マネジメント学学部専攻の知的財産選択履修と選択制限カリキュラムの比重を高めると同時に、非法学専攻学生のために知的財産の一般教育カリキュラムを設置し、かつ、法学部とマネジメント学部において積極的に知的財産専攻院生の教育を展開すべきである。21世紀に入ってからからの知的財産権の重要性を宣伝するために提出した一部のスローガン式の目標を放棄し、改めて知的財産権法律と知的財産管理人材の育成軌道に復帰し、カリキュラム設置において、それぞれ知的財産権法学とマネジメント学を巡って、事例カリキュラム、文献カリキュラム、基礎過程と実践カリキュラム等の院生段階のカリキュラムを考案し、学部段階において、法学と管理学の基礎カリキュラムの学習を重視し、知的財産を二つのみの専攻方向として定義してこそ、大学人材育成の正確な方法である。

Ⅲ. ハイテク企業知的財産権人材育成方法事例研究

重慶大学 陳愛華 副教授

1. 背景

2017年1月、中国共産党中央国務院は「第13次5か年計画国家知的財産権保護と運用計画」を公布した。同計画において、「第13次5か年」期間は中国が知的財産権大国から知的財産権強国へ邁進する戦略的チャンス期であり、国際における知的財産権競争が一層激しくなっているため、知的財産権の総合能力を大幅に向上させるべきであると指摘されている。これは知的財産権に係る計画が初めて中国国家重点的な特別計画に計上された。そのうち、「知的財産権人材育成システム建設の強化」が重大特別計画の作業内容に入れられた。中国が持続的に知的財産権人材育成に対する重視を高めることに伴い、企業も知的資本と持続的なイノベーションが企業の持続的な発展を遂げる原動力であること及び知的財産権人材育成が最も重要な役割を果たしていることを認識してきた。特に中国のハイテク企業に対して、コア技術に係る知的財産権のイノベーション、保護、運用及び管理能力は、企業の立脚の基となり、企業の命脈に直接的に関わっている。そのため、本文はハイテク企業における知的財産権人材育成について検討する。

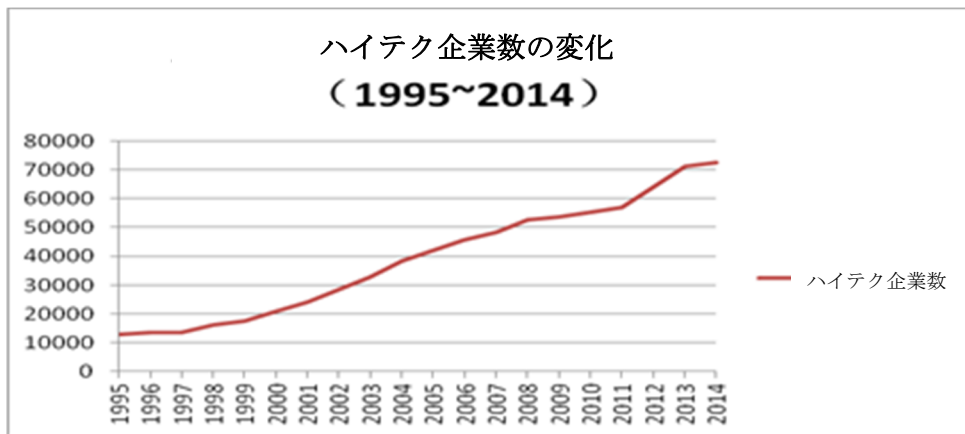
2. ハイテク企業の種類

(1) ハイテク企業の認定

2008年、国家科技部、財政部、財務総局の共同で「ハイテク企業認定管理弁法」と「国家が重点的に支援するハイテク分野」の2つの政策文書を公布し、同文書においてハイテク企業の認定条件、プログラム及び監督管理について詳しく規定し、2016年に一定の改正が行われた。ハイテク企業の認定条件は主に以下を含む7つの条件がある。企業が自主的な研究開発、譲受、受贈、買収合併等の方法を通して、その主要製品にメイン支援の役割を果たす知的財産権を獲得する。主要製品の技術は「国家が重点的に支援するハイテク分野」に規定している範囲に属される。科学技術者、研究開発者の比率、研究開発費用及び販売収入の比率が規定に適合する。自主的な知的財産権、研究開発の組織管理レベル、科学技術成果転化能力、成長性等の指標を含む企業イノベーション能力の評価が相応の要求に到達する。また、ハイテク企業に申請し、認可されてから、国家及び地方政府の納税と人材導入等における優遇政策を享受できる。2014年まで、ハイテク産業界開発区の企業は7万4275社に達し、工業総生産額が16万9936億9千万元で、純利益が1万5052億5千万元で、従業員総人数が1527万2000人であり、かつ持続的に増加している傾向（図-1に示した通り）であるため、ハイテク企業は中国科学技術発展において、非常に重要な役割を果たしている¹。

¹ データソース：2014年国家ハイテク企業の主要経済指標、科学技術部聖火ハイテク産業開発センター、<http://www.chinatorch.gov.cn/kjb/tjnb/201603/326e881401154621b8a512e59f594c50.shtml> (2017/1/17)。

【図-1】ハイテク企業数の変化（1995～2014）



資料ソース：筆者が中国科技部の統計データに基づいて作成

これらのハイテク企業の認定条件から分かるように、ハイテク、知的財産権及びその運用、管理能力はハイテク企業認定のメイン条件である。知的財産権人材育成は、一般企業よりハイテク企業にとって重要であると考えられる。

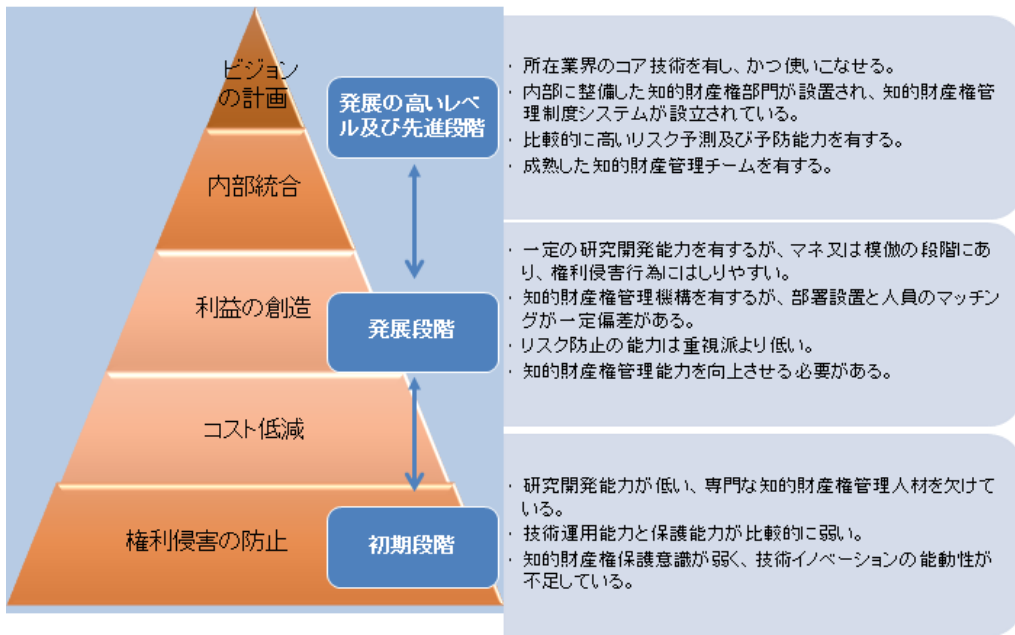
（2）ハイテク企業の分類

現在、ハイテク企業の分類は主に2つの方法がある。1つは「国家が重点的に支援するハイテク分野」の規定に基づき、関連する分野によって分類する。具体的には、電子情報技術、バイオ・新医薬技術、航空宇宙技術、新材料技術、ハイテクサービス業、新エネルギー及び省エネルギー技術、資源と環境技術、ハイテクを利用して伝統産業界を改善する等である。もう1つは、「統計上の大中小微型企業の分類方法」に基づき、従業員の数、企業の収入、資産の総額及び規模等の指標によって、大型、中型と小微型企業に分けられる。しかし、この2つの方法とも、「知的財産権」というメイン要素がハイテク企業における重要性が表せていなかった。知的財産権がハイテク企業認定における重要性に鑑み、本研究において、企業の知的財産権の管理レベルによってハイテク企業に対して分類する。袁真富（2009）²の紹介によれば、1998年 Thomas A. Stewart は知的財産にかかると著書『Intellectual Capital』の中で、「価値階層」という概念³を提起した。その後、ICMG(intellectual Capital Management Group)は、当該概念に対して、企業知的財産権発展の価値モデルを討論し、当該価値モデルを「価値階層」(Value Hierarchy)に称した。その内容において、企業知的財産権管理システムの権利侵害の防止、コスト低減、利益の創造、内部統合とビジョンの計画の5つの発展レベルがあり、この知的財産権管理の構造化プログラムに基づき、本文は5つの発展期を3つの段階にまとめ、つまり図-2に示した通りの初期段階、発展段階、先進段階である。

² 袁真富「企業知的財産権の発展モデル—保護から経営への知的財産権観念の改造」知識産権 2006年16巻4号、34頁～38頁。

³ Thomas A. Stewart, Intellectual Capital[M], Random House US, 1998.

【図-2】 知的財産権管理レベルに基づくハイテク企業のカテゴリ



資料ソース：筆者作成

具体的には、権利侵害の防止は知的財産権管理レベルの第1段階であり、企業の主要任務は知的財産権の件数を集中的に増加させること、及び自ら専利権侵害紛争に巻き込まないようにすることである。この段階において、企業の全体的な研究開発能力が低いので、企業の内部に専門的な知的財産権管理部門が設置されなく、専門的な知的財産権管理人材又は管理チームも設置されていない。科技成果の保護能力と科技成果の運用能力が比較的に弱い。一部の企業が既に一定の知的財産権保護意識を持っているが、又は創業者自身が技術の発明者であるが、各種の資源の制限があるため、企業は全体的に技術イノベーションの能動性が不足している。

第2段階である発展段階になってから、知的財産権の件数だけを追求している第1段階に比べ、企業の主要任務は有限的な経済資源を利用して、件数がより多く、品質がより高い知的財産権を獲得することであり、権利付与、譲渡、ライセンス等の方法で知的財産権自身の経済的価値を実現することである。この段階は、知的財産権への有効的な管理を通して、企業自身の経営コストを低減させ、かつ利益を創造し始める。この段階において、企業が一定の研究開発能力を有するが、大多数の研究開発が改良型であり、全体的にマネ又は模倣する段階にあるため、権利侵害行為にもはしりやすい。通常この段階の企業は相応する知的財産権に係る管理機構と従業員を設置しているが、職位の設置、職責の区画、人員の配置及び従業員の職位への認知には、一定のズレがある。そのうち、一部の知的財産権管理の従業員が全体観を欠き、部門及び自分の仕事を狭義の事務的な仕事と理解している。知的財産権作業を戦略的な高度で考慮していなかったため、リスク回避において、知的財産権管理をより重視している企業とは、一定の差がある。この段階における企業は、知的財産権管理能力において、一層向上させる必要がある。

第3段階は発展の高級レベル及び先進段階であり、この段階において、企業の知的財産権管理と経営戦略を結合し、マーケティング、技術と知的財産権の三位一体の管理モデルを実現し、つまり知的財産に対する経営を実現する。この段階において、知的財産権がその本当の価値を体现でき、知的財産権イ

ノベーションの良性循環の建立を通して、企業の長期計画を実現できる。この段階における企業は、通常同業界のコア技術を有し、かつビジネス交渉において熟練に運用できる。その内部も比較的整備されている知的財産権部門と成熟している知的財産権管理チームを有し、良好的なチームワーク規制を有する。同時に、企業は系統的な知的財産権管理制度を設立し、組織の全体を貫き、このような企業は、通常リスク予測と予防能力を有する。

(3) 研究問題

そこで、知的財産権管理レベルの成長段階に基づき、本文において、ハイテク企業を知的財産権管理先進型企業、知的財産権管理発展型企業、及び知的財産権初期型企業の3種類（以下、「先進型企業」、「発展型企業」及び「初期型企業」という）に分けた。ハイテク企業は知的財産権管理の異なる段階において、具体的な内部経営状況、外部経営環境、市場シェア及び利用できる資源等の内部と外部の要素が大きく変化していく。それに伴い、陳愛華（2016）⁴にも言及したように、企業経営者は知的財産権意識に巨大な差異が存在している。そのため、筆者は異なる段階における企業が、具体的に実施する際に、知的財産権人材育成方法への依存も大きく異なると考えている。知的財産権人材育成が多くの要素の影響を受けている。そのうち、ハイテク企業内部の要素もあり、高等教育機関と政府からの外部環境と外部資源の要素もあるため、本研究において、事例研究の方法を通して、異なる種類の典型的なハイテク企業を分析することを通して、その知的財産権人材育成方法への依存状況を対比し、分析する。

3. ハイテク企業知的財産権人材育成システム

先行文献で何回も討論したように、知的財産権人材育成は、持続的、系統的、戦略的な人的資源管理活動であり、システムプログラムであり、数多くの要素とモジュールが含まれている。同時に、ハイテク企業の知的財産権人材素質のレベルが高い、革新的な精神があり、構造層が明確であり、流動性が強い等の特徴を有することに結びつき、計画的にステップ通りに行うべきである。

知的財産権人材育成の1つ目のモジュールは、需要分析のモジュールである。異なる外部環境と内部環境において、企業は自身の戦略計画、業務発展を中心として、現有の知的財産権管理の実際の状況に基づき、業務発展の需要によって、異なる種類の知的財産権人材（例えば、技術的人材、法的人材、管理人材、翻訳人材、総合的人材等）に対する需要が生じてくる。一方従業員も自身の知識、スキルを向上させる需要と願望がある。分析を行うとき、企業の需要を主として、従業員の願望を結合して、総合的に全面的に現在段階における企業の知的財産権人材の不足を把握する。むしろ、このモジュールは企業の戦略の位置付けと深く関わり、つまり、経営者の意識が需要分析の結果を大きく左右する。

2つ目のモジュールは、需要分析の結果に基づき、相応する育成計画を制定するモジュールである。このモジュールにおいて、企業は従業員の職業生涯計画意識の確立を指導しなければならず、従業員の個人的な発展に結びつき、従業員に現有の能力と将来希望の職位に需要される能力の差を明確にさせ、育成計画を制定し、育成目標を確立し、育成内容及び方法を確定し、従業員の現在の潜在的な素質と隘路に対して、メイン職位の従業員の能力を補充し、向上させる。当該計画は、現在の職位不足の問題を

⁴ 陳愛華「企業の知的財産権人材育成の理想的方法」一般財団法人知的財産研究教育財団知的財産研究所『2015年度知的財産権保護包括協力推進事業報告書』2016年3月。

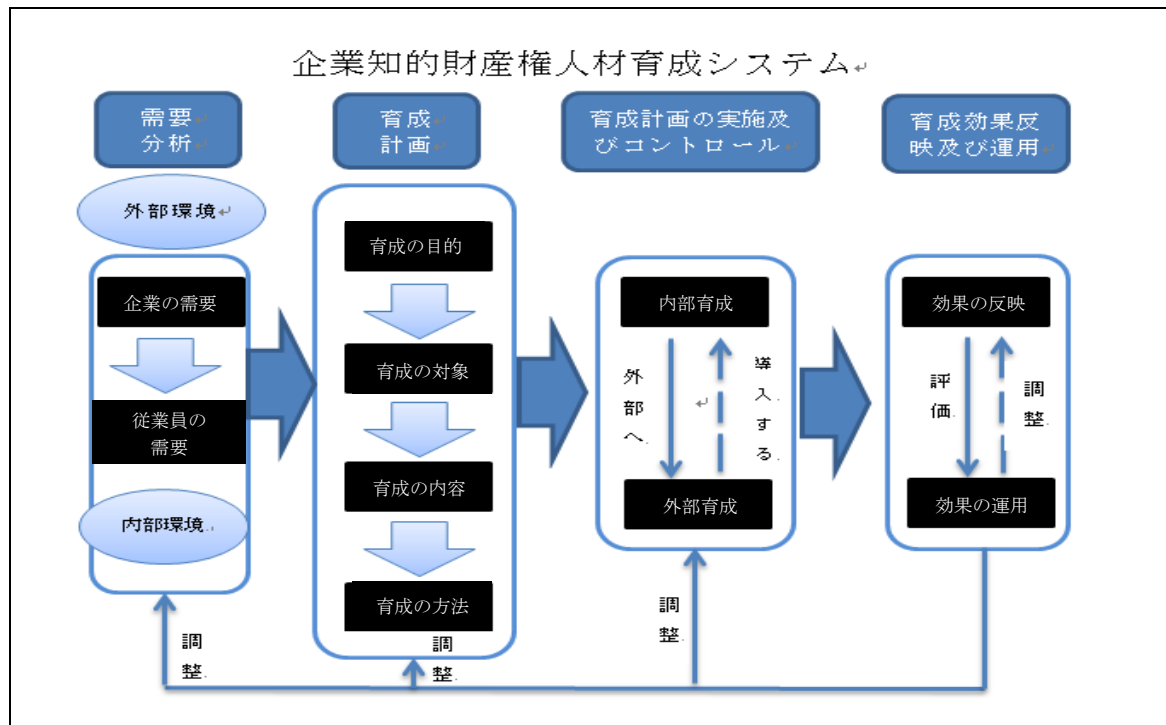
解決する以外、重要人材と候補人材の育成を考慮すべき、企業人材情報備蓄庫の設立、職位の交代、内部兼職、人材配置等の方法を通して、企業が優秀な予備チームを有することを確保し、知的財産権管理作業の連続性及び将来の需要を絶えずに満足させる。それとともに、育成計画の実施可能性と柔軟性も保証しなければならない。

3つ目のモジュールは、育成計画の実施とコントロールに関わり、主に2つの方法がある。1つは外部委託の育成方法で、もう1つは企業内部の育成方法である。外部委託は、主に従業員を政府（例えば、国家知識産権局又は地方知識産権局）、高等教育機関又は研究機構、及び業界協会等の第三者機構、組織等に開催される各種のセミナー又はシンポジウムに派遣、参加させる。企業内部の育成は、通常内部教授を主として、同業界の専門家を会社まで招待し、従業員に対して集中セミナーを行う。内部教授は、講義式の優勢の知識教授と指導者制及びプログラム制を通しての在職トレーニング（On the job training）のようなステルス式の知識教授に分けられる。知的財産権人材の交代が比較的頻繁である。ある調査研究の結果によれば、中国企業における人材の離職率が平均値18%程度であるが、ハイテク企業における従業員の離職率が25%に達している⁵ため、企業内部の育成以外、必要があるときに迅速に最も良いルートを見つけることを保証するため、企業は各種の外部人材導入のルートを把握し、関連する従業員と定期的にコミュニケーションをとり、ルート情報の流暢性を保証しなければならない。

4つ目のモジュールは、育成効果のフィードバック及び運用である。具体的には、従業員が現在の仕事に適任するか否か、会社戦略計画の実現、及び従業員を適切な職位に配置させるか否かは、2つの方面の審査、評価によって検証する。1つは従業員の業績の評価であり、一方は、人材育成効果の評価である。知的財産権人材育成効果の評価体制を逐一に整備することで、人材育成の有効性を保証できる。この結果も前述の3つのモジュールの調整と改善に重要な根拠を提供している。（図-3 参照）

⁵ 陳莉莉「成長期の知的財産権人材チームの建設」安徽科技、2010年8月号。

【図-3】 企業知的財産権人材育成システム



4. ハイテク企業知的財産権人材育成方法

(1) トリプルヘリックス (Triple Helix)

知的財産権人材育成の効果が多くの要素に影響され、そのうちハイテク企業内部の要素もあり、政府又は高等教育機関等の外部資源と環境の外部要素もあるため、ハイテク企業知的財産権人材育成の効果を評価するとき、1つの方面だけから判断してはいけない。1990年代中期、Henry. Etzkowitz 教授と Lost. Leydesdorff が「政府、産業界、大学」のトリプルヘリックス (Triple Helix) を提出し、当該理論を用いて知識経済時代の政府、企業と大学の間の相互関係を分析する。つまり市場経済の発展の需要を基礎として、政府、企業、大学の3者が各自の独立的な立場を保有する前提の下、緊密に協力、相互に影響、螺旋式の増加傾向が表され、3者間の資源と情報の最適化、利用及び共有を実現する⁶。トリプルヘリックスの啓示を受け、本研究は当該理論を知的財産権人材育成の影響要素分析の基本的な枠組みとして援用する。トリプルヘリックスのモデルにおいて、政府、企業、大学は、2者ずつの対応関係だけではなく、3者間のクロスと結合であり、各自の職能作用を保持するとともに、他の方面における能力及び役割を表現し、発揮している。企業は製品の製造の基地で、政府は契約関係の出所で、大学は新しい知識と新しいスキルが生まれてくる最初の場所であるため、3者は互いに関連し合い、機能が浸透し合い、役割が多様に交換し合っている。大学は理論知識の教授と研究以外、企業の役割を演じ始め、大学より創設される工場、企業を設立し始めた。政府はかけ橋の役割を果たしている経過において、資金援助の形でベンチャー投資家の職責も担っている。企業もだんだん企業大学を設立し、対象明確に高いレベルの人材育成行動を展開している。相互の交流と協力を通して、異なる機関範囲の各方面がよ

⁶ 周春彦、ヘンリー・エツコウィッツ。トリプルヘリックス「イノベーションモデルの理論検討」東北大学学報(社会科学面)2008年10月4日号、300頁～304頁。

り高い能力を獲得し、ほかの各方面のイノベーションを促進し、持続的なイノベーションの原動力に形成させ、共同の発展を実現させる。そこで、ハイテク企業知的財産権人材育成活動において、企業自身の育成能力の不足を補うため、政府と高等教育機関の外部資源の支援が必要となる⁷。馬瑾 (2015)⁸に開発された知的財産権人材育成方法要素の変量表を参考し、本文は企業、高等教育機関及び政府の3方面の方法で知的財産権人材育成の影響要素を探索する。

(2) 企業育成方法

企業育成方法から分析すると、企業は知的財産権人材の役割を果たす主戦場である。つまり企業は人材育成の主な投資者と実施者であり、人的資本が内部転化を通して価値創造の実現の主な受益者でもある。人的資本価値の向上が企業価値の向上も意味している。人的資本はより強い社会属性を有するため、それを個性のある「自主人」から仕事に適任、職務に忠実、規則に従い、協調性のある「組織人」へ転化させ、企業の制度、文化等の状況の要求に従わせるので、このような内部転換は企業自身の有している育成環境、育成資源、及び管理者の意識、感情等の要素に影響、制約されている。そのため、環境要素、資源要素と育成意識は企業の知的財産権の人材育成活動の備えなければならない基本要素である。

(i) 環境要素は、個人行為の動機を改善することによって作業レベルと業績に影響を与える。組織文化は従業員の業績と行為に大きな影響を与えている。例えば、異議を公開に討論することが、オープン型の組織文化においては賞賛される行為であり、クローズド型集権式の組織文化においては批判される行為である。それと同じように、成長を奨励する組織環境は従業員の自己向上の意欲を喚起でき、組織内部の良好な学習雰囲気を形成させる。知的財産権人材育成においても、人材イノベーション、創造及び管理能力を向上させる環境が必要であるため、ハイテク企業は、トレーニングの場所、施設、設備等の基礎施設の建設、系統的な人材育成管理制度の整備、及び研修組織の部門仕組みの設置等において、知的財産権人材育成活動に役立つ環境を作成する。

(ii) 資源要素は育成経過においての必要条件であり、具体的には、人的、物的、財産的の支持であり、勿論情報資源の獲得能力も含まれている。ハイテク企業は知的財産権人材育成の能力と総合実力は、その提供している育成資源が知的財産権人材育成の需要に満足できるか否かに大きく体現している。そこで、育成資源は知的財産権人材育成の成功か否かを決めるキーポイントである。そのうち、第1は、ハイテク企業は知的財産権人材育成における費用への投資であり、つまり、人材育成のために提供する設備、機材等の必須用品の費用、教師のアワーチャージ費用、トレーニングを受ける者に対する奨励又は福祉、トレーニングを受ける者がトレーニングを受けるためにかかる時間、努力等の機会コスト等がある。第2は、教師の配置であり、経営陣の幹部、内部の専門トレーニング師、高等教育機関から招待される教授、科学技術研究開発機関の技術専門家等が教師になる可能性があるが、企業は育成目標に基づき、異なる種類のトレーニングを受ける者の状況に結びつき、知的財産権人材育成の効果を保証するため、実際に配置を行う。第3は、情報資源の獲得であり、政府は知的財産権人材チーム建設の支援政策、

⁷ 楊徳雲「構造方程式モデルに基づく観光人材育生クオリティ役割方法に関する研究」広西教育、職業と高等教育版、2013年5月号、48頁～50頁。

⁸ 馬瑾「ハイテク企業知的財産権人材育成方研究」江蘇科技大学、2015年、39頁。

新たな知的財産法律法規、そのほかの企業人材育成における優秀な経験等の情報資源が知的財産権人材育成の時時性と先進性を保障できる。

(iii) 意識の育成は企業能力育成の重要な要素である。通常、従業員が企業の知的財産権作業を「一把手(やり手)プロジェクト」⁹という。つまり、マーケティング、技術、財務等の課題に比べ、知的財産権作業の効果が長時間の検証を経てからしか分からないので、企業の経営陣の知的財産権意識及び知的財産権作業に対する支援力が、知的財産権人材育成を含む企業知的財産作業の展開を大きく影響する。一方、従業員が知的財産権人材育成作業への認知及び積極的な参加も直接的に育成の効果を影響する。知的財産権人材はハイテク企業の素質高い人材として、企業組織の人材育成活動に対する要求が高いため、それが自身の成長に適合しないと気が付く際、消極的に対応する可能性が高いので、企業が慎重に育成計画を制定し、適応できる育成方法と育成内容を選択しなければならない。

(3) 高等教育機関の育成方法

高等教育機関は人材育成のクレードルと基地であり、知的財産権人材育成の主要場所である。高等教育機関が社会のために優秀な人材を育成できるか否かは、各方面の要素の影響を受けている。現在社会は高等教育機関に「実務型人材」育成の要請¹⁰があるが、高等教育機関の人材育成は現実社会の需要と多くのズレが存在している¹¹。例えば、高等教育機関に育成される人材が、企業より直接的に起用出来ないが、企業に需要される人材が現在の高等教育機関の規制で育成出来ない。そのため、高等教育機関の知的財産権人材育成が企業要素を一層考慮し、育成された人材をハイテク企業の需要に満足させる。それと伴い、企業内部の知的財産権人材育成も高等教育機構と連合させなければならない。高等教育機関の人材育成の直接的な影響要素は、高等教育機関の育成方案、教育設備と教師チーム等からなる。

(i) 育成方案。高等教育機関の知的財産権人材育成方案は通常教育システムの影響を受ける。そこで、具体的な育成方案はハイテク企業の特徴に結びつき、異なる業界、異なる分野及び異なるレベル、種類の知的財産権人材の実状況によって、カリキュラムの内容、カリキュラムの構造及び教育方法等を含む完全的な育成方案を制定する。そのため、このような育成方案は同一、又は細かい変化しかしない方案ではなく、企業の実際情況に基づき、作成する方案でなければならない。かつ知的財産権は、学科を跨ぎ、実践性が高い学問であるため、育成経過が実際と結びつき、事例教授又はシミュレーション教授等の方法で、実践作業の現実情況の復元を通して、学生の自己学習能力を向上させ、適任できる知的財産権人材を育成する。

(ii) 教育施設は高等教育機関のハードウェア条件であり、主に教育施設の数量と教育施設のクオリティという2つの評価指標からなる。教育活動展開のハードウェア施設として、教育施設の数量、クオリティと教育活動の配合程度、使用率等が学生の学習の効率と積極性に影響与えている。一部のハイテク

⁹ 陳愛華、前掲4)。

¹⁰ 陶鑫良「中国知的財産権人材育成の若干思考」経済管理文摘2006年3月号、28頁～30頁。

¹¹ 陳愛華「中国高等教育機関の知的財産権人材育成規制に関する研究」一般財団法人知的財産研究教育財団知的財産研究所『2014年度知的財産権保護包括協力推進事業報告書』2015年3月。

企業の人材育成は高等教育機関を育成基地にしているが、高等教育機関の教育施設はこれらの企業に開放できるか否か、開放される程度等も最終的に知的財産権人材育成の効果を影響する。

(iii) 教師チームは高等教育機関のソフトウェア基礎であり、教育クオリティ、教育管理及び科学研究レベルを反映する基礎であるため、教育の人数とクオリティも重要な評価指標である。ハイテク企業の人材育成は通常既に一定の高等教育を受けた人材であり、高等教育機関に在籍する学生に比べて、知識需要の深さと広さ、知識の理解及び運用能力にもより高い要求を有している。そのため、異なるレベル、異なる種類の知的財産権人材の需要を満足するため、数量上十分な教師資源を提供するだけでなく、講義にハイクオリティの教授レベルを保証、学生の参加の積極性を動かし、より知識を把握、運用させる。

(4) 政府育成の方法

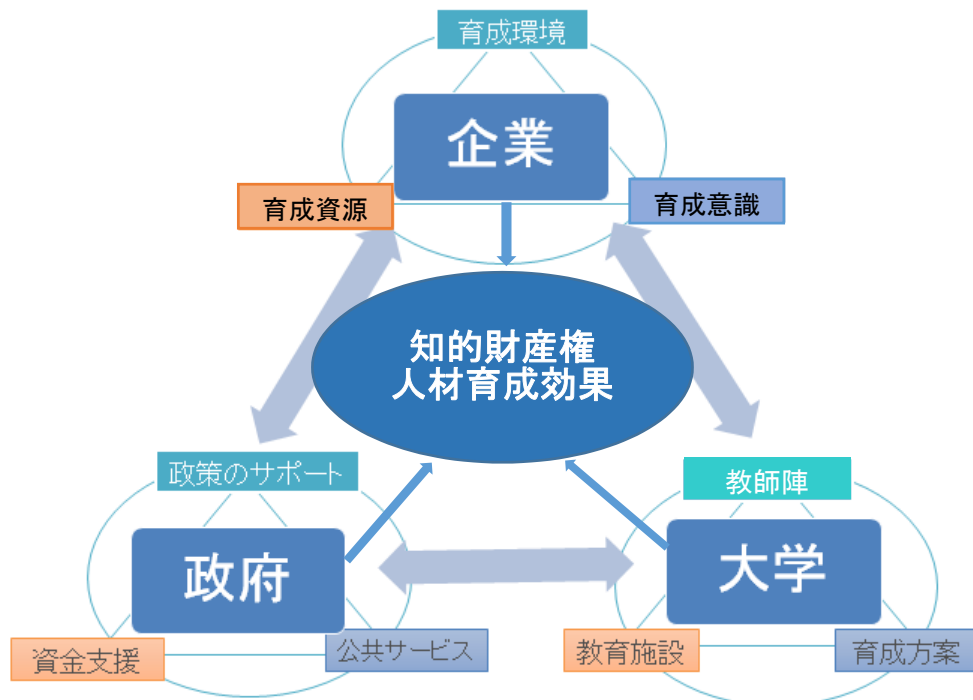
政府が国家知的財産権戦略の制定者と宣伝者であり、ハイテク企業知的財産権人材育成において、統括協調、導引支援の役割を發揮しながら、知的財産権人材育成の実施者でも兼ねている。例えば「知的財産権人材『第12次5か年』計画」、「国家知的財産権戦略綱要」、及び最新に打ち出された『第13次5か年計画』国家知的財産権保護と運用計画」等の政策文書において、知的財産権人材育成についての全体的な要求が規定されている。知的財産権人材育成の費用は政府財産予算支出の一部であり、企業知的財産権人材育成に対する費用への投入は、企業資金不足の問題を有効に解決できる。それとともに政府は媒介として、サービスプラットフォームを設置し、第三者育成資源を整合し、企業内部の人材育成環境を最適化する。そのほか、国家と各地の知識産権局は、毎年定期的に社会に対して知的財産権の普及、教育を行い、各種類の高いレベルの専門人材の育成を展開し、企業の人材育成に良い学習機会を多く提供している。そこで、知的財産権人材育成への影響は主に政策支援、資金支援及び公共サービスの提供等に体现している。

(i) 政策の支援について、政府より公布される各種類の政策、法規は、企業が積極的に知的財産権人材育成への投入を導く有力なサポートである。各レベルの政府は「国家知的財産権戦略綱要」等の一連の中央政策文書に基づき、通常地域によって本地域に適應する支援政策を制定し、企業知的財産権人材育成の展開を導く。

(ii) 政府資金の支援は一部の中小企業にとって、大きい程度で知的財産権人材育成活動を展開する経費の重要な来源である。政府の支援資金は財政特別支出、奨励と資金支援等の形からなり、ハイテク企業知的財産権人材育成基礎設備の建設、育成活動の展開を支援する。

(iii) 公共サービスの提供は、政府が企業知識財産権人材育成において發揮しているもう1つの役割である。知的財産権は、比較的クローズド分野であり、今年から全国各レベルの政府よりリードされている。地域内の高等教育機関、科学研究機関、科学研究チーム、教師チーム等の資源を整合し、人材データベースの建設を通して、ハイテク企業と高等教育機関との協力を便宜化させるため、各方面の人材育成資源の共有を励む。それに伴い、知的財産権サービスセンター、インターネットプログラムの開発等を通して、各部門を連合して内容豊富な育成活動を展開していく。

【図-4】 企業知的財産権人材育成方法のモデル



資料ソース：筆者作成

以上、トリプルヘリックスに基づき、筆者は知的財産権人材育成の企業方法、高等教育機関方法及び政府方法の各種類の影響要素に対して分析を行った。そこで、ハイテク企業の知的財産権人材育成は多くの要素に影響される複雑な過程であることが分かった。企業、高等教育機関、政府の3つの方法が相互依存し、最終的に知的財産権人材育成の効果に共通の影響を与える。図-4に示すとおり、企業、高等教育機関、政府は各自の影響要素の制約の下で、知的財産権人材育成の効果に影響を与え、同時に企業の育成が高等教育機関の育成と相互作用し、政府のリードは企業育成と高等教育機関育成に積極的な影響を与えている。

前述の第二項目で言及したように、ハイテク企業の知的財産権管理レベルが異なっているため、知的財産権の人材育成方法にも一定の差異が存在していると思われる。以上の仮設と理論分析に基づき、本文は異なる知的財産権レベルのハイテク企業を対比する。つまり、知的財産権人材育成方法において、先進型、発展型、及び初期型ハイテク企業がそれぞれ企業、高等教育機関及び政府への依頼の程度における差で対比される。通常先進型企業は知的財産権経営を高度に重視、企業自身が知的財産権人材育成を行う内発的動機が比較的強いことに鑑み、**先進型企業は知的財産権人材育成が企業育成方法をより依存している**と仮設する。しかし、先進型企業は知的財産権を重んじるが、それを企業経営戦略の高度まで帰納していなく、政策の導きの下における知的財産権活動が比較的際立っている。例えば、専利出願又は知的財産権人材育成の実施によって政府の特別の補助資金を獲得等、内発的動機を欠けているため、**発展型企業は知的財産権人材育成が政府方法をより依存している**と仮設する。初期型企業は、知的財産権に係る意識が比較的弱い、ほとんどの企業が関連業務を処理するために専門の知的財産権作業の従業員又は知的財産権部門を設置していないので、企業方法の知的財産権人材育成に頼ることができない。このような状況に鑑み、**初期型企業は知的財産権人材育成において、より高等教育機関、研究**

開発機構等の第三者育成機関に依存していると仮設する。本研究において、3つの方法の各影響指標、企業知的財産権人材育成方法への依存を具体的に数量化しなかったため、本文は事例研究の方法を採択し、異なるハイテク企業の事例を用いて上記仮設を検証する。また、その後の研究において、定量研究を一層行うことを考慮する。

5. 事例研究

(1) 事例研究対象の選択

最初に事例研究の対象を選択する際、まず「ハイテク企業認定を獲得した」、「自主的な知的財産権を有する」、「研究開発投資がある」及び「関連の知的財産権活動を有する」の4つの条件を基本条件に設定し、筆者が第1回の選別を経て、典型的な会社であるH社、C社、D社を初歩的に確定した。また、李迎波(2006)¹²と葛薇(2007)¹³の知的財産権管理レベル評価システムの研究を参考にし、まず3つの1級指標、9つの2級指標及び15の3級指標を確定した。そのうち、1級指標は知的財産権の獲得能力、イノベーション能力及び知的財産権運営及び管理能力からなり、知的財産権の獲得能力が年度専利出願の件数、累計権利付与の件数及び専利の影響力という3つの2級指標より評価され、イノベーション能力が研究開発機構、研究開発従業員及び研究開発投資という3つの2級指標より評価され、知的財産権の運用及び管理能力が取引状況、チーム実力及びリスクの予測と予防能力という3つの2級指標より評価される(具体的な内容は表-1に示したとおりである)。

¹² 李迎波「知的財産権管理業績評価システム研究」技術とイノベーション管理、2006年27巻1号、71頁～74頁。

¹³ 葛薇「企業知的財産権管理レベル評価システム研究」対外経済貿易大学、2007年。

【表-1】企業知的財産権管理レベル評価システム

1 級指標	2 級指標	3 級指標
知的財産権の獲得能力	専利出願の件数	年度専利出願の件数
	権利付与の件数	累計権利付与の件数
	専利の影響力	メイン専利を有するか否か
イノベーション能力	研究開発機構	独立的な研究開発機構を設立したか否か
		独創性のある技術開発計画を有するか否か
		平均研究開発周期
	研究開発者	研究開発者が総人数に占める比率
	研究開発投資	研究開発投資が売上に占める比率
知的財産権の運営及び管理能力	取引状況	知的財産権授権のライセンスを有するか否か
	チームの実力	知的財産権に係る専門管理部門を有するか否か
		知的財産権専門管理従業員の人数
		関連研修を開催するか否か
	リスクの予測と予防能力	知的財産権戦略は企業の核心戦略であるかどうか
		知的財産権情報管理システムを有するかどうか
		知的財産権リスク管理(知的財産権侵害紛争管理規制、専利権侵害調査等)を行っているかどうか

ソース：筆者作成

表-2 に示したとおり、3 社の企業の関連指標に対する比較、評価を経て、H 社は先進型企业、C 社は発展型企业、D 社は初期型企业であることを確定したため、当該3つの事例を研究対象に確定し、かつ具体的に、各企業の人材育成の基本的な状況について調査、研究を行った。

【表-2】3つ企業の基本状況の対比表

評価指標	H社	C社	D社
年度専利出願の件数（中国）	4906	600	1
累計権利付与の件数（中国）	30924	2089	12
メイン専利を有するか否か	あり	あり	あり
独立的な研究開発機構を設立したか否か	あり	あり	あり
独創性のある技術開発計画を有するか否か	あり	あり	あり
平均研究開発周期（月）	1-12	12-42.5	24
研究開発者が総人数に占める比率	45%	12%	4%
研究開発投資が売上に占める比率	14.2%	5%	1~2%
知的財産権授権のライセンスを有するか否か	あり	あり	なし
知的財産権に係る専門管理部門を有するか否か	あり	あり	なし
知的財産権専門管理従業員の人数	300	7	0
関連研修を開催するか否か	あり	あり	なし
知的財産権戦略は企業の核心戦略であるかどうか	あり	なし	なし
知的財産権情報管理システムを有するかどうか	あり	あり	なし
知的財産権リスク管理(知的財産権侵害紛争管理規制、専利権侵害調査等)を行っているかどうか	はい	はい（部分）	はい

ソース：筆者作成

(2) 先進型：H社の知的財産権人材育成の方法

(i) 基本状況

H社は1988年に設立し、通信機器のメーカーであり、1995年に知的財産権部を設立し、最初が専利出願、オフィスアクション(以下、OAという)、紛争処理等の会社経営の補助的な業務を処理する部門に位置付けたが、2000年ぐらいに、知的財産権部門の組織構造が基本的に整備され、現在、当該部門の従業員人数が300人ぐらいで、海外知的財産権専門従業員が600人、標準専利の開発従業員は10000人ぐらいである。会社の従業員総人数は17万人であり、そのうち45%の従業員が研究開発職につき、累計研究開発への投資は380億米ドルとなり、将来毎年の開発への投資は100-200億米ドルに向上させ、会社に直属される研究開発センターは16カ所があり、連合イノベーションセンターは36カ所である。専利の保有件数（世界累計登録5万377件）、そのうち中国での累計件数が3万924件で、米国の累計件数

が 5052 件、欧州の累計件数が 1 万 1474 件である。その専利が主に通信、携帯電話、IC チップと IT 分野に分布される。

(ii) 知的財産権人材に対する基本理念

H 社の知的財産権部門の責任者とのインタビュー記録によれば、H 社は知的財産権人材に対して、比較的の高い要求があり、当該責任者の話によれば、技術、法律、管理スキルが要求されるとともに、「知的財産権の未来の競争はグローバルであるため、グローバル視野を持つ競争力のある人材がより必要とされる」。また、中国知的財産権を取り扱う従業者は 150 万人余りに達しているが、実際にその大多数は、低いレベルの労働的な作業をしている。高いレベルの人材を育成するために、高いコストを掛けなければならない。「この問題を解決する根本的な又は最も重要な問題は、知的財産権の価値が社会に認めなければならない、企業が知的財産権から経済的収益を得なければ、人材を導入するためにより多くの資金を出したくないため、これは 1 つの生態システムとなる」、知的財産権の価値を認め、生態システムを核心とするハイレベルの人材備蓄庫の構築がとても重要である。それに、知的財産権人材は強い実践能力、競争能力と学習能力を備えなければならない。人材を実践に入れて訓練を行い、優勝劣敗を通して人材を選択し、知的財産権分野の外部環境の持続的な変化しているため、知的財産権人材の学習能力により高い要求をされている。最後に、各種類の教育機関は人材育成においても実務性に向かなければならず、優秀な育成規制又は選択規制があるからこそ、競争力を生じ、国家も競争力がある。

(iii) 人材育成の主な方法

①企業方法

新入社員研修

H 社は毎年各地の高等教育機関から新卒者を募集し、その中から一部の従業員を知的財産権部に選抜する。会社は新入社員を対象とする研修システムを開発し、新入社員が開発プロセス研修から、基礎スキル研修、業務知識研修、本採用答弁までの 4 つのステップを経てから、3 か月間の試用期間に合格できる。開発プロセス研修は 5 日間の密閉式の研修であり、研修の形式は講師のリードの下で小さいプロジェクトの開発を完成することである。プロジェクトの開発の経過において、会社の開発のプロセス及び組織文化を説明し、研修の後に筆記試験を行う。このような研修は mini プロジェクト研修という。開発プロセス研修の後、新入社員は試用期間に基礎スキル知識の学習を完成しなければならない。業務知識研修は主に特定プロジェクトの関連知識を学習することで、新入社員が入社後、1 人の指導教官のところに配置され、当該指導教官が通常入社時間の長い、プロジェクトの中堅社員より担当され、主要学習内容を実践と緊密に結合させ、例えば、プロジェクト内容を学習し、典型的な事例を学習する等の内容があり、最後に研修を受ける新入社員に独立的に 1 つの任務を完成させる。3 か月の試用期間が満了する際に、新入社員が基礎スキル知識の試験に合格してから答弁を受け、答弁の成績を A、B、C、D の 4 ランクに分けられる。成績が A、B、C ランクである場合、試用期間に合格したこととなり、成績が D ランクである場合、試用期間に合格しなかったことで、D ランクを取った新入社員が試用期間に解雇されるか正社員になるのが延期される。つまり、H 社は新入社員を対象とする新入社員研修に優勝劣敗の人材選抜式の研修規制を導入している。これは、部門責任者の「人材は育成するものではなく、優勝劣敗の過程からなるものである」との観点と一致する。

普通従業員研修

H社は会社内部に比較的整備されている部門を跨ぐ協力を構築している。通常の知的財産権部門は独立的に作業しているだけでなく、従業員が難問に遭うとき、上司に相談するだけでなく、部門を跨ぐ協力を簡単に実現できる。1つのプロジェクトチームにおいて、知的財産権部門の従業員だけでなく、マーケティング部門と購買部門、技術部門の従業員もいるため、横方向の協力が円滑している組織環境において、多くの難問がプロジェクトチームの内部で解決できる。

既に入社した従業員にとっては、H社は典型的な事例のデータベース、研修講師制、技術レベル制と研修開催等の形式を含む成熟している日常研修システムを構築している。

(a) 典型的な事例のデータベース 仕事におけるミスが避けられないものであるが、繰り返しミスを避けることはポイントであり、チームの繰り返しミスを避ける能力がチームワークの有効性を決めている。H社の繰り返しミスを防ぐ方法は犯したミスを記録し、典型的な事例のデータベースに形成し、従業員に典型的な事例を学習させる。H社は膨大な典型的な事例のデータベースを有し、各プロジェクトの各期間において犯した典型的なミス及び典型的な問題解決方法が記載されている。典型的な事例のデータベースは、強制+奨励の方法によって構築されている。会社は各部門が毎月典型的な事例を提出すること要求し、会社によってそれらの事例を選択し、選択された事例の提出者に対して奨励を行う。通常プロジェクト毎にも典型的な事例のデータベースがあり、それらの事例は、プロジェクトの開発及びメンテナンスの過程において犯した典型的なミス及び典型的な問題の解決方法である。

(b) 研修講師制 経験が豊富で、技術レベルが高い従業員は会社の貴重な財産であるが、これらの従業員は何れいつか現場の仕事から離れるため、彼らが現場の仕事から離れる前に、その経験を最大限に伝承していくべきである。会社は研修講師の資源プールを構築し、業務レベルの高い従業員からなり、資源プールより研修を行うことを要求し、それも業績評価の一部とする。研修を励むため、研修講師と抜擢され、研修任務を実施する従業員に対して、一定の研修講師費用を払う。

(c) 業務レベルの区画 新卒者の新入社員が多いため、好奇心が強いので、学習の自己主導性が最も強い時期であり、業務スキルアップのより速い時期でもある。既に把握されている知識が日常作業の要求に満足させれば、やる気が低くなり、学習の自己主導性も低減される。そのため、H社が汎用スキルから、業務スキルを6つのレベルに区画し、持続的に従業員のスキルをアップさせる。

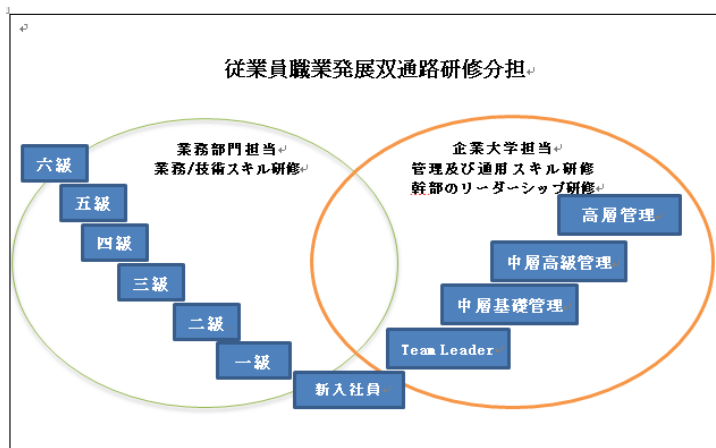
(d) 研修の開催形式 会社は組織、構造において、人材資源プール、研修マネージャー、研修窓口等を構築することで、研修の開催の正常運営を保証する。人材資源プールは各プロジェクトの中堅メンバーからなり、重点的な育成対象である。部門に設置する研修マネージャーは通常兼職であり、プロジェクトの需要に基づき、研修講師の協調、研修の時間と場所の手配、研修効果の追跡、講師費用の申請及び研修資料の整理等を含む研修に係る作業を行う。研修窓口も通常兼職であり、毎月の研修需要を収集して、研修マネージャーに報告する。部門内部の研修はプロジェクトに伝え、従業員の参加を促す。プロジェクトの従業員が新たな需要がある時に研修マネージャーに報告できる。四半期つきに、研修に対する満足度の調査を行い、ランキングすることによって各部門の研修の開催を促す。

企業大学

H社は創業初期から人材育成を非常に重視し、その内部研修は1997年から始めた。H社の企業大学の前身は研修センターであり、その主要の職能は会社の研修目標を企画し、会社の従業員の研修に係る講師の配置とカリキュラムの構築を統一的に行う。2005年に正式に企業大学を設立した。企業大学は会社の全体的な発展戦略に協力し、主にクライアントと会社内部の従業員を研修対象とし、会社内部向け及び外部向けの研修を行いながら、国際知名管理学院との共同運営を行う。当該大学は一斉に2000人を収容し、研修を展開できる。企業大学の講師は主に会社内部の従業員であり、主に①会社内部の各レベルの管理者、②会社内部の専門家と中堅技術者、③会社内部の研修に興味を持つ従業員の3ルートからなる。①と②ルートは講師の主要出所であり、彼らは豊富な知識と実践の指導経験を有し、講義もでき、コンサルティングも提供でき、技術にも詳しく、管理にも詳しい、同時に彼ら自身は実践者でもある。一部のコンサルティングの専門家はより多くの才能があり、教育、実践と学術研究等においても実績があり、彼らは学術のリーダーであったり、プロジェクトのリーダーであったり、現在そのうちの多くの方々は異なる分野において高い職級を持っている。以上のように、企業は高等教育機関でもある。

H社の従業員研修は従業員のキャリア発展と全体に結びつき、新入社員のガイダンス研修から、職業研修、又は業務レベル研修まで、従業員に整備されているキャリア発展の通路を構築している。業務部門は主に従業員の業務、技術専門スキル研修を担当するが、企業大学は主に管理、汎用スキル研修、及び幹部のリーダーシップ（チームリーダー、中層管理層から高層経営陣まで）の研修を担当するため、両者が補充し合っている。そのため、知的財産権人材は双通路から、最も適宜の育成を得ることができる。

【図-5】従業員職業発展双通路研修分担



②政府方法

政府資金援助

政府資金援助の獲得、ハイテク企業の認定、上司に依頼される任務の完成及び資本の運営等のような他の会社の多様化の目的に比べ、H社は知的財産権作業における目的が非常に明確であり、つまりグローバル業務の安全性を保証すること及び交換の能力を有することである。そのため、知的財産権に係る価値を如何に実現できることを重視している。この点については、アイデア段階から考慮し始めるため、

H社は政府の資金援助を獲得するために専利出願することがほとんどなく、知的財産権に係る基本業務においては、一定の独立性を有する。ある記事によれば、H社は政府と緊密な関係を保持したくないため、政府からの3億円の資金支援を断った¹⁴。

協力研修

政府はH社を模範企業として、その知的財産権の責任者及び他の中堅社員を中央及び各地方に招待し、他の企業を対象に、企業の経営に有利な意思決定、知的財産権と企業イノベーション、専利と新製品の研究開発等について紹介し、特に重点企業のリーダーを対象に強化研修を行う。

国際化プロセス

一方、知的財産権の国際化プロセスにおいて、H社は政府部門より大いに支援を得た。例えば、国家知識産権局と同行して欧州特許庁のシンポジウムに参加し、交流の機会を得た。その後、中欧専利審査ハイウェイ (PPH) の建設は、H社の欧州における専利出願の件数を増加させ、登録件数が飛躍的に増加した状況となり、その国際化プロセスに、バックアップの役割を果たした。

③ 高等教育機関方法

H社は中国国内及び外国の多くの高等教育機関と教育協力契約書及び戦略協力契約書を締結した。例えば、企業大学の管理層の研修において、国際的に知名な高等教育機関のビジネス学院との共同運営を行っている。国内高等教育機関との教育戦略協力は、外部の新技术、新産業の高速発展及び人材育成の方向の変化を考慮したからである。「中国の大学生はまだ教科書の知識に局限され、(中略) 企業に就職したら、すぐに多くの不適應に直面しなければならない。新たな理念と実践の経験を高等教育機関に導入することを望み、(中略) 大学生に実戦の環境を提供し、彼らの実戦能力を育成する。このような実際の訓練は大学生が企業への理解を大幅に向上させ、大学生の実戦能力を高め、企業がより多くの有能な人材を獲得できるので、ソフトウェア産業が全体的に良好な循環と発展に形成させる。」¹⁵

以上のように、H社は知的財産権の人材育成において、主に会社自身の資源、環境を利用しているので、3つの人材育成方法において、企業方法を一層依存している。同時に、政府方法と高等教育機関方法がその補足となっている。つまり、初歩的に最初の仮設の「先進型企業は知的財産権人材育成において、企業育成方法を主として、政府方法と高等教育方法を補足とする」を検証した。

(3) 発展型：C社の知的財産権人材育成方法

(i) 基本状況

C社は130年歴史を持つ大手国有軍需企業であり、現在主に自動車製品の開発、製造と販売に従事し、会社の従業員人数は50000人で、そのうち技術関係者6000人で、技術関係者は従業員総人数の12%を占めている。C社は毎年販売収入の5%を科技イノベーションに投資する。C社は現在発明特許2089件、実用新案2694件、意匠2254件、登録商標381件を保有し、主に搭載機器に集中されている。

¹⁴ http://finance.ifeng.com/a/20131226/11345340_0.shtml (2017. 1. 18)

¹⁵ <http://mt.sohu.com/20161230/n477426010.shtml> (2017/1/18)

C社は1990年初期に専利弁公室を設立、当時は専利出願を管理する事務的部門で、科技研究開発部門に属し、名称が科技と知的財産権部であった。2012年当該部門が技術部から法律部に移転し、旧来の法律部から法律と知的財産権部に名称変更し、その下に法律部と知的財産権部に分けられている。現在知的財産権部の従業員人数は7人である。会社現在の知的財産権部門は主に専利業務を担当し、商標を含む他の業務内容が法務部より担当され、商業秘密が安保部門より担当される。従業員が限られているので、会社内部において、案件を登録、区分した上、通常の案件が直接的に専利代理事務所に処理してもらい、高レベルの案件だけは知的財産権部門より処理される。

(ii) 知的財産権人材に対する理解

インタビュー調査の経過において、C社の知的財産権部門の責任者が知的財産権人材を管理型人材、技術型人材と訴訟対応型人材に分けるとの観点を話した。現在当該会社の7人のチームにおいて、それぞれ異なる背景を有し、異なる作業を担当している。そのうち、3名は内部転職であり、技術エンジニアの背景を有し、主に技術作業と専利説明書の作成を担当している。1名は法学専門の出身で、主に事例分析と関連法律作業に従事している。この従業員はある高等教育機関の法律専攻から卒業された大学生で、外部募集である。他の2名は外部募集であり、知的財産権専門の出身で、専利情報と専利管理システムの管理及びメンテナンス作業を担当している。それにチームの責任者も内部転職であり、主には全面的に総合管理を担当している。以上のように、チームメンバーの出身がそれぞれ異なり、それぞれの作業を担当し、相互に補佐している。

(iii) 人材育成の主な方法

①企業方法

C社の知的財産権人材育成が知的財産権部門に主導される。会社内部に4級5方面の研修モードが採択されている。そのうち、4級は普通従業員、中層基礎管理、中層高級管理、高層管理であり、5方面は、主に技術者の専利知識研修、普及教育を主としての全員内部インターネット研修、意識導入を主としての中層管理職研修と高層管理職研修、及び専利管理従業員と研究開発従業員を対象に実施する専門研修等がある。専門性が高い研修について、知的財産権の関連部門（例えば、購買部）の従業員が一定の程度に参加するが、他の部門（例えば、マーケティング、製造、財務等）の従業員がほとんど参加しない。

研修計画は知的財産権部門と人事部門の共同で決め、内部従業員に対して、関連テーマの研修を定期的に行う。内部研修の講師は、主に知的財産権部門の責任者、招待した専利弁理士事務所のシニア弁理士より担当され、高等教育機関の講師の場合もある。研修方法は、講演を主として、事例研究とプロジェクトチームの討論という方法もある。

当該会社の知的財産権の責任者は、会社の研修効果に満足していない。現在会社は積極的に専利管理システムを普及している。専利管理システムの構築を通して、技術情報と知的財産権情報の共有を強化させること及び、知的財産権人材育成、特に知的財産権技術人材と知的財産権分析人材を一層実施できることを期待している。

②政府方法

政策支援

C社は地方の重点的な基幹産業として、政府と緊密に提携し、知的財産権作業の成績が抜群し、各種の表彰を獲得した。例えば、2008年国家人事部と知識産権局の連合に全国専利系統先進企業に授与された。2009年、専利登録件数は全国企業のトップ10位となった。2010年地方政府の推薦の下、2013年全国知識産権模範企業に当選した。2013年と2014年の連続で中国意匠優秀賞を受賞した。

資金支援

政策における各種の優遇以外、政府は奨励、特別資金等の方法によって大いに支援している。専利出願手当以外、不完全な統計によると、2013年C社は当該地域ある政府の補助金8600万元を獲得し、2014年区政府の補助金5000万元、2015年区政府の補助金7000万元を獲得したが、2012年の1年間で獲得した政府の補助金は5億元を超えた（表-3に示したとおりである）。

【表-3】2012年度を例にC社の政府補助金額

公告の日付	補助金額	項目
2012.12.9	4,000万元	生産・販売の増加を激励するため、当該会社に2012年工業安定成長奨励基金4,000万元を支給した。増加した「補助収入」として処理された。
	2,284元	研究開発の「費用の支出」として、技術イノベーション及び産業化資金の2,284万元。
2012.12.8	5,900元	生産・販売の増加を激励するため、当該会社に2012年工業安定成長奨励基金5,900万元を支給した。当該資金を受け取ってから、増加した「補助収入」として処理された。
2012.8.30	1億元	発展特別資金9,430万元と安定成長奨励資金572万元が支給され、そのうち両江産業発展特別資金は技術研究開発等の支出に専用された。
2012.6.6	3億元	当該会社の自動車総合試験場項目の建設を支援、研究開発能力を向上させるため、当該会社に2012年自動車試験場項目補助資金2億元及び研究開発補助資金1億元を支給した。
合計	5.22億元	奨励基金、研究開発補助、特別資金、試験場項目補助資金、イノベーション資金等

資料ソース：Motorlink

プラットフォームの構成

地方政府は企業、政府と高等教育機関の間の情報共有を協力、企業、政府及び高等教育機関の間の緊密な協力を促進するため、知的財産権センターと自動車（バイク）情報センター、知的財産権人材備蓄庫、及び知的財産権研究センター等のプラットフォームを構築した。C社も長期的に当該プラットフォームに活躍している。

セミナーの開催

それ以外、C社は定期的に政府主催の各種の研修、セミナー等に参加する。それだけではなく、C社は地方の模範企業として、その責任者も実務業界の専門家として、他の企業に知的財産権管理の関連経験を紹介する。

③高等教育機関方法

C社は地方大学との共同で研究プログラムを展開しているとともに、6カ所の大学と協力して自動車工程研究センターを設立した。高等教育機関内部の科技成果をビジネス価値の有する技術への転化を促進できるため、大学内部に協力センターを設置した。また、C社は複数の高等教育機関と連合人材育成機制を構築した。例えば、2008年に「3+1」¹⁶教育機関と企業の連合育成プログラムを始め、2015年まで、学生700名ぐらいを育成したので、成熟な育成機制と良好な育成効果に達した。

以上の分析によって分かるように、C社の知的財産権人材育成経過において、企業が主導し、政府が支援し、企業方法と政府方法同様に支援される特徴がある。このように、前述の仮設を初歩的に検証され、つまり発展型企業の知的財産権人材育成方法は政府方法への依頼が一定程度で強化させる。

(4) 初期型企业：D社の知的財産権人材育成方法

(i) 基本状況

D社は2014年に設立され、主に生態環境保護材料の竹繊維を利用し、工業用パイプを製造するハイテク企業である。当該技術の発明者は技術出資をし、投資者と共に当該企業の共同経営者となっている。2007年研究開発チームの研究開発成果は次々と国家発明特許を登録した。2014年から2016年の間に、会社の規模を大きくし、内モンゴルから浙江省まで研究開発センターを設立し、製造基地及び販売会社等の7つの関連会社を設立し、3年間の短期間において会社は急速に発展している。創業者自身が発明者であるため、経営層の専利管理意識が強いが、専門的な知的財産権部門がまだ設立されていない。

(ii) 知的財産権人材に対する理解

会社の責任者は当該会社が設立されたばかりであるため、最初から人材を育成出来ないのも、人材導入の機会があれば、成熟している知的財産権のハイレベル人材を導入することを望み、知的財産権人材の技術、法律、管理及びコミュニケーション能力について、比較的の高い要求がある。

¹⁶ 「3+1」モデル：大学の学部期間においての「3年間の学校教育学習+1年間の職場での実践操作」である。学部生の育生に適用し、一般技術者と営業人材を位置づけに育生し、工芸技術の学生に製造ライン建設と製造現場工芸技術問題解決の能力を持たせ、IT情報技術分野の学生にITシステムの開発能力を持たせ、普通研究開発分野の学生に、製品又は工程プロジェクトの設計と開発の能力を持たせ、営業分野の学生に販売とルート管理の能力を持たせる。

(iii) 人材育成の主要方法

①企業方法

2015年から会社が知的財産権分野の担当者1名を設置し、窓口として外部との連絡を担当している。しかし、会社は現在専門の知的財産権人材育成の計画もなく、知的財産権部門を設立する予定もない。

②政府方法

会社は政府の専利出願に対する関連支援を獲得し、ハイテク企業資格認証も獲得し、ハイテク企業の納税、人材導入等の面における各種の優遇政策を享受している。一部の技術者は国家知的財産権研修センター又は高等教育機関に開催されるいろいろなシンポジウムと特定テーマの会議への参加に依存している。

③高等教育機関方法

2015年、D社は湖北省のある高等教育機関の大学知的財産権研究チームと戦略協力契約を締結し、会社の知的財産権戦略の制定、専利の技術分析、専利出願及びその管理業務を全て当該チームに依頼し、初歩的に比較的に良い効果を獲得した。

当該高等教育機関の知的財産権研究チームはある学術リーダーより率い、高等教育機関の博士と修士資源を整合し、当該企業の知的財産権管理プロジェクトを実施するとともに、学生に良い学習機会を提供している。学生が現場で当該会社の知的財産権の関連業務を処理することを通して、理論と実際を結びつき、会社の直面している状況と切迫に解決すべき問題をより適切に理解できる。

1年間ぐらいの実行を通して、会社は比較的に低いコストで知的財産権戦略位置付け、専利検索、リスク予測と予防を含む各方面のサービスを獲得できた。当該研究チームも当該会社の実務を通して豊富な経験を獲得できた。これはウィンウィンの結果である。会社の責任者と研究チームの学術リーダーは、このようなモデルで持続的に協力していくことに合意した。

以上の分析によって分かるように、D社の知的財産権の人材育成過程において、業務が始めたばかりであるため、企業の知的財産権に係る仕事が限られているが、企業の規模と影響力によって政府方法への依頼も制限されているため、知的財産権人材の育成において、高等教育機関のような第三者機関の独立的な完成をより依存している。このように、前述の仮説を初歩的に検証し、初期型企業の知的財産権人材育成方法は主に高等教育機関等の第三者外部機関に依存している。

6. 結論

本文は知的財産権管理の発展レベルに基づき、企業を区分できる。本件研究は、企業のイノベーション能力、知的財産権の獲得能力及び知的財産権運用と管理能力によって企業を先進型企业、発展型企业及び初期型企业の3種類に分け、トリプルヘリックスに基づき、知的財産権人材育成方法における相違点を比較した。

事例研究を通して、前述の仮説を初歩的に検証した。つまり、先進型企业は人材育成において企業方法を主とし、企業、政府と高等教育機関方法が高い融合性を示している。発展型企业は人材育成において先進型企业より政府支援への依頼を強化し、企業方法と政府方法が同様に支援している特徴を示して

いる。初期型企業は一層第三者の外部機構（高等教育機関又は政府を通じて）に依存し、知的財産権管理及び人材研修を行っている。

本研究の局限性は、まず、本研究は単一の事例研究であり、定量データの支えが乏しい。次に、知的財産権発展の各段階において、具体的な企業方法、政府方法及び高等教育機関方法の測量及び相互作用の更なる分析が必要とされている。そして、3つの方法が人的資源の利用、研修過程及び研修効果の影響はまだ検証されていない。

第3節 日本の事例からの人材育成

I. 日本における知財人材育成に関する比較研究

- オープンイノベーション人材の育成と確保の事例を踏まえ -

青山学院大学 菊池 純一 教授

はじめに

日本における科学技術基本計画は第5期となった。第2期(2001-2005年度)、第3期(2006-2010年度)及び第4期(2011-2015年度)の経験を踏まえつつ、知財人材の育成及び確保の在り方、かつ、求められる人材能力について調査研究することは今後の政策の推進にとって有用であろう。

2014年度研究成果(特色ある学校教育モデルの分析)及び2015年度研究成果(特色ある企業内人材育成モデルの分析)を下支えとして、本年度は、「オープンイノベーション人材育成・確保スキームの分析」を行った。これらを踏まえ、求められるべきグローバル人材育成の方向性を整理しておくことにする。¹

2015年度研究成果(特色ある企業内人材育成モデルの分析)においては、次の四項目の施策を行うことが望ましいと結論付けた。①ブランド戦略に直結する人材育成プログラムを構築する。②組織内外の情報デバインドから生じるリスクを軽減する。③ケースメソッドに基づくアクティブラーニング(能動的学習)を導入する。④企業内育成モデルのスキル標準評価を構築する。また、2014年度研究成果(特色ある学校教育モデルの分析)を対比した場合、学校教育モデルと企業内育成モデルの双方が目指すことは、①専門的総合職を育成する、②スキル体系を明確にする、③教材データベースを構築する、④能動的学習を導入する、ことであった。しかしながら、企業内育成モデルにはいくつかの脆弱性が顕在化しており、特に、次の五項目に及ぶ改善が必要であった。つまり、①グローバル・イノベーションへの対応能力を確保せざるを得ない。従来の区分(産業区分、技術分類等)を越えた革新を作るほどの英断が必要になる。②国際的広がり、分野横断的広がりにはグローバル・スプレッドという環境を作り出している。その環境に対応する頑健性を確保する必要がある。③消費者ベースの基準での人材育成が急務であり、特に、社会実装基準(環境保全、安全基準等)に係る知識を兼ね備えた人材が求められている。④人材の質保証に係る体系化は遅れており、弁護士・弁理士等の継続研修に準拠し、実践能力を維持する必要がある。⑤人材の枯渇、人材の流動化は、企業内育成の根幹を揺るがす要因であり、少なくともキーパーソンを安定的に確保するため人材のオープン&クローズ戦略に係る新しい企業理念が必要になっている。これらのことが、昨年度までの研究成果のサマリーである。

本年度研究成果(オープンイノベーション人材育成・確保スキームの分析)は、変革の時代に対応するための人材育成モデルを構想する上で、まずは、先端的領域を扱っている研究開発等の公的機関支援によるプログラムまたはプロジェクトの中に配置される人材の確保及びその育成の現状について調査した。調査からは、特に、国を越え、組織を越え、領域・分野を越えて、各種の連携活動が実施されていることが判明した。いわゆる、グローバル(境界を越えた)イノベーション(新知識ベースの社会実装)を実現させるためのスキームが実施されていた。本章では、これらのスキームを「オープンイノベーションのスキーム」として捉えた上で、人材育成確保スキームの四類型を提示する。

¹ 特許庁の「グローバル知財マネジメント人材育成推進事業」(2014-2016年度)においては、各種ケースファイルなどの研修カリキュラムが構築されている。

さらに加えて、オープンイノベーションのスキームに関わり、最近の動向として、次の(1)から(6)までの特徴があることも判明した。²

(1) 課題解決に向けて世界観を表明し相互理解を得るために、設計したモノ・コトに係る合意を求める能力の獲得が重視されている。

複数の専門人材が集結して、新規な知識ベースを作り上げる作業においては、用語概念を擦り合わせる必要がある。その丹念な擦り合わせプロセスから、共通の世界観とでもいうべき、構想の姿が具体化するはずなのであるが、その際、設計した(あるいは設計しつつある)モノ・コトに係る合意を求める能力が不足しているというのが現場の感触であった。ここであえて、カタカナの「モノ・コト」と表したこの意味は、モノが物(材)、者(人)、もの(情報など)ではなく、さらに、コトは、事(仕事の手順)、言(異なる表現)、こと(道理など)ではなく、総体として、相互理解の場(シッパベース)として捉えている方々が多かったためである。

(2) フォアグラウンド知財とバックグラウンド知財を解析するために、課題を認識してその内容を具現化する能力の獲得が重視されている。

創作行為の成果としての知的財産を取り扱う場合、法学的には物権あるいは債権の性質を決め込むことが作法のようにになっているが、オープンイノベーションの場において共同作業を行っている者たちは、そのような決め込み方には馴染まずに、自らの目線に見えて使用(実施)の対象となる知財(財産権が設定されているかは不問のことが多い)をフォアグラウンドと称し、他方、自らが使用(実施)せずに、あたかも、裏方にて作動する(他人が使っている場合も含む)知財をバックグラウンドとして対比させている。このような作法にて知財(特に技術及びノウハウなど)を実施する場合、法制度の制約条件が求める課題、例えば、財産権を共有の状態に置く場合の課題、さらには、特許発明の審査過程において研ぎ取られた技術内容(拒絶、補正された請求項)を実務上どのように処置すべきかなどの課題が発生する。これらのことは、リーガルマインドを醸成することによって容易に解決する内容の範囲ではなく、法学的要件の立論構成に関わるレベルのスキルが求められるのであろう。少なくとも、そのようなスキルを持った実務上の専門家が参画する必要がある。

(3) 共有知財を適正に運用するためオープン&クローズの仕組みを構築することが必要不可欠になっている。そのため、共有の場を重んじ発展させる能力の獲得が重視されている。

例えば、共有の場においては、リーガルコードに基づき営業秘密を取り扱う局面、そして、倫理コードあるいは慣習コードにより枠組みを維持させる局面が併存する。しかし、共有の場それ自体が不安定であり持続的な枠組みでない場合が多い。特に、法人格を持たない研究の場が必要不可欠な場合、その種の刹那的な場を重んじ発展させる能力が必要となるというのがリーダー役の者たちの認識であった。共有財産の変更・保全に係るリーガルコードは、許諾や訴訟の制度要件を考慮すると単純な枠組みとは

² この特徴的動向をまとめるにあたって、人事インセンティブ制度を併用したオープンイノベーション推進室(P社)、経験を明文化し共有することによるオープンイノベーションを実現するまでワンストップ対応のCTO室(K社)、関連企業間プラットフォームを構築するためのオープンイノベーション推進部(G社)、サプライチェーンを包摂するオープンイノベーション部署(TR社)、未来創生をミッションとしたオープンイノベーション推進センター(T社)、グローバルなハブ機能を組み込んだオープンイノベーション機能(F社)などの資料を参照した。また、オープンイノベーション協議会(JOIC)の白書(2016)の指摘事項を参考にした。

ならない。倫理コードにその射程を拡張するのであれば、さらに、選択的プロセスを経て得られる合理的な解は単一ではない。実務的には、重箱の隅を突くようなリスク回避の選択肢を設計するのか、あるいは、人類皆友だちという公開の場を設計するのか、二律のバランス感覚が必要になるのであろう。

(4) リーダーシップとフォロアーシップを発揮する場を作り、特に、他者の評価を聞き入れる能力の獲得が重視されている。

イノベーションに向けて活動を進める者たちにとって、先駆的な成果を生み出すための資質、力量、統率力の全てを兼ね備えている者がリーダーシップを発揮する訳ではない。むしろ、そのようなケースが発現する確率は低いといえる。むしろ、どこかの能力が尖った者同士が集結して、リーダーシップとフォロアーシップの協奏が適合したとき、いわゆる、知識のブレークスルーが生じることが多いといえる。オープンイノベーションのスキームに参画する者たちは、場を構成する座組の内から見れば、開かれた場ではなく、むしろ、閉じられていることが多い。したがって、常に、他者の評価を聞き入れる能力、あるいは、懐の深さを求められるのであろう。

(5) 組織内外の情報デバインドから生じるリスクを軽減するために、異質なモノ・コトを解析し、統合する能力の獲得が重視されている。

この場合における情報デバインドとは、特定の情報からの隔離状態を意味する。例えば、守秘義務を課すことによって、隔離の壁を取り払ったとしても、その情報を解析する能力がなければ、無用の長物を持って余すことになる。また、共通の用語概念を定め理論手法を共有しその隔離の壁を低くしたとしても、新たなモノ・コトを創成するための核心的情報を得たのかは容易には解読できないことがある。したがって、組織内部における情報のコンタミネーション(雑音的な情報による汚染)を拡散させないためにも、先端的な情報を取扱うには、所定のインテリジェンス(戦略的解析の所作)とコンピテンス(遂行の能力)が必要なのである。

(6) アクティブラーニング(能動的学習)の機会を設けることによって、リファレンス(経験知)からの学びを維持する能力の獲得が重視されている。

経験知からの学びは重要である。しかし、情報ネット検索の道具を使いこなす者たちは、仮想の経験知からの学びも選択肢として与えられている。さらに、各種のデータを統合した人工知能アプリを使用できる場面も増えてきていることを鑑みれば、かなりの早いスピード感(機動的な感覚)を持って、イノベーションのスキームが活性化するであろう。例えば、「IoT with AI (Internet of Things with Artificial Intelligence)」の世界観は、すでに、各分野へと拡散しつつある。なぜならば、コンピュータの情報処理性能は、1993年から20年程度で57万倍にもなり、かつ、情報ネットワークの伝送スピードも2000年以降加速し10万倍になろうとしている。「驚異」のスピードである。これとは逆に、日本の人口は2008年をピークに減少しつつあり、かつ、高齢者の人口が急速に増えつつある。かつ、労働の生産性もOECDの中で21位(2014)で平均値よりも17%も低くなっている。これも逆の意味で「脅威」のスピードである。とすれば、自らの実時間プロセスをかけて経験した知識ベースと、複数の人工知能の道具(学習済み人工知能モデル)を併用して得られる知識ベースを組み合わせた教育手法は時代の要請に適合しているといえる。

1. オープンイノベーション人材育成確保のスキームの特色について

今回の調査研究においては、先端的領域を扱っている研究開発等の公的機関支援によるプログラムまたはプロジェクトを対象とした。この報告書においては、その内、15 ケースに着目し、その中に配置される人材の確保及びその育成の現状と課題について説明する。

第5期科学技術基本計画では157か所の諸点において「人材育成・確保」が強調されている。第2期では、50か所程度であったことから判断して、人材の重要性は増大したといえる。また、本研究のキーワードである「オープン(開放系)」については、0か所であった状況から34か所に増大している。イノベーションの実現において、「オープン」と「人材」は不可欠であろう。しかしながら、これら二つの「コンセプト(考え方)」の相互関係の構図については、必ずしも、明確な方向性を示しているとはいえない。そこで、本調査研究では、いくつかの個別の実施事例を踏まえることによって、「人材」と「オープンイノベーション」の相互スキームを検討した。

四類型のオープンイノベーション人材育成確保のスキームが実施されている。これが結論である。第1スキーム「社会実装のスキーム」(研究開発の中に社会実装の要素を組み入れるスキーム)、第2スキーム「ブランディングのスキーム」(技術流通の中にブランディング(信用維持)の要素を組み入れるスキーム)、第3スキーム「コモنزのスキーム」(産業基盤の中にコモنز(共有)の要素を組み入れるスキーム)、そして、第4スキーム「相互理解のスキーム」(やる気(Incentive)の中に相互理解の要素を組み入れるスキーム)である。

各スキームの事例に基づく、特徴及びその長短については後段において説明する。まずは、各スキームの主要な要件について整理する。

(1) 第1スキーム「社会実装のスキーム」(研究開発の中に社会実装の要素を組み入れるスキーム)

「社会実装のスキーム」の特徴は、五つの項目にまとめることができる。①特定着想(アイディア)を組織間で共有する。②アイディアからのインスパイヤされた世界観を設計する。③創成された知財の取り扱い方法を組織間で合意する。④フォロワーシップとリーダーシップが連携する。⑤成果の評価はTRL基準からMRL基準へ移行する。

知的財産法の体系から見た場合、特定着想(アイディア)は明確には保護されない。したがって、組織間で共有する場合には所定の契約に基づき、かつ、客観的証拠資料として保管することを目途とした手続きが重視される。この段における「世界観の設計」とは、計画構想の「絵姿を描く」ことであり、その構図の中において求められる技術思想及び技術課題を具現化することである。したがって、所定の成果を知的財産権として設権することの手続きに加えて、その成果の再現性を確保するため各種の全データを保管することになる。³ 特に、先導チーム(リーダーシップを発揮する人材)から追随・支援チーム(フォロワーシップを発揮する人材)との相互の情報交換が要所となる。また、成果の評価においては、TRL基準(Technology Readiness Level 技術成熟度レベル)ではなく、MRL基準(Manufacturing Readiness Level 製造技術成熟度レベル)に基づく判断がなされる。したがって、技術発明のレベルに

³ データ(有用な技術情報)の保管は、通常、組織的判断ルールに基づいて行われるが、大学等の組織では、個人の研究室レベルの判断に任されていることが多く、近視眼的な判断に基づき、重要なデータが廃棄されることも多い。また、民間企業のデータ保管ルールは必ずしも共通ではなく、オープンイノベーションの実現にとり、大きな制約となっている。また、行政機関の保有する情報の公開に関する法律による影響も考察する必要があるだろう。

において初期段階から社会的総コストの削減を組み込んだものとなる。そのため、必要とされる人材能力についても、知的財産の社会実装を俯瞰する能力が求められる。

(2) 第2スキーム「ブランディングのスキーム」(技術流通の中にブランディング(信用維持)の要素を組み入れるスキーム)

複数の組織が合同して信用維持という要素を考慮することは、大きなハードル(垣根)である。しかし、民間企業の枠を越えて、あるいは、大学研究組織の枠を越えて、連携を図るためには、不可欠な要素となる。「ブランディングのスキーム」の特徴は、三つの項目にまとめることができる。①多様な技術課題の最適かつ飛躍的な解決策を探索する。②技術ブランディングによってグローバルな発信を行う。③多様なプロセスに発生する脆弱性を軽減(または改善)する。

一般的に国民のイノベーションに対する期待は大きい。それゆえ、「飛躍的な解決策を実現する可能性」を示すこと、つまり、ブレークスルーの切っ掛けを作り出すことは重要なゲートの一つとなる。そのためには、複数の異なる分野の専門人材を一つのチームとして編成する試みがなされてきた。この試みは、必ずしも成功に至るものではないが、一定の成果をもたらすに至っている。ブレークスルーによって生み出された「卵を孵化させ、育てる」ためには、その飛躍的価値のコンセプトを定め、しっかりとブランディングする人材が必要になる。特に、情報発信のテクニックに秀達することが求められる。さらに、イノベーションに係るブランディングのプロセスは、完成したモノ・コトの信用維持プロセスではなく、知財のステークホルダー(知財のユーザーを含む)と共に未完な状態にあるモノ・コトを成就させていくプロセスに他ならない。したがって、多様なプロセスに発生する脆弱性を軽減させ、予防的措置を講じるための能力が担当者には求められることになる。

(3) 第3スキーム「コモنزのスキーム」(産業基盤の中にコモنز(共有)の要素を組み入れるスキーム)

知的財産の創成を目途とする研究開発の現場に、「コモنز(共有)の関係」を組み入れることは容易であるがごとく語られる。しかし、実務の視座からすると、所定の手続き論に基づく仕組みの構築も含めて、机上で考えるほど、容易なことではない。「コモنزのスキーム」の特徴は、四つの項目にまとめることができる。①専門用語の共通化あるいは検索概念システムを作る(知のエンゲージメントの手続きを構築する)。②知財、人材、物財、設備のパッケージング(各種のリソースを協働させること)によりバリューチェーンを強化する。③相互扶助の仕組み(各組織のインセンティブに係る枠組み)を作動させる。④過去の先達が残したレファレンス(経験知)を共有化できるようにする。

複数の専門家たちが円滑に仕事を進めるためには、「知のエンゲージメント(戦略的共益の関係)」が必要になる。エンゲージメントは、人を中心にモノ・コトの絡み合いの関係を構築することである。さらに、人を中心とした関係を補強するために、かつ、各種のリソースを協働させる枠組が必要になる。バリューチェーンの強化は、コモنزのスキームの中核部分を構成する。金銭的なつながりのモデルに依拠することは、オープンイノベーションのスキームの下では有効なモデルとはならない。特に、各参画者が自前の財産として確保している「鎧のような知的財産」も、バリューチェーンの中では、無償に近い状態で供与せざるを得ない場合がある。その場合には、各組織の中長期に渡るインセンティブの枠組みを定め、先達が残した過去のレファレンス(経験知)を共有することが重要になる。

(4) 第4スキーム「相互理解のスキーム」(やる気(Incentive & Motivation)の中に相互理解の要素を組み入れるスキーム)

何らかの組織的なミッション(使命)を背負って、先端的な課題にチャレンジするプロジェクトに参加したとしても、個々人のレベルで「やる気(Incentive & Motivation)を持続する」ことには限界がある。前項の第3スキームのコモンズの枠組みを越えて、「個の意思」を支援するスキームが必要となる。いわゆる「出る釘は打たれる」のレベルに留まるのではなく、また、個の意思を「褒め殺す」のでもなく、新たな合理的スキームが求められている。「相互理解のスキーム」の特徴は、三つの項目にまとめることができる。①個を尊重し相互理解を推進することによって個々人のインセンティブを健全にする。②競争優位よりも共生優位を重視した利益配分を支援する。③オンリーワンとナンバーワンを併存させる。

人材の確保に係わる「教育イノベーション」という考え方は、C.クリステンセンに基づくものである。⁴心理学や病理学的な側面が強調される傾向があるが、オープンイノベーションのフィールドに必要なことは、個々人の「やる気」を相互理解するマネジメントを構築することである。個々のレベルから周辺を俯瞰した場合、競争優位の世界観が支配する場合が多い。むしろ、この種の世界観もイノベーションの担い手であることは否定できない。しかし、共生優位を重視した利益配分を組み入れつつ、複合的なインセンティブを配置することも可能である。そのようなマネジメントのスキームが成功しつつあると考える。さらに、ナンバーワン(第一位の構想)は、競争優位であろうと共生優位であろうと成立する世界観である。同時に、オンリーワン(唯一無二の構想)も成立する世界観である。相互理解のスキームでは、このオンリーワンとナンバーワンを併存させる仕組みを維持管理する人材が求められる。

2. 人材育成確保のスキームの実施事例から見た特徴及び長所短所

ここでは、報告書の対象とした15ケースについて、スキーム類型の理論的視座に基づきそれぞれの長所短所を論述する。

(1) 第1スキーム「社会実装のスキーム」

(i) 事例1-1: プログラムマネージャー活用方式

SIP(戦略的イノベーション創造プログラム)⁵におけるプログラムマネージャー(政策参与としてのプログラムディレクター)の任用は5年以内であり、年俸制(貢献度10%以下では兼務制度を併用)による人材がCEO(組織の代表者)となる。⁶このプログラムの下では、地域における研究開発支援する人材、産学官連携の調整役、知的財産活動の円滑化を担う人材の養成及び確保を支援している。例えば、サービスと工学の融合領域では、技術課題を専門家としてのデザイナーの視点から製品の企画設計、コンセプトの創案などの能力開発が進められている。しかしながら、人材能力を確保することの課題も多い。特

⁴ C.クリステンセン『イノベーションのジレンマ』(1997 翔泳社)、『C.クリステンセン経営論』(2013 ダイヤモンド社)、玉田俊平太『日本のイノベーションのジレンマ』(2015 翔泳社)などを参照すると良い。

⁵ SIPは、内閣府総合科学技術・イノベーション会議が司令塔機能を發揮して、府省の枠や旧来の分野を超えたマネジメントに基づき、イノベーション実現のために創設された国家プロジェクトである。公募方式によるトップクラスのリーダーをプログラムディレクターとして選出する。

⁶ PMの年俸は、約2000万円クラスであり、研究開発活動を補佐する専門員、成果アウトリーチ支援員、契約業務担当員、コンプライアンス支援員などのスタッフが配置される。

に、「概念設計」と「技術課題」の擦り合わせをする能力、さらには、「非連続な発明」と「改善改良の世界観」との調整能力などについては、単なる「調整機能」としての役割を越える。非連続イノベーションの成功確率を高める人材確保は容易ではない。

(ii) 事例 1-2: GMP (Good Manufacturing Practice) レベルでの人材育成

CIRA(京都大学 iPS 細胞ストックプロジェクト)及び FIRST(京都大学 iPS 細胞再生医療応用プロジェクト)は、現時点の評価では、極めて成功しているケースの一つであるといえる。特に、研究支援部門人材と応用推進部門人材との連携を強化する組織編成を行っている点、遺伝子のパーソナル情報の管理指針に基づく研究開発を徹底している点などは、人材育成の観点から着目すべきことである。基礎研究から社会実装にいたるまでの各種の知的財産の実務型管理体制が構築されているといえる。

(iii) 事例 1-3: 業種・組織を越えた知財管理、コーディネーター職の育成

革新的設計生産技術プログラム(3次元造形プログラム)は、米国「NAMII」などを参考にして設計された、積層造形基盤における人材育成の場で新規技術を実装するプログラムである。「超上流デライト(喜び品質)設計」(ユーザー参加型のイノベーション枠組み)への対応が展開されている。知的財産に関する管理については、権利持分配分(発明貢献度基準)、職務発明の表明、原則非独占実施、国外機関との共有可、技術情報流失防止管理、未利用成果促進(サンプル・マッチング含む)などが企画設計されている。業種・組織を越えた知的財産管理、さらには、調整(コーディネーター)役を確保することが課題となっている。

(2) 第2スキーム「ブランディングのスキーム」

(i) 事例 2-1: 技術ブランディングにおける PDCA

RDTE(国の研究開発評価に関する大綱的指針に基づく成果の動的プロファイル)においては、国家プログラムにおける PDCA サイクルを円滑化することによって、「イノベーションの PDCA」を実効性のあるシステムへと改変する作業を進めている。⁷ここにおける「イノベーションの PDCA」とは、計画(Plan)、実行(Do)、評価(Check)、改善(Act)という古典的なプロセス管理の考え方にに基づき、研究開発の初期段階から始まり知的財産等の成果を社会実装する段階、さらに、次期の研究開発課題を探索し、所定のプログラムまたはプロジェクトとして、投入(Input; 所要の陣容や資金編成など)、成果(Output; 目的とする知的財産など)、与益(Outcome; 社会に与える便益など)をデザインする段階までの長期的なプロセス管理体系のことである。一般に、公的予算を使用するプログラムでは、「ROAMEF」のプロセス、つまり、R(Rationale; 合理的根拠)、O(Objectives; 明確な目的)、A(Appraisal; 選定基準の開示)、M(Monitoring; 進捗把握の設計)、E(Evaluation; 定点評価)、F(Feedback; 改善の循環)の構成要件が求められる。近年では、ポジショニング資料に基づく客観的判断及び手続きが重視され、「P2M 基準の人材育成」(不確実性を克服する使命達成型職業人の確保)が提唱されている。⁸

⁷ この事例は、経済産業省等が 1999 年から実施してきた追跡調査・評価報告書(公開版)に基づいている。

⁸ 「NPO プロジェクトマネジメント資格認定センター」による人材育成プログラム(2016)。他の国立研究開発法人等においても、研究開発支援人材の育成プログラムが実施されている。

(ii) 事例 2-2: 知財ビジネス評価方式

中小企業の知的財産を活用する機会を拡充するため、金融機関を媒介役として「知財ビジネス評価書」を作成することによって、知財ビジネスの担い手となる人材の育成が展開されている。⁹ 特に、知財の可視化評価に基づくビジネス機会の適性判断の能力、あるいは、地方金融機関による融資判断の能力を獲得することが課題となっている。知財の専門家集団、地域の金融機関、そして、知財の利活用を模索している中小企業が、組織の枠組を越えて、連携する機会を得ている。オープンイノベーションの契機となる試みである。

(iii) 事例 2-3: サプライチェーンの設計に係る人材育成

Robotics & AI 分野(拡張領域における人工知能のサプライチェーン分野)では、産業・社会構造の大転換期という意識に基づき、IoT with AI(人工知能による情報流と物流の革新)に係る研究開発が急速に展開されている。¹⁰ この分野では、デザインの専門家育成(探索・発見・判断のエンゲージメントに関する人的能力の確保)、拡張型知覚に係るサプライチェーンを構築する人材育成(人間の総合的な知覚判断能力、及び、知の繋がりを俯瞰する能力の確保)、さらに例えば、人工知能の輸出に係る国際的な調整を推進する能力(人工知能システムを輸出する際のキャッチオール規制判断など)が求められている。

(iv) 事例 2-4: トータル・プラットフォームにおける知財包括管理方式

MINIMAL FAB(半導体製造システムのトータル・プラットフォーム)は、半導体製造における革新的なシステム(少量多品種生産システム)である。¹¹ 現在、約 130 社から構成される研究組合が稼働している。研究開発プロジェクトでは、要素技術を体系的に開発し、コアとなる特許発明の実施基準を定め、バリューチェーンに係わる技術ノウハウの共有方式を確立させている。知的財産の運用にあたっては、包括管理(デファクト標準、認証、ブランド、知的財産権をパッケージ管理する)方式となっている。産業システムとして稼働させるためのリーダーシップ能力やシステム設計の実践的な能力が求められている。

(3) 第 3 スキーム「コモンズのスキーム」

(i) 事例 3-1: 複数分野間の連携能力の育成

Capacity Building Needs(特定の分野に係る能力構築に係る支援プログラム)は、医療分野、環境保全を含め、製造造形などの分野において浸透しつつある方式である。この場合の能力構築は、特定分野に閉じた能力ではなく、むしろ、複数分野間の連携能力に軸がおかれている。例えば、急速に進展する人工知能によるイノベーションに係るシンギュラリティ問題(技術的特異点により社会が後戻りできないほどの環境の変容におかれる複合リスクの問題)への対処は、その典型的な危機意識の現れであろう。また、LSI 技術(大規模集積回路)に関する微細化技術分野では、その方向性に限界があるという G.

⁹ 特許庁総務部普及支援課のプログラムである。

¹⁰ 国際人工知能会議(IJCAI)では、2294 論文中 551 の 50%強が中国関係者であり、百度、Xiaomi、Tianchi などの活躍が著しい。また、Deep Learning 分野では、「主導設計—制御—パラメータ設定」までが AI 化しており、「ワトソン」(IBM 社、コグニティブ技術)は、パーソナライズした医療データに基づく医療サービスの実証プログラムに投入されている。国際的標準化による技術開発のみならず、複数企業による垂直的・水平的アライアンスによる技術開発も展開されている。

¹¹ ミニマルファブ技術研究組合。研究開発組合から社団法人化へ移行することも選択肢である。『革新的製造プロセス技術開発(ミニマルファブ)技術評価結果報告書』(産業構造審議会、2016 年 2 月)。

ムーアの指摘を受けて、技術限界を越えるための発明の構想、例えば、「More than Moore」の構想に基づく研究開発では、新たな用途の可能性を探索する試行がなされている。このような状況下にあつて、既成の知的財産の方向性(例えば、特許発明の新規性、進歩性)の発達的な経路上に革新方向を求めるのではなく、むしろ、複数知財を連携する人的能力を確保することによって、発展的な多様な経路を探索している。

(ii) 事例 3-2: 食品安全等のシステム認証に係る人材育成

HACCP システム認証(食品安全のプロセス管理基準)や総合衛生管理製造の認証基準などの運用が典型事例である。特に、食品の表示に係る制度改正の効果もあり、「機能性食品の用途開発」による差別化が進んでいる。食品分野は、物としての剤の分野、及び、医薬の分野にまで越境する傾向(グローバルスプレッドの性質)がある。よって、組成物のみならず、有効成分を含む用途(使用)の発明競争が激化することになる。研究開発の現場では、発明が社会に実装される様相を想念した上で、実装時における制度環境を熟知する必要がある。したがって、発明の実行チームと投資判断を行う経営者との連携を円滑にする能力(例えば、技術思想の説明力、あるいは、表現力)が求められ、かつ、グローバルなスピード感覚に基づいて、先端技術発明を周知させる手法を習得することが要求される。

(iii) 事例 3-3: 航空機等の組込みシステム認証に係る人材育成

FAA 認証(米国航空局のシステム認証基準)は、組立システムの典型事例である。一般に、造船のサプライチェーンに係る下請け企業を含めた「造船チーム」は、2500 社から構成される。また、航空のサプライチェーンの「航空チーム」は、1200 社ほどになるといわれている。さらに、米国や EU のシステム認証基準を考慮しなければ、オープンイノベーションを目指した新たな発明技術は、実装され得ない。したがって、航空機への組込みシステムに係る知財の編成、部材、装備品を含む包括管理の方式、EASA(欧州航空安全局)と FAA の認証レベル(型式証明等)における対応など、各種の専門人材チームを効率よく編成し、かつ、組織力としての合力を発揮させることが大きな課題となる。

(iv) 事例 3-4: 共同研究開発契約(CRADA)方式

米国政府系研究開発機関が採用する国際的な共同研究開発契約(Cooperative R&D Agreements)においては、知的財産の取扱いについて事前の取決めを規定している。特に、発明の実施に係り製造の米国内優先権が与えられること(自国ファースト主義)に合意することが求められる。また、外国企業としてユニークな技術実施能力を保有していることを客観的に証明しなければならない。したがって、研究開発プロジェクト実施の前の段階において、これらの条件下でどのような交渉の選択肢があり得るかを計画することになる。¹² 国を越えたグローバルなオープンイノベーションを目指す場合、他国のバイドール制度などの枠組みを踏まえた交渉能力が必要になる。¹³

¹² (公財)未来工学研究所『米国の大学における外国企業との産学連携の実施状況等調査報告書』(2011)。なお、現在は、簡易 CRADA の契約ひな型も使用されている。

¹³ 古谷真帆・渡部俊也「バイドール制度の各国比較」(2104 東京大学 IAM Discussion Paper No. 36)。

(4) 第4スキーム「相互理解のスキーム」

(i) 事例 4-1: トップランナー育成方式

STEM(科学、技術、工学、数学の教育を重視して、研究と教育の連動を図るホットスポット分野のトップランナー育成プログラム)は、英才教育の側面よりも、多様な分野における人材の層を厚くすることにその特徴がある。さらに、専門的知識に偏重することの弊害を平準化するために教養教育あるいは総合科学の視点が強調されている。先端領域の戦略プログラムは、国家政策上のミッションとして「大括りの分野」に基づいて行われる。¹⁴ その各分野の中にあるべきホットスポットの人材の確保が要となる。しかし、その人材の枯渇を防ぐことはできるのだろうか。トップランナーは個の存在ではなく、チームプレーであるとするれば、役割分担を意識した育成が望まれる。

(ii) 事例 4-2: 世界動向を踏まえたグランドチャレンジ方式

CRDS(科学技術振興機構発の戦略プロポーザル、世界動向踏まえたグランドチャレンジ領域)のプログラムにおいては、「やる気を持った人々が自らの意思を宣言する」ことによって、その周辺に人々が集まってくることを想定している。そのような場では、競争優位のメカニズムと共生優位を重視した利益配分の仕組みをバランスさせることが課題となる。例えば、競争優位を指向して必須となる知財の優先交渉権を確保したとしても、隣接する知財を包含した交渉権を獲得しなければ、知財の束の潜在的価値は低くなる。さらに、共生優位を成り立たせる何らかのミッション(使命的な役割)が介在する場合、利益独占を指向する単純な補填システムは作動しない。政治力学的な調整の能力が必要なのであろう。

(iii) 事例 4-3: サバイバル感覚重視グループ

ImPACT(革新的研究開発推進プログラム)の発展系としては、創造的なアイデアの協奏作用を重視し、個々が果敢に挑戦することを想定している。ImPACTでは、12分野のPMが活動している。最適解を求めるサバイバル感覚が重視されている。したがって、チャレンジする領域の中核拠点となる人々とその隣接領域を構成する人材の相互交流を支援することが要所となるであろう。

SCHAFT(大学研究室 OB 有志によるチーム)の活動は公的プロジェクトの事例ではないが、米国 DARPA のロボットコンテストに参加し、その結果、チームの優秀な人材は集団で海外企業に移籍した。グローバルな活躍が実現したことを鑑みれば最適な選択であったといえる。しかし、思うに、日本国内においても相互理解のスキームが必要であったのではないだろうか。

(iv) 事例 4-4: 先端技術情報の解析チーム

J-Messe(先端技術、新素材、合成物、R&Dの見本市・展示会情報サイト)は、JETROによる運営である。また、TSC Foresight は、NEDOによる技術の最新動向のトピック・ライブラリである。STI Horizonでは、NISTEPによる科学技術の動向が掲載されている。これらの情報提供にあたっては、先端技術情報を解析できる専門家チームが編成されている。データが蓄積されると共に、技術分野を越えた共通課題に係るブレークスルーの兆しを検出することができることを期待する。

¹⁴ 例えば、「大括りの分野」とは、JSTでは「グリーンイノベーション、ライフイノベーション、ナノテクノロジー・材料、情報通信技術、社会技術・社会基盤」としている。また、第5期の科学技術基本計画のSociety5.0では、12分野とサービスプラットフォーム分野が設定されている。

3. オープンイノベーションを担う人材の役割と育成の課題

前節にて取り上げた各ケースの実態を踏まえて、「イノベーションの PDCA」の評価視点に基づき整理する。共通課題は次の六項目になる。

(1) 「Plan 段階」における人材の役割：課題解決に向けた世界観を表明し相互理解を得る。共通課題：設計したモノ・コトに係る合意を求める能力を獲得する。

研究開発の現場では、その資金拠出に係る者たちをも含めて、広義のステークホルダーを意識することが疎かになっていた。自らの世界観を表明することは一つの関門にすぎない。また、相互理解を得ることも、一つの関門である。合意形成のプロセスにおいては、関わるステークホルダーが持っている世界観は必ずしも同質ではない、むしろ、異なっているのが常態である。とすれば、ステークホルダーの者たちが抱える主たるミッション(使命的な役割)に係るポジション分析(客観的事実に基づく選択的解決方法の検討)を押し進め、例えば、知財の作り手側が使用する専門用語を用いずに、知財のユーザー側との合意を得る必要があるだろう。¹⁵

(2) 「Plan 段階」における人材の役割：フォアグラウンド知財とバックグラウンド知財を解析する。共通課題：認識して具現化する能力を獲得する。

研究開発を進める上においては、有用な技術上または営業上の情報の範疇を踏まえて、オープンイノベーションを実現させるための知的財産の範囲を構図する必要がある。しかし、チーム編成をする際に、各参加者が持ち寄る必要な知財(先行して獲得していたバックグラウンド知財)は、断片的なものである。また、チーム活動によって得られた直接の成果として収録される知財(主たる成果となるフォアグラウンド知財)も必ずしも予定した範囲にはとどまらないことがある。つまり、故意あるいは過失を想念せずとも、競争環境下において展開される研究開発の成果にとって部外となる知財(射程の外におかれたアウトサイド知財)が存在することを認識する能力が求められる。¹⁶

(3) 「Do 段階」における人材の役割：共有知財を適正に運用するためオープン&グローブの仕組みを構築する。共通課題：共有の場を重んじ発展させる能力を獲得する。

所定の様式を踏まえて譲渡可能な状態に組み上げた知財の価値を維持し、かつ、増進させることは容易ではない。さらに、その知財を共有の場に晒して分かち合い、その上、協働して新たな知財を作るには、重疊的な努力が必要となる。何を開示して、何を開示しないのかは、あたかも、「家システムの中において個の存在をどのように律する」のかに類している。例えば、営業秘密の要件を満たす知財を共有する場合、守秘義務の形式的契約を付したとしても、善意取得後の悪意による転得のリスクを想定外とするわけにはいかない。とすれば、共有の場を重んじ発展させるモラルコードを醸成する時間と仕組みが必要になるであろう。

¹⁵ オープンイノベーションに係るポジション分析は、個々の民間企業が行っている範囲よりも広義となる。特に、技術動向の分析にとどまらず、ライフスタイルの変化や産業構造の変化、そして、制度規制の動向に係る SWOT-CROSS 分析も含まれる。

¹⁶ 「アウトサイド知財」と称する範囲は、共同研究開発の成果であることを表明しない知財も含まれる。また、意図してバックグラウンド知財に供与されなかった知財も存在するであろう。さらに、チーム編成の中には参加しなかった者たちが別の思想にもとづいて創成した知財も対象となるであろう。

(4) 「Do 段階」における人材の役割: リーダーシップとフォロアーシップを発揮する場を作る。共通課題: 他者の評価を聞き入れる能力を獲得する。

物財のサプライチェーンは利益モデルの基軸である。加えて、オープンイノベーションのスキームにおいては、知財のサプライチェーンが主導的に構築される。ブロックチェーン技術に基づく金融取引や先使用保証などの商事モデルはその典型事例であろう。知財が作り出す多様な用益のバリューチェーンを把握することは容易ではない。イノベーションの初動において、リーダーシップを発揮して新たな革新の芽を作り出す能力は不可欠なものである。しかし、追随者たちがバリューチェーンの中に新たな経路を創り出さなければ、知財の発展的な社会実装は実現しない。フォロワーシップを軽んじることはできないのである。したがって、リーダーシップを期待される人材は、想定外の他者の評価を聞き入れる能力を涵養するべきであろう。

(5) 「Check 段階」における人材の役割: 組織内外の情報デバインドから生じるリスクを軽減する。共通課題: 異質なモノ・コトを解析し統合する能力を獲得する。

オープンイノベーションのスキームにおいては、事前のコンセプト設計が重視される。その中で、特定のミッション(使命的な役割)に基づき、事前のアウトカム(知財の社会的意義;知財が社会に与えるべき用益)が構図され、人材、資金等のインプット並びに知財等のアウトプットの詳細設計がなされる。事前の構図と事後の結果に差異が生じることは常態である。したがって、アウトカムについても同様なことが生じる。しかし、多くの場合、事前のアウトカムは抽象的な想定範囲にとどまり、かつ、アウトカムの体系化がなされていない。よって、「Check 段階」においては、事前と事後のアウトカムに関する情報デバインドのリスクを背負うことになる。事後のアウトカムを解析する場合には、少なくとも、イノベーションに直接間接に関わるアクター(参画者)及び知財(特に、フォアグラウンド知財)の実働状況を定点調査すべきであろう。むしろ、評価のための評価の作業は不要な労力である。したがって、まずは、事前のアウトカムの体系化を指向すべきであり、その上で、異質なモノ・コトを解析し統合する能力を育成すべきであろう。

(6) 「Act 段階」における人材の役割: アクティブラーニング(能動的学習)の機会を設ける。共通課題: リファレンス(経験知)からの学びを維持する能力を獲得する。

実践的な「イノベーションのPDCA」は、「Plan 段階」から始発するのではなく、「Act(改善)段階」から始まる。特定着想(知財)を宣言するためのボジョニング分析が重要になる。「Plan 段階」のボジョニングでは、詳細化への方向を示す能力が求められる。それに対して、「Act 段階」のボジョニングは、ブレークスルーの出現確率を高めるための位置決めであり、共同作業の柱となるコンセプト(世界観)を共有するための手続きである。過去のリファレンス(経験知)から何を踏襲し、あるいは、何を逸脱するのかを解析する能力が求められる。

4. 人材育成グローバル・イニシアティブの提案

これまで数年に渡り、学校教育の視点から、そして、企業内育成の視点から、イニシアティブ(先導的方策)の提案をおこなってきた。本年度は、境界を越えた新知識ベースの社会実装を実現させるためのスキームの視点から提案する。

(1) 一昨年度研究成果(特色ある学校教育モデルの分析)においては、次の四項目の施策を提案した。

- (i) これまでの特色ある教育経験を踏まえ、内なるグローバル化を推進する。
- (ii) 産学官連携グローバル・イノベーションの場において人材育成の機会を醸成する。
- (iii) 判例データ、知財流通データ等のファクトベースを用いて、複数国の制度理解等を目的とした、複数の教員が協働するアクティブラーニング(能動的学習)を導入する。
- (iv) 知財の戦略的監理能力を育成するスキル・コアを体系化し、専門家諸氏との連携を図り、教材を開発するためのグローバル・コンソーシアムを構築する。

(2) 昨年度研究成果(特色ある企業内人材育成モデルの分析)においては、次の四項目の施策を提案した。

- (i) 異業種の経営トップ層に参集してもらいイノベーションの歴史的考察を踏まえた定例トップセミナー(例えば、「CXO 知財塾」)を実施する。
- (ii) 中間管理職に対する実践能力の維持のため産学官連携事業として恒常的スキルアップ研修制度(例えば、「磨きあげ研修」)を設置する。
- (iii) 企業に対して知財スキル増進の年俸加算手当制度(例えば、「先行努力手当」)を推奨する。
- (iv) 大企業にとどまらず中小企業の事例を含めた知財の利活用に係る成功、失敗の事例データベース(知財利活用のプラットフォーム)の内容を拡充し定期的研修の教材(例えば、「知財ロールプレー教材」)とする。

(3) 本年度研究成果(オープンイノベーション人材育成・確保スキームの分析)においては、次の五項目の施策を提案する。

(i) オープンイノベーション推進部署を対象に事例セミナー(例えば、「イノベーション羅針盤セミナー」)を実施する。

オープンイノベーションを指向する組織体は、産学官の連携プログラムやプロジェクトのみならず、民間企業においても独立した推進部署として機能しつつある。このような部署に配属される人材を対象に、例えば、イノベーションが目指すアウトカム設計についての羅針盤となるセミナーを実施することが望ましい。特に、特許法などの射程外となっているアウトカムの体系化に関するセミナーは有用であ

ろう。¹⁷ また、ブレークスルーの出現を高める制度的インセンティブについて検討することも有用であろう。

(ii) プロジェクト中間時点直前にスキルアップ研修(例えば、「鏡で映すモノ・コト研修」)を実施する。

研究開発プロジェクトを推進する場合、成果となる知的財産の創成状況を的確に把握管理することは容易ではない。しかし、これまでの各種の経験事例から、プロジェクトの中間時点の直前においてスキルアップ研修の機会を設けることが有効な手立てとなっている。したがって、例えば、過去の事例等の解析結果を参照する機会を設けて、第三者の目線から自らの現状を把握することが重要であると考え。共有の対象となる知的財産に係る研修、特に、共有特許(付帯する実証データ等を含む)の変更、保全に係る研修が有用であろう。

(iii) 先行試行調査を活性化する制度(例えば、「お試し提案制度」)を拡充する。

知的財産の質と量を確保するという目的からすると、プログラムやプロジェクトの目的に直接に関わる先行事例(間接に関わる事例も含めたほうが良い)を参照することによって、適正なポジショニングを得ることができる。近年は、先行試行調査として先導的なプロジェクトを実施する制度が導入されるようになった。先導的なプロジェクトの機会を増やすことによって、本格的なプロジェクト段階の成果(特許発明など)の質的安定性を確保することも可能となる。例えば、現行特許法において発明の再現性については緩やかな規定となっているが、所定の技術課題を解決する方法の再現性について事前の知見(技術効用の評価方法などに係る手かかり)を得ておくことも、フォロワーシップとの協奏を重視する社会実装という目的からして有用な手順となるであろう。¹⁸

(iv) ユーザー・イノベーションの担い手への出前講義(例えば、「シンギュラリティ授業」)を実施する。

オープンイノベーションは社会に参画する人々に大なり小なりの変革をもたらす。それゆえ、「知的財産の作り手」のみならず、「知的財産の使い手」となる人々の育成は重要である。しかし、ステークホルダーの存在は多様である。ユーザー・イノベーションの担い手は、不特定多数ではないが、学校教育や企業育成の場を越えて広く分散している。ただし、学校教育の場は担い手を探し出すための一つの窓口になり得るであろう。例えば、急速に進展する人工知能によるイノベーションに係るシンギュラリテ

¹⁷ まず、アウトカムは、マクロ的範疇からミクロ的レベルまで想定し得る。問題の所在を箇条書きにすると、例えば、特許法1条(目的)は、産業の「発達」であり、「発展」ではない。したがって、32条の「公の秩序、善良な風俗または公衆の衛生を害するおそれがない」29条(特許の要件)の柱書における「産業上利用することができる発明」が作り出す産業の発達が、特許法の射程となる。個別の発明に求められることは、「技術上の意義」(省令の特許法施行規則24条2)に包含される発明の目的、課題、効果等である。しかしながら、オープンイノベーションの実現に至るバリューチェーンの中に供与された特許群(パテントマップなどによって別途の労力をかけて把握をせざるを得ない排他権の群れ)については、Fターム等の現行分類では容易に可視化することはできず、解析のための時間コストが高くなる傾向にある。また、現行制度では、発明の社会的意義については明確にすることを要しない。

¹⁸ 特許法36条4項1号の明細書に求められる実可能要件は、「その発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者がその実施をすることができる程度に明確かつ十分に」としているが、省令の特許法施行規則24条2では、「発明が解決しようとする課題及びその解決手段その他のその発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者が発明の技術上の意義を理解するために必要な事項を記載することによりしなければならない」とし、技術上の意義を理解するために必要な事項の記載を求めている。技術上の意義が不明な場合には、29条(特許の要件)の柱書に係る審査基準の「明らかに実施できない」等の判断により査定される。なお、鮫島正洋「日本国特許法第36条に関する最近の判例の動きについて」(LES Japan News Vol.52 No.2 2011)を参照すると良い。

イ問題などを教材として、現行特許法が求める特許発明(私的財産権)の意義を再考し、技術の「作り手と使い手が共に学ぶ場」を設けることが望ましい。

(v) 共同出願から共有知財利活用に係る制度環境セミナー(例えば、「知財バリューチェーンワークショップ」)を実施する。

オープンイノベーションを目途とした共有に係る知的財産権の各種の請求権行使については、国内外の法制度体系は均質ではない。例えば、財産権の変更行為(処分行為含む)、管理行為、保存行為のそれぞれについて、一般原則と特別規則との間には齟齬がある。むろん、裁判管轄権などについても勘案し、民間の取引自主規制などを考慮すれば、さらに、複合的な組合せの選択肢が生じる。¹⁹ 共有知財利活用に係る制度環境セミナーは必要不可欠であると考ええる。

以上

¹⁹ 例えば、欧州特許庁の審判(2004)「自己免疫疾患治療剤発明の共同出願を単独分割出願したことに対してなされた不服審判」(ダートマス大学事件)は、国際間の産学連携に基づくオープンイノベーションの枠組みにおける共有関係の諸問題を考える上で参考になる事例である。

第 5 章

基礎調査概要

中国専利侵害訴訟判決データ分析報告書の概要*

I. データの説明

中国における裁判文書公開の状況から、このデータ分析は、ランダムサンプリング調査の方法を用いて実施している。

中国では、1999年7月20日より個別の法院のみにおいて、18歳以上の自国民であり、有効な証明書を持参することを条件に結審した案件の検索・閲覧が許された。2000年10月、広州海事法院が初めて判決文を法院の政務ウェブサイトアップロードし、その後2001年、2003年に、北京市と上海市の法院でも判決文のウェブサイトにおける公開を試みた。2005年まで、中国全国では、300か所の人民法院が中国法院ネットワークに判決文を公開し、全国レベルで統合された法院のプラットフォームでの裁判文書の公開が始められたが、当該ネットワークに参加していた法院自体が全国法院総数の十分の一しかなかった。

2013年6月28日、全国レベルで一つに統一された裁判文書公開プラットフォーム「中国裁判文書ネット」が正式に稼働され、最高人民法院からは2013年11月13日に、裁判文書を原則公開する規定を盛り込んだ最高人民法院の「人民法院のインターネット上での裁判文書の公開に関する規定」（法積〔2013〕26号）が下された。さらに、2016年8月29日に、最高人民法院は「人民法院のインターネットの裁判文書の公開に関する規定」（法積〔2016〕19号）を下した。この法積により、中国における裁判文書の公開が一層徹底された。しかしながら、2008年以前の裁判文書は前記とおり中国裁判文書ネットに公開されておらず、2008年から2015年の全国の受理件数に対する公開された件数の割合は、平均して14.6%しか満たない状況である。

これに対して、中国の情報会社であるIP HOUSE（中国名称：北京知産宝）のデータベースに収録されている裁判文書の全国の受理件数に対する平均割合は36.4%である。

この実態調査は、IP HOUSEにより収録されている中国の専利権侵害に関するデータベースを分析対象とし、中国における専利権保護の状況について分析を行ったものである。IP HOUSEのデータベースは、各人民法院で1992年以降に下された知的財産権関連訴訟の判決・裁定（20万件以上）を網羅している。本報告書では、このうち各審級において1992年以降に下された専利権侵害訴訟に関するデータを分析対象としている。

また、IP HOUSEのデータベースには、公開され収集可能であった3747件の専利行政権利付与及び権利確定に係る裁判文書（一審、二審を含めて、5546件）のデータも含まれている。本報告書では、そのデータに基づいた分析も行っている。

なお、この概要における表又は図の番号は、原分析報告書における番号を援用したものである。

* この概要版は、特許庁委託事業「平成28年度知的財産保護包括協力推進事業」により、IP HOUSEの分析報告書に基づいて、一般財団法人知的財産研究教育財団知的財産研究所が作成したものである。

II. データの分析

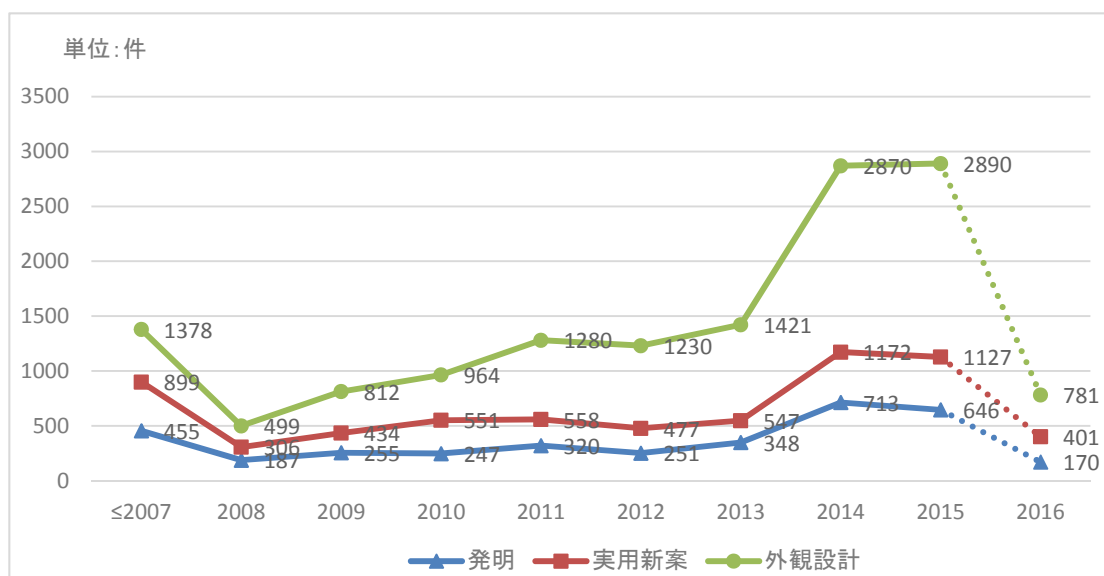
1. 年度別における各種専利案件の件数

1992年から2016年現在までの案件において、中国の専利法が規定する発明専利、実用新型専利及び外観設計専利それぞれに係る訴訟件数は、全般的に増えている。中でも、外観設計に係る訴訟件数が最も多く、その次が実用新型であり、発明専利に係る訴訟件数が各種専利案件において、最も少ない。

今現在、外観設計専利に係る案件は2015年が最も多く2890件であり、実用新型専利に係る案件と発明専利に係る案件は2014年が最も件数が多く、それぞれ1172件と713件である。

なお、本報告書における分析は、2016年9月時点で公開されている案件のみを集計対象としているため、2016年はデータ取得期間が短く1年分のデータが揃っていないが、参考までに数値を示している。

【図-1】



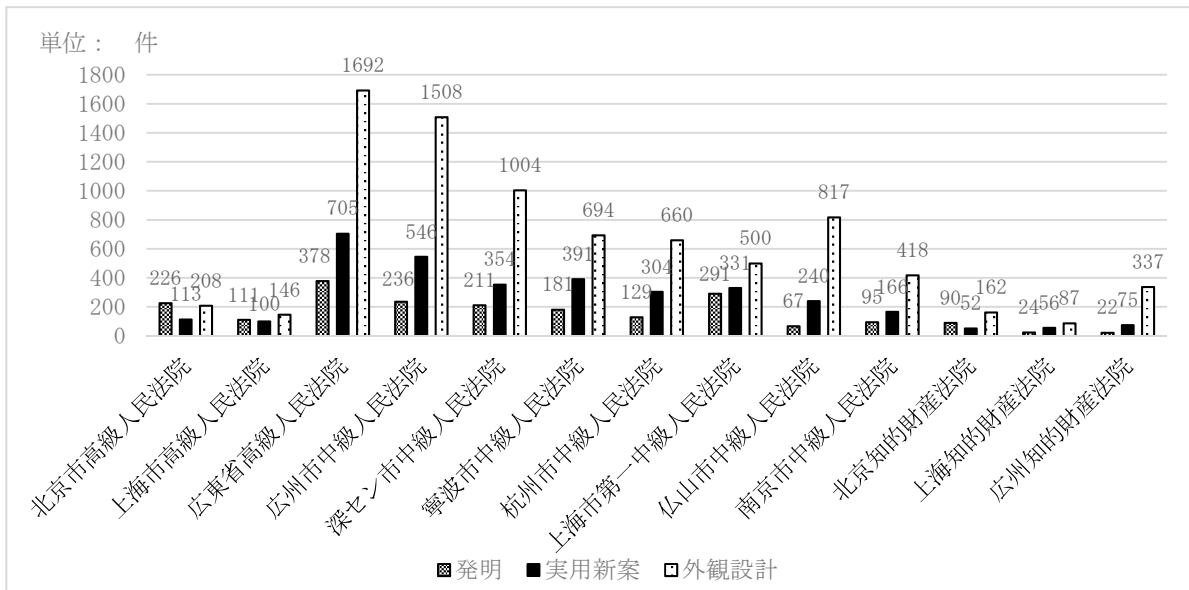
注：2016年9月時点で公開されている案件のみを集計対象としているため、2016年は1年分のデータが揃っていない。

2. 法院別の各種専利案件の件数

中国の主要法院別に、各種専利案件の件数を見た場合、発明に係る案件は、多い順に、広東省高級人民法院（378件）、上海市第一中級人民法院（291件）、広州市中級人民法院（236件）、北京市高級人民法院（226件）、深圳市中級人民法院（211件）であり、実用新型専利に係る案件は、広東省高級人民法院が最も多く705件あり、次に、広州中級人民法院が546件あるが、外観設計専利は、広東省高級人民法院（1692件）、広州市中級人民法院（1508件）及び深セン市中級人民法院（1004件）が千件を超えている。

広東省高級人民法院は、専利権の種類に関わりなく、全般的に訴訟件数が多い。そして、広州市中級人民法院、深セン市中級人民法院と続き、専利権侵害訴訟の多くが広東省に集中している。

【図-2】



3. 年度別における当事者の国籍別及び投資元の企業国籍別の案件件数（上位10か国を対象）

日本法人が原告当事者として関わった中国における専利権侵害に係る訴訟件数が、他の国に比べて多い傾向にある。日本法人が原告として専利権侵害訴訟に関わった訴訟件数は、中国法人を除く外国籍の当事者の中で、1992年～2007年、2008年、2011年、2012年、2015年で最も多い。その次が米国籍、ドイツ籍、英国籍、フランス籍の法人である。

【表-3.1】

単位：件

国別 年度	合計	中国	日本	米国	ドイツ	フランス	英国	イタリア	スイス	韓国	オランダ
≤2007	5577	4949	93	50	21	23	9	4	8	4	12
2008	1492	1300	19	11	9	16	3	2	5	1	3
2009	1905	1570	11	24	6	17	2	16	1	1	2
2010	2039	1806	13	42	9	4	3	2	1	0	1
2011	2267	2116	27	12	17	8	7	9	0	4	1
2012	1829	1890	18	14	12	8	6	4	8	2	1
2013	2623	2294	15	8	18	12	17	5	2	1	1
2014	5405	4731	29	17	24	8	41	6	16	3	0
2015	5085	4621	20	16	8	14	17	4	6	11	0
2016 (参考)	1392	1367	4	4	4	3	4	2	0	0	0
計	29614	26644	249	198	128	113	109	54	47	27	21

注：2016年9月時点で公開されている案件のみを集計対象としているため、2016年は1年分のデータが揃っていない。

一方、外国法人が被告として専利権侵害事件の当事者となる訴訟件数は、全般的に少ない。

【表-3.2】

単位：件

国別 年度	中国	米国	日本	ドイツ	フィンランド	英国	イタリア	オランダ	スイス	カナダ
≤2007	5182	3	2	2	0	2	2	1	0	1
2008	1367	3	1	2	3	0	0	0	0	0
2009	1662	0	1	0	1	0	0	0	0	0
2010	1883	0	0	0	1	2	0	0	0	0
2011	2205	0	1	2	0	0	0	0	1	1
2012	1973	2	0	0	0	0	0	0	0	0
2013	2378	3	1	0	0	0	0	0	0	0
2014	4877	6	0	2	0	0	0	0	0	0
2015	4720	7	3	2	0	0	0	1	1	0
2016 (参考)	1389	2	1	0	0	0	0	0	0	0

また、中国籍の法人のうち、日系現地法人が原告として訴訟に関わる件数が比較的少ない。なお、2014年及び2015年においては、シンガポールの現地法人が最も多く、日系現地法人が関わる訴訟件数が2014年と2015年でそれぞれ2件と9件であることに対して、26件と47件になっている。

【表-4.1】

単位：件

投資元 年度	中国投資	シンガポール	英系	韓国系	日系	米系	ドイツ系	スウェーデン	フランス系	オーストラリア
≤2007	4841	4	6	10	8	4	6	0	0	0
2008	1276	0	0	0	1	3	0	0	0	0
2009	1531	0	2	10	0	4	2	0	1	1
2010	1775	0	1	2	0	0	0	0	0	0
2011	2082	0	5	2	2	9	0	0	0	1
2012	1871	0	3	0	6	2	0	0	0	0
2013	2253	4	3	1	6	0	0	2	0	0
2014	4577	26	18	11	2	4	1	3	5	1
2015	4466	47	11	15	9	1	0	3	1	2
2016(参考)	1345	0	0	6	1	0	0	0	0	2

他方、日系現地法人が被告として訴訟に関わる件数は、1992年から2007年の間は次に多い米国系法人の8件に比べて20件で、明らかに多かったが、2008年以降は、他の国の現地法人と変わらない水準にある。

【表-4.2】

単位：件

投資元 年度	中国 投資	日系	米系	ドイツ	英系	フランス	シン ガポ ール	韓国 系	スウ ェー デン	オラ ンダ
≤2007	5041	20	8	6	5	1	4	4	1	5
2008	1337	0	4	1	0	1	0	2	2	0
2009	1628	2	4	1	1	0	0	0	1	1
2010	1846	1	1	0	0	3	0	0	0	0
2011	2169	1	2	0	1	0	2	1	0	1
2012	1958	2	1	0	3	0	0	1	1	0
2013	2337	3	4	0	0	3	2	0	0	1
2014	4815	3	4	3	2	1	1	0	2	1
2015	4650	3	3	0	1	0	3	4	3	1
2016 (参考)	1371	0	2	2	0	4	0	0	0	0

4. 法院別における原告当事者の国籍別の訴訟件数

日本籍の法人が原告として提起している専利権侵害に係る訴訟は、法院の地域別に見た場合、上海市第一中級人民法院が一番多く、その次に北京市高級人民法院、広州市中級人民法院の順になっている。

【表-6.1.1】

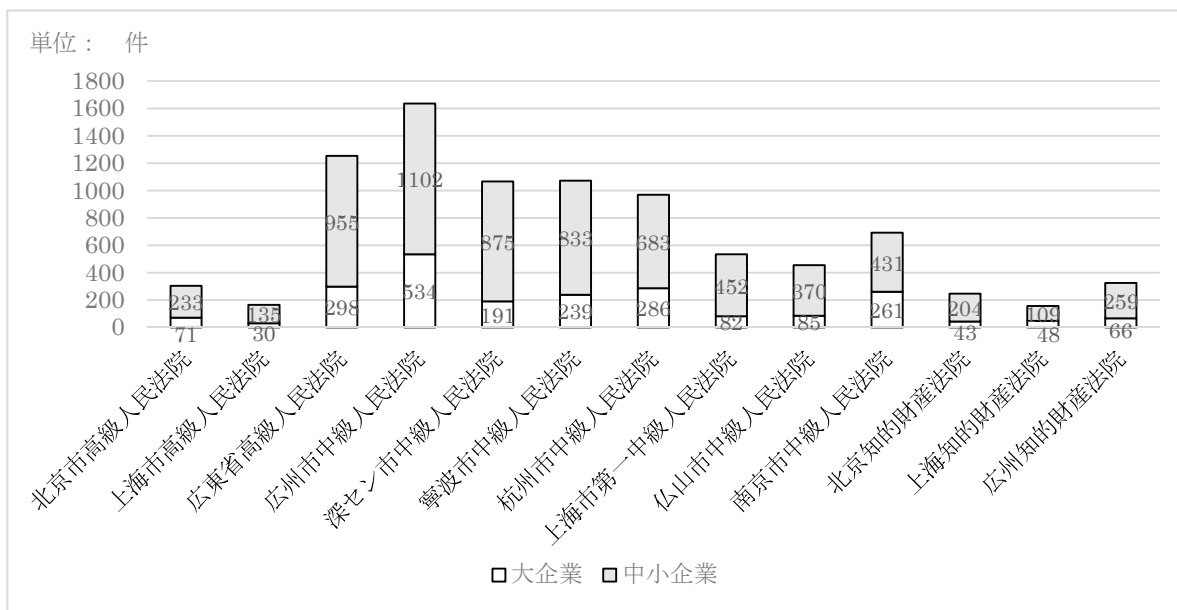
単位：件

国別 法院	中国	日本	米国	ドイツ	フランス	英国	イタリア	スイス	韓国	オランダ
北京市高級人民法院	453	40	16	17	4	12	1	3	2	3
上海市高級人民法院	314	27	9	10	2	1	3	2	0	2
広東省高級人民法院	2723	25	12	6	16	8	4	11	2	0
広州市中級人民法院	2431	32	9	3	12	16	9	16	3	0
深セン市中級人民法院	1615	12	8	0	3	9	1	4	1	0
寧波市中級人民法院	1382	2	7	22	28	15	0	0	3	0
杭州市中級人民法院	1277	5	3	5	4	0	1	1	0	8
上海市第一中級人民法院	1121	47	20	18	7	5	3	9	2	1
仏山中級人民法院	1150	0	3	1	3	12	0	0	0	0
南京市中級人民法院	967	3	3	1	5	1	0	1	0	2
北京知的財産法院	280	2	4	1	1	0	1	1	0	0
上海知的財産法院	164	1	1	0	0	0	0	0	0	0
広州知的財産法院	435	0	0	1	0	0	0	0	0	0

5. 係争当事者の企業規模別の訴訟件数

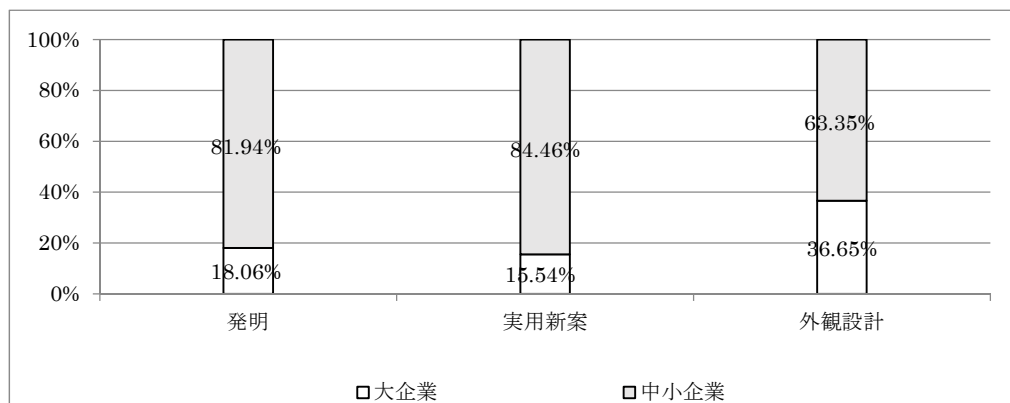
係争当事者の企業規模別でみると、専利権侵害訴訟全体のうち約 75%の訴訟は、大企業が関与しない訴訟となっている。法院別では、この割合に若干のばらつきはあるものの、法院ごとの特定の傾向は特段見いだせない。

【図-8】



また、専利種類別にみると、発明及び実用新案では、中小企業による訴訟の割合が全体の8割以上を占めており、実用新案では84%に達している。外観設計では、その割合は若干少なくなるが、それでも全体の63%は中小企業による訴訟となっている。なお、発明専利の件数が2281件であり、実用新型専利の件数が4143件であり、外観設計専利の件数が9506件である。

【図-11】



6. 当事者国籍別の係争専利種類別の案件

発明専利権侵害案件においては、原告ベースでみた場合、中国籍の法人を除けば、日本が最も多く、他の国の法人が百件に満たない中で、134件となっている。実用新型専利は、英国籍法人が最も多く、9件あるが、外観設計専利は、日米共に94件で最も多い。

【表-9.1】

単位：件

専利種類	国別									
	中国	日本	米国	ドイツ	フランス	英国	イタリア	スイス	韓国	オランダ
発明	3084	134	72	81	46	48	14	31	14	8
実用新案	6440	4	4	4	7	9	0	1	0	0
外観設計	13709	94	94	35	47	47	29	7	12	3

他方、被告ベースでみた場合、専利権侵害案件において、外国の法人が被告になっている案件数自体が全体的に少なく、最も多い米国であっても発明専利、実用新型専利及び外観設計専利で、それぞれ11件、9件と2件に過ぎない。

【表-9.2】

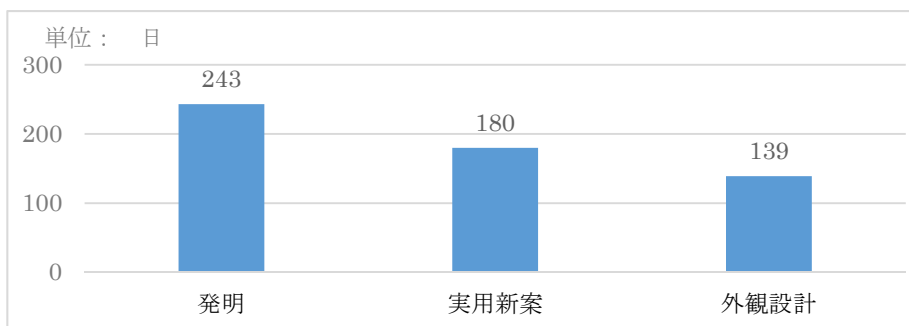
単位：件

専利種類	国別									
	中国	米国	ドイツ	英国	日本	カナダ	フィンランド	イタリア	スイス	オランダ
発明	3561	11	7	4	3	2	1	1	1	1
実用新案	6457	9	1	0	1	0	1	1	1	0
外観設計	14120	2	0	0	2	0	0	0	0	0

7. 平均審理期間

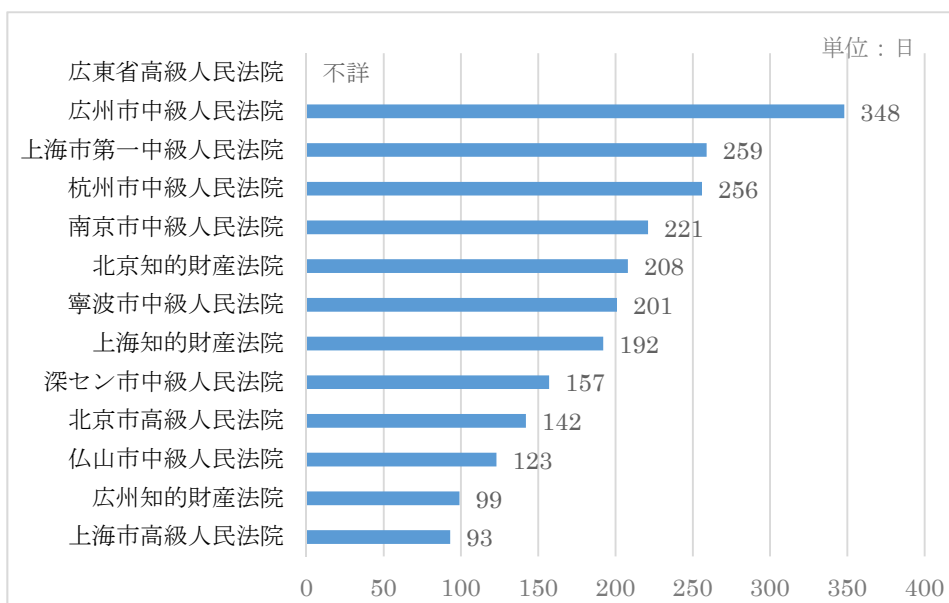
発明専利、実用新型専利、外観設計専利に係る侵害案件の平均審理期間は、発明専利が243日で最も長く、実用新型専利が180日で、外観設計専利が139日で最も短い。

【図-17】



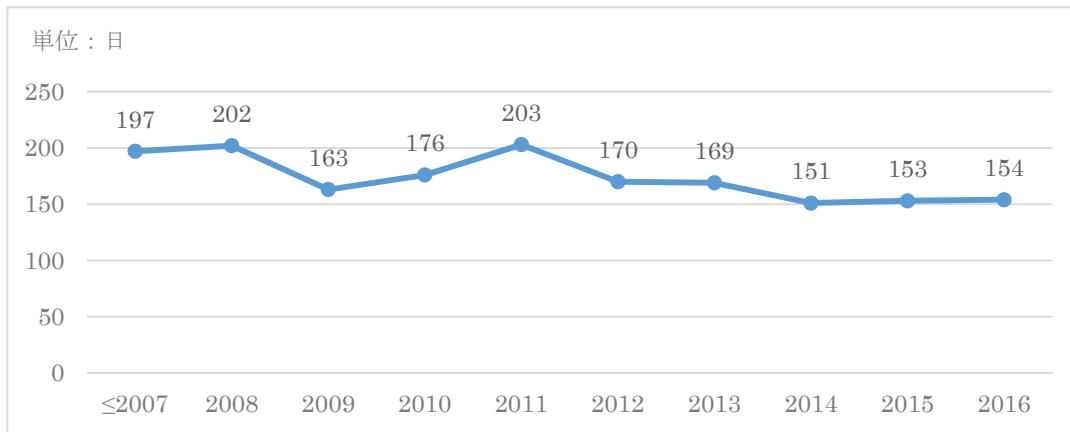
法院別に平均審理期間を見た場合、広州市中級人民法院が最も長く348日となっている。上海市高級人民法院(93日)、広州知的財産法院(99日)は、比較的短い審理期間となっている。

【図-20】



平均審理期間の年度推移をみると、近年では150日程度で横ばい傾向にあり、訴訟件数が増加傾向にあるにも関わらず、平均審理期間の長期化は特段生じていない。

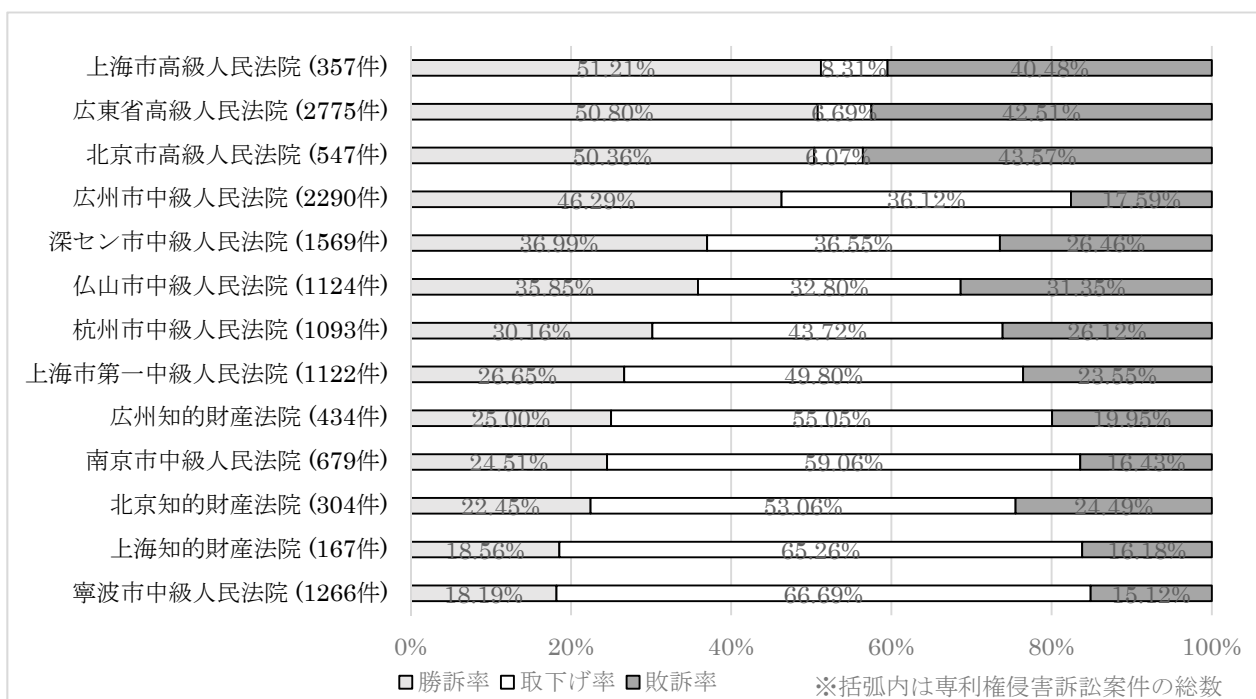
【図-22】



8. 勝訴率及び取下げ率

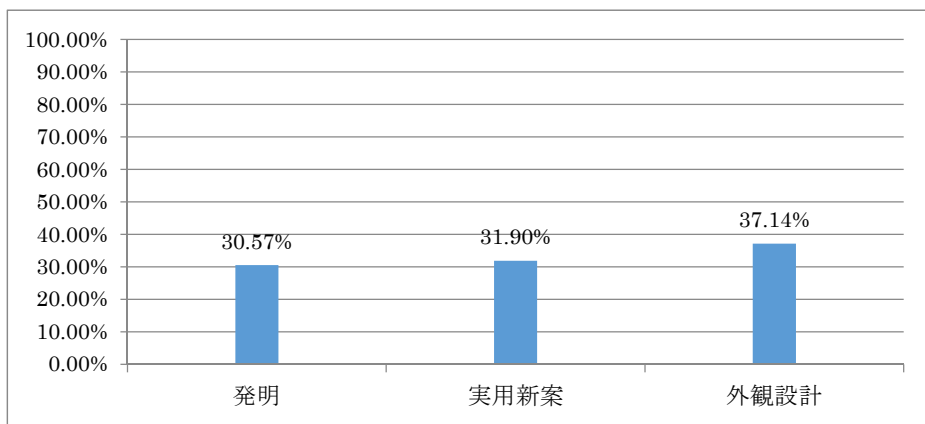
下記の表は、中国各法院が審理した専利権侵害訴訟案件における原告勝訴率、取下げ率、原告敗訴率の割合を示す。原告勝訴率は、上海市、広東省、北京市の各高級人民法院がいずれも高い値となっているが、原告敗訴率が低いのは、寧波市中級人民法院、上海知的財産法院、南京市中級人民法院、広州市中級人民法院等である。審級別には、高級人民法院で勝訴率が高く、知的財産法院で勝訴率が比較的低いという傾向がある。他方で、高級法院では敗訴率も高く、知的財産法院では取下げ率が高い。

【図-30】及び【図-48】

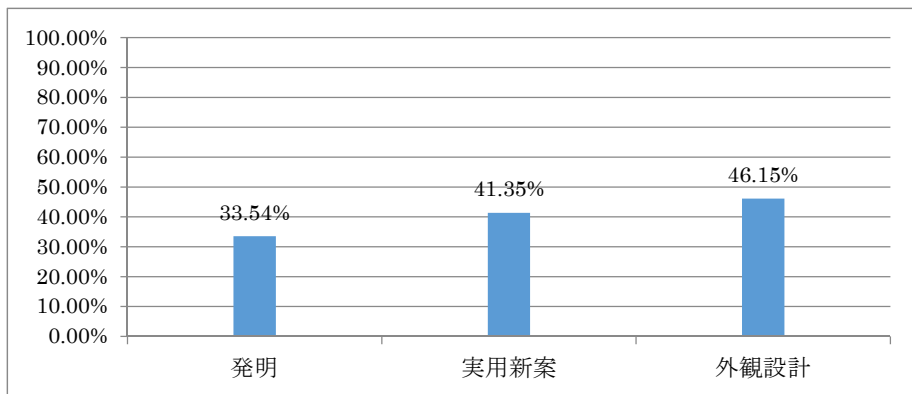


なお、専利権類型別の勝訴率及び取下げ率を以下に示す。

【図-27】勝訴率

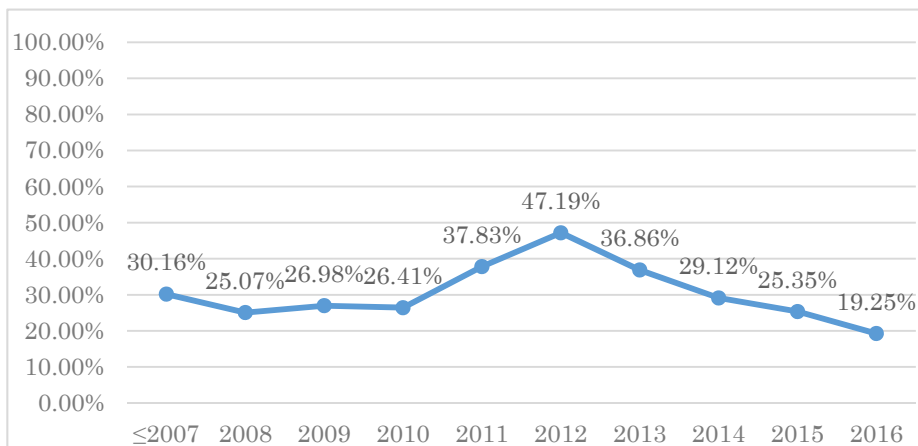


【図-45】取下げ率

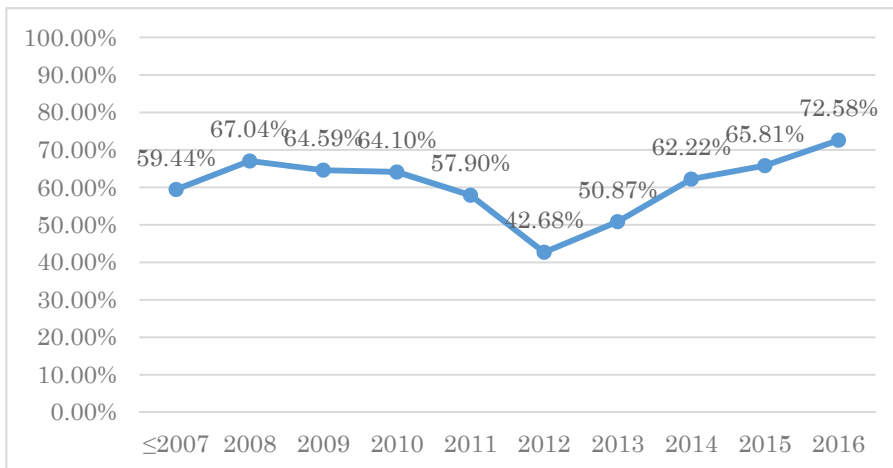


下記のグラフは、専利権侵害訴訟案件における原告勝訴率及び取下げ率の年度推移を示す。2012年度に勝訴率はピーク、取下げ率は底を迎え、以後、勝訴率は減少傾向、取下げ率は増加傾向にある。

【図-31】勝訴率



【図-49】 取下げ率



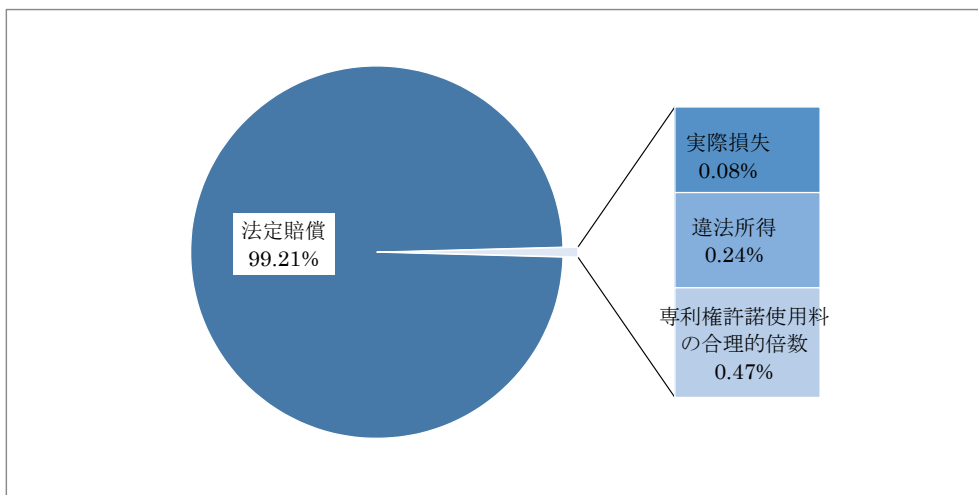
9. 専利権侵害訴訟における損害賠償の算定方法別の割合

中国の専利法の規定（中国専利法 65 条）によれば、専利権侵害訴訟において、その損害賠償額を算定する際に、専利権者の実際の損失に基づいた賠償（この報告書では、「実際損失」という。）、権利侵害者の専利権侵害による不正な利益に基づいた賠償（この報告書では、「違法所得」という。）、専利権の許諾使用料の合理的な倍数に基づいた賠償（この報告書では、「専利権許諾使用料の合理的倍数」という。）及び法定賠償により判断するという 4 種類の算定方法がある。

この報告書によれば、中国における専利権侵害訴訟において、99.21%が法定賠償により判断され、その他の三種類の算定方法の適用はごくわずかである。

【表-32】 単位：件

損害賠償の算定方法	件数
法定賠償	7744
実際損失	6
違法所得	19
専利権許諾使用料の合理的倍数	37



当事者の国籍別に見た場合、実際の損失額、違法所得額、専利権許諾使用料の合理的な倍数により算定した訴訟案件は、全て中国籍の当事者が関わる案件であり、外国籍の当事者が関わる案件は、全て法定賠償により損害賠償額を算定している。

【表-33】

単位：件

国別	法定賠償	実際損失	違法所得	専利権許諾使用料の合理的倍数
中国	6701	6	19	36
日本	133	0	0	0
米国	75	0	0	0
英国	57	0	0	0
ドイツ	45	0	0	0
フランス	29	0	0	0
スイス	21	0	0	0
スウェーデン	13	0	0	0
スウェーデン	11	0	0	0
韓国	5	0	0	0

また、中国籍の法人のうち、外国資金が入っている現地法人が当事者となっている案件は、全て法定賠償により損害賠償額が算定されている。

【表-34】

単位：件

投資元	法定賠償	実際損失	違法所得	専利権許諾使用料の合理的倍数
中国投資	6992	4	13	28
日系	8	0	0	0
米系	13	0	0	0
英系	17	0	0	0
ドイツ系	1	0	0	0
フランス系	6	0	0	0
スイス	3	0	0	0
イタリア	1	0	0	0
スウェーデン	4	0	0	0
オランダ	1	0	0	0

専利権の種類別に見た場合、外観設計に係る案件において法定賠償による損害賠償額の算定が 4553 件と最も多く、専利権許諾使用料の合理的な倍数による算定方法を用いたのは実用新型専利が 26 件と最も多い。

【表-37】

単位：件

専利種類	法定賠償	実際損失	違法所得	専利権許諾使用料の合理的倍数
発明	873	3	7	4
実用新案	1701	3	8	26
外観設計	4553	0	4	7

10. 差し止め

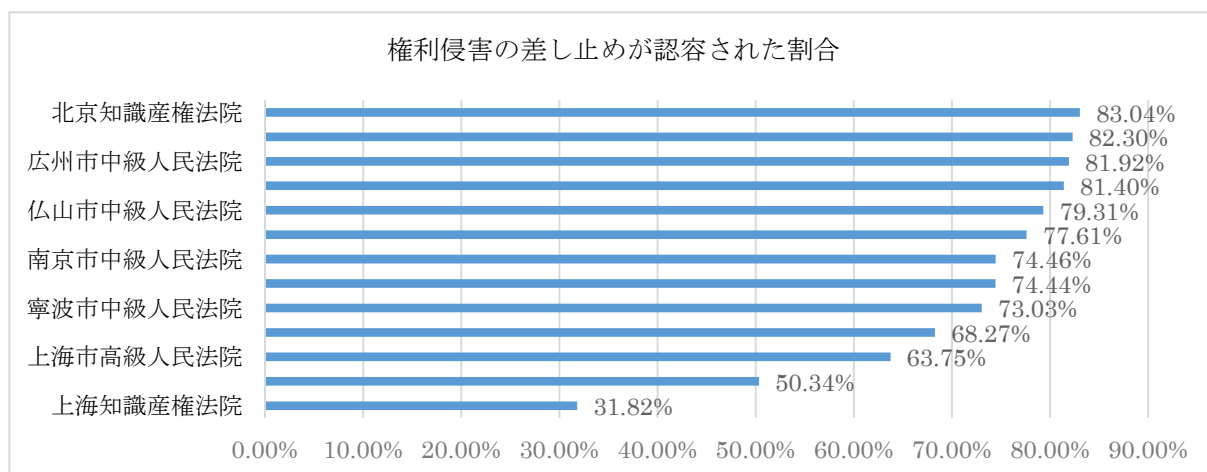
下記の表は、中国の各法院が結審した専利侵害訴訟案件 27701 件における、差し止めの認容率を示す。北京知識産権法院が 83.04%、深セン市中級人民法院が 82.30%、広州市中級人民法院が 81.92%であり、比較的高い値となっている。

【表-58】

サンプル数：件

法院	権利侵害の差し止めが認容された割合	サンプル数
広東省高級人民法院	77.61%	2135
広州市中級人民法院	81.92%	1482
深セン市中級人民法院	82.30%	868
仏山市中級人民法院	79.31%	695
杭州市中級人民法院	74.44%	673
上海市第一中級人民法院	50.34%	586
北京市高級人民法院	68.27%	457
寧波市中級人民法院	73.03%	455
南京市中級人民法院	74.46%	372
上海市高級人民法院	63.75%	309
廣州知識産権法院	81.40%	129
北京知識産権法院	83.04%	112
上海知識産権法院	31.82%	44

【図-58】



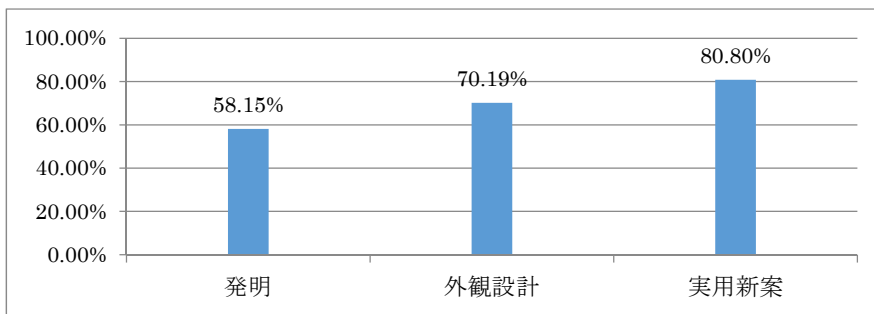
なお、専利権類型別の差し止め認容率においては、実用新案が 80.80%と最も高く、続いて、外観設計が 70.19%となっている。

【表-55】

単位：件

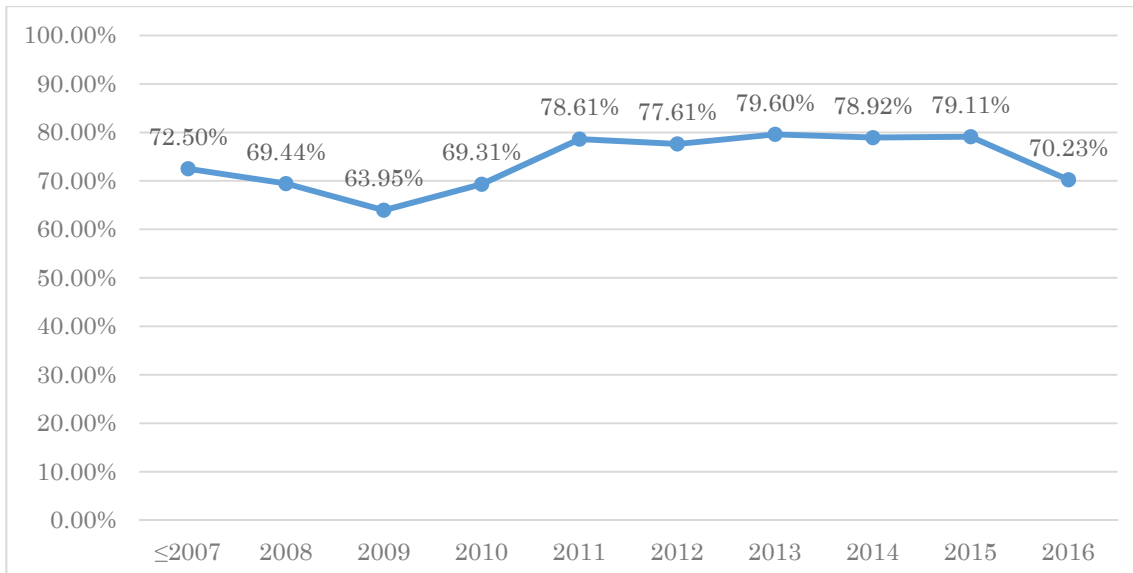
専利種類	権利侵害の差し止めが認容された割合	サンプル数
発明	58.15%	1808
外観設計	70.19%	3128
実用新案	80.80%	6778

【図-55】



下記のグラフは、専利権侵害訴訟案件における差し止め認容率の年度推移を示す。近年は 70%台で推移している。

【図-59】



1 1. 平均賠償額

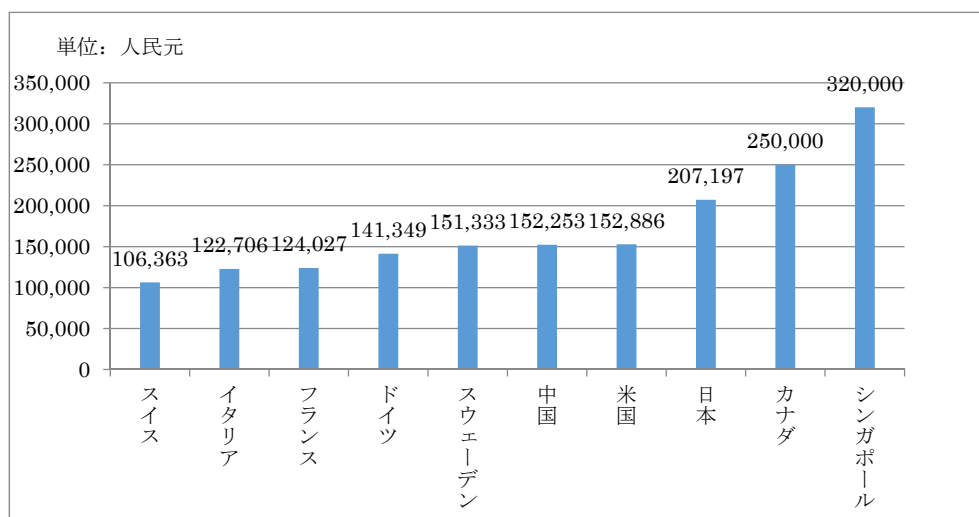
原告ベースで、当事者の国籍別に見た場合、平均賠償額が最も高いのがシンガポールで 320,000 元になっており、その次がカナダで 250,000 元であり、日本は三番目で 207,197 元になっている。

【表-60.1】

サンプル数：件 その他：人民元

国籍	サンプル数	平均値	最小値	中央値	最大値
中国	7361	152,253	3.5	40,000	334,869,872
日本	133	207,197	10,000	100,000	4,840,000
米国	66	152,886	1,500	80,000	1,200,000
ドイツ	56	141,349	8,986	59,154	859,785
フランス	36	124,027	15,000	50,000	530,000
スイス	22	106,363	15,000	80,000	400,000
イタリア	14	122,706	20,000	127,692	220,000
スウェーデン	12	151,333	15,000	100,000	700,000
カナダ	1	250,000	250,000	250,000	250,000
シンガポール	1	320,000	320,000	320,000	320,000

【図-60.1】



一方、被告ベースで見た場合、日本籍の当事者の平均賠償額が最も高く、33,306,200 元となっており、二番目に多い英国の 741,648 元と大きな差を広げている。なお、件数が極めて少ない。

【表-60.2】

サンプル数：件 その他：人民元

国籍	サンプル数	平均値	最小値	中央値	最大値
中国	7732	157,764	3.5	40,000	334,869,872
日本	2	33,306,200	16,000,000	33,306,200	50,612,400
ドイツ	2	500,000	500,000	500,000	500,000
英国	1	741,648	741,648	741,648	741,648
米国	0	不詳	不詳	不詳	不詳
フィンランド	0	不詳	不詳	不詳	不詳
イタリア	0	不詳	不詳	不詳	不詳
オランダ	0	不詳	不詳	不詳	不詳
スイス	0	不詳	不詳	不詳	不詳
カナダ	0	不詳	不詳	不詳	不詳

専利権類型別に見た平均賠償額は、発明専利が最も高く 418,864 元になっており、実用新型専利が 319,370 元であり、外観設計専利が 53,111 元となっている。

【表-64】



サンプル数：件 その他：人民元

専利種類	サンプル数	平均値	最小値	中央値	最大値
発明	972	418,864	200	111,750	50,612,400
実用新案	1827	319,370	3.5	50,000	334,869,872
外観設計	4913	53,111	32.5	30,000	16,000,000

下記の表は、中国各法院が異なる年度に結審した専利権侵害訴訟案件における平均賠償額を示す。北京市高級人民法院及び上海市高級人民法院は、比較的高い値となっている。

【表-69】

サンプル数：件 その他：万人民元

年度 法院別	サン プル 数	≤2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016 (参 考)
北京市高級 人民法院	266	20.1	16.5	16.2	15.2	16.9	9.6	39.9	40.0	63.9	21.1
上海市高級 人民法院	174	11.6	15.9	8.5	14.8	6.5	12.4	99.9	9.7	16.0	21.3
広東省高級 人民法院	1284	8.8	6.3	6.3	4.8	6.9	6.6	5.3	6.5	6.5	
広州市中級 人民法院	1120	7.7	12.9	15.3	4.9	3.5	4.0	2.6	3.7	4.6	
深セン市中 級人民法院	563	11.3			7.9	6.1	4.4	5.1	6.3	5.4	6.5
寧波市中級 人民法院	243	12.1	16.9	17.9	4.8	7.6	3.3	7.9	10.0	19.0	8.1
杭州市中級 人民法院	359	11.8	4.6	5.5	3.3	5.1	3.5	5.2	5.6	6.7	6.1
上海市第一 中級人民法 院	301	6.7	10.7	5.2	6.9	10.7	5.8	4.5	4.6	14.5	3.5
仏山市中級 人民法院	411	9.8			7.2		7.0	5.5	7.3	5.3	
南京市中級 人民法院	234	9.8		13.4	6.0	18.3	13.3	7.0	6.0	12.7	4.2
北京知的財 産法院	61									38.7	3.5
上海知的財 産法院	28									3.3	9.5
広州知的財 産法院	103									2.0	1.5
平均賠償額	7806	44.9	47.8	32.7	10.1	11.5	5.5	5.8	6.1	9.7	4.8
色区間説明： [0, 10]  [10, 20]  [20, 50] 											

年度別に見た法院における賠償額の傾向を見た場合、1992年度から2008年度において、平均賠償額が40万元を超えていたことに対して、2009年度から2010年度にかけて10万元程度まで急減し、2012年度以降は、10万元を下回る水準で推移している。

【表-68】

サンプル数：件 その他人民元

年度	サンプル数	平均値	最小値	中央値	最大値
≤2007	1461	448,979	3.5	50,000	334,869,872
2008	319	477,565	800	59,055	3,500,000
2009	433	326,812	275	50,000	50,612,400
2010	459	100,820	550	50,000	20,000,000
2011	792	114,726	1,000	40,000	3,620,000
2012	816	55,244	1245	30,000	2,000,000
2013	834	57,863	32.5	30,000	24,774,350
2014	1341	61,430	8	30,000	2,054,020
2015	1106	97,362	200	31,000	16,000,000
2016 (参考値)	245	48,208	2000	30,000	1,000,000

専利権の種類別に見た場合、2007年度までは実用新型専利が最も高く、93.6万円であったが、2008年度以降は、発明専利の各年度の平均賠償額が最も高く、次に実用新型専利であり、外観設計専利が最も低い構図を保ってきている。なお、発明専利について、2009年度は208.2万円に達し、ピークを形成している。

【表-70.1】 発明専利

サンプル数：件 その他：人民元

年度	サンプル数	平均値	最小値	中央値	最大値
≤2007	199	317,966	2,000	100,000	10,000,000
2008	69	217,039	10,000	122,000	3,500,000
2009	71	2,082,399	275	100,000	50,612,400
2010	56	659,343	30,530	100,000	20,000,000
2011	72	274,950	8,383	135,000	3,000,000
2012	85	200,847	10,000	80,000	2,000,000
2013	101	466,977	10,000	165,000	24,774,350
2014	157	222,460	6,000	100,000	2,054,020
2015	140	363,565	200	150,000	5,000,000
2016 (参考値)	22	234,227	35,000	150,000	800,000

【表-70.2】 実用新型専利

サンプル数：件 その他：人民元

年度	サンプル数	平均値	最小値	中央値	最大値
≤2007	432	936,030	3.5	60,000	334,869,872
2008	83	114,728	3,000	64250	500,000
2009	107	440,193	4,600	80,000	30,000,000
2010	141	95,215	550	60,000	500,000
2011	186	99,303	8,310	50,000	3,620,000
2012	145	95,580	5,000	50,000	761,600
2013	156	126,131	567.5	60,000	1,720,000
2014	324	83,649	8	43,350	610,000
2015	191	141,260	200	50,000	3,065,000
2016 (参考値)	62	81,244	2,500	40,000	1,000,000

【表-70.3】 外観設計専利

サンプル数：件 その他：人民元

年度	サンプル数	平均値	最小値	中央値	最大値
≤2007	738	81,022	1,000	50,000	4,050,000
2008	164	69,284	800	40,000	500,000
2009	237	62,069	1,000	40,000	1,720,000
2010	262	52,748	1,102.5	40,000	500,000
2011	551	40,254	1,000	30,000	500,000
2012	580	32,671	1245	20,000	300,000
2013	578	35,925	32.5	15,500	1,000,000
2014	867	43,211	1,000	21,360	1,350,000
2015	774	72,002	940	25,000	16,000,000
2016 (参考値)	162	41,568	2,000	20,000	320,000

1.2. 賠償額上位10件の損害賠償額及び計算方法

発明専利の場合、今現在最も高い賠償額が算定されている案件（案件番号：(2008)民三終字第8号）は、日本富士化水工業株式会社と華陽電業有限公司が被告となっている案件であり、最高人民法院より確定された賠償額が50,612,400元となっている。なお、本件の原告は、武漢晶源環境工程有限公司である。本件は、発明専利の実施を停止することによる環境汚染への懸念から差止請求は認めず、権利侵害の発明専利を継続して実施する分の賠償額も加算されていたため、最終的な損害賠償額が高くなっているとされている。

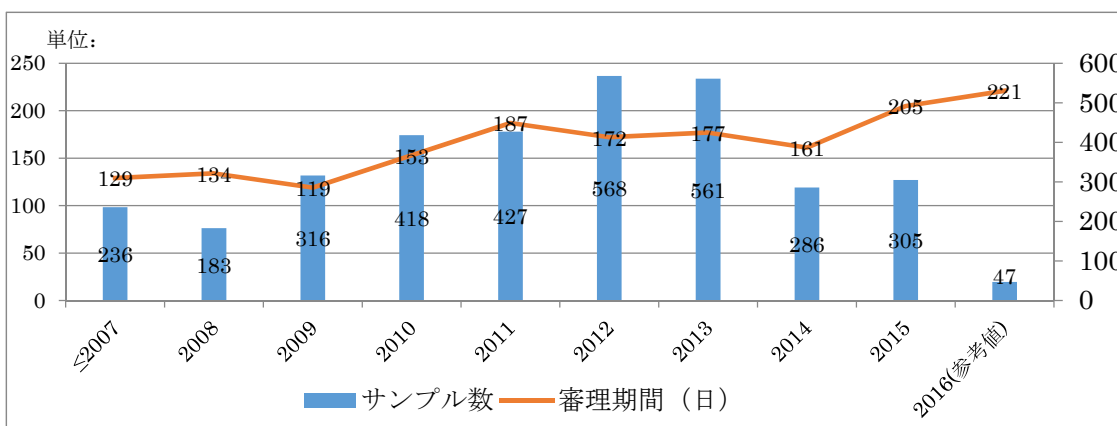
実用新型専利の侵害訴訟においては、浙江省温州市中级人民法院により下された（案件番号：(2006)温民三初字第135号）334,869,872元が最も高かったが、その後当事者間で、157,500,000元で和解が成立したと報じられた。その次に多い案件（案件番号：(2000)筑経（行）初字第83号）は、個人が原告となっている案件であるが、個人を相手に提起した訴訟で、4,050,000元が確定された。また、実用新型専利に関する最も賠償額が高い上位10件のうち、4件の原告が個人となっており注目に値する。

外觀設計専利の場合、賠償額が最も高かった案件（案件番号：(2014)民三終字第7号）の被告が本田技研工業株式会社となっており、最高人民法院により確定された賠償額は、16,000,000元になっている。2位から4位までは、続けて日本企業が原告となっているが、賠償額が二番目に高い案件の原告が松下電器産業株式会社であり、三位と四位の原告が本田技研工業株式会社である。なお、賠償額は、二番目から順に、3,200,000元、1,720,000元と1,720,000元になっている。

1.3. 年度別専利権に係る行政案件の審理日数

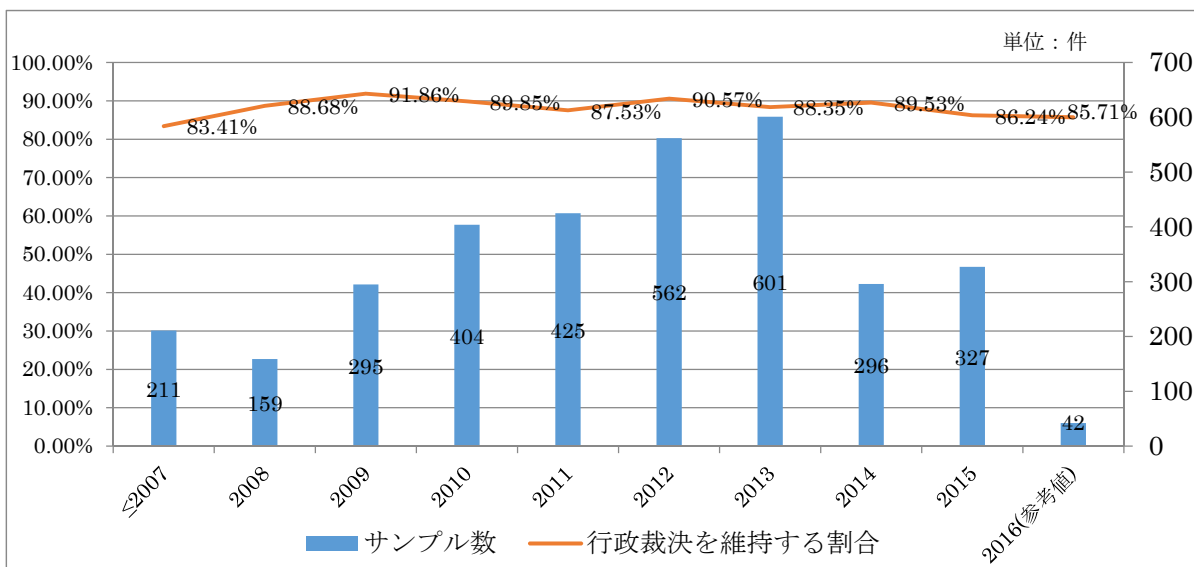
専利権に係る行政案件に関しては、2007年以前の129日から緩やかに日数が増え、2016年現在の平均審理日数は、221日になっている。

【別添図】



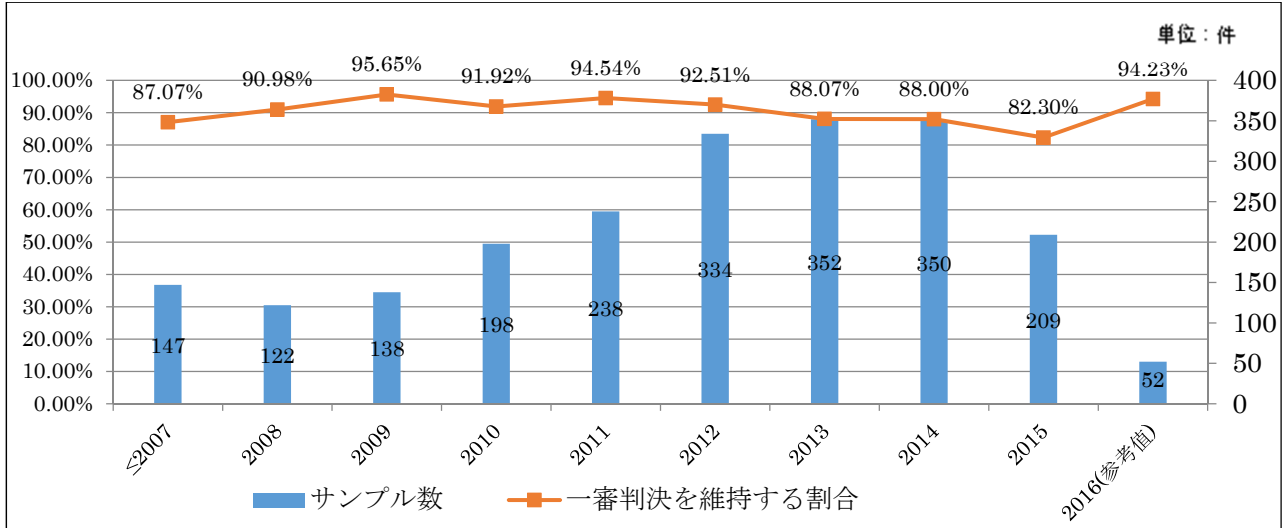
また、国家知識産権局復審委員会の判断について、法院における支持率は、2007年以前の83.41%からほぼ横ばいで、2016年現在85.71%になっている。

【図-101】



さらに、法院の二審における一審の支持率が最低の 82.30% (2015 年) から最高の 95.65% (2009 年) の間で上下している。

【図-102】



1.4. 専利権侵害案件における損害賠償額算定方法別の平均賠償額

中国の専利権侵害案件において、四種類の損害賠償額の算定方法のうち、最も平均賠償額が高い方法が実際の損失による算定方法で 67,585,196 元となっており、二番目に高いのが違法所得による算定方法で 2,526,486 元であり、三番目に高いのが専利権許諾使用料の合理的な倍数による算定方法で 145,102 元であり、最も低いのが法定賠償による損害賠償額の算定であり 97,753 である。

【表-107】

サンプル数：件 その他：人民元

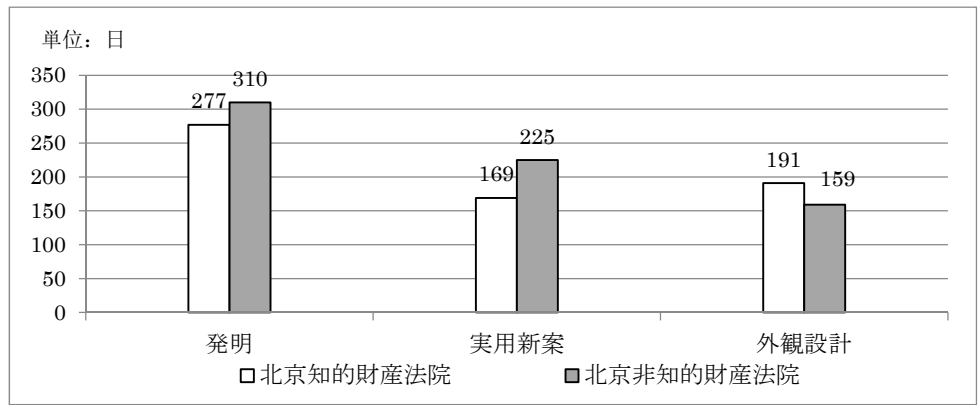
損害賠償の算定方法	サンプル数	平均賠償額	最小値	中央値	最大値
法定賠償	7744	97,753	3.5	40,000	50,612,400
実際損失	6	67,585,196	29,516	485,958	334,869,872
違法所得	19	2,526,486	1,340	500,000	29,814,198
専利権使用料の合理的倍数	37	145,102	2,780	60,000	760,000

III. 知的財産専門法院の設立による専利侵害訴訟への影響

1. 専利種類別、法院類型別の平均審理期間

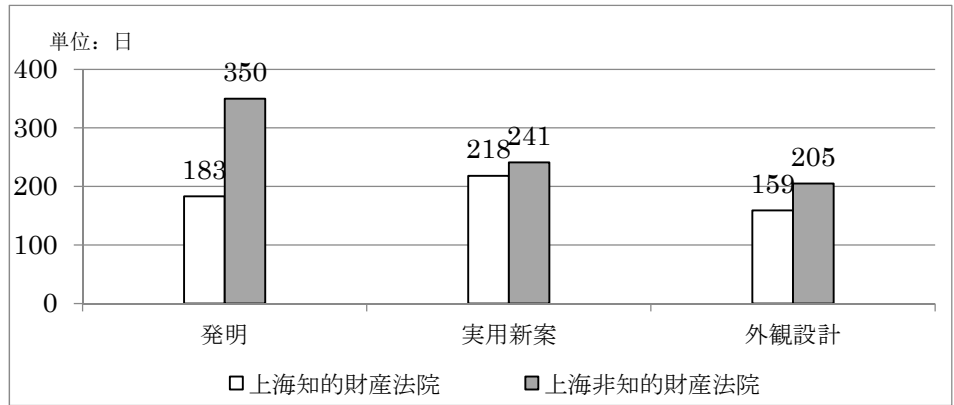
専利権の種類別に見た場合、北京知的財産法院における発明と実用新型専利の平均審理日数は、それぞれ非知的財産法院の平均審理日数の 310 日と 225 日に比べて 277 日と 169 日と短いことが分かる。外觀設計専利は、非知的財産法院の平均審理期間が 159 日であるのに対し、北京知的財産法院では 191 日と長い。

【図-116】



一方、上海と広州の知識産権法院における分析結果は以下のとおりであり、各知的財産法院の平均審理期間がより短いことが確認できる。

【図-179】



【表-242】

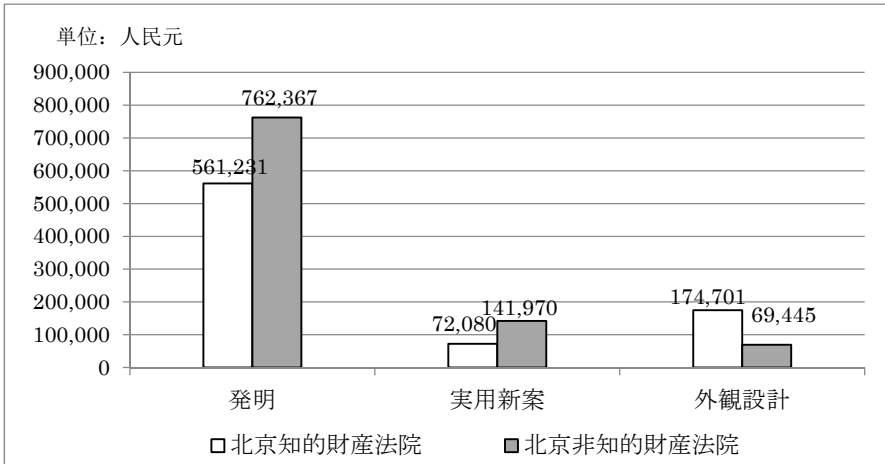
単位：日

専利種類	広州知的財産法院	広東非知的財産法院
発明	不詳	238
実用新案	不詳	215
外観設計	99	162

2. 専利種類別及び法院種類別の平均賠償額

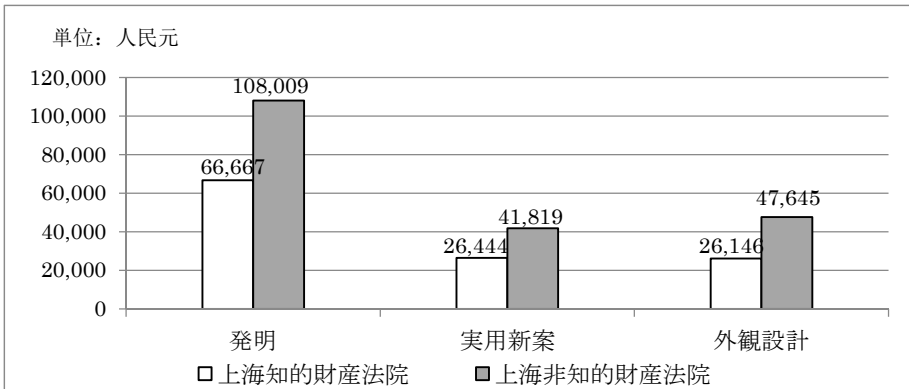
下記の表は、北京知的財産法院と北京非知的財産法院が審決した専利案件における、各種類の専利（発明、実用新案、外観設計）案件別の平均賠償額を分析している。北京知的財産法院における、発明及び実用新案の平均賠償額は、非知的財産法院に比べると低いが、外観設計では非知的財産法院よりも高い値となっている。

【図-161】

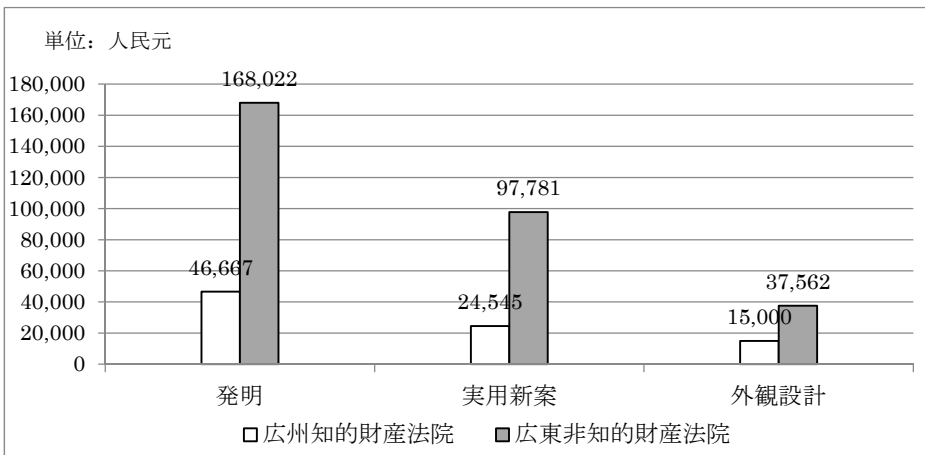


一方、上海と広州の知識産権法院における分析結果は以下のとおりであり、各知的財産法院における平均賠償額は、非知的財産法院に比べて低い値となっている、

【図-224】



【図-287】



以上

禁 無 断 転 載

平成28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

平成29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 <http://www.fdn-ip.or.jp>

E-mail support@fdn-ip.or.jp