

特許庁委託
平成29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30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

熊谷 健一	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
小塚 莊一郎	学習院大学 教授
茶園 成樹	大阪大学 教授
宮脇 正晴	立命館大学 教授
今村 哲也	明治大学 准教授
青木 大也	大阪大学 准教授
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
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
張 鵬	中国社会科学院 知識産権センター 助理研究員
顧 昕	国家知識産権局知識産権発展研究センター 助理研究員

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
檀本 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
井手 李咲	一般財団法人 知的財産研究教育財団 研究員
田村 健一	一般財団法人 知的財産研究教育財団 主任研究員
亀井 秀和	一般財団法人 知的財産研究教育財団 研究員
池本 和博	一般財団法人 知的財産研究教育財団 主任研究員

目次

日中共同研究者一覧

第1章 平成29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、意見交換の概要	5
第2章 知財専門裁判所の在り方に関する研究	17
第1節 研究内容の要約	18
第2節 知的財産高等裁判所の設立以来	20
I. 「知的財産高等裁判所の大合議制度の評価と課題」 中山 一郎 教授（國學院大學）	20
II. 「知的財産分野における近時の最高裁判決の傾向について」 宮脇 正晴 教授（立命館大学）	40
第3節 知識産権専門法院の在り方	48
I. 「中国における知識産権法院建設の理論と実践」 呉 漢東 教授（中南財經政法大学）	48
II. 「中国における知識産権法院の設置及び発展」 李 明德 教授（中国社会科学院）	62
第3章 悪意の商標に関する研究	81
第1節 研究内容の要約	82
第2節 中国の制度現状から	84
I. 「商標の抜け駆け登録抑制問題における商品化権—中日の学説と制度の比較」 彭 学龍 教授（中南財經政法大学）	84
II. 「商標の悪意ある冒認出願規制の日中比較研究」 張 鵬 助理研究員（中国社会科学院）	96
第3節 日本の制度現状から	126
I. 「悪意の商標出願と商標法の基本理念」 小塚 莊一郎 教授（学習院大学）	126
II. 「国内外の地名等を含む商標の商標登録出願の取扱いに関する研究」 今村 哲也 准教授（明治大学）	140
第4章 部分意匠の保護に関する研究	163
第1節 研究内容の要約	164
第2節 日本の制度現状	166

I. 「部分意匠の類否判断について」	
茶園 成樹 教授（大阪大学）	166
II. 「部分意匠と全体意匠—その関係について」	
青木 大也 准教授（大阪大学）	178
第3節 中国における部分外観設計の保護	190
I. 「中国における部分外観設計保護の追加に関する研究」	
曹 新明 教授（中南財經政法大学）	190
II. 「外観設計制度における「部分要素」が全体判断原則に及ぼす影響」	
顧 昕 助理研究員（国家知識産権局知識産権発展研究センター）	202
III. 「部分外観設計の侵害判断に関する研究」	
管 育鷹 教授（中国社会科学院）	222
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 榎本英吾 研究第二部長、井手李咲 研究員、田村健一 主任研究員、亀井秀和 研究員、池本和博 主任研究員が担当した。

第 1 章
平成 29 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、2017年10月末まで中国における累計商標登録出願の件数は1671万件、2017年一年間の商標登録件数は500万件を突破するなど、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組が行われてきたが、2013年6月7日に、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きており、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きた。

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及び、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

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. 知財専門裁判所の在り方に関する研究

中国側	日本側
呉 漢東 教授（中南財經政法大学） 李 明德 教授（中国社会科学院）	中山 一郎 教授（國學院大學） 宮脇 正晴 教授（立命館大学）

2. 悪意の商標に関する研究

中国側	日本側
彭 学龍 教授（中南財經政法大学） 張 鵬 助理研究員（中国社会科学院）	小塚 莊一郎 教授（学習院大学） 今村 哲也 准教授（明治大学）

3. 部分意匠の保護に関する研究

中国側	日本側
管 育鷹 教授（中国社会科学院） 曹 新明 教授（中南財經政法大学） 顧 昕 助理研究員（国家知識産権局知識産権発 展研究センター）	茶園 成樹 教授（大阪大学） 青木 大也 准教授（大阪大学）

第3節 研究者会議、ワークショップ、意見交換の概要

I. 用語

この事業における研究者会議、ワークショップ及び意見交換とは、以下のとおりである。

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

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。

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

II. 研究者会議

1. 第一回会議

日時等：平成29年7月23日（日曜日）（開催地：中国 蘇州）

主催：一般財団法人 知的財産研究教育財団 知的財産研究所

概要：

全体会議と分科会（テーマ別に会場分けして行う会議）を開催した。

全体会議では、日中共同研究者全員が参加し、各研究者が、担当する研究テーマについて、問題意識や研究の方向性等の報告を行い、全員で議論を行った。

全体会議終了後、共同研究者が研究テーマ毎に分かれて分科会へと臨み、より深い議論を行った。

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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（発展研究センター）</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>鄧 儀友 処長（発展研究センター）、 董 寅 主任（蘇州大）、 叶 森 行政助理（蘇州大）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）、 茶園 成樹 教授（大阪大）、 宮脇 正晴 教授（立命館大）、 今村 哲也 准教授（明治大）、 青木 大也 准教授（大阪大）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 檀本 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）、 王 瑩 主管（JETRO・北京）</p> <p>◆事務局</p> <p>井手 研究員、 田村 主任研究員、 亀井 研究員 池本 主任研究員</p>

2. 第二回会議

日時等：平成29年10月14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

概要：

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

なお、基調講演は主にテーマ2「悪意の商標に関する研究」及びテーマ3「部分意匠の保護に関する研究」に関する内容であり、テーマ1「知財専門裁判所の在り方に関する研究」については、中国側の共同研究者らが10月13日（金）午前、知的財産高等裁判所を訪ね、日本の知財専門裁判所の運用について日本の担当裁判官から説明を受け、意見交換を行った。

各講演者の講演テーマは、以下のとおりである。

- 「悪意の商標についての日中比較—実務上の観点から」 岩井 智子 弁理士
- 「中国商標法の悪意の出願に対する規制及び実践」 汪 澤 主任
- 「日本における部分意匠制度導入の経緯と現状」 瓜本 忠夫 弁理士
- 「部分外観設計専制制度を巡る中国における立法と論争」 石 必勝 パートナー弁護士

また、事務局から基礎調査（中国における知識産権専門法院設置前後の変化について、悪意の商標出願の状況について（訴訟案件をベースに））の結果の概要について説明を行った。

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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（発展研究センター）</p> <p>◆実務家講演者</p> <p>石 必勝 パートナー弁護士（金杜法律事務所）、 汪 澤 主任（君策知識産権発展センター）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>熊谷 健一 教授（明治大） 中山 一郎 教授（國學院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）、 茶園 成樹 教授（大阪大）、 宮脇 正晴 教授（立命館大）、 今村 哲也 准教授（明治大）、 青木 大也 准教授（大阪大）</p> <p>◆実務家講演者</p> <p>瓜本 忠夫 弁理士（正林国際特許商標事務所） 岩井 智子 弁理士（三枝国際特許事務所）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 檀本 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）、 高祖 紀史 係長（日本特許庁）</p> <p>◆事務局</p>

	井手 研究員、 田村 主任研究員、 亀井 研究員 池本 主任研究員
--	--

3. 第三回会議

日時等：平成30年1月7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

概要：

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

また、今後共同研究すべきテーマに関する議論を行った。

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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（発展研究センター）</p> <p>◆オブザーバー</p> <p>鄧 儀友 処長（発展研究センター）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>熊谷 健一 教授（明治大） 中山 一郎 教授（國學院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）、 茶園 成樹 教授（大阪大）、 宮脇 正晴 教授（立命館大）、 今村 哲也 准教授（明治大）、 青木 大也 准教授（大阪大）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 檀本 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）、 水落 洋 副部長（JETRO・北京）、 蔣 春霞 主管（JETRO・北京）、 松原 陽介 一等書記官（在中国日本国大使館）</p> <p>◆事務局</p> <p>井手 研究員、 田村 主任研究員、 亀井 研究員、 池本 主任研究員</p>

Ⅲ. ワークショップ（討論会）

1. ワークショップ

日時等：平成29年7月22日（土曜日）（開催地：中国 蘇州）

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／中南財経政法大学 知識産権研究センター

協賛：蘇州大学 知識産権研究院

概要：

知財専門裁判所の問題や、間接侵害の問題について、日中両国の専門家による基調講演を行い、講演内容を踏まえて活発な意見交換を行った。

知財専門裁判所の問題に関しては、元知的財産高等裁判所所長を務めた飯村敏明弁護士が、日本の知財専門裁判所の設置から最近の実情までを紹介し、北京知識産権法院の陳錦川副院長が中国の知財専門法院の設置及び北京知識産権法院の現状について紹介した。

間接侵害の問題については、上智大学の駒田泰士教授が日本における特許権の間接侵害問題をめぐる論争の構図を紹介し、重慶大学の李暁秋教授が中国における専利間接侵害問題に関する問題点についての見解を述べた。

なお、各講演者の講演テーマは、以下のとおりである。

【知財専門裁判所の問題】

- 「日本における知的財産訴訟の最近の実情」

ユアサハラ法律特許事務所

飯村 敏明 弁護士

- 「北京知識産権法院の運用状況及び新たな発展」

北京知識産権法院

陳 錦川 副院長

【特許間接侵害の問題】

- 「特許権の間接侵害—論争の構図」

上智大学

駒田 泰士 教授

- 「中国専利の間接侵害制度の考察及び整備」

重慶大学

李 暁秋 教授

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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（發展研究センター）</p> <p>◆講師（中国側）</p> <p>陳 錦川 副院長 （北京知識産権法院）、 代 小晞 法官 （成都市中級人民法院 知識産権裁判廷）、 李 曉秋 教授 （重慶大学）</p> <p>◆会議参加者（中国側）</p> <p>北京知識産権法院、上海知識産権法院、広州知識産権法院、武漢市中級人民法院知識産権裁判廷、成都市中級人民法院知識産権裁判廷、国家知識産権局知識産権發展研究センター、蘇州市知識産権局、蘇州高新区知識産権局、蘇州大学、重慶大学等から20名の出席者</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>中山 一郎 教授（國學院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）、 茶園 成樹 教授（大阪大）、 宮脇 正晴 教授（立命館大）、 今村 哲也 准教授（明治大）、 青木 大也 准教授（大阪大）</p> <p>◆講師（日本側）</p> <p>飯村 敏明 弁護士 （ユアサハラ法律特許事務所）、 駒田 泰土 教授 （上智大学）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 檀本 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5名の出席者</p> <p>◆事務局</p> <p>井手 研究員、 田村 主任研究員、 亀井 研究員、 池本 主任研究員</p>

IV. 日本の有識者及びユーザーとの意見交換

1. 訪問形式の意見交換

日時：平成29年10月13日（金曜日）午前

訪問先：知的財産高等裁判所

概要：

知的財産高等裁判所の裁判官より知財高裁の全体状況について中国側の共同研究者に説明が行われ、続いて裁判官との意見交換を行った。また、服部智裁判所調査官により裁判所調査官制度に関する説明が行われ、続いて調査官との意見交換を行った。その後、細井仁主任書記官の案内により知的財産高等裁判所を見学し、日本の知的財産専門裁判所の運用について理解を深めた。

出席者：

中国側有識者	知的財産高等裁判所
<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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（発展研究センター）</p> <p>◆後述の会議参加者（中国側）</p> <p>石 必勝 パートナー弁護士（金杜法律事務所）、 汪 澤 主任（君策知識産権発展センター）</p>	<p>鶴岡 稔彦 裁判官、 杉浦 正樹 裁判官、 寺田 利彦 裁判官、 間明 宏充 裁判官、 服部 智 裁判所調査官、 細井 仁 主任書記官</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、 檀本 英吾 研究部長、 井手 李咲 研究員、 田村 健一 主任研究員、 亀井 秀和 研究員、 池本 和博 主任研究員</p>

2. 会議形式の意見交換

日時等：平成29年10月13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

概要：

中国側の共同研究者の日本における顧客吸引力ある表示の保護に関する理解を深めた。

また、産業界有識者から中国知的財産裁判システムや部分意匠の保護に関する、問題点の指摘及び要望等をまとめた内容で講演を行い、産業界有識者との意見交換を行った。

なお、講演者の講演テーマは、以下のとおりである。

- 「日本における顧客吸引力ある表示の法的保護—放送番組名、キャラクター、芸能人の氏名・肖像を中心に」
 一橋大学 井上 由里子 教授
- 「中国知財訴訟に関する一考察」
 本田技研工業(株) 猪之詰 毅 部長
- 「部分意匠保護の在り方に関する研究—企業視点から見た部分意匠制度の意義—」
 キヤノン(株) 山本 圭一 課長

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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（発展研究センター）</p> <p>◆会議参加者（中国側）</p> <p>石 必勝 パートナー弁護士（金杜法律事務所）、 汪 澤 主任（君策知識産権発展センター）</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>熊谷 健一 教授（明治大）、 中山 一郎 教授（國學院大）、 茶園 成樹 教授（大阪大）、 宮脇 正晴 教授（立命館大）、 今村 哲也 准教授（明治大）、 青木 大也 准教授（大阪大）</p> <p>◆講演者</p> <p>井上 由里子 教授（一橋大）、 猪之詰 毅 部長（本田技研工業(株)）、 山本 圭一 課長（キヤノン(株)）</p> <p>◆主催者</p> <p>三平 圭祐 常務理事、 檀本 英吾 研究部長</p> <p>◆会議参加者（日本側）</p> <p>駒田 泰土 教授（上智大学）、吉原 利樹 氏（東芝 IPR ソリューション(株)）、森岡 悠太 氏（(株)フジクラ）、岡本 武蔵 リカルド 氏（新日鉄住金ソリューション(株)）、霧生 直人 氏（日産自動車(株)）、永野 大介 氏（(一社)日本知的財産協会）、高祖 紀史 係長（日本特許庁）</p> <p>◆事務局</p> <p>井手 研究員、 田村 主任研究員、 亀井 研究員 池本 主任研究員</p>

V. 中国政府関係機関との意見交換

1. 会議形式の意見交換

日時等：平成30年1月6日（土曜日）～7日（日曜日）（開催地：中国 北京）

主催：中国社会科学院 知識産権センター

概要：

中国の政府関係者等を会場に招き、日中共同研究者が、それぞれ担当する研究テーマに関する共同研究の成果を報告した。これらの成果発表に基づいて、中国の政府関係者等との意見交換を行い、双方の共通理解を深めた。

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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（発展研究センター）</p> <p>◆会議参加者（中国側）</p> <p>全国人大法工委経済法室、国家知識産権局知識産権発展研究センター、国家知識産権局、国家工商総局商標評審委員会、中華商標協会、国家工商総局、最高人民法院応用法学研究所、北京知識産権法院、北京市高級人民法院知識産権庭、中国科学院大学、清華大学、北京大学、中央財經大学、北京理工大学、对外経貿大学、中国知識産権研究会『知識産権』雑誌、天達共和律師事務所、知産宝公司、超凡研究院、金杜律師事務所等から32名の出席者</p>	<p>◆共同研究者</p> <p>熊谷 健一 教授（明治大）、 中山 一郎 教授（國學院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大学）、 茶園 成樹 教授（大阪大）、 宮脇 正晴 教授（立命館大）、 今村 哲也 准教授（明治大）、 青木 大也 准教授（大阪大）</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、 檀本 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5名の出席者</p> <p>◆事務局</p> <p>井手 研究員、 田村 主任研究員、 亀井 研究員 池本 主任研究員</p>

2. 訪問形式の意見交換

日時等：平成30年1月8日（月曜日）

訪問先：北京知識産権法院

概要：

北京知識産権法院を見学し、中国における知的財産専門法院に関する最新の状況について理解を深めた。

その後、北京知識産権法院の担当者が、中国における知的財産専門裁判所の運用状況並びに中国の司法改革における問題点等について説明を行い、これを踏まえて担当者との意見交換を行った。

出席者：

共同研究者	北京知識産権法院
◆中国側共同研究者 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）、 張 鵬 助理研究員（社科院）、 顧 昕 助理研究員（発展研究センター） ◆日本側共同研究者 熊谷 健一 教授（明大）、 中山 一郎 教授（國學院大）、 小塚 莊一郎 教授（学習院大）、 茶園 成樹 教授（大阪大）、 宮脇 正晴 教授（立命館大）、 今村 哲也 准教授（明治大）、 青木 大也 准教授（大阪大）	張 曉霞 廷長（裁判監督廷）、 儀 軍 主任（技術調査室）、 王 彦傑 法官補佐（研究室）
	特許庁出席者
	安積 高靖 課長補佐
	一般財団法人 知的財産研究教育財団
	三平 圭祐 常務理事、 檀本 英吾 研究部長、
	事務局
井手 李咲 研究員、 田村 健一 主任研究員、 亀井 秀和 研究員、 池本 和博 主任研究員	

第2章 知財専門裁判所の在り方に関する研究

第1節 研究内容の要約

近年、多くの国で、知的財産に関する専門裁判所や法廷が設立され、その専門裁判所等において特許権等の技術系に関する訴えが審理されるようになってきている。日本において、特許権、実用新案権、回路配置利用権又はプログラムの著作物についての著作者の権利に関する訴えの一審は、東京地方裁判所又は大阪地方裁判所の専属管轄となっている。そして、その控訴審（二審）は東京高等裁判所となるが、東京高等裁判所の事務分配規定上、2005年に設立された知的財産高等裁判所で取り扱われている。

中国においては、2014年に、北京、上海、広州に知識産権法院が設立された。この三つの知識産権法院は、三年の時限的施策の下、特定の管轄区域内における、専利、新植物品種、集積回路図の設計、技術的ノウハウ、コンピュータソフトウェアに関する民事及び行政事件を、一審法院として審理することとなった。また、これら以外にも、各省、市、自治区の高級人民法院、一部の中級人民法院及び基層人民法院でも知識産権法廷が設立されている。

しかし、中国では、全国各地の知識産権法院又は法廷の控訴事件を統一的に審理する、日本の知的財産高等裁判所のような高級人民法院は、まだ設立されていない。この点については、2017年8月の全国人民代表大会常務委員会において、最高人民法院の周強院長によって解決すべき問題として提出された。これを受け、知識産権高級人民法院の設立の検討が本格的に進むと考えられる。

そこで、本共同研究では、中国における知識産権高級人民法院の設立の可能性を踏まえ、知的財産専門裁判所の在り方について研究を行ったものである。

本共同研究において、中国側は、日本の知的財産高等裁判所の設立と発展等について研究し、さらに、中国における知識産権高級人民法院の設立に際し、現在の他の法院との関係等の今後生じる課題を整理し、今後の発展のために提言を行った。

さらに、北京、上海、広州の知識産権法院の経験を集約し、知的財産に関する法院の体制を更に改善し、科学技術の革新に伴う司法への要望、知識産権専門法院への要望をより良く満足させることについて提言している。

一方、日本側においては、知的財産高等裁判所に関連する課題として、大合議制度に着目し検討を行った。大合議制度については、当初懸念されていた専門化がもたらす視野狭窄は杞憂であり、また大合議体における判断統一が概ね達成されていることは評価できるとしている。

もっとも、大合議事件の選択に対しては、議論が未成熟で時期尚早だったのではないかとの批判もあるが、ビジネス上の観点から、実務上、早期のルール化へのニーズも存在する。このため、大合議事件の選択については現在のところ明確な基準はないが、予測可能性への実務的ニーズが高い事件であるかを考慮することや、大合議事件の選択に関するアミカス・キュリエ (Amicus curiae) を導入すること、さらに、時期尚早的な大合議判決についての見直しは、知的財産高等裁判所が自ら機動的に変更すべきであることを提言している。

また、知的財産高等裁判所と最高裁判所との判決傾向において、知的財産高等裁判所（大合議）が、予測可能性の高い規範（「ルール型」）を採用するのに対し、最高裁判所が総合考慮型の規範（「スタンダード型」）、又はより狭いルール型の規範を示すことを明らかにした。そこで、最高裁判所が、ルール型の規範を示すことについては慎重であるべきであり、最高裁判所のとるべき態度としては、具体的な事案の解決に資する範囲で知的財産高等裁判所の示したルールを肯定し、他の部分については学説・実務の蓄積を待つというものがよいのではないかと提言している。

第2節 知的財産高等裁判所の設立以来

I. 知的財産高等裁判所の大合議制度の評価と課題

國學院大學 中山 一郎 教授

1. はじめに

知的財産高等裁判所（以下、「知財高裁」という。）は、知的財産訴訟を専門的に扱う裁判所として2005年4月に設立された。知財高裁では、大合議¹と呼ばれる5人合議による審理・裁判が導入されており、設立以降の10数年間における大合議判決数は10件である。知的財産訴訟について大合議制度が実際に運用されているのは、知財高裁においてのみであり、知財高裁に特徴的な審理形式である。そこで本稿では、これまでの知財高裁の大合議制度の運用を振り返り、その評価と課題について検討する²。

2. 知財高裁の設立及び大合議制度の導入

最初に知財高裁設立及び大合議制度導入の経緯を簡潔に概観する³。

（1）民事訴訟法改正

知財高裁は、2005年4月に設立されたが、知的財産訴訟を専門的に処理する体制自体は、その直前の民事訴訟法改正（2003年7月公布、2004年4月施行）によって整備された。この民事訴訟法改正は、知的財産戦略に先行する司法制度改革において知的財産権関係事件への総合的な対応強化を図るための措置であり、主たる改正内容は以下のとおりである。

第一に、管轄の集中が図られた。具体的には知的財産訴訟を二つに分け、技術的専門性が強い特許権、実用新案権、回路配置利用権又はプログラム著作権に関する訴え（民事訴訟法6条1項。以下、「特許権等に関する訴え」という。）に関しては、一審は東京地裁と大阪地裁に、また、控訴審は東京高裁に管轄が専属化された（同条1項、3項）。他方、それ以外の意匠権、商標権、プログラム以外の著作権、出版権、著作隣接権、育成者権又は不正競争に関する訴え（同法6条の2。以下、「意匠権等に関する訴え」という。）に関しては、一審について、通常の管轄裁判所と東京地裁又は大阪地裁の競合管轄とされた（同条）。

第二に、5人合議（大合議）が導入された。5人合議は、民事訴訟法上、当事者が著しく多数で、かつ、尋問すべき証人又は当事者本人が著しく多数である大規模訴訟において導入されていたが（同法269条）、特許権等の訴えについての一審及び控訴審（同法269条の2、310条の2）、そして特許権・実用新案権

¹ 「大合議」とは、法律上の用語ではなく、知財高裁の説明によれば「5人の裁判官から構成される合議体により審理及び裁判を行う制度」が「いわゆる大合議制度」である（注（18）及び対応する本文参照）。5人の裁判官の合議体で審理及び裁判をすることについては、後述する民事訴訟法改正により明文の規定が設けられている（2（1）参照）。

² 本稿の記述の一部は、中山一郎「知的財産高等裁判所設立をめぐる経緯と論点」知的財産研究所『知的財産に関する日中共同研究報告書』（2014年3月）60頁、及び中山一郎「知的財産政策と新たな政策形成プロセス」知的財産法政策学研究46号（2015年）11-23頁に基づく。

³ 詳細は、飯村敏明「知的財産高等裁判所の創設及びその果たすべき役割について」牧野利秋先生傘寿記念論文集『知的財産権 法理と提言』（青林書院、2013年）3頁以下参照。

に関する審決取消訴訟（特許法 182 条の 2 [実用新案法 47 条 2 項で準用]）においても導入された。

第三に、専門的な知見が求められる事件において、専門家が裁判官の知見を補う仕組みとして、専門委員制度が民事訴訟一般に導入された（民事訴訟法 92 条の 2 以下）。専門委員は、争点整理、証拠調べ、和解等の手続に関与し、専門的な知見に基づいて説明をすることができる。

（２）知財高裁の設立

以上のとおり、民事訴訟法改正により実質的に知的財産訴訟を専門的に処理する体制が整いつつあった状況において、知財高裁は設立された。折しも、2002 年に「知財立国」が標榜されて知的財産基本法が制定され、2003 年の同法の施行により、全閣僚が参加する知的財産戦略本部が設置されるなど、国を挙げた知的財産戦略の動きが始動していた。知財高裁は、そのような一連の流れの中で、実質的な裁判所の体制整備に止まらず形式的にも「知的財産」の名前を冠した裁判所を創設したものであって、その設立は「知財立国」の象徴（シンボル）としての意味合いが強いといえよう⁴。

もっとも、知財高裁の創設をめぐるのは、それを独立した裁判所として創設すべきか否かが問題となった⁵。知的財産重視の国家の姿勢を内外に示すアナウンスメント効果からすれば独立裁判所が望ましいともいえる。しかしながら、独立裁判所には問題が多いとの理由から、独立裁判所の創設は見送られた。具体的な問題点としては、職務発明の対価請求事件と退職金請求事件といった関連事件の審理が知的財産訴訟か否かで分離されてしまうこと、管轄をめぐる周辺的な紛争が増加する可能性があること、通常裁判所の充実を図ってきた日本の司法制度の中で異質であり、違和感があること等が指摘された⁶。また、米国の議論に影響を受けて、専門裁判所の裁判官の視野狭窄（tunnel vision）も懸念された⁷。

米国における視野狭窄の懸念は、1975 年の Hruska 報告⁸に遡る。当時、最高裁の負担増やフォーラム・ショッピング（法廷地漁り）などの問題を検討した Hruska 報告は、専門裁判所創設に否定的であり、その理由の一つとして、専門裁判所の裁判官が視野狭窄に陥る懸念を挙げていた。この視野狭窄の懸念は、その後の連邦巡回区控訴裁判所（Court of Appeals for the Federal Circuit、以下「CAFC」という。）の設立をめぐる議論にも影響を与えたと考えられている⁹。周知のとおり、米国では、1982 年に Court of Claims（請求裁判所）と、Court of Customs and Patent Appeals（関税・特許控訴裁判所）を統合し、特許事件についての専属管轄を加える形で CAFC が創設された¹⁰。2 つの裁判所を統合して設立された

⁴ 同時に、知財高裁設立は、裁判所創設というインパクトの大きさから知的財産戦略を象徴する代表的な成果でもある。したがって、知財高裁設立は、本文に述べた意味とあわせて、二つの意味において象徴的な成果といえる。

⁵ 詳細については、その他の論点として議論された技術判事導入の可否も含めて、中山一郎・前掲注（2）「知的財産政策と新たな政策形成プロセス」13-17 頁参照。

⁶ 近藤昌昭＝齊藤友嘉『知的財産関係二法／労働審判法』（商事法務、2004 年）15 頁、77 頁。

⁷ 中山信弘「知的財産高等裁判所への道のり」ジュリスト 1293 号（2005 年）9 頁、中山信弘「知財制度改革の現状と将来」NBL785 号（2004 年）10 頁。

⁸ Commission on Revision of the Federal Court Appellate System, STRUCTURE AND INTERNAL PROCEDURES: RECOMMENDATIONS FOR CHANGE. June 1975. 委員長を務めた Roman L. Hruska 上院議員にちなんで、この報告書は、Hruska 報告と呼ばれている。

⁹ 知的財産訴訟外国法制研究会『知的財産訴訟制度の国際比較—制度と運用について』（平嶋竜太）別冊 NBL81 号（商事法務、2003 年）30-31 頁、高瀬順久「米国連邦巡回控訴裁判所（United States Court of Appeals for the Federal Circuit）の現状について」判時 1826 号（2003 年）25-26 頁、茶園成樹「知的財産関係事件を取り扱う裁判所の集中化と専門化」ジュリスト 1293 号（2005 年）60-61 頁。

¹⁰ CAFC 設立の経緯に関しては、Marion Bennet「CAFC—その起源—」知的財産研究所『米国プロパテント政策の検証』（1999 年）199 頁以下参照。

CAFCは、それぞれの裁判所の管轄を引き継いだ上に、さらに特許事件をも管轄するから、その管轄は多岐にわたる¹¹。そのため、CAFCは、限定された特定の事件のみを扱う専門裁判所とは一線を画し¹²、Hruska報告が指摘した視野狭窄の懸念を払拭しているともいえる。

一方、我が国でも、視野狭窄の懸念は、前述のとおり独立裁判所の問題点として参照された。ただし、厳密に言えば、独立裁判所であることと裁判官人事とは別の問題であるから、独立裁判所を創設すれば裁判官は視野狭窄に陥ることが論理的に導かれるわけではない。とはいえ、独立裁判所とした場合には、専門裁判官育成の名目で裁判官人事が固定化しやすいであろうことを前提に視野狭窄が懸念されたものと考えられる。

以上のような独立裁判所の問題点を踏まえ、最終的に、2004年6月に公布された知的財産高等裁判所設置法では、知財高裁は、東京高裁の特別の支部（知的財産高等裁判所設置法2条）と位置づけられた上で、2005年4月に設立された¹³。東京高裁内に知財高裁を設けることにより独立裁判所の問題点を回避したといえるだろう。また、知財高裁の裁判官は最高裁が定めることとされ（知的財産高等裁判所設置法3条）。その結果、知財高裁の裁判官はローテーション人事に基づいて配置されることになり、専門性を意識しつつも視野狭窄の懸念にも対応することが期待されたと考えることができよう¹⁴。

3. 大合議制度の現状

（1）知財高裁のみでの運用

前述のとおり、大合議（5人合議）は、民事訴訟法上、知財高裁のみならず、一審の東京地裁又は大阪地裁においても実施可能である（民事訴訟法269条の2第1項）。これは、知的財産訴訟においては、その帰趨が企業活動に与える影響の重大性やその審理における専門技術性の観点から、慎重な審理が必要となる場合があるためと説明されている¹⁵。

しかしながら、これまで東京地裁又は大阪地裁において大合議が実施された例はない。その理由としては、一審に司法判断の統一という機能は果たし難く、むしろ多様な見解が表明されることに意義があることや、迅速な審理判断を行う必要性が大きいことが挙げられている¹⁶。

ただし、前述したとおり、知財高裁の大合議の対象は、特許権等に関する訴えに限られ、意匠権等に関する訴えは対象外である。

¹¹ 実際、2017年において、CAFCに提訴された事件の内訳は、特許事件65%、行政事件（公務員・退役軍人関連）21%、政府に対する契約上等の金銭請求事件12%である。http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/the-court/statistics/FY_17_Filings_by_Category.pdf [最終アクセス日：2018年1月30日]。

¹² Randall R. Rader. Specialized Courts: The Legislative Response. AM U. L. REV., Vol.40, 1991, pages 1003-1014.

¹³ 知財高裁を設置するための知的財産高等裁判所法の制定とあわせて、民事訴訟法が改正され、従来から存在していた裁判所調査官について、知的財産事件におけるその権限が明確化された（民事訴訟法92条の8及び92条の9）。

¹⁴ 牧野利秋ほか「座談会 知的財産高等裁判所設置法及び裁判所法等の一部を改正する法律について」知財管理55巻4号（2005年）463頁〔牧野利秋発言〕、464頁〔大淵哲也発言〕、茶園・前掲注（9）61頁。

¹⁵ 小野瀬厚＝武智克典『一問一答 平成15年改正民事訴訟法』（商事法務、2004年）74頁。

¹⁶ 篠原勝美「知財高裁大合議部について」ジュリスト1316号（2006年）9頁、三村量一「知財高裁大合議判決の意義と今後の展望」知財研フォーラム81号（2010年）4-5頁。

(2) 大合議制度の趣旨目的

一審レベルでの判断統一の困難性から一審において大合議が実施されていないことは、裏を返せば、大合議には事実上の判断統一が求められているということでもある。その点は、既に民事訴訟法改正の時点から認識されており、立案担当者は、企業活動の予測可能性確保の観点から早期に裁判例を統一すべきとの指摘を意識した上で、知財高裁の前身である東京高裁における5人合議の運用により「事実上、高等裁判所の段階において裁判例の統一を期待することができる」との理解を示していた¹⁷。したがって、民事訴訟法改正によって制度上は一審及び控訴審での大合議が可能とされたものの、運用上は控訴審での大合議により裁判例を事実上統一することが期待されていたといってもよいであろう。

大合議制度について、知財高裁自身は、ホームページ上で以下のとおり説明している。

「知的財産権を巡る紛争は、重要な法律上の争点を含み、裁判所の判断が企業の経済活動及び我が国の産業経済に重大な影響を与える事案も少なくありません。知的財産権事件では、一定の信頼性のあるルール形成及び高裁レベルでの事実上の判断統一が要請され、その要請に応えるため、平成16年4月に、5人の裁判官から構成される合議体により審理及び裁判を行う制度（いわゆる大合議制度）が導入されました。今後とも、適切な事件を大合議事件として審理判断することにより、着実に実績を積み重ねていきたいと考えています。」¹⁸

この説明によれば、知財高裁としては、法的重要性のみならず、経済的影響も大きい事案について、最高裁の判断を待たずに高裁レベルで事実上の判断統一を図り、予測可能性・法的安定性の高いルールを形成することを目指して大合議制度を運用する方針であることがわかる。

合議体の構成もその点を裏付けている。大合議事件の合議体は、運用上、第1部から第4部までの裁判官（部総括裁判官であることが多い。）と当該事件の主任裁判官から構成されているが、各部から合議体の構成員を選出するのは、（できる限り）知財高裁の総意として各部の意見を大合議の判断に反映させ、控訴審段階での判断統一を図るためであるとされる¹⁹。

他方、どのような事件を大合議事件として選択するかについて、先の説明では、「適切な事件」とされるのみで、明確な基準は示されていない。知財高裁内では、重要な法律上の争点を含む複数の事件が異なる裁判体に係属している場合、法令の解釈適用につき最高裁又は高裁の判例と相反する可能性がある場合、その他相当と認めた場合に大合議に付すことを申し合わせているともされるが²⁰、詳細な運用基準が存在するわけでもなさそうである²¹。いずれにせよ、知財高裁が「適切」と考える事件を選択することであり、その選択は知財高裁の裁量に委ねられている。なお、知財高裁内では、常時、各部の

¹⁷ 小野瀬＝武智・前掲注(15)75頁、同旨、定塚誠「知財訴訟の現状と本年4月からの新しい知財訴訟制度」NBL785号(2004年)19頁。

¹⁸ 知的財産高等裁判所HP「現況」<http://www.ip.courts.go.jp/aboutus/current/index.html> [最終アクセス日：2018年1月30日]。

¹⁹ 篠塚・前掲注(16)10頁、塚原朋一「知財高裁元年—その1年間の実績の回顧と今後の展望」金融商事判例1236号(2006年)9-10頁、塚原朋一「知財高裁における訴訟運の状況と知財訴訟における専門家の活用の実際」ジュリスト1326号(2007年)12-13頁、三村・前掲注(16)9頁、特許庁＝発明推進協会アジア太平洋工業所有権センター（塚原朋一執筆協力）「日本の知的財産高等裁判所」(2013年)48頁。なお、知財高裁には、通常部4か部の他に、大合議事件を取り扱う特別部が設けられ、知財高裁の全裁判官が配置されている。

²⁰ 飯村・前掲注(3)19-20頁。

²¹ 「知的財産高等裁判所飯村敏明所長インタビュー」特技懇267号(2012年)6頁。

係属案件について情報を交換することを通じて、適切な事件を選択しているとのことである²²。

(3) これまでの大合議判決

2005年4月に知財高裁が設立されて以降、現在(2018年1月)までに、大合議判決は10件存在する(表-1参照。なお、同日の関連する判決・決定は1事件と数えている。また、以下では、各事件について表-1の①~⑩の番号を用いて表記することがある。)²³。この10件の大合議判決と最高裁との関係についてみると、最高裁が形式的な定型文により上告を棄却し、受理しなかった事件が1件、また、最高裁が実質的な判断を示した事件が4件ある。そして後者の4件のうち3件において、最高裁は、理由付けはともかく、結論としては、上告を棄却している。反対に、最高裁が大合議判決を破棄したのは、⑤PBPクレーム事件1件のみである。

【表-1】知財高裁大合議判決

	事件名	主たる争点	最高裁
①	知財高判平成17年9月30日判時1904号47頁(一太郎事件)	間接侵害	
②	知財高判平成17年11月11日判時1911号48頁(パラメータ特許事件)	サポート要件	
③	知財高判平成18年1月31日判時1922号30頁(インクタンク事件)	消尽	最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁により上告棄却(異なる理由付け)
④	知財高判平成20年5月30日判時2009号47頁(除くクレーム事件)	訂正(補正)要件	
⑤	知財高判平成24年1月27日判時2144号51頁(PBPクレーム事件)	PBPクレームの解釈	最判平成27年6月5日民集69巻4号700頁により破棄差戻し
⑥	知財高判平成25年2月1日判時2179号36頁(ごみ貯蔵機器事件)	損害賠償	最判平成26年11月18日平成25年(オ)684号、平成25年(受)827号により上告棄却・不受理(定型文)
⑦	知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁等 ²⁴ (アップル対サムスン事件)	FRAND宣言された特許権に基づく権利行使	

²² 篠塚・前掲注(16)10頁、三村・前掲注(16)8頁、設樂隆一ほか「座談会 知的財産高等裁判所10周年の回顧と展望」判タ1412号(2015年)17頁〔設樂隆一発言〕。

²³ 10件のほかに、訴えが取り下げられた事件が1件あり、また、2018年1月19日には、新たな大合議事件1件が指定された。これら全12件の大合議事件については、知財高裁のHP「大合議事件」

(http://www.ip.courts.go.jp/hanrei/g_panel/index.html [最終アクセス日:2018年1月30日])に列挙されている。

²⁴ 同日に、3件の大合議判決・決定が言い渡されている。表-1記載の判決(平25(ネ)10043)は、損害賠償請求に関するものであり、残る2件(判時2224号89頁〔平25(ラ)10007〕及び平25(ラ)10008)は、差止請求権の可否をめぐる仮処分申立事件である。

	事件名	主たる争点	最高裁
⑧	知財高判平成 26 年 5 月 30 日判時 2232 号 3 頁等 ²⁵ (ベバシズマブ事件)	特許権の存続期間延長 登録出願の拒絶理由	最判平成 27 年 11 月 17 日民集 69 卷 7 号 1912 頁により上告棄却
⑨	知財高判平成 28 年 3 月 25 日判時 2306 号 87 頁(マキサカルシトール事件)	均等論	最判平成 29 年 3 月 24 日民集 71 卷 3 号 359 頁により上告棄却
⑩	知財高判平成 29 年(2017 年)1 月 20 日平成 28 年(ネ)10046 号(オキサリプラチン事件)	存続期間が延長された 特許権の効力	

また、各事件の合議体の構成は、表-2 のとおりである。

【表-2】大合議事件の合議体を構成する裁判官（姓のみ、敬称略）

①	一太郎事件	篠原	塚原	佐藤	中野	沖中
②	パラメータ特許事件	篠原	塚原	佐藤	青柳	岡本
③	インクタンク事件	篠原	塚原	中野	三村	長谷川
④	除くクレーム事件	塚原	中野	飯村	田中	杜下
⑤	PBP クレーム事件	中野	飯村	塩月	滝澤	東海林
⑥	ごみ貯蔵機器事件	飯村	塩月	芝田	土肥	知野
⑦	アップル対サムスン事件	飯村	設楽	富田	清水	小田
⑧	ベバシズマブ事件	飯村	設楽	富田	清水	八木
⑨	マキサカルシトール事件	設楽	清水	高部	大鷹	大寄
⑩	オキサリプラチン事件	設楽	清水	高部	鶴岡	寺田

4. 大合議制度の評価

(1) 視野狭窄の懸念

前述したとおり、知財高裁設立当時には専門裁判所の裁判官の視野狭窄を懸念する声もあったが、裁判官のローテーション人事がこれを防ぐことが期待された。実際、大合議事件についてみると、表-2 が示すとおり、大合議事件の合議体を構成する裁判官は、数年単位で入れ替わっている。最も担当件数が多い裁判官は 5 件（飯村判事）に関与しており、次いで 4 件を担当した裁判官が 4 名（塚原判事、中野判事、設楽判事、清水判事）いる。このように知財高裁の裁判官は、ローテーション人事の結果、大合議判決 10 件の半分以下にしか関与していない。

これに対して、視野狭窄の懸念が最初に提起された米国では、連邦の裁判官は終身制であり（米国憲法第 3 編第 1 節）、専門裁判所の視野狭窄への懸念も、専門裁判所の裁判官が特定の種類の事件のみを

²⁵ 同日に、同旨の大合議判決が 4 件言い渡されている。表-1 記載の判決（平 25（行ケ）10195）のほか、平 25 年（行ケ）10196、平 25（行ケ）10197 及び平 25（行ケ）10198 がそうである。

終身扱うことへの懸念であったと考えることができる。その点においてローテーション人事を採る我が国の状況は異なっており、現に特定の裁判官が大合議事件に関与し続ける状況にはない。したがって、大合議事件についていえば、当初期待されたとおり、ローテーション人事が裁判官の過度の固定化を防いでおり、視野狭窄の懸念は現状を見る限り杞憂であるといつて差し支えないだろう²⁶。

(2) 事実上の判断統一

前述したとおり、大合議制度の趣旨目的として、知財高裁は、高裁レベルにおける早期の事実上の判断統一を挙げていた。表-1が示すとおり、最高裁により破棄された知財高裁大合議判決が1件であることからすれば、これまでのところ、その目的は達せられているともいえそうである。

ただし、とりわけ初期の大合議事件の選択をめぐる、議論の成熟度から見て適切であったか、議論が未成熟なまま大合議判決による判断を示したことは時期尚早だったのではないか、という問題が提起されている。仮に大合議判決が時期尚早であったとすれば、それは不必要な場合にまで判断を統一し、議論の積み重ねによる法の発展を妨げたおそれがあるとの批判を免れないであろう。以下では、この時期尚早論について節を改めて検討する。

(3) 時期尚早論をめぐる議論

(i) 時期尚早と指摘される大合議判決

時期尚早的な大合議を懸念する声は、知財高裁設立当初から存在した。当時その点を懸念した論者は、様々な判断の比較検討の中から優れた判断が現れてくる場合もあるため、早期の判断統一は判断の硬直化を招くおそれがあることを指摘していたが²⁷、その後、最初の大合議事件である①一太郎事件について、大合議判決がその後の議論の発展を抑制しかねないことを危惧している²⁸。①事件がそれまで判断が分かれていた問題について判断を統一したわけではないとの指摘は他にもある²⁹。また、③インタラクティブ事件に対しても、様々な論理構成が提案されている中で、大合議に付すよりも、判例や学説がなお検討すべき段階だったのではないか、との指摘がなされている³⁰。さらに、①から④及び⑥の事件について、これらは先例となるべき知財高裁の裁判例がない中での時期尚早的な判断であり、試行錯誤がないままに事実上の拘束力のある判断が生まれることは、知財高裁自身による多元性確保の意義を減殺させる³¹、との批判も寄せられている³²。

²⁶ 田村善之「考察：知財高裁—中央集権的かつ多元的な専門裁判所に対する制度論的研究—」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明判事退官記念論文集』（発明協会、2015年）39頁及び田村善之「知財高裁大合議の運用と最高裁との関係に関する制度論的考察—漸進的な試行錯誤を可能とする規範定立のあり方—」法曹時報69巻5号（2017年）1233-1234頁は、大合議事件に限らず、ローテーション人事の一環として裁判官が知財高裁に配置されることや、知的財産関連のキャリアが長い知財ローテーションとそうでない非知財ローテーションという異なるタイプの裁判官が混在していることは、視野狭窄を防ぐ工夫であり、一定の多元性を確保する試みであると評価する。

²⁷ 茶園・前掲注（9）60頁。

²⁸ 茶園成樹「批判」ジュリスト1316号（2006年）22頁。

²⁹ 塩月秀平ほか「特別座談会 知財高裁の本格的稼働と今後の知財訴訟の展望」金融・商事判例増刊1236号（2006年）210頁〔片山英二発言〕。

³⁰ 塩月・前掲注（29）220-221頁〔高林龍発言〕。

³¹ 田村・前掲注（26）「飯村判事退官記念論文集」39-45頁、田村・前掲注（26）「法曹時報」1236-1242頁。

³² 個別事件を前提としない一般論としてはあるが、設楽・前掲注（22）17頁〔伊原友巳発言〕も同様の懸念を述べる。

確かに、主として初期の大合議判決は、議論の蓄積が少ない論点についての判示を含んでいる。例えば、①一太郎事件では、特許法 101 条 5 号（旧 4 号）の方法の発明についての間接侵害の成否が争点の一つであったところ、大合議判決は、その物「自体」を利用して特許発明に係る方法を実施できなければ間接侵害は成立しないと判示して、いわゆる間接の間接侵害を否定した。この問題は、同号が平成 14 年（2002 年）改正により新設されたこともあり、平成 17 年（2005 年）の大合議判決までほとんど議論されなかった論点であるが、知財高裁は、同号が新設規定であるからこそ間接侵害の成立範囲が不当に広がらないようにその範囲を限定しようと考えたようである³³。知財高裁は、議論が生じる前にあえて機先を制して自らが望ましいと考える規範を示したともいえるだろう。しかしながら、大合議判決に対しては、従前の議論の不存在を指摘するに止まらず、その判示内容に対しても間接侵害の成立範囲を必要以上に厳格に制限するとして批判的な評釈が少なくない³⁴。

また、②パラメータ特許事件では、特許請求の範囲に記載された発明は発明の詳細な説明に記載したものであることを定めた特許法 36 条 6 項 1 号のサポート要件が問題とされた。知財高裁は、それまで特許請求の範囲の記載と発明の詳細な説明が形式的に対応していればよいとされていたサポート要件について、両者の実質的な対応関係を要求し、サポート要件を実質的な要件として解釈した。この大合議判決は、「事実上、実施可能要件と混合し埋没していた状態」のサポート要件の「創設的再生」と評されているとおり³⁵、サポート要件を実質化させた初めての裁判例と思われる。もっとも、②の事件が大合議に付された理由は、それ以前に平成 15 年（2003 年）に審査基準が先んじて大合議判決と同趣旨の内容により改訂されており、この論点が今後の出願実務を左右する重大性を有すると考えられたためであり³⁶、結論として大合議判決は先行する審査基準の考え方を是認した。その意味では、知財高裁が議論の機先を制した①一太郎事件とは事情が異なるところがある。

④除くクレーム事件でも、やはり議論の乏しい問題についての判断が示された。同事件では、「除くクレーム」（出願された発明からその一部を「除く」クレーム）への訂正が、新規事項を追加する訂正を禁止する規定（特許法 134 条の 2 第 9 項で準用される 126 条 5 項、なお、補正についての同旨の規定として 17 条の 2 第 3 項）に違反するか、が争われた。大合議判決は、新規事項追加禁止要件に関する一般的基準を示した上で、これを「除くクレーム」とする訂正に適用したが、従来、「除くクレーム」への訂正と新規事項追加禁止との関係について明示的に判断した裁判例はなく³⁷、大合議判決は新たな判断を示すものである。もっとも、この事件でも、先行する審査基準が「除くクレーム」への補正が例外的に許容される場合を挙げていることの是非が問題となっており、裁判例の先例はなかったとしても、審査実務の一応の蓄積はあったものと考えられる。ただし、審査基準を是認した②パラメータ特許事件とは異なり、④事件の知財高裁は、「除くクレーム」への補正を「例外的」と位置づける審査基準の考え方は適切ではないと判断している。

さらに、初期の事件ではないものの、FRAND 宣言された標準必須特許権の権利行使の可否が争われた

³³ 判時 1904 号（2005 年）50 頁及び L&T30 号（2006 年）81-82 頁参照。なお、大合議に付された背景としては、被疑侵害製品が多数のユーザーを有する有名ソフトウェアであるために社会的影響が大きいという点も考慮されたようである（判時 1904 号 49 頁及び L&T30 号 80 頁）。

³⁴ ①事件に対しては多数の批判的な評釈があるが、その中でも、従前の議論の不存在をもあわせて指摘するものとして、茶園・前掲注（28）20-22 頁のほか、花井美雪「判批」特許研究 41 号（2006 年）64-65 頁、上羽秀敏「判批」パテント 59 巻 4 号（2006 年）9-12 頁等。

³⁵ 平嶋竜太「判批」ジュリスト 1316 号（2006 年）27-28 頁。

³⁶ 判時 1911 号（2006 年）50 頁及び L&T30 号（2006 年）86 頁。

³⁷ L&T40 号（2008 年）88 頁、90 頁。

⑦アップル対サムスン事件も、知財高裁の先例がない事案であった³⁸。もっとも、この問題は、当時既に国際的には法的紛争が表面化し、そのことは我が国にも紹介されて、国内での議論も生じつつあった³⁹。くわえて、この事件では、後述する米国のアマカス・キュリエ (amicus curiae) を参考にした一般からの意見募集が初めて実施され、その結果、58 通の意見書が、国内外、また、団体・企業・個人を問わず、各方面から提出された⁴⁰。提出された意見書について、大合議判決は「貴重かつ有益な資料」と評しており、仮に議論が不十分だったと考えるにしても、それを補う工夫が試みられたとはいえるだろう。その点において、やはり機先を制した①一太郎事件とは異なるところがある。

以上のとおり、①、②、④及び⑦の事件では、時期尚早と評価するか否かは別として、知財高裁の先例がない論点について大合議判決が実質的に初めての判断を示している。もっとも、上述のとおり、最初の①事件が議論が生じる前に機先を制したものであったのに対して、②、④及び⑦の事件では、大合議判決以前に審査実務や国外での紛争は存在し、あるいは一般からの意見が募集されたという点において、①事件とは異なるところがある（その点の評価は後述する。）。

他方、③インクタンク事件では、特許製品の再生品と消尽の成否が、また、⑥ごみ貯蔵機器事件では、特許権侵害に対する損害賠償の算定において特許法 102 条 2 項を適用するための特許権者の実施の要否が、争われた。これらの争点をめぐっては、従前から議論があり、裁判例も存在したものの、時期尚早論を説く田村善之教授は、知財高裁としては③及び⑥の大合議判決が初めての判断であったことを指摘する⁴¹。そのため、田村教授によれば、10 件のうち、初期のものを中心に、①、②、③、④及び⑥の 5 事件、すなわち半分が時期尚早と評価されることとなる⁴²。

(ii) 議論の蓄積が少ない問題が選択される背景

議論の蓄積が少ない問題がなぜ大合議事件として選択されるのか。この点を考えるに際して、田村教授は、その反対のケースを取り上げ、進歩性の判断基準や複数請求項に係る訂正請求の一体不可分性のように知財高裁の先例間に対立がある論点が大合議に付されなかった例があることに言及しつつ⁴³、その背景を次のように分析する。知財高裁内で見解が対立する場合、大合議に付すことに対して、「少数派となりそうな部が強く抵抗するのか、又は多数派となりそうな部が潔しとしないのか、その理由は定かではないが、何らかの政治的配慮が働いていたのかもしれない⁴⁴と。ここでのポイントは、議論の蓄積の多寡というよりも、知財高裁内の意見対立の有無が大合議事件の選択を左右するという点である。この点は、次のように考えることもできよう。

³⁸ ただし、田村・前掲注(26)「飯村判事退官記念論文集」45頁、田村・前掲注(26)「法曹時報」1243頁は、⑦の事件について、本文で述べた主たる争点は知財高裁にとって初めての判断であるが、消尽に関する判示に関しては、先に③インクタンク事件があり、それとは異なる立場を採っていることから、時期尚早とは評価せず、むしろ、知財高裁内に異時点間の対立がある場合の大合議(注(56)及び対応する本文参照)に近いものと位置づけている。

³⁹ ⑦の事件前に国際的な状況を紹介しつつ、この問題を議論していたものとして、知的財産研究所編『標準規格必須特許の権利行使に関する調査研究報告書』(2012年3月)、知的財産研究所編『標準規格必須特許の権利行使に関する調査研究報告書(Ⅱ)』(2013年3月)、「グローバル特許権行使戦略セミナー『E Uと日本における特許の領分』」第二部『世界標準、標準特許、そして、強制許諾』高林龍ほか『年報知的財産法 2013』(日本評論社、2013年)38頁等。

⁴⁰ 小田真治「知的財産高等裁判所の大合議事件における意見募集(『日本版アマカスキュリエ』)について」判タ 1401 号 120 頁。

⁴¹ 田村・前掲注(26)「飯村判事退官記念論文集」45頁、田村・前掲注(26)「法曹時報」1243頁。

⁴² 田村・前掲注(26)「法曹時報」1241頁。なお、知財高裁の先例がなかった⑦の事件を田村教授が時期尚早とは評価していない点については、前掲注(38)参照。

⁴³ 田村・前掲注(26)「飯村判事退官記念論文集」32-36頁、40-41頁、田村・前掲注(26)「法曹時報」1237-1238頁。

⁴⁴ 田村・前掲注(26)「飯村判事退官記念論文集」41頁、田村・前掲注(26)「法曹時報」1239頁。

知財高裁としては、大合議制度の目的が事実上の判断統一を図ることにある以上、大合議判決後はこれに従った判断が続くことを期待しているであろう。そのために最も簡便な方法は、知財高裁内で意見対立がない問題を大合議事件として取り上げることである。もっとも、意見対立があったとしても、大合議判決において反対意見が公表されるのであれば、少数の異論の存在は第三者にも認識され、大合議判決はあくまで現時点の多数派の意見を示すものと受け止められるであろう。しかしながら、現状では、最高裁以外では各裁判官の意見は公表されず（裁判所法 11 条、75 条）、知財高裁の裁判官は反対意見を表明することはできない。しかも知財高裁は前述したとおり大合議判決には知財高裁の総意が（できる限り）反映されると説明していることもあわせて考えると、大合議判決は異論の存在を許さないように見える。その結果、大合議判決に異論のある裁判官がこれと異なる判断をすることは現実的には困難であり、事実上大合議判決に拘束されることになろう⁴⁵。このような大合議判決の「重み」を踏まえれば、知財高裁内で異論がなく、文字通り知財高裁の「総意」を示すことができる論点として、議論の蓄積が少ない問題を選び、「各部の対立が生じる前に大合議を開く」⁴⁶ことが知財高裁にとって合理的なのかもしれない。もっとも、そのような選択が判断統一を容易にする反面、時期尚早との批判を招いたことは、前述したとおりである。

（iii）早期のルール明確化・統一化に肯定的な見解

以上の時期尚早論に対し、先に見たように、知財高裁は、大合議による事実上の判断統一が要請される理由として、知的財産紛争における司法判断が有する経済的影響の大きさを挙げていた。実際、これと同調するように、経済政策立法である知財法分野では早期にルールを明確化させることが将来の企業行動との関係でも望ましく⁴⁷、議論の分かれる問題のみならず「今までに議論されたことがないような法律問題」についても統一的判断を示すことに大合議の意義がある⁴⁸といった見方がある。

また、議論の成熟度との関係については、仮に議論が成熟するまで大合議審理を待った方がよいとなれば、知財高裁大合議と最高裁との役割分担が問題となるとの指摘があり⁴⁹、両者の役割分担については、最高裁の最も重要な機能は憲法判断であって、知的財産事件のような専門技術的な分野に関しては、知財高裁大合議が少なからぬ役割を果たすことを期待する見解がある⁵⁰。確かに、知財高裁設立の経緯を踏まえるならば、ビジネスとの距離が近いために予見可能性の向上に対する期待が高い知財法分野では、議論が十分に成熟していないとしても、また、傍論的な規範の定立であるとしても⁵¹、早期のルール統一を図っていくことに、最高裁とは異なる知財高裁大合議制度独自の役割を見出そうとすることは一つの考え方であろう。

これに対して、予見可能性をめぐるっては、3 人の合議体の判決に相違があれば、議論が未成熟である

⁴⁵ 東京地裁部総括裁判官（当時）による東海林保「間接侵害」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務体系 I』（青林書院、2014 年）367 頁は、①一太郎事件に対する批判は「正鵠を射ている部分もあるが」、大合議判決であることに照らせば、「実務としては、当面の間、同判決が示した判断基準に従って運用されることになろう」と述べる。また、片山英二「知財高裁に対する実務界からのコメント」ジュリスト 1326 号（2007 年）23 頁は、大合議判決の事実上の拘束力は、予測可能性という観点から「実務界が期待するものであり、知財高裁大合議の存在意義」であると述べる。

⁴⁶ 田村・前掲注（26）「飯村判事退官記念論文集」41 頁、田村・前掲注（26）「法曹時報」1239 頁。

⁴⁷ 塩月・前掲注（29）220-221 頁〔片山英二発言〕。

⁴⁸ 片山・前掲注（45）22-23 頁。

⁴⁹ 中野哲弘ほか「座談会 進化する知的財産訴訟に向けての検討と課題」L&T50 号（2011 年）25 頁〔篠原勝美発言〕。

⁵⁰ 三村・前掲注（16）9 頁。

⁵¹ 大合議判決における傍論的な規範の定立に肯定的なものとして、小泉直樹ほか「〔鼎談〕知財高裁の 10 年とこれから」ジュリスト 1475 号（2015 年）76 頁〔篠原勝美発言〕、77 頁〔中山信弘発言〕。

ことがわかるという意味において正確な情報発信が可能であるし、その中で、時代の要請に適合した判決が残っていくというプロセスを通じて予見可能性を実現することも一つの方法であるとして、大合議による予見可能性確保を急ぐことに拘らない考え方も示唆されている⁵²。また、最高裁との関係についても、時期尚早論の田村教授は、最高裁判例は大法廷においてのみ変更可能である（裁判所法 10 条 3 号）点で手続が重いのにに対して、知財高裁大合議判決はそのような縛りがなく迅速で柔軟な変革が可能であるから、知財高裁通常部と最高裁の中間に位置する点に大合議の在り意義を認めていくべきと説いている⁵³。なお、大合議判決の変更が相対的に容易ならば、大合議判決が時期尚早的であったときには知財高裁がこれを見直すことも考えられそうであるが、この点は後述する。

5. どのような試行錯誤が望ましいか

4. で紹介した時期尚早論は、田村教授の表現を借りれば、「知的財産制度をいかに運用すべきかという問題に対して一義的な正解を得ることが困難であるとすれば、漸進的な試行錯誤(=muddling through)を繰り返し、少しでも正解らしきものに近づいていくよう努めることに優る方途はない」⁵⁴との前提から出発している。確かに、唯一絶対の正解が明らかではない状況における試行錯誤の意義については、異論は少なからう。そうすると、問題は、どのような試行錯誤が望ましいのか、である。

(1) 時期尚早論から見た試行錯誤の在り方

試行錯誤の在り方に関して、田村教授は、まずは知財高裁通常部の先例の蓄積を先行させて試行錯誤を重ね、先例間に齟齬が生じた後に判断統一のために大合議に付すことを主張する⁵⁵。実際、表-1 記載の大合議判決のうち、⑤PBP クレーム事件、⑧ベバシズマブ事件、⑨マキサカルシトール事件は、知財高裁の先例間に異時点間の対立がある場合に大合議が開かれた例とされる⁵⁶。もっとも、これらの事件は、異時点間の対立がある場合であり、対立が現在進行形であれば、前述のように大合議に付されないため、その場合は、最高裁が積極的に介入して判断を統一すべきとする。最高裁が積極的に介入すべきか否かはともかく、大合議を急がずに通常部の判断の集積を待つことについては、知財高裁の裁判官の中にもこれに理解を示す見解が見られる⁵⁷。

以上の考え方は、議論の成熟度を重視し、その結果、試行錯誤により議論の蓄積を待つ間は判断が統一されないとしても、その問題以上に、議論が不十分なまま判断が統一されることによる弊害の方が大きいと判断しているものと思われる。確かに、時期尚早と指摘される初期の大合議判決の中でも、とり

⁵² 篠原勝美ほか「知財高裁歴代所長座談会」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務体系 I』（青林書院、2014 年）13 頁〔飯村敏明発言〕。

⁵³ 田村・前掲注(26)「飯村判事退官記念論文集」47 頁、田村・前掲注(26)「法曹時報」1269 頁。

⁵⁴ 田村・前掲注(26)「法曹時報」1258 頁。

⁵⁵ 田村・前掲注(26)「飯村判事退官記念論文集」47 頁、田村・前掲注(26)「法曹時報」1268 頁。

⁵⁶ どのような先例間の対立があったかを含めて、田村・前掲注(26)「法曹時報」1242-1246 頁参照。なお、⑦アップル対サムスン事件の消尽に関する判示がほぼ同様に位置づけられていることにつき、前掲注(38)参照。また、存続期間が延長された特許権の効力について、⑧事件の傍論を発展させた⑩オキサリプラチン事件は、⑧事件と一連のものとして扱われている。

⁵⁷ 中野ほか・前掲注(49)25 頁〔高部眞規子知財高裁判事(当時)発言〕、設楽・前掲注(22)18 頁〔清水節知財高裁判事(当時)発言〕、中野哲弘知財高裁所長(当時)「知財高裁 5 年の回顧と展望」L&T50 号(2011 年)36 頁。後者の二つの見解は、通常部の判断が異なる場合に、大合議ではなく、最高裁が判断を統一することもあり得るとする。

わけ①太郎事件の場合、先行する審査実務や国際的紛争は存在せず、一般からも意見を募集していない。同事件において、知財高裁は議論が生じる前に機先を制したのであって、試行錯誤は皆無に等しい。知財高裁は、①事件の判示を唯一の正解と考えたのかもしれないが、前述したとおり①事件に批判的な評釈が少なくないことは、①事件における間接の間接侵害の成否が見解の分かれる論点であったことを示している。これらの点に鑑みれば、①事件を大合議事件として選択したことは性急に過ぎたといわざるを得ないであろう。

(2) 早期のルール明確化・統一化の要請をも考慮した試行錯誤の可能性

試行錯誤に一定のメリットがあるとしても、他方において、試行錯誤が延々と続き、その間判断が統一されないことは、ビジネスや企業行動において重視される予測可能性を低下させる側面があることは否定できない。また、各部の部総括裁判官を中心として合議体が形成される「大合議は知財高裁の叡智の結晶といってもよい」⁵⁸とすれば、その叡智を有効に活用しない手はないともいえる。そのような観点からすると、試行錯誤のメリットと早期の判断統一による予測可能性向上の要請の双方を考慮に入れて、大合議を運用する工夫が求められているともいえよう。

一案としては、早期にルールを明確化し、判断を統一する要請が強い場合において、ひとまず大合議の判断を示し、その後必要に応じてその判断を見直す、といったアプローチが考えられる。ここで早期のルール明確化・判断統一の要請が強い場合とは、予測可能性についての実務的なニーズが大きい場合と言い換えてもよいと思われる。

(i) 事件類型に着目する手法

大合議判決をどのように見直すかという問題は後述するとして、まず予測可能性への実務的なニーズが大きい場合を具体的に考えてみると、事件類型としては、一般に、審決取消訴訟は侵害訴訟に比べてそのような要請が高いと考えられる。侵害事件数に比して審査件数は量的に圧倒的に多く⁵⁹、審決取消訴訟の判決は、審査実務のみならず、企業にとって日常的な権利化業務に多大な影響を与えるからである。その観点からみると、②パラメータ特許事件及び④除くクレーム事件は、前述のとおり、先行する審査実務との関係が問われていた。また、存続期間延長登録出願の拒絶理由が争われた⑧ベバシズマブ事件も、新たな有効成分と効能・効果を有する医薬品についてのみ延長登録を認め、有効成分と効能・効果が同一ならば、用法・用量が異なるために新たな承認処分が必要であるとしても延長登録を拒絶していた審査実務の是非が問われ、知財高裁は、そのような従前の審査実務を否定した。とすれば、②事件や④事件では、⑧事件と異なり、知財高裁の先例がなかったとしても、審査実務との関係から早期に知財高裁としての判断統一を図ったことを時期尚早と片付けてしまうわけにもいかないように思われる。特に審査実務を否定する場合には、審査実務の見直しを促す以上、それが知財高裁の統一的判断であることを特許庁に示すことに一定の意義はあろう（特許庁が異を唱えるのであれば、上告審の最高裁

⁵⁸ 田村・前掲注(26)「法曹時報」1235頁。

⁵⁹ その多くが侵害訴訟と考えられる知的財産権民事事件数は、504件(2016年、全国一審)である

(http://www.ip.courts.go.jp/vcms_lf/2017_N_stat03.pdf [最終アクセス日:2018年1月30日])。他方、特許審査件数は約25万件である(https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/nenji/nenpou2017_index.htm [最終アクセス日:2018年1月30日])。

の判断を求めればよく、現に⑧事件はそのような経緯を辿っている)。

また、権利化業務とは異なるが、職務発明の取扱いも企業にとって日常的に直面する問題である。職務発明関連訴訟は未だ大合議に付されたことがないものの、潜在的には、大合議により早期に判断統一を図る実務上のニーズは高いのではないかと推測される⁶⁰。

他方、侵害訴訟の中では、⑦アップル対サムスン事件で争われた標準必須特許の権利行使の問題も早期のルール明確化・統一化の要請が相対的に高いと思われる。標準規格に準拠した製品やサービスの利用者は標準必須特許に係る発明を実施せざるを得ず、その数は標準規格の普及とともに増加していくため、一般の特許発明よりも影響が広範囲に及ぶ上、一つの標準規格に関連する標準必須特許の件数自体も多いからである⁶¹。

その他、③インクタンク事件の争点である消尽も、日常的な取引の安全に関わるため、予測可能性への実務的ニーズが相対的に高い問題といえるかもしれない。

(ii) 日本版アミカス・キュリエの活用可能性

以上のような事件類型に着目する手法以外に、早期の判断統一への実務的ニーズを端的に把握するために、日本版アミカス・キュリエ (amicus curiae) といわれる手法の活用が考えられないだろうか。

そもそも米国のアミカス・キュリエ (amicus curiae)⁶²には、2種類のタイプがある。第一のタイプは、特定事件における本案の争点について第三者が意見を提出するものである⁶³。⑦アップル対サムスン事件において参考にされたのはこのタイプであり、同事件では、当事者の合意に基づき、一般からの意見書を当事者の一方を経由して書証として裁判所に提出することにより、現行法の枠内で、このタイプのアミカス・キュリエに類似した意見募集として「日本版アミカス・キュリエ」が実施された⁶⁴ (その結果、58通の意見書が提出されたことは前述した)。

第二のタイプは、本案の争点についてではなく、最高裁が裁量上訴 (certiorari) を受理するか否か、又は控訴審が通常のパネル若しくは大法廷 (en banc) により再審理するか否か、について第三者が意見を提出するものである⁶⁵。特許訴訟の場合、とりわけ最高裁による裁量上訴の受理の可否の判断におい

⁶⁰ 平成27年(2015年)に改正された職務発明制度では、職務発明をした従業者等に使用者等が相当の利益を与える場合の不合理性判断における考慮事項に関して経済産業大臣が指針を作成公表することとされた(特許法35条6項)。その後制定された「特許法35条6項に基づく発明を奨励するための相当の金銭その他の経済上の利益について定める場合に考慮すべき使用者等と従業者等との間で行われる協議の状況等に関する指針」は、その目的として法的予見可能性を高めることを挙げており(第一「本指針の目的」一)、この問題における予見可能性に対する要請の高さを示している。

⁶¹ ⑦事件の大合議判決において知財高裁が依拠したレポートによれば、問題となったUTMS規格については、1889の特許ファミリーが必須宣言されており、必須であるかおそらく必須であると判定されたのは、そのうち529の特許ファミリーであったとされる。

⁶² 「裁判所の友」又は「法廷助言者」と訳され、一般に「裁判所に係属する事件について裁判所に情報又は意見を提出する第三者」と説明される(田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)48頁)。したがって、厳密には、アミカス・キュリエは、意見を提出する第三者を指すが、本稿では、そのような意見提出の制度を意味するものとして用いる。なお、米国のアミカス・キュリエにつき、特許訴訟との関わりも含めて邦文により紹介するものとして、加藤載久「特許訴訟に『裁判所の友』は必要か—米国特許訴訟におけるアミカス・キュリエ制度について—」特技懇272号(2014年)77頁、山口裕司「米国での法廷の友意見書の活用状況と知財高裁大合議事件における意見募集の意義」特許ニュース13674号(2014年)1頁。

⁶³ 最高裁については、米国最高裁判所規則(Rules of The Supreme Court of The United States)37条3項、控訴審については、連邦上訴規則(Federal Rules of Appellate Procedure)29条(a)項。

⁶⁴ 小田・前掲注(40)118頁。

⁶⁵ 最高裁については、米国最高裁判所規則37条2項、控訴審については、連邦上訴規則29条(b)項。

て、米国政府（訟務長官）の意見書が大きな影響力を有しているとされる⁶⁶。他方、CAFC の大法廷（en banc）は、3 人合議体の判決での敗訴当事者による再審理の申立てを契機とすることが通常であるようであり⁶⁷、第三者の意見書の実際的な有用性は定かではない。

とはいえ、第二のタイプのアミカス・キュリエを参考とするならば、一つのアイデアとして、知財高裁が事件を大合議により審理するか否かを判断する場面において第三者の意見を聴取することが考えられる。アミカス・キュリエの機能としては、どのような関係者がどちらの当事者を支持しているかが重要であるとする関係者説と、意見書で提供される内容の情報こそが有用であるとする情報説があるとされるが⁶⁸、大合議事件の選択の場面では、前者の機能に着目して第三者の意見を判断統一へのニーズの指標として用いるわけである。そのような目的からすると、意見書自体は簡便なものでよく、それにより訴訟遅延や裁判官の負担⁶⁹といったデメリットもある程度は軽減できよう。少なくともこのようなアイデアの実現可能性についてさらに検討する価値はあるのではないと思われる。

（iii）時期尚早的判断をどのように見直すか

大合議判決により早期の判断統一を図る場合の課題は、大合議判決が時期尚早であったときに、それをどのように見直すか、という点である。

この点につき、田村教授は、最高裁の積極的介入により時期尚早的な大合議判決を見直して、最高裁が柔軟性の高い総合考慮型判断を示すことにより、再度の試行錯誤を可能とする余地を作出すべきであると述べ、その一例として③インクタンク事件を挙げる⁷⁰。③事件では、特許製品の再生品と消尽の成否が争われ、最高裁は、知財高裁大合議判決の結論こそ維持したものの、大合議判決とは異なる理由付けを採用した。どのような場合に特許権が消尽せずに権利行使が許されるかという論点について、大合議判決が、効用終了類型（第1類型）と本質的部分加工交換類型（第2類型）という2類型論を提示したのに対して、最高裁は、様々な事情を総合考慮して元の特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造されたと認められるとき、という基準を示したのである。大合議判決の2類型論と比較すると最高裁の総合考慮型基準は、柔軟性が高い反面、明確性・予測可能性は低い。田村教授によれば、最高裁がそのような総合考慮型の判断枠組みを示したことは、知財高裁の先例がなく、時期尚早であった知財高裁大合議判決により試行錯誤が遮断された状況において、再び下級審による試行錯誤を可能とするという点において合理的であると評価される⁷¹。

もっとも、③事件において、最高裁は、知財高裁大合議判決を全面的に否定したわけではないことにも留意が必要であろう。そもそも最高裁は大合議判決の結論を維持しているし、総合考慮型判断枠組みの採用についても、2類型論の「有用性は、いまだ失われていない」ことを認めつつ、柔軟性を高めて

⁶⁶ その背景として、最高裁は、CAFC の設立により解消された控訴審レベルの判断不一致（circuit split）の代わりに、司法府対行政府の対立（branch split）を手がかりにしていると考えられることを含めて、加藤・前掲注（62）82-83 頁。

⁶⁷ 佐藤達文「知的財産法に関する国際裁判官会議及び最近の米国特許裁判の実情」判時 1922 号（2006 年）7 頁。

⁶⁸ 加藤・前掲注（62）79-80 頁。なお、同 89 頁は、大合議で審理するか否かについて第三者の意見を求めることに肯定的であるようである。

⁶⁹ 小田・前掲注（40）121 頁によれば、⑦事件で提出された 58 通の意見書を検討するのに「かなりの労力を要した」とのことである。

⁷⁰ 田村・前掲注（26）「法曹時報」1258-1261 頁、1269 頁。なお、予測可能性の高いルール型の規範と抽象性の高いスタンダード型の規範という観点から、最高裁と知財高裁の判決の在り方を検討するものとして、本報告書所収の宮脇正晴論文参照。

⁷¹ 田村・前掲注（26）「法曹時報」1260-1261 頁。

「事案に応じた妥当な結論を導き得る」ようにする狙いがあったようである⁷²。最高裁としては、大合議判決をある程度尊重した上で、なお個別事案の積み重ねを通じた議論の成熟を待つこととしたといえるかもしれない。

他方、最高裁が必ずしも議論の成熟度を重視して柔軟な判断を示すとは限らない。この点について節を改めて検討する。

(iv) 最高裁の積極的介入の是非

最高裁の積極的介入の是非を考える上では、知財高裁大合議判決を唯一破棄した⑤PBP クレーム事件の最高裁判決についての論評を避けては通れないだろう。

⑤事件で取り上げられたPBPクレームは、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの略称であり、一般に、物の発明の特許請求の範囲にその物の製造方法が記載されているクレームを指す。従前、PBPクレームの解釈をめぐるのは、(a) 侵害訴訟における技術的範囲の解釈、と (b) 特許要件を審査する際の発明の要旨認定、の二つの場面において、製造方法を問わず、構造、特性等が同一である物として解釈する物同一説と、クレームに記載された製造方法により製造された物に限定して解釈する製法限定説が対立していた。

⑤事件では、知財高裁及び最高裁いずれも、(a) 技術的範囲の確定と (b) 発明の要旨認定は、同一基準により判断すると判示し、この点では意見が一致した。

しかしながら、クレーム解釈については判断が分かれた。知財高裁大合議判決は、PBPクレームを二つに分け、物の特定を直接的にその構造又は特性によることが出願時において不可能又は困難であるとの事情（「不可能・困難事情」）が存在する「真正PBPクレーム」には物同一説を適用し、そのような「不可能・困難事情」が存在しない「不真正PBPクレーム」には製法限定説を適用するという二元論を採用した。これに対して、最高裁判決は、PBPクレームの解釈については、真正か不真正かを問わず、物同一説を統一的に採用する一方、PBPクレームが明確性要件に適合するのは、出願時において当該物をその構造又は特性により直接特定することが不可能であるか、又はおよそ実際的でないという事情（「不可能・非実際的事情」）が存在するときに限られると判示して、大合議判決を破棄差し戻した。

最高裁判決のうち、明確性要件の論点を当事者は主張しておらず、この点に関する判示は、たとえ弁論主義に反しないとしても⁷³、唐突な判断である。確かに、最高裁判決以前にも明確性要件適合性の問題を指摘する学説は存在したが、その点はそれまで裁判例では取り立てて問題とされておらず、総じていえばPBPクレームの明確性要件適合性について議論の蓄積が十分であったとはいいがたい⁷⁴。また、⑤事件で最高裁が示した明確性要件適合性の規範は、③インクタンク事件のように柔軟性の高い総合考慮型の規範ではなく、その後の試行錯誤の余地を残さないものである。

さらに、最高裁判決により、既に登録されたPBPクレーム形式の特許は明確性要件違反の無効理由を突然に抱えることとなった。むろん、物の発明であるPBPクレームを物を生産する方法へと発明のカテゴリーを変更して訂正すれば、明確性要件違反は解消されようが⁷⁵、特許権者は、不可能・非実際的事情の立証又はカテゴリーを変更する訂正のいずれかを求められることとなり、追加的な負担を強いられる

⁷² 中吉徹郎「判解」『最高裁判所判例解説 民事編 平成19年度（下）』（法曹会、2010年）789-790頁。

⁷³ 佐竹勝一「判批」AIPPI60巻12号（2015年）1073頁。

⁷⁴ 中山一郎「判批」パテント69巻10号（2016年）9頁。

⁷⁵ 平成28年3月15日審決（訂正2016-390005号）。

こととなる。同時に、最高裁判決の射程をめぐって PBP クレーム該当性という新たな問題が浮上し、波紋が広がっている⁷⁶。

以上のとおり、議論が不十分な状況において最高裁が唐突に明確性要件を持ち出したことにより、相当の実務的混乱が生じたことは否定できないと思われる。その意味で、明確性要件に関する最高裁判決の判示こそ、時期尚早であったといわざるを得ない。

さらに、最高裁判例の判例変更は、小法廷ではなく、大法廷による必要があり(裁判所法 10 条 3 号)、そのハードルの高さから最高裁判決が見直される可能性は極めて小さい。したがって、裁判例の試行錯誤がなく、議論が未成熟な状態において、⑤事件の最高裁が示した明確性要件の解釈は、今後も試行錯誤を欠いたまま、また、議論が蓄積することもなく、事実上そのまま固定化するものと予想される。このように、最高裁判決が時期尚早であって、しかも柔軟性に欠ける規範を示した場合の弊害は、時期尚早な知財高裁大合議判決の弊害を上回るおそれがある。とするならば、知財高裁大合議判決が時期尚早であったとしても、最高裁の介入が適切であるとは限らないだろう。田村教授は、⑤事件における最高裁の介入は「相当に異例の措置」であり、「最後の手段」と考えるべきとするが⁷⁷、最高裁の介入が果たして時期尚早でないのかどうかについては、慎重に吟味される必要があると思われる⁷⁸。

(v) 知財高裁（大合議）自身による試行錯誤

以上のとおり、最高裁の積極的介入が懸念される一因は、判例変更のハードルの高さから、最高裁の規範が固定化し、試行錯誤や議論の余地を封じてしまうことにある。これに対して、大合議判決の変更については、最高裁判例の場合とは異なり、特段の(手続的)制約があるわけではない。とすれば、大合議判決が時期尚早であった場合には、知財高裁が自ら大合議判決を見直すことも考えられてよさそうである。

もっとも、前述したとおり、知財高裁の総意が反映されるはずの大合議判決には事実上相当の重みがあり、これまで大合議判決の規範が正面から変更されたことはない。また、判断統一により予測可能性を確保するとの大合議制度の趣旨に照らしても、頻繁に大合議判決が見直されることは想定しがたいし、また、望ましくもないであろう。しかしながら、大合議判決を実質的に(微)修正しようとする試みがないわけではない。

例えば、⑧ベバシズマブ事件においては、特許権の存続期間延長登録出願の拒絶理由が主たる争点であったが、知財高裁は、「念のため」、傍論として延長された特許権の効力の及ぶ範囲についても判断している。それによると、延長された特許権の効力は、承認された医薬品の「成分」、「効能、効果」及び「用法、用量」によって特定された特許発明の実施の範囲におよび、その範囲には均等物や実質的に同一と評価される物が含まれる。他方、承認された医薬品の「分量」は、延長された特許権の効力を制限

⁷⁶ 特許庁は、当初、PBP クレームの具体例として挙げていた「凹部を備えた孔に…ボルトを…挿入し、…ボルトの端部にナットを螺合してなる固定部を有する機器」とのクレームについて、関係各方面の意見を勘案した結果、当該クレームは PBP クレームに該当しないとの方針転換を余儀なくされた(特許庁「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの明確性に係る審査ハンドブックの関連箇所改訂の背景及び要点」(2016年3月30日))。また、田村・前掲注(26)1265-1267頁は、最高裁判決の射程を限定しようとする裁判例を紹介しつつ、最高裁が明確性要件を持ち出した趣旨が予測可能性の確保であるとする、最高裁判決の射程が不明確な「現在の状況はかなり皮肉な事態」とであると評する。

⁷⁷ 田村・前掲注(26)「法曹時報」1263-1264頁、1270頁。

⁷⁸ ただし、⑧ベバシズマブ事件のように、知財高裁大合議判決が特許庁の審査実務を否定したが、特許庁が上告したといった場合には、両者の対立を解消するために最高裁が介入することに意義が認められることにつき、田村・前掲注(26)「法曹時報」1262頁参照。

する要素ではないと解釈された。

これに対して、その後の⑩オキサリプラチン事件では、延長された特許権の効力の範囲が争われ、知財高裁は、承認された医薬品の「成分、分量、用法、用量、効能及び効果」によって特定された物及びこれと医薬品として実質同一なものに効力が及ぶと判示した。両事件を比較すると、「分量」が特許権の効力を制限する要素であるかについて、これを否定する⑧事件とこれを肯定する⑩事件とでは、「分量」の位置づけが変更されているように見える。⑩事件はその理由を述べていないが、⑩事件の原審（東京地判平成28年3月30日判時2317号121頁）は、⑧事件について、「分量」のみが異なっているが、「用法、用量」とあいまって、均等物ないし実質同一物として効力が及ぶことが通常であることを注意的に述べたものと理解するのが相当と述べており、⑧事件は「分量」が効力制限要素となることを否定する趣旨ではないと理解しているようである。⑩事件の大合議判決でも、「分量」は異なるが、「用法、用量」も併せてみると同一である場合は、実質同一に含まれるとの説示が見られることからすると、原審が述べるように、⑩事件は、実質的には⑧事件を大きく変更するものではないと考えているのかもしれない。とすれば、⑩事件は、⑧事件を微修正したに過ぎないこととなろう。同時に、実質的に同趣旨であるとの説明が可能と知財高裁が考える範囲で大合議判決が（微）修正された一例と理解することも許されよう⁷⁹。

また、②パラメータ特許事件の射程を知財高裁通常部の判決が制限しようとする試みも見られる。②事件において、大合議判決は、パラメータ発明がサポート要件（特許法36条6項1号）に適合するのは、発明の詳細の説明の具体例と技術常識から当業者が発明の課題を解決できると認識できる場合であると判示した。このように発明の詳細な説明の記載に着目してサポート要件適合性を判断すると、その判断は同じく発明の詳細な説明の記載に着目する実施可能要件（36条4項1号）適合性の判断に接近し、両要件は事実上重なることが多いと理解されることとなる⁸⁰。これに対して、知財高判平成22年1月28日判時2073号105頁（フリバンセリン事件）は、サポート要件と実施可能要件は区別すべきであると判示する一方、②事件はパラメータ発明という特異な形式でクレームが記載された事件であるとして、その射程を限定的に捉えている。フリバンセリン事件判決の当否は別として、同判決は、通常部の判決でもあり、正面から②事件の規範を見直すことは避け、その射程を限定的に解することにより②事件の規範の実質的な修正を試みたと見ることができよう⁸¹。

以上のとおり、既に知財高裁は、大合議判決の規範について自ら実質的に（微）修正することを試みているといっても差し支えないだろう。今のところ、そのような試みは、正面から大合議判決を大幅に見直すものではないとはいえ、大合議判決後においても知財高裁自身が試行錯誤する余地はなくはないことを示している。これをさらに一歩進めれば、先例である大合議判決を後の大合議判決が正面から見直すことも考えられる。そのような見直しが相対的に容易である点こそ、最高裁判決と大合議判決の相違ともいえる。もっとも、大合議判決の朝令暮改は、判断統一により予測可能性を確保するという大合議制度の目的を損なうおそれがある。その点には十分留意しつつも、必要であれば先例の大合議判決を見直すために大合議に付すとの選択肢も考慮されてよいと思われる。

⁷⁹ ⑧事件の5人合議体を構成した裁判官のうち、2人の裁判官は、⑩事件の5人合議体の構成員である（表-2参照）。

⁸⁰ 中山一郎「判批」速報判例解説8号（2011年）307頁。

⁸¹ フリバンセリン事件判決の3人合議体を構成した裁判官は、②パラメータ特許事件の5人合議体の構成員ではない。

6. 大合議制度の対象拡大の可能性

以上の議論では、大合議事件の選択が時期尚早であって、大合議事件が必要以上に多かつたのではないかという点について検討したが、これとは反対に、大合議事件が少ないのではないか、より積極的に大合議を活用すべきではないか⁸²、といった論点もある。

もっとも、この点については、制度的な制約が関係している可能性がある。

一つの要因は、前述のとおり、知財高裁には少数意見制度がない点である。現行法上、少数意見制度が存在するのは最高裁のみである（裁判所法 11 条、75 条 2 項）。そのため、少数意見の公表が許されていない知財高裁では、少数意見が出ないような問題が大合議事件で取り上げられやすいことは前述した。換言すれば、少数意見制度がない中で知財高裁内の意見が異なる場合に大合議で意見を集約しようとしても困難であるという意味において、少数意見制度の欠如が大合議制活用のハードルを高くしているおそれがある⁸³。そこで大合議を積極的に活用するため、あるいは利用者の視点や法理論の発展の視点からも、少数意見制度の導入が主張されている⁸⁴。しかしながら、最高裁においてのみ少数意見の公表が認められる趣旨について、最高裁裁判官は国民審査に付されることから（憲法 79 条 2 項）、国民にその資料を提供するために各裁判官の意見を公表するものと理解するならば⁸⁵、国民審査に付されるわけではない下級審の裁判官について少数意見の公表を認めることは容易ではないようにも思われる。

また、もう一つの制度面の制約としては、大合議事件の対象が特許権等に関する訴え（民事訴訟法 310 条の 2、6 条 1 項）に限定され、プログラムを除く著作権事件が含まれないという点が挙げられる。確かに、特許権等に関する訴えは、知財高裁の管轄に専属するから（民事訴訟法 6 条 3 項）、大合議により知財高裁のみで控訴審レベルの判断統一が可能であるが、知財高裁の専属管轄ではない著作権事件（プログラムを除く。民事訴訟法 6 条の 2）については、知財高裁のみで控訴審レベルの判断統一ができないため、大合議事件の対象外とすることには一理ある⁸⁶。とはいえ、判断統一といっても「事実上」のものに過ぎず、実際には著作権に関する控訴事件のほとんどが知財高裁において審理されている現状⁸⁷を踏まえれば、知財高裁のみでも事実上の判断統一は概ね実現可能ではないかと思われる。

また、現に判断が分かれた事例も生じている。一例として、テレビ番組の録画転送サービス業者の責任が問われたロクラクⅡ事件を挙げると、一審判決（東京地判平 20 年 5 月 28 日判時 2029 号 125 頁）が従来のアプローチに沿っていわゆるカラオケ法理に基づいて規範的に業者を侵害主体と認定したのに対して、知財高裁（知財高判平 21 年 1 月 27 日民集 65 卷 1 号 632 頁）は、これを斥けて、業者はユーザーの適法な複製を容易ならしめる環境等を提供しているに過ぎないとして侵害を否定した。この知

⁸² 中野ほか・前掲注（49）24 頁〔三村量一発言〕、26 頁〔篠原勝美発言〕、小松陽一郎「知財高裁大合議判決の成果」知財管理 63 卷 9 号（2013 年）1380 頁。

⁸³ 中野ほか・前掲注（49）27 頁〔篠原勝美発言、三村量一発言〕、篠原ほか・前掲注（52）72 頁〔小松陽一郎発言〕、73-74 頁〔篠原勝美発言〕、74 頁〔塚原朋一発言〕、特許庁＝発明推進協会アジア太平洋工業所有権センター・前掲注（19）48-49 頁。

⁸⁴ 片山・前掲注（45）24 頁、鈴木将文『『知的財産戦略』の評価と展望』法律のひろば 2007 年 7 月号（2007 年）46 頁、小泉ほか・前掲注（51）77 頁〔中山信弘発言〕、設楽ほか・前掲注（22）17 頁〔片山英二発言〕、17 頁〔林いづみ発言〕。

⁸⁵ 中野次雄編『判例とその読み方〔三訂版〕』（有斐閣、2009 年）104 頁。

⁸⁶ 三村・前掲注（16）10 頁。

⁸⁷ 裁判所 HP（<http://www.courts.go.jp/>〔最終アクセス日：2018 年 1 月 30 日〕）の知的財産判例 DB において、過去 5 年間（2013 年～2017 年）を対象に、高裁判決であることと著作権事件であることを指定して検索すると、全 83 中 80 件が知財高裁判決（残る 3 件は大阪高裁判決）である。

財高裁判決は、その是非はともかく、それまでの裁判例からすれば異質であったが⁸⁸、この事件は大合議に付されることなく、最高裁（最1小判平成23年1月20日民集65巻1号399頁）によって当該判決は破棄された。

これらの諸点に鑑みれば、プログラム以外の著作権に関する控訴事件についても大合議事件の対象とすることが検討されてもよいように思われる⁸⁹。なお、大合議事件の対象に関しては、意匠権及び商標権に関する審決取消訴訟にも拡大すべきであるとの見解もある⁹⁰。

7. 結論

(1) 検討結果のまとめ

以上の検討結果をまとめると、以下のとおりである。

知財高裁設立当初において懸念された専門裁判所の視野狭窄は、大合議の現状を見る限り、裁判官のローテーション人事により防止され、かかる懸念は杞憂であるといつて差し支えないと思われる。

大合議制度の目的とされた事実上の判断統一は、最高裁判所により破棄された知財高裁大合議判決が10件中1件であることからすれば、概ね実現されているように見える。しかしながら、(特に初期の)大合議判決は時期尚早であり、それによる判断統一は試行錯誤を封じ、法の発展を妨げかねないことが批判されている。確かに、大合議事件は、議論の蓄積が少ない事件が選択される傾向があるが、その背景には、少数意見制度がない中で、知財高裁内の意見対立が生じる前に大合議を開こうとする力学が働いた可能性がある。

他方、ビジネス上の観点から、大合議により早期にルールを明確化・統一化することへのニーズも存在するため、試行錯誤のメリットと早期の判断統一による予測可能性向上の要請の双方を考慮に入れて、大合議を運用する工夫が求められる。具体的には、大合議事件の選択に際して予測可能性についての実務的ニーズが高いと考えられる事件類型であるかを考慮することや、大合議事件の選択に関するアミカス・キュリエ (Amicus curiae) を導入することが考えられる。

また、大合議判決が時期尚早であったとしても、最高裁判所の介入が適切とは限らない。最高裁判所についても議論が未成熟のまま時期尚早の判断を行う可能性は否定できない上に、一旦そのような判断が示されると、判例変更のハードルが高い最高裁判決を見直すことは極めて困難となるからである。これに対して、知財高裁大合議判決の変更には特段の制約はないため、時期尚早的な知財高裁大合議判決を見直す必要がある場合には、知財高裁自身が自らの先例である大合議判決を見直すことも考えられる。

さらに、現在は大合議制度の対象外である著作権事件を大合議審理の対象とすることも検討に値しよう。

⁸⁸ 田村善之「著作権の間接侵害」同『ライヴ講義知的財産法』(弘文堂、2012年)456-459頁、宮脇正晴「判批」ジュリスト臨時増刊1398号(平成21年度重要判例解説)(2010年)308頁、佐藤豊「判批」知的財産法政策学研究26号(2010年)75頁、田中豊「判批」別冊ジュリスト198号(著作権判例百選〔第4版〕)(2009年)194頁等。

⁸⁹ 設楽ほか・前掲注(22)17頁〔伊原友巳発言〕、18頁〔林いづみ発言〕。

⁹⁰ 三村・前掲注(16)10頁、中野ほか・前掲注(49)27頁〔三村量一発言〕。

(2) 終わりに

知財高裁大合議は、既に十数年にわたり運用されてきた。この間に 10 件の大合議判決が言い渡され、個々の大合議判決に対しては、それぞれ様々な批評が加えられている。しかしながら、個々の事件を離れて、大合議制度の運用を全体としてどのように評価するか、また、それを踏まえてどのように大合議を運用していくべきなのか、という点についての議論は、個々の大合議判決の評釈に比べてそれほど多くはない。また、個々の事件を離れた制度論を議論するといっても、個別の事件に対する評価を完全に捨象することは困難であり、本稿の検討も個別事件の評価に引きずられている部分がある（仮に、⑤PBP クレーム事件の最高裁判決を肯定的に評価していたとすれば、本稿の結論も変化した可能性がある。）⁹¹。その意味で、この問題について議論するための方法論自体も一つの課題である。

そのような中であって、この問題に関する先行研究として本稿が多大な示唆を受けたのが、本稿でしばしば引用した田村善之教授の論考である。本稿の結論は、田村教授のものとは異なるところがあるが、田村教授は、その論考の最後に当該論考が「1つの契機となって、それこそ試行錯誤を可能とする多元的な議論が喚起される」⁹²ことを期待しておられる。本稿がそのような「試行錯誤」の一つとなることを切に願うものである。

⁹¹ この点に関連して、小塚荘一郎学習院大学教授の指摘に感謝する。

⁹² 田村・前掲注(26)「法曹時報」1270頁。

II. 知的財産分野における近時の最高裁判決の傾向について

立命館大学 宮脇 正晴 教授

1. はじめに

(1) 考察の背景

日本において、知的財産の専門裁判所である知財高裁（正確には東京高裁の支部であるが）は、高度な専門性を有しているが、終審ではなく、その判断は（上告された場合には）最高裁による見直しを受けうることとなる。もっとも、知的財産分野において（他の分野でも同様であろうが）、最高裁が高裁の示した規範や結論を覆すことは少なく、上告された事件のほとんどは、定型文による不受理・棄却に終わっている。

他方、定型文ではない最高裁判決について、筆者が2015年に発表した論文¹（以下、宮脇〔2015〕とする）において分析したところ、知財高裁と最高裁とでは後述のような判決の傾向の違いがみられた。しかしながら、これも後述するが、同論文公表後の最高裁の判決の傾向が異なってきたように思われる。また、知財高裁の大合議の運用と最高裁との分担の在り方について考察する業績²（以下、田村〔2017〕とする）も登場した。そこで本章においては、これらの状況の変化を踏まえて、田村〔2017〕において分析されている最高裁判決の規範の形式について、近時の最高裁判決の傾向が望ましいといえるのかについて考察することとしたい。より具体的には、次のとおりである。

(2) 本章の趣旨

宮脇〔2015〕においては、知財高裁が予見可能性を重視しており、それ故に予見可能性の高い規範を採用したり、条文の文言に忠実な解釈論を採用したりする傾向がある一方で、最高裁には具体的妥当性を重視する傾向があり、そのため総合考慮型の判断枠組みを好んでいるのではないかということ述べた³。同論文では「予見可能性の高い規範」と「総合考慮型の規範」とを対比したが、これらの規範を田村〔2017〕は「ルール」と「スタンダード」と、それぞれ呼んでいる⁴。

田村〔2017〕も依拠するKaplowの論文は、「ルール」と「スタンダード」を法規範の確定時期が事前か事後かで区別している⁵（なお、規範の内容が事前に全て確定していることや、規範の内容が事前に全

¹ 宮脇正晴「知財高裁と最高裁」市川正人ほか編『日本の最高裁判所 判決と人・制度の考察』185-198頁（日本評論社、2015年）。

² 田村善之「知財高裁大合議の運用と最高裁との関係に関する制度論的考察—漸進的な試行錯誤を可能とする規範定立のあり方—」法曹時報69巻5号1231-1271頁（2017年）。

³ 宮脇〔2015〕（宮脇・前掲注（1））190-194頁。ただし、個別の知的財産法に違反しないような、財産的情報の利用行為についての一般不法行為（民法709条）の成否や、パブリシティ権侵害の成否が問題となるケースにおいては、知財高裁のほうが総合考慮型の規範を採用し、最高裁が予見可能性の高い規範を採用するという傾向がみられた。最高裁は、従前から特別法としての知的財産法を尊重し、同法の規律する領域に民法の規律を及ぼすことについて一貫して慎重な姿勢をとっている。つまり、宮脇〔2015〕執筆時点までにおいて、最高裁には、一般不法行為法の範囲は限定的に解しつつ、個別の知的財産法の規律の「枠」のほうは柔軟に考えているという傾向がみられたということである。宮脇〔2015〕195-197頁参照。

⁴ 田村〔2017〕（田村・前掲注（2））1246-1247頁。同1248頁注52も参照。

⁵ Louis Kaplow. Rules versus Standards: An Economic Analysis. DUKE L. J. 1992, Vol.42, pages 557-629.

くわからないということは通常ないので、「ルール」か「スタンダード」かは程度問題である)。本章においては、田村 [2017] の用語法に倣い、予見可能性の高い(柔軟性の少ない)規範を「ルール」型の規範、総合考慮型の(柔軟性に富む)規範を「スタンダード」型の規範と呼ぶこととする。

以下では、最高裁が近年どのような規範の形式を採用してきたのかについて紹介したうえで、ルールとスタンダードのどちらの規範形式が一般的に望ましいといえるのかについて考察を行うものとする。

2. 最高裁判決の採用する規範の形式

(1) 総合考慮する最高裁

前述のとおり、宮脇 [2015] においては、最高裁がスタンダード型の規範を採用する傾向にあると述べた。以下では、その主張の根拠として挙げた判例を紹介する。

(i) インクカートリッジ事件(特許法)

本件は、原告(控訴人・被上告人)製のプリンター用の純正カートリッジを回収し、これに加工を加えインクを再充填したもの(いわゆるリサイクル品)を輸入販売する被告(被控訴人・上告人)の行為が、原告の特許権を侵害するか否かが争われたものである。本判決は、結論としては上告を棄却しているが、注目すべきはその理由付けである。

原判決である知財高裁の大合議部判決⁶は、特許権の消尽(いったん権利者によって市場に置かれた特許製品の再譲渡等に対して特許権の効力を否定する法理)が認められない場合として、①社会的効用を終えた製品を再使用又は再生利用する場合、又は②特許発明の本質的部分を構成する部材の加工等の場合、の2類型を示したうえで、本件における被告の行為が②の類型に該当するとして特許権侵害を肯定した。

これに対し最高裁⁷は、「特許権者等が我が国において譲渡した特許製品につき加工や部材の交換がされ、それにより当該特許製品と同一性を欠く特許製品が新たに製造されたものと認められるときは、特許権者は、その特許製品について、特許権を行使することが許されるというべきである。そして、上記にいう特許製品の新たな製造に当たるかどうかについては、当該特許製品の属性、特許発明の内容、加工及び部材の交換の態様のほか、取引の実情等も総合考慮して判断するのが相当」であると判示し、そのような総合考慮の結果として、本件は新たな特許製品が製造された場合に当たるとして、侵害を肯定している。

要するに、特許権の消尽原則の例外に当たる場合について、知財高裁大合議部が侵害に当たるケースを類型化して示したのに対し、最高裁は、多数の要素を総合考慮するというスタンダード型の規範を採用している。

(ii) まねきTV事件(著作権法)

このような、知財高裁判決の示した比較的予見可能性の高い判断枠組みが、最高裁によって総合考慮

⁶ 知財高判平成18年1月31日民集61巻8号3103頁。

⁷ 最1小判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁。

型の判断枠組みに変更されるという図式は、他の事件においても見られる。そのような事件として、まねき TV 事件が挙げられる。

この事件は、海外に居住する者が日本のテレビ番組を視聴することを可能にするサービスに関するものである。このサービスにおいて、テレビ番組の視聴に用いられる機器は、地上波アナログ放送を受信して放送をデジタルデータ化し、インターネットを通じて送信する機能を有する端末（これを「親機」とする）と親機から送られてきた番組のデータを受信して視聴するための端末（これを「子機」とする）とのセットである。利用者は、それぞれが購入した機器のうち、親機をサービス提供者たる被告（被控訴人・被上告人）の事務所に送付し、Y がこれを事務所内に設置して、テレビアンテナの接続やインターネットの接続等を行ったうえで管理している。放送事業者である原告（控訴人・上告人）らは、被告が原告らの有する著作権（公衆送信権）及び著作隣接権（送信可能化権）を侵害しているとして、放送番組の公衆送信の差止め等を求めた。

知財高裁⁸は、本件で各親機は、あらかじめ設定された単一の子機宛に送信するという1対1の送信を行う機能を有するにすぎず、「自動公衆送信装置」（著作権法2条1項9号の5）に該当せず、ゆえに被告の行為が送信可能化に該当しないとして、原告らの請求を棄却した。これに対し、上告審において最高裁⁹は、1対1の送信を行う機能しか有しない機器であっても、「当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たる」とし、更に、当該装置を用いた送信の主体を「当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者」と定義した上で、本件で親機による送信の主体は被告であり、被告から見て利用者は「公衆」といえるので、親機による送信は自動公衆送信に当たると結論している。この送信の主体についての判断に当たっては、親機の有する機能や被告が親機をアンテナに接続し、放送が継続的に入力されるよう設定したことや、親機を事務所に設置しこれを管理していること等の事情が考慮されている。

つまり、知財高裁が「1対1の送信を行う機能しか有しない機器による送信は自動公衆送信に当たらない」という規範に基づき被告の責任を否定したのに対し、最高裁は諸要素の総合考慮（スタンダード型の規範）によって親機による送信の主体を被告として、被告の責任を肯定している。

（iii）ロクラクⅡ事件（著作権法）

まねき TV 事件と同じような、海外に居住する利用者に放送番組を取得させるサービスが問題となった事件である、ロクラクⅡ事件においても、同じような図式がみられる。本件では、公衆送信権ではなく複製権侵害が問題になっており、被告（控訴人・被上告人）が、（利用者が親機を操作して行う）放送番組の複製の主体といえるか否かが争われた。

知財高裁¹⁰は、「本件サービスにおける録画行為の実施主体は、利用者自身が親機…を自己管理する場合と何ら異ならず、被告が提供する本件サービスは、利用者の自由な意思に基づいて行われる適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているにすぎない」として、被告の複製主体性を否定した。これに対し、最高裁¹¹は、「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断する

⁸ 知財高判平成20年12月15日判時2038号110頁。

⁹ 最3小判平成23年1月18日民集65巻1号121頁。

¹⁰ 知財高判平成21年1月27日民集65巻1号632頁。

¹¹ 最1小判平成23年1月20日民集65巻1号399頁。

のが相当である」とした上で、「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービス」において、サービス提供者が複製の主体をなりうることを示して、被告がこれにあたるかの審理を尽くさせるために本件を原審に差し戻している。

本件で、知財高裁は複製の主体についての判断枠組みを示したわけではないが、複製の主体について相当限定的に判断していることは明らかであり、同種のサービスにおいておよそサービス提供者が複製主体にならないことを示したものといえよう¹²。最高裁は、知財高裁のこのような態度を否定し、著作権法上の複製の主体について、スタンダード型の規範を採用している。

(2) 総合考慮しない最高裁

(i) 近時の全般的な傾向

宮脇 [2015] の発表後に出された最高裁判決で、定型文でないものは、下表のとおりである。

【表-1】

	最高裁判決	結果	原判決
①	最 2 小判平 29・7・10 民集 71 卷 6 号 861 頁 [シートカッター事件]	棄却	知財高判平 27・12・16 民集 71 卷 6 号 909 頁
②	最 2 小判平 29・3・24 民集 71 卷 3 号 359 頁 [マキサカルシトール事件]	棄却	知財高大判平 28・3・25 民集 71 卷 3 号 544 頁
③	最 3 小判平 29・2・28 民集 71 卷 2 号 221 頁 [エマックス事件]	一部破棄差 戻し	福岡高判平 27・6・17 民集 71 卷 2 号 285 頁
④	最 3 小判平 27・11・17 民集 69 卷 7 号 1912 頁 [アバスチン事件]	棄却	知財高大判平 26・5・30 民集 69 卷 7 号 1952 頁
⑤	最 2 小判平 27・6・5 民集 69 卷 4 号 904 頁 [PBP クレーム事件Ⅱ]	破棄差戻し	知財高判平 24・8・9 民集 69 卷 4 号 1029 頁
⑥	最 2 小判平 27・6・5 民集 69 卷 4 号 700 頁 [PBP クレーム]	破棄差戻し	知財高大判平 24・1・27 民集 69 卷 4 号 822 頁

これらのうち、①は、上告審固有の論点に関するもの¹³であり、②は特許権の均等侵害に関し、かつて最高裁¹⁴が打ち出した 5 要件（どちらかといえばルール型の規範）の一つについて原判決（知財高裁判決）がさらなる具体化を図ったものを最高裁がほぼ承認したといえるものである¹⁵。また、④は、医薬品にかかる特許権の存続期間の延長登録の可否が問題となった事件で、田村 [2017] によれば、この事件

¹² 宮脇正晴「判批」『平成 21 年度重要判例解説』ジュリスト 1398 号 310 頁(2010 年)。

¹³ 特許権者が、事実審の口頭弁論終結時までに訂正の再抗弁を主張しなかったにもかかわらず、その後には訂正審決等が確定したことを理由に上告審において事実審の判断を争うことが許されるか否かが論点となった。判決は、上記の場合においては、「訂正の再抗弁を主張しなかったことについてやむを得ないといえるだけの特段の事情がない限り、特許権の侵害に係る紛争の解決を不当に遅延させるものであり、特許法 104 条の 3 及び 104 条の 4 の各規定の趣旨に照らして許されないものというべきである」と判示した。

¹⁴ 最 3 小判平成 10 年 2 月 24 日民集 52 卷 1 号 113 頁 [ボルスプライン事件]。

¹⁵ 原判決の規範と最高裁の規範とでは微妙な差があるが、最高裁調査官の解説によれば、「両者の表現が述べる実質的なところに違いはない」とのことである。田中孝一「判解」Law & Technology76 号 76 頁(2017 年)。

の最高裁判決は、「原判決が提示した広汎なルールの一部をルールをもって確認する判決」¹⁶である。

これらの判決は、後述するものを含め、すべてルール型の規範を採用しているように思われる。以下では、上記判決のうち、特に問題が大きいと思われる2つの判決(上記⑥及び③の各判決)を紹介する。なお、⑤の判決は⑥の判決と同じ特許権の侵害の成否が問題となった別事件についてのものであり、⑥の判決と同じ規範を採用しているため、紹介を省略する。

(ii) PBP クレーム事件

プラバスタチンナトリウム事件(PBP クレーム事件)においては、PBP クレーム(プロダクト・バイ・プロセス・クレーム)の解釈が問題となった。PBP クレームとは、物の発明が製造方法により特定されているクレームのことであり、特許発明がPBP クレームの場合に、異なる方法で製造された同一物にも効力が及ぶか否か等について争いがあった。

知財高裁は、PBP クレームを真正 PBP クレーム(物の特定を直接的にその構造又は特性によることが出願時において不可能又は困難であるとの事情が存在するもの)と不真正 PBP クレーム(物の特定を構造や特性によってすることが困難な事情が存在しないもの)に分類し、特許権者が「物の特定を直接的にその構造又は特性によることが出願時において不可能又は困難であるとの事情」を証明しない限り、当該クレームを不真正 PBP クレームとして扱い、記載された製造方法によって製造された物にのみ特許権が及ぶ旨の規範を示した。そして、この事件で問題となったクレームについては、「物の特定を直接的にその構造又は特性によることが出願時において不可能又は困難であるとの事情」は存在しないため原告(控訴人・上告人)の発明は不真正 PBP クレームであるとして、本件発明と異なった方法で製造された被告(被控訴人・被上告人)の製品に原告特許権の効力は及ばないと結論した。

これに対し、最高裁は、PBP クレームであっても「その特許発明の技術的範囲は、当該製造方法により製造された物と構造、特性等が同一である物として確定されるものと解するのが相当」としたうえで、「出願時において当該物をその構造又は特性により直接特定することが不可能であるか、又はおよそ実質的でないという事情」が存在しない PBP クレームはそもそも明確性要件(特許法 36 条 6 項 2 号)違反により無効である旨判示し、原判決を破棄し、本件を原審に差戻した。

本件においては、知財高裁が示したルール型の規範を、最高裁が異なるルール型の規範で上書きしている点に特徴がある¹⁷。すなわち、知財高裁は不真正 PBP クレームも有効でありうる¹⁸ことを前提に、そのようなクレームについてはクレームに記載された方法に限定して解釈すべきとの立場であったが、最高裁はそのようなクレームが有効となる余地を否定している。

(iii) エマックス事件

エマックス事件は、商標法及び不正競争防止法の解釈が問題となった事件である。本件は、訴外米国法人の製造した電気瞬間湯沸器について、同米国法人と日本国内における独占的な販売代理店契約を締結し、「EemaX」商標¹⁹を使用して同湯沸器を販売する原告(被控訴人・被上告人)と、「EemaX」商標につ

¹⁶ 田村 [2017] (田村・前掲注 (2)) 1255 頁。

¹⁷ 田村 [2017] (田村・前掲注 (2)) 1257-1258 頁。

¹⁸ ただし、本件で知財高裁判決は、本件特許発明は無効審判において無効にされるべきものとして(進歩性欠如がその理由である)、無効の抗弁(特許法 104 条の 3 第 1 項)も認めている。

¹⁹ 問題となった商標は複数種類あるが、省略する。

き商標権を有して、上記米国人製「EemaX」湯沸器を独自に輸入販売する被告（控訴人・上告人）との間で争われたものである。

原告は被告の行為が不正競争防止法 2 条 1 項 1 号所定の不正競争に該当するなど主張して、その商標の使用の差止め及び損害賠償等を求めて本件訴訟を提起した。他方、被告は、原告の行為を被告の商標権を侵害するものと主張して反訴を提起した。その反訴において原告は、被告の登録商標は商標法 4 条 1 項 10 号に定める無効理由があり、その商標権の行使は許されないなどと主張して争った。

原審の福岡高裁は、原告の本訴請求を認容する一方、被告の反訴請求については、被告の商標権が商標法 4 条 1 項 10 号違反の無効理由を有することなどを理由に、商標権の行使を否定し、請求を棄却した。

上告審²⁰は、[1] 原告の使用する「EemaX」商標が不正競争防止法 2 条 1 項 1 号にいう「需要者に広く認識されている」商品等表示に該当するか（本訴請求に関するもの）、[2] 原告の使用する「EemaX」商標が商標法 4 条 1 項 10 号にいう他人の「需要者の間に広く認識されている商標」に該当するか（反訴請求に関するもの。[3] 及び [4] も同じ）、[3] 除斥期間の経過により無効審判請求ができなくなった²¹無効理由に基づく無効の抗弁（商標法 39 条の準用する特許法 104 条の 3 第 1 項）が認められるか、及び [4] 権利濫用の抗弁が認められるか、の 4 つの論点について判断を示し、結論として原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

上記の 4 つの論点のうち、[1] 及び [2] については、（重要な論点であるにもかかわらず）最高裁は特に規範を示すことなく、原告の商標が「需要者に広く認識されている」ものとはいえないと結論している。また、[3] については、除斥期間の経過により無効審判請求ができなくなった無効理由（当該商標登録が不正競争の目的で受けたものである場合を除く）に基づく無効の抗弁は認められないとの規範を示している。そして、[4] については、「商標法 4 条 1 項 10 号該当を理由とする商標登録の無効審判が請求されないまま商標権の設定登録の日から 5 年を経過した後であっても、当該商標登録が不正競争の目的で受けたものであるか否かにかかわらず、商標権侵害訴訟の相手方は、その登録商標が自己の業務に係る商品等を表示するものとして当該商標登録の出願時において需要者の間に広く認識されている商標又はこれに類似する商標であるために同号に該当することを理由として、自己に対する商標権の行使が権利の濫用に当たることを抗弁として主張することが許される」との規範を示している。

この [3] についての規範は従来の学説の多数説を採用したものと見えるが²²、[4] についての規範は従来の学説・裁判例において議論されていなかった、全く新しいものである（なお、原審判決においても述べられていない）²³。

²⁰ 最 3 小判平成 29 年 2 月 28 日民集 71 卷 2 号 221 頁。

²¹ 無効審判に関して、商標法は、一部の無効理由を除いては、無効審判請求できる期間を商標登録から 5 年に限っている（商標法 47 条。ただし、4 条 1 項 10 号等を理由とする無効審判請求については、不正競争の目的で商標登録を受けた場合にはこの除斥期間の適用はない）。

²² 鈴木将文「本判決判批」Law & Technology 77 号 64 頁(2017 年)など参照。

²³ 鈴木・前掲注 22・65 頁参照。

3. 考察

(1) ルールかスタンダードか

近時の最高裁判決の傾向は上記のとおりである。以下では、最高裁がルール型の規範を採用することについて、一般的にどのような評価をすべきかについて考察を試みる。

(i) ルール型の規範の利点

田村 [2017] は、知財高裁の大合議について、同時期に知財高裁の判断が部によって分かれていたような論点については開催されず、知財高裁に先例のない場合に開催されてきたことを指摘し、そのような「時期尚早」な知財高裁のルール型の規範を最高裁がスタンダード型の規範で上書きしたり、より狭いルール型の規範で上書きすることについて、「漸進的な試行錯誤」²⁴の余地を残すという観点から肯定的に評価している。他方で、PBP クレーム事件の最高裁判決のように、ルールの全面的書き換えについては「異例」、「最後の手段」と評している。

Kaplow のルール／スタンダード論の本質は、法規範の内容を明らかにするコスト（法解釈のコストを含む）を誰が負うべきか、という点の考察にあるように思われる。一般的に、法律の条文の文言がスタンダード型である場合、その条文の適用を受ける利害関係者と司法・行政（特許庁）の法解釈のコストは、（条文がルール型である場合と比して）大きくなる。したがって、例えば法が適用・執行される頻度が高い問題であれば、立法段階でコストをかけてルール型の条文を作成することが、スタンダード型の条文として利害関係者と司法・行政段階での法解釈コストを増大させるより望ましいこととなる²⁵。

最高裁判例の規範についても、基本的には同様のことが当てはまる。すなわち、最高裁判例により規範が示されると、それは事実上法律と同様の効果を持つため、規範がルール型である場合には、利害関係者や司法・行政の法解釈コストを削減することとなろう。もっとも、判例は法律よりも知るコストが高いため、利害関係者が判例を知ろうとしない場合には上記のような効果は望めない。しかし、知的財産法、とりわけ産業分野の知的財産法の適用を受ける者の大半は事業者であり、その者たちは判例を知るコストを負担するであろうから、判例がルール型であることのメリットを享受できるように思われる²⁶。また、特に産業の世界では素早く意思決定できることそれ自体の価値は高いと思われるが、ルール型の判例はこのことにも貢献するであろう。

以上から、少なくとも、産業財産の分野で、ルール型の規範を志向することには合理性があるといえ、知財高裁や近時の最高裁は、ルール型の法規範を示すことによって、将来の同種の紛争の早期解決（利害関係者の解釈コストの削減）を図ろうとしているものと評価できる。

²⁴ 田村 [2017] (田村・前掲注 (2)) 1258 頁は、「イノベーションに適度なインセンティブを与え、産業の発展を期するという目的の実現のために、特許制度を始めとする技術系の知的財産制度をいかに運用すべきかという問題に対して一義的な正解を得ることが困難であるとすれば、漸進的な試行錯誤 (=muddling through) を繰り返し、少しでも正解らしきものに近づいていくよう努めることに優る方途はないように思われる」〔脚注記号略〕と述べる。

²⁵ Kaplow, *supra* note 5, at 573.

²⁶ 著作権法の場合、産業財産法とは区別が必要かもしれない。法の適用を受けるのが一般人である場合、本文で述べたように判例を知るコストをかけないおそれがあるからである。他方で、判例の影響を受けるのが事業者である場合には、産業財産法と同様に、ルール型の判例の効果はあるようにも思われる。

(ii) ルール型の規範の問題点

他方で、ルール型の規範に問題がないわけではない。ルール型の規範に上記の効果があることは確かであるが、そのことから確実に言えるのは、法規制により最終的に達成される（望ましい）社会的な状態がスタンダード型の規範を採用する場合と変わらないのであれば、産業財産法分野においてはルール型の規範のほうが望ましい、ということのみである。つまり、ルール型の規範によって解釈コストが削減されたとしても、そのような規範の運用によって達成される規律の範囲が望ましい規律範囲（いわば「正解」）とは異なるものであった場合、そのような「不正解」に起因する（すなわち、違法にすることが望ましい行為を違法にできなかつたり、逆に適法にすることが望ましい行為を適法にできなかつたりすることによる）コストが発生することになる。

田村 [2017] の指摘するとおり、ルール型の規範は「正解」に到達するための試行錯誤を制約してしまうという問題²⁷がある。スタンダード型の規範のほうが試行錯誤には向いているであろうが、そのような試行錯誤は利害関係人や裁判所の解釈・運用コストを増大させる。つまり、ルール型の規範による便益（コスト削減効果）と、試行錯誤が制約されることのコスト（スタンダード型の規範によるコスト増大効果と試行錯誤で「正解」に近づくことにより得られる便益）を比較する必要があることが分かる。

(iii) (知財) 高裁と最高裁の望ましい役割分担

上述のとおり、ルール型の規範にはデメリットがあり、特に最高裁判決が時期尚早なルール型の規範を定立した場合には、より問題は大きくなる。このような観点からは、従来の裁判例や学説においてほとんど議論されていないルール型の規範を採用した、PBP クレーム事件最高裁判決と、エマックス事件最高裁判決には疑問がある。

他方で、試行錯誤にもコストがかかり、そもそも「正解」によってもたらされる便益も不明なのであるから、(知財) 高裁の定立したルール型の規範が「不正解」であることが明らかでなければ、ルール型の規範によるメリットを重視して、そのような規範を否定しないという態度をとることに合理性があるように思われる。ここでいう「『不正解』であることが明らか」な場合とは、高裁判決以降の学説の蓄積によって当該規範の不適切性が明らかになった場合や、当該規範を問題の事案に適用すると具体的妥当性を欠く帰結がもたらされる場合が挙げられよう。そのような場合には、スタンダード型の規範をもって高裁判決を修正すべきであろう。

また、「規範を否定しない」とは、上告不受理や定型文による上告棄却によって、(最高裁として当該規範を積極的に承認する) 今後の学説・裁判例の蓄積を待つことを指している。もちろん、当該規範の全部ないし一部が十分に学説・裁判例の蓄積を踏まえたうえで出されたものであれば、最高裁としてもその全部ないし一部について積極的に承認すべきであろう。

以上のような最高裁の態度を前提とするのであれば、高裁、とりわけ知財高裁は、積極的にルール型の規範を定立し、利害関係者の解釈コストの削減を図るのがよいように思われる。

²⁷ 田村 [2017] (田村・前掲注 (2)) 1259 頁。

第3節 知識産権専門法院の在り方

I. 中国における知識産権法院建設の理論と実践

中南財経政法大学 知識産権研究センター 呉 漢東 教授

中国における知識産権法院の建設は、司法体制改革の先導的な役割を果たすだけでなく、知的財産保護の主導的な役割を果たしている。司法現代化のニーズに応じて、裁判機構の分業化、裁判人員の専任化及び裁判業務の専門化を目標とすべきである。これは「北京、上海、広州」知識産権法院といったパイロット拠点の先行経験であり、中国知識産権法院建設の今後の発展方向でもある。

1. 知識産権法院の基本属性と国際情勢

知的財産法治の一体化の形成及び発展は、時代の新しい傾向であり、国際的に立法の一般的な趨勢でもある。我々は、下記2点の認識が得られると考えられる。第一に、知的財産制度の一体化の本質は、知的財産保護の国際化である。国際化又は統一化は、知的財産法の基本原則及び主なルールの全世界での普遍性を示しており、世界貿易機構の体系下での知的財産分野において、国際法が国内法に優位し、各国の国内法と国内法は同等であり、国内法が国際法に従うことを意味する。その実質的な意義は、知的財産の保護範囲、保護方法、保護レベル等が世界各国の立法において示している一体化、統一化という基本特徴にある¹。また、知的財産制度の一体化の目標は、知的財産法治の現代化である。法治の「現代化の基準は、縦断的に我が国の歴史の発展方向を考慮する必要もあれば、横断的に世界趨勢の全体流れを考慮する必要もある。」²。

専門法院は、特別法院とも呼ばれ、ある種の案件を管轄する権限が与えられると法律に明確に規定されている法院、つまり、管轄範囲が1種又は複数種の案件に限られている法院である³。法治現代化は、基本的に司法専門化と一体化に向けられ、知的財産法治体系においては、すなわち専門法院の設置である。司法現代化の機構設置及び訴訟管轄は、二つの側面により展開される。一つは司法専門化である。司法専門化とは、元来一般法院に管轄されている業務を抜き出し、特定の法院の管轄範囲に委ねるか、又は新しい法律案件を一般法院以外の法院の管轄範囲にすることを指す。専門化された管轄は、司法現代化のために実行可能で便利な方法であり、特定の司法体系に対する現代化改革における重要な措置でもあり、これにより専門裁判の効率及び品質を向上させ、さらに法律適用の統一及び公正を促進させることができる。国際的に見て、大陸法系の国であれ、英米法系の国であれ、いずれも正式な多様化された専門法院が設置されており、よりよく見られるものとして、行政法院、商業法院、そして労働法院、保険法院、家庭法院等がある。もう一つは司法一体化である。司法一体化とは、専門法院が独立して設置され複合法院に付属しない司法機関であることを意味するだけでなく、訴訟管轄において統一性を有すること、つまり上訴案件が同じ類型の法院により受理されることを意味する。専門法院の管轄権について、終審裁判ができる専門法院と終審裁判ができない専門法院に分けられるが、上訴案件が同じ類型の専門法院により受理されるのは正式な専門法院と呼ばれる。専門法院の中で、独立した司法機関であ

¹ 呉漢東「国際化、現代化と法典化：中国知的財産制度の発展経路」法商研究2004年3期。

² 陳光中「国が治める現代化標準問題に関する私見」法制と社会発展2014年5期。

³ 沈達明『比較民事訴訟法初論』（北京、中信出版社、1991年）118頁。

り、且つ終審裁判ができる法院、つまり上訴案件が同じ種類の法院により受理される法院は、正式的な専門法院と呼ばれる。例えば、大陸法系の国の行政法院は、一審行政案件を受理するのみならず、一審案件に対する上訴及び申立ても受理する。一方、イギリスの法院体系では、行政法院は終審裁判ができない法院であり、上訴案件の管轄権は全てイギリス上訴法院により管理される⁴。このように独立して設置されているが、終審裁判ができない専門法院は、非正式的な専門法院と呼ばれる。これに対して、独立した司法機関であり、且つ終審裁判のできる専門法院であれば、正式的な専門法院であると言える。例えば、フランスの行政法院、ドイツの税務法院及び保険法院等が挙げられる。総じて言えば、専門法院は、行政、商事等現代の訴訟において専門性、統一性等様々なメリットを有するため、法律伝統の異なる現代法治国家に採用されており、各国で専門法院と一般法院とが有機的に結合された法院体系が構築されている。

知識産権法院は専門法院である。1960年代以降、一部の国や地域では、知的財産司法の専門化及び一体化を図るために、知識産権法院の設立を検討し始めた。統計によると、世界では約90の国や地域が、知的財産案件に対して一審又は上訴審を含む特定の形式による専門的な裁判を行っている。世界的に認められた最初の知識産権法院は、ドイツで1961年に設立された連邦特許裁判所である。その後、イギリスでは1977年に特許裁判所、アメリカでは1982年に連邦巡回区控訴裁判所を設立した。そして、タイでは1997年に、日本では2005年に、中国台湾では2008年に、ロシアでは2013年にそれぞれ知識産権法院を設置した。また、韓国、マレーシア、ポルトガル、スイス、トルコ、チリ、ブラジル等も相次いで自国の知識産権法院を設置した。上記知識産権法院の設置方法はそれぞれ異なっているが、三種類に大別される。一つ目は単に行政権利の確認を行うための専門法院（例えば、ドイツ、韓国）であり、二つ目は行政、民事の「二合一」専門法院（例えば、アメリカ、日本、ロシア）であり、三つ目は行政、民事、刑事「三合一」専門法院（例えば、タイ及び中国台湾）である。このように、専門法院の設置は、現代知的財産司法の国際的な趨勢であると言える。

案件の管轄から見ると、知識産権法院に管轄される案件は二種類あり、一つ目は知的財産の権利確認案件である。例えば、ドイツ連邦特許裁判所内では上訴廷及び無効審理廷が設置されており、受理する案件は、特許庁による特許、商標等工業所有権に関する登録査定に対して不服とする上訴案件、ドイツ特許及びドイツ国内におけるヨーロッパ特許権に対する無効審判請求案件、特許庁による特許強制ライセンスの決定に対して不服とする案件が挙げられる。二つ目は知的財産民事案件である。例えば、日本の知的財産高等裁判所は、特許に係る取消訴訟案件（抗告訴訟及び当事者訴訟を含む）のほか、全国の特許権、実用新案権、集積回路の回路配置利用権及びプログラムの著作物についての著作者の権利に関する案件に対して専属管轄権を持つ。

知識産権上訴法院建設の国際的な経験からすれば、知識産権法院裁判体系を下記のとおりまとめることができる（図表-1のとおり）。

⁴ 劉国有「専門法院が現れた原因及びそれによる法律現代化の意義について」天津市政法管理幹部学報2004年2期。

【図表-1】

国	一審法院（機構）	二審法院（機構）
イギリス	特許裁判所、知的財産企業裁判所（一審）	控訴裁判所（二審）
アメリカ	特許商標局審判部、連邦地方裁判所（一審）	連邦巡回区控訴裁判所（二審）
ドイツ	特許商標庁、品種局（一審）	連邦特許裁判所（二審）
日本	地方裁判所、特許庁（一審）	知的財産高等裁判所（二審）
韓国	特許庁（一審）	特許法院（二審）
ロシア	知的財産裁判所（一審）	知的財産裁判所（二審）
EU	統一特許裁判所、中央法廷、地方法廷、地域法廷（一審）	統一特許控訴裁判所（二審）
中国台湾	民事：智慧財産法院 刑事：各地方法院 行政：智慧財産法院（一審）	民刑：智慧財産法院（三審） 行政：智慧財産法院（二審終審）

上記の表から分かるように、各国の知識産権法院の裁判体系には、三つのパターンが含まれる。一つ目は、専門法院により一審を担当し、一般法院により二審を担当するパターンである。例えば、スイスでは、全国範囲内の特許案件に対する一審を担当するために連邦特許裁判所が特別に設置されており、連邦特許裁判所に対する上訴案件は最高裁判所により取り扱われる。二つ目は、専門法院により一審を担当し、専門法院により二審を担当するパターンである。例えば、欧州各国は「欧州統一特許裁判所協定」に署名し、一審裁判所及び控訴裁判所を含む専門的な司法体系を設立した。ドイツでは、一審は特許商標庁、品種局で行われ、二審は連邦特許裁判所で行われる。三つ目は、一般の法院により一審を担当し、専門法院により二審を担当するパターンである。例えば、アメリカでは一審は連邦地方裁判所で行われ、二審は連邦巡回区控訴裁判所で行われる。日本では、一審は地方裁判所で行われ、二審は知的財産高等裁判所で行われる。なお、国際的な知識産権上訴法院の設置は、下記二つの特徴を有すると考えられる。一つ目は、案件を類別ごとに管轄すること。つまり、知的財産案件を技術系案件と一般の民事案件に分け、上訴法院は前者に対して専属管轄権を有し、集中的に審理する。二つ目は、司法機関の独立性を維持すること。「専門法院による一審→専門法院による二審」という専門法院の体系であれ、「一般の法院による一審→専門法院による二審」という上訴法院の体系であれ、いずれも知識産権法院に技術系案件の終審権を付与している。世界各国の知的財産司法体系の多くは、專利等技術系案件に重点を置いており、且つ審級についても、上訴審に重点を置いている⁵。

2. 中国知識産権法院のパイロット拠点と基本的な経験

専門法院は、法院体系を構成するための重要な一部である。中国では、専門法院であれば、全て管理の集中化及び司法の専門化を実行しており、その管轄範囲は通常全国に及ぶか又は地域を跨ぐものである。専門法院の設立は、憲法の性質を持つ法律文書に定められる権限に由来するものであり、その法律

⁵ 劉銀良「我が国の知識産権法院設置問題への論証」知識産権 2015年3期。

根拠として二点が挙げられる。一点目は、例示主義の立法規則である。人民法院組織法2条には、軍事法院、海事法院等は中国の専門法院であると規定している。二点目は、専門立法による委任規則である。人民法院組織法29条によれば、専門法院の組織及び職権は全国人民代表大会常務委員会により別途規定される。このことから、中国の専門法院は軍事法院、海事法院を含むが、これらに限定されるものではないことが分かる。これにより、知識産権法院の設立に制度上の余地を予め与えている。上記専門法院は、国の経済及び社会環境の発展・変化に伴い、撤去されたもの（例えば、鉄道運輸高級法院）もあれば、未だに残されているもの（例えば、海事法院及び軍事法院）もある。いずれにせよ、これら専門法院の設立及び運営は、現在の知的財産司法体制改革に貴重な経験を提供している。

2014年に、第12期全国人民代表大会常務委員会第10回会議で、『北京、上海、広州における知識産権法院設立に関する決定』が可決され、知識産権専門法院の設立及びその職権行使について規定された。全国人民代表大会常務委員会による立法による委任及び最高人民法院による詳細な計画を通して、北京、上海、広州は2014年に相次いで知識産権法院を正式的に設立した。「北京、上海、広州」知識産権法院はパイロット拠点として、中国知的財産裁判体系の健全な建設及び知識産権司法保護による主導的役割の発揮において重要な意義を持っている。最高人民法院院長である周強氏は、全国人民代表大会常務委員会第29回会議での報告において、「知識産権法院による重要な役割は徐々に現れており、裁判機構の専門化、裁判人員の専任化及び裁判業務の専門化を推進することで、裁判基準の統一、裁判効率の向上、全国法院の知的財産裁判のレベルの向上に先駆者としての模範的な役割を發揮している。」と明言している⁶。

（1）裁判機構の分業化

知識産権法院は専属管轄権を有する。専属管轄とは、法律により、ある特殊な類型の案件は特定の法院により管轄され、他の人民法院は管轄権を有さず、当事者は協議により変更することができず、人民法院も管轄法院を変更する裁定を下すことができないと規定されている管轄を指す。つまり、専属管轄は、優先的、排他的及び強制的な管轄である。これは、一方で、訴訟当事者が協議により他の法院の管轄を選択することを禁止しており、他方で、いかなる外国の法院による訴訟の管轄権をも排除している。法律により、専属管轄を適用すべきと明示的に規定されている訴訟は、全て専属管轄が適用され、地域管轄を適用してはならない。知識産権法院に特殊案件に対する専属管轄の権限を付与したことは、専門化の司法資源を統合し、専門的な司法レベルを向上し、知識産権保護の司法標準を統一するためである。

知識産権法院は、専利、商標行政無効審判案件（北京知識産権法院による管轄）、及び専利、植物新品種、技術秘密、集積回路配置設計等の技術系民事案件（「北京、上海、広州」の3法院による管轄）を集中的に審理する。上記案件は、専属管轄の対象となるが、他の案件は依然として一般の法院による管轄となる。つまり、知識産権案件について、専属管轄を中心として、専属管轄と一般管轄を並行する体制を採用している。審級の基準によれば、「北京、上海、広州」知識産権法院は、専利、植物新品種、技術秘密、集積回路配置設計等の技術系民事案件を審理する一審法院であるとともに、著作権、商標権、反不正競争等一般の民事案件を審理する上訴法院であり、中級法院に該当する⁷。立法の規定によれば、

⁶ 周強「最高人民法院による知識産権法院の業務状況に関する報告」、<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-58142.html> [最終アクセス日：2017年11月20日]に掲載。

⁷ 宋曉明「知識産権法院の中国探索」世界法学家協会、最高人民法院共同主催の「知識産権保護の国際視野」シンポジウム

3つの知識産権法院は一审案件と上訴案件を同時に審理する。知識産権法院による一審判決、裁定に関わる上訴案件は、それぞれ所在地の省、直轄市高級法院の知識産権庭により審理される。「基層法院知識産権庭—知識産権法院—高級法院知識産権庭」という枠組みの中で、知的財産民事案件と行政案件の管轄の統一を実現したと言える。

知識産権法院は、裁判の専門化、法律適用基準の統一化の検討において顕著な成果を成し遂げている。2017年6月までに、3つの法院は合計で46,071件の案件を受理し、33,135件の案件を結審した。その中、専利、植物新品種、集積回路配置設計、技術秘密、コンピュータソフトウェア等の技術専門性の高い一审知的財産民事案件及び行政案件の受理件数は12,935件、結審件数は8,247件であり、それぞれ総受理件数及び総結審件数の28%及び25%を占めている。結審した行政案件は11,113件であり、行政名宛人の合法的な権益を保証し、知的財産の行政による法の執行行為を規範化した。結審した21,620件の民事案件のうち、著作権案件は56%を占め、11,664件である。例えば、愛奇艺公司与幻電公司との著作物の情報ネットワーク伝達権侵害紛争事件等が挙げられ、ネットワーク上の著作権保護を強化し、知的財産の司法保護による文化創造産業への促進作用を十分に発揮した。また、専利案件は34%を占め、7,041件である。例えば、4G通信技術等ハイテク案件、晨光公司与得力公司との意匠権侵害紛争事件等が挙げられ、核心的な専利技術の成果、及び外観設計専利〔意匠〕への保護を強化した。結審した商標案件は7%を占め、1,462件である。例えば、「老乾媽」、「LV」等、国内外の商標に対する馳名商標〔日本の制度における著名商標に相当〕の保護案件等が挙げられ、中国の老字号〔老舗の屋号〕、馳名商標の使用と保護を規範化し、国家と企業のブランド戦略の実施を促進した。結審した不正競争及び独占案件は3%を占め、564件である。躍宇公司与鬪魚公司との不正競争紛争案件等重大な案件の審理により、公平で秩序ある市場競争環境を作り出すことに積極的に取り組んだ。

（2）裁判人員の専任化

裁判機構の分業化のためには、専任の裁判人員が必要不可欠である。知的財産の専門裁判機構の設置に伴い、専門職として高い能力を有する知的財産裁判人員を配置することが更に必要になる。この観点から、司法体制改革を深め、ふさわしい人材を選ぶことが肝心である。法官の定員制改革をきっかけに、知識産権法官の人数及び職務の観点から知識産権裁判人員の専任化を更に強化することは、現時点における知的財産の裁判体系改革の重要な課題である。「北京、上海、広州」知識産権法院は、裁判人員の専任化の強化について数多くの有益な経験を提供できる。

第一に、知識産権裁判人員の専門素養を高める。司法人材の専門素養を高めるために、中国は2001年から統一的な司法試験制度を導入し、法官が裁判活動に従事するためには国から許認可を得ることが義務付けられている。2015年から、司法体制改革の加速化に伴い、裁判人員の専門素養を高め、「審理する者が裁判を行い、裁判した者が責任を負う」という原則を貫く司法を実現するために、法官の定員制が全国範囲内で相次いで施行された。最高人民法院による「知識産権法院の法官選任業務の指導意見（試行）」⁴の規定によれば、知識産権法院の専任法官は更に、専門的な裁判業務に相応しい高い法律意識、知識レベル及び司法スキルを具備しなければならない。北京、上海、広州知識産権法院は、法官の選抜に際して、単に元の中級人民法院に所属する知識産権庭の人員を簡単にまとめたのではなく、所在地の

ム、国際シンポジウム発表資料、2014年11月に掲載。刊行されていない。

省（直轄市）全域で公開選抜を行い、且つ比較的に高い選抜条件を設定していた。

第二に、知的財産の裁判人員の専門的な経験を重視する。知的財産案件の技術上の複雑性は、裁判人員の就任に当たっての条件の特殊性を決定している。知識産権法官は、一種の経験型の職種として、求められる専門資格、専門素養、専門スキル等は、往々にして適当な専門的な経歴の中でなければ凝縮・錬成されることができない。したがって、知識産権法官の選任に際して、専門資格及び素養のほか、専門的な裁判経験も考察し、法官の階級を最適化する効果を達成すべきである。知的財産の裁判人員に専門的な経験を求めることは、法官資格と専門スキルへの選抜のみならず、法院内部の職権配分、裁判人員の責任意識などにも影響を及ぼすものである。全面的に司法改革を推進する中、「審理する者に裁判させ、裁判した者が責任を負う」という要求に基づいて、中国の司法改革は法官の定員制と司法責任制を実施することにより、知識産権法院の裁判権の運用メカニズムや、裁判管理権及び裁判監督権が更に規範化され、法官による主導、人員の分類、権責の明晰化、協力推進という新たな裁判モデルを形成させた。法官の定員制と司法責任制により、知的財産の裁判人員の専門的な経験及び責任意識を更に強化し、裁判委員会の職責を転換し、裁判委員会と合議廷、法官、司法補助人員との権力の境界線を明確にすることができる。

第三に、知的財産の裁判人員の専門レベルを高める。知識産権法官チームの構築は、職業化、専門化、精鋭化の条件を満たさなければならない。知的財産紛争案件は、往々にして、知識面が多面的であり、技術性が高いため、その複雑性、困難性は一般の民事案件とは異なる。専任の法官に対してより高い専門性を求めることも可能であるが、法官が全ての技術分野を熟知することを期待することは非現実的である。したがって、定員制に基づき、裁判人員に対して多元的な育成訓練を行い、科学的な裁判組織を構築し、体系的な裁判メカニズムを完備していく必要がある。具体的には、技術系の背景を持つ法官を育成し、法官助手、書記員、技術調査官が協力し合う裁判補助の体系を形成し、専門家証人制度を確立し、技術諮問専門家バンクや法律諮問専門家バンク等の知識的な支えとなるシステムを整備することが挙げられる。総じて言えば、知的財産の裁判人員の専門レベルの向上は、選任された法官を中心として、優れた、全面的な裁判運用の体系を構築する必要がある。

（3）裁判業務の専門化

一般的民事又は行政案件に比べ、知的財産案件の特徴は、通常、比較的に高い専門的な技術性を有することである。知識産権法院の建設において、北京は司法案例指導制度を創立し、上海は「四位一体」の技術事実の調査認定体系を構築し、広州は技術調査官による司法補助メカニズムを整備するなど、すべて裁判業務の専門化を図る上で有益な経験となっている。知識産権専門法院の設立は、知的財産の裁判業務の専門化機能を十分に発揮するためである。その中で、専門家証人制度、技術調査官制度及び司法案例指導制度は、知的財産の裁判業務の専門化への有力なサポートとして、専門的な技術背景の側面から法官の関連分野の知識を補うことができるだけでなく、司法権の有効な運用及び裁判基準の統一に案例指導上の有益な参考を提供することができる。

第一に、専門家証人制度についてである。2008年に公表且つ施行された「国家知識産権戦略綱要」では、「知的財産案件の専門性が高い等の特徴に対して、司法鑑定、専門家証人、技術調査等の訴訟制度を

確立、整備する。」と明確に提唱された⁸。2009年12月23日の最高人民法院による「インターネットユーザーからの31の意見・提言に対する回答状況」では、中国の法院において既に専門家証人制度を運用していることを認め、且つ専門家証人制度の司法裁判における積極的な役割を肯定した⁹。知識産権案件の多くは、先端的な科学技術に関わり、専門性が極めて高いため、当事者は（原告も被告も）関係知識が不足し、立証が困難である場合が多い。このような状況に鑑みて、専門家証人制度を導入し、商標、専利、著作権等に関わる専門家を選任し、案件の調査及び訴訟活動に参加させることは、中国の知的財産の司法裁判の実践にとって現実的なニーズである。専門家証人制度では、専門家証人が鑑定人とは異なる証人の地位を有すると明記し、当事者が自ら専門家証人を招くことと、法院が職権により専門家証人を召喚すること、という2つのアプローチを認めている。専門家証人制度は、専門家証人が専門家意見を提出し、証人として出廷し、原被告側双方から質問を受け、法官に専門的問題を紹介する等の責任を有することを明確に規定すべきであり、且つ証拠の科学性及び権威性を確保するために、法廷により専門家証人の証言の採用可否を決める証拠規則を確立すべきである¹⁰。なお、以下についても注意を要する。すなわち、専門家証人制度は、英米法系における当事者主義の訴訟モデルで形成された司法メカニズムであり、中国のような大陸法系の職権主義の訴訟モデルにおいて適応できない可能性があることや、多くの場合において、専門家証人を当事者が選任することを鑑み、その専門家意見は当事者の訴訟請求に基づくことが当然であり、専門家証人による証言の中立性が欠如することである¹¹。この問題について、知識産権法院が司法実践において、制度を更に完備化し、規則の是正及び経路の補足を進めることが期待される。

第二に、技術調査官制度についてである。中国共産党中央による「司法体制改革試点の若干問題に関する枠組みの意見」には、北京、上海、広州知識産権法院で、技術案件の審理をめぐり、中国の状況に適した中国の特色のある技術調査官制度の導入を盛り込んだ。また、最高人民法院が2014年12月31日に公表した「知識産権法院の技術調査官の訴訟活動への参加に関する若干問題についての暫定規定」には、知識産権法院の技術調査官が訴訟に参加するための手続き及び規則が明確に規定された¹²。知的財産裁判の技術的な難題を解決するには三つの方法がある。一つ目は、民事訴訟法に規定されている専門家補助人制度である。専門家補助人により技術的な事実及び技術的な要点を説明することであるが、専門家証人がどちらか一方の当事者に偏るため、その専門家意見の中立性が欠ける。二つ目は、司法鑑定である。しかしながら、司法コストが高いため、全ての案件に対して鑑定を行うことは不可能である。そして、かかる時間も長い。三つ目は、技術専門家バンクを設立し、専門家に諮問することである。しかしながら、専門家の参加には時間的な制限があるため、案件に十分に専門的なアドバイスが得られない。したがって、技術調査官制度を確立することは、中国の知的財産司法の実践で有効な対応策であると言える。2015年4月22日に、最高人民法院が開廷審理したアメリカ礼来公司与江蘇省常熟市華生製

⁸ 国家知識産権戦略綱要国発〔2008〕18号、2008年6月5日。

⁹ 2009年12月23日に最高人民法院より公表された「インターネットユーザーからの31意見・提言に対する回答状況（全文）」を参照。<http://www.chinanews.com/gn/news/2009/12-23/2034782.shtml> [最終アクセス日：2017年9月5日]に掲載。

¹⁰ 邵劭「専門家証人制度の構築について-専門家証人制度と鑑定制度の交錯共存の観点から」法商研究2011年4期。

¹¹ 鄧曉霞「英米法系専門家証人制度の基礎と欠陥-我が国で専門家証人制度を導入する障壁について」中国刑事法雑誌2009年11期。

¹² 宋曉明ほか「『知識産権法院の技術調査官の訴訟活動参加に関する若干問題についての暫定規定』の理解と適用について」人民司法2015年7期。

薬有限公司との専利権侵害の上訴審において、技術調査官が初めて知識産権廷の審理に出現した¹³。「暫定規定」によれば、技術調査官は司法補助人員として裁判権を有さず、その主な職責は法官の求めに応じて、案件審理の異なる段階で、法官が技術的な事実を認定するための参考として、技術審査の意見を提出することである。多様な技術事実の調査体系を構築するために、「北京、上海、広州」知識産権法院では、いずれも技術調査室を設置し、技術調査と専門家による補助、司法鑑定、専門家諮問等が有機的に結合される多様な技術事実の調査メカニズムを形成している¹⁴。

技術調査官制度は、裁判効率の促進、調査体制の完備、認定体系の多様化等において優れた効果を発揮している。技術調査官の選任について、中国は更に日本の経験を学び、各分野におけるトップとなる専門家を専門委員として任命し、技術専門委員会を構成し、定期的に技術調査官と意見交換を行うこと、更に専門委員会から技術調査官を選任することが考えられる。技術調査官は、法院の職員として当然厳しい選抜を経て、厳しく管理されるため、技術審査の意見の権威性及び中立性を確保することができる。しかし、技術調査官は全ての技術分野を網羅することができないため、当事者から技術調査官の専門レベルが疑われやすく、技術調査官の案件の技術問題に対する絶対的な発言権は、案件審理の過程における技術調査の司法腐敗を引き起こす可能性がある¹⁵。これは、技術調査官制度に存在しうる問題及び欠点であり、知識産権法院は関連制度の建設において十分に重視し、対応策を探るべきである。

第三に、司法案例指導制度についてである。2015年6月に、最高人民法院は、「<案例指導業務に関する規定>実施細則」を公表し、指導性のある案例をどのように参照して適用すべきかについて具体的に規定し、「類似案件」の判断基準を明確にし、各レベルの法院が「類似案件」を審理する際に、指導性のある案例の裁判要点を参照し、それを裁判の理由として援用するように求めている¹⁶。知識産権法院は、技術系の知的財産案件の専属管轄法院として、新しい類型の難しく複雑な案件の審理に直面する際に、司法適用における案件審理の指導をより一層切実に必要とされる。この点について、最高人民法院は、北京知識産権法院において知識産権案例指導研究（北京）基地を設立し、中国の特色のある知識産権の案例指導制度の確立を研究し、典型的な案例生成、選出、識別、使用メカニズムを完備化し、全国の知識産権案例指導の理論研究センターの建設に取り組み、知的財産司法裁判の理念、尺度及び基準の統一を積極的に推進している¹⁷。

司法案例は、司法実践における法官の知恵及び経験の凝縮であり、立法の遅れによる弊害を補うことができるだけでなく、法官の自由裁量権を制限することにも寄与でき、司法判断基準の統一を促すことができる。「類似案件」の判断基準の明確化は、案例援用制度の前提的な要件として、「同一案件であるが裁判が異なる」ことを回避することにおいて事実上の拘束力を発揮する。指導性案例の適用効力からみれば、法律の適用上の正式な法源ではなく、主に案例援用制度の指導性のある拘束力を発揮し、司法裁判活動の論理的な論証に一定の事実的な証拠を提供する。したがって、中国の案例援用制度の効果的な実施を促進及び完備化するために、案例援用の適用範囲、援用手続き、援用方法、及び援用根拠等について具体的に規定し、司法案例制度の指導的な機能を発揮させる必要がある。なお、司法案例制度の

¹³ 李娜「最高法知産廷で技術調査官が初めて出現した-法官に事実の明確化に協力することは模範作用を有する」（法制日報、2015年4月23日5版）に掲載。

¹⁴ 周強「中国特色のある知的財産の裁判体系を健全化し、知的財産の司法保護を確実に強化する」、<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-57742.html> [最終アクセス日：2017年11月15日]に掲載。

¹⁵ 強鋼華「中国知識産権法院の技術調査官制度の構築について」電子知識産権2014年10期。

¹⁶ 最高人民法院「案例指導工作に関する規定の実施細則」の9条及び10条。

¹⁷ 周・前掲注（6）。

確立は、判例法国家だけの独自の「専売特許」ではない。英米法系国家の判例法及び前例に従う原則は、単に司法案例制度の一つの態様に過ぎない¹⁸。案例援用制度を中心とする中国の特色のある案例指導制度をも、これを肯定し、普及していくべき司法制度の試みである。2大法系の伝統が融合し始めた際に、中国の司法改革の背景において、中国の特色のある案例指導制度又は司法案例制度を確立することは、知識産権法院の裁判業務の専門化及び裁判基準の統一性に向けた努力を示すものであるだけでなく、さらに、司法体制改革の司法裁判権の有効な運用及び裁判文書の論理的な論証への更なる高い要求を強調するものである。

3. 中国知識産権法院建設の今後の展望

今後の知識産権法院の建設について、最高人民法院の周強院長は全国人民代表大会常務委員会への報告において、「国家レベルの知的財産案件の上訴審理システムの建設を検討し、知的財産案件の審理の専門化、管轄の集中化、手続の集約化、及び人員の専門化を実現する。北京、上海、広州知識産権法院の経験を取りまとめて、これを普及し、適切な時期に知識産権法院を増設し、知的財産の司法保護の規則に合致した専門化された裁判体系を更に健全化し、科学技術の革新の知的財産専門化裁判への司法ニーズをより良く満足させる。」と語った¹⁹。北京、上海、広州の三都市に専門法院を設立することは、「知識産権法院の設立を検討する」ための「先導的な」試みである。知的財産の司法現代化の改革は、全体的に計画し、段階的に推進すべきである。つまり、中国の実情から出発し、改革するための精神、考え方や行動で知的財産の司法体制の改革を推進していくべきである。

中国の司法体制の改革の目標は、司法の独立した品格の妨害及び司法の健全な発展の妨害である。地方化を超えた改革措置は、司法機関が全体として独立した司法権を行使する能力を強化するためであり、司法機関の外部環境の調整を示すものである。行政化を除いた改革措置は、司法機関の行政化構造及び行政的運営の問題を解決するためであり、司法機関の内部の調整を示すものである。司法権の基本属性からすれば、知的財産司法の権利の性質は、下記二点の特徴を有すると言える。一点目は、専属権であること。つまり、知的財産に係る司法権は国家専属権及び中央管轄権に属し、統一性、専属性の特徴を有する。知識産権法院の専門法院としての地位を承認し、司法領域と行政領域を適切に分離したスライド管轄制度を実施することで、知的財産の司法の中央管轄属性の確立、及び国家法律の統一的な実施の促進には有利である。このような行政区画を跨ぐスライド管轄制度は、今後五年間の司法体制改革の重要な目標である。したがって、知識産権専門法院の設立は、先導的な模範的な役割を果たしている。二点目は、裁判権であること。つまり、知的財産の司法権は、中立的な地位を有する判断権であり、独立性、専門性の特徴を有する。この特性からすれば、司法体制改革は、知識産権法院に専属管轄の職責を付与し、公正で効率的で権威のある専門裁判制度を確立すべきことを意味しているのみならず、知識産権法院内部で司法の主體的な体制、司法の運用の体制、司法の保障体制の改革を含む各種の改革措置を全面的に推進することも求められる。ある意味では、知識産権法院の運営効果は、「中国の今後の司法改革の発展の方向を左右する」ことも言える²⁰。中国の未来の知識産権法院体系は、更に健全化及び完備化させる余地を残している。

¹⁸ 何然「司法案例制度について」中外法学 2014 年 1 期。

¹⁹ 周・前掲注 (6)。

²⁰ 宋・前掲注 (7)。

(1) 知識産権法院の配置

最高人民法院は、それぞれ 2017 年 1 月、8 月に、「南京市、蘇州市、武漢市、成都市の中級人民法院に専門裁判機構を設立し、地域を跨いで一部の知識産権案件を管轄することについての最高人民法院の回答」、「杭州市、寧波市、合肥市、福州市、済南市、青島市の中級人民法院に専門裁判機構を設立し、地域を跨いで一部の知識産権案件を管轄することについての最高人民法院の回答」を公表した。回答書に基づき、中国は一部の都市の中級人民法院に、地域を跨いで知的財産案件を管轄する専門知識産権廷を設立した。(図表-2 を参照)

【図表-2】

No.	法院名称	管轄区域
1	南京市中級人民法院	南京市、鎮江市、揚州市、泰州市、塩都市、淮安市、宿遷市、徐州市、連雲港市
2	蘇州市中級人民法院	蘇州市、無錫市、常州市、南通市
3	武漢市中級人民法院	湖北省管轄区域
4	成都市中級人民法院	四川省管轄区域
5	杭州市中級人民法院	杭州市、嘉興市、湖州市、金華市、衢州市、麗水市
6	寧波市中級人民法院	寧波市、温州市、紹興市、台州市、舟山市
7	合肥市中級人民法院	安徽省管轄区域
8	福州市中級人民法院	福建省管轄区域
9	済南市中級人民法院	済南市、淄博市、棗莊市、済寧市、泰安市、萊蕪市、濱州市、徳州市、聊都市、臨沂市、荷沢市
10	青島市中級人民法院	青島市、東営市、煙台市、濰坊市、威海市、日照市
11	深セン市中級人民法院	深セン市

上記中級人民法院による管轄区域を跨ぐ管轄では、法院が受理する案件種類に、技術系（専利、技術秘密、コンピュータソフトウェア、植物新品種、集積回路配置設計）、馳名商標の認定、独占紛争の第一審知的財産の民事案件、訴額が比較的に高い第一審の知的財産民事案件、県レベル以上の地方人民政府による知的財産に関わる行政行為に対して提訴した第一審の知的財産行政案件、当該中級人民法院により管轄されるべき第一審の知的財産刑事案件、基層人民法院が審理した第一審知的財産民事、刑事、行政案件に対する上訴案件を含む。なお、上記管轄区域を跨ぐ管轄改革の試みは依然として、省レベルの行政区画の範囲内に限られており、行政区画の制度からの影響を受けている。また、上記都市では専門的な知識産権法院が設立されておらず、管轄区域を跨ぐ管轄は依然として、一般の法院における知識産権廷の管轄権限の拡大となる。したがって、知的財産の管轄区域を跨ぐ管轄の改革は、更に推進されるべきである。

知識産権法院の配置について、現時点の主な問題は、「知的財産の専門化裁判の延長範囲が限られ、創造活動が活発な地域の専門化裁判に対する司法ニーズを十分に満足できない」ことである²¹。中国の知

²¹ 周・前掲注(6)。

識産権専門法院の体系構造は、中国問題の特別性を考慮しなければならない。一つ目は、知的財産大国の事務処理の困難性である。中国改革開放の深化及びイノベティブな発展の推進に伴い、知的財産の司法保護へのニーズも益々高くなっている。統計によると、2016年に中国の法院が受理した様々な知的財産の一审、二審の案件数は17万件を超えており²²、全世界で知的財産の案件の受理件数が一番多い国となっている。超大型社会から生まれた超大量の案件に対して、専門管轄及び集中裁判を実施し、「法律適用の不統一性及び不確実性の問題を解決する」必要がある²³。中国の国の現状から出発しなければならない。知識産権法院設置の軒数及び分布は、他国のものを単純にコピーしたり、まねしたり、それだけで済むわけがない。二つ目は、地域発展の不均衡と司法資源の分布の問題である。現代化国家の建設過程において、中国には経済及び社会発展が不均衡である顕著な問題が存在している。知的財産分野では、各地域のイノベーション能力の顕著な格差及び案件の件数分布の不均衡が挙げられる。現在、知的財産の案件は、主に広東、北京、江蘇、上海、浙江等の経済が発展している地域に集中している。これらの地域に比べ、中西部等の経済が発展していない地域では件数が比較的少ない。資料によると、広東省において2016年に新規受理した知的財産民事一审の案件は4.4万件と高く、全国法院の中で一位となっている²⁴。一方、同年度の甘肅省において受理した様々な知的財産の案件は合計で246件にとどまっている²⁵。「人民法院の第四個五か年改革綱要（2014-2018）」において強調されているように、「法院設置において、知的財産の案件が集中している地域での設置を推進する」ことであり、各地域で均一に設置することはできない。つまり、今後の知識産権法院の配置は、単に「北京、上海、広州」という3つの地域に限って設置することもできなければ、省、自治区、直轄市行政区画に応じて逐一設置することもできない。したがって、更に行政区画を跨ぐ管轄制度、つまり、一部の中心都市で専門法院を設立し、本地域の技術系の案件を専属管轄するのみならず、隣接する省、自治区、直轄市の技術系案件をも併せて審理するという管轄制度の確立を研究する必要がある。さらに、具体的に言えば、知識産権専門法院は、専利、商標の権利化・無効審判案件及び技術系の権利侵害案件を専属管轄とし、他の案件は依然として一般法院の管轄とする。専属管轄を中心として、専属管轄と一般管轄を結合するやり方は、多くの国に採用されており、中国もそれを参酌することができる。

（2）知識産権高級法院の設置

知的財産の司法体制改革を深めるキーポイントは、専門法院体系が技術系の知的財産の案件の終審権を有するように、知識産権高級法院又は上訴法院を設立することにある。最高人民法院の周強院長は、「知識産権二審案件を審理する法院が統一されないと、法律適用の齟齬を引き起こし、司法の信頼性に悪影響を与えやすい。知識産権法院体系の建設及び裁判尺度の統一を更に強化すべきである。」と語った²⁶。中国において、関連法院を高級法院と呼ぶか、それとも上訴法院と呼ぶかは、議論の余地がある。中国の「二審法院」は上訴において、事実問題も審理し、法律適用の問題も審理するのに対して、外国の「上訴法院」は単に法律問題を審理するため、顕著に異なっている²⁷。本稿は、中国の現行法律におけ

²² 最高人民法院『中国法院の知的財産の司法保護の状況（2016年）』白書。

²³ 張広良「知識産権法院設計のローカル化意識」法学家2014年6期。

²⁴ 広東省高級人民法院『広東の知的財産の司法保護状況（2016年）』白書。

²⁵ 甘肅省高級人民法院『甘肅の法院2016年度知的財産の司法保護状況-知的財産の司法保護状況及び十大典型案例』。

²⁶ 周・前掲注（6）。

²⁷ 胡淑珠「知識産権法院（法廷）の設立について-我が国の知識産権裁判体制の改革に対する理性的な思考」知識産権2010

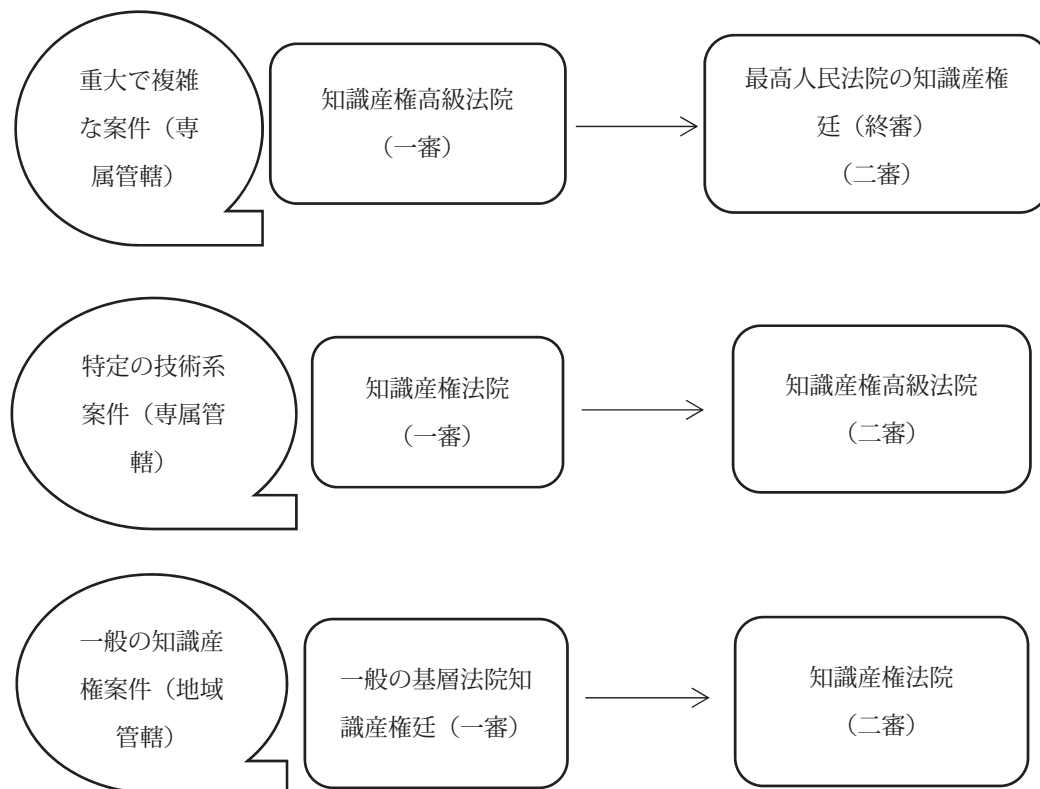
る裁判機関に関する規定には、「上訴法院」という言い方がなく、「二審法院」という言い方しかないと考える。現行の法院体制に合わせ、且つ知識産権法院との級別の差を示すために、上記「二審法院」を知識産権高級法院と称すべきであると思われる。知識産権高級法院の設置は、知的財産の司法体制改革を更に深めるために重要であると言える。

今後設置される知識産権高級法院は、各知識産権法院による一審案件の上訴法院であると同時に、最高人民法院に対しては特別で重大案件の一審法院でもある。現行知識産権専門法院の審級基準によれば、「北京、上海、広州」知識産権法院は、専利、植物新品種、技術秘密、集積回路配置設計等の技術系の民事案件を審理する一審法院であるとともに、著作権、商標権、反不正競争等一般の民事案件を審理する上訴法院であり、中級法院に該当する。そうであれば、知識産権高級法院は、省、自治区及び直轄市の高級法院の級別に該当する。したがって、北京、上海、広州の専門法院が審理した一審案件の二審は知識産権高級法院が担当し、知識産権高級法院により専属管轄される一審案件の終審は、最高人民法院の知識産権庭が担当することになる。

知識産権法院体系建設の必要性に応じて、北京で1つの国家知識産権高級法院を設立し、知識産権の権利化・無効審判紛争案件及び技術系知識産権の権利侵害の上訴案件を集中して審理することが考えられる。これは、中国現在の知的財産の司法体制の問題を解決するための重要な任務である。中国は、国土が広いという国の実情に鑑みて、条件が整えば、華東、華中、西南、西北及び東北等広い地域の中心都市で3~5個の知識産権高級法院の巡回法廷又は派出機構を設立することが考えられる。上記知識産権法院体系の構築は、中国特有のものである。ドイツ、韓国とは異なり、単一な行政無効審判の専門法院ではなく、行政、民事案件を統合した「二合一」（さらに、行政、民事及び刑事案件を統合した「三合一」）専門法院である。そして、アメリカや日本とも異なり、知識産権案件の上訴法院のみならず、専属管轄機能に基づく下から上までに設立された専門法院である。したがって、今後の中国知識産権法院体系は、下記の管轄体系を構築することが考えられる（図表-3を参照）。

年4期を参照。

【図表-3】



第一に、一般の基層法院知識産権廷は、その管轄地域内の一般の知的財産の民事、行政案件（著作権、商標権、反不正競争）の一審を担当し、知識産権法院は二審（終審）を担当する。上記二審で確定した案件は、知識産権高級法院で再審することができる。

第二に、知識産権法院は、その管轄行政領域内の技術系の民事、行政案件（専利、植物新品種、技術秘密、集積回路配置設計等）の一審を担当し、知識産権高級法院は二審（終審）を担当する。上記二審で確定した案件は、最高人民法院の知識産権廷で再審することができる。

最後に、知識産権高級法院は、その管轄行政領域内の特別に重大又は複雑な知識産権案件の一審を担当し、最高人民法院の知識産権廷は二審（終審）を担当する。

（3）民事、行政及び刑事案件の統一管轄

知識産権法院の民事、行政及び刑事案件の統一管轄は、中国の現行の司法体制改革の制度上の障壁である。長い間、中国の知的財産の裁判体制は「一元三極」のモデルであった。「一元」とは、全ての知的財産の案件は一般法院により管轄されることである。「三極」とは、「三審分立」を実施し、知的財産の民事、行政、刑事案件をそれぞれ民事裁判廷、行政裁判廷及び刑事裁判廷に分けて審理することである。しかし、1つの案件が民事要素及び刑事要素を同時に含む場合、管轄権の争いが生じる。現時点では、知的財産の司法体制の重点は「三合一」の裁判モデルであり、全国の法院で実施が始まっている。このような裁判モデルは、案件の管轄、訴訟手続、証拠制度等において突破し、中国共産党中央第四屆中央

委員会全体大会の決定の要求に従い、「裁判を中心とした訴訟制度の改革を推進する」ことができる²⁸。

2008年に公表・施行された「国家知識産権戦略綱要」には、「知的財産の裁判体制を完備化し、裁判資源の配分を最適化し、知的財産の民事、行政及び刑事案件を統一的に受理する知識産権専門法廷の設立を検討する。」ことが明確に提言されている。綱要が公表されてから、数多くの地方法院が「三合一」の案件審理の試みをし、多くの経験を積んで、知的財産案件の裁判尺度を大いに統一化した。2016年7月に、最高人民法院は江蘇省南京市で「全国法院の知的財産の裁判「三合一」業務を推進する会議」を開催し、法院の知的財産の裁判「三合一」業務の推進を全面的に展開した。最高人民法院は、「三合一」業務を全面的に推進し、知的財産の司法保護の全体的な効果を高めるように、関係部門と知的財産の刑事司法の実施方案について積極的に交渉し、関連書類の署名を早期に完了させることに取り組んでいる²⁹。現在では、知識産権法院は技術系の知的財産の民事及び行政案件に対して地域を跨ぐ管轄をしている。専属管轄案件は、技術系の知的財産の刑事案件、例えば専利の冒用罪、他人の営業秘密を窃取する罪、ソフトウェア著作権侵害の罪等を含まないことが明らかである。上記「二合一」のモデルでは、知識産権法院の専属管轄に属する行政及び民事案件と、一般法院により審理される刑事案件を統合することにおいて、訴訟手続上の困難性が生じる。具体的には、関係案件の裁判手続きが異なる法院体系に属し、専門法院による専属管轄の統一性を分割している。したがって、戦略目標の要求及び改革試行の経験からすれば、今後の知的財産の司法体制の改革は、民事、行政及び刑事案件の統一管轄問題を考慮すべきである。

²⁸ 最高人民法院副院長の陶凱元氏による全国法院の知的財産裁判業務座談会兼全国法院の知的財産の裁判「三合一」推進会におけるスピーチ。

²⁹ 最高人民法院・前掲注(22)。

II. 中国における知識産権法院の設置及び発展

中国社会科学院 知識産権センター 李明徳¹ 教授

1. 知的財産の専門化審理発展の歴史

知的財産は無形財産権である。法院の知的財産案件に対する審理は、自然に有形財産権の案件とは異なる特徴を有する。知的財産の案件において、技術系の知的財産案件に対する審理は、その他の種別の知的財産案件と異なる特徴を有する。これは、技術系の知的財産の案件、例えば、専利、植物新品種、集積回路の回路配置、技術秘密及びコンピュータソフトウェアの案件は、知的財産の無形財産としてだけでなく、一連の技術的な問題にも関わるからである。技術系の知的財産の案件の審理において、法官は高い裁判のスキルが必要だけでなく、更に関連技術の専門家の補助により案件の技術的な問題を明らかにする必要がある。

知的財産の案件が独特な特徴を有し、技術系の知的財産の案件が更に突出した独特な特徴を有するため、国際的に 20 世紀後半から知的財産の案件を審理するために、特に技術系の知的財産の案件を審理するために、専門的な裁判所及び法廷を設立する傾向がある。この側面において、米国は率先して 1982 年に「合衆国連邦巡回区控訴裁判所」を設立し、全国各地からの特許案件の控訴を統一して受理している²。このような専門裁判所が設置される前に、米国の特許紛争案件は、著作権、商標、不正競争紛争案件と同様に、連邦地方裁判所により審理され、その後、対応する巡回区控訴裁判所、例えば、第 1、第 9 巡回区控訴裁判所に控訴していた。その他、特許出願と商標登録出願の過程において、出願人が特許商標局の出願を拒絶する決定に不服の場合、特許公判審判部及び商標審判部に提訴することができ、更に不服の場合は「関税と特許控訴裁判所」に控訴することができる。1982 年 10 月になって、米国は元の「行政裁判所」と「関税と特許控訴裁判所」を合併し、合衆国連邦巡回区控訴裁判所を設立した。特許紛争に関する側面において、合衆国連邦巡回区控訴裁判所は二つの機能を有する。その一つは、「関税と特許控訴裁判所」の機能を踏襲し、特許出願人が特許公判審判部の決定に不服する案件を受理することであり、もう一つは、全国各地からの特許紛争の控訴案件を統一して受理することである。新しい特許紛争案件の審判体制によると、一審案件は依然として全国各地に分布された連邦地方裁判所により受理されるが、一審判決に不服の案件は全て合衆国連邦巡回区控訴裁判所に控訴される³。

同じ英米法系に属する英国も、1991 年にロンドン郡に特許権侵害紛争を専門的に審理する「特許郡裁判所」を設立した。最初は、「特許郡裁判所」によりイングランドとウェールズからの特許権侵害紛争の一審案件を管轄したが、その後、特許案件に限定せず、当事者が選択すれば、著作権、意匠及び商標に関する案件も管轄することができた。「特許郡裁判所」が下した一審判決に対して、当事者が不服の場合、中間の高等裁判所を経由することなく、直接英国の控訴裁判所に上訴することができる。その他、英国はロンドン高等裁判所に専門的な「特許法廷」を設立し、特許局の様々な決定に不服の特許案件を受理した⁴。ただし、2013 年 10 月になって、英国は高等裁判所に属する「知的財産企業裁判所」を設立し、元の「特許郡裁判所」をその中に所属させた。規定によれば、「知的財産企業裁判所」は金額の少ない損

¹ 中国社会科学院 知識産権センター主任、教授

² Federal Courts Improvements Act of 1982, Public Law 97-164 (April 2, 1982).

³ 李明徳『米国知的財産権法〔第二版〕』170-173 頁 (法律出版社、2004 年)。

⁴ Michael Fysh, the Perspective of the London Patents County Court Judge, a paper to 14th Annual Conference on International Law and Policy, Fordham University School of Law, April 2006.

害賠償の案件、例えば、特許損害賠償の請求金額が 50 万ポンド以下であり、その他の知的財産の案件の損害賠償金額が 1 万ポンド以下である案件を専門的に受理した⁵。

欧州経済共同体 (European Economic Community) はその経済一体化の過程において、知識産権の専門化裁判を絶えず試みた。例えば、1994 年の共同体商標規則 91 条では、共同体商標に関する訴訟を処理するために、構成国に一審と二審法廷を含む専門的な「共同体商標法廷」(Community trademark courts) を構築することを求めている⁶。また、2001 年の共同体意匠条例 80 条では、関連する訴訟を処理するために、構成国に 2005 年 3 月前に一審と二審法廷を含む専門的な「共同体意匠法廷」(Community design courts) の設立を求めている⁷。その他、欧州特許協力機構 (European Patent Cooperation Organization) は、更に 2005 年に欧州特許訴訟協議と欧州特許裁判所法律の草案を提出した⁸。上記のような努力により、欧州特許協力機構は単一特許裁判所準備委員会 (Unified Patent Court Preparatory Committee) を設置し、2012 年に単一特許裁判所協定 (Agreement on a Unified Patent Court) を提出し、欧州連合の加盟国に署名させた。現在、欧州連合加盟国は、スペインとポーランドを除き、全て単一特許裁判所協定に署名している。欧州連合の 27 の加盟国が全て署名すれば、一審と二審裁判所を含む単一の欧州特許裁判所体制は、欧州連合の範囲内で正式に稼働する⁹。

欧米の上述した変化以外に、アジアの日本と韓国も知的財産の専門化裁判の道を模索していた。例えば、日本では早くも 1996 年に民事訴訟法 (1998 年 1 月施行) を改正し、技術系の知的財産の案件の一審管轄を決定した。規定によれば、特許、実用新案、集積回路の回路配置及びコンピュータソフトウェアに関わる全ての一審案件は、東京地方裁判所及び大阪地方裁判所が管轄する。その境界線について言えば、名古屋高等裁判所より東地域 (名古屋を含む) の案件は、東京地方裁判所により管轄され、大阪高等裁判所より西地域の案件は、大阪地方裁判所により管轄される¹⁰。2005 年になって、日本は更に知的財産高等裁判所を設置し、特許、実用新案、集積回路の回路配置及びコンピュータソフトウェアに関する二審案件を受理するようになった¹¹。このように、特許、実用新案、集積回路の回路配置及びコンピュータソフトウェア等に関する技術系の案件について、一審はそれぞれ東京地方裁判所と大阪地方裁判所が管轄し、二審は知的財産高等裁判所が管轄し、よって技術系の知的財産の案件の専属管轄を実現している。

また、韓国は 1998 年に「特許裁判所」を設立し、当事者が特許庁による発明特許、実用新案、意匠の出願に関する決定に不服の案件、及び商標登録出願に関する案件が受理されていた¹²。当時、特許法院が受理していた案件は、審判部の決定に不服の案件に限られ、行政決定に対する司法再審に属していた。2016 年になって、韓国は法律を制定し、特許法院に知的財産侵害の二審案件をも管轄させた。具体的に、韓国は全国を 5 つの地域に分け、5 つの地方裁判所を特許、実用新案、意匠、商標、著作権、営業秘密、不正競争防止案件の一審管轄裁判所として指定した。当事者は、5 つの裁判所が行った一審判決に対し不服の場合、特許法院に控訴することができる。このように、韓国も行政決定案件と権利侵害紛争案件

⁵ 英国企業知的財産裁判所ウェブサイト (<https://www.gov.uk/courts-tribunals/intellectual-property-enterprise-court> [最終アクセス日: 2018 年 3 月 6 日]) 参照。

⁶ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trademark.

⁷ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on the Community Designs.

⁸ Klaus Grabinski, A View from the Judiciary: EPLA and Related Issues, presented at Fordham University School of Law 15th Annual Conference, International Intellectual Property and Policy, April 13, 2007.

⁹ “Unified Patent Court Preparatory Committee” (<https://www.unified-patent-court.org/> [最終アクセス日: 2018 年 3 月 6 日]) .

¹⁰ 日本の民事訴訟法 6 条参照。

¹¹ 日本の民事訴訟法 6 条、及び知的財産高等裁判所設置法 2 条参照。

¹² “Korean Intellectual Property Office” (www.kipo.go.kr [最終アクセス日: 2018 年 3 月 6 日]) .

を含む技術系の知的財産の案件の専属的管轄を実現した¹³。

知的財産案件の審判において、中国は当初から専門化と専門化の道を歩んできた。中国では、1978年から現代的な知的財産法律体制を構築し始め、全国人民代表大会常務委員会は1982年に商標法、1984年に専利法、1990年に版權法〔現在は「著作権法」〕、1993年に反不正競争法を採択した。上述の法律の発表と実施に伴い、知的財産の司法保護も検討項目に上がった。しかしながら、最初は、知的財産に詳しく、知的財産裁判に適した人が極めて少なく、社会のニーズを満足させることができなかった。そこで、法院は各分野の知的財産裁判の人材を集める一方、専門的な裁判人材を積極的に選抜し育成した。当時のやり方としては、限られた専門法官を集めて、関連する裁判活動に従事させながら、関連する法律問題を勉強・研究させることが一般的であった。このやり方で、知的財産の裁判の専門化と専門化のために堅固な基礎を築き上げた。

1993年8月になって、北京市中級人民法院と北京市高級人民法院は、率先して専門的な知識産権裁判廷を設立した。その後、上海、広東等の中級人民法院と高級人民法院も、次々と専門的な知識産権裁判廷を設立した。このような背景下において、最高人民法院も1996年10月に知識産権裁判廷を設立した。2000年までに、全国で合わせて14か所の高級人民法院、30か所の中級人民法院及び4か所の基層人民法院に知識産権裁判廷が設立された¹⁴。21世紀に入ってから、中国は知的財産の裁判の専門化のやり方を続け、知識産権裁判廷も全国各地に普及した。2016年末までに、全国の4級法院のうち、約420か所あまりの知識産権裁判廷が設立された。そのうち、最高人民法院と各省市自治区の高級人民法院には、何れも専門的な知識産権裁判廷が設立され、約224か所の中級人民法院と167か所の基層人民法院に、知識産権裁判廷及びそれに相当する裁判組織が設立された¹⁵。専門化裁判制度の継続的な推進に伴い、相当程度において社会経済発展に伴う知的財産紛争を解決するニーズに応え、また大量の知的財産の裁判人材を育成した。例えば、2016年末頃、全国法院には知識産権法官及び法官助理、技術調査官、書記員等が合計5,000人あまりとなった¹⁶。

知的財産の裁判の専門化と専門化の側面において、最高人民法院は司法保護の需要に向けて、一部の中級人民法院と基層人民法院を指定して、専利、植物新品種、集積回路の回路配置の紛争に関する一審案件を専門的に受理させた。この指定は、最高人民法院が安易にある法院を指定して技術系の一審案件を受理させたわけではなく、技術系案件の種類に基づいて一審と二審の管轄を設定していた。例えば、専利案件において、最初に各省市自治区政府の所在地の中級人民法院、及び一部の経済特別区と沿海都市の中級人民法院を、専利紛争の一審案件を審理するように指定した。また、植物新品種において、各省市自治区政府の所在地の中級人民法院だけでなく、武威、張掖、酒泉と綿陽市の中級人民法院を指定し、植物新品種紛争の一審案件を審理することにした。その他、最高人民法院は更に各省市自治区政府所在地の中級人民法院、及び個別の経済特別区の中級人民法院を、集積回路の回路配置の紛争に関する一審案件を審理するように指定した¹⁷。このように、中国は一般的な知的財産の案件の専門化された裁判機構だけでなく、技術系の知的財産の案件の専門化裁判機関を有することになった。

大まかに言うと、中国の技術系の知的財産の案件に関する専門化と専門化の審理は、飛躍的に発展している。例えば、2005年には、一審案件を管轄できる中級人民法院が53か所だったのが、2006年末に

¹³ 金珉徹「韓国特許法院の設立、現状と未来」(2017年8月10日に国家知識産権戦略ネットワーク (www.nipso.cn) [最終アクセス日: 2018年3月6日]) で配信) を参照。

¹⁴ 中国社会科学院知識産権センター編集『中国の知的財産保護体系の改革研究』20頁(知識産権出版社、2008年)。

¹⁵ 最高人民法院『中国の知的財産の司法保護綱要(2016~2020)』参照。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 中国社会科学院知識産権センター・前掲注(14) 226-233頁。

は63か所に達した¹⁸。また、2008年から、最高人民法院は更に特定の基層人民法院を、实用新型と外观设计の紛争に関する一審案件を管轄するように指示した。このように、中国は技術系の知的財産の案件の一審管轄を基層法院までに伸ばした。2013年末までには、全国の合計87か所の中級人民法院が専利の一審案件を管轄、45か所の中級人民法院が植物新品種の一審案件を管轄、46か所の中級人民法院が集積回路の回路配置の一審案件を管轄、7か所の基層法院が实用新型と外观设计意匠の一審案件を管轄できるようになった¹⁹。

しかしながら、技術系の知的財産の案件を管轄する一審法院を大量に指定した結果、審理基準の不統一や、判決結果の予測が困難となった。大まかに言うと、著作権、商標権と反不正当竞争に関する案件を審理する際に、一審法院及び二審法院に関わらず、裁判結果が同様な傾向になりやすかった。これに対して、専利、植物新品種、集積回路の回路配置に関する案件、ひいては技術秘密とコンピュータソフトウェアに関する案件を審理する際には、一審及び二審に関わらず、いずれも同様な傾向を成すことが困難であった。くわえて、87か所の中級人民法院が専利の一審案件を管轄し、45か所の中級人民法院が植物新品種の一審案件を管轄し、46か所の中級人民法院が集積回路の回路配置の一審案件を管轄し、7か所の基層法院が实用新型と外观设计の一審案件を管轄するように指定した状況において、統一した上訴メカニズムを構築することが一層困難であった。

そのため、統一した裁判基準の必要性からも、統一した上訴メカニズムを構築する観点からも、中国は従来の知的財産の裁判構成をベースに、改革を進め、イノベーション成果、特に技術系のイノベーション成果に対して、強力な保護を与える必要がある。

2. 中国知識産権法院の設立及び発展

イノベーション駆動の発展戦略を実施し、知的財産所有者の合法的な権益を確実に保護するために、中国は専門的な知識産権法院を設立し、技術系の知的財産の一審案件を管轄させることを決定した。具体的に、全国人民代表大会常務委員会は2014年8月31日に「北京、上海及び広州に知識産権法院を設立することに関する決定」を通過させた²⁰。その後、最高人民法院は2014年10月27日に「北京、上海、広州の知識産権法院の案件管轄に関する規定」を公表した²¹。上記2つの文書に基づき、北京知識産権法院を2014年11月6日に設立し、広州知識産権法院を2014年12月16日に設立し、上海知識産権法院を2014年12月28日に設立し、技術系の知的財産の案件を受理し始めた。

全国人民代表大会常務委員会の「決定」と最高人民法院の「規定」によれば、北京、上海と広州に設立した知識産権法院は、主に以下の3つの特徴を有する。

第1は、知識産権法院が技術系の知的財産の案件を集中的に管轄し審理することである。「決定」と「規定」によれば、知識産権法院は、専利、植物新品種、集積回路の回路配置、技術秘密及びコンピュータソフトウェア等の技術系の知的財産の案件の一審民事案件と行政案件を管轄する。ここで、全国人民代表大会常務委員会「決定」草案は、専利、植物新品種と集積回路の回路配置の一審案件だけを言及し、「決定」を通過させた時に技術秘密の案件を追加した²²。その後、最高人民法院の「規定」に更にコ

¹⁸ 中国社会科学院知識産権センター・前掲注(14)227頁。

¹⁹ 最高人民法院『中国法院知識産権保護状況(2013年)』参照。

²⁰ 全国人民代表大会常務委員会『北京、上海、広州に知識産権法院の設立に関する決定』(2014年8月31日)。

²¹ 最高人民法院『北京、上海、広州の知識産権法院の案件管轄に関する規定』(2014年10月27日)。

²² 本文の作者は『決定』草案の検討に参加したことがあり、技術秘密とコンピュータソフトウェア案件の追加を提案した。

ンピュータソフトウェアの案件を追加した。

さらに、全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、当事者が国务院行政部門の裁定及び決定に不服があって提起した一審の知識産権の権利付与・権利確定の行政案件は、北京知識産権法院が管轄する。そのうちの国务院行政部門が行った裁定及び決定とは、一般的に、専利復審委員会の専利権を付与しない決定及び専利権無効の決定、商標評審委員会の商標不登録の決定及び商標登録の取消に関する決定、及び農林業部門の植物新品種権利に関する決定を指す。上記から分かるように、北京知識産権法院により管轄される権利付与・権利確定の行政案件は、相当の一部が同様に技術系の知的財産の案件に属する。

国際的に比較する観点から見て、北京、上海、広州及びさらなる知識産権法院により管轄される技術系案件は、鮮明な中国の特色を有する。まず、米国及び日本のやり方と比べると、中国の知識産権法院により管轄される技術系の一審案件は、さらに高い普遍性を有する。例えば、米国合衆国連邦巡回区控訴裁判所が管轄する二審案件は、主に特許案件であり、発明、意匠と植物新品種を含むが、技術秘密とコンピュータソフトウェアに関わらない²³。また、日本の東京地方裁判所と大阪地方裁判所の一審が管轄する技術系の知的財産の案件は、特許、実用新案、集積回路の回路配置とコンピュータソフトウェアを含むが、意匠と営業秘密を含まない。これに対応して、東京知的財産高等裁判所が受理するこれらの2つの裁判所からの技術系案件も意匠と営業秘密を含まない²⁴。しかし、中国の知識産権法院が管轄する一審案件は、発明専利、実用新型専利、外観設計専利だけでなく、植物新品種、集積回路の回路配置、技術秘密とコンピュータソフトウェアをも含む。

次に、英国の「知的財産企業裁判所」のやり方や韓国のやり方と比べると、中国の知識産権法院が受理する一審案件は、更に、技術系の知的財産の案件に焦点を当てている特徴を有する。例えば、英国の「知的財産企業裁判所」は、賠償金額が比較的到低い知的財産の案件を受理するが、特許案件だけでなく、著作権、意匠と商標等のその他の種別の知的財産の案件も含む²⁵。また、韓国は全国を5つの地域に分け、関連する一審裁判所が特許、著作権、商標、不正競争防止に関する案件を受理し、特許裁判所により様々な知的財産の案件の二審案件を受理する²⁶。しかし、全国人民代表大会常務委員会の「決定」と最高人民法院の「規定」によれば、北京、上海、広州等の知識産権法院は、技術系の一審案件のみを受理し、その他の著作権、商標と不正競争防止の案件は受理しない。

上記から分かるように、知識産権法院が管轄する案件において、全国人民代表大会常務委員会の「決定」と最高人民法院の「規定」は、世界各国の技術系の知的財産の案件を管轄する経験をまとめ、中国の実際のニーズに合った、技術系の知的財産の案件に焦点をあてた規定をしている。

第2の特徴は、知識産権法院が地域を跨って技術系案件を管轄することができることである。全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、知識産権法院は専利等の技術系案件に対し、地域を跨る管轄を実施する。知識産権法院を設立してから3年以内に、まず所在省（直轄市）で地域を跨る管轄を実施することができる。この規定に応じて、北京、上海と広州の知識産権法院は、「決定」が通過してから最初の3年以内は、地域を跨って本直轄市内及び本省内の全ての技術系知的財産の案件の一審を管轄することができる。

ここで、言うべきことは、北京と上海の知識産権法院が本管轄区域内の技術系一審案件を管轄するこ

²³ 米国『特許法』が保護する対象は発明、意匠と植物新品種を含むが、実用新案を含まない。

²⁴ 前掲注(11)。

²⁵ 前掲注(5)。

²⁶ 金・前掲注(13)。

とは、法院組織法と民事訴訟法の角度から見て、その特徴は顕著でない。例えば、全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、北京知識産権法院の院長、副院長、裁判長、法官と裁判委員会の構成員は、北京市人民代表大会常務委員会によって任命される。そのため、構成された知識産権法院は北京市人民代表大会常務委員会に対して責任を負い、その業務について報告する。このように、北京知識産権法院が北京市範囲内の技術系の知的財産の一審案件を管轄することは、当たり前のことである。しかしながら、全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、広州知識産権法院は広州市人民代表大会常務委員会により構築され広州市人民代表大会常務委員会に対して責任を負うが、全広東省からの技術系の知的財産の一審案件を管轄することができる。当然ながら、広州知識産権法院の組織構成は、知識産権法院の案件管轄における法院組織法と民事訴訟法に対して大きく超えていることが明らかである。

地域を跨った管轄について、全国人民代表大会常務委員会の「決定」には、「知識産権法院を設立してから3年以内は、先に所在省（直轄市）で地域を跨る管轄を実施することができる」と規定されている。これは、知識産権法院を設立してから3年以降は、さらに省市自治区を超えて技術系の知識産権の一審案件を管轄することができることを意味する。このような規定に対応して、全国人民代表大会常務委員会の「決定」は、北京市、上海市と広州市ではなく、「北京、上海、広州」に知識産権法院を設立すると定めている。その後、実際に設立された3つの知識産権法院は、それぞれ「北京知識産権法院」、「上海知識産権法院」と「広州知識産権法院」と命名されている。明らかに、全国人民代表大会常務委員会の「決定」は、知識産権法院が省市自治区を跨いで技術系の知識産権一審案件の管轄ができるように、十分な空間を残していた。

全国人民代表大会常務委員会の「決定」の実施に伴い、中国の技術系の知的財産の一審案件の管轄は、分散から集中に至る発展傾向を見せている。具体的には、3つの知識産権法院が設立される前、専利紛争の一審案件はそれぞれ87か所の中級人民法院と7か所の基層人民法院により管轄され、植物新品種紛争の一審案件はそれぞれ45か所の中級人民法院により管轄されていた。これが、「決定」の主旨により、専利、植物新品種、集積回路の回路配置、技術秘密とコンピュータソフトウェアに関する一審案件が、将来は複数の知識産権法院により管轄される。当然ながら、これは従来の広範過ぎた法院の指定による弊害を是正するだけでなく、統一した上訴メカニズムを確立するために強固な基礎を築くことができる。

第3の特徴は、知識産権法院が中級人民法院レベルにあることである。全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、知識産権法院が行った一審判決及び裁定に対し、不服があって当事者が上訴する場合、知識産権法院の所在地の高級人民法院が受理する。例えば、北京市、上海市及び広東省の高級人民法院は、北京知識産権法院、上海知識産権法院と広州知識産権法院により判決された技術系の一審案件を受理することができる。また、「決定」によると、知識産権法院の所在市の基層人民法院が行った著作権、商標等の知的財産に関する民事判決、裁定の上訴案件は、知識産権法院により審理される。例えば、北京市海淀区、朝陽区人民法院が著作権、商標と反不正競争に関する判決を下した後、当事者が不服の場合、北京知識産権法院に上訴することができる。

中級人民法院として、北京、上海、広州等の知識産権法院が、管轄地域からの著作権、商標と反不正競争に関する二審案件を受理することは、法院組織法と民事訴訟法に関する規定に合致する。事実上、日本が2005年に設立した知的財産高等裁判所は、東京地方裁判所と大阪地方裁判所が審理した特許、実用新案、集積回路の回路配置とコンピュータソフトウェアの二審案件を受理するだけでなく、管轄地域からのその他の種類の案件の二審、例えば、東京地方裁判所、千葉地方裁判所からの著作権、意匠、

商標と不正競争防止に関する二審案件も受理している²⁷。くわえて、知識産権法院により著作権、商標、反不正競争に関する二審案件を受理することは、法律の適用においても大きな問題がない。なぜなら、これらの案件は比較的簡単であり、法律適用の基準も比較的統一されやすいからである。

しかしながら、3つの知識産権法院が行った専利、植物新品種、集積回路の回路配置、技術秘密とコンピュータソフトウェアに関する判決を、それぞれ北京市、上海市及び広東省の高級人民法院に上訴する場合、依然として3つの高級人民法院の法律適用における相違点が生じ、審理基準の不一致が生じる。この側面において、分散した二審による審理基準の不一致の欠点を解消するために、米国は1982年に合衆国連邦巡回区控訴裁判所を設立し、全国各地からの特許二審案件を一括して受理することにした。この意味からすると、全国人民代表大会常務委員会の「決定」は、さらに統一した上訴メカニズムを構築するために余地を残している。ただし、全国人民代表大会常務委員会の「決定」は、権限を付与して北京、上海、広州の3つの知識産権法院を設立しただけで、統一した上訴メカニズムを構築する意味はない。このように、統一した上訴メカニズムを構築することは、例えば、全国的な知識産権高級法院を設立することは、全国人民代表大会が決定すべき事項になっている。

以上が3つの知識産権法院の案件管轄と地域管轄における3つの顕著な特徴である。その他、全国人民代表大会常務委員会の「決定」における「知識産権法院裁判廷の設置は、最高人民法院が知的財産の案件の類型と数により決定する」という一句について、最初は人に注目されなかった。この一句を前の文書である「北京、上海、広州に知識産権法院を設立する」と結びつけると、「3つの知識産権法院における裁判廷の設置は、最高人民法院が案件の類型と数により決定する」というふうに理解することができる。しかしながら、最高人民法院は2017年に青島、深セン等の都市に「知識産権法院」を設立することを承認することにより、全国人民代表大会常務委員会の「決定」における上記規定に新しい意味を付与している。

具体的に言えば、最高人民法院は、2017年1月に、成都、武漢、南京と蘇州のそれぞれの中級人民法院に4つの知識産権法院を設立することを承認した²⁸。その後、最高人民法院は更に2017年8月～12月に、それぞれ済南、青島、杭州、寧波、合肥、福州と深セン市の中級人民法院に、7つの知識産権法院を設立することを承認した。このように、全国範囲内で、北京、上海、広州3つの知識産権法院の他、さらに11か所の知識産権法院を設立した。しばらくの間、知識産権「法院」と知識産権「法廷」がどんな関係であるかについて、様々な議論があった。一部の人は、現在設立した「知識産権法院」が将来の「知識産権法院」であるとまで考えている。

しかしながら、全国人民代表大会常務委員会の「決定」における「知識産権法院裁判廷の設置は、最高人民法院が知的財産の案件の類型と数によって決定するものである」と定めたことによると、新規設立した11か所の知識産権法院は「知識産権法院」の範囲内に属するべきである。あるいは、そのうちのいくつかの「知識産権法院」は、将来的に全国人民代表大会常務委員会の承認を受け、知識産権法院に昇格する可能性がある。ただし、全ての知識産権法院が知識産権法院に昇格することは不可能である。少なくとも、全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、知識産権法院は地域を跨って技術系の知識産権の一審案件を管轄すべきである。山東省の青島と済南の知識産権法院を「知識産権法院」に昇格し、江蘇省の南京と蘇州の知識産権法院を「知識産権法院」に昇格させる場合、省市自治区を跨って技術系の知識産権の一審案件を管轄するという意味を失うことになる。

²⁷ 日本の知的財産高等裁判所設置法2条を参照。

²⁸ 前掲注(15)。

全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、我々は新規設立した11か所の知識産権法廷を、3つ又は更に多くの知識産権法院の「派出法廷」と見ることができる。この観点から見て、知識産権法廷を設立することは一挙多得のやり方である。例えば、ある省市に設立された知識産権裁判廷は、関連地域の知識産権法院の「派出法廷」として、本省市地域内の技術系の知的財産の一審案件を管轄し、関連する地域の知識産権法院の名義で判決を下すことができる。また、例えば、知識産権法院の「派出法廷」を設立することにより、場所を変更せず、人員変動が少ない状況で、既存の知識産権法官の役割を十分に果たし、最寄りの地で関連する技術系の知的財産の案件を審理することができる。さらに、例えば、知識産権法院の「派出法廷」を設立することにより、訴訟当事者双方の利便性が高まり、別の都市に設置された知識産権法院に必ずしも出向く必要がなく、最寄りの地で訴訟を提起し紛争を解決することができる。

当然ながら、知識産権法廷の設立において、最高人民法院も地域、案件類型及び案件数等の要素を慎重に考慮し、新しい知識産権法廷を着実に設立しなければならない。同時に、知識産権法廷の数と分布は、さらに知識産権法院の分布、知識産権高級法院の設立と結び付けて、全体的に計画し配置しなければならない。

3. 中国の知識産権法院体制構築におけるいくつかの問題

北京、上海と広州に知識産権法院を設立したことは、1つの試みである。規定によれば、全国人民代表大会常務委員会の「決定」の実施から三年経ったら、最高人民法院は全国人民代表大会常務委員会に「決定」の実施状況を報告しなければならない。この規定に従って、最高人民法院の周強院長は、2017年8月29日に、全国人民代表大会常務委員会に知識産権法院の運営状況を報告し、中国の知識産権法院体制の建設における解決すべきいくつかの問題を提出した²⁹。以下、筆者は「知識産権法院の実務に関する報告」に結び付けて、知識産権法院体制建設におけるいくつかの問題を議論する。

(1) さらなる知識産権法院の設立

全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、北京、上海、広州に設立された3つの知識産権法院は試験的なものである。試行の慣例によれば、一定の時間が経った後は、経験をまとめ、普及すべきである。この意味から、周強院長は、3つの知識産権法院の経験をまとめて普及し、適切な時期に知識産権法院を増設し、さらに、知識産権の専門化審判体制を健全にすることを提案している。大まかに言うと、北京、上海、広州に設立された3つの知識産権法院は、ある程度これらの都市及びその付近地域の専門化審判の需要を満たすことができるが、中西部地域の技術系の知的財産の案件の専門化審判に対する需要を満足することができない。従って、適切な時期に知識産権法院を増設して、さらに広い地域の知識産権専門化審判に対する需要に対応することは、理に適っている。

しかしながら、全国人民代表大会常務委員会が2014年8月に制定した「決定」は、北京、上海と広州に知識産権法院を設立することを授権し、最高人民法院に知的財産案件の類型と数により知識産権裁判廷を設置することを授権するだけである。「決定」の精神によれば、新たな知識産権法院を増設するか否

²⁹ 周強『最高人民法院による知識産権法院の業務状況に関する報告』（2017年8月29日）。

か、どの都市に新たな知識産権法院を増設するか、どの時点で新たな知識産権法院を増設するかは、いずれも全国人民代表大会常務委員会により承認されるべきである。上記から、周強院長は「知識産権法院実務に関する報告」において、全国人民代表大会常務委員会に、北京、上海、広州三つの知識産権法院の経験をまとめ、適切な時期に知識産権法院を増設することだけを提案している。

新たな知識産権法院を増設することは、着実に進めるべきである。2014年の全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、知識産権法院は、設立してから3年後、省、市、自治区を超えて技術系の知識産権の一審案件を管轄することができる。この規定によれば、明らかに、各省、市、自治区全てにおいて1つずつの知識産権法院を設立する必要はなく、同じ省、市、自治区に2つの知識産権法院を設立する必要もなない。いかに新たな知識産権法院を増設し、知識産権法院をどれぐらい増設するかについては、依然として全国人民代表大会常務委員会の「決定」の精神に戻り、技術系の知的財産案件の類型、数と分布地域により決定すべきである。

現在、中国の技術系の知的財産案件は、主に北京、上海、広州等の都市と沿海地域に集中している。ここから、全国人民代表大会常務委員会は、北京、上海、広州に知識産権法院を設立することを決定した。大まかにいうと、この北京、上海、広州の3つの知識産権法院、及び3つの知識産権法院のいくつかの「派出法廷」は、東部沿海地域の知識産権専門化裁判に対する需要を満足させることができる。これに合わせて、沿海地域に新たな知識産権法院を更に設立する必要はない。中西部地域については、技術系の知的財産の案件の数が相対的に少なく、多くの知識産権法院を設立する必要もない。案件の数と地域の分布等の要素に基づき、中西部地域の一部の大都市、例えば、武漢、重慶、西安に3~5か所の知識産権法院を増設することを考えることができる。大まかに言うと、3~5か所の知識産権法院を増設した上、さらに相応する派出法廷を設ければ、中西部地域の技術系の知的財産の案件の専門化審判に対する需要を満足させることができる。

新たな知識産権法院を増設することは、数と地域の分布を含む二つの要素を十分に考えるべきである。第1は、新たな知識産権法院を増設するとともに、いくつかの「派出法廷」の設立することである。既に設立した11か所の知識産権裁判廷の経験から、少なくとも、各省、市、自治区に1つの「知識産権法廷」を設立することができる。必要に応じて、更に1つの省、市、自治区に2つの「知識産権法廷」を設立することができる。このように、新たに増設された3~5か所の知識産権法院を幹とし、10~20か所の知識産権法廷を枝として、中西部地域の知的財産の専門化裁判に対する司法ニーズをほぼ満足することができる。第2は、知的財産案件の管轄の特徴である。民事訴訟法の規定によれば、侵害行為で提起された訴訟は、侵害行為の発生地及び被告の所在地の法院により管轄される³⁰。被告の所在地から見ると、有形財産と無形財産の管轄には区別がない。一方、侵害行為の発生地から見ると、有形財産の侵害行為の発生地と無形財産の侵害行為の発生地は大きく異なる。例えば、専利の侵害に対して、関連製品の製造地は侵害行為の発生地であり、侵害製品の販売地と使用地も侵害行為の発生地である。この意味から、知的財産権は無形財産権として、侵害行為の発生地は様々な地域で発生することがある。それによって、中西部地域の知的財産の所有者は、近辺の知識産権法院及び知識産権法廷を選定して侵害訴訟を提起することができるだけでなく、北京、上海、広州の知識産権法院に行って訴訟を提起することもできる。

上記のとおり、北京、上海、広州の3つの知識産権法院をもとに、3~5か所の知識産権法院を増設し

³⁰ 中国の民事訴訟法 27 条参照。

た上、さらに 20~30 か所の知識産権法廷を設置し、技術系の知的財産の案件管轄の特別性を加味すると、全国の知的財産の専門化された裁判に対する司法ニーズを大体満足させることができる。そして、更に重要なことは、このように、一つの知識産権法院に知識産権裁判廷を加える体制により、従来の専利の一審案件を管轄する 87 か所の中級人民法院知識産権裁判廷と、7 か所の基層人民法院知識産権裁判廷及び従来の植物新品種の一審案件を管轄する 45 か所の中級人民法院知識産権裁判廷と、集積回路の回路配置の一審案件を管轄する 46 か所の中級人民法院知識産権裁判廷を代替することである。新たな知識産権法院に知識産権法廷の体制の構築と整備に伴って、従来の技術系の一審案件の管轄体制は、徐々に歴史の舞台から立ち去ると言える。事実上、北京知識産権法院の設立により従来の第一、第二、第三中級人民法院の知識産権裁判廷を代替したことが、既に、新体制の従来の体制に対する代替を説明している。

(2) 知識産権高級法院の設立

全国人民代表大会常務委員会の「決定」に従って、北京、上海、広州に三つの知識産権法院を設立し、地域を超えて技術系の知識産権の一審案件を管轄する。そのうちの地域を超えた管轄とは、最初 3 年以内の本省と本市内の地域を超える管轄を含むだけでなく、3 年後の近辺の省、市、自治区の区画を超える管轄も含む。同時に、全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、知識産権法院は更に所在市の基層人民法院からの著作権、商標と反不正競争に関する上訴案件を受理すべきである。明らかに、このような配置により、一定の程度において、ある 1 つの管轄区内の裁判基準を統一させることができる。しかしながら、全国人民代表大会常務委員会の「決定」によれば、3 つの知識産権法院の技術系の知識産権に関する一審判決、裁定に不服とする上訴案件は、それぞれ北京市、上海市及び広東省の高級人民法院により受理される。この他、3 つの知識産権法院の著作権、商標と反不正競争に関する案件の二審判決に不服し、当事者が再審請求を提起する場合、それぞれ所在地の高級人民法院により審理すべきである。このように、3 つ及び更に多くの二審法院は法律適用において矛盾したり、更に裁判標準の統一化に影響を及ぼす可能性がある。

米国と日本等の国の実践経験から見て、二審法院の法律適用の基準が一致しない問題を解決する根本的なやり方は、統一した控訴法院及び二審法院を設置して、全国各地からの上訴案件を受理し、相対的に統一した裁判基準で、上訴案件を審理し必要な判決を下すことである。例えば、米国は 1982 年以前に、特許に関する一審案件を連邦地方裁判所が受理し、一審判決を不服とする案件は一審裁判所の所在地の巡回区控訴裁判所、例えば、第一、第二、第五巡回区控訴裁判所が受理していた。各巡回区控訴裁判所が受理した特許が有効であるか否か、侵害したか否かに対する基準が異なるため、原告と被告が、極力自分に有利な巡回区控訴裁判所に訴訟を提起する現象があった。1982 年になって、米国は合衆国連邦巡回区控訴裁判所を設立し、全国地方裁判所からの一審特許案件を一括で受理し、特許が有効であるか否か、侵害があったか否かの基準を大体統一しただけでなく、更に強力且つ効果的に特許権所有者の利益を保護し、技術革新の好調な発展を促した³¹。また、例えば、日本は 1996 年に民事訴訟法を改正し、特許、実用新案、集積回路の回路配置とコンピュータソフトウェアに関する一審案件を、それぞれ東京地方裁判所と大阪地方裁判所の管轄としたが、二審はそれぞれ東京高等裁判所と大阪高等裁判所が受理

³¹ 李・前掲注 (3) 170-173 頁。

することになっていた。2005年になって、日本は知的財産高等裁判所を設立し、東京地方裁判所と大阪地方裁判所からの二審案件を一括で受理することになった³²。このようなやり方は、技術系の知的財産の案件の裁判基準の統一化に大いに貢献しただけでなく、強力且つ効果的に特許権者の利益を保護し、技術革新を促した。

二審裁判の基準が不統一であることで、技術系のイノベーションの成果に対する保護に影響する可能性があることが懸念され、学術業界は早くから中国は米国と日本のやり方に倣って、全国的な知識産権上訴法院或は高級法院を設立すべきであると提案していた。この点について、2008年に公表された「国家知識産権戦略綱要」は、既に、「専利などの技術性の高い案件の審理管轄権を適当に集中する問題を検討し、知識産権上訴法院を構築することを探索する」ことを指摘した。明らかに、北京、上海、広州の3つの知識産権法院の設立と運営に伴って、全国的な知識産権高級法院を構築し、技術系の知識産権の二審案件を統一して受理することは、既に立法機関の議事日程に上げられている。この点について、周強院長による「知識産権法院実務に関する報告」でも、「知識産権強国と世界科学技術の強国を振興・建設する戦略的な高さから、国家レベルの知的財産の案件の上訴審理メカニズムを構築することを検討し、知的財産の案件の審理専門化、管轄集中化、手続き集約化及び人材専門化を実現する」ことを提案していた。

注意すべきことは、上記の「知識産権法院実務に関する報告」では、「上訴審理のメカニズム」の用語を使用し、上訴法院或は高級人民法院の用語を使用していないことである。明らかに、「上訴審理のメカニズム」という言い方は、技術系の知的財産の案件の二審のメカニズムに十分な空間を残し、学術業界に多くの人たちが言う「上訴法院」とも異なる。実は、中国の従来 of 法院組織体制によれば、技術系の知的財産一審案件を受理する法院が「中級法院」である限り、技術系の知的財産二審案件を受理する法院は「高級法院」であるべきであるとされる。そして、「知識産権法院実務に関する報告」に言及されていたのは「国家レベル」の上訴審理メカニズムであり、将来設立すべき法院は全国的な「知識産権高級法院」であることを表明する。

立法手続において、「知識産権高級法院」を設立することは、「知識産権法院」を設立することより遥かに難しい。具体的に言うと、全国人民代表大会常務委員会は2014年8月に、北京、上海、広州に3つの知識産権法院を設立することを決定した。この決定から分かるように、3つの中級人民法院レベルの「知識産権法院」を設立することは、全国人民代表大会常務委員会の権利付与だけでよい。それにより、全国人民代表大会常務委員会は、この権利付与に基づいて、更に多くの知識産権法院の設立を承認することができる。しかし、全国的な「知識産権高級法院」、又は全国的な「上訴審理メカニズム」を構築するためには、全国人民代表大会の権利付与が必要である。このような権利付与は、全国人民代表大会が単独に決定してもよく、法院組織法を改正することにより規定してもよい。この点において、米国が1982年に合衆国連邦巡回区控訴裁判所を設立したこと、日本が2005年に知的財産高等裁判所を設立したことは、いずれも先に立法機関により関係法律を制定し、その後行ったものである。従って、全国的な「知識産権高級法院」を設立することを提唱することにおいて、立法の要素を無視してはならない。

筆者は、全国的な「知識産権高級法院」を設立するには、北京市高級人民法院の知識産権裁判廷を基本とするべきであると考え。このような考えによれば、一方では、全国的な技術系の知的財産の二審案件を審理するニーズに応えるために、北京市高級人民法院知識産権裁判廷の人員を増やすことができ

³² 前掲注(11)。

る。他方では、北京市高級人民法院の組織構成、事務設備及び総務支援を十分に活用し、対外的に「知識産権高級法院」の看板を掛けることである。事実上、このようなやり方は、国際的にも前例がある。例えば、米国は 1982 年に合衆国連邦巡回区控訴裁判所を設立する際に、従来の「関税と特許控訴裁判所」と「行政裁判所」を一体化し、従来のオフィスビル内に設置させた³³。また、例えば、日本は 2005 年に「知的財産高等裁判所」を設立する時に、同じく東京高等裁判所内のいくつかの知的財産部門を一体化し、対外的に「知的財産高等裁判所」の看板を掛けた。組織構成において、「知的財産高等裁判所」は東京高等裁判所の一つの特別支部としている。所在地は、依然として東京高等裁判所のオフィスビル内に位置する。当然、もう一つの面では、「知的財産裁判所」の特徴を示すために、独立した裁判委員会を設置して関連する司法行政事務を処理し、独立した事務局を設置して日常の事務を処理している³⁴。

「知識産権高級法院」について、現在もう一つの提案は、組織構成及び所在地に関わらず、いずれも別途組織し、別途所在地を決めるべきであると主張している。しかしながら、このようなやり方が現行の法院組織システムに与える影響はより大きいものであろう。具体的に、現在の省、市、自治区の高級人民法院の体制のほか、別途「知識産権高級法院」を設立することは、既に存在する現行の高級法院体制に影響を与える。また、「知識産権高級法院」を独立して組織し、独立して設立する場合、現行の高級法院体制に与える影響がさらに大きい。この側面において、日本は「知的財産高等裁判所」の設立を検討する際に、同じく独立に組織し、独立して設立する提案をしたことがある。具体的には、従来の 8 つの高等裁判所の上、東京高等裁判所における知的財産部門を分離し、第九の高等裁判所を設立することである。しかし、現行の裁判所体制に与える影響が大きいことから、最終的に「知的財産高等裁判所」を東京高等裁判所内に設置し、1 つの特別支部とする案を採用した³⁵。この点において、日本の知的財産高等裁判所設置法の 2 条は、「特別の支部として、東京高等裁判所に知的財産高等裁判所を設ける」と明確に規定し、本法に規定された知的財産の案件を処理することにした。

明らかに、独立して「知識産権高級法院」を設立するか、それとも北京市高級人民法院の枠内で「知識産権高級法院」を設立するかについて、米国と日本のやり方は我々が参考にする価値がある。

(3) 知識産権法院体制と権利付与・権利確定の行政機構との関係

全国人民代表大会常務委員会の 2014 年 8 月の「決定」によれば、「国務院行政部門の裁定及び決定に不服があることで提起された一審知的財産の権利付与・権利確定案件は、北京知識産権法院が管轄することになる。ここで言う国務院行政部門が下した裁定及び決定とは、主に専利復審委員会の専利権を付与及び専利権の有効性に関する決定、商標評審委員の商標登録を付与及び商標登録の取消に関する決定、及び農林部門の植物新品種権利に関する決定を指す。従前、当事者は専利復審委員会の裁定及び決定、又は商標評審委員会の裁定及び決定に不服がある場合、一般的に、北京市第一中級人民法院に一審訴訟を提起していた。農林部門から下された植物新品種の権利に関する決定について、当事者が不服とする場合、通常は北京市第二中級人民法院に一審訴訟を提起していた。全国人民代表大会常務委員会の「決定」の公表に伴って、行政機関の決定及び裁定に不服がある一審案件は、北京知識産権法院が統一して受理することになった。

³³ 李・前掲注 (3) 170-173 頁。

³⁴ 日本の知的財産高等裁判所設置法 2 条、4 条、5 条を参照。

³⁵ 近藤昌昭ほか『司法制度改革概 2 知的財産関係二法と労働審判法』「知的財産高等裁判所設置法」(商事法務出版社、2004 年 10 月) 14-17 頁参照。

国務院行政部門により下された決定及び裁定は、大きく二種類に分けられる。一類は、権利を授与しない及び商標登録を許可しない決定であり、もう一類は既に付与された専利権、植物新品種権が有効であるか否かの決定、及び既に登録された商標が有効であるか否かに関する決定である。

まずは、拒絶査定に係る復審委員会の決定について述べる。専利法の関連規定によれば、専利出願人が専利出願を提出した後、国家知識産権局がこれに対する拒絶査定を行った場合、出願人は専利復審委員会に再審理を請求することができる。専利復審委員会が国家知識産権局の拒絶査定を維持する場合、出願人は北京知識産権法院に訴訟を提起し、更に不服がある場合、北京市高級人民法院に上訴を提起することができる。この種の訴訟において、専利出願人は原告であり、専利復審委員会は被告である。商標法の関連規定によれば、商標登録出願人が登録申請を提出した後、国家工商行政管理総局商標局が拒絶判断をした場合、商標登録出願人は商標評審委員会に再審理を請求することができる。商標評審委員会が国家工商行政管理総局商標局の決定を維持し、商標登録出願を拒絶した場合、出願人は北京知識産権法院に訴訟を提起し、これについて不服がある場合、継続して北京市高級人民法院に上訴を提起することができる。植物新品種に対する権利付与について、出願人は先に農林部門の承認機関に出願を提出する。承認機関が権利を付与しない決定をした場合、農林部門の植物新品種復審委員会に再審理を提起することができる。植物新品種復審委員会が権利を付与しない決定を維持する場合、出願人は北京知識産権法院に訴訟を提起し、これに不服がある場合、継続して北京市高級人民法院に上訴を提起することができる。

中国では、専利復審委員会、商標評審委員会と植物新品種復審委員会が下した決定は、行政決定に属する。それにより、当事者が提起する訴訟は行政訴訟に分類される。同時に、行政訴訟法により規定された二審終審制度によれば、北京知識産権法院が下す判決は一審判決に属し、当事者が不服の場合、さらに、北京市高級人民法院に上訴することができる。しかしながら、米国では、特許商標庁審判部は準司法機関に属し、よってその決定は一審判決に相当する。当事者が不服の場合、合衆国連邦巡回区控訴裁判所に控訴することができる。日本では、当事者が特許庁審判部の決定に不服がある場合、知的財産高等裁判所に控訴することができる。米国と日本のやり方を参照し、学術業界では、専利復審委員会、商標評審委員会と植物新品種復審委員会を準司法機関と見なし、当事者がこれらの機構による決定に不服がある場合、北京市高級人民法院に上訴できると提案したことがある³⁶。このような提案に基づき、2008年に公表された「国家知識産権戦略綱要」には、「専利と商標の権利付与・権利確定手続を改革し、専利の無効審理と商標評審機構の準司法機構への変換問題」が提案された。しかしながら、今まで、準司法の概念は立法機構に認められていない。

筆者は、中国で完全な知識産権法院体制を構築した後、専利の権利付与、植物新品種の権利付与及び商標登録の手続を簡素化するために、専利復審委員会、商標評審委員会及び植物新品種復審委員会を準司法機関として規定すべきであると主張する。このような構想によれば、専利出願人、植物新品種出願人及び商標登録出願人が上記機構の決定に不服がある場合、知識産権高級法院に上訴し、必要に応じて最高人民法院に再審を請求することができる。また、一つの予備案として、現在のやり方に従い、出願人により北京知識産権法院に上訴し、必要に応じて知識産権高級法院に再審を請求することも可能であろう。ここで、重要な問題は、専利復審委員会、商標評審委員会及び植物新品種復審委員会を準司法機関として明確に規定すると同時に、北京知識産権法院と知識産権高級法院の専門法院としての役割を果

³⁶ 中国社会科学院知識産権センター・前掲注(14) 258-268頁参照。

たすことである。

次に、専利権、植物新品種の権利の無効及び商標登録無効の決定を見る。中国の現在のやり方によれば、専利権と植物新品種権が付与された後、又は商標登録が認められた後、専利復審委員会だけが関連専利権の有効であるか否かを決定することができ、植物新品種復審委員会は関係する権利が有効であるか否かを決定することができ、商標評審委員会は関係する商標登録が有効であるか否かを決定できる。このようなやり方によれば、かかる侵害訴訟において、被告が専利権無効、植物新品種権無効の抗弁、及び商標登録無効の抗弁を提出した場合、案件を受理した法院は一般的に審理を中止し、専利復審委員会、植物新品種復審委員会及び商標評審委員会の決定を待つ。また、上記機構による決定に対し、当事者が不服の場合、北京知識産権法院に起訴し、北京市高級人民法院に上訴することができる。上記手続を経過した後、最終的な結果が権利無効及び登録無効である場合、最初に侵害案件を受理した法院は審理を復活させる必要がなくなるが、それは侵害訴訟の訴因が消滅したからである。しかし、最終的な結果が専利有効及び登録有効である場合、最初に侵害案件を受理した法院は審理を再開し、侵害であるか否かの判断を行わなければならない。そして、当事者が一審判決に不服の場合、更に上訴を提起することができる。概算すると、このような手続を終えるには、少なくとも3~5年、長くて7~8年を経たないと、当事者は最終的な侵害であるか否かの判決を受けることができない。

この問題について、米国と日本のやり方としては、権利侵害案件を受理する法院によって特許権が有効であるか否か、商標登録が有効であるか否かを直接判断する。例えば、米国では、特許権を付与するか否か又は商標登録を許可するか否かは、行政機関の職責である。しかし、関連する特許権が有効であるか否か、商標登録が有効であるか否かは、裁判所が権利侵害訴訟において判決を行う。このような方法の最大の利点は、裁判所は1回の審理において、関連する権利が有効であるか否か、登録が有効であるか否かを認定できるだけでなく、更に被告が関連する特許権と登録商標を侵害したか否かを認定することができる。これにより、当事者が権利侵害であるか否かの判断を受ける時間も多いに短縮される。また、例えば、日本では、特許無効と商標登録無効において、従来やり方は中国と同様で、特許庁の審判部によって関連する特許又は商標登録が有効であるか否かの決定を行っていた。しかし、2004年になって、日本は特許法を改正し、裁判所が特許の権利侵害訴訟において、案件に関する特許権が有効であるか否か、及び原告が被告に対して自己の特許権を行使できるか否かについて、直接本件審理において判断することを容認した。改正後の特許法104条の3によれば、特許権に関する侵害訴訟において、原告の特許権が「特許無効審判により無効にされるべきものと認められる」場合、特許権者は被告に対して自らの特許権を行使してはならない³⁷。注意すべきことは、ここで言う特許権が「特許無効審判により無効にされるべきものと認められる」は、案件を審理する裁判所によって認定し、特許庁審判部が無効審判を行うまで待つわけではない。このように、実際に特許権の有効性を判断する権力は、行政機関から司法機関へ移る。また、2004年に改正された商標法によれば、裁判所は商標案件を審理する時、特許法104条の3を引用して、案件に関する商標登録が有効であるか否か、及び商標所有者が被告に対して自己の権利を行使できるか否かについて判断することができる³⁸。

国家知識産権戦略を制定する過程において、学術界では、米国と日本の方法を倣って、権利侵害案件を受理する法院によって案件に関する専利が有効であるか否か、案件に関する商標登録が有効であるか

³⁷ 日本の特許法104条の3を参照。

³⁸ 日本の商標法39条を参照。

否かを直接判断することを提案したことがある³⁹。しかし、この提案は今まで実現されていない。その主な原因は、専利、集積回路の回路配置と植物新品種案件を管轄することができる一審法院が分散し過ぎており、二審案件は更に 32 か所の高級人民法院によって管轄されるからである。この場合、案件を受理する法院によって専利権が有効であるか否かを直接判断すると、当然ながら審理基準の不統一が起こる。

しかしながら、中国の知識産権法院体制の構築に伴い、案件を審理する法院によって案件に関する専利権、植物新品種権が有効であるか否か、案件に関する商標登録が有効であるか否かを直接判断する機運は、既に熟している。具体的に、全国人民代表大会常務委員会の「決定」により、特許、植物新品種、集積回路の回路配置、技術秘密とコンピュータソフトウェアに関する一審案件は、知識産権法院によって管轄される。関連する権利侵害紛争において、当事者が専利権無効、又は植物新品種権無効を主張する場合、案件を審理する法院によって関連する権利が有効であるか否かの判断した上で、被告の行為が権利侵害であるか否かを判断する。当事者が一審法院による判決に不服がある場合、専利権、植物新品種権の有効性に関する判断を含めて、全国的な知識産権高級法院に上訴することができる。知識産権法院にとって、自らの判決により、各知識産権法院（知識産権裁判廷を含む）の関連専利権の有効性や、植物新品種権の有効性に関する基準を協調・統一させることができる。そのほか、関連する法律は、更に、商標登録が有効であるか否かの問題に関わる場合、知識産権法院によって審理し、必要に応じて知識産権高級法院に上訴して受理すべきであることを明確にしなければならない。

知識産権法院体制と行政機関による決定の関係について、一方は、専利復審委員会の専利権を付与しない決定、植物新品種委員会の権利を付与しない決定及び商標評審委員会の登録を認めない決定は、準司法機構の決定と見なすことができ、「知識産権高級法院」に上訴し、知識産権高級法院によって権利を付与するか否か、登録するか否かを決定し、更に権利の付与、登録の基準を協調・統一させる。他方、知識産権法院は、関連する権利侵害紛争において、案件に関する専利権が有効であるか否か、植物新品種権が有効であるか否か、商標登録が有効であるか否かを判断した上で、権利侵害になるか否かを判断する。このような案件に対し、当事者が判決に不服の場合、知識産権高級法院に上訴することができ、更に知識産権高級法院によって関連する審判基準を協調・統一させる。このように、知識産権高級法院は、専利と植物新品種の権利を付与するか否か、商標登録を認めるか否かを指導する職責がある一方、知識産権法院の専利権が有効であるか否か、植物新品種権が有効であるか否か、商標登録が有効であるか否か、及び権利侵害になるか否かを指導する職責がある。その際、関連する権利が付与されたか否か、関連する権利が侵害されたか否かに関わらず、いずれも 1 つの斬新な局面が現れる。

（4）三審合一、独任審判、法律審及び事実審

中国の司法制度改革において、知識産権に関する裁判は今まで 1 つの実験分野であった。多くの司法改革の問題において、国はいつもまず知的財産の裁判分野において試みを行い、その経験をまとめて普及している。以下、三審合一、独任審判、法律審及び事実審だけを簡単に説明する。

まず「三審合一」を見る。三審合一とは、知識産権に関する民事、行政と刑事案件に対し、1 つの知識産権裁判廷又は合議体が統一して審理することを指す。「三審合一」を実施する前に、知識産権の民事

³⁹ 中国社会科学院知識産権センター・前掲注（14）258-268 頁。

案件、行政案件と刑事案件は、それぞれ民事裁判廷、行政裁判廷と刑事裁判廷によって審理される。各裁判廷の専門的な観点が異なるため、関連する案件に対する判決も異なり、ひいては一定のズレが生じる。営業秘密の案件を例とした場合、民事裁判廷が重視するのは案件に関する情報が営業秘密となるか否かであり、例えば、原告の情報に秘密性があり、ビジネス価値を有し合理的な機密保持の措置を採用しており、被告が不正な手段で案件に関する営業秘密を盗用、開示及び使用したことである。刑事法廷が重視するのは被告の行為が犯罪となるか否か、犯罪となる要件を満たすか否かである。民事裁判廷と刑事裁判廷の視点が異なり、更に司法実践における「先に刑事、後に民事」のやり方のため、少なくとも営業秘密の裁判に一定のズレが生じた。例えば、幾つかの案件において、刑事裁判によって被告を有罪と判決したが、その後の民事裁判では案件に係る情報が商業的の秘密とならないことが判明し、被告には権利侵害の問題がないというのがある⁴⁰。

事実上、早くも 90 年代の初期に、上海浦東新区法院の知識産権裁判廷が設立された時、知識産権裁判廷によって知的財産の民事、行政と刑事案件を統一して審理する方法を確立した。その具体的な方法は、浦東新区法院の知識産権法廷の構成人員には、民事裁判人員以外に、更に二名の刑事裁判人員がいる。普段、二名の刑事裁判の法官は民事案件の審理を補助し、刑事案件が発生した時、民事の法官と共に合議体を構成し、案件に関する民事問題を審理するとともに、案件に関する刑事問題を審理することにより、良好な効果が得られている。浦東新区法院の成功経験により、同時に民事法廷、行政法廷と刑事法廷がそれぞれ知的財産の案件を審理することで、発生した問題に対し、国家知識産権戦略を制定する過程において、学術界からは「三審合一」の提案を行った⁴¹。その上、2008 年 6 月に公表された「国家知識産権戦略綱要」も、「知識産権の民事、行政と刑事案件を統一して受理する専門知識産権法院を設置することを検討する。」とし、その後、最高人民法院の主催で、全国範囲内での知的財産の裁判において、「三審合一」の方法が普及した。

しかしながら、2014 年に全国人民代表大会常務委員会が制定した「決定」によれば、北京、上海、広州 3 つの知識産権法院は、技術系の知識産権の一審民事と行政案件のみを管轄し、技術系の知識産権の一審刑事案件は排除されている。このような構想に基づけば、その後設立された知識産権法院は、これから設立される新たな知識産権法院、全国的な知識産権高級法院を含めて、いずれも技術系の知識産権の民事と行政案件だけを管轄する。当然ながら、このような構想は、既に広範に普及された知識産権の民事、行政と刑事案件の三審合一とは一致しない。

筆者の知識によれば、最高人民法院は「決定」を起草する時、北京、上海と広州の 3 つの知識産権法院によって管轄される技術系の案件は、専利、植物新品種及び集積回路の回路配置の 3 種類の案件のみであった。中国の現行の法律制度によれば、専利権、植物新品種権と集積回路の回路配置権を侵害した場合、民事責任と行政処罰のみを受けるが、刑事責任の問題はない。そして、「決定」を起草した時間が緊迫していたため、最高人民法院も刑事責任の問題を意図的に回避した。それは、刑事責任に関わる場合、必ず公安 [警察] 機関による偵察、検察院による起訴、及び刑事法廷による裁判に関わるからである。この場合、法院と公安機関、検察院の関係を如何に協調し規定するかは、複雑になる。しかし、3 つの知識産権法院により技術系の知識産権の民事と行政案件を受理すると規定するだけなら、非常に簡単になり、「決定」も早く可決される⁴²。

⁴⁰ 中国社会科学院知識産権センター・前掲注 (14) 258-268 頁。

⁴¹ 同上。

⁴² 筆者は、全国人民代表大会常務委員会の「決定」の草案の議論に複数回参加した。

しかし、各方面の議論を経て、特に学术界の意見と提案を受け入れ、全国人民代表大会常務委員会が可決した「決定」は、3つの知識産権法院が受理した技術系の一審案件を規定した際に、技術秘密を追加した。その後、最高人民法院が公表した「北京、上海、広州の知識産権法院の案件管轄に関する規定」には、さらにコンピュータソフトウェアが追加された。しかし、中国現行の法律制度によれば、他人の営業秘密（技術秘密を含む）を反復して故意に侵害する行為、コンピュータソフトウェア著作権を反復して故意に侵害する行為は、権利侵害者の刑事責任を追及することができる。当然ながら、技術秘密とコンピュータソフトウェア著作権を反復して故意に侵害する行為を、知識産権法院体制から排除し、一般的な刑事法廷に管轄させる場合、民事案件と刑事案件をそれぞれ審理する従来の方法に戻り、権利侵害になるか否かと犯罪になるか否かの基準を統一するのに不利である。上記から分かるように、将来の知識産権法院体制の建設において、技術秘密とコンピュータソフトウェア著作権を侵害する案件について、三審合一を実行することは、依然として必ず解決しなければならない問題である。

次に独任裁判を見る。周強院長は「知識産権法院の実務状況に関する報告」において、全国人民代表大会常務委員会に一連の提案を提出した。その1つが知識産権一審案件の審理を推進する改革方式である。具体的には、全国人民代表大会常務委員会が知識産権法院に権利付与し、簡単な一審民事、行政案件に対し、主審法官による独任審判の試みを行い、複雑な案件と簡単な案件の仕分けを促すことを提案した。その民事案件とは、知的財産の権利侵害又は権利帰属の民事紛争案件であり、行政案件とは、行政の法執行機関による処理決定に不服の案件及び国務院行政機関による権利付与、権利確定又は裁判に不服の案件である。現段階において、知的財産の行政案件は主に専利復審委員会と商標評審委員会からの案件であり、専利復審委員による専利権を付与しないことに不服がある案件と商標評審委員会による商標登録を許可しないことに不服がある案件を含む。

中国の民事訴訟法と行政訴訟法の規定によれば、裁判所の民事案件又は行政案件に対する審理は、合議体を構成しなければならない。通常の場合、一名の法官が裁判長を担当し、二名の法官が合議体の構成員となる。当然ながら、必要な場合、一名の人民陪審員、ないし二名の人民陪審員が合議体の構成員となることもできる⁴³。当然ながら、このような三人が合議体を構成する方式は、比較的複雑な案件であるが、例えば、専利権侵害案件に適したものであり、非常性が高い。しかし、一部の簡単な案件、例えば、商標登録に関する案件、外観設計専利の権利侵害になるか否かに関する案件に適用する場合、裁判資源が無駄になる。それは、このような案件は比較的簡単であり、法官による独任裁判を実施するだけで、関連する問題を解決することができるからである。

注意すべきことは、周強院長が「報告」で言及した法官による独任裁判は、知識産権法院に対する試行であり、簡単な民事案件と行政案件に対する試行である。大まかに言うと、このような案件は関連する商標を登録すべきか否かの案件、商標登録が有効であるか否かの案件、登録商標が連続して三年間使用されていないため取り消された案件、及び外観設計、実用新型の権利侵害を判断する案件を含む。そして、周強院長が「報告」で言及したことは、一審案件に対する試験である。このように、一審法官の独任審判によりズレが生じたとしても、二審法院によって是正することができる。これにより、簡単な商標、実用新型、外観設計の案件に対し、法官の独任審判を実施することは合理的である。

法官による独任審判を実施することは、司法資源を節約し、法院の限られた人的資源をより多くの重要な、難解な案件の審理に充てられるためである。実は、司法資源を節約する別のルートは、司法和解

⁴³ 中国の民事訴訟法と行政訴訟法の関連する規定を参照。

制度を導入することである。具体的には、事実が明確で、法律規定も明確である条件では、双方当事者は関連する紛争について和解すべきであり、法院の判決を待つ必要がない。それは、事実が明確であり、法律規定も明確であることが前提で、当事者は法院が出すであろう判決を予想できるからである。双方当事者が法院により出される可能性がある判断結果を知りながらも、依然として法院に判決を求める場合、司法資源の濫用に当たる。例えば、米国の方法によれば、案件の事実が明確であり、法律規則が明確で、訴訟当事者の勝負が明確な状況において、依然として裁判所に判決を要求する場合、司法資源の濫用に当たり、一定の懲罰を受けることがある。そのため、米国の97%以上の民事訴訟は、いずれも裁判所が判決を下す前に当事者が協議して和解する⁴⁴。

現在の中国では、多くの当事者がしばしば最後まで判決を求める。一審で敗訴すると上訴し、二審で依然として敗訴するとまた再審を提起する。筆者の立場から見ると、このような現象が発生する主な原因は、各地の法院と各級の法院が関連する法律規則の適用において、基準が一致しないだけでなく、判決も一致しないためである。これにより、当事者の二審又は再審結果に対する期待が発生する。知識産権法院体制の完全化に伴い、法律の適用基準の協調・統一に伴い、中国は司法和解制度を導入すべきであり、法院が判決する前に関連する紛争の解決を試みるべきである。あるいは、ここで改めて明言する必要があるかもしれないが、訴訟を提起することは紛争を解決するためである。しかし、紛争の解決は、訴訟を提起する前に解決することができ、法院が判決を下す前に解決することもでき、当然一審、二審又は再審の過程で解決することもできる。ここで、重要な問題は、各地の法院と各級の法院が、法律適用の基準と裁判の審理基準を協調・統一させて、訴訟双方の当事者に明確な方向性を指し示さなければならない。

最後に法律審と事実審との関係を述べる。中国の現行の民事訴訟法によれば、民事案件は二審終結を実施する。同時に、当事者が再審を請求する場合、上級法院は更に、関連する案件を再び審理する可能性があり、又は下級法院に関連する案件を改めて審理するよう求めることがある⁴⁵。上記で議論した知識産権法院体制に対応して、技術系の知識産権の一審案件は知識産権法院が管轄し、二審案件は知識産権高級法院が管轄するが、必要に応じて最高人民法院によって受理して案件をさらに再審することができる。

同時に、「民事訴訟法」の規定によれば、一審法院及び二審法院に関わらず、ひいては再審法院を含めて、いずれも案件の事実を審理し、関連する法律を適用して判決を行う。そして、当事者が二審又は再審の手続において新たな証拠を提出しても、案件を審理する法院はこれを審理しなければならない。このような方法で裁判を進めると、一審法院の法官の負担が重くなるだけでなく、二審法院の法官と再審法院の法官の負担も同様に重くなる。そのため、1つの全国的な高級法院が、複数の知識産権法院からの大量の上訴案件を受理すると、絶対にその重い負担に耐えられなくなると考える人がいる。

筆者は、事実審と法律審の関係を処理することにより、この問題を解決することができると考えている。例えば、米国では、関連する民事案件において、一審裁判所が事実を究明した上で法律を適用し、然るべき判決を下す。二審裁判所は、法律適用の問題のみを審理し、事実に関連する問題を審理しない。一審裁判所の案件の事実に対する審理に誤りがあることを発見しても、差し戻して再度審理させる。このような手続に基づき、米国の各巡回区控訴裁判所、これには専門的に特許紛争の二審案件を受理する合衆国連邦巡回区控訴裁判所を含むが、法律問題の理解に集中することができ、必要に応じて創造性の

⁴⁴ Donald Carper et al, Understanding the Law, chapter 3 the Court System, 1991.

⁴⁵ 中国の民事訴訟法 12 章、「一審一般手続」、14 章「二審手続」、16 章「裁判監督手続」を参照。

ある、新たな法律規則を確立する判決を行う。

この面で、中国は米国の方法を倣うことができ、全国人民代表大会常務委員会が権利を付与し、知識産権法院体制に事実審と法律審の問題で試行を行う。具体的には、技術系の知的財産の案件の一審において、知識産権法院（知識産権裁判廷を含む）は、案件の事実を究明するだけでなく、案件事実をもとに法律を適用し、然るべき判決を下す。当事者が一審判決に対し不服の場合、知識産権高級法院に上訴し、後者は関連する案件の審理において、法律問題の審理のみを行い、案件事実の審理を行わない。当事者が二審の関連する法律問題の判決に不服の場合、更に最高人民法院に再審を請求することができる。最高人民法院の再審も、二審法院の法律問題に対する判決が適切であるか否かを審理すべきであり、案件の事実は審理しない。二審法院及び再審法院であっても、案件の事実に問題があることを発見した場合、いずれも案件を一審法院に差し戻して処理させるべきである。当然ながら、このような方法によれば、専門的に二審案件を受理する知識産権高級法院、及び再審案件を受理する可能性のある最高人民法院として、主な精力を法律規則の解釈と適用に置くことによって、各知識産権法院の裁判基準を協調・統一させ、更に訴訟双方の当事者に明確な法律規則の方向性を指し示す。

第3章

悪意の商標に関する研究

第1節 研究内容の要約

日本と中国は、ともに商標制度において、権利の安定化のため登録主義を採用する。登録主義は、実際に商標を使用していなくとも一定の要件さえ満たせば商標登録を受けられる法制であり、商標に化体する商業上の信用について、商標の使用によって現実に存在する信用のみならず、商標の将来の使用による未必的に可能性として存在する信用をも保護の対象としようとする制度である。商標の将来の使用によって蓄積される信用を、事前に商標登録をすることで保護するため、その後一定期間使用されない場合は、その商標登録を事後的に取り消すことによって、第三者の商標選択の余地を担保している。

しかしながら、日中両国ともに、かかる登録主義を奇貨として、使用する意思がないにもかかわらず他人に商標権を売りつけることを目的とする商標登録出願や、他人の営業活動を妨害することを目的とする商標登録出願、又は、他人の著名性を利用して先取的に商標登録出願を行うなど、不正な目的で商標登録出願をする、いわゆる「悪意の商標登録出願」が存在する。具体例として、日本において、周知商標「PUMA」にフリーライドした標章「KUMA」が商標登録された事例や、中国において、個人によって香川県産の「讃岐うどん」を示す「讃岐烏冬」が商標登録出願された事例がある。このような悪意の商標登録出願は、他人の正当な営業活動を害するのみならず、第三者の商標選択の範囲を狭め、さらには商標登録に関わる行政負担を生じさせるなど、公共的な利益を害するものであり、日中両国ともに問題視するものである。

この共同研究は、日中両国の研究者がそれぞれ自国の制度の現状をふまえ、登録主義の欠陥、とりわけ悪意の商標登録出願に関する問題点について研究を行ったものである。

この共同研究を通じて、まず悪意の商標登録出願の類型を概括し、悪意の商標登録出願の問題の背景をより詳細に分析する。また、日中両国の商標法の構成の差異にも言及し、悪意の商標登録出願に対する規制のための枠組みを提示する。

さらに、悪意の商標登録出願の典型例となりうる、地名や地理的表示、著名人の名称などのパブリシティ権、映像・ゲームなどにかかる商品化権について個別に検討する。

地名や地理的表示にかかる悪意の商標登録出願について、日本では、例えば、青森県五所川原市金木町の地名「かなぎ」を含む「激馬かなぎカレー」なる商標が「食材に馬肉を用いたカレー料理を主とする飲食物の提供」を指定役務として、抜け駆け的に出願、登録され、その後日本商標法4条1項7号（公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標）に基づく異議申立が認められて取り消された事例がある。日本における地名を含む商標登録出願の取り扱いに関する条文・判例・審査基準の現況について整理・分析するとともに、中国における地名を含む商標登録出願の取り扱いに関するルールにも触れつつ、問題の提起と対策について提言を行う。

パブリシティ権や商品化権について、中国は日本の法理論の影響を強く受けている。パブリシティ権について、中国では氏名権や肖像権などの制度によって一定の保護を与えているが、商品化権についての規定が存在しない。日本はパブリシティ権については明確な規定はないものの人格権の観点から保護を受けるが、有名な映像作品やアニメのキャラクター名称、イメージなどについて商品化権を用いて保護せず、裁判においては著作権や公序良俗の法理で解決しようとする傾向がある。かかる日中両国の実情をもとに商品化権の適用や保護基準について検討を行い、パブリシティ権や商品化権という側面から悪意の商標の関連制度整備について検討し、提言する。

第2節 中国の制度現状から

I. 商標の抜け駆け登録抑制問題における商品化権

—中日の学説と制度の比較

中南財經政法大学 知識産権研究センター 彭学龍 教授

1. 商品化及び商品化権の概要

商品化とは、分かりやすく言うと、著名なキャラクター名称、イメージ及びその他のマークの公衆への吸引力及び親近感で商品を販促することである。歴史を振り返ると、販促手段としての商品化は長期にわたって継続されている。早くも18世紀のイギリスでは、商人が化粧品にその名前を付けることを許可する対価として、許諾費用を受け取る名門の貴婦人が現れている。1904年、ヨーロッパとアメリカで人気がある子供アニメのキャラクター、バスター・ブラウンは様々な商品での使用が認められている。1913年、アメリカ大統領を務めたセオドア・ルーズベルトもぬいぐるみのクマに自らのニックネームである「テディ」の使用を許諾していた¹。20世紀30年代、アメリカのディズニー社は、その文学作品と漫画キャラクターの二次的商業的開発に取り組んだ。すなわち、Tシャツ、おもちゃ等の商品生産者がミッキーマウス、Donald Duck、白雪姫等の漫画イメージを使用するように許可した²。ディズニー社は、この時点から商品化販促のリーダーとなっている。同様に、前世紀30年代、子役スターであるシャーリー・デンボは人形やぬいぐるみでのその名前とキャラクターの使用を許諾し、その販売量は600万件に達していた。70年代に、商品化は既にアメリカエンターテインメント業界の重要な部門となり、映画業界で活躍し、当時、パラマウントピクチャーズが「スターウォーズ」三部作を撮影する際、必要な資金を主に商業化によって調達していた。同じ時期、ファッションブランドであるディオール、イヴサンローラン、グッチ及びルイヴィトンは、ジーンズ、車、メガネフレーム、時計のメーカーの製品にけるブランド名の使用を有償で許可し始めた。80年代の最初、商品化はアメリカで急成長し、主な経済部門となり、ロックスターとポップ歌手は商品化の許諾に取り組んでいた。博物館、劇院からコンサートホールまで、大学、展覧会からその他の活動まで、全てにおいて、そのロゴ、アイコン又はその他の識別特性が付けられたメダリオン、Tシャツ及びバッジを販売することにより融資していた³。

ヨーロッパのドイツでは、1910年代、グラフト・ツェッペリンは法廷を通じてその氏名や肖像のタバコ製品での使用を禁止する。1960年代、ドイツが設計した車両モデルにはジェームズ・ボンドや黄色い潜水艦に由来するブロックバスター映画の人物イメージを用いた。1978年、女優のファラ・フォーセットは、テレビドラマ「チャーリーズ・エンジェル」での優れた演技をきっかけに、ドイツで有名になり、玩具会社であるメゴ (Mego) は150万ドルのライセンス料でその名前とイメージを用いて様々な型番やサイズの人形を生産する許諾を受け、時価総額は1千万ドルに達した⁴。アジアの日本では、広告業界の

¹ Christian Schertz, *Merchandising-Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis*, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1997, Rn. 15.

² 郭玉軍・甘勇「キャラクターの商品化権の法律性質について」知識産権 (2000年6期)、馬俊駒『人格及び人格権理論講義』307頁 (法律出版社、2009年)。

³ Schertz, *supra* note 1.

⁴ Schertz, *supra* note 1, at Rn. 16.

発展に伴い、販売を促進するために、歌手、映画、スポーツスターをモデル又はイメージキャラクターとする広告が現れ始めた。1976年に、「マーク・レスター」事件は、とうとう商品化権を法律の表舞台に押し出した。該事件において、テレビ広告がイギリスの著名な子役スターであるマーク・レスターの氏名と肖像を無断で使用したため、レスターが映画の輸入業者と菓子の生産メーカーに損失賠償を求めた。東京地方裁判所は、判決において「商品化権」の文言を明確に言及していないが、事実上積極的に認めていた⁵。このような背景において、日本においていち早く「merchandising」を「商品化」に訳し、これに対応する権利「merchandising right」を「商品化権」と訳し、中国語の「商品化」と「商品化権」はいずれも日本語から派生したものである⁶。

それでは、商品化とは一体何なのか？世界知的財産権組織の「架空キャラクター」に対する定義によると、商品化とは、著作者又は許諾された第三者が特定キャラクターの親近感に基づいてその本質的な特徴に対し、消費ニーズの創出を目的とする二次的利用である⁷。少し修正を加えると、上記定義は、完全に様々な商業標識を代表とするその他の客体に適用可能である。一般的に、商品化はその客体のオリジナル分野以外で行われ、即ち、最も広範な二次的利用として表現される。ほとんどの客体にとって、最初の利用は、常に注目されるエンターテインメント、スポーツ又は宣伝業界に現れ、二次的利用の価値は最初の利用により得られた人気と評判をもとに構築される⁸。そのため、商品化の基本的な特徴は以下のようにまとめられる。1) その客体は、最初の利用により得られた評判に基づき、一般的な消費者に対して極めて高い吸引力と親近感を有する。2) 商品化は、客体を最初に利用する商品又はサービスに援用することである。3) 屋烏の愛のように、消費者の特定の客体に対する好感、信頼又は好みは新しい商品又はサービスに移り、更に購買及び消費の欲望を生じさせる。以上から分かるように、事実上、商品化は販促と宣伝活動である。そのため、「merchandising」と「character merchandising」に対する正確な理解は「販促」と「キャラクター販促」であると中国の学者が提案している。言い換えれば、「商品化」と「商品化権」は、実際は誤訳である⁹。単にオリジナルの意味からすれば、このような指摘も理に適ってないとは言いきれない。しかしながら、既に慣用されている以上、以下のような理解をすれば、人々の関連制度に対する誤解も避けることができるであろう。すなわち、商品化とは、「特定客体の消費者に対する吸引力と親近感を利用して、商品を販促する」というものである。事実上、「商品化権」を「販促権」に変えてしまうと、ストレートになり過ぎて、権利内容において有すべき弾力性や網羅性に欠けてしまう。中国の著名な民法学者である馬俊駒教授の「化」と「商品化」に対する解釈によると、「化」とは変化、転化の意味であり、「商品化」とは元の商業分野に属しない物を商品又は商品の一部に変えることである¹⁰。このように、「商品化」の文言に「販促」の意味が含まれないというわけでもない。

商品化の客体は非常に広く、主に一般市民に好まれた様々な「イメージ」であり、特に、架空キャラクター、実際の人物イメージ、名称／氏名、タイトル、商業標識、その他の標識、装飾的な要素、デザインや画像を含む。商品化は、上記のイメージに対して最初の利用外で行う二次的なマーケティングであり、即ち、権利者又は許可された第三者のオリジナル分野以外でこれらのイメージに対する開発や利

⁵ 五十嵐清著、鈴木賢・葛敏訳『人格権法』143頁（北京大学出版社、2009年）。

⁶ 鄭成思『知識産権論』74頁（法律出版社、2007年）。

⁷ See WIPO, Character Merchandising, WO/INF/108, December 1994, page 6.

⁸ Schertz, supra note 1, at Rn. 13.

⁹ 劉銀良「キャラクタープロモーション：商品化権の別の解釈」法学2006年8期22-33頁。

¹⁰ 馬俊駒『人格及び人格権理論講義』307頁（法律出版社、2009年）。

用であり、目的は販促と宣伝を含む商品の販売及びサービスの提供である¹¹。商業標識のシステムにおいて、作品のタイトルのマーケティング又はキャラクターの商品化は固有のものと言える。適切な広告宣伝によれば、作品とキャラクター名称はいずれも極めて短い時間内で予想外の人気を得ることができ、ブロックバスター映画、ヒットドラマ、ベストセラー、人気ソフトウェア及び電子ゲームは全てこのとおりである。この場合、作品のタイトルとキャラクター名称は、巨大な商業的な価値を有し、法律による効果的な保護が必要である。同時に、スケジュールとその他の商業周期の制限を受けるため、これらの作品のタイトルとキャラクターは、集中的に開発・利用され、周期は一般的に短い、高い利益をもたらす。そのため、組織された市場の海賊にとって非常に魅力的である。一般的に、作品に緊密に関連するため、タイトルは常にその内容の本質を十分に洗練し、濃縮し、凝縮しており、注目され、心地よい雰囲気の中で覚えられ、相当な程度で情熱のある想像や期待、及び美しい「イメージ」をももたらす。これらの全てはいずれも、合理的なマーケティングによって作品以外の商品に転化することができる。作品タイトルが不正に利用される場合、これによりもたされた評判やイメージは破壊されやすくなる¹²。このように、映画名称やキャラクター商品化の商業的価値と、これについて法的な保護を与える必要性を、成否二つの側面から十分に示している。ドイツにおいて、著名な商業標識に対する保護制度は、識別性や、名声に対する合理的な解釈により実現し、連想的な関連、スポンサー、ライセンス理論を援用する。事実上、商標法の枠組みにおいて絶対多数の作品の名称の商品化問題を解決することができ、商品化権という専門制度に頼る状況はめったにない。アメリカもほぼ同じ状況である。映画キャラクターや名称商品化の許諾が益々普及している背景において、消費者は、映画名称やキャラクターイメージを使用した商品と映画権利者との間に許諾関係が存在するような考えることに慣れている。このように、スポンサー、同盟、許諾、承認及び連想的な混同の適用は、実際に商標権者として認められた作品の名称の権利者のタイトルに対する様々な商品化マーケティングを効果的にコントロールできるようにしていると言える¹³。

この時点で、「商品化権」に緊密に関連する別の文言「パブリシティ権」の内容や特徴に対して簡単にまとめなければならない。アメリカの学者であるニマーの定義によれば、パブリシティ権とは、人々が自分の身分を商業的に利用する権利である。ここでの身分は、氏名、肖像及び声等を含む¹⁴。言い換えれば、他人が広告や販促活動を含む商業活動で使用する記号、標識は人々に特定の自然人を連想させる場合、このような行為は該自然人の身分を商業的に利用することとなり、パブリシティ権を侵害する行為に当たる。アメリカでは、パブリシティ権はプライバシー権により由来する。二者の英語の原文である「The Right of Publicity」と「The Right to Privacy」は明らかに異なり、「プライバシー権」と比較する意味において、「The Right of Publicity」は「公開権」に訳された方がより正確であるかもしれない。アメリカの学者であるウォーレンとデウスの著作「プライバシー権の研究」によれば、普通の法律はプライバシー権を認めなければならず、他人の私生活、習慣、行為及び私生活に関連する情報を勝手に公開することは禁じられている。これらの情報は、事実であるかもしれないが、無断での公開は他人の通常の生活を妨害し、迷惑や不安をもたらす。プライバシー権を論証する過程において、二名の学者

¹¹ Schertz, supra note 1, at Rn. 13.

¹² Ingerl / Rohnke, Markengesetz Kommentar, C. H. Beck Verlag, 2010, 3. Auflage, § 15 Rn. 213.

¹³ 2 J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 10:18--21 (4th ed. 2006).

¹⁴ Melville Nimmer, The Right of Publicity, Law & Contemporary Problems 203(1954)、李明徳『米国知的財産権法』691頁（法律出版社、2014年）。

はさらに大陸法律制度のいわゆる「一人での権利」を引用する¹⁵。以上から分かるように、パブリシティ権は財産権であり、個人のイメージを積極的に利用し、その価値を取得することを強調するものであり、プライバシー権は人権、人格権の範囲に属し、個人情報への無断での利用を禁止することを重点とし、侵害される場合、権利者は差止請求による保護と精神的な損害賠償を主張することができる。

普通の人々がプライバシー権を強調することと異なり、長年にわたって公衆の目にさらされている芸能人やスポーツスター、政治及び商業有名人にとって、重視するものはプライバシー、一人の空間及び精神的賠償ではなく、他人が自分の氏名、肖像及び写真を商業的に利用することを許諾することにより得られる報酬である。「有名人はその肖像が公開されたため、感情的に被害を受けるのではない。有名人にとって、他人が広告で自分のイメージを使用する許諾を与えることができず、自分のイメージを新聞、雑誌、バス、列車又は地下鉄に公開することができず、それにより金銭的報酬を得ることができなければ、何かを奪われたと苦痛を感じるであろう。」¹⁶。理論上、プライバシー権とパブリシティ権は、簡単に分けることができるように見えるが、司法実践において、二種類の権利は常に絡まっている。伝統的に大陸法系のドイツでは、法理においてパブリシティ権の独立した地位を認めているが、事件を審理する手続きにおいて、往々にして元来人格権の範疇に属する氏名権、肖像権や、憲法判例により発展してきた一般的な人格権法理の適用により、紛争を処理する¹⁷。日本と中国では、同じ状況が存在する。日本では、自然人のパブリシティ権保護は常に氏名権や肖像権に絡まっているが、中国では、権威的な民法学者も人格的な利益が経済的な利益を含むと主張し、パブリシティ権とは人格権の枠組みの中で完全に合理的に保護されると主張している¹⁸。他人の悪意の先行登録を阻止する視点から考慮すると、人格権性質に基づく氏名権、肖像権であっても、経済的な価値を重視し、氏名、肖像を客体とするパブリシティ権であっても、予想の結果を達成することができる。

作品の名称、漫画イメージ及び架空キャラクターにとって、商品化の許諾は、映画派生産業の発展を支える重要なファクターとなっているが、実際のところ、法院は法理上の商品化権に保護の根拠を求めることはまれであり、往々にして伝統的な知的財産法から法的な根拠を求める。商品化が最も進んであるアメリカを例とした場合、架空キャラクター、漫画イメージに対する保護は、主に著作権法、商標法及び不正競争防止法に依拠する。まず、著作権法による保護について、文学作品のキャラクター、漫画イメージ及び映画作品のキャラクターの3種類に分けられる。1) 文学作品のキャラクターは、完全に言語によって説明される架空キャラクターである。その保護基準は2つある。一つは、「十分な説明」基準であり、具体的には、説明が十分であり、特徴の抽出が深くなるほど、キャラクターが著作権法により保護されやすくなる。もう一つは、「物語を伝える」基準であり、物語を伝えるための道具であるキャラクター自体ではなく、「伝えられている物語」となる場合のみ、著作権法により保護される。2) 漫画キャラクターについて、それ自体が独立した表現を構成するため、作品のキャラクターと認められる場合のみ、著作権法により保護される。3) 映画作品のキャラクターの保護は、文学作品のキャラクターと漫画イメージの両者の保護基準を採用する。次に、商標法保護にとって、関連するキャラクター、名称が商標法の意味でのセカンダリミーニング、即ち識別性を得た場合のみ、保護される要件を満たすこ

¹⁵ Warren & Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol.4, No.5. (Dec.15, 1890), page 193、李・前掲注(14) 691頁。

¹⁶ Haelan Laboratorie, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866(2d Cir. 1953)、李・前掲注(14) 694頁。

¹⁷ Schertz, *supra* note 1, at S.126-162.

¹⁸ 王利明「人格権商品化について」法律科学2013年4期54-61頁。

とになる。最後に、不正競争の枠組みにおいて、出所を混同する可能性が存在し、又は他人の既に消費者に認められた成果を不当に利用することが証明される場合にのみ、保護される可能性がある¹⁹。ドイツでは、その法律のパブリシティ権以外の商品化権に対する保護は、同様に著作権法、隣接権法、意匠法、商標法及び不正競争防止法に頼る²⁰。上記から分かるように、商品化の実際の運用、商品化権の基本的な法理及び商品化権の私法による保護は、互に深刻に外れている。

2. 中国：商標登録を阻止する在先権益としての商品化権

現在の中国では、商品化現象が同様に普及している。テレビ、インターネット、地下鉄、シティスクエア及び団地のエレベーターホールでは、有名人による宣伝広告がよく見られる。これに対応して、様々な形式により有名人の氏名を含む標識を商標として登録することは、中国では「流行」となり、ブロックバスター映画の名称やキャラクターの商標の抜駆け登録も激化している。上記の状況を考慮して、中国の商標局と商標評審委員会、商標権の確認の行政案件を審理する北京知的財産法院と北京市高等人民法院及び最高人民法院は、商標権確認の手続きにおける氏名権、肖像権及び在先著作物、キャラクター名称の商品化権利に対する保護を強化している。更なる分析を行う前に、ここで中華人民共和国商標法（以下、中国商標法と略す）32条の内容、即ち、「商標登録出願は、他人の既に存在する在先権利を害してはならない。」を引用する必要がある。ここで、「在先権利」とは、「当事者の係争商標の出願日前から享有する民事上の権利又はその他の保護すべき合法的な権益を含む。」²¹。

（1）在先権利としての氏名権と肖像権：自然人のパブリシティ権

自然人の享有するパブリシティ権にとって、その客体は主に氏名、肖像、声等の身分、イメージを確認可能な特徴や標識を含む。商標登録において、最も抜駆け登録される可能性があるのは自然人の氏名と肖像である。中華人民共和国民法通則（以下、民法通則と略す）99条及び100条によれば、「市民は氏名権を享有し、自分の氏名を決定し、使用し、さらに規定により変更する権利があり、他人による干渉、盗用、偽造を禁止する。」「公民は肖像権を享有し、本人の同意がない場合、利益の取得を目的として公民の肖像を使用してはならない。」。2017年に定めた中華人民共和国民法総則（以下、民法総則と略す）110条によると、「自然人は…氏名権、肖像権…を享有する」。伝統的な人格権であろうとも、経済的利益を含む新しい類型の人格権として解釈されとも、氏名権と肖像権は他人による商標の抜駆け登録を阻止することにおいて十分に効力を果たしている。

さらに、中華人民共和国広告法2条5項、33条及び69条の規定によると、「本法における広告イメージキャラクターとは、広告主以外で、広告の中で自身の名義又はイメージにより商品、サービスの推奨、証明を行う自然人、法人又はその他の組織をいう。」広告主は、「広告の中で他人の名義又はイメージを使用する場合、事前にその書面による同意を得なければならない。」「広告主が本法の規定に違反して、次の各号に掲げる権利侵害行為のいずれかに該当する場合は、法により民事責任を負う。（四）広告の中

¹⁹ 劉亜軍・曹軍婧「架空キャラクターの商品化権法律保護意見」当代法学2008年4期53-59頁。

²⁰ Schertz, supra note 1, at S.126-162; Matthias F. Meyer, Charakter Merchandising—Der Schutz fiktiver Figuren als Marke, Peter Lang GmbH, 2003.

²¹ 最高人民法院による商標権の付与、帰属確認に関する行政案件の審理における若干の問題についての規定（法積【2017】2号）（2016年12月12日最高人民法院審判委員会1703回会議により承認され、2017年3月1日から実施される）（以下、「法積【2017】2号」と略称する）18条。

で同意を経ずに他人の名義又はイメージを使用する。」上記条項は、事実上、自然人のその名義又はイメージに対して支配権を賦与し、他人がその名義又はイメージを利用して製品を宣伝することを許諾するか否かを自ら決定することができるというものである。他人の氏名又はイメージを含む標識を商標として登録し、商業活動に使用することは、事実上、他人の名義又はイメージで販売又は経営する商品、サービスを推奨し、証明することと認められるため、広告宣伝となる。広告法の上記規定は、自分の氏名又は肖像が他人に商標として抜駆け登録されることを阻止するために、保障を提供している。

法釈【2017】2号20条によれば、「当事者が係争商標によってその氏名権を害されると主張する場合において、関係公衆に当該商標の標章が当該自然人を指すと認められ、当該商標を付された商品が当該自然人の許諾を受けたもの又は当該自然人と特別な関係があるものであると容易に認められるとき、人民法院は、当該商標が当該自然人の氏名権を害すると認定しなければならない。」「当事者がそのペンネーム、芸名、訳名等の特定の名称により氏名権を主張し、当該特定の名称が一定の知名度を有し、当該自然人と安定的な対応関係が確立され、関係公衆がそれらにより当該自然人を指し示す場合、人民法院はこれを支持する。」上記条項は、氏名、ペンネーム、芸名及び訳名が他人に商標として不法に抜駆け登録されないように権利維持の根拠を提供し、同時に自然人の肖像等のその他のイメージ的な特徴を他人により商標として抜駆け登録されないように防ぐために、参考となるガイドラインを提供している。

(2) 在先権益としての著名な作品の名称及びキャラクター名称：商品化権

中国では、著名な作品の名称及びキャラクター名称は、作品を構成する場合、著作権法により保護され、その著作権者は著作権という在先権利によって、他人が上記名称を商標として登録することを阻止することができる。さらに、上記名称は、著名な商品の特有する名称として認められる場合、未登録商標として法律により保護され、その権利者は、他人がその作品の名称を商標として同じ又は類似の商品又はサービスに登録することを阻止することができる。権利を維持しやすくするために、有名な映画やプログラムのプロデューサーは、そのタイトル又はプログラムの名称を様々なカテゴリーにおいて大量に商標として登録しなければならない。映画「狙った恋の落とし方」(1)が上映される前に、そのプロデューサーである華誼兄弟は15種類の商標において「狙った恋の落とし方」の商標を登録している²²。しかし法理から考慮し、事実上の効果から分析しても、商標の登録による権利の維持は万全な解決策ではなく、一時的な解決手段に過ぎない。まず、商標の登録は全てのカテゴリーを覆うことができず、華誼兄弟の考慮が不完全だったとは言えないが、映画のテーマ及び内容との関連性が高い結婚や結婚相談サービスは、他人により抜駆け登録された。これらの抜駆け登録者に対し、華誼兄弟がオープンに権利維持の行動をとっているようには見えない。次に、商標の効率的な登録を維持する場合、登録者は事実上商標を使用しなければならない。権利保護を目的として登録する商標を全て実際に使用することは、登録者の能力範囲をはるかに超え、他人に一方的に使用許諾を与えようも、権利の価値が大幅に値引かれる。以上から分かるように、作品の名称の商品化権が確実に保障されて始めて、権利者は現実的に権利を維持することができ、抜け駆け登録者も真に恐れを抱く。それでは、中国では、法律、商標権確認行政機関や法院は作品の名称の商品化に対してどのような態度を見せているのか？以下の事例からいくつかの手がかりを探る。

²² 彭学龍・郭威「プログラム名称の見出し性及び商標性の使用について」知識産権2016年1期7-21頁。

(i) 2003年「五朵金花」事件。本件は、著名な作品の名称の商品化権を認めた先駆的な事案である。中国国内で、映画「五朵金花」はよく知られており、そのタイトルは煙草の商標として登録され、同様に一時的に非常に人気があった。著作権者は、商標登録者を起訴したが、最終的には敗訴に至った。訴訟手続きにおいて、双方は再審法院の調停で和解し、商標登録者は脚本家に対して税別40万元を一括して補償することにした。このことは、原審の被告が原告の作品の名称を煙草の商標として登録し使用したことが、映画の評判や影響に対する不正な利用であると事実上示している。「五朵金花」煙草が市販されてから圧倒的な成功を収めたことは、ある程度において商標の影響力があるからでもある²³。明確に言えば、被告の行為は、原告の作品の名称に対する商品化利用である。法律には明示的に規定されていないが、被告は「理屈」により、合理的が対価を支払うことにしている。一定の支払をすることにより、商標登録者の不正な利用が合法的な使用と変わった。

(ii) 2014年「テレタビーズ（天線宝宝）」事件。本件は、著名なプログラム名称の「法益」の地位を認めた事案である。「テレタビーズ」は、国際的に有名な子供向けのプログラムである。そのプロデューサーの申請により、国家商標局商標評審委員会（以下、「商評委」と略す）は「その他の悪影響がある」を理由とし、3357976号「テレタビーズ」の登録商標を取り消した。これに対して、行政二審では、本件商標が明らかに他人の著名な作品の評判を不正に利用した故意があるとしても、誠実信用の原則に反し、プログラムプロデューサーの法的権利を害するが、公序良俗とは関係せず、「悪影響」と認定する理由がないと判断し、商評委の裁定を取り消した²⁴。4249617号「TELETUBBIES」登録商標の論争において、商評委は、著名なプログラム名称権が中国法律で保護すべき権利に属しないと判断した。最終判決は、プログラム名称の知名度が大量の労力や資本の投入により累積されたものであり、巨大な商業価値や経済的利益があり、他人がそれを商標として使用する場合、当該商品は著名なプログラムに関連するかのようによ公衆の誤認を引き起こしやすく、それにより他人の知名度を不正に利用することになり、誠実信用の原則に反するため、公正競争の秩序を乱すと判断した。これにより、著名なプログラム名称は合法的な権益として保護されるべきである²⁵。

(iii) 2015年「カンフーパンダ（功夫熊猫）」事件。本件は、著名な映画名称の商品化権を明確に認めた事案である。再審判決は、「商品化権」は、確かに現行法律により明確に定められた権利又は法益ではないが、映画名称は一定の知名度を有し、特定する商品又はサービスの商業主体又は商業行為に合わせて、関連する公衆が映画に対する認知及び情感を映画の名称へ投射し、それに結び付けられた商品又はサービスへ感情を移し、権利者がこれにより映画公開以外の商業価値及び取引の機会を取得した場合、該映画名称は商標法の意味における在先権利、即ち「商品化権」を構成すると言える。そのため、商評委及び原審の法院による「商品化権」の非法定権利又は法益に関連する認定は誤りであり、修正する必要があると判断した²⁶。

²³ 張曉寧・張洋「“五朵金花”事件：作品タイトルに関する保護」中国検察官2011年3期67-70頁。

²⁴ 北京市高等人民法法院行政判決書(2010)高行終字1237号。

²⁵ 「TELETUBBIES」即ち「テレタビーズ」という言葉の英文。当該判決の主な根拠は、中華人民共和國反不正競争法2条「事業者は、経済活動の中で自由意思、平等、公正、誠実信用の原則を遵守し、公認の商業道徳を遵守しなければならない」。北京市高等人民法法院行政判決書(2014)高行(知)終字2482号参照。

²⁶ 北京市高等人民法法院行政判決書(2015)高行(知)終字1973号。

(iv) 2016年「バトルスターギャラクティカ」事件。本件は、商評委が著名な映画名称の商品化権を明確に認めた事案である。商評委は、著名な映画作品の名称として、「バトルスターギャラクティカ／BATTLESTAR GALACTICA」が関連公衆によく知られ、高い知名度を有すると判断する。異議商標の文字「バトルスターギャラクティカ／BATTLESTAR GALACTICA」が出願者の公開された上記著名な映画作品の名称と同じであり、且つ異議商標の指定用途の「トランプ、チェッカーボードゲーム器具」等の商品は現在映画業界に一般的に関連する派生商品であり、異議商標が上記商品に使用される場合、上記商品は著名な映画作品「バトルスターギャラクティカ／BATTLESTAR GALACTICA」の公開者と関連し、又は公開者の授権を取得していると関連公衆の誤解を招きやすく、それにより異議商標を使用した上記商品に対する好感や信頼感を生み出す。出願人の同名シリーズの映画作品の名称に基づいて享有する商業評判を不正に利用し、出願人の該著名シリーズの映画作品の名称に基づいて享有する市場での優位性及び取引の機会を占有する。異議商標の登録出願は出願人の同名シリーズの映画作品の名称に基づいて享有する在先権利を害し、商標法 32 条の「他人の既に存在する在先権利を害してはならない」という規定に反すると判断した。以上から分かるように、異議商標は無効宣告されるべきである。

上記のように、前述した事件の期間において、即ち本世紀初めから現時点まで、紆余曲折があったが、全体的な傾向から、中国の法院、特に商標行政訴訟の終審法院である北京高等法院は、著名な作品の名称の商品化権を認める態度を益々明確にしてきている。商評委は、比較的保守的な立場をとっているように見える。しかしながら、少し分析してみれば、商評委の保守は表面上に過ぎないことがすぐに分かる。単に、「悪影響」の条項を適用について言えば、その本意は認定する傾向にあり、他人の著名なプログラム名称を商標として登録した場合、誠実信用の原則に反するというので、事実上、商品化権を形を変えた方法で適用している。言い換えれば、商評委の当初の「保守」は、商品化権の概念を明確には受け入れたくないことを表していただけかもしれない。この点に関して、商評委の「バトルスターギャラクティカ」事件における態度の大きな変化は、予想通りであると言える。

法釈【2017】2号22条2項は、司法解釈の形式により「商品化権」の概念を抽出している。「著作権保護期限内の作品に対して、作品の名称、作品におけるキャラクター名称等は、高い知名度を有し、商標として関連商品に使用される場合、権利者の許可を取得し又は権利者と特定の関係が存在するかのよう、関連公衆の誤解を招きやすくなり、当事者がこれにより在先権利として主張する場合、人民法院はこれを支持すべきである。」²⁷。ここで、作品の名称、キャラクター名称は、在先権利を構成するために、以下の要件を満たさなければならない。1) 著作物は、著作権保護期間内である。2) 作品の名称、キャラクター名称は、高い知名度を有する。3) 商標として関連商品に使用する場合、権利者の許諾を取得し又は権利者と特定の関係が存在するかのよう、関連公衆の誤解を招きやすくなる。容易に分かるように、上記規定は北京市高等人民法院の「商品化権益」に関する記載に比べると、似ても似つかない。用いられる文言は、依然として商標制度における用語であり、顧客吸引力、親近感、屋烏の愛、感情転移の作用等の商品化販促におけるキーワードに全く言及されていない²⁸。それにもかかわらず、商評委、北京知識産権法院及び北京市高等人民法院の商品化権に対する立場は、法釈【2017】2号の上記規定により、必ず著名な作品の名称及びキャラクター名称の悪意の抜け駆け登録を阻止する中で重要な役割を果たすであろう。言い換えれば、論理的に完璧であるか否かではなく、商標の抜け駆け登録を阻止す

²⁷ 前掲注(21)。

²⁸ 杜穎・趙乃馨「緩行における商品化権保護」法律適用 2017年17期2-8頁。

る実的なニーズが重要である。

3. 日本：パブリシティ権及び商品化権の商標抜駆け登録の阻止における異なる地位

日本で、「商品化権」という言葉は、ラジオ及びテレビ業界に由来する。前記のように、英語「Merchandising Rights」を訳したものである²⁹。司法実践において、商品化権概念の提案は、まず芸能人の氏名や肖像が他人により無断で商業的に使用されたことに対して展開され、その後、検討の範囲を物のイメージや名称の商品化及び架空キャラクター等の商品化の問題に徐々に拡大された³⁰。具体的には、氏名や肖像は経済的な価値を有する情報伝達手段として使用される際、商品化価値と呼ばれ、このような価値を制御するための権利は商品化権と呼ばれる。一般的に、商品化権は日本では独立した権利ではなく、氏名権又は肖像権のそれぞれの構成部分と考えるべきであり、さらに、人格権の構成部分とも言える³¹。検討しやすくするために、以下に実際の人物氏名や肖像等の人格特徴を客体とする商品化権をパブリシティ権とすることにより、作品、キャラクターの名称を客体とする商品化権と区別する。

日本の司法の歴史において、1976年の「マーク・レスター」事件は、パブリシティ権を認めた最初の典型事例である。当該事件において、テレビ広告は無断でイギリスの著名な子役スターであるマーク・レスターの氏名及び肖像を使用していた。当該事件を審理した東京地方裁判所は、氏名や肖像権を認め、この事件のような、公衆との接触を職業とする俳優に対し、その氏名又は肖像が無断で使用されたことを理由として、精神的な損害賠償を求めるとともに、特定状況に限定されると指摘した。「しかしながら、俳優等は、右のように人格的利益の保護が減縮される一方で、一般市井人がその氏名及び肖像について通常有していない利益を保持しているといえる。すなわち、俳優等の氏名や肖像を商品等の宣伝に利用することにより、俳優等の社会的評価、名声、印象等が、その商品等の宣伝、販売促進に望ましい効果を取め得る場合があるのであって、これを俳優等の側からみれば、俳優等は、自らかち得た名声の故に、自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させようの利益を有しているのである。」³²。上記判決は、パブリシティ権又は商品化権の用語を使用していないが、実際はこの権利を認めている。

その後発生した俳優である藤岡弘の氏名及び肖像を無断でテレビ広告に用いたケース³³及びおニャン子クラブ訴訟事件³⁴において、裁判所は氏名及び肖像を客体とするパブリシティ権を認めただけでなく、さらに従来的人格権とは区別される財産権的な属性を明確にした。選手である中田英寿の成長履歴が記載された書籍の出版紛争において、裁判所はパブリシティ権の保護と出版自由化との間の関係を検討している³⁵。

総じて言えた、人の氏名及び肖像を客体とするパブリシティ権にとって、日本では明確に立法されていないが、司法判断では従来的人格権と区別される財産権的な属性を明らかにしている。日本の商標法は中国の商標法 32 条に類似する「出願する商標登録は他人の既に存在する在先権利を損害してはならない」に関する規定が存在しないため、日本の理論及び実務界が商標権の認定手続きにおける異議、又

²⁹ 牛木理一「商品化権と知的財産権との関係」知財管理 58 巻 4 号 (2008 年)。

³⁰ 張鵬「日本商品化権の歴史進化と理論的分析」知識産権 2016 年 5 期 104-115 頁。

³¹ 五十嵐・前掲注 (5) 141 頁。

³² 東京地判昭 51・6・29 判時 817 号 23 頁、五十嵐・前掲 (5) 143 頁。

³³ 富山地判昭 61・10・31 判時 1218 号 128 頁、東京地判平 2.12.21 判時 1400 号 10 頁、五十嵐・前掲注 (5) 144 頁。

³⁴ 東京高判平成 3・9・26 判時 1400 号 3 頁、判タ 772 号 246 頁。

³⁵ 東京地判平 12・2・29 判時 1715 号 76 頁、東京高判平 12・12・25 判時 1743 号 130 頁、五十嵐・前掲注 (5) 145 頁。

は無効理由を宣告する際に、パブリシティ権、商品化権が在先権利又は権益であるか否かの論争がめつたに発生しない³⁶。パブリシティ権の商標権認定行政手続きにおける地位の問題について、日本商標法において、4条1項8号の規定により、他人の肖像又は他人の氏名又は著名なニックネーム、芸名又はペンネーム、又は氏名、名称、著名なニックネーム、芸名又はペンネームの著名な略称を含む商標は、商標登録を受けることができないとしている。実際の生活において、同名者はよく見られ、特定する氏名、名称は関連公衆の心の中で特定する人を指す時のみ、当該特定する人は関連商標の登録を阻止する権利がある。さらに、ニックネーム、芸名及びペンネームは一定の任意性を有し、且つよく変化するため、法律適用において、特定するニックネーム、芸名又はペンネームの指向性をさらに強調し、具体的にはニックネーム、芸名、ペンネーム又は略称の著名性の要件が求められる。前述した商標登録出願に対して、審査手続きにおいて阻止する理由が発見されないため、登録が認められた場合、肖像、氏名、芸名、ペンネーム、ニックネーム及びその略称の指向する特定の人は異議及び無効手続きにおいて異議及び無効理由として提出することができる³⁷。

日本の事情をよく知っている人の話によれば、日本商標法4条1項8号の適用において、自然人の氏名、肖像等に対しては人格的な利益保護の観点から他人による商標登録を阻止する趣旨に基づく。言い換えれば、自然人の氏名、肖像に関しては、パブリシティ権を適用する余地がない。事実上、登録を阻止する方法による侵害性を停止させる救済において、人格権のみを根拠とすれば足りるものであり、まだ法理論的な概念であるパブリシティ権を用いる必要性がない。当然ながら、前述した他人の氏名、肖像を含む商標登録を認めれば、これが実際に使用された場合、当該他人は無効審判の請求を提出すると同時に、民事の侵害訴訟を提起することができるが、財産権としての氏名、肖像権に基づかない限り、当該自然人は十分な損害賠償を得ることができない。さらに、氏名、肖像の指向する自然人がなくなる場合、日本の司法実務において、一般的に、その商標法4条1項7号のいわゆる公序良俗の条項により、登録を阻止するか否かを判断する。日本の商標審査便覧(42.119.02)によれば、著名な死者の肖像若しくは氏名若しくは著名な死者の著名な雅号、芸名若しくは筆名若しくはこれらの著名な略称は、死亡時の配偶者が生存中であって、その配偶者の承認を得ていない場合等は、商第4条第1項第7号に該当するものとして拒絶する、と明確に規定している。

氏名、肖像外の作品の名称、キャラクター名称を客体とする商品化権益に対して、法律による保護において、常にそれぞれ著作権法、意匠法、商標法及び不正競争防止法によらなければならない。著作権による保護において、保護を求める客体は創作性の要求を満たさなければならない。意匠法及び商標法による保護の観点から見て、保護を求める客体は意匠法により十分に保護されていなければならない。又は商標として登録されていなければならない。不正競争防止法による保護において、同法の2条1項1号は広義の様々な混同を特に強調し、競争関係を適切に考慮されなければならない³⁸。このように、アメリカと同様に、エンターテインメント及び映画業界では、商品化が非常に一般的であるが、法律保護として、具体的な制度が依然として断片化を呈し、各具体的な知的財産権法及び不正競争防止法内に分散されていることが明らかである。

しかし、商標権認定手続きにおいて、日本の法律は映画、キャラクター名称を他人の登録を阻止可能

³⁶ 張・前掲注(30)104-115頁。

³⁷ 張・前掲注(30)104-115頁。

³⁸ 井上由里子「日本における顧客吸引力ある表示の法的保護」日本特許庁委託事業：平成29年度知的財産権保護共同推進事業(2017年10月13日)講演資料。

な事由として規定していない。その主な理由は、定められた法律が商品化権を法的権利ないし典型的な権益とする地位をまだ認めていないことであると考えられる。一般的に、商品化権は権利と呼ばれているが、実際には行動規範に表現されているに限らない。このように、その排他的な権利範囲は特定する行動のみに限られ、全ての特定の名称、イメージ等に関連する商業的な利用行動を一般的に支配する効力を備えているわけではない。この点に関して、商品化権の効力と十分に対立する利益のバランス問題が、表現の自由及び商業標識の自由な選択等の問題をも含む。登録段階において、商標審査部門にとって、主に書面形式に表現された近似な判定材料のみに向け、後続の市場主体に対してどのような方式により他人の氏名、イメージ等を使用するかは判断できないものである。このように、例えば、民法上の自然人の人格に対する保護のような明確な法定利益を見つける以外、商標法は権利認定手続きにおいてこのような問題又は紛争を処理することができない。日本では、他人の商品化権を侵害する標識が商標として登録可能であっても、行政手続きの意味のみで登録が許可されたことになる。登録者は、市場で如何なる積極的な効力を有すとも意味せず、その効力は依然として消極的である。即ち、他人の商品化権の侵害が疑われるロゴ、例えば「カンフーパンダ」は登録が許可されたとしても、商品化権者に許可されておらず、登録者は市場で実際に該登録商標を使用する権利を有さない。このような使用されていない状況が三年継続すると、登録された商標は継続して不使用により取消される。以上から分かるように、日本の商標権認定手続きにおいて、審査者は作品、キャラクターの名称を客体とする商品化権を統一的に判断しない。登録商標と商品化権との衝突は後続市場の実際の使用の段階において権利侵害訴訟及び抗弁により解決される³⁹。

4. 結論

昨今、映画スター、スポーツ選手及び政治家や商業有名人が商業広告の宣伝に関与する傾向がある。これに応じて、各国の法律は氏名、肖像等の人格的な側面を客体とするパブリシティ権を続々と認め、従来の氏名権及び肖像権等の人格権と区別している。パブリシティ権は、常に人格権と絡まっているが、氏名又は肖像を含む登録商標の他人による抜駆け登録を阻止することにおいて、財産的なパブリシティ権であっても、人格権に属する氏名権及び肖像権であっても、予期の役割を効果的に果たすことができる。言い換えれば、権利者はパブリシティ権又は人格権に基づいて商標登録に異議を提起し、又は既に登録された商標を取り消すことができる。

ところが、作品、キャラクター名称及び漫画イメージを客体とする商品化及び商品化権に対して、特に奇妙な現象が存在している。映画やエンターテインメント及び文化とスポーツ業界では、商品化運用及び関連する派生産業が常態となっている。商品化権の法理も日増しに成熟し、且つ従来の知的財産権と明らかに区別される。ところが、実際のケースの裁判手続きにおいて、作品の名称、キャラクター名称及び漫画イメージ等は、著作権法、商標法、意匠法及び反不正競争法により、それぞれの法理及び要件に従って適当な保護を与える。言い換えれば、商標化権の基本的な法理は、事実上の保護制度から遠く離れている。このような背景で、各国の法律の商品化権の客体に対する保護は、分散的、断片化である。そのため、「十分でなく、完全的でないものである」⁴⁰。商標の抜駆け登録を阻止する権利認定手続きに

³⁹ 張・前掲注(30) 104-115頁。

⁴⁰ 呉漢東「パブリシティの商品化及び商品化のパブリシティ権」法学2004年10期。

対し、悪意の抜駆け登録を阻止する実際のニーズから考慮すると、中国商標局、商評委、商標権確認の法院は、いずれも在先権利とする商標化権を認めている。中国最高人民法院が2017年3月に発行した商標権の付与、帰属確認に関する行政案件の審理における若干の問題についての規定は、在先権利とする作品及びキャラクター名称の商品化権に対して明確に規定している。このような規定は、明らかな商標保護の痕跡を有するが、作品及びキャラクター名称の商標の抜駆け登録の効果的な抑制に当たって、重要な役割を果たしている。日本では、作品、キャラクター名称の商品化権に対し、実際に法的権利として認められておらず、ある行動規範のみと見なされている。このように、商標権認定手続きにおいて、作品、キャラクター名称の商品化権は、登録を阻止する理由とならない。登録商標が他人の作品、キャラクター名称の商品化権を侵害するか否かは、権利侵害の民事訴訟手続きのみにおいて考察することができる。このことから、商品化権にとって、法理の完備や自己整合は決定的ではなく、商標の抜駆け登録を抑制する実際のニーズこそ、全ての法理を超えた徹底的な理屈であることが分かる。

今回の研究において、筆者は日本語に詳しくないため、日本の学説や制度に関する文献は全て二次的な情報源であり、数や由来は相対的に単一であり、研究する深さや結論の正確性を十分に保証することができない。ここで、筆者は2017年度知的財産保護包括協力推進事業が日本のデータ収集と翻訳における多大な支援に特に感謝し、井上由里子教授のワークショップでの日本の学説や制度に関する素晴らしい講演に感謝する。いうまでもなく、この分の責任は自ら負うものである。

II. 商標の悪意ある冒認出願規制の日中比較研究

中国社会科学院 知識産権センター 張 鵬¹ 助理研究員

前書

2017年1月～11月、中国の商標登録出願件数は511万件であった²。これに比べて、2017年1月～10月の日本の商標登録出願件数は約15万9,822件³で、2016年度は16万8,000件⁴であった。日本の1出願に含まれる平均区分数は約2.75⁵であることを考慮し、中国商標登録の統計に当てはめても、44万5,000件余りに過ぎない。以上から分かるように、両国の商標出願件数には大きな差が存在する。中国のこのような大量の商標出願には、商標登録を口実として実際は他人の正常な経営活動を妨害し、ビジネスモデルとして不正な利益を得るような問題が多く存在し、このような出願は中国において日に日に増え、社会問題として注目が集まっている。日本は経済・社会の発展段階が中国より成熟しているが、商標分野における冒認出願（抜駆け登録）事案の発生を防ぐことは依然としてできていない。一部の大規模な冒認出願事件が日本でも激しい議論を呼ぶ話題⁶となっている。

日中両国は共に登録主義制度を採用している国である。登録主義制度は、使用主義と比較して業務上の信用の商標への化体を促すうえでより有利に働き、これにより現代の市場取引の秩序への貢献度がより高いと、両国はいずれも認識しているが、両国がこの制度に存在する明らかな弊害に直面せざるを得ないことは否定できない。具体的には、他人の商業上の標章の選択の自由への妨害、他人の正当な経営活動への妨害、商標行政部門の負担増による審査の遅延などである。そのため、登録主義を採用するとともに、登録主義の優位性の発揮と弊害への対策がトレード・オフの過程にあり、国の具体的な現状に基づいて、制度の設計と運用を通じて調節することを認識しなければならない。

これに対して、本研究は日中両国の商標制度における共通する3つの登録主義の弊害への対策に関する枠組を比較対象として、その中から商標制度設計における悪意ある冒認出願行為を規制する参考となり得る有益な知見を探し求めるものである。日本と比べ、悪意ある登録の問題は中国ではより際たち、悪意ある登録を規制する理念と手段を中国は速やかに整備する必要がある。そのため、日本の学説と実践経験を参考にするとともに、中国の悪意ある商標登録規制に有益な手本を提供できるようにしたい。また、日中両国の商標法の規範構成には明らかな違いが存在する。これらの違いを整理し提示することは、日本に新たな比較法上の啓示を提供することもできる。特に同じ登録主義制度であるが、異なる国情、異なる市場経済発展段階のもと、商標制度に現れる多様性を検証することもできる。

¹ 張鵬、法学博士、中国社会科学院法学研究所助理研究員／講師、中国社会科学院知的財産権センター研究員。本稿の校正段階で、懇切丁寧なご指導を頂いた北海道大学法学研究科田村善之先生に、厚く御礼を申し上げる。

² 劉俊臣「商標ブランド戦略で企業価値を上げる」人民日報、2017年12月23日号。

³ 「特許出願等統計速報」（平成29年5月～平成29年10月）

http://www.jpo.go.jp/shiryoutoukei/pdf/syutugan_toukei_sokuho/201710_sokuho.pdf [最終アクセス日：2018年1月15日]

⁴ 「特許行政年次報告書2017年版」32頁 <https://www.jpo.go.jp/shiryoutouhin/nenji/nenpou2017/honpen/0101.pdf> [最終アクセス日：2018年1月15日]

⁵ 同上。

⁶ 「自らの商標を他人に商標登録出願されている皆様へ（ご注意）」

http://www.jpo.go.jp/tetuzuki/t_shouhyou/shutsugan/tanin_shutsugan.htm [最終アクセス日：2018年1月15日]

1. 登録主義制度上の悪意ある冒認出願の位置づけ

(1) 登録主義と使用主義

商業上の標章の法的保護の趣旨からみていくと、ある商品及び役務（以下、「商品」）提供者は商品の品質改善を通じて、一般公衆の間で商品の品質への恒常的な期待を実現し、この「信用」の蓄積への期待は、経営者にとって市場競争において一角を占めることができることを意味する。そのため、「信用」の範囲を維持、拡大するため、商品の出所を区分する識別標記を付け加えることが、経営者が商品品質を高めるインセンティブとなっている。しかし、他人が無断でこの商業上の標章を使用することを許せば、一般公衆は商品出所を混同して他人の商品を購入し、本来の経営者の財産的な利益の損失を直接的にもたらす。特に他人の提供する商品の品質が粗悪な場合、本来の経営者の積み重ねた具体的信用を傷つけることもある⁷。そのため、このような行為を規制しなければ、標章が商品出所を区別する機能は発揮できず、それによって標章を通じて信用を化体させるインセンティブ・メカニズムを損ねる⁸。

前述の行為規制モデルには登録主義と使用主義の境界が存在すると広く考えられている。登録商標の保護モデルでは、ある商業上の標章が使用を通じて具体的な信用を形成していなくても、商標登録制度を通じて最初に標章を登録しさえすれば、全国で他人が混同して当該標章を使用することを禁止する権利を有する。標章の法的保護の趣旨からみていくと、登録主義の使用を通じて具体的な信用を形成していない標章を保護する仕組みは、商業上の標章の法的保護の論理とは相反する。しかし、比較法からみていくと、商標制度の立法当初に登録主義を選択した実践国（ドイツ、日本、中国）が多く存在するだけでなく、最初は使用主義制度を採用していた国も徐々に立法を通じて登録商標制度を確立していった（英国、フランス）⁹。その理由は、使用主義に比べ、登録主義が独自の制度的優位性を備えていたことにある。特に登録主義の備える業務上の信用を商標に化体させることを促す機能は、権利の安定化及び使用前に安定した効力が得られるという2つの点から、現代の商業流通秩序の確立により大きく寄与することである。商標の選択段階において、商標権者は消費者の好みを調査する必要があり、商品を市場に投入後は、広告などを通じて大量の資金を投入する必要がある。使用を登録商標の権利発生要件とする場合、仮に既に投資を行った商標が、既に他人によって使用されていたものであれば、その他人の使用範囲において権利が制限され、先行投入が水泡に帰すことになる。これに対して、登録主義に基づく、使用していなくても商標登録を取得でき、商標権者は安心して商標に業務上の信用を化体させるための投資を行い、法律による商業上の標章の保護機能を実現することができる¹⁰。

しかし、登録主義は前述の制度優位性を発揮するとともに、多くの弊害が存在することも否定できない。そのうち際立ったものとしては、市場主体が登録方式で利益を得ようと企むことである。実際に使用する意図なく、他人への売却目的、他人の経営活動への妨害目的、又は他人の知名度をただ乗りする目的などで、商標を拔駆け登録することなどがこれに該当する。このような行為は、他人の正当な経営活動を妨害し、第三者の商標選択の範囲を制限するだけでなく、更に商標行政機関の負担を増やし、審

⁷ 田村善之『商標法概説〔第2版〕』1頁（有斐閣、2000年）。

⁸ 同上。

⁹ 比較法上の登録主義と使用主義の変遷と実践の詳細紹介は、渋谷達紀『商標法の理論』（東京大学出版社、1973年）を参照のこと。

¹⁰ 渋谷・前掲注（9）246頁。

査の遅延を招き、それによって商標制度の実現しようとする機能が正常に発揮できなくなり、一般公衆の商標制度に対する信頼を損ねてしまう。

中国の商標制度の沿革を見ていくと、中国商標史における最初の商標法規である「商標注冊試弁章程（商標登録試行手続規則）」（1904年）は、当時の日本の農商務省の職員が起草し、1899年の日本の商標法をモデルに登録主義の制度を継承していた¹¹。しかし、当時使用主義制度を採用していた英国を代表とするその他の列強にとって、登録主義制度は、英国が中国において既に使用し、一定の影響を持っていた商標を、他人が悪意をもって冒認出願することに有利に働いていた¹²。このような制度は、中国へ進出する英国企業に不利となるため、英国など列強の強い反対に遭った。その結果、「商標登録試行手続規則」は適用を延期せざるを得ず、中国では1923年の「商標法」の公布まで有効な商標制度が確立されなかった。これは、別の側面から、中国では商標制度の確立当初から登録主義が悪用される懸念が潜んでいたことを示している。

（2）登録主義における悪意ある冒認出願の意味

（i）悪意ある冒認出願の意味

国際条約では、「悪意ある」登録に関する明文規定が見当たらない¹³。国際条約の中で馳名商標〔著名商標に相当〕の冒認出願と代理人による冒認出願に関する規定が「悪意ある」冒認出願に対する規制であると見なすことができると考えられるとしても、著名と認められる程度に達していない標章の冒認出願及び代理人などの信義関係の存在しない冒認出願については規制することができない。「工業所有権の保護に関するパリ条約」には不正競争行為に対する規定（10条の2）が存在し、この規定を各締約国がある商標の拒絶又は無効判断の「包括的」理由（6条の5のB項）とすることができるとしているが、各締約国はまた「工業所有権の保護に関するパリ条約」6条の5における商標テルケル保護（*telle quelle* clause）義務に関する制限を受ける。すなわち、本国で正規に登録された商標は、他の同盟国でも本国での登録に基づいてそのまま出願が受け入れられ、保護され、この商標が出願国にて先に存在する第三者の権利を侵害する場合や、識別性を備えていない場合、又は道徳及び公共秩序などに反している場合にのみ、登録申請が拒絶される。加盟国が6条の5のB項の事由を拡大解釈して商標のそのまま（テルケル）条項を骨抜きにすることを防ぐため、条約の条文では1つの商標が加盟国の国内立法規定を満たしていないことを理由に公共秩序に違反していると考えてはならない旨を明記した。また、これにとどまらず、その政府当局の権威ある指針にて1つの標章が道徳及び公共秩序に反しているか否かを判断するとき、その標章の「個別的価値」（*individual merits*）¹⁴のみを考慮することができ、それ以外の要素は考慮すべきでないとした。このように規定することにより、公序良俗条項の過度な膨張から引き起こす商標のテルケル条項が骨抜きにされることを防いだ¹⁵。同様に、不正競争行為の判定についても過度

¹¹ 本野英一「光緒新政期中国の商標保護制度の挫折と日英対立」社会経済史学 74 卷 3 号（2008 年）。

¹² 本野英一「中國商標法（一九二三）施行前後の外國企業商標保護體制：中日・中英商標權侵害紛争を中心に」東洋史研究 74 卷 4 期 682-712 頁（2013 年）。

¹³ Annette Kur, *Not Prior in Time, But Superior in Right—How Trademark Registrations can be Affected by Third-Party Interests in a Sign*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich 2013, p.804.

¹⁴ ヘオルフ・ボーデンハウゼン著、湯宗舜・段瑞林訳『工業所有権の保護に関するパリ条約ガイドライン』78 頁（中国人民大学出版社、2003 年）。

¹⁵ 魏立舟「“公共利益”が告げる：なぜ“微信”案は判断を誤ったか？」<http://zhihedongfang.com/article-8921/> [最

に開放的な観点を採用すべきではない。

悪意ある冒認出願の意味について、登録主義における「悪意ある抜駆け登録」概念は判断の結果に過ぎず、他人の登録を阻却するか否かの判断の出発点ではなく、商標制度の機能と保護法益をベースに制度設計と運用を行うべきであると指摘する学者もいる¹⁶。筆者もこのような機能主義の解釈方法に賛同し、事前に「悪意ある」となるか否かの判断基準（例えば、明らかに知っていた／知っていたはずであるという基準）を設定してはならず、登録主義の弊害を解決する各種制度設計を組み合わせ、ある登録に対してその登録を許可するか否かを具体的に考察すべきであるとする。

(ii) 悪意ある冒認出願行為の類型化

日本の実証調査からみていくと、冒認出願行為に関係する可能性のある類型は、業務妨害型、フリーライド型、無意識型と事務管理型の4種類を含む¹⁷。当然ながら、利害関係のある主体間の利益状況からそれを、第三者による周知商標の出願（通常、金銭利益の獲得などを目的とする）、共同で仕事をする関係の紛争と提携関係にある当事者間の紛争（代理人による商標の無断登録と事業パートナーの不仲による紛争を含む）、及び共有又は開放されるべき商標（地名、ある地域の人名など）の冒認出願の3種類に分ける学者もいる¹⁸。

中国の知財状況に関する基礎調査からみていくと、5種類の紛争形態に集中している¹⁹。すなわち、他人の先使用の未登録周知商標の抜駆け登録、信義関係にある当事者間での抜駆け登録、ブローカー性質の登録、他人の既得権に係る抜駆け登録、公共資源に対する抜駆け登録である。基礎調査の結果によると、在先権利に関する抜駆け登録によって発生する司法紛争の件数が最も多い。これが、中国の商標法32条前段の「在先権利」の問題が中国の商標法上の重要な命題となっている原因である。

また、ドメイン名登録に関する規範である「統一ドメイン名紛争処理政策」(UDRP) 4.b条に列記された4種類の悪意、すなわち譲渡目的、妨害目的、破壊目的、混同目的も、悪意ある抜駆け登録に係る紛争類型と利益関係に対する明晰な説明に大いに役立つ²⁰。

(3) 登録主義の弊害を補う制度的枠組²¹

(i) 商標不使用の制度的対策

登録主義において、商標が登録され財産的な権利を取得後に、商標権者がそれを使用しない現象に対して、商標法では一般的に登録時に「使用意図」があった証明、3年不使用による取消手続及び商標登録の費用によるコントロールにより対応している²²。3年不使用による取消手続は、2016年度の日中共

終アクセス日：2017年11月11日]

¹⁶ 小塚莊一郎「悪意の商標出願—理論的考察」TM5-悪意の商標出願セミナー資料、https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/pdf/bad_faith_seminar3/02.pdf [最終アクセス日：2018年1月15日]

¹⁷ 土肥一史「周知商標の保護」紋谷暢男教授還暦記念『知的財産権法の現代的課題』337頁（発明協会、1998年）。

¹⁸ 小塚・前掲注（16）。

¹⁹ 一般社団法人知的財産研究教育財団「中国の悪意の商標調査」『2017年知的財産保護包括協力推進事業：中国の実情に関する調査報告』119頁（一般財団法人 知的財産研究教育財団、2017年）。

²⁰ 土肥一史『商標法の研究』117頁（中央経済社、2016年）。

²¹ 田村善之氏の「登録主義の弊害を補う制度枠組」の構想（田村・前掲注（7）17-110頁を参照）に基づき、筆者は中国商標法上の登録主義の弊害を補う制度枠組を類型化し、これにより比較研究と制度分析の礎の構築を期した。

²² 田村・前掲注（7）17-51頁。

同研究の重点テーマであるため、日中専門家がこの制度について十分な比較研究を行っている。重複を避けるため、本年度の研究ではこの部分について割愛する²³。以下、使用意図の要件の証明と商標登録の費用によるコントロールについてのみ簡単な比較研究を行う。

使用意図の要件について、日本では商標法により厳格に運用されている。日本の商標法3条1項では、「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については、次に掲げる商標を除き、商標登録を受けることができる」と規定されている。自己の業務に係る商品又は役務について使用する要件に違反した場合、登録審査時に登録を許可しない事由となり、その商標登録出願について拒絶査定をする（15条1項1号）。登録されても異議申立ての手續における取消事由を構成し、商標掲載公報の発行の日から2か月以内に限り、特許庁長官に登録異議の申立てをすることができる（43条の2第1項1号）。これとともに、無効審判における無効事由にもなる（46条1項1号）が、5年間の除斥期間の制限を受け、この無効事由で無効審判を請求した場合、商標権登録日から5年を経過していれば、この事由で無効手続を請求してはならない（47条）。司法実務では、「スピルリナ」事件²⁴において、石鹼、歯磨き粉、化粧品、香料などの生産・製造を業務内容とする原告は、前記の商品類別において「スピルリナ」商標を登録した。原告は、木製の容器類別上においても「スピルリナ」商標を登録しようとしたが、原告が生産した木製の容器は、自ら生産した商品の包装にのみ用い、その商標を独占して市場販売に用いるものでなかった。これにより、裁判所は、原告に対して業務内容としていない木製容器商品類別にて登録取得を再許可する必要はないと判断した。そのため、裁判所は出願人が指定商品（木製容器）にて使用していないことを理由に、登録の出願を拒絶した。「RC TAVERN」事件²⁵において、被告は原告が標章の宣伝広告を行うのと同様時期に原告の商標を出願し、またこのほかにも短期間に立て続けに44件の商標を出願し、それら全てに他人が業務上使用している標章を出願している状況が存在していた。そのため、被告の行為は使用の意図が欠けていると認定された。実際のところ、司法段階では「使用意図」を根拠にした判例は決して多くはないが、特許庁の審査段階ではかなり厳しくこの要件を判断している。原則として、区分表のある区分にて出願人が8つ以上の類似群にて登録出願している場合、日本の特許庁は出願人に拒絶通知を送付し、出願人に使用意図の証明資料を提供するように要求する²⁶。

これに比べて、中国商標法の実務においては「使用意図」を審査などの段階における重要な要素として考慮されておらず、異議申立て、無効審判請求などの段階にて大規模な冒認出願行為に対して商標法44条1項の規定を通じて規制しているだけである。

費用によるコントロールにおいて、日中両国の発展水準の違いにより、出願、登録、更新などの費用について絶対値上の比較を行うことにはっきりとした説得力はないであろう。しかし、両国の行政機関が、費用によるコントロールが不使用商標に対する有効なフィルタリングの手段であり、突出して適用すべきであるという点について、これを意識しているか否かは更に注目に値する。明らかに、この点において、中国の行政機関の一連のやり方は、その反対の理念に向かって発展しているところである。すなわち、商標出願の件数と保有件数などの指標を経済発展の重要な指標的データとし、このような考え

²³ 李明徳、彭学龍、小塚荘一郎「商標不使用に関する研究」『知的財産に関する日中共同研究報告書』112-174頁（一般財団法人 知的財産研究教育財団、2017年3月）。

²⁴ 東京高判平成2・4・26昭和63（行ケ）298号〔スピルリナⅡ事件〕。田村・前掲注（7）18頁。

²⁵ 知判平成24（行ケ）10019号、アールシータバーン事件。青木大也「無効審判請求不成立審決の取消訴訟において、「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」（商標法三条一項柱書）該当性の立証責任の負担を明らかにしたうえで、審決を取り消した事例〔知的財産高裁平成24.5.31判決〕」判例時報2196期、161-165頁（2013年）。

²⁶ 「商標の使用又は商標の使用の意思を確認するための審査に関する運用について」

http://www.jpo.go.jp/shiryoku/ki_jun/ki_jun2/pdf/syouhyoubin/41_100_03.pdf [最終アクセス日：2018年1月15日]

方に基づき、より多くの商標登録の出現を奨励している。他方、改革開放から40年を経て、経済が急速に発展するとともに、近年の中国経済も未曾有の試練に直面している。高度成長を長期間に保持できない「新常态」のもと、いかにして革新型の発展を推進し、「公衆創業・万衆創新 [公衆の起業、万人のイノベーション]」を促進するかが、政府の直面する重要任務となっている²⁷。そのため、政府も一連の革新企業・起業企業の負担を軽減し、行政コストを低減するうえで有利となる措置を相次いで打ち出している。商標登録分野においては、企業における登録商標のコスト低減²⁸と商標の審査周期のスピードアップ²⁹として現れている。このような政策環境において、費用によるコントロールで商標の悪意ある抜駆け登録を抑制する役割を強調することは不適切であろう。

(ii) 登録主義における具体的な信用の保護

登録主義の機能を重視し、この制度を採用していても、未登録商標がいかなる効力も有さないことを意味するものではない。登録主義制度の基において、未登録商標の効力についての理解は、登録主義の機能を損なわない前提においてその効力範囲を探し求めなければならない。

未登録商標は使用を通じて具体的な信用を獲得しているものであり、登録商標も商業上の標章の法的保護の趣旨からみて、その最終目標は同様に具体的な信用の形成を促進することである。そのため、未登録商標と登録商標の間に衝突が存在しない。しかし、具体的な制度設計において、登録を通じて全国統一の効力を獲得する登録商標制度とは区別して、未登録商標は発生する業務上の信用の違いから異なる効力範囲を設定すべきである。そのため、未登録商標の登録商標とは区別される具体的な信用の範囲において、未登録商標は後に登録された商標に対して異なる対応が生じる可能性がある。登録商標の出願日を基準に、その前と後に未登録商標に異なる信用の程度が形成される。そのうち、出願日前に係するのは、未登録商標の積極的な効力である。すなわち、登録商標の使用を排除する効力と登録商標の登録を阻却する効力である（当然のことながら、在先の未登録商標も先使用の抗弁をすることができ、この抗弁については消極的な効力である）。出願日後に係するのは、未登録商標の消極的な効力である。例えば、出願日後に著名になった未登録商標について、未使用先願登録商標に対する権利濫用の抗弁を認めるか否かである（中国の商標法7条の柔軟な解釈³⁰）。

出願日前に既に具体的な信用を形成していた未登録商標と後願商標登録に係る使用との関係の処理では、3つの原則に基づいて関連する解釈の問題を処理する。その一、後願商標登録を阻却する際に、登録主義の制度優位性を維持し、在先未登録の商標が一定の影響力を有した場合にのみ、その効力を認めることができる。その二、後願登録商標の使用を排除する際に、具体的な信用の形成を重視し、具体的な信用の存在が混同状態を招いているときのみ、その排他権の行使を認めることができる。その三、

²⁷ 「国务院の大衆創業・万衆創新 [大衆の起業、万人のイノベーション] の大々的推進の若干の政策措置に関する意見」 (国発 [2015] 32号)。

²⁸ 「一連の行政事業性費用徴収を整理・規範化する関連政策に関する通知」 (財税 [2017] 20号) では、商標登録費用徴収基準は50%下がる。

²⁹ 「工商総局の商標登録の利便性改革の深化と商標登録の効率の確実な向上に関する意見」 (工商標字 [2017] 213号) 商標登録審査周期を6か月に短縮する (「商標法」28条の規定では法定義務は9か月)。

³⁰ 中国の近時の司法実務において、既に「権利濫用の抗弁」を認めた判決がある。例えば「歌力思 [ELLASSAY] 事件 (最高人民法院民事判決書 (2014) 民提字 24号) では、「王碎永が「歌力思」商標権を取得、行使する行為は、正当とはいえない」、「王碎永が非善意で取得した商標権に基づいて、歌力思会社の正当な使用行為に対して提起した権利侵害の訴えは、権利濫用を構成する」と指摘された。この判決の意義は、日本の「小僧寿し」事件と類似している (最判平成9・3・11民集51巻3号1055頁、詳細な解説は田村善之「著名なフランチャイズ名に対する商標権に基づく請求が棄却された事例—小僧寿しII事件」法学協会雑誌116巻2号、322-340頁 (1999年) を参照)。

未登録商標の効力の法定主義原則を堅持し、明確な請求権の土台が存在する際にのみその効力が主張でき、未登録商標の効力における開放的な解釈を認めず、登録主義の制度的機能の没却を防ぐ。中国の商標法上の対応規範に具体的に当てはめると、商標法 13 条 2 項の「未登録馳名商標は、他人の冒認出願を阻却する」という規定、32 条後段の「他人が既に使用し一定の影響を有する商標」に関する規定を含む。そのため、下記の登録主義における具体的な信用の保護に関する内容では、前記 2 つの条項について論述し、日本の商標法において類似した機能を有する 4 条 1 項 10 号、「需要者の間に広く認識されている商標」、4 条 1 項 15 号の「他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずる」及び 4 条 1 項 19 号の「日本国内における広く認識されている商標」を組み合わせる予備的な比較を行う。

(iii) 登録主義における信義誠実の原則の具体化

2013 年に改正された商標法 7 条 1 項は、「商標の登録出願と使用は、信義誠実の原則を遵守すること」と規定している。今回の商標法の改正は、立法機関が商標登録と使用過程における、さまざまな信義則の違反行為を重視することを表明したが、この規範は信義誠実を核心とする商標登録と使用体系が既に中国の商標立法において確立されていることを意味しているのであろうか。回答が肯定的なものであれば、続いての任務は、いかにして信義誠実の原則の規定に基づいてそれを必要な場面で適用させ、これを商標登録と使用行為の効力について判断・評価する根拠とするのか、いかにして商標法の原理における登録と使用という二つの恒久命題の間で信義誠実の原則の地位を探し求めるのか、いかにして 7 条 1 項を除く、信義誠実の原則を援用しなければその合理性に係る規範的な体系化ができない場合に適用するのか、といったことである。

歴史の沿革から見て、1982 年の商標法には登録と使用過程での信義誠実の原則の違反行為についての規範は存在せず、悪意ある登録行為が最初に立法の視野に入ったのは 1993 年改正の商標法である。同改正法の 27 条にて、8 条の商標登録に関する実質的な条件及び包括的な性質を有する「詐欺手段又はその他の不正手段で登録を取得した場合」を絶対理由として挙げていた。その中で、「詐欺手段又はその他の不正手段で登録を取得した場合」に対する解釈について、改正案（草案）の説明では以下のようなされていた。すなわち、現在、商標登録の管理業務において遭遇している問題点は、虚偽を弄して商標登録を騙し取る者や、更に不正手段で他人が長期間に亘って使用し、一定の信用を有する商標を抜駆け登録し、違法な利益を手に入れようとする者がいるということである³¹。現行の商標法では、このような詐欺的な登録問題に対応する規定が不足している。このような状況を踏まえ、一部の国のやり方を参考に、草案は現行商標法の中に、「詐欺手段又はその他の不正手段で商標登録を取得した場合、商標局がこの登録商標を取り消す」という条項を新設する。

1993 年の商標法に付帯する商標法実施細則の 25 条では、商標法 27 条 1 項の指す詐欺手段又はその他の不正手段で登録を取得する行為について、次の内容を含む解釈が行われている。(1) でっち上げ、事実の隠蔽、又は出願文書及び関連文書を偽造して登録を行った場合、(2) 信義誠実の原則に違反し、複製、模倣、翻訳などの方式で、既に一般公衆が熟知している他人の商標を登録した場合、(3) 無断で、代理人が自らの名義で被代理人の商標を登録した場合、(4) 他人の既に存在する合法的在先権利を侵害して登録した場合、(5) その他の不正手段により登録を取得した場合。

³¹ 劉敏学『『中華人民共和國商標法修正案（草案）』に関する説明』1992 年 12 月 22 日第 7 期全国人民代表大會常務委員會第 29 回會議にて、全國人民代表大會公式サイト：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1992-12/22/content_1481237.htm [最終アクセス日：2018 年 1 月 15 日] 参照。

前記の5つの条項は、それぞれ現行の商標法では独立した条項に変わっている。そのうち、(1)、(5)は現行商標法の44条1項に対応し、(2)は現行商標法の13条2項に、(3)は現行商標法の15条1項に、(4)は現行商標法の32条前段に対応する。中国の商標法13条2項の馳名商標は、他人の登録を阻却することに関する規定では、中国にて使用し著名であると認められる程度に達した商標に限定しており、この点は日本の商標法4条1項19号の国内外の著名な商標を含む規定とは明らかに異なっている。そのため、国内で使用し著名であると認められる程度に達した未登録商標は、他人の後願冒認出願を阻却できるという13条2項の規定は、登録主義における具体的な信用の保護の視点から把握すべきである。このほか、司法実務ではしばしば商標法10条1項8号の「その他の悪い影響」に関する規定が拡大解釈・適用され、他人の信義誠実の原則に違反した登録行為を排除する一般条項として適用されている。そのため、下記の登録主義における信義誠実の原則の具体化という内容では、中国の商標法10条1項8号「その他の悪い影響」、15条「代理人などによる冒認出願」、32条前段「在先権利を冒認出願する」及び44条1項「不正手段による冒認出願」についてそれぞれ論述し、日本の商標法の類似した機能を有する4条1項7号「公の秩序又は善良の風俗を害する」、4条1項8号「他人の肖像、氏名、名称を冒認出願」、4条1項19号「外国における需要者の間に広く認識されている商標を冒認出願」及び53条の2「代理人等による冒認出願」を組み合わせて比較を行う。

2. 登録主義制度における具体的な信用の保護

(1) 未登録馳名商標は他人の冒認出願を阻却する

商標法13条2項は、「同一又は類似する商品について、登録出願した商標が、他人が中国で未登録の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したものであり、容易に混同を生じさせる場合、登録を認めず、使用を禁止する」と規定している。この要件からみると、未登録商標が「馳名」の程度に達していることを要求している。登録商標からすると、ある地域内で使用を通じて具体的な信用を形成していなくても、登録主義であるため、当該地域内の排他的な効力を有している。これは、商標保護の趣旨と相反するが、登録主義制度の所以であり、その合理性を有している。しかし、未登録商標にとっては、登録主義の庇護を受けられないため、使用を通じて具体的な信用を形成していない地域では排他的な効力を有さない。そのため、未登録馳名商標が登録商標と同じ効力範囲に達するには、少なくとも中国全土で一般公衆に熟知される程度にまで熟知されていなければならない。司法実務からみると、「馳名」に対する判断も十分に厳格なものであり³²、それによって前記の判断を裏付けている。

他人の登録を阻却する事由として、未登録商標が著名と認められる程度に達している場合、当該権利を行使することができる。使用を通じて著名と認められる程度に達している未登録商標からすると、市

³² 例えば「好記星」事件（貴州省貴陽市中級人民法院民事判決書（2008）築民三初字第3号）では、「好記星」の著名認定は全国範囲での宣伝と販売状況を参考にした。一方、「蘇富比」事件（最高人民法院民事判決書（2010）民申字1182号）では、蘇富比拍賣行は中国のオークション法、文物保護法などの法律の制限により中国大陸では実際に商業的オークション活動には従事していないが、チャリティバザー、チャリティオークション、内覧、広告宣伝などの活動を通じて関連大衆にオークション役務の提供者であることを知らしめているため、蘇富比拍賣行は中国大陸にて実際に「蘇富比」商標を使用していると認定するに十分であると認定した。反対に、「花花牛」事件（北京知識産権法院行政判決書（2015）京知行初字第5845号）では、原告の販売範囲及び広告宣伝範囲は河南省内に限られ、地域範囲が狭い、又は「花花牛」商品が全国販売量ランキングで上位に入っておらず、商標が河南省内では一定の知名度を有していることは証明できるが、著名商標となっていることは証明することができない。

場にて既に具体的な信用を築いており、更に商標の非類似の範囲内でも混同の可能性が存在する。原理的な観点から見ると、混同を招く場合を、形式的に類似していないことを理由に混同の状態を放置するのであれば、混同を排除し、具体的な信用の蓄積を推奨するという商標法の制度趣旨に反する。具体的に言うと、2つの商標が公衆に誤認され、取り違えされるほどの近似レベルに達していなくても、未登録商標の著名性により公衆において広義の混同を含む混同を生じさせる可能性がある場合、拡大して阻却効果を認めなければならない。

13条2項に係る未登録著名商標による他人の商標登録の阻却効力についてのもう1つの問題は、商標法45条1項により、「著名商標の所有者の他人の悪意ある登録に対する無効審判請求の期限は、5年の除斥期間の制限を受けない」という規定をいかにして適用するかである³³。これに対して、「悪意」を拡大解釈し、13条2項の未登録著名商標の阻却要件に達していれば「悪意」と認定すべきであるという考え方があり、そのため実質的に未登録著名商標に対する除斥期間の規定を否定している³⁴。2017年に最高人民法院が公布した「商標の権利付与・権利確定に関する規定」³⁵の25条は、引用商標の知名度が高く、係争商標出願人に正当な理由がない場合、人民法院はその登録が「悪意ある登録」であると推定できるとしている。そのため、「悪意」についての立証が緩和され、推定の形式を採用した。復旦陽光事件³⁶では、この推定の見解を採用し、「賽神炉機械廠は、引用商標が関連公衆に広く認識されている状況で、当該引用商標の存在を明らかに知っていたにもかかわらず、依然として復旦を自らの商標の顕著な部分として使用しており、主観的にフリーライドの故意を有していることを否定できないと推定すべきである」と指摘している。他方、標識自体が識別性の低い標識にあたる場合、「悪意」の認定を排除することができる。例えば、アップル事件³⁷では、係争商標がアップルという客観的によく見かける物事に対する一般的な表現であり、特別顕著性が低い標章にあたり、「悪意」は存在しないことを強調している。

しかし、威仕達玉蘭事件³⁸で最高人民法院は、商標が既に著名と認められる程度に達しているか否かだけを考慮してはならないとし、著名商標でありさえすれば、出願人に悪意があると推定してはならず、事件の具体的な状況に応じて、主観的な意図、客観的な表現などから総合的に判断すべきであるとした。しかし、具体的な認定の場面において、この事件の適用面では同業の事実のみを強調して、フリーライドの悪意を認定した。そのため、最高人民法院が提起した抽象的な判旨において、総合判断法の適用に対するハードルが高いものでないと言えよう。「錦竹」事件³⁹でも、同じ四川省に属する事実を強調して、引用商標を模倣、フリーライドする故意があったことを証明することができるとした。

下級法院の司法実務において、かつて主観悪意は登録時の状態であると強調し、登録後の譲受行為などを考慮しないとしていた。「夢特嬌」事件⁴⁰では、係争商標の出願時に主観悪意が存在していたことを強調するとともに、除斥期間の規定は明らかに登録行為を対象としたものであり、商標の悪意の譲受行

³³ 盧結華「『登録悪意』の認定：登録後の使用行為で登録時の心理状態を裏付ける」
http://mp.weixin.qq.com/s/cHmWoHk7_oqSk1SJ-X94w [最終アクセス日：2018年1月15日]

³⁴ 張鵬「中国未登録商標效力の体系化解説」法律科学5期(2016年)。

³⁵ 最高人民法院「商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する規定」(法積[2017]2号)。以下、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」とする。

³⁶ 北京知識産権法院行政判決書(2016)京73行初334号。

³⁷ 北京市第一中級人民法院行政判決書(2012)一中知行初字第3344号。

³⁸ 中華人民共和國最高人民法院行政判決書(2016)最高法行再13号。

³⁹ 北京市第一中級人民法院行政判決書(2012)一中知行初字第3359号。

⁴⁰ 北京市高級人民法院行政判決書(2010)高行終字1126号。

為を含むべきでないとし、本件では係争商標の譲受人に悪意が存在したか否かについて判断する必要がないと主張した。しかし、前記「錦竹」事件の判旨では、係争商標の譲渡状況及び異なる時期の権利人の行為から、係争商標の出願時に善意ではなかったことを証明できると指摘している。

(2) 他人が既に使用し一定の影響力を有する商標

「商標法」32条後段では、「出願商標登録は、不正手段で他人が既に使用し一定の影響力を有する商標を抜駆け登録してはならない」と規定している。32条後段の違反は、効果面で異議事由(33条)と相対的な無効事由(45条)として現れるため、32条後段も他人の登録を阻却する請求権の根拠とすることができる。要件から見ると、13条2項が使用しているのは「馳名」+「混同」であり、32条後段は「一定の影響力を有する」+「不正手段」であり、要件構成が明らかに異なっている。その中の「一定の影響力を有する」については、大きな地域又は全国で有名でなくても、ある地域でのみ有名であることで、他人の商標登録を阻却できるとすると、商標登録出願人は狭い地域内での標章の使用実情の存在について調査することが困難であり、かつ未登録の標章には公示公告が存在しないため、他人の営業標章の選択の自由を大いに妨害する可能性がある。当然のことながら、この条項の後段は狭い地域での「一定の影響力」のほかに「不正手段」という要件を追加しているが、「不正手段」とは何かという判断は商標登録出願人の主観的な情勢による。「一定の影響力」の範囲にて一定の地域内で使用する在先未登録標章については、具体的には在先未登録標章の存在などを知っている、又は知っていたはずであったなど、その後の商標登録出願人に主観的な悪意が存在すれば、その後の商標登録出願を排除しなければならない⁴¹。しかし、司法解釈の制定者は、「一定の影響力」を有するという認定基準について、事案の内容を見て定める必要があり、全体としてハードルを高く設定しないことが望ましいとしながらも、登録申請人が事前に抜駆け登録された商標を知っていたことだけで、当然にその商標が一定の影響力を有するものであったと判断することができないと述べている⁴²。一定の地域にて一定の影響力を有さない未登録商標については、他人が不正な手段を用いたとしても、他人のその後の商標登録出願を排除してはならない。つまり、不正手段の要件は裁量的なツールであり、一定の影響力に達して初めて、その後の商標登録出願人が不正手段を有していたと推定でき、一定の影響力に達していないとき、未登録商標の使用が他人の登録手段の不正性を証明したとしても、阻却の規範的な効果は及ばない。このような推定の解釈方法は、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」23条にて、先使用商標が既に一定の影響力を有し、商標出願人が当該商標を明らかに知っていた、又は知っていたはずである場合、「不正手段で抜駆け登録」であると推定できると規定している。

このとき、「一定の影響力」の要件がどの程度の範囲内で満足する必要があるかについては、更に考慮する必要がある。13条2項において、未登録「馳名」商標が他人の登録を阻却する効果を有すると規定しているため、32条が確認程度の規範にとどまらず、一定の排除効果を持つ規定とするには、「一定の影響力」の範囲は、必然的に「馳名」が指す全国より小さいものとなる⁴³。その下限については、ある

⁴¹ 最高人民法院「商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する意見」(法発[2010]12号)18条。

⁴² 孔祥俊、夏君麗、周雲川「“商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する意見”の理解と適用」人民司法11期(2010年)。

⁴³ 「哈啤」事件(北京市高級人民法院行政判決書(2013)高行終字667号)にて「哈啤」は使用を通じて一定の知名度があり、商品出所を表す役割を果たすことができるが、関連大衆内で広く知れ渡っている程度に達していることを証明するには不十分であるため、未登録著名商標であると認定でない。

狭い地域範囲だけでの影響力が「一定の影響力」となると認識するのであれば、商標登録出願人が当該商標の使用の存在を認識することが困難であるため、他人の商標登録行為を阻却してはならないということになろう。既に登録された商標について、異議申立て又は無効審判請求の手続で取り消せるとすれば、商標登録出願人が商標を登録し、当該商標に信用を化体させるための努力が水の泡に帰すことになり、登録主義の趣旨に背く。そのため、「一定の影響力」について、適切な範囲を定めなければならない。特に中国のような国土の広い国においては、「一定の影響力」の範囲をどのように定めるかは難問である。司法実務では、「北京鴨王」事件⁴⁴にて商号と商標として先使用していた「北京鴨王」は北京でのみ営業し、その影響は主に北京内にとどまり、馳名と認められる程度には達していなかったが、「一定の影響力を有する商標」にあたり、上海全聚徳が「上海鴨王」商標の登録出願を排除する権利を有すると認めた。つまり、少なくとも北京のような中核的な商業中心都市以上で影響力を有する未登録商標は他人の登録を阻却することができる。具体的に言えば、筆者は32条後段の阻却効果は少なくとも地域範囲では隣接する数省又は比較的重要な経済圏内で広い認知を有する程度に達していることをもって判断すべきであると提案する。その場合、商標法32条後段と59条3項にそれぞれ規定されている「一定の影響力を有する」は、体系的にこれらを解釈する際に、異なる意味を持たせるべきである。すなわち、他人の登録を阻却する「一定の影響力」は、隣接する数省又は比較的重要な経済圏レベルに達する必要がある、先使用の抗弁の「一定の影響力」は、鮮明な地域特性を有する必要がある。商標登録の阻却事由としての先使用商標は先使用抗弁における先使用商標より、影響力が強く、広範でなければならない⁴⁵。

他方、商標法32条後段は、商品類別を制限していないため、他人が似通った商標を登録出願するとき混同要件が必要か否かも規定していない。32条後段と13条2項との関係から見ると、13条2項が未登録馳名商標について類別を跨いだ排他的な権利行使と他人の登録阻却効果を与えていないため⁴⁶、周知程度が「馳名」より低い未登録商標について類別を跨いだ保護の効力を与えないのも当然である。32条後段が類似性又は混同可能性を要求しているか否かの問題については、13条2項との関係を考慮しなければならない。「馳名」の要件の加えて、更に混同の要件を求める目的は、形式的に非類似である商標であっても、広義の混同可能性の理論に基づいて他人の当該商標の使用を排除したり、その登録を阻却したり、することができるため、未登録馳名商標の効力を積極的に拡大することにある。関連公衆の間での認知度が「馳名」より低い「一定の影響力がある」未登録商標については、その類似性判断は抽象的な判断を土台としなければならない。つまり、2つの標章を付した商品を並べて置き、関連公衆が極めて高い注意を払わなければ、誤認により欲する商品を取り違えた場合、類似性の要件を満たしていると判断すべきである。例えば、「黒人」と「白人」歯磨き粉は、消費者にとって通常は取り違えないものであるため、両者は近似性を有していない。そのため、未登録商標の阻却効果を否定し、広義の混同可能性を有しているか否かを考察しない。

このほか、当該条項後段の未登録商標の阻却効果は、未登録商標の使用者が当該商標を実際に使用していることを前提にする必要がある。実際に使用していない場合、具体的な信用を形成できないか、あるいは具体的な信用を形成したとしても、それが未登録商標の使用者の努力によって形成したものでは

⁴⁴ 北京市高級人民法院行政判決書（2008）高行終字19号。

⁴⁵ 同様の観点は、杜穎「商標先使用権解説—商標法59条3項の理解と適用」中外法学5期1373頁参照（2014年）。

⁴⁶ 統一法律適用標準 法に則り商標の権利付与の司法審査の職責を履行する—最高人民法院知的財産権法廷責任者が「商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する意見」について記者の質問に回答。

ないため、当該商標についてのインセンティブを与えるべきではない。そのため、商標の受動的な使用では、否定的な観点を持つべきである。最近の「広雲貢餅」事件⁴⁷では、原告が使用する「中茶」と「広雲貢餅」には近似性がなく、かつ、原告は「広雲貢餅」商標を実際に使用しているわけではなかった。しかし、法院は以下のように判断している。すなわち、広東茶葉会社の経営活動、及び広東茶葉会社とそのプアール餅茶という商品の間には「広雲貢餅」を通じて実際に強固な「繋がり」を確立している客観的な商業実践に基づき、「広雲貢餅」は広東茶葉会社が既に使用し、一定の影響力を有する商標にあたると認定できる。この観点は、主体の使用による具体的な信用の形成の保護と明らかに相反するが、事件の特殊性からの特別な事例であり、かつ、その妥当性も検討する必要がある。

(3) 日本商標法の対応する規定との比較

制度機能から見ると、日本の商標法4条1項10号の「需要者の間に広く認識されている商標」は、適用において中国の商標法32条の「一定の影響力を有する」商標にかなり近い。具体的適用では、日本の商標法4条1項10号も全国で著名と認められる程度に達していないが、地域範囲にて隣接する数県の範囲内で広い認知度を有していれば他人のその後の出願登録を阻却できるとしている（「DCC」事件⁴⁸）。日本の商標法4条1項15号の「他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずる」は、中国の商標法13条2項の馳名な未登録商標の広義の混同防止に関する規定にかなり近い。しかし、中国の商標法では登録段階に混同を防止する一般条項が存在しないため、馳名商標以外の商業上の標章に対して広義の混同を防止する規定を有していない。一方、日本の商標法4条1項19号では、「日本国内における需要者の間に広く認識されている商標」に対して、「混同のおそれ」を要件としないことができ、著名商標の使用が商標の希釈化と信用毀損を防止するという利益の保護が、中国の商標法では登録した馳名商標の類別を跨いだ保護の規定（13条3項）が存在するだけであり、未登録商標に対して全国で馳名と認められる程度に達しても類別を跨いだ保護を受けられるわけではない。

このほか、効果の面では、中国の商標法では13条2項、32条後段の規定を相対的な阻却理由とし、2つの側面の効果から規定されている。1つ目は、異議申立てと無効事由の提起主体を先使用者に限定し、先使用者のみ手続きを開始できる（33条）ことである。2つ目は、5年の除斥期間が設定されている（45条）ことである。そのうち、馳名商標の悪意の登録の除斥期間の適用のみが排除されている。

これと比較すると、日本の商標法では提起する主体という側面から見た場合、「何人も」（43条の2）提起することができ、除斥期間の側面から見た場合、不正目的の抜駆け登録の商標が排除されている（47条）。そのうち、4条1項10号と4条1項15号の不正目的は、拡大解釈を採用している⁴⁹。これにより、除斥期間の適用を排除する範囲は、著名商標に限られないものとなっている。

3. 登録主義制度における信義誠実の原則の具体化

(1) その他の悪影響

中国の商標法10条1項8号では、「社会主義の道徳の風潮に有害で、又はその他の悪影響のある標識

⁴⁷ 最高人民法院行政裁定書（2013）知行字40号。

⁴⁸ 東京高判昭和58・6・16無体裁集15巻2号、501頁。

⁴⁹ 田村・前掲注（7）296頁。

は、商標として使用してはならない」と規定されている。当該規定は、登録を禁止する絶対的な事由として、異議申立てと無効審判請求の手續において、いかなる主体も当該規定に基づいて手續を提起することができ、かつ5年の除斥期間の制限を受けない。また、当該規定も商標を管轄する行政機関の審査プロセスにおける重点調査が必要な条項でもある。当該規定の適用範囲について、特に「その他の悪影響」の解釈については、実務上2つの問題について極めて大きな争議がある。まず、当該条項の「悪影響」が指しているものは、標章あるいはその構成要素自体に存在する悪影響なのか、それとも標章を商標として登録することにより、商標として使用するときを生じる可能性のある悪影響なのかということである。もう1つは、特定の民事の権益を害する場合に、当該条項の規定を適用するか否かということである。

1つ目の論点について、「微信(WeChat)商標」事件の一審判決⁵⁰においては、標章自体の構成要素にいかなる悪影響があるかを単に調査したのではなく、標章を指定役務で使用した場合に生じる悪影響を調査した。当該事件において、「微信」とい商標は、登録日前に騰訊(テンセント)社が消費者に当該商標と製品との間に揺るぎない「つながり」を形成させられなかった。しかしながら、「微信」という商標登録出願から方式審査、出願公開までの期間において、騰訊社は短期間で大量に広告を打つことにより、「微信」という標章と、騰訊社が提供するインスタントメッセージング役務との間に揺るぎない1対1の対応関係を構築した。仮に、騰訊社以外の第三者が「微信」に対して商標登録の権利を有することを認めると、巨大な微信ユーザー・グループが既に形成した安定した知覚に変化を生じさせ、更にこの安定した知覚の変化が大きな社会的コストを発生させるおそれがある。これを鑑みれば、不特定多数の公衆の現実的な利益の保護を選択することがより合理性がある。そのため、このような利益は社会の公益に属するものであり、「その他の悪影響」の条項を適用して出願を却下しなければならない。当該事件は、学界で幅広い議論を呼び、特にある学者は、「悪影響」は標章又はその構成要素自体だけに限られるべきであり、標章の使用行為とは無関係であると指摘した⁵¹。これに対して、一般公衆に「微信」と騰訊に関連性があると広く認識されることは、「一般公衆の安定した知覚の利益」ではあるが、「安定した知覚の利益」とは商標法の体系が認める公共の利益ではなく、「悪影響」条項を適用すべきではないという見解もある⁵²。これに対し、「微信」商標事件の二審判決⁵³においては、引き続き、標章自体又はその構成要素に基づいて、「その他の悪影響」が存在するか否かを認定した。このような認定方法は、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」5条1項においても確認されている。すなわち、標章又はその構成要素は、中国社会の公共の利益と公共の秩序に消極的で、マイナスの影響を生む可能性があるということである。

2つ目の論点について、ある学者は司法実務の整理を通して「その他の悪影響」条項を拡大適用した事件を類型化した⁵⁴。具体的には、明らかに在先権利を侵害して商標を出願する場合や、既に亡くなった人又は昔の人の氏名若しくは名称を出願する場合、商品化権又は肖像権、パブリシティ権を侵害する商標を出願する場合、他人の一定の知名度を持つ商標を大量に登録出願する場合、公共の資源を商標と

⁵⁰ 北京知識産権法院行政判決書(2014)京知行初字第67号。

⁵¹ 鄧広光「商標の権利付与・権利確定手續における通知の利益と悪影響—『WeChat』を例として」知識産権4期、53-60頁(2015年)。

⁵² 馬一徳「商標登録『悪影響』条項の適用」中国法学2期、225-237頁(2016年)。

⁵³ 北京市高級人民法院行政判決書(2015)高知行終字第1538号。

⁵⁴ 鐘鳴「商標法悪影響条項拡大適用の争議及びその解決」劉銀良編『北大知識産権評論2014/2015年巻』56-65頁(北京大学出版社、2016年版)。

して登録出願する場合、というものが含まれる。そのうち、明らかに在先権利・利益を侵害して登録出願した場合、商標法 32 条の在先権利の条項は、審査段階において商標局が適用できる拒絶事由に当たらないため、明らかに在先権利を侵害する可能性のある登録行為に対しては、係争商標が方式審査の公告がなされたとき、或いは登録査定が公告されて初めて、優先権の所有者若しくは利害関係者が異議を申し立て請求又は無効審判の請求を行う必要なく、「悪影響」の条項の適用を通して、審査段階における悪意のある出願を却下する目的を果たすことである。また、既に亡くなった人又は昔の人の氏名若しくは名称の登録申請の状況については、既に「商標の権利付与・権利確定に関する規定」5 条 2 項で規定されている。すなわち、政治、経済、文化、宗教、民族などの分野での公衆人物の氏名などを登録出願することは「その他の悪影響」に該当するというのである。

この問題に対し、日本の商標法において主に関係する条文は、4 条 1 項 7 号の「公の秩序又は善良の風俗を害する」条項の適用である⁵⁵。近年、日本では当該規定の適用において同様に拡大解釈をする傾向にあり、学界と実務界での幅広い討論を引き起こしている。そのうち、私益の事由を当該条項の規制する範囲に組み込まれたことを批判する声がかなりある⁵⁶。法律効果から見ると、日本の商標法 4 条 1 項に列挙されている拒絶事由は、私益と公益に基づき 2 つに分けることが可能である。その意義は、法律効果において、裁判基準時と除斥期間の設定における明らかな違いがあることである。公益の事由について、その裁判基準時は、後発的な無効事由を類推する（46 条 1 項 6 号）が、私的事由についてその裁判基準時は商標登録出願時を基準とし（4 条 3 項）、かつ登録日から 5 年以内が無効手続を提起する除斥期間であると規定している。当然ながら、除斥期間の設定から見ると、私的利益の事由（例えば 4 条 1 項 19 号）について、仮に不正目的が存在すれば適用しない（47 条 1 項）。まさに上述の効果における明らかな区別があるため、私益事由に属する状況を「公序良俗」条項の規制の範囲に組み込まれるのであれば、設定効果において区別される立法趣旨が没却されてしまう。

司法実務において、商標自体の構成要素のほかに、「公序良俗」条項を通して規制されている。学者が整理した類型化⁵⁷には、公正な競争秩序の妨害（「母衣旗」事件⁵⁸）、輸入代理店が外国の商標を抜駆け登録する行為（ドゥーセラム事件⁵⁹、コメックス事件⁶⁰、クランツレ事件⁶¹）、歴史上の人物の氏名（ダリ事件⁶²）、他人の作品のキャラクターイメージと作品名（赤毛のアン事件⁶³）、資格試験関連の団体の分裂（日本漢字能力検定協会事件⁶⁴、日本数学検定協会事件⁶⁵）がある。このうち、日本の商標法において、外国の著名商標を抜駆け登録する（4 条 1 項 19 号）規定を導入（1996 年）する前に、「公序良俗」条項を適用して、不当な目的を前提とした剽窃的な商標の抜駆け登録を多く排除した⁶⁶。しかし、当該規定を導入後に、上述の類型化の判例のうち一部は、「公序良俗」条項を通して規制することを選択し

⁵⁵ この部分の討論は、井関涼子「公序良俗違反に基づく商標の不登録事由—米国「REDSKINS」商標登録取消審決を題材に」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』826-834 頁（弘文堂、2015 年）を参考にしたものである。

⁵⁶ 小泉直樹「公序良俗を害する商標」日本工業所有権法学年報 25 号 6 頁（2002 年）。

⁵⁷ 井関・前掲（55）826-834 頁。

⁵⁸ 東京高判平成 11・11・29、判時 1710 号 141 頁。

⁵⁹ 東京高判平成 11・12・22、判時 1710 号 141 頁。

⁶⁰ 東京高判平成 17・1・31、平 16（行ケ）219 号。

⁶¹ 知財高判平成 18・1・16、平 17（行ケ）10668 号。

⁶² 東京高判平成 14・7・31、判時 1802 号 139 頁。

⁶³ 知財高判平成 18・9・20、平 17（行ケ）10349 号。

⁶⁴ 知財高判平成 24・11・15、平 24（行ケ）10064 号。

⁶⁵ 知財高判平成 25・2・6、平 24（行ケ）10274 号。

⁶⁶ 高尾豊、井関涼子「“日本漢字能力検定協会”事件：商標法四一条七号の解釈を中心に（知的財産高裁平成 24・11・15 判決）」同志社法学 66 巻 1 期、163-201 頁（2014 年）。

ない可能性がある。当然ながら、ある学者も、外国の著名商標を抜駆け登録する条項が包含できない不当手段による他人のまだ有名になっていない商標を抜駆け登録した場合には、引き続き適用が必要であると指摘している⁶⁷。「函館新聞」事件⁶⁸のように、函館市内に新しく設立された新聞からの競争を排除するために、先を争ってその発行予定の新聞である“函館新聞”の名称を抜駆け登録した行為は、独占禁止法という経済秩序に違反するものとして、この商標登録という法律行為は無効であると認定しなければならない。

(2) 代理人などによる抜駆け登録

立法の沿革から考えると、中国の代理人などによる抜駆け登録出願に関する規範は、しだいにその適用範囲を広げている。1993年の商標法に付帯する商標法実施細則の25条において、当該規範は「代理人」に限られていた。2001年の商標法15条において、これをいわゆる商標の登録出願の仲介的な性質の代理人だけではなく、「代理人又は代表者」へと拡大した。2013年の商標法の15条において、従来からあった1項のほかに「同種の商品又は類似の商品を登録出願した商標は、他人が先に使用した未登録の商標と同一又は近似したものであり、出願者と当該他人との間に前項規定以外の契約、業務上の関係又はその他の関係があることによって当該他人の商標の存在を明らかに知っており、当該他人が異議を申し立てた場合は登録しない」とする2項の規定が追加された。そのうち、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」(2017年)16条では、「その他の関係」について、拡大解釈が行われた。すなわち、親族関係、労働関係、営業地が近隣する関係、かつて代理や代表関係の成立に関する協議を行ったことがある関係、かつて契約関係や業務上の関係の成立に関する協議を行ったことがあるといった関係が含まれる。これにより、当該規定の適用範囲が大幅に拡大された。効果と側面から見れば、15条の違反は、異議事由(33条)と相対的な無効事由(45条)として現れており、無効申請は5年間の制限を受ける。すなわち、商標登録の日から5年以内のみ提出できるということである。

司法実務の観点から見ると、商標法15条の適用範囲も徐々に拡大する傾向にある。例えば、「頭孢西林」事件⁶⁹において、以下の考え方を明らかにした。すなわち、15条で規定している代理人は広義で理解すべきであり、商標登録の出願者又は商標登録者の委託を受け、委託された権限の範囲内で商標登録などの業務を代理する商標代理人、代表者に限られず、総販売元(独占販売)、総代理店(独占代理)といった特殊な販売代理関係の意味での代理人、代表者も含まれる。また、早期の「楷模」事件⁷⁰においては、「代理人又は代表者」について、適用する上で比較的厳格な2つの要件を提示している。1つは、当事者間に法律又は事実上の代理又は代表の関係が存在しているということである。もう1つは、依頼者などが係争商標の商標権者であることである。このうち、前者の関係には長期的で安定的な性質が備わっている必要があり、後者には依頼者が中国で商標登録を行ったことがあること、又は中国でのビジネス活動において商標の使用若しくは対応する経験があることが求められている。他人の登録を阻却できる商品又は役務の区分については、同一商品又は役務には限らず、類似の商品又は役務も含む。例え

⁶⁷ 田村・前掲注(7)106頁。

⁶⁸ 北海道新聞同意審決平成12・2・28、審決集46巻144頁。

⁶⁹ 最高人民法院行政判決書(2007)行提字2号。

⁷⁰ 北京市高級人民法院行政裁定書(2006)高行終字197号。

ば「亀博士」事件⁷¹において、「車両に潤滑油を差す、車両の修理をする」役務と、「自動車のつや出し、洗浄液」という商品が類似商品又は役務に属するものである判断した。また、「代理人又は代表者が商標登録を出願する前に、被代表者又は被代理人の商標が商標登録出願されていない状況の下、はじめて代理人又は代表者の登録出願行為が抜駆け登録行為を構成する」ということを求めておらず、被代理人又は被代表者が既にその商標を登録出願したとしても、他人の類似商品又は役務における登録を阻却することができる判断した。しかし、被代理人は分類を跨いで他人の登録を阻却する役割を果たすことはできない⁷²。

その後の事件の中で、「楷模」事件で提起された 15 条 1 項の適用における 1 つ目の要件について、「DomsLift」事件⁷³では、わずか 2 回の商取引では代理販売の関係を結ぶ意図を表すには不十分であり、商品を実際に販売したことも証明できないとした。既になされた証明は、代理人又は代表者の関係を証明することに足りない。「新東陽」事件⁷⁴においては、法律規定から代表者は会社の株主である必要があったが、「代表関係」を「関わり合いのある関係」へと拡大し、家族が共同で設立した企業の構成員を代表者として認定した。

2 つ目の要件においては「Lehmanbrown」事件⁷⁵の中で、次のように指摘している。係争商標の登録出願日前、雷博公司はまだ設立準備中であったが、2 人の創立者は既に当該会社の将来の名称や商号、及び会社のブランドの商標出願について合意していた。そのため、たとえ実際には使用していても、係争商標である「Lehmanbrown」は設立準備中の雷博公司の商標であることを確認した。代理又は代表依頼人が、既に当該商標をビジネスに使用したか否かは、15 条の適用条件とはならない。

2013 年の改正商標法により追加された 15 条 2 項の規定について、「雅琪」事件⁷⁶では、「雅琪」は先に使用した未登録の商標であることを証明したうえで、「契約、業務取引の関係」の証明については比較的低い敷居を採用した。例えば、同業としての競争関係が存在することや、かつて業界の普及展覧会と一緒に参加したこと、間接的な取引が存在する等の場合には、知っていたことだけを求めた。「MEGAPULSE」事件⁷⁷においても、間接的な業務取引において上海秦嶺酒業の「MEGAPULSE」商標を知っているはずと認定し、当該条項を適用可能とした。

上述の立法と司法実務に関する整理から見ると、15 条 1 項における「代理人又は代表者」による抜駆け登録出願の状況について、代理依頼人が中国で実際に使用していることは求められていないものの、代理又は代表の関係の認定についてはやはり比較的厳格である。15 条 2 項の「その他の関係」などの認定については、立証に関するハードルが大幅に低くなっているものの、中国での先使用行為の存在を求めている。日本の商標法 53 条の 3 における、代理人などが抜駆け登録したことに関する取消審判の規定の中で、代理人などは商標申請日より 1 年以内に指定された代理人であることを厳格に規定している。さらに、代理人などの証明においても、比較的厳格な姿勢をとっており、例えば「casite」事件⁷⁸においては、アメリカの輸出卸売り業者から商品を輸入する業者だけでは、この条項における「代理人」を構成しないとしている。この中でも、取引の継続性又は持続的な取引によって相互信頼関係が形成さ

⁷¹ 最高人民法院行政判決書（2015）行提字 3 号。

⁷² 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字 1306 号。

⁷³ 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字 1127 号。

⁷⁴ 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字 1196 号。

⁷⁵ 最高人民法院行政判決書（2014）行提字 3 号。

⁷⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2017）京行終 2497 号。

⁷⁷ 北京知識産権法院行政判決書（2015）京知行初字 352 号。

⁷⁸ 東京高判昭和 58 年 12 月 22 日無体集 15 卷 3 号 832 頁。

れたことも強調されている⁷⁹。

日本の類似した規定と比べて、中国の商標法 15 条の適用範囲がより広い。しかし、一方では中国において、代理人などが自由に商標を選定し経営活動を行うことに対して更に多くの制限が加えられている。特に商標の抜駆け登録の行為は、多くの場合、商標代理機関の協力のもとで完了する組織的な行為である。そのため、中国では商標代理機関の設立のための行政許認可の制約をなくしてから、代理機関が他人の商標を抜駆け登録して利益を得る現象が大量に出現し、代理市場の秩序を混乱させていた。この問題を解決するために、2013 年の商標法においては、商標代理機関の登録活動を制限する規定を追加した。例えば、商標法 19 条 4 項では「商標代理機関では、その代理役務に基づいた商標登録出願ができるが、その他の商標の登録を出願してはならない」と規定している。「上専及図」事件⁸⁰においては、係争商標が指定する役務が 42 類の「技術研究、技術プロジェクト研究」などの役務であり、商標法 19 条 4 項で規定されている「代理役務」には属しないとし、「黄金智慧」事件⁸¹においては、文字とおりの解釈に基づいて「商標代理機関」についての認定の核心は、商標代理業務に従事しているか否かであるとした。また、商標代理機関が、自己使用のために商標を出願したのか、それとも利益を得ることを目的に商標登録の出願をしたのかについては、当該条項において区別しない。当該事件において、商標出願の際に指定した 35 類の、商品の展示、公告、コンピューターネットワーク上のオンライン広告、小売を目的とした通信媒体上の商品展示、経営管理のサポート、フランチャイズ経営のビジネス管理、公共関係、マーケティング、他人に代わっての販売及び人事管理コンサルティング役務は、明らかに商標代理役務の内容ではない。

(3) 在先権利の抜駆け登録

(i) 中国商標法上の「在先権利」

商標の権利を確定する行政手続における在先権利の位置付けの問題は、中国商標法における独特のテーマである⁸²。最近では「カンフーパーンダ」事件⁸³において、「商品化権」という概念を商標法 32 条前段の「在先権利」に明確に列挙し、実務界と学術界のさらなる幅広い議論を呼んだ。中国商標法の「在先権利」の概念は、「工業所有権の保護に関するパリ条約」6 条の 5 の B 項に列挙されている 3 つの拒絶（無効）理由に始まる。そのうち、侵害された第三者の既得権は、関連国で既に保護されている商標権、メーカーの名称に対する権利又は著作権などの権利である。1 つの商標が人格的な権利を害した場合には、本項規則も適用することができる⁸⁴。「商標の権利付与・権利確定に関する規定」18 条において、「在先権利」は、当事者が係争商標の申請日前に得た民法上の権利又はその他の保護されるべき合法的な権益が含まれると定義されている。それをいわゆる絶対権に限らず、合法的な権益もその中に組み込まれると拡大解釈した。実務において、商標法 32 条前段の「在先権利」に関する論争のうち比較的に大きな問題は、2 つの側面に集中している。1 つ目は、自然人の氏名、肖像及び及び法人名称などとの関係であ

⁷⁹ 小野昌延＝三司峻司編『新・注解 商標法（下巻）』1545 頁（木柵照一）（青林書院、2016 年）。

⁸⁰ 北京市高級人民法院行政判決書（2016）京行終 2985 号。

⁸¹ 北京市高級人民法院行政判決書（2016）京行終 2034 号。

⁸² 関連学説の争議詳細は、李揚「商標法中在先権利的知識産権法解釈（商標法における先行権利の知的財産権法解釈）」法律科学 5 期、41-50 頁（2006 年）。

⁸³ 北京市高級人民法院行政判決書（2015）高行（知）終字 1969 号。

⁸⁴ ボーデンハウゼン、前掲注（14）76 頁。

る。2つ目は、テレビ番組の名称、キャラクターの名称やイメージなどとの関係である。以下ではそれぞれについて論述する。

① 自然人の氏名及び法人名称などとの関係

「在先権利」の1つとしての自然人の氏名の権益において、中国商標法上で表れる最大の特徴は、他人の登録を阻却する権利は、人格権の理論から生じるものではなく、標章法の理論から生じるものであるということである。これについて、「喬丹（ジョーダン）」事件⁸⁵において、最高人民法院は次のとおり指摘している。商標法 32 条を適用して他人の在先権利である氏名権を保護するときには、関連公衆が、係争商標が付された商品と当該自然人との間にイメージキャラクター契約やライセンス契約などの特定の関係があると容易に誤認されるか否かが重要であり、これは係争商標の登録が当該自然人の氏名権を害するか否かを認定するための重要な要素である。当該事件の既存証拠によって、「喬丹」は中国において比較的高い知名度があり、関連公衆に知られていることが十分に証明できる。中国の関連公衆は、通常、再審請求者（すなわちアメリカのバスケットボールのスターであるマイケル・ジョーダン）のことを「喬丹」と呼び、しかも「喬丹」と再審請求者との間には既に安定した対応関係が築かれている。当該事件が根拠となり、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」（2017 年）20 条では、次のように規定した。すなわち、「係争商標が自らの氏名権を害すると当事者が主張し、関連公衆が、当該標識がその自然人を指すもので、当該商標が付された商品は当該自然人の許諾を得ているものであり、又は当該自然人との間に特定の関係が存在すると容易に思う場合、人民法院は、当該商標が当該自然人の氏名権を害していると認定しなければならない」。また、当事者が筆名、芸名、訳名など特定の名称で氏名権を主張する場合は、「当該特定の名称に一定の知名度が備わっており、かつ自然人との間に安定的な対応関係が築かれ、関連公衆がこの名称で当該自然人のことを指すのであれば、人民法院はこれを支持する」。人格権理論と標章法理論を採用する上での明確な違いは、同姓同名の人の商業活動に使用する姓名の問題をどのように処理するかということにある。氏名権のアプローチでは、偽物が自分の氏名を有名な作家と同じ氏名に変え、その後当該氏名を自分が創作した作品に付け、これにより混乱を生じさせる問題を解決することができない。「王躍文が葉国軍、王躍文などを提訴」という事件⁸⁶において、法院は、被告の行為は反不正競争法に違反するが、「他人の著名な作品を偽る」ことは構成しないと認定した。作品上に付けたのは作者の「合法的な氏名」であり、他人の氏名を偽っていなかったからである。しかしながら、反不正競争法の観点から見て、法院は次のように指摘した。カルチャービジネスの経営者として、作者はよく作品に名前を付けることを通して、自分と自分の文学作品の創作スタイルを広めている。消費者が図書を購入するとき、作品の題名と著者名は購入を考える上での主要な要素である。著名な作家の作品の名称は、図書の一種の商品標識となっており、消費者の購入行為を決定する重要な役割を發揮している。著名作家のサインがいったん手本とされ、偽造され、フリーライドされたり希薄化されたりすれば、消費者の誤った支出の決定を促す可能性があり、これにより作者の正当な権益に影響が出るため、これらの行為は不正競争に属する。

⁸⁵ 最高人民法院行政判決書（2016）最高法行再 27 号。

⁸⁶ 湖南省長沙市中級人民法院民事判決書（2004）長中民三初字第 221 号（『最高人民法院公報案例』2005 年 10 期）。

②テレビ番組の名称、バーチャルキャラクターの名称、イメージなどとの関係

テレビ番組の名称、バーチャルキャラクターの名称、イメージなどについての登録の段階における関連問題は、中国の商標法においては「商品化権」をもって解決を図っている。初期の中国の下級法院では、一般的に人格権理論を依拠とし、自然人の氏名権又は肖像権のビジネス上の利用を、人格権の保護範囲に組み込んだ⁸⁷。自然人以外の客体の商品化の問題については、近日の「カンフーパンダ」事件⁸⁸における判決で、初めて「商品化権」という概念を商標法 32 条前段の「在先権利」の範囲に含むと明らかにし、これにより登録を拒げる異議事由を構成した。中国の司法実務の中で、使用されている「商品化権」という概念は、アメリカの学説において広く認められている「肖像パブリシティ権」の概念とは異なり、ドイツの一般的な人格権の実務に由来するものでもなく、独創性を備えた概念体系である。特に、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」22 条 2 項において、司法実務の中の判例法理を司法解釈として位置づけた。すなわち「著作権の保護期限内の著作物について、仮に作品の名称、作品の中のキャラクター名称などに比較的に高い知名度があり、それを商標として関連商品に使用すれば、関連公衆が、それを権利者の許可を経ているという誤解や、権利者との間に特定の繋がりがあると誤解しやすく、当事者がこれをもって在先権利を主張する場合には、人民法院はこれを支持する。」ということである。当然ながら、この司法解釈の中で、商品化権の拡大適用を防止するために、商業標章法の立法目的から、その適用要件において「著作権の保護期間内の著作物について」を要求するなどの制限を加えている。「著作権保護の期間以外の著作物」については、「その他の悪影響」の条項を根拠とし、公共の記号ソースの登録出願を理由に却下することはできるが、「商品化権」を根拠に処理することはできない。

上述の論述から分かることは、中国の司法実務の発展においては、在先権利の中に含まれていると思われる 3 種類の客体（自然人の商品化権の問題、物のイメージと名称の商品化権の問題、及びバーチャルキャラクターなどの商品化を含む）の間にある共通性、特に直面する利益関係の一致性に注意し、これによって統一された理解を確立しようとすることである。分割化という理解のもとで、提供する選択可能な 3 種類の理論の候補において、人格権の理論は自然人以外の客体を商品化権の保護客体とする可能性を当然のように排除したため、顧客吸収力の学説と標章法の体系によりのみ、統一された選択肢の提供が可能になっている。

現実の利益関係から見れば、自然人の商品化権であろうと、物又はバーチャルキャラクターなどの商品化権であろうと、いずれも顧客吸収力に対する保護を通して、他人のフリーライド行為を防止する排他権を設定している。この創設過程は、立法で実現したものではなく、司法実務を通して実現したものである。しかしながら、顧客吸収力の学説の下で、統一化の試みの最大の疑問は、「物権／知的財産権の法定主義」に抵触するということである。他人の知的成果又は商業上の信用に対するフリーライド行為は、原則として禁止されないものである。人類社会もまさにこのようなフリーライド行為によって徐々に文明化や進歩へと向かっている。しかし、原則としての自由は、ある特定の状況の下では制限されるものであり、他人のフリーライド行為を禁止する例外を排除しない。例えば、創作活動の奨励を確保し、文化の進歩、科学技術の発展といった、よりマクロな目的の達成を妨げないために、著作権と専利権の

⁸⁷ 比較的に典型的である事案には、王軍霞事件（遼寧省高級人民法院民事判決書（2001）遼民終字 162 号）、劉翔事件（北京市第一中級人民法院民事判決書（2005）一中民終字 8144 号）、張柏芝事件（江蘇省高級人民法院民事判決書（2006）蘇民終字 109 号）、姚明事件（湖北省高級人民法院民事判決書（2012）鄂民三終字 137 号）がある。死者の氏名と肖像を利用した判例には、魯迅事件（『最高人民法院質疑と応答 民事編』、中国法制出版社 2004 年版 92-93 頁）王金栄などによる松堂関懐病院訴訟事件（北京市崇文区人民法院民事判決書（1999）崇民初字第 1189 号）がある。

⁸⁸ 北京市高級人民法院行政判決書（2015）高行（知）終字 1969 号。

保護を設けたことがもたらす社会福祉が、これら法定の独占権がもたらす不正よりも大きいときにのみ、前述の排他権を設けることが許される。設置プロセスにおいては、民主的なプロセス、特に立法により設定しなければならず、これによりフリーライドの自由が制限された第三者は、事前にその行動を予測できるようにし、立法が一致していない状況においては、司法が相当に謙抑的であるべきである。これは、いわゆる知的財産権の法定主義の趣旨でもある。顧客吸引力の学説下で、商品化権に対する権利設定過程について、大部分のバーチャルキャラクターのイメージなどについて、おそらくは著作権法の保護範囲に取り入れることができるであろうが、バーチャルキャラクターの名称についても、市場に投入を始めてすぐに、商品化したい商品区分を指定商品として商標登録出願することにより法律上に保護される既得権に転化することができる。商品化の権益主体が商標登録出願を行っていない場合や、その客体が既存の権利による保護を求めることができないときに、顧客吸引力という学説を通して一種の排他権を設けようとするやり方は、法的安定性と予見可能性を損なう。

しかし、中国の司法実務のやり方は、標章法の統一化の理解へと転換されている。すなわち、バーチャルキャラクターなどの商品化権であろうと、有名人の氏名又は肖像の商品化権であろうと、仮に他人がみだりにそれを商品化する製品の開発と販売に利用し、又は広告宣伝の手段としてその他の製品のイメージキャラクターとすることを放任してしまえば、上記主体の許諾をベースとするビジネスモデルの実現に影響を及ぼすであろう。このため、商品化権の客体を前提とする利益紛争は、似たような状況になる。しかし、このような似通った利益状況に対応する調整モデルは、商業標章法の中の商業上の標章の機能の角度から見ると、出所識別機能、品質保証機能、又は広告宣伝機能からスタートするのかわけなく、統一された理解に対して大いに役立てることができる⁸⁹。商標法体系下の商品化権の統一化の試みについて、その最大の目的は、顧客吸引力の学説を更に進展させ、既存の標章法体系を適用できるようにして、これにより知的財産権の法定主義の桎梏から抜け出すことである。ここで最大の疑問は、現実的に考えると多くの商品化活動における実践には、商業上の商標の使用などの具体的な要件を挟み込むことが困難である点である。結局のところ、どのような状況下であれば、バーチャルキャラクターの名称などの商品化の利用が、商標法における混同行為を構成するのかは、おそらく商標法における登録の部分と反不正当竞争法〔不正競争防止法に相当〕（2017年）における権利侵害の部分でそれを具体化することを待たねばならないであろう。

(ii) 日本の商標の権利確定行政手続きにおける「既得権」

日本の商標法においては、中国の商標法 32 条前段にある商標登録を阻却する事由としての「在先権利」に類似した条項が存在していないため、日本では商品化権を「権利」としてみるのか、又は「法益」としてみるのかという論争はあまり見られない。日本の商標法 4 条 1 項 8 号において、登録商標には他人の肖像や氏名、名称、有名人の雅号、芸名、筆名、及びこれらの著名な略称が含まれるもののみについては、その登録を阻却することができる。審査の過程において見逃され登録された場合も、それを異議事由及び無効事由として、異議申立て及び無効審判を提起することができる。そのうち、自然人の氏名、肖像などについては、人格的な利益を保護する観点から、他人による登録を阻却する位置付けを与えている。自然人の氏名とは異なり、自然人の雅号、芸名、筆名及び略称は自由に変更可能であること

⁸⁹ 井上由里子「パブリシティの権利の再構成—その理論的根拠としての混同防止規定」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集刊行委員会『現代企業法学の研究 筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』145 頁（信山社、2001 年）。

から、他人が自由に標章を選択してビジネス活動を行う利益を損ねるために、これらの呼び名が「著名」と認められる程度に達した場合にのみ他人による登録を阻却できると認められている⁹⁰。本項規定の目的は、混同を防ぐことではないため、混同を防ぐ措置を追加しても、他人の氏名などに対する登録により混同の効果は生じないため、本項規定の適用には影響しない。これ以外のその他の在先権利を構成する排他権の類型は、商標の権利確定の行政手続において救済の可能性は存在しない。

当然ながら、仮に上述の氏名と肖像などの商標の権利確定手続における阻却効果を人格権の保護によるものであるとすれば、既に亡くなった自然人の氏名又は肖像などに対する商標登録の行為は、日本の司法実務において一般的に商標法4条1項7号の公序良俗の条項に基づいて登録を阻却するかどうかを判断する⁹¹。「ダリ」事件⁹²において、被告は著名な画家・ダリの名前である「DARI」を、石鯰などの区分に登録した。裁判所は、「被告の登録は消費者に画家であるダリのことを想起させるものであるが、被告の行為はダリの遺族の承諾を経たものではない。このため当該登録行為では、世界で著名な故人の氏名の略称を不当に利用していることになる。この行為は死者の名誉を害するおそれがあるばかりでなく、市場の秩序を乱し、国際間の信義誠実に反するものである。よって公序良俗違反を構成する」と指摘した。また、上述の判例法理も「商標審査基準」の中で徹底されており、「外国で周知されている、著名な商標であるなど、日本で未登録の商標又は外国人の氏名などとしての保護」の中で「著名な故人の氏名又は肖像などの登録出願において、配偶者が存命の場合には配偶者の同意を得なければならず、同意を得ていない場合には、商標法4条1項7号における公序良俗条項によって却下する」と規定されている⁹³。このほか、著名な作品名及びバーチャルキャラクターの名称に対する抜駆け登録出願の行為は、司法実務においても、日本では4条1項7号における公序良俗条項を根拠に規制している（前者は「赤毛のアン」事件⁹⁴を例とし、後者は「泰山」事件⁹⁵を例とする）。

他人による抜駆け登録出願を阻却する規範の運用においても、標章法の観点から商標法4条1項15号の広義での混同に関する条項を適用して、他人の抜駆け登録行為を阻止する実務がある。バーチャルキャラクターなどの商品化権であれ、著名人の氏名又は肖像の商品化権であれ、仮に他人が無断でそれを商品化し、製品の開発と販売又は広告宣伝の手段とするのであれば、上記の主体が許諾をベースとしたビジネスモデルにおける利益を害することになるため、商品化権の客体における利益紛争の状況とよく似たものである。このような似通った利益状況の調整モデルとしては、標章法の中の商業上の標章の機能の角度から、出所識別機能、品質保証機能、又は広告宣伝機能に関わらず、統一的な結論が得られるべきである⁹⁶。要件から見た場合、混同を防ぐことを目的とした、商業上の標章の出所識別機能と品質保証機能を保護する標章法の保護体系には、少なくとも次のことが含まれるべきである。すなわち、商品などの標章とそれを代表する商品などの間には1対1対応の繋がりが存在しており、この繋がりは「知名」の程度を構成すること、他人の標章を商標として使用すること、混同を生じさせるおそれが

⁹⁰ 田村・前掲注(7) 217頁。

⁹¹ 田村善之「俳優のしぐさに関する著作権侵害と歴史上の人物名に関する商標権侵害が争われた事例(下)―東京地判平成26.4.30平成24(ワ)964[CR松方弘樹の名奉行金さん―] IPマネジメントレビュー16号4-11頁(2015年)。

⁹² 東京高判平成14・7・31判時1802号139頁、ダリ事件。

⁹³ 特許庁審査業務部商標課商標審査基準室編「商標審査便覧」42.119.02、

<https://www.jpo.go.jp/shiryou/kijun/kijun2/syohyoubin.htm> [最終アクセス日：2018年1月15日]

⁹⁴ 知財高判平成18年9月20日平17(行ケ)10349号。井関涼子「著作物のキャラクターからなる商標と商標法上の公序良俗概念：ターザン事件“知的財産高裁平成24.6.27判決”」同志社法学65巻1期163-203頁(2013年)。

⁹⁵ 知財高判平成24・6・27判時2159号109頁。松原洋平「著作物の題号と同一構成の商標が公序良俗に反し無効とされた事例―Anne of Green Gables事件“知財高裁平成18.9.20判決”」知的財産法政策学研究15巻371-385頁(2007年)。

⁹⁶ 井上・前掲注(89)145頁。

あることである。

バーチャルキャラクターなどの名称及びイメージの商品化使用の問題について、日本の司法実務では、標章法理論に対する発展を通して、出所識別機能、品質保証機能及び広告宣伝機能の発揮させることから、一定レベルにおいて、バーチャルキャラクターなどの商品化権について、混同の防止及び不正利用の防止などの保護を与えている。「NFL 標章」事件⁹⁷における原告はフットボール協会であり、彼らは連盟の各チームの名称及びロゴの商品化権を持っており、商品化の運営本部を通して商品を製造販売する業者を選定してフランチャイズ商品を展開しているが、被告は無断でチームの名称とロゴが入った商品を販売した。最高裁は以下のように判断した。すなわち、商品化の運営本部がチーム名及びチームのロゴを使用して商品化した製品を生産する主体に対して、一般的に厳格な選択を行い、商品の品質、広告宣伝の方法などについて、厳しく管理統制を行う。このため、著名な標章を無断で使用し、商品化製品を生産する行為は、著名な標章に対する出所識別機能、品質保証機能及び顧客吸引力を保護している不正競争防止法に反する。不正競争防止法で言っている他人の著名な標識を混同させる行為は、同一商品の出所の主体による行為であると誤認させるもののほか、同一の商品化事業の運営団体から権利を譲り受けて行った行為であると誤解させるものも含む。当該事件において、広義の混同概念を援用することにより、被告が販売した商品が原告のフランチャイズの業者から権限を受けて生産した商品であると消費者に誤認させてしまうものであると、裁判所は認定した。さらに、消費者も一般的に、原告のチーム名とチームのロゴが入った商品は、全て原告が許諾したものであると認識することが通常である。原告は、これらの商品の品質と広告宣伝に対して管理統制を行っているため、被告の行為は顧客吸引力に対するフリーライドすることにより、ビジネス上の信用やそれによる不正な利用を自らのものに転化した。当該事件の判決後、判例法理はしだいにアニメーションキャラクターの商品化開発の活動へと拡大し、アニメーションキャラクターの商品化の管理主体に対して、不正競争防止法上、著名な標章の保護における訴権を持っていると承認した⁹⁸。

しかしながら、標章法の理論に基づけば、CD の名称⁹⁹、書籍名称¹⁰⁰、映画作品名の保護の問題¹⁰¹に対して、日本の司法実務では否定的な評価をしている。書籍名称を例にすると、「夏目漱石小説集」事件¹⁰²において、夏目漱石の遺族が「夏目漱石小説集」を商標登録出願したことに対して、これは既に著作権保護の期間を過ぎた夏目漱石作品に対する独占的な販売利益を継続して独占することになるという理由で、特許庁から拒絶された。著作権保護の期間を過ぎた作品について、その題名に商標権を与えて登録すれば、著作権の保護期間が延長されたことに相当するが、著作権の保護期間内で著作物の創作に対するインセンティブは十分である。他人が異なる内容の作品に同一の題名を冠する情況に対し、一般的には、作者名又は出版社名を通して区別することが可能であることから、特定の作品名称は、作品の出所を識別する機能¹⁰³を果たすわけではない。

また、ある観点からは、映画作品の名称、ゲームの名称について言えば、映画作品とゲーム作品はいずれも複数の著作物の集合体であり、個別の著作物とゲーム又は映画の作品名との関連度合はやや低い

⁹⁷ 最判昭和 59・5・29 民集 38 巻 7 号 920 頁、フットボール・シンボルマーク上告審。

⁹⁸ 最判平成 9・7・17 民集 51 巻 6 号 2714 頁、ポパイ・ネクタイ事件上告審。

⁹⁹ 東京地判平成 7・2・22 判タ 881 号 265 頁、Under The Sun 事件。

¹⁰⁰ 東京地判昭和 63・9・16 無体集 20 巻 3 号 445 頁、POS 実践マニュアル事件。東京地判平成 12・9・29 判時 1733 号 108 頁、デール・カーネギー事件。

¹⁰¹ 知財高判平成 17・10・27、平成 17 年（ネ）10013 号、超時空要塞マクロス事件。

¹⁰² 昭和 23 年抗告審判 181-190 号審決。

¹⁰³ 田村・前掲注 (7) 230 頁。

ものである。商業上の標章として営業上の信用を代表し、商品の出所を識別する標章とする機能が向上し、これにより商業上の標章としての使用を構成する可能性がある。しかし、一般的に言えば、書籍名又はCDの名称は、単に作品の内容を表しているだけであり、商品の出所を識別する機能は有さない。

商品化の活動における、バーチャルキャラクターなどの名称とキャラクターの使用を除いて、バーチャルキャラクターなどを通じた広告宣伝活動について、消費者が著名なキャラクターによるイメージキャラクターを務めた商品の出所に対して、はっきりした認識を持つため、著名なキャラクターによるイメージキャラクターは、もう1つの製品のブランドイメージを高めるだけであり、それ自体は消費者が商品の出所を識別する標識として働くことはない。たとえ商品の主体が勝手にキャラクターを使用して自身の商品を宣伝する状況であったとしても、消費者は商品の品質の決定主体に対して誤った認識を抱くわけではなく、宣伝される対象となった商品の品質決定者は、相変わらず商品自体の主体であり、著名なキャラクターなどの主体ではない。このため、商品化活動の使用と比べて、バーチャルキャラクターなどの広告宣伝活動は、標章法体系の中に組み込まれるのが困難である¹⁰⁴。例えば、商品化活動について、仮に特定の主体がTシャツを販売する際に、正面には「功夫熊猫（カンフーパンダ）」の4文字又はあるスターの肖像をプリントした場合、この商品化活動において「功夫熊猫」という4文字は、消費者の出所識別の根拠ではない。消費者は、「功夫熊猫」という4文字が書いてある服を着たら、なかなかおしゃれであると感じることなどのため、このTシャツを購入するのである。Tシャツが販売できるのは、完全に「功夫熊猫」による顧客吸収力によるものであり、消費者は、一体どこで生産したTシャツなのかということには全く関心がない。この4文字があるTシャツであれば購入するのである。たとえ消費者が、このTシャツを生産する主体が、商品化権の主体の許諾を得ていると信じていたとしても、この品質保証の誤認は消費者にとって、実質的な利益を害するものにはならない。別の面では、キャラクターの名称とイメージなどは、商品などの品質の情報を提供しないため、たとえ企業が努力によって商品などの品質を改善したとしても、その信用の化体に対するインセンティブを揺らがない。このため、消費者の混同のおそれと製造者の信用の蓄積という2つの観点からは、いずれも商業標章法の体系下の商品化権の保護を証明することができない。しかし、氏名や肖像などを利用して、広告宣伝を目的とした活動を行う場合、消費者はみな著名人又は著名なキャラクターがイメージキャラクターとなった商品の出所に対して、はっきりした認識を持つ。著名人又は著名なキャラクターのイメージキャラクターは、他の製品のブランドイメージを高めるだけで、商品自体は消費者が商品の出所を識別する標識を構成しない。たとえ商品の主体が無断でキャラクターを使用して自身の商品を宣伝するという状況下にあっても、消費者は商品の品質の決定主体に対して間違った認識をするわけではない。宣伝対象となる商品の品質を決定する側は、依然として商品自体の主体であり、著名人又は著名なキャラクターの主体ではない¹⁰⁵。このため、商品化活動の使用と比べて、広告宣伝の活動における使用は、標章法体系の中に組み込まれるのがより困難である¹⁰⁶。

上述の請求権の基礎のほか、その他の先行権利に対して、商標法は他人の登録を阻却できる根拠を提

¹⁰⁴ 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』511頁（有斐閣、2003年）。田村教授の観点と英米学界の商標制度機能に対する区分は異なるが共に優れたものである。すなわち商業標章法（商業ロゴ法）とは passing off（詐称通用）を具体的に表したものであり、misrepresentation（不実表示）の行為に対するものである。しかし標識の情報の価値を利用する行為が不実表示行為であり、商業標章法の興味深い範囲には属さない。

¹⁰⁵ その中である観点では、著名人の姓名と肖像権の広告宣伝を目的とした使用は、おそらくバーチャルキャラクターなどの名称とイメージなどの広告宣伝を目的とした使用と比べて、商標標章法の保護範囲へ入るのがさらに容易である。井上・前掲注（89）160頁。

¹⁰⁶ 田村・前掲注（104）511頁。

供していない。上述の現象が発生するより本質的な背景は、商品化権の属性に対する理解にある。すなわち、商品化権は単に行為規範の一種に過ぎず、その排他権の範囲は特定の行為だけに限られており、ある1つの名称やキャラクターなどに関わる商業的な利用行為を総括的に支配しているものではない。特に商品化権の効力範囲の問題において、表現の自由や、商業上の標章の選択の自由など、対抗する利益間のバランス関係の問題が存在する。このため、登録の段階において、商標審査部門について言えば、やや書面的な近似性の判断材料に直面しただけで、市場の主体がその後どのような方法で他人の名称やキャラクターなどを使用していくかということに対して、往々にして判断する手立てがない。よって、民法における自然人の人格の保護など、明確な法律上の根拠が見いだせない限り、商標法において、商標の権利確定の手段の中で処理する問題ではない。たとえ他人の商品化権を侵害する可能性のある標章を商標として登録したとしても、行政手続きとしての登録を済ませたとしても、そのことは、商標権が市場においていかなる積極的な権能を持つことを意味するものではない。上述の考慮から、日本では商標の権利確定の手段において、商品化権に対して画一的な判断をしているわけではなく、その後の市場の取引段階で、権利侵害の判断と抗弁を通して解決しているのである。

(4) 不正手段による抜駆け登録

商標法44条1項では、「既に登録された商標が本法10条、11条、12条の規定に違反している場合、又は欺瞞的な手段、若しくはその他の不正な手段で登録を得た場合、商標局は当該登録商標の無効を宣告する。他のいかなる組織又は個人も、商標評審委員会にその登録商標の無効を請求することができる。」と規定している。このうち、10条はその大部分が公序良俗及び国際的な儀礼を害した商標に対応したものであり、11条はその大部分が出所識別性を備えていない、又は独占されることが望ましくない商標に対応したものであり、12条は立体商標に対応したものである。これらは全て既存の商標法において、他人の登録を阻却するための絶対的な事由であり、原告適格の問題として利害関係人などの制限を受けず、5年の除斥期間の制限もまた受けない。当該条項の規定について、比較的に論争が激しいものとして、「欺瞞的な手段、若しくはその他の不正な手段で登録を得た」ということをどのように理解すべきかということである。このうち、「欺瞞的な手段」が主に指しているものは、真実のように思わせてごまかす手段で商標行政を主管する機関を欺き、商標登録を得る行為のことであり、主に申請書類のサインや押印を偽造する行為、申請者の主体資格の証明書類を偽造、修正すること、その他の証明書類を偽造するなどの行為が含まれる。これに対する解釈では、しばしば限定的な考え方が採用されており、「NTK」事件¹⁰⁷においては次のように指摘されている。智沢会社が商標局において係争商標を登録出願したときに、上述の事実を故意に隠匿し、これにより係争商標が登録されたとしても、商標申請者が商標の登録出願をするときに、その登録商標が装飾フォントの変形であるかどうかの説明を行うことや、その具体的なフォントデザインの内容を明確に示さなければならないと規定していたわけではないために、商標申請者には当該条項の法的義務がないという状況のもと、装飾フォントの内容について明確な説明をしなくとも、強制力のある法律、法規に違反にはならない。このため、ここでの「欺瞞的な手段」は相応の行政又は刑事的な取締規定に対応しているものであり、抜駆け登録した者が知りつつも隠匿した状況には適用されないと考えることができる。

¹⁰⁷ 北京市高级人民法院行政判決書（2012）高行終字701号。

問題の鍵となるのは「その他の不正な手段」をどのように解釈し、適用するかということである。当該規定の適用について、早期の判例では、当該条項が既に登録された商標を対象としたものであり、まだ登録審査を受けていない登録商標は対象外であり、当該規定を適用して無効にすることはできない（例えば「拉斯科」事件¹⁰⁸、「ティムケン」事件¹⁰⁹など）と強調した。これに対し、最近の「清様」事件¹¹⁰において、当該規定は異議申立ての再審査の手続で、参考としての適用が可能であることが明確になった。そして、ますます多くの裁判官が商標局、商標評審委員会、法院が、商標申請の審査や登録、及び対応する訴訟のプロセス中で、商標登録の出願者が欺瞞的な手段又はその他の不正な手段で商標登録の出願をしていることを発見した場合、参考として当該規定を適用し、不当な商標登録出願の行為を阻止¹¹¹することを賛同するようになってきている。最近改正された「商標審査及審理標準〔商標審査及び審理標準〕」（2017年）¹¹²においても、審査の過程において、44条1項の規定を根拠に、係争商標の出願者が大量の商標の登録を出願し、かつ他人の識別性のある商標や、他人の屋号、企業名などと同一又はよく似たものを構成するとき、及び商標出願者が大量の商標を出願し、かつ実際に使用する意図がないことが明らかな状況においては、これを阻却できるとしている。このようなやり方は、実際には重要な法的効果を生む。日本とは異なり、中国の商標法には「使用の意図」に対する要求がないため、中国の商標法4条にある「生産・経営活動における」使用、及び商標法7条にある「登録出願中は信義誠実の原則を遵守しなければならない」という規定が、「使用の意図」要件の機能を果たす法的解釈のツールとなる可能性があるが、この2つの規定は審査、異議申立て、無効審判請求の判断において、法的効果としての対応はないため、規範としての役割を果たすことは困難である。しかし、商標法の44条1項における、「その他の不正な手段」の様々な手続の中での適用は、実際に、使用の意図がなく、区分を跨いだ、大量の出願に対して阻却する機能を果たしており、「不正な手段」を唯一の要件とする、一般条項としての機能を一応備えている。

しかしながら、当該規定の適用について、実務においては依然として多くの問題が存在している。まず、「その他の不正な手段」は、商標登録の秩序を乱し、公共の利益を害し、公共のリソースを不当に占有する又は不当な利益を手に入れようとする行為（「商標の利付与・権利確定に関する規定」24条）であり、特定の民事主体の権益保護について、その調整範囲には属さない（「ロンジンの時計」事件¹¹³、「同済大学」事件¹¹⁴（他人が未登録の著名商標を登録することは、特定の民事主体の権益を害することに属する））と強調している。しかしながら、実践においては特定の主体の権益に対して当該規定を適用した判例が存在している。「クレヨンしんちゃん」事件¹¹⁵において、「クレヨンしんちゃん」シリーズの漫画及びアニメーションが、係争商標の出願日より前に既に日本、香港、台湾地域で広く発行及び放送されており、高い知名度を有していた。係争商標の出願者である誠益公司是、広州にある会社であり、広州は香港と隣接しており、「クレヨンしんちゃん」を当然知っていた。誠益公司是、「クレヨンしんちゃん」

¹⁰⁸ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1369号。

¹⁰⁹ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1051号。

¹¹⁰ 北京市高級人民法院（2015）商行（知）終字第659号。

¹¹¹ 劉慶輝「商標注冊程序中不正商標注冊行為的法律適用（商標登録プロセスにおける不正な商標登録行為の法律適用）」人民司法・案例（人民司法・判例）24期、83-86頁（2015年）。

¹¹² 国家工商行政管理総局商標局『関與公布新修訂「商標審査及審理標準」的公告（新改定版『商標審査及び審査標準』公布に関する公告）、2017年1月4日 http://sbj.saic.gov.cn/tzgg/201701/t20170104_233075.html [最終アクセス日：2018年1月15日]

¹¹³ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1886号。

¹¹⁴ 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字第703号。

¹¹⁵ 北京市高級人民法院行政判決書（2011）高行終字第1428号。

の文字又はキャラクターイメージを商標登録出願し、主観的な悪意が明らかである。また、誠益公司には大量に、大規模に他人の商標を抜駆け登録し、転売して利益をむさぼる行為を行っていることも考慮された。特定の主体の法益は、往々にして商標法における他人の登録を阻却する条項（13条2項、32条など）に対応される。両者の主な違いは、請求可能な主体と除斥期間の設定にある。除斥期間が過ぎ、特定の法益に基づいて無効手続を請求することができなくなった場合、「不正な手段」であることを証明できて初めて、他人の抜駆け登録の行為を阻却できる。

2つ目は、どの程度の「大規模」、「大量」であれば、当該規定を適用できるかということである。実務には多くの不確実性が存在している。「麗嬰房」事件¹¹⁶において法院は、本件での異議を申し立てられた商標のほか、蔡忠民とその関連会社が多くの商品区分において100件以上の商標の登録を出願したものの、商標法では商標登録の出願数について制限しておらず、事件の既存証拠は、蔡忠民とその関連会社に明らかに他人の高い知名度を持つ商標を複製、剽窃する故意があったことを証明するには、不十分であるとした。「ナイキ・グローバル役務・プライベートリミテッド」事件¹¹⁷において、法院は、第三者が大量の商標登録出願を行ったが、具体的に異議を申し立てられた商標の出願について言えば、当該登録の出願が公共の秩序又は公共の利益を害したとは認定し難いと指摘した。当該規定を適用する、大量の抜駆け登録出願という情況とは、「南寧万網」事件¹¹⁸において33類、10類など多くの区分の商品と役務で、多くの周知商標と同一又は類似の300件近くの商標の登録が出願されたことであると判断していた。「資生堂」事件¹¹⁹においては、50件もの商標が出願されたが、そのほとんどが明らかな使用意図がなく、他人の知名度の高い標章の剽窃にその目的があり、かつ実際に使用されていなかった。「海棠湾」事件¹²⁰では、出願者は個人として、36類である不動産の賃貸、不動産の管理、住まい（マンション）などの役務で本件の係争商標を登録しただけではなく、ほかの商品又は役務の区分においても「海棠湾」商標を登録出願した。このほかにも多くの区分の商品又は役務において、「香水湾」、「椰林湾」など30件あまりの商標を登録したが、そのうちの多くは公衆によく知られている海南島の地名や観光地の名称と関係のあるものであった。上述の既存の判例に対する整理から見ると、単純に分量の角度からの判断で同一の結論を描くのは難しいが、悪意という角度に立ち戻って総合的な評価をすべきである。当然ながら、これも一般条項の使用プロセスにおいて必ず存在する予見可能性を害するという問題が存在する。

3つ目は司法のプロセスにおいて、44条1項を適用しても対応できない状況である。つまり、冒認出願を行った者が多くの区分において大量に登録した場合、仮に無効申請者が、そのうちの1つの商標に対して大量の抜駆け登録を理由に行政や司法の手続きによりそれを無効にできたとしても、当該抜け登録商標権者が持つその他の大量の抜駆け登録商標に対しては成す術がない。これは、司法プロセスの消極性により決定付けられたものでもある。司法プロセスは、量的なコントロールしかできないものであり、より効果的な方法としては、審査の過程において行政機関が「使用の意図」に対する一層厳格な審査、又は審査段階における大量の区分を跨ぐ登録に対して、厳格なコントロールである。

¹¹⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2014）高行終字1864号。

¹¹⁷ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1236号。

¹¹⁸ 北京市高級人民法院行政判決書（2016）京行終4450号。

¹¹⁹ 北京市知識産法院行政判決書（2016）京73行初1163号。

¹²⁰ 最高人民法院行政裁定書（2013）知行字41号。

4. 日中の比較と結論

(1) 日中の商標審査段階の制度比較

中国の商標法では商標の登録出願における「拒絶事由」¹²¹と既に登録されている商標の「無効事由」について規定する上で、それぞれ分断して考えられている。そのうち、「拒絶事由」の1種としての異議事由と無効事由は、設定において一定程度の同調性を表している。すなわち、絶対的な拒絶（又は無効）事由と相対的な拒絶（又は無効）事由の区別に基づいて、異議申立て又は無効審判請求の主体及び無効事由を提起する除斥期間の観点から、商標法において特定の商業上の標章を商標として登録できないようにする状況について分類した。しかし、両者の違いは、商標法 33 条の異議申立てに関する絶対的な拒絶事由に、商標法 44 条の無効に関する絶対的無効事由が含まれていないことである。すなわち、同法の 44 条における「欺瞞的な手段、若しくはその他の不正な手段による登録」の状況が含まれていない。

上記とは対照的に、「拒絶事由」の1種としての「却下事由」は、異議事由又は無効事由の設置とは大きな違いがある。商標法において、却下事由に係る規定は具体的に以下を含む。すなわち、28条で規定する「本法の関連規定を満たす」、30条の「本法規定を満たさない」と「他人が既に登録した商標と類似する」、及び31条の「先願原則の違反」が含まれる。このうち、28条と30条における「本法規定」が、仮に絶対的理由と相対的理由を含む商標出願を無効にする全ての理由を指すものであれば、商標局は審査の過程において、全面的に審査する職責を担っているということになる。しかしながら、商標法の権威的な解説においては、ここでの「本法の関連規定」について、10条の商標として使用できない標章に関する部分、11条の特別顕著性の具備に関する部分、及び12条の立体標章の登録不可に関する部分を指している。すなわち、いわゆる絶対的事由¹²²のことである。このため、商標局の審査過程において、商標局が使える拒絶理由も10条、11条、12条、30条及び31条の5種類の状況に限られる。

比較法の実務から見れば、拒絶事由と無効事由には同一主義と区別主義の2つのモデルがあり、商標局の審査過程における全面審査の原則の採否、相対的事由を審査しない原則を採用するのか、これらが対応している。前者の典型が日本の実務である。すなわち、拒絶事由と無効事由の設定において同一要件を採用し、かつ特許庁では全面審査の原則を採用している。中国の法律において、いわゆる相対的事由も全て商標局の審査の範囲内に含めており、2つの標章に混同のおそれが存在する登録については、これらが全て排除される。後者の典型は、ドイツの実務である。すなわち、却下事由と無効事由は分割されており、商標局は絶対的理由に対してのみ審査を行うことができ、職権により相対的理由を積極的に審査することはない。相対的理由については、異議申立てと無効審判請求の手続において、名宛人の主張を通して解決する¹²³。

¹²¹ 中国が異議申立ての手続に対して行っているのは付与前異議申立制度であるため、ある学者は異議申立ての手続を商標審査手続の構成部分と見做している。救済性の「行政再審」とは異なり、基本的には商標登録出願初回審査プロセスの自然な延長である（何懐文『商標法：原理規則與案例討論（商標法 原理規則と判例討論）』35頁（浙江大学出版社、2015年）この角度から、筆者も審査プロセスと異議申立ての過程を一体化して理解をしようと思う。すなわち無効プロセスがやや多いものは、当事者同士で商標権効力に関する争議が解決していることを表している。しかし異議申立てのプロセスがやや多いものは、審査の間違いを再び正していることを表している。このため、ここでの拒絶理由には2種類のプロセス下の却下事由と異議事由が含まれている。

¹²² 郎勝編集『中華人民共和国商標法積義（中華人民共和国商標法積義）』61頁（法律出版社、2014）。

¹²³ アンスガル・オーリィ（Ansgar Ohly）著、范長軍訳『德国商標法（ドイツ商標法）』4頁（知識産権出版社、2013年）。

上述した中国の制度の紹介から、中国ではドイツのモデルを採用していることが分かる。それが故に、中国の商標行政機関は、審査の段階で取引の実情について更に実質的な調査を行っており、また、悪意ある商標の抜駆け登録出願の阻却において、更に広範囲に裁量権を行使している。その結果、日中の商標法における具体的な信用の審査での位置付けに対する明らかな違いをもたらした。日本では、審査段階において、審査官に実質的な判断を行う裁量権が与えられている。これに対して、中国では審査過程において、大量の出願と厳しい審査期限と向かい合い、往々にして形式的な判断になってしまう。混同の状況に対しては、異議申立てや無効審判請求の手続で審理を行う。

当然ながら、このような違いの背景には制度上の原因が存在している。すなわち、制度において、日本は出願後ただちに公開する制度（12条の2）を採用している。また、情報提供制度（商標法施行規則19条）を規定している。このため、審査段階における商標行政機関の実質的な判断に役立ち、また比較的に早い段階で悪意のある抜駆け登録出願行為を発見、制止することができる。これに対して、中国の商標法では方式審査を終えた後に公告する制度を採用しており、公衆は審査の段階へ関与することが難しい。中国で審査の段階において、取引の実情への考慮を放棄することにより、第三者が異議申立て又は無効審判請求手続において、相応するコストを負担し、プロセスに入らざると得ない結果になっているであろう。しかし、審査の段階で、悪意の抜駆け登録を行った主体に更に多くのコストを負担させ、却下プロセスにおける審判過程で商標が登録を取得する正当性を説明させるのであれば、現段階で抜駆け登録された主体や法院の負担がおそらく相当に軽減されることになるのであろう。

実際に、商標局は既に次のように認識するようになった。悪意の抜駆け登録出願が深刻である状況において、1つのプロセスの中で、混同のおそれのある状況や不正な手段による出願など、その蓋然性が高い場合には、出願者にさらなる証拠の提出や、証明を求めること、又は出願を却下することができる。第三者及び社会の公衆が、異議申立て又は無効審判請求の審査において負担する可能性のある「opt-in」を、出願者が更に多くの義務を担うことへと転化させる¹²⁴。

（2）他人の抜駆け登録出願の防止における混同のおそれについての認識

具体的な信用についての保護の段階で、日本の商標法には混同防止の一般条項（4条1項15号）が存在している。当該規定によれば、商標自体が類似せず、又は指定商品が類似しない場合であっても、出所の混同のおそれが存在するときには規制することができる。これとは対照的に、中国はまだ驰名商标を構成していない状況における広義の混同の規制について、消極的な態度をとっている。形式的な判断理念を抱いているため、「商品與服務区分表〔商品と役務の区分表〕」の中の商品の類似範囲を拡大するやり方について、商標行政機関は否定的な考えを持っている。法院は、おそらく特定の事件の公平性と

¹²⁴ 工商総局「商標局遏制商標惡意搶注打擊商標侵權行為、商標局 2017 年商標權保護工作取得顯著成效（商標局による、悪意ある冒認出願を規制し、商標の権利侵害行為を取締し、商標局 2017 年商標權保護作業に明らかな成果をあげる）」発行日：2018 年 1 月 9 日、商標局公式ウェブサイト：http://sbj.saic.gov.cn/gzdt/201801/t20180108_271659.html [最終アクセス日：2018 年 1 月 15 日]。ここでは商標局が審査の段階において、明らかな主観的悪意があると認定した商標の出願は厳格に審査し、積極的に却下すると強調している。具体的には以下の 4 つの状況である。1. 悪意を持って他人の信用に取り入る行為をし、比較的高い知名度の商標の冒認出願についてこれを却下する。2. 広く使用される名称、業界の専門用語などを大量に冒認出願して、公共資源を不当に占有する意図で出願した商標について、これを却下する。3. 有名人の氏名を標章にするなど、他人の優先権の悪意による商標出願について、厳しく審査し、積極的にこれを却下する。4. 同一企業による悪意で何度も連続して冒認出願をした商標の出願について、厳しく審査し、これまでの異議申立て、無効宣言の判例を参考にしてこれを却下する。

いう観点から、更に正面から「商品と役務の区分表」を突破する傾向にある。

中国の商標法は、馳名性の認定において、やや厳格な態度をとっている。このため、13条2項における「馳名商標」と32条後段の「一定の影響がある商標」の間に、更に臨機応変な判断を加える必要がある。また、混同の防止というこの商標制度の主旨から出発して、混同のおそれがある抜駆け登録出願行為を阻却する。さらに、商標の権利付与・権利確定の段階に混同防止の一般条項が存在していることは、少なくとも中国の商標法において、実践の中で発生する3つの問題の解決に役立つ。

1つ目は、商標の消極的使用に対する対応である。前述したように、32条後段の適用により具体的な信用を保護する過程において、まだ登録していない標章の使用者が、まだ実際に使用していないが、他の要素によってまだ登録していない商標に市場の評価や評判が凝集されている場合、そこに当該商標上の利益に基づいて商業標章法上のインセンティブを与えてはならない。しかし、混同を防ぐ一般条項の文脈では、まだ登録していない商標の評判と標章の1対1の対応が、登録していない商標使用者の努力によって生まれたものかどうかには注目しておらず、混同を防止する制度としての公益から出発して、市場において存在する可能性のある混同状態を排除することに注目している。このように、上述の「広雲貢餅」事件について言えば、商標登録日前、消費者の間では、広東茶葉公司とその製品であるプアール餅茶とは、「広雲貢餅」を通じて、実際に強固な「繋がり」を確立している客観的な商業実践に基づいて、仮に他人に「広雲貢餅」の商標登録をすることを許せば、消費者が既に形成した確固とした認知が害されるため、その後の商標登録は阻却することができる。このように、32条後段によって「消極的使用」を解決することの理論上は筋が通っていないことを回避することができる。

2つ目は、「その他の悪影響」の却下プロセスにおける適用を代替できることである。中国の却下事由の設置には、未だに大きな限定性が存在している。このため、在先権利又は先行する標章の利益が関係する状況では、商標局は審査の段階において往々にしてこれを考えず、異議申立て又は無効審判請求の審査で、利害に相関する主体の主張を待っている。しかし、明らかに他人の先行権益を侵害して登録出願した商標について、仮にこのような明らかに権利侵害をした登録行為が、係争商標が方式審査の公告又は登録の許可の公告の後、在先の法益の所有者又は利害関係者によって、異議が申し立てられ、又は無効審判が請求された場合、このとき登録出願行為が招いた社会の悪影響は既に生まれており、条文適用上の制限の突破を回避するために、法院は実務において「その他の悪影響」の条項を選択してこの問題を処理する。もし混同を防止する一般条項が存在していれば、審査、異議申立て、無効審判の段階で引き起こされる可能性のある、広義の混同を含む混同のおそれに対して規制がなされることになる。このことから「その他の悪影響」を拡大適用することによって引き起こされた様々な問題が回避される。

3つ目は、「微信商標」事件の状況についてである。騰訊社は第三者が出願した日より後に「微信」商標を使用し、インスタントメッセージ役務に従事していたものであるが、中国が採用しているのは方式審査の後に公開する制度であるため、騰訊社は使用時にはおそらく商標登録出願の状態を全く知らず、かつ商標申請日の後、極めて短い期間に消費者とその製品との間に確固たる「つながり」を形成した。混同を防止する制度の目的からすると、「その他の悪影響」条項の適用より、混同を防ぐ一般条項の適用がこのような状況下での紛争の解決に一層有益である。

(3) 属地主義原則に対する認識

厳格な属地主義原則の制限を受け、中国の法院は中国大陸の国境内で実際に使用することで一定の影

響力を生んでいるかどうかや、馳名性に対し、往々にして大変厳格な態度をとる。例えば、「無印良品」事件¹²⁵の中で指摘されたのは、「良品計画による『無印良品』商標は、比較的強い識別性と創造性を備えている。しかし、提供した証拠は、当該商標が中国大陸内において24類の商品で先行して使用され、一定の影響があるという状況を証明するには不十分であった」ということである。このような状況に対して、具体的な信用の保護規定は適用できなく、信義誠実の原則に関連した条項を根拠にして処理するしか方法がない。例えば、もう1つの「無印良品」事件¹²⁶においては、44条1項における「その他の不当な手段」を根拠に解決したのである。この問題について、日本の法律においては本国内の需要者の間で広く認識されていることの重要性を強調しているが、当該広く認識されている状態ということについて、本国で実際に使用して生じたものであるか否かを求めている。外国で広く認識されている評判が、新聞やインターネットなどのルートで、日本国内で認識されている状態になったときにも、日本の商標法4条1項10号の「需要者の間で広く認識されている商標」が適用される。

最近の中国での司法実務において、属地主義に対する厳しい強調がある程度緩和されている。他人による登録を阻却した行政事件ではないが、民事の権利侵害事件において、ネットワーク環境のもと、中国大陸の国境内での使用に対して拡大解釈をした判例が存在する。「匹克」事件¹²⁷で強調していたのは、「たとえ輸出商品が国内で販売していないとしても、各種の電子商取引のウェブサイトを通して、国内の消費者が国外に輸出する商品及びその標章に触れることを回避することは難しい。このような状況の下、商品上の標章は商品の出所を識別する役割を果たす。」ということである。このような法解釈が、仮に商標登録の段階に徹底されれば、外国では著名であるが中国では実際には使用されておらず、電子商取引などのルートのみを通して中国関連の消費者に知られる商標の抜駆け登録出願行為は規制されることになる。

(4) 信義誠実の原則の適用上の共通問題

信義誠実の原則を具体化する問題において、中国商標法は日本の商標法と比べ、更に範囲が広い救済の可能性を提供している。実務部門からの報告では、2013年の商標法改正において具体化した信義誠実の原則とその適用に対して、いずれも積極的な評価がなされている。反対に、どのように信義誠実の原則の予見可能性を高め、更にみだりな適用による登録主義への害を防ぐかは、日中両国が直面する共通の課題である。一方で、悪意の抜駆け登録出願行為に対して、不誠実な行為を防止する一般条項の設定及び運用の必要性があり、また抜駆け登録出願行為が害を及ぼす利益に対して類型化を行った後、他の条項により規制できる場面における一般条項の適用を排除する。これにより、できるだけ一般条項の適用範囲を明確化して予見可能性を高めていく。

¹²⁵ 最高人民法院行政判決書（2012）行提字2号。

¹²⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2007）高行行終字16号。

¹²⁷ 上海知識産権法院民事判決書（2016）滬73民終37号。

第3節 日本の制度現状から

I. 悪意の商標出願と商標法の基本理念

学習院大学 小塚 莊一郎 教授

1. 問題の所在と方法論

悪意 (bad faith) の商標出願という問題は、法律論として考えようとしたとき、簡単ではない面がある。その理由は、「悪意 (bad faith)」という概念に、既に禁圧すべきであるという評価、ないしは価値判断が含まれているからである¹。条文の文言を手がかりとして、禁圧されるべき行為と許容されるべき行為を区別するという通常の法解釈学の方法論は、このような場合には、通用しない。

もちろん、法解釈学は、こうした場合に用いることができる方法論を用意している。それは、第一に、一定の行為に対して「悪意」という評価 (価値判断) を与える根拠を検討した上で、第二に、そのような評価 (価値判断) と事案 (事実関係) の対応を明確化、類型化することで、判断基準を観察可能かつ検討可能なものにするという方法である。一般的な民事法の分野では、例えば、信義誠実の原則や公序良俗を分析する場合に、このような方法が用いられる²。

日本法の問題として「悪意の商標出願」を論ずる場合には、困難を生ずる原因が、もう一つ加えられる。欧州 (EU 及びその構成国) では、「悪意の出願」が商標登録の拒絶事由とされているが、日本の商標法において、「悪意による出願」は実定法上の概念ではなく、それ自体を登録拒絶事由等として規制する根拠規定もないためである。この結果、日本において悪意の商標出願を論じようとする、「どのような事案であれば悪意と認定されるか」という評価の問題と、「一定の事案に対してどの規定を適用することが可能か」という条文解釈の問題とを並行的に解決しなければならず、しばしば、二つの論点が循環する事態に陥るのである。

こうした点を念頭に置いて、以下では、まず、契約法 (民法 90 条) における「公序良俗」の解釈を概観する (後述 2.)³。前記のとおり、このような解釈の手法が、「悪意の商標出願」という価値判断を伴う概念の分析に際して参考になるからであるが、同時に、「悪意の商標出願」を直接に規律する条文がない日本の商標法では、「公序良俗違反の商標」について登録を拒絶する規定 (商標法 4 条 1 項 7 号) が、多く用いられるためでもある⁴。次いで、悪意の商標出願と評価される事案を類型化した上で (後述 3.)、

¹ 一般的には、日本の法令用語としては、「悪意」は「ある事実の認識があること」という意味で用いられるが、「悪意の商標出願」という場合の「悪意」は、bad faith の訳語であり、許されない行為態様を意味している。本稿においても、特に断らない限り、英語を併記するか否かにかかわらず、「悪意」は bad faith の意味で用いることとする。

² 信義誠実の原則 (信義則) は、日本法では、民法 1 条 2 項において民事法の基本原則とされるほか、消費者契約法 10 条において消費者契約の不当条項を規制する基準とされ、平成 29 年に成立した改正民法 (施行時期は平成 29 年 6 月 2 日から 3 年の範囲内で政令により定める日とされているが、現時点では未定) では、定型約款の拘束力が認められない場合の基準 (改正民法 548 条の 2 第 2 項) ともなった。公の秩序及び善良の風俗 (公序良俗) は、日本法上、法律行為を無効とする規律 (民法 90 条) であるほか、慣習法の適用の要件 (法適用通則法 3 条)、準拠法ルールによって適用されるべき外国法を排除する要件 (法適用通則法 42 条)、外国判決の承認執行の要件の一つ (民事訴訟法 118 条 3 号)、仲裁判断がその内容によって取り消される場合の要件 (仲裁法 44 条 1 項 8 号) など、いくつかの重要な場面で法の適用を規律する役割を担っている。本文で述べる商標登録の拒絶事由も、そうした公序良俗の機能の一つと位置づけられる。

³ 民法 90 条「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」なお、この規定は、改正民法では、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする」と改められる。

⁴ 商標法 4 条 1 項「次に掲げる商標については、・・・商標登録を受けることができない。

七 公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」

そのような評価を機能的に分析し、そのことによって「悪意」という評価の根拠を明らかにする（後述4.）。その後、規制することが望ましいと考えられる事案を過不足なく規制するためには、どのような制度が考えられるかを検討する（後述5.）。最後に、まとめとして、こうした研究から得られる教訓を考えたい（後述6.）。

2. 契約法における公序良俗

日本では、悪意の商標出願に対して、公序良俗を害するおそれがある商標（商標法4条1項7号）と位置づけ、その登録を拒絶するという考え方がとられている。そこにいう公序良俗（公の秩序又は善良の風俗）は、民法90条に定める公序良俗と同じではなく、商標法独自の概念であると解されているが⁵、それでも、民法90条にいう公序良俗についての解釈は、商標法4条1項7号の解釈に際して参考になると考えられる。

（1）民法の起草時の考え方

日本の民法は、明治29年に成立し、明治31年に施行されているが、その起草過程では、フランス民法典及びドイツ民法典の第二草案が大きな影響を与えた。1804年に成立したフランス民法典は、当時、世界をリードする地位を持つ民法であったばかりではなく、現在の民法に先立って制定された民法（日本国内の政治的な対立のため施行されなかった。日本では、「旧民法」と呼ばれている）が、当時、日本政府の顧問として招聘されていたフランスの法律学者ポアソナード博士を中心として起草され、フランス民法典を基礎とするものであったため、直接、間接に現行民法の起草に影響を与えている。他方で、ドイツ民法典第二草案は、1895年に公表されており、当時入手可能な最も新しい民法典であったと思われる。そのため、ヨーロッパの最新動向として大きな影響力を持った。

日本の民法90条は、有効に成立した契約の効力を、公序良俗に反することを理由として否定する規定である。契約の成立については問題がないので、この規定は、契約の自由（私的自治）に対する後見的な介入にあたる。フランス民法典及びドイツ民法典（第二草案）の特徴は、私的自治（契約自由）の重視であり、裁判所によるそうした後見的な介入は、例外的にのみ認められていた（フランスやドイツでも、その後、学説の発展によって運用が変化している）。それらの影響を受けたため、日本でも、民法の起草過程から成立後しばらくの間は、公序良俗を理由として契約の効力を否定する民法90条の規定は、限定的に解釈されていたと言われる。民法の起草委員の一人であった富井正章は、「公序」とは国の行政警察の秩序を意味し、「良俗」とは主として男女に関する社会の風俗を意味すると論じていたようである⁶。

（2）公序良俗の位置づけの変化

ところが、民法が制定されて四半世紀を経過した頃から、公序良俗の規定を、より積極的に活用する

⁵ 牧野利秋ほか『知的財産訴訟実務大系Ⅱ』206頁（青林書院、2014年）

⁶ 川島武宜＝平井宜雄『新版注釈民法(3)』〔森田修〕101-102頁（有斐閣、2003年）。

学説が主張されるようになる。これをリードした論文が、末川博博士の「公序良俗の概念」（1922年）と⁷、我妻榮博士の「判例より見たる『公の秩序善良の風俗』」（1923年）であった⁸。これらの論文を通じて、公序良俗の概念は法体系の根本理念であるという考え方が確立され、通説として定着していった⁹。

こうした公序良俗規範に対する考え方の変化は、学説だけの動きではなかった。我妻博士の論文が、判例の類型化であったという事実にも示されているとおり、既に裁判所も、個別事案の解決において、民法90条を拡張的に適用していたのである。その背景には、日本社会の変化があったと考えられる。日本では、1900年頃から急速な工業化が進み、さらに、第一次世界大戦（1914～1917年）に際しては、連合国の側に参戦して戦勝国となったものの、自国は戦争の被害をほとんど受けず、ヨーロッパ諸国に対する物資の供給で大きな経済的利益を得た。こうした事情から、大正時代（1912～1926年）は、日本社会が大きな変動を経験した時期となった。労働問題、小作農問題、都市の借地・借家問題などは、当時の象徴的な社会問題である。ところが、当時の議会では社会問題に対する意識はきわめて鈍く、社会問題を解決するために法制度を改革するという対応は、なかなか進まなかった。そのため、既存の法の解釈を通じて、可能な限りの対応が試みられることとなったのである¹⁰。

その典型としてよく知られている問題が、いわゆる暴利行為（契約の一方当事者が著しく大きな利益を得る内容の契約）であった。民法の原則では、契約の成立に際して詐欺や強迫などの問題がない以上は、契約内容について裁判所が介入する余地はない（そのような規定は存在しない）。とりわけ、損害賠償額の予定については、「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」と明記されていた（民法420条1項）。ドイツ民法典には、良俗（日本法と異なり、「公序」は言及されていない）に反する法律行為を無効とする規定とともに、「相手方の窮迫、向け意見、判断力の欠如又は知力の相当な減退」に乗じて、明らかに均衡を失する対価を得る内容の法律行為をなした場合には、その法律行為が無効となるという規定が置かれているが（ドイツ民法典138条2項）、日本の民法は、そのような規定を欠いている。

しかし、大審院は、学説によって紹介されたドイツ民法典の条文にも影響されて、相手方の窮迫、軽率、無経験に乗じて課題の利益を獲得する行為は公序良俗に反し、その結果として締結された契約が無効になると判断した¹¹。また、特に大きな問題であった損害賠償額の予定ないし違約金の合意に関しては、民法420条の明文規定にもかかわらず、著しく過大な金額である場合には、相当な理由がない限り、公序良俗に反する契約として無効とすることが、判例上、確立された¹²。この場合、裁判所は著しく過大と考えられる範囲で合意を一部無効とするので、実質的には、合意された損害賠償額の予定を裁判所が増減していることになるのである¹³。

⁷ 末川博「公序良俗の概念——民法90条について」『続民法論集』11頁（評論社、1962年）所収。

⁸ 我妻榮「判例より見たる『公の秩序善良の風俗』」『民法研究Ⅱ』150頁（有斐閣、1966年）所収。

⁹ 我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』270頁（岩波書店、1965年）参照。

¹⁰ こうした状況については、Souichirou Kozuka, ‘“Closing the Gap” between Legal Education and the Court room Practice in Japan: Yoken Jijitsu Teaching and the Role of the Judiciary’ in: Andrew Harding, Jiexiang Hu and Maartje de Visser (eds), *Legal Education in Asia: From Imitation to Innovation* (Brill, 2018), p.157 参照。

¹¹ 大判昭和9・5・1民集13巻875頁。

¹² 効力を実際に否定したものとして、大判昭和19・3・14民集23巻147頁。最近の例としては、東京地判平成26・8・14判例時報2252号66頁。

¹³ なお、平成29年（2017年）に成立した民法改正に際しては、判例法を取り入れる趣旨で、裁判所が損害賠償額の予定を増減することができないという規定が削除され、民法420条1項は「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。」とのみ定める規定になった。

(3) 時代に応じた公序良俗の解釈

公序良俗の解釈は、その後、平成初年（1990年前後）に、再度活発な議論の対象となる。この時期の日本は、いわゆるバブル経済の末期及びその終焉直後にあたり、経済活動の中心が製造業から金融サービスをはじめとするサービス業へと移行していった。バブル経済は、社会の構造をも大きく変化させ、消費者問題や不動産や金融商品への投資勧誘の問題など、新たな法律問題が噴出していった。さらに、米国が日米構造協議を通じて独占禁止法の適用強化を要求したこともあり、カルテル（談合）や不正取引などに対する社会的な目も厳しくなりつつあった。

そうした中で、公序良俗違反の法律行為を無効とする民法 90 条の規定が、「行政法規（取締法規）違反の契約の有効性」という論点において注目されるようになった。この論点に関しては、初期（明治～大正時代）には、行政法規を強行法規と同視してよいかという枠組で議論されていたが、末弘巖太郎博士の「法令違反行為の法律的効力」という論文（1929年）において、行政法規の目的にとって、それに違反する法律行為を無効とすることが必要か否かという視点が提起され、民法 90 条を利用する可能性が指摘されていた¹⁴。平成期の学説は、このような基礎の上に立って、「経済的公序」という考え方を提唱したのである。経済的公序（*ordre public économique*）という概念自体は、フランスで 1930 年代に提唱されていたものであるが、日本の学説は、行政的法規の中に、独占禁止法を中心とした自由競争秩序や、消費者・投資家などの取引当事者の利益を保護するための法令があることを指摘し、そうした「経済法令」に違反する契約は無効とされるべきであると主張したのである¹⁵。その結果、独占禁止法違反の契約（談合による調達契約）、消費者保護に著しく反する契約などは公序良俗違反として、効力が否定されることになる。同じ時期に、別の学説は、ドイツの学説の影響を受けて、民法の中にも憲法上の基本権秩序が反映されなければならないと主張した¹⁶。憲法上の基本権の中には、消費者の自己決定権なども含まれる。そこで、優越的地位の濫用や詐欺的・強要的取引の事案では、契約の内容の不当性や契約締結過程（勧誘）を総合的に考慮して契約を無効とする考え方が可能になる¹⁷。判例は、これらの学説をそのまま取り入れるわけではないが（日本の裁判所は、判決の中で学説を引用しない）、結果的には多くの判例がそうした契約の効力を否定している。

(4) 商標法に対する教訓

契約法における公序良俗の考え方は、商標法における公序良俗の解釈に対していくつかの教訓を示していると思われる。

まず、「公序良俗」は時代や社会的背景とともに変遷するということである。言いかえれば、立法趣旨や立法時の説明は、ある程度時間が経った後には、解釈論に対して決定的な影響を及ぼすものではない。

「公序良俗を害する商標」についても、本来は、「商標の構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの

¹⁴ 末弘巖太郎「法令違反行為の法律的効力」『民法雑考』（日本評論社、1932年）所収。

¹⁵ 大村敦志「取引と公序」『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999年）所収。

¹⁶ 山本敬三『公序良俗論の再構成』193頁以下（有斐閣、2000年）。なお、大村説は民法が国家に対して独立的な存在であると考えており、それと山本説の前提とは、異なっている（川島＝平井・前掲注（6）122頁）。

¹⁷ 山本・前掲注（16）204頁。

結合、音である場合」のみを対象としていたのであり、現在でも、もっぱら人種差別的な商標などを問題とする国もある。しかし、社会的な背景や必要性から、それ以外の類型に適用範囲を拡大していくことも、解釈論として十分に許容されるのである。

また、対象となる法律関係の内容だけではなく、法律関係を形成する過程についても、公序良俗が問題となる点も重要である。民法 90 条の解釈は、現在では、相手方の窮迫等に乗じたか否か、契約締結過程において意思決定の自由が実質的に保障されていたか、といったプロセスの不当性を論じるようになってきている。同様に考えれば、商標法の分野でも、標識そのものの内容ではなく、出願の態様について悪意 (bad faith) が認められる場合を「公序良俗を害する商標」に含めるという解釈論が成り立ち得ると思われる。

他方で、このように柔軟な解釈が可能な規定であるだけに、解釈論の指針となる政策、あるいは価値を論ずることが大きな意味を持つと思われる。民法の公序良俗に関して、日本では、かつては社会問題に対して有効な解決を与えることが課題であり、より最近には、競争秩序に則った市場の維持や、消費者などの意思決定について実質的な自由を保障する必要性といった考慮が、解釈論の指針となっていた。これらに相当するものとして、商標法の分野では、どのようなことの実現が求められるのか、いわば現代における「商標法秩序」とは何か、という問題を直截に議論することが、必要になるのである。

3. 悪意の出願事案の類型

(1) 国際的な議論の動向

知的財産法の分野では、言うまでもなく、パリ条約や TRIPs 協定をはじめとする国際条約によって、保護の最低水準が定められている。その中で、悪意の商標出願に関係する規定を探すと、代理人が無断で商標を出願する行為について、本来の権利者による救済の請求を認めるように定めたパリ条約 6 条の 7 がある。その条文は、次のようなものである。

6 条の 7 代理人、代表者による商標の登録・使用の規制

(1) 同盟国において商標に係る権利を有する者の代理人又は代表者が、その商標に係る権利を有する者の許諾を得ないで、1 又は 2 以上の同盟国においてその商標について自己の名義による登録の出願をした場合には、その商標に係る権利を有する者は、登録異議の申立てをし、又は登録を無効とすること若しくは、その国の法令が認めるときは、登録を自己に移転することを請求することができる。ただし、その代理人又は代表者がその行為につきそれが正当であることを明らかにしたときは、この限りでない。

(2) 商標に係る権利を有する者は、(1)の規定に従うことを条件として、その許諾を得ないでその代理人又は代表者が商標を使用することを阻止する権利を有する。

(3) 商標に係る権利を有する者がこの条に定める権利を行使することができる相当の期間は、国内法令で定めることができる

この規定は、日本の商標法では、権利者による取消審判請求という形で国内法化されている（商標法 53 条の 2）。

53 条の 2 登録商標がパリ条約の同盟国、世界貿易機関の加盟国若しくは商標法条約の締約国において商標に関する権利（商標権に相当する権利に限る。）を有する者の当該権利に係る商標又はこれに類似する商標であつて当該権利に係る商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務を指定商品又は指定役務とするものであり、かつ、その商標登録出願が、正当な理由がないのに、その商標に関する権利を有する者の承諾を得ないでその代理人若しくは代表者又は当該商標登録出願の日前一年以内に代理人若しくは代表者であつた者によつてされたものであるときは、その商標に関する権利を有する者は、当該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。

現時点では、これ以外に、国際条約の中で悪意の商標出願に関係した規定は存在しない。しかし、昨年（2017 年）10 月にシドニーで開催された AIPPI（国際知的財産保護協会）の大会では、この問題がテーマの一つとして取り上げられ、「悪意（bad faith）の商標」に関する決議が採択された¹⁸。AIPPI が国際的に果たしてきた役割を考えるならば、今後、この決議が基礎となって国際的なルール形成が進むことも考えられよう。

この決議では、代理などの関係を持たない者が未登録の商標を先取りの出願するという類型を念頭に置いて、そのような「商標の登録・出願に対する法的措置が認められるべきである」としている。その場合、出願人は、周知・著名商標の主体に商標権を買い取らせるといった意図を有している可能性も高い。この類型の商標出願は、ほとんどの国で、それは許されるべきではない「悪意」の出願と考えられている。海外の文献の中には、これを周知商標の不法占有（squatting）と表現するものもある¹⁹。日本では、平成 8 年に商標法 4 条 1 項 19 号の規定が導入され、そうした事案で登録を拒絶することが可能になっている。

商標法 4 条 1 項 次に掲げる商標については、・・・商標登録を受けることができない。

（略）

19 他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的（不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。）をもつて使用をするもの（前各号に掲げるものを除く。）

これを別の面から見ると、「自らは使用する意思がないにもかかわらず商標を出願し、登録する行為」であるということが出来る。ところが、そのように定式化すると、著名商標の先取り出願を行って、買取り等を迫り不当な利益を得るといった意図の場合のほかに、同一の商標を、同一の商品・役務について繰り返し出願する場合なども、商標の不法占有（squatting）であることに変わりはないのではないかという考え方も、提起されることになる。実際に、AIPPI のシドニー大会決議は、そのような場合をも悪意の出願として規制しようとする考え方に立つようにも見える。その背景にあるのは、欧州裁判所の

¹⁸ AIPPI Resolution on Bad faith trademarks (2017),

http://aippi.org/wp-content/uploads/2017/10/Resolution-on-Bad-faith-trademarks_English.pdf [最終アクセス：2018 年 2 月 6 日]

¹⁹ Kitsuron Sangsuvan, ‘Trademark Squatting’ Wisconsin International Law Journal vol.31, p.252 (2013).

Pelikan 事件であろう。この事件では、出願人は、不使用商標として取消を請求されている商標とほぼ同一の商標を、同じような商品・役務について出願したのであるが、この行為に対して、悪意の出願であるとして異議が申し立てられた。これに対して、裁判所は、一般論として、同一の商標を同一の商品・役務について繰り返し出願する行為は、商標使用の自由を制約する行為であって悪意の出願に当たると述べたのである（ただし、その事案では、むしろ指定商品・指定役務を絞り込むなどの事情があるとして悪意の出願にあたらないと判断している）²⁰。

日本の商標法も、使用の意思をまったく欠く場合には有効な商標の出願として認めず、商標法3条の趣旨に反するとして登録を拒絶する²¹。しかし、既に登録されている商標と同一の商標を出願することについては、「同一人が同一の商標（縮尺のみ異なるものを含む。）について、その指定する商品又は役務がすべて同一の商標登録出願をしたと認められるとき」に限定して使用意思がないものと扱っており²²、既登録商標の指定商品と新規の出願の指定商品が包含関係にある場合などは、登録を拒絶していない。それは、商品・役務分類が改正された場合など、実務上、包含関係に立つ商品・役務を指定して同一の商標を出願することが、実務上、商標権を守るために必要となる場合があると考えられているからである。この点は、AIPPI の決議では総合考慮の中で勘案するとされているが、日本の特許庁は、形式的な基準によって、一律に判断をしているわけである。

（2）その他の問題となり得る類型

悪意の出願に関しては、これまでも、「悪意」とされる事例を類型化することが試みられてきた²³。その中には、（1）で論じた類型の拡張と評価できるような類型がある。

まず、パリ条約6条の7の拡張として、代理人にはあたらない関係者が商標を出願し、紛争になる場合が考えられる。代理人（販売代理店）になる交渉が不調に終わったところで商標を出願してしまう事例、共同事業のパートナー関係を解消された一方当事者が商標を出願してしまう事例などである。これらの場合に、厳密に言えば「代理人」ではなく、パリ条約の規定が適用されないとして、商標登録を認めてしまうことは、適切ではないとも考えられる。もっとも、パリ条約にいう「代理人」は、民法などにいう代理人よりは広い概念であるから²⁴、実際に、これに該当する事例は、共同事業のパートナー関係が破綻した場合などが多い。

しかし、この問題は、一見するほど簡単ではない。その理由の一つは、第一に、共同事業のパートナー関係から生じた紛争では、紛争の経緯に照らして「その商標は誰のものか」を判断する必要があるためではないかと思われる。例えば、製造者が製品に使用している商標を販売者が自国だけで出願する行為には、正当な理由が存在する場合もある²⁵。そして、いずれにせよ、当事者間の紛争の経緯を調査しなければならない²⁶。そのため、職権主義に立つ特許庁の審査手続では、十分な判断を行うことが難しい。さらに言えば、当事者主義の下で、事実関係を証拠に基づいて十分に審理することができる裁判手

²⁰ pelicantravel.com v OHIM (Case T-136/11).

²¹ 特許庁「商標審査基準〔第13版〕」第1―二、2。

²² 特許庁「商標審査基準〔第13版〕」第18。

²³ 従来の議論については、土肥一史「悪意の商標登録」『商標法の研究』110頁（中央経済社、2016年）参照。

²⁴ 後藤晴男『パリ条約講話〔第13版〕』425頁（発明協会、2007年）、茶園成樹『知的財産関係条約』53頁（有斐閣、2015年）。

²⁵ 知財高判平成22・6・30判例タイムズ1396号282頁 [Virgin & Pink]。

²⁶ 知財高判平成22・3・30裁判所ウェブサイト [Sportec] 参照。

続においても、少なくとも日本では、こうした事案で、必ずしも商標の登録を拒絶するという結論に至っていない²⁷。ひとたびは共同事業関係にあった当事者間で、商標を「誰のもの（どちらのもの）」とするかは、当事者の合意によって取り決めることが可能な問題であり、実際に行われた出願がそうした取決めに反しているのであれば、その事実を請求者が主張・立証する必要があると考えられているのであろう。また、それが法人などの形態をとる組織の内部紛争に起因している場合には、組織の代表者の義務の解釈から「商標が誰のものであるか」が決まることも考えられ（例えば、解任された代表者が解任に抗して商標を出願することは、理事としての終任（解任）後の事務処理義務に違反する）、そうした証明がなされないかぎり、商標の出願が当然に「悪意」とは判断されないということではないかと考えられる。

第二に、使用の意思を欠く商標出願に類似した事例として、競業者の営業活動を妨害するような商標出願が問題となり得る。周知商標の先取り出願では、商標が不当な収益の源泉となる点に問題が見出されるのであるが、ここでは、商標が市場における公正な競争の妨害手段として用いられることに対して競争法的な評価が加えられ、「悪意」とされるわけである。

例えば、欧州裁判所のよく知られた判決に、イースターの兎をかたどったチョコレートの形状が商標として出願された事案に関するものがある²⁸。イースターの兎は、ヨーロッパでは、多くの店で季節の菓子に作られる。この形状が商標として登録されると、そうした菓子の製造自体が特定の業者に独占されてしまうとして、裁判所は、これを悪意の出願に当たるとした。

日本の事例でも、地名を含む新聞の題号をほぼ網羅的に商標として出願した函館新聞の事案があり、特許庁は公序良俗に反する出願として登録を拒絶している²⁹。また、旧町名を用いた地域振興事業が行われていた中で、特定の事業者がその町名を商標として出願した事案では、裁判所が、公序良俗に反する商標にあたるとして、登録は拒絶されるべきであるとした³⁰。同様に、文芸作品の題名等について、作家の母国において権利管理団体が設立されているにもかかわらず、その許諾なくして行われた商標出願も、裁判所によって、日本と当該国（カナダ）の国際信義に反し、公序良俗を害するとして拒絶されるべきものとされている³¹。

これらの場合に、問題となった商標が、出願人によって独占されるべきではないという判断は、理解することができる。しかし、それ以外の者を含め、何人にも独占されるべきではないのか（そうであれば、誰が商標を出願しても登録は拒絶される）、それとも、一定の立場にある者（例えば、地域振興事業を推進する地方公共団体や、文芸作品に関する権利を管理する権利管理団体）であれば商標として登録を受け、独占することが許されるのか、という点は、さらに検討する必要がある。現在の地名や地域の風習になっている菓子の形状などは、何人にも商標として独占させるべきではないと考えられるであろう（そもそも識別性を欠くのではないかという点は措く）。それ以外であれば、公共的な立場にある組織、団体等は、商標登録を受け、権利を管理することを許されてよいと考えられる場合はあると思われ

²⁷ 例えば、商標法 4 条 1 項 7 号の適用が主張された事例として、知財高判平成 25・2・6 判例時報 2189 号 121 頁 [数検]、知財高判平成 21・5・27 判例時報 2065 号 106 頁 [新極真会]、知財高判平成 23・3・17 判例時報 2123 号 126 頁 [N-S.P.C. ウォール工法]。同項 19 号が問題とされた事例として、知財高判平成 22・6・30 判例タイムズ 1396 号 282 頁。

²⁸ *Lindt & Sprüngli v Hauswirth* (Case C-529/07), ECR 2009 I-04893.

²⁹ 公正取引委員会の同意審決平成 12・2・28 参照。

³⁰ 東京高判平成 11 (1999)・11・29 判例時報 1710 号 141 頁 [母衣旗] (地名を商標として出願すると、商標法 3 条 1 項 3 号により登録が拒絶されるが、この事案では、既に廃止された旧町名であったため、同号の問題にならず、同法 4 条 1 項 7 号による登録拒絶とされた)。

³¹ 知財高判平成 18 (2006)・9・20 裁判所ウェブサイト [赤毛のアン]。

るが、その場合には、商標登録を受ける公共的な組織の側で、使用を許諾する際の平等取扱い、非差別的運用等が要求されるのではないかと考えられる。

4. 悪意の出願規制の機能

以上のように、「悪意の出願」と考えられる類型には複数のものがあり、かつ、国際的に完全なコンセンサスが成立しているとは言いがたい。そこで、これらの類型の背後にある政策判断を検討する必要がある³²。

第一に、最も古典的な類型である代理人による冒用出願（パリ条約6条の7）及びその拡張類型については、関係者間における商標権の「帰属」が問題となっている。そして、冒用出願を行った者が代理人である類型は、パリ条約にも規定され、国際的に「悪意」とすることに異論がないが、その理由は、代理人が本人に対して忠実義務を負うことに疑問がないためであると解される³³。それに対して、商標を出願した者が代理人とは言えない拡張類型については、日本の判例を見ても、一概に悪意の出願に当たるという立場はとられていない。それは、結局のところ、商標権の「帰属」を考えるためには当事者間の法律関係を、個別事案に即して解明する必要があるからである。

第二に、使用の意思を欠く商標出願（商標の不法占有（squatting））の類型は、機能的に見ると、著名商標のフリーライドや信用毀損（tarnishment）、汚染（pollution）など、著名商標の保護範囲を、必ずしも混同を生ずるとは言えない商品・役務についての使用にまで拡大する議論としての意味を持つ³⁴。とりわけ、海外の周知商標が先取り出願される事案は、周知商標について、保護が与えられる地域を拡大する議論であると考えられる。ドイツでは、「悪意の出願」と認められる類型の一つとして、出願された商標について、他の者が「保護に値する占有」（schutzwürdiger Besitzstand）を有する場合が挙げられてきた³⁵。これは、制度の機能に着目して「悪意」という主観的な要件を客観的な「占有」に置き換える考え方であると言えるが、その場合には、「保護に値する」という部分で、保護の拡張がどこまで正当化されるかという評価が行われることになる。

ここには、現代において、商標が「ブランド」として機能し、大きな財産的価値を有しているという事情が反映している。この点は、昨年の報告書にも述べたことであるが³⁶、そうした「ブランド」の価値を商標法の枠内で保護し、企業のブランド戦略を支援する方向の制度改正は、制度上の微細な差異を捨象すると、世界的に大きな潮流となっている。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。

³² 以下の記述については、小塚荘一郎「悪意（bad faith）の商標出願をめぐる制度論と実質論」商標懇2018掲載予定を参照。

³³ 日本法では、代理人（法定代理の代理人を除く）と本人の関係は委任契約であると解されており、民法644条によって受任者である代理人が本人に対して善管注意義務を負う。忠実義務（委任者と受任者の利害が対立した場合に委任者の利益を優先させる義務）は、善管注意義務の中に含まれる。

³⁴ See Annette Kur, 'Not Prior in Time but Superior in Right: How Trademark Registrations Can be Affected by Third Party Interests in Sign' IIC vol.44 (7), p.790, at 809 (2013).

³⁵ 1995年にドイツ商標法が全面改正された後の事例として、BGH 9.10.1997, I ZR 95/95, GRUR 1998, 412 (Analgin); BGH 17.8.2011, I ZB 75/10, MarkenR 2011, 545 (Krystallpalast Varieté).

³⁶ 小塚荘一郎「不使用商標に関する効率的な制度設計の研究—日本の経験をふまえて」『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、平成29年3月）164頁。

その間には、商標（標識）に「ブランド」としての価値を認めるという考え方が、政策文書に記述されたこともある³⁷。

このような著名商標の保護の拡大に対しては、それを無制限に認めてよいかという問題も提起されている。その中で、限界事例の一つとして考えられるものは、いわゆるパロディー商標である³⁸。パロディー商標とは、著名商標を想起させるが、需要者にはパロディーとして理解され、出所の混同を生じることはないというものである。一般論として言えば、需要者に混同を生じていない以上は、表現の自由（ただし、商業的な表現であるから、政治的表現と保護の程度は同じではない）に対する考慮が優先し、パロディー商標を一律に禁圧することは適切ではないと考えられる。日本でも、知財高裁は「フランク三浦」の商標登録を許容する判断を示した³⁹。

第三に、商標をめぐる関係者間の利害でも、商標をブランドとして活用する当事者の利害でもなく、公共的な観点から「悪意の出願」として認められる類型の行為もある。それが、競争者による参入の妨害禁止という観点から商標出願が悪意（bad faith）とされ、登録が拒絶される類型である（この場合には、ドイツの枠組でも、商標の「保護に値する占有」が問題となるのではなく、むしろ出願された商標を「占有」させないことを目的とする規制となる。実際に、ドイツのコンメンタールでは、これらの類型は並列して整理されている）⁴⁰。

この観点を徹底すると、AIPPI の決議のように、同一商標の繰り返し出願も使用意思のない商標出願であって、「悪意」に当たるという考え方に行きつく。ここでは、著名商標の保護を拡大する場合と同様に「使用意思の欠如」という概念が用いられているため、一見するとわかりにくいのが、機能的には、むしろ公共的な利益として、「商標選択の自由」の確保を目的とした別の類型が立てられていると解すべきであろう。

ところで、このように同一商標の繰り返し出願を「悪意の出願」の一類型に含めるべきか否かについては、国際的にも、評価が分かれているようである。特に、日本の商標権者の中には、この点に対して違和感を表明する者が少なくないと聞く。その理由は、日本企業の中には、ブランド戦略としての必要上、指定商品・指定役務について現に使用していない商標を繰り返して出願し続ける実務をとるものもあり、そうした防衛的な出願は、まったく使用の意思がない商標を出願するケースとは区別されるべきだと考えられているからである。ハウスマーク等の企業ブランドは、特定の商品や役務と紐づかない形で価値を持つ場合もあるから、このような実務には、やむを得ない面もある。すると、実はここでは、「ブランドとしての商標保護の必要性」という政策判断（価値）が、商標選択の自由の確保というもう一つの政策判断（価値）と衝突しており、その衡量が求められていると考えることができる。

このように、商標法における政策判断（商標法上の「公序」）は、単一ではない。そして、それらは、相互に衝突することもあり、また、商標法とは別の根拠にもとづく政策判断（例えば、商業的な表現の自由）と衝突することもある。そのような基本的価値（公序）の衡量と調整の中から、「悪意の商標出願」

³⁷ 例えば、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）。

³⁸ パロディー商標については、上野達弘「商標パロディー」パテント 62 巻 4 号 187 頁（2009 年）、土肥・前掲注（23）220 頁参照。

³⁹ 知財高判平成 28・4・12 判例時報 2315 号 100 頁 [遠山の金さん]。

⁴⁰ Paul Lange, Marken- und Kennzeichenrecht (2. Aufl. 2012), p.330-333.

の外延が決定されていくのである。

5. 悪意の出願に対する制度設計

悪意の商標出願として規制されるべき類型と、その背後にある政策判断が明らかになったとき、それらの類型に該当する商標をどのようにして排除していくかという制度設計が問題となる。

一般論として言えば、効率的に悪意の出願を排除するための制度のあり方は、それぞれの国が置かれた状況によって、異なると思われる。特許庁の人的、物的なリソースや、裁判所と特許庁のリソースの大小、平均的な出願人の商標管理部門の体制、法律家（弁護士）や代理人（弁理士）が社会にどれだけ存在し、企業などの商標制度利用者がそうした専門家にどれだけの費用を費やすことを受け入れるか、といった条件によって、特許庁の審査において拒絶する制度が望ましいのか、異議申し立てを中心とした制度設計をするか、いったん登録を受け付けた上で取消し請求の対象とする制度が効率的か、といった点を考慮すべきことになろう。

現在の日本では、まず、前述の商標法4条1項19号により、日本国内又は外国の周知商標と同一又は類似の商標を「不正の目的をもつて」使用する商標が出願された場合には、登録が拒絶されることになっている。これによって、先回り出願の類型の事案に対しては、一応、対応が可能なはずであるが、実際には、外国において「周知」であることや、「不正の目的」の証明が、必ずしも容易ではないとも言われている。

そうした事情もあり、特許庁の実務では、公序良俗に反する商標の登録を拒絶する規定（商標法4条1項7号）が、悪意の出願を拒絶するために広く用いられている。この規定は、本来、商標自体が公序良俗に反する場合に関するものであるが、ある時期から、裁判例において、出願の態様に悪性を見出して公序良俗違反とする判断を繰り返している。そうした事情を反映し、特許庁の商標審査基準でも、「(1)商標の構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合」と並んで、「(2)商標の構成自体が上記(1)でなくても、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合」「(3)他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合」「(4)特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合」「(5)当該商標の出願の経緯に社会的相当性を欠くものがある等、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ない場合」に、この規定にもとづき登録を拒絶するとされている⁴¹。既に述べたとおり、契約法分野でも、公序良俗の概念は契約内容の（限定的な）規制から、契約成立過程の適正を担保するものへと変容してきたのであり、商標法における公序良俗の概念が次第に拡張してきたことも、同じような法の発展として正当化する議論が可能であろう。

ところが、日本の裁判例の中には、公序良俗を理由とする登録拒絶を無制限に拡大すると予測可能性及び法的安定性を著しく損なうとして、とくに個別的な登録拒絶事由（商標法4条1項8号・10号・15号・19号）が問題となるような事案では、それらの規定の要件が満たされないにもかかわらず同項7号を適用して登録を拒絶することは許されないとしたものがある（知財高判平成20・6・26判例時報2038号97頁）。しかし、具体的な規定の要件を満たさない部分について、公序良俗のような一般条項の規制

⁴¹ 特許庁「商標審査基準〔改訂13版〕」第3-6。

が排除されるということは、当然には言えないであろう。前述したとおり、民法にも、損害賠償額の予定に関する約定は裁判所が変更できないという明文の規定（民法 420 条 1 項）にもかかわらず、民法 90 条を適用して、事実上、賠償額の予定を規制してきたという前例もある。最近の裁判例は、この考え方について、明示的に留保を示している（知財高判平成 26（2014）・3・26 判例時報 2239 号 104 頁参照）。

商標法 4 条 1 項 7 号について、特に各号との関係が問題とされる理由は、同項 19 号の立法に至る経緯にあると思われる。前述のとおり、19 号の規定は、平成 8 年の商標法改正で導入された。それ以前にも、海外で周知となり、近々に日本に進出することが予想された商標を先回りして出願するという事案は存在したのであるが、裁判例は、そのような事案では、公序良俗に反する商標として、商標法 4 条 1 項 7 号を適用してきたのである⁴²。このような経緯をふまえると、19 号の規定は、従来 7 号が適用されてきた事案に対して登録拒絶となる要件を明確化したものであり、その要件の外側で、引き続き 7 号を適用することは立法の趣旨に反するという解釈が生まれるわけである。

しかし、本稿が強調してきたとおり、「公序良俗」のように条文が評価そのものを示す規定では、文言の形式論にはあまり意味がなく、それぞれの事案で、商標出願が公序良俗に反すると認定する実質的な根拠（政策判断）を考えることが重要である。①商標をめぐる当事者間で商標権の適正な帰属を確保することのほかに、②「ブランド」としての商標の価値が他の利益との衡量の下で保護されることや、③市場の競争秩序などとの関係において当該商標を特定の主体に独占させないことなどが、「悪意の商標出願」を規制することの実質的な根拠であると考えられる以上は、それらに照らして規制されるべき出願が行われた場合には、19 号をはじめとする個別規定の有無にかかわらず、商標法 4 条 1 項 7 号を積極的に活用していくべきであろう。

6. まとめ

悪意の商標出願は、世界的に大きな関心を集める問題となっているが、それ自体としては、法的な分析に堪える概念ではない。「悪意」(bad faith) という評価は、結論そのものであり、概念の操作によって外延や内包を画定する余地がないからである。

そこで、まず必要となる作業は、「悪意の出願」と評価される行為態様を類型化し、それらの類型が論者により、また国によって共有されているか否かを確認することである。こうした作業は、現実にも、商標 5 庁の会合 (TM5) などにおいて行われつつあるが、本稿では、国際条約や日本の判例などを中心として、整理を試みた。

その上で、それらの類型が、どのような政策（価値判断）にもとづいて、「悪意」すなわち禁圧されるべきものと評価されるのかを考える必要がある。本稿が示したとおり、そこには、本来の権利者（被冒用者）の利益を守るという私的な価値のほかに、ある種の商標を特定の個人に独占させないという公共的な価値が考慮される場合がある。さらに、商標一般についての使用・選択の自由という商標制度に内在的な公的価値や、商標が参入妨害の手段として使われることを排除し、市場秩序を守るという競争政策上の価値が問題となることも考えられる。これらは、状況によっては、ブランドとしての商標の価値を増大させるという政策上の価値と衝突する可能性もあるが、そうした複数の政策（価値）が事案ごと

⁴² 東京高判平成 15[2003]・7・16 判例時報 1836 号 112 頁 [ADAMS]、東京高判平成 11[1999]・12・22 判例時報 1710 号 147 頁 [DUCERAM] など。

に衡量される中で、「悪意の商標出願」の外延が画定されていくことになるろう。

このような政策論（価値の衡量）を行った後に、各国において、悪意の商標出願に対して有効に対処できる制度を設計する必要がある。日本法の場合には、悪意で出願された商標の登録を拒絶する等の直接的な規定がないが、公序良俗に反する商標や、周知商標と同一又は類似の商標であって不正の目的で出願するものの登録を拒絶する規定を柔軟に適用し、対応していくことができるであろう。

II. 国内外の地名等を含む商標の商標登録出願の取扱いに関する研究

明治大学 今村哲也 准教授

1. はじめに

(1) 研究目的

本研究の目的は、国内外の地名等を含む商標の商標登録出願の取扱いに関する商標法のルールを明確化することにある。悪意の商標との関係については、外国の地名を含む商標の出願は、悪意の商標出願となる可能性がある商標登録出願の典型的な例であることから、この問題を選定した。

なお、本稿については、中国との共同研究という目的から、資料的価値を持たせるという意図で、商標審査基準などを幅広く紹介した部分があるとともに、日本の法制に関して当たり前の事項についても触れている場合があることについてお断りしておきたい。また、裁判例については、最高裁判所が提供するデータベースから中国研究者側が検索をする際の検索の容易さを考慮して、事件番号で指し示すことにした。

(2) 研究の背景

(i) 研究の社会的背景

地域団体商標制度が制定されて以降、日本国内の地域ブランドの意識が向上している。他方で、外国において日本の地名が商標として登録されることが増加し、悪意の商標出願として問題として浮上しており、新聞等のメディアにおいて度々報道されている。

【表-1】新聞報道の例とその内容

題名	出典	概要
「OKAYAMA, 商標申請に異議, 中国に岡山商議所」	2016/11/22 日本経済新聞 地方経済面 中国	中国で「OKAYAMA」の名称が商標登録出願されたことに対し、岡山県や岡山県商工会議所連合会などが、中国商標局に対して異議申立てをしたという報道
「「今治」登録認めず, 織物やタオル, 中国当局, 現地社の商標出願で。」	2014/05/02 日本経済新聞 地方経済面 四国	中国の企業が「今治」の2文字を同国で商標登録出願したことに対し、愛媛県今治市と四国タオル工業組合（今治市）が中国当局に再審請求していた問題で、中国当局が登録を認めない裁定を出したという報道
「「讃岐うどん」商標問題, 香川県の異議, 中国政府認める。」	2011/07/20 日本経済新聞 夕刊	「香川県名産の「讃岐うどん」を示す「讃岐烏冬」の商標登録が、中国の個人によって現地で申請された問題で、香川県と讃岐うどんの業界団体などが共同で中国政府に求めた異議申立てが認められたとい

		う報道
「日本の地名、また中国商標に、「富山」「愛知」など6県登録。」	2011/06/11 日本経済新聞 朝刊	日本の地名、また中国商標に、「富山」「愛知」など6県の名称が登録されているという報道

このうち OKAYAMA の案件については、報道によると以下の事実が認められる。香港企業が2015年10月、テレビやDVDプレーヤーなど電子機器10種を商品名として出願し、中国商標局は2016年8月に公告した。中国では、公告から3か月以内に異議申立てがなければ商標登録が許可される。2016年9月に、外部の監視機関からの情報でこの出願に関する事実が判明した。2016年10月21日、岡山県と岡山県商工会議所連合会などは、中国商標局に対して、連名で異議を申し立てた。

中国商標法は、県級以上の行政区画の地名又は公衆に知られている外国地名は、商標とすることができないと規定している（中国商標法10条）。主に問題となるのは、中国において、OKAYAMA が、県級以上の行政区画の地名又は公衆に知られている外国地名といえるかどうかである。しかしながら、事案毎にさまざまな事実関係があるため、中国商標法においても、地名を含む商標の登録が問題となる場合について、この10条の適用にのみ限られるわけではない。地名を含む商標の登録が問題となる場合に、幾つかの登録要件が横断的に問題となろうことは、日本の場合も同様である。

(ii) 日本の商標法のルールの概要①地名を含む商標の登録の可否

地名を含む場合でも、原則として、商標として登録することは可能である（商標法2条1項柱書き、3条1項柱書き参照）。例外として、識別性の観点から、地名が指定商品や指定役務との関係で「産地、販売地・・・提供の場所」（産地名等）（3条1項3号）に該当する場合、登録することができない（3条1項柱書き）。

地名を含む商標が3条1項3号に該当する場合でも、(a) 使用の結果として識別力を獲得した場合（3条2項）、(b) 地域団体商標の場合（7条の2）には、登録が可能である。また、地名を使用することにより、商品の産地・販売地、役務の提供の場所を誤認させるおそれがある場合には、商標登録を受けることができない（4条1項16号）。さらに、ぶどう酒若しくは蒸留酒の産地は、産地を誤認させるおそれがある場合でなくても、当該産地以外の地域を産地とする場合、商標登録を受けることができない（4条1項17号）。

これらの3条1項3号、4条1項16号、4条1項17号の要件は、地名を含む場合に定型的に問題となる規定であるが、事案の性質により、そのほかの幾つかの条文の適用も問題となりうる（例えば、4条1項7号等）。

本調査研究では、日本で登録されている商標について、外国の地名に関する商標が、産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）に結びつき得る要因がないということで、登録されている例はどの程度あるのかについて、公報を資料として、一定期間の登録例をサンプル調査した。

②地名を含む商標の効力

原則として、地名を含む登録商標であっても、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する（排他権、25条）。また、通常の商標の場合と同様、類似の範囲について禁止権も有す

る(37条)。

例外として、地名を含む登録商標については、(a)商品や役務の産地等を普通に用いられる方法で表示する商標(26条1項2号・3号)、(b)特定農林水産物等名称保護法の規定に基づく地理的表示の一定の使用行為(26条3項)に対しては、商標権の効力が及ばない。

③商標審査基準などの状況

特許庁において出願に対する審査を行う場合に関する商標の審査基準が整備されており、商標法3条1項3号が問題となる場合の審査基準についても明示されている(特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」)。

審査基準とは、「出願の審査が一定の基準に従って、公平妥当かつ効率的に行われるように、現時点で最善と考えられる特許法等の関連する法律の適用についての基本的考え方をまとめたもの」をいう¹。

商標法に限らず、法律の運用に際しては、行政庁に一定の裁量があり、条文解釈等を通達することにより、適切な運用を図っている。しかし、通達行政の弊害が生じることから、戦後制定された法律には、定義規定や解釈規定を明文化することが例となっているが、商標法のような取引の実態の変化に伴って運用のための解釈も変更していかなければならない実体法については、法規定を明文化するという方法では限界が生じる。そのため、特許庁は、商標法を円滑に運用し、審査官による判断の統一、審査の適正及び促進を期するとともに、一般に公表することによって各界の忌憚なき意見を徴することで、審査基準の改正を重ね、よりよき商標審査基準を完成するという目的から、審査基準を策定し、一般に公表している²。

昭和30年中頃に商標審査基準が最初に作成されたときは、あくまで庁内用として作成され、公表されていなかった。その後、昭和46年から公表されるに至ったが、公表し意見を集めることによって、よりよい基準に完成することが企図されているからである。

なお、商標審査の実務上必要な関係法令及び取扱い並びに資料などを一定の分類にしたがって整理したものとして、「商標審査便覧」があり、公表されている。

商標審査基準はあくまで行政庁の示す解釈にすぎないため、特許庁の法令解釈や運用基準が裁判で争われたときに、裁判所による判断を拘束するものではない。ただし、そのことは、商標審査基準の事実上の重要性を否定するものではない。すべての法令や運用について、事件が起きるとは限らないし、事件が起きたとしても、裁判所が特許庁とは異なる解釈を示すとは限らないからである。

④関連する裁判例の状況

地名を含む商標については、幾つもの裁判例がある。(a)悪意の商標出願ではないが、外国の地名で問題になった事例として、例えば、「ジョージア事件」最高裁判所判決昭和61年1月23日昭和60年(行ツ)68号、「ワイキキ事件」最高裁判所判決昭和54年4月10日昭和53年(行ツ)129号、「エチオピア・コーヒー事件」知的財産高等裁判所判決平成22年3月29日平成21年(行ケ)10226~10229号などがある。また、(b)日本の地名について悪意の商標出願が問題になった事例として、例えば、「母衣旗

¹ 特許庁の用語解説による。特許庁「用語解説」

<https://www.jpo.go.jp/dictionary/index.html> [最終アクセス:2018年1月14日]

² 審査基準の策定と公表の趣旨については、大久保一郎(特許庁審査第一部長(当時))「序文」(昭和46年3月31日)特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」所収を参照。

事件」東京高等裁判所平成11年11月29日平成10年（行ケ）18号がある。

本調査研究では、データベースを用いて、地名が含まれる商標に関して定型的に問題となる場合が多い幾つかの商標法の規定ごとに事案を抽出し、地名に関するものであることを確認の上、各規定について裁判例を整理した。

（iii）商標法のルール分類、地名と産地名の関係

①インセンティブという観点からの分類

出願人が地名を含む商標を選択するかどうかについて、商標法は基本的に中立的な立場である。もっとも、商標法もルールである以上、個人に特定の行動を選ぶように仕向ける要因（インセンティブ）として機能している³。商標法のある規定に関しては、一定の理由から、商標に地名を含む行動を選ぶように仕向けたり、また、ある規定に関しては、別の理由から、商標に地名を含まない行動に仕向けたりしている。そうした観点から商標法のルールについて、地名との関係で分類する場合、商標法は、(a)識別性や独占適応性の観点から、地名を含む商標の登録の選択にプラスに機能するインセンティブとして機能している規定と、(b)地名を含む商標の登録の選択にマイナスに機能するインセンティブ、に分けることができる。

地名を含む商標の登録の選択にプラスに機能するインセンティブとして機能している規定として、地名も「文字」等として商標に該当することを否定していないこと（2条1項柱書き）、地名が産地名に該当する場合でも識別力を獲得すれば登録できることを認めていること（3条2項）、産地名を構成する地名を含む商標の登録を認める地域団体商標制度を採用していること（7条の2）、産地名を含む商標であっても原則としては通常の商標と同様の効力が認められるし、権利侵害の対象ともなること（25条、36条、37条）などが挙げられる。

他方、地名を含む商標の登録の選択にマイナスに機能するインセンティブ、言い換えれば、地名を含む商標を使用する第三者にプラスのインセンティブとしては、地名が産地名を構成する場合に、原則として登録が認められないとしていること（3条1項3号）、産地等に誤認を生ずるおそれがある商標は登録できないとされていること（4条1項16号）、葡萄酒又は蒸留酒の産地を表示する商標は誤認を生ずるおそれがあるかどうかに関係なく登録しないとしていること（4条1項17号）、産地名を含む商標の使用については、商標権の効力が及ばない範囲に含まれることを規定していること（26条1項2号・3号）などが挙げられる。

②地名と産地名

産地名は地名に含まれるが、等しくはない。集合論の記号を用いれば、「地名と産地名」ということになるであろう。地名を含む商標について考える場合については、この基本的な事項について確認しておく必要がある。例えば、以下の「北極」に関する登録例をみてみよう。北極は確かに地名ではあるが、一般人がこれを飲食物やアイスクリームなどの産地と考えることはないと思われるし、現実に提供されているとも考えにくいので、産地名とは言いがたい。それゆえに、3条1項3号で拒絶されることなく、登録されている。

³ 法が、強制のための手段としてだけでなく、人々の自律的な意思決定を変化させる要素としてのインセンティブを提供していることについて、飯田高『法と社会科学をつなぐ』（有斐閣、2016年）7頁参照。

【表-2】

登録番号：5861039号	登録番号：380297号
商標：北極サワー 商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務： 33類 サワー 43類 飲食物の提供，飲食物の提供に関する指導・助言及び情報の提供，インターネットによる飲食物のレシピに関する情報の提供，料理のレシピに関する助言	商標：北極 標準文字商標 商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務： 30類 アイスクリーム，アイスクャンデー，シャーベット，その他の菓子（甘栗・甘酒・氷砂糖・みつ豆・ゆであずきを除く。），パン，水あめ（調味料），粉末あめ，もち，但し，水あめ（調味料），粉末あめ，もちを除く
北極サワー	北極

創作される発明を保護する特許権などと異なり、「選択物」の権利と呼ばれることのある商標において、地名は重要な選択肢のひとつとなり得る。

このように地名が商標に使用されることがあるのは、商標に地名を使用した場合に、特有の機能を果たすからであり、商標の選択者は、それを企図しているからである。

Justin Hughes の整理によると、一般的に、地名を含む商標の機能には、(a)地理的な出所を伝えること、(b)「地理以外の」製品の品質を伝えること、(c)イメージ喚起的な価値を生み出すことの3つがあるとされる⁴。(a)は、この場合、地名が産地名であることを前提とするが、(b)と(c)では、地名が必ずしも産地名ではないことを意識する必要がある。

(a)の地理的な出所を伝えるというのは、例えば「Made in Japan」、「日本製」といった表示のように、製品の地理的な出所を伝達するという機能である。(b)の「地理以外の」製品の品質を伝えるというのは、例えば薩摩芋やフランスパンの例にみられるように、言葉がその地理的な意味を失って、製品の地理的でない特質に基づく他の意味を獲得するということを意味する。そして、こうした用途があるために地理的な言葉が普通名称（一般名称）となることがある⁵。(c)イメージ喚起的な価値を生み出すことというのは、地理的な言葉が、イメージを喚起したり、審美性を付加したりする目的のためにも使用される場合である。例えば、せっけんにハワイの地名であるワイキキという名称を付すことで、商品に触れた消費者に対して南国の爽やかなイメージを喚起させることができる。

⁴ Justin Hughes [今村哲也訳]「シャンパーニュ、フェタ、バーボン(1)：地理的表示に関する活発な議論」知的財産法政策学研究 31号 (2010年) 84頁。

⁵ 同上参照。

【表-3】地名を含む標章の機能

機能	例
(a)製品の地理的な出所を伝えること	牛肉に「神戸ビーフ」
(b)（地理以外の）製品の品質を伝えること	フランスパンに「フランスパン」
(c)イメージ喚起的な価値を生み出すこと	石けんに「ワイキキ」

地名を含む商標との関係で、この(a)の機能を持つ商標を生産地の生産者が利用できなくなるのは問題があるし、また、この機能をもつ商標を生産地以外の者が利用することも問題が大きい。そのために商標法は、地名が産地名を構成する場合に、原則として登録が認められないとしているといえる（3条1項3号）。逆に、地域団体商標制度（7条の2）は、産地のもつブランド価値を生かした地名を含む商標の登録を促進するために、(a)の機能を活用している。産地名を含む商標の使用については、商標権の効力が及ばない範囲に含まれることを規定していることや（26条1項2号・3号）、産地の誤認を生じるおそれがある商標の登録を認めていないこと（4条1項16号）、葡萄酒又は蒸留酒の産地を表示する商標は誤認を生ずるおそれがあるかどうかに関係なく登録しないとしていること（4条1項17号）も、こうした問題を避けるためである。

(b)の活用は、フランスでフランスパンを製造している者がいる場合などを例として考えてみれば分かるように、地名でその産品を生産している者がいるとしても、それらの者との関係で大きな問題は生じない。しかし他方で、そうした名称の利用を特定の者に独占させることは弊害がある。地名が（地理以外の）製品の品質を伝える場合、当該地名はその製品に関して普通名称化しているということである。商標法は、弊害を避けるために、普通名称のみからなる商標を登録できる商標の対象から除いている（3条1項1号）。普通名称の場合、識別力の獲得による登録を認める3条2項の適用の対象にもなっていない。他方で、商品等の普通名称を普通に用いられる方法で表示する商標の使用については、商標権の効力が及ばない範囲に含まれることを規定していることや（26条1項2号・3号）、品質の誤認を生じるおそれがある商標の登録を認めていないこと（商標法4条1項16号）、葡萄酒又は蒸留酒の産地を表示する商標は誤認を生ずるおそれがあるかどうかに関係なく登録しないとしていること（4条1項17号）は、こうした問題を避けるためである。

(c)の機能を利用することは、外国地名の有するイメージや審美性を活用するということを意味する。この(c)の機能を持つ商標については、(a)の製品の地理的な出所を伝えるという機能を全く果たさない場合には、原則として弊害が生じることはないのので、登録の要件を満たす限り、登録することができる（2条1項柱書き、3条1項柱書き参照）。しかし、事案によっては、商標法4条1項7号により、公序良俗に違反するという理由で認めるべきではない場合もあり得るだろう（後述するシャンパンタワー事件を参照）。①の製品の地理的な出所を伝える機能も果たす場合には、(a)の機能の点で説明したことと同様の問題が生じる。

以上をみると、商標法には、(a)から(c)のそれぞれの機能を活用したり、逆に機能不全を避けたりするための方策が用意されていると整理することができる。

【表-4】

機能	機能の活用	機能不全の回避
(a) 製品の地理的な出所を伝えること	7条の2	3条1項3号 26条1項2号・3号 4条1項16号・17号
(b) (地理以外の) 製品の品質を伝えること	—	3条1項1号 3条2項 26条1項2号・3号 4条1項16号・17号
(c) イメージ喚起的な価値を生み出すこと	2条1項柱書・3条1項柱書	4条1項7号

(3) 国内の研究動向

国内外の周知な地名からなる商標登録出願の取扱いについて、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会商標審査基準ワーキンググループ(小塚座長)(以下、商標審査基準ワーキンググループ(2012年)とする)が検討を実施され、「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱い」について審査基準が整理された(2012年)。また、3条1項3号や4条1項16号等について、特許庁の判断や裁判所の裁判例の蓄積がある。

(4) 研究の内容

本研究では、以下の点を中心に、整理・分析を行った。

- (i) 商標審査基準ワーキンググループ(2012年)による「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱い」における当時の議論の要点の整理・分析
- (ii) 改正後の商標審査基準の特許庁における運用状況について、登録例などを素材として、調査・分析／商標審査便覧の関連項目の検討
- (iii) 関連条文に関する裁判例の整理・分析
- (iv) 現状の評価及び／又は制度的な選択肢に関する提言

なお、中国における地名を含む商標を含む悪意の商標出願の問題に対する中国商標法の適用や、中国における日本の地名の商標登録の状況については、以下の資料に詳しいので、改めて調査対象とすることはしなかった。

- ・ 平成20年度特許庁委託事業「中国商標権冒認出願対策マニュアル 2009年改訂増補版」(ジェトロ北京センター知的財産権部、2009年3月)
- ・ ジェトロ北京事務所「中国における日本の地名等に関する商標出願・登録の状況について」

2. 研究の内容

(1) 産構審における商標審査基準ワーキンググループ（2012年）での過去の議論

ここでは、商標審査基準ワーキンググループ（2012年）による「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱い」における当時の議論の要点の整理・分析する。

商標審査基準ワーキンググループ（2012年）の検討の背景は、次のとおりであった。

- ・ 国内外の地理的名称を有してなる商標については、諸外国の中には、商品の産地・販売地又は役務の提供場所と認識されなくても、「周知な地名」であれば商標登録を拒絶・無効（取消）とするような法制を有する国もある。
- ・ そのような国も含め、海外主要国の制度・運用について比較研究しつつ、我が国における制度・運用の在り方について、検討する必要がある。

主要国の状況と国際調和からの検討について、当時の状況は次の表のように整理される。

【表-5】

国・地域	制度・運用
米国、OHIM（欧州共同体商標意匠庁／現在の EUIPO（欧州連合知的財産庁））、英国、豪州の各国	<ul style="list-style-type: none"> ・ 国内外の地名を表示する標章からなる商標については、識別性の有無や商品の品質・役務の質の誤認のおそれを考慮した上で、登録要件を満たさないもの又は不登録事由に該当するかについて判断されるとする法制は共通。 ・ 商品の産地・販売地又は役務の提供場所の認定にあたっては、現実の生産に限らず、需要者が商品の産地であるかのように認識する蓋然性がある場合にも該当するとする運用の面においても共通。
中国、韓国など	<ul style="list-style-type: none"> ・ 「周知な外国地名」からなる商標の登録は認められないとする条項を定めている点で、日本や欧米等の主要国の法制とは相違。 ・ しかし、「周知な外国地名」からなる商標が使用による識別力を獲得した場合には登録可能としている。

商標法の枠組みとして、3条は識別性の観点から一般的適格性を判断していること、また、4条は、具体的に公序良俗の見地及び他人の業務に係る商品と混同を生ずるかどうか、商品の品質の誤認を生ずるかどうか等の見地から登録の可否を判断していることを前提に、国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いの検討の留意点として、以下の表に示すような点が示されている。

【表-6】 国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いの検討の留意点

商標法の枠組み	国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いの検討の留意点
3条：識別性の観点から一般的適格性を判断 4条：具体的に公序良俗の見地及び他人の業務に係る商品と混同を生ずるかどうか、商品の品質の誤認を生ずるかどうか等の見地から登録の可否を判断	<ul style="list-style-type: none"> ・ 全ての地名が自他商品役務の識別標識としての機能を果たし得ないといえないので、「地名」が商標として識別性の観点から一般的適格性を有する可能性はある ・ 「国内外の周知な地名」であっても、自他商品役務の識別標識としての機能を果たし、かつ、商品の品質等の誤認を生ずるおそれのないものも存在する ・ 事業者の商標採択の自由

以上のことを前提に、商標審査基準ワーキンググループ（2012年）は、国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いについて、「客観的に法律上保護に値する機能を持っている商標について、その登録を排除する高い公益的な理由が存在するか等を慎重に精査」とした。そして、課題に対して、幾つかの対応がなされた。

【表-7】 商標審査基準ワーキンググループ（2012年）における課題と対応

課題	対応
（1）「商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」が、需要者又は取引者によって、当該指定商品が当該商標の表示する土地において生産され又は販売されているであろうと一般に認識されることをもつて足りるとする内容が審査基準に明確に記載されているか。	審査基準に規定して明確化する。
（2）「国内外の地理的名称」については、審査基準にその取扱いが十分に記載されているか。	商標審査便覧に規定されている「国家名」、「著名な地理的名称」等には該当しない「国内外の地理的名称」の取扱いを、商標法3条1項3号の審査基準に規定する。
（3）商品の産地・販売地、役務の提供場所（認識される場合も含む。）を表示するものと認められない地理的名称からなる商標は、商標法3条1項3号が適用できないと考えられるところ、このような商標の取扱いが審査基準上明記されているか。	<p>事業者の設立地・事業所の所在地や仕向け地等の地理的名称は、商標としての機能を果たし得ないと認識し得るものとして商標法3条1項6号を適用し拒絶できるようにする審査基準を新設する。</p> <p>ただし、当該商標が、3条2項に相当する使用による識別力を獲得している場合には、識別力があるものとして同項6号に該当しないものとして、登録する。</p>

<p>(4) 審査基準等の整備にあたっては、審査官が個別の判断において参照できる審査情報が十分に整備されているか。</p>	<p>現行の審査手法(資料等)においても国内外の地名の周知性にかかわらず、地理的名称に関する審査情報は十分に整備しているので、今後もこの審査手法(資料等)を維持する。</p>
---	---

以上の検討に基づいて、2012年に商標審査基準が改訂された。この改定後も、商標審査基準の改訂作業は行われた。その後の改訂では、「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いについて」の部分について、内容的に大幅な変更はない。

以下では、最新の商標審査基準(特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」)における地名に関連する箇所を示す。

【表-8】特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」

条文	内容
<p>3条1項3号 (商品の産地、販売地、品質その他の特徴等の表示又は役務の提供の場所、質その他の特徴等の表示)</p>	<p>「2. 商品の「産地」、「販売地」、役務の「提供の場所」について (1) 商標が、国内外の地理的名称(国家、旧国家、首都、地方、行政区画(都道府県、市町村、特別区等)、州、州都、郡、省、省都、旧国、旧地域、繁華街、観光地(その所在地又は周辺地域を含む。)、湖沼、山岳、河川、公園等を表す名称又はそれらを表す地図)からなる場合、取引者又は需要者が、その地理的名称の表示する土地において、指定商品が生産され若しくは販売され又は指定役務が提供されているであろうと一般に認識するとき、商品の「産地」若しくは「販売地」又は役務の「提供の場所」に該当すると判断する。 (2) 商標が、国家名(国家名の略称、現存する国の旧国家名を含む。)、その他著名な国内外の地理的名称からなる場合は、商品の「産地」若しくは「販売地」又は役務の「提供の場所」に該当すると判断する。」</p>
<p>3条1項6号 (前号までのほか、識別力のないもの)</p>	<p>「5. 国内外の地理的名称を表示する商標について 商標が、事業者の設立地・事業所の所在地、指定商品の仕向け地・一時保管地若しくは指定役務の提供に際する立ち寄り地(港・空港等)等を表す国内外の地理的名称として認識される場合は、本号に該当すると判断する。 6. 取扱商品の産地等を表示する商標について (1) 小売等役務に該当する役務において、商標が、その取扱商品の産地、品質、原材料、効能、用途、形状(包装の形状を含む。)、生産若しくは使用の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格を表示するものと認識される場合は、本号に該当すると判断する。」</p>
<p>4条1項16号 (商品の品質又は役務の質の誤認)</p>	<p>「(2) 商標構成中に、商品の品質等を表す文字等を有する場合であっても、全体として商品の品質等として認識できない場合には、商品の品質等を表さないと判断する。特に、商標構成中に外国の国家名を有する場合には、既成語の一部となっている場合等国家名を認識しないことが明らかな場合に限り、商品の品質等を表さないと判断する。」</p>

	<p>(例) 外国の国家名を有する場合</p> <p>① 商品の品質等を表すと判断する場合 商品「時計」について、商標「SWISSTEX」 (解説) 既成語の一部ではないため、国家名としての「スイス連邦」を認識させる。」</p>
<p>4条1項16号 (商品の品質又は役務の質の誤認)</p>	<p>「2. 「誤認を生ずるおそれ」について</p> <p>(1) 「誤認を生ずるおそれ」とは、商標が表す商品の品質等を有する商品の製造、販売又は役務の提供が現実に行われていることは要せず、需要者がその商品の品質等を誤認する可能性がある場合をいう。</p> <p>(2) 「誤認を生ずるおそれ」の有無は、商標が表す商品の品質等と指定商品又は指定役務が関連しているか否か、及び商標が表す商品の品質等と指定商品又は指定役務が有する品質又は質が異なるか否かにより判断する。</p> <p>(例2) 本号に該当しない場合</p> <p>② 商品「イギリス製の洋服」について、商標「JP0 イギリス」 (解説) この場合、商標が表す商品の品質である「生産地としてのイギリス」と指定商品が有する品質が一致していることから、本号に該当しないと判断する。</p> <p>③ 役務「フランス料理の提供」について、商標「JP0 フランス」 (解説) この場合、商標が表す役務の質である「料理の内容としてのフランス」と指定役務が有する質が一致していることから、本号に該当しないと判断する。」</p>

3. 運用の状況：商標審査便覧及び最近の登録例

(1) 商標審査便覧の関連項目

商標審査便覧の関連項目をみると、「外国の地名等に関する商標について」、特許庁において、次のように運用されている。

【表-9】

<p>商標審査便覧 41.103.01 外国の地名等に関する商標について</p> <p>1. 国家名 国家名、国家名の略称、現存する国の旧国家名は、原則として商品の産地、販売地（取引地）又は役務の提供の場所（取引地）を表すものとして拒絶する。 本国での使用文字、日本語その他の外国語で表したのも原則として対象とする。</p> <p>2. 地名 首都名、州名、県名、州都名、省名、省都名、郡名、県庁所在地（県都）、旧国名、旧地域名、地方名、市、特別区、繁華街、観光地については、直接商品の産地、販売地（取引地）又は役務の提供場所（取引地）であることが辞書その他の資料に記載されていなくても、産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）に結びつき得る要因があれば、原則として産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）を表すものとして拒絶する。</p>
--

8. 国家名、地名を含む商標

国家名、地名を含む商標の場合は、以下のように取り扱うものとする。

(1) 商品の特産地はいうまでもなく、商品の産地、販売地（取引地）を表すものと認められる外国の国家名、地名を含む商標については、その商標が当該国又は当該地以外の国又は地で生産された商品に使用されるときは、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあるものとして拒絶の理由（商4条1項16号）を通知する。

(2) 国家名、地名等を含む商標であって、それが指定役務との関係上役務の内容の特質又は役務の提供場所（取引地）を表すものと認識されるものについては、その商標が当該国家名又は地名等によって表される特質を持った内容の役務及び当該国又は地で提供される役務以外の役務について使用されるときは、役務の質の誤認を生じさせるおそれのあるものとして拒絶の理由（商4条1項16号）を通知する。

(3) 上記(1)(2)の場合において、商品又は役務を補正させる場合、例えば、「シャンゼリーゼ」又は「フランス」などの文字を含むときは、商品については「フランス産（製）の〇〇」のように、又、飲食物の提供に係る役務については「フランス料理の提供」のように補正させる。

なお、その場合に出願人が個人であるなど対応が困難と認められる場合には、該拒絶理由の通知書に、例えば『ただし、本願の指定商品を「〇〇産の××」に補正したときはこの限りでない。』旨を付言するものとする。

(4) また、国家名、地名が、単に付記的に用いられている場合（外観上明らかに独立して商品の産地、販売地（取引地）又は役務の提供の場所（取引地）と認められるものであって、これを削除しても後願に影響を与えない場合に限る。）には、補正により商標中からその文字部分を削除することも出来るものとし、該拒絶理由の通知書に『ただし、本願商標中より「〇〇」の文字を削除したときはこの限りでない。』旨を付言する。

(2) 外国の地名を含む商標の登録状況

日本で登録されている商標について、外国の地名に関する商標が、産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）に結びつき得る要因がないということで、登録されている例はどの程度あるのか。以下の内容で、サンプル調査を行った。

- ・ 知的財産研究所の調査（2017年6月21日）
- ・ 公報発行日：平成24年6月1日～平成29年5月31日（件数が多いので今回は直近5年間のみ実施）
- ・ 対象公報：公開商標公報、商標公報、公開国際商標公報、国際商標公報
- ・ 検索条件：審査又は審判にて、3条各号で拒絶理由（取消理由）が通知された後に登録（3条1項3号では検索できない）

外国の地名と認識され得るものを含む商標が登録されている例は、少なからず存在することが分かる。

【表-10】

N o	公報番号 発行日	類似群コード／商品及び役務の区分 商標名又は称呼又はウイーン分類	商標権者
1	登録 5498870 H24.7.10	41 類, 41K01/41 C U B A	株式会社ジョナサン
2	登録 5505728 H24.8.7	35 類, 35A01 (他) /35, 36 アメリカ・ダイレクト	楽天株式会社
3	登録 5518312 H24.10.2	03 類, 01A02 (他) /03 P A R I S B L E U	ソシエテ パリジェンヌ ドゥ パル ファン エ コスメティク
4	登録 5546305 H25.2.5	43 類, 42B01/43 和ふらんす	宗教法人 氷川神社
5	登録 5584314 H25.6.25	31 類, 32D01 (他) /31, 32 マチュピチュレッド	キッコーマン株式会社
6	登録 5623180 H25.11.19	35 類, 35B01 (他) /35, 41 台湾 d e 留学	武藤 良英
7	登録 5656870 H26.4.15	30 類, 29A01 (他) /30, 43 南京町	南京町商店街振興組合
8	登録 5703009 H26.10.21	25 類, 17A01 (他) /25 H O L L Y W O O D M A D E	ハリウッド メード 90028, インコ ーポレイテッド
9	登録 5717533 H26.12.16	14 類, 21A02 (他) /14 M y a n m a r G o l d、ミャン マー ゴールド	株式会社 T A S A K I
10	登録 5725323 H27.1.20	43 類, 42B01/43 アマルフィイ	株式会社ビィバリュー
11	登録 5751230 H27.4.21	18 類, 21C01/18 P A R I S - V E R B I E R	エルメス・アンテルナショナル
12	登録 5760592 H27.6.2	30 類, 04D01 (他) /30 カリブマウンテン	株式会社ウエシマコーヒーフーズ
13	登録 5781110 H27.8.25	32 類, 29C01/32 アルプス海洋深層水	ジェイウォーター株式会社
14	登録 5806032 H27.12.15	43 類, 42B01/43 北京樓	マキシムズ ケイタラーズ リミテ ッド
15	登録 5816022 H28.2.2	30 類, 29B01/30 G E O R G I A、一番抽出	ザ コカ・コーラ カンパニー
16	登録 5816023 H28.2.2	30 類, 29B01/30 G E O R G I A、一番ドリップ	ザ コカ・コーラ カンパニー
17	登録 5849602 H28.6.14	30 類, 29A01 (他) /30 P A V A R A G A H A W A I I	和田 衛

4. 関連条文に関する裁判例の整理・分析

(1) 抽出の方法

ここでは、地名を含む商標に関する裁判例について、判例のデータベースを活用し、関連する法条に基づいて事案を抽出した上で、地名に関連するもののみを対象に、分析を行った。抽出された裁判例は、おおむね以下のとおりである。

【表-11】地名に関連する商標法関係の裁判例

条文	内容	地名に関連する商標法関係の裁判例
3条1項3号	商品の産地、販売地、品質その他の特徴等の表示又は役務の提供の場所、質その他の特徴等の表示	ジョージア、ワイキキ、SIDAMO 等、HOKOTABAUM、Kawasaki、湘南二宮オリーブ
4条1項7号	公序良俗違反	母衣旗、シャンパンタワー、激馬かなぎカレー
4条1項11号	先願に係る他人の登録商標	千葉しあわせ牛、ナカモ西京、塩沢絰・越後塩沢同人会、ロマンティック北街道、富山のゆうげ、筑後の国寒梅、伏見の竜馬、宰府寒梅、尾張の寒梅、銀座ステファニー、河内駿河屋、TOKIOTEC 等
4条1項16号	商品の品質又は役務の質の誤認	讃岐庵、SIDAMO 等
4条1項17号	ぶどう酒又は蒸留酒の産地の表示	なし
4条1項19号	他人の周知商標と同一又は類似で不正の目的をもって使用をする商標	つつみのおひなっこや、ナカモ西京

(2) 商標法3条1項3号関係

【表-12】

裁判例	地域の名称	3条1項3号該当性
知財高判平成28年10月12日平成28年(行ケ)10109号「HOKOTABAUM」	茨城県銚田市	該当
知財高判平成27年1月28日平成26年(行ケ)10152号「湘南二宮オリーブ」	湘南地方の二宮町	該当
知財高判平成24年9月13日平成24年(行ケ)10002号「Kawasaki」	川崎市	非該当
知財高判平成22年3月29日平成21年(行ケ)10226号判例タイムズ1335号228頁「SIDAMO」	SIDAMO	非該当
最判昭和61年1月23日昭和60年(行ツ)68号	アメリカ合衆国のジョー	該当

「ジョージア」	ジア	
最判昭和 54 年 4 月 10 日昭和 53 年（行ツ）129 号 「ワイキキ」	ホノルル市のワイキキ	該当

(i) 知財高判平成 28 年 10 月 12 日平成 28 年（行ケ）10109 号【HOKOTABAUM】

需要者又は取引者に、「BAUM」の部分はバウムクーヘンを認識させ、「HOKOTA」の部分は茨城県所在の鉾田市を認識させる本願商標は、需要者又は取引者によって、当該指定商品が当該商標の表示する土地において生産され又は販売されているであろうと一般に認識されるものであるから、商標法 3 条 1 項 3 号に該当する。

(ii) 知財高判平成 27 年 1 月 28 日平成 26 年（行ケ）10152 号「湘南二宮オリーブ」

本願商標である「湘南二宮オリーブ」を指定商品に使用しても、取引者及び需要者は、本願商標の表示は「湘南二宮産のオリーブ」を意味し、当該指定商品が「湘南地方の二宮町産のオリーブを原材料とするオリーブオイル」であることを表したにすぎないものと理解するのが自然であるから、本願商標は、その指定商品との関係では、商標法 3 条 1 項 3 号に該当する。

(iii) 知財高判平成 24 年 9 月 13 日平成 24 年（行ケ）10002 号【Kawasaki】

漢字で「川崎」と表記される場合とは異なり、「Kawasaki」、「KAWASAKI」等の欧文字に接した一般人が、通常、当該文字から川崎市を商品の産地、販売地として想起するとまでは認められない。

(iv) 知財高判平成 22 年 3 月 29 日平成 21 年（行ケ）10226 号判例タイムズ 1335 号 228 頁「SIDAMO」

銘柄又は種類としての「SIDAMO」又は「シダモ」は、いろいろな業者によって使用されているのであるが、それがエチオピア産（又はエチオピアのシダモ地方産）の高品質のコーヒー豆又はそれによって製造されたコーヒーについて用いられている限り、原告による品質管理の下でエチオピアから輸出されたそれらについて用いられていることになるから、商標権者が原告である限り、その独占使用を認めるのを公益上適当としないということもできず、本件商標登録が商標法 3 条 1 項 3 号に該当するということとはできない。

(v) 最判昭和 61 年 1 月 23 日昭和 60 年（行ツ）68 号「ジョージア」

商標登録出願に係る商標が商標法 3 条 1 項 3 号にいう「商品の産地、販売地……を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」に該当するというためには、必ずしも当該指定商品が当該商標の表示する土地において現実に生産され又は販売されていることを要せず、需要者又は取引者によって、当該指定商品が当該商標の表示する土地において生産され又は販売されているであろうと認識されることをもって足りる。

(vi) 最判昭和 54 年 4 月 10 日昭和 53 年（行ツ）129 号「ワイキキ」

商標法 3 条 1 項 3 号に掲げる商標は、これを商品に使用した場合その産地、販売地その他の特性につき誤認を生じさせるおそれのあるものである必要はない。

(3) 商標法4条1項7号関係

【表-13】

裁判例	関連する地域の名称	4条1項7号該当性
知財高判平成24年12月19日平成24年(行ケ)10267号「シャンパンタワー事件」	フランスのシャンパーニュ地方	該当 ※3条1項3号該当性は争われていない
知財高判平成24年8月27日平成23年(行ケ)10386号「激馬かなぎカレー事件」	五所川原市金木町	該当 ※3条1項3号該当性は争われていない
東京高等裁判所平成11年11月29日平成10年(行ケ)18号「母衣旗事件」	母衣旗(旧地名)	該当 ※3条1項3号との関係も問題とされたが、「母衣旗」が、産地、販売地を表すものとして、一般に認識されているものと認められないとする。

(i) 知財高判平成24年12月19日平成24年(行ケ)10267号「シャンパンタワー事件」

原告は、「シャンパンタワー」の文字を横書きしてなり、指定役務を「飲食物の提供」等とする本件商標の商標権者である。被告が無効審判を請求したところ、本件商標登録を無効にすべきである旨の審決がなされたので、原告は、その取消しを求めた。裁判所は、以下のように述べて、商標法4条1項7号に該当すると判断した。

「本件商標の文字の構成、指定役務の内容並びに本件商標のうちの「シャンパン」の表示がフランスにおいて有する意義や重要性及び我が国における周知著名性等を総合考慮すると、本件商標を飲食物の提供等、発泡性ぶどう酒という飲食物に関連する本件指定役務に使用することは、フランスのシャンパーニュ地方における酒類製造業者の利益を代表する被告のみならず、法律により「CHAMPAGNE」の名声、信用、評判を保護してきたフランス国民の国民感情を害し、我が国とフランスの友好関係にも影響を及ぼしかねないものであり、国際信義に反するものといわざるを得ない。「よって、本件商標は、商標法4条1項7号に該当するというべきである。」

(ii) 知財高判平成24年8月27日平成23年(行ケ)10386号「激馬かなぎカレー事件」

原告は、「激馬かなぎカレー」との標準文字からなる本件商標の商標権者である。原告は、本件商標登録を取り消す旨の特許庁の決定の取消しを求めた。裁判所は、原告の本件出願は、該事業の遂行を阻止し、公共的利益を損なう結果に至ることを知りながら、「激馬かなぎカレー」の名称による利益の独占を図る意図でしたものであって、剽窃的なものであり、本件商標は、公序良俗に反するものであり、商標法4条1項7号に該当するとした上記決定の判断は是認することができるとして、原告の請求を棄却した。

(iii) 東京高等裁判所平成11年11月29日平成10年(行ケ)18号「母衣旗事件」

「被告による本件商標の取得は、仮に、その主張するとおり、本件商標を自ら使用する意思をもってその出願に及んだものであるとしても、原告による、町の経済の振興を図るといふ地方公共団体としての政策目的に基づく公益的な施策に便乗して、その遂行を阻害し、公共的利益を損なう結果に至ることを知りながら、指定商品が限定されるとはいえ、該施策の中心に位置付けられている「母衣旗」名称による利益の独占を図る意図でしたものといわざるを得ず、本件商標は、公正な競争秩序を害するものであって、公序良俗に反するものというべきである。」として、公序良俗を害するおそれがないとして、商標法4条1項7号該当性を否定した審決を取り消した。

(4) 商標法4条1項11号関係

商標法4条1項11号は、先願に係る他人の登録商標と同一・類似であって、指定商品又は指定役務も同一又は類似である商標を登録しない旨を定めている。


商標法4条1項11号に係る商標の類否については、最高裁の判例に基づく、「同一又は類似の商品又は役務に使用された商標が、その外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して、その商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察すべきものである」

(最高裁昭和43年2月27日第三小法廷判決昭和39年(行ツ)110号・民集22巻2号399頁参照)とされている。

また、地名を含む商標については、「要部」をどのように捉えるかが問題となる。最高裁判所の判例に基づく、「複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについて、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断することは、その部分が取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合などを除き、許されない」(最高裁昭和38年12月5日第一小法廷判決民集17巻12号1621頁昭和37年(オ)953号、最高裁平成5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号5009頁平成3年(行ツ)103号同参照)とされている。

【表-14】

裁判例	引用商標等	商標法4条1項11号該当性
<u>下線部太字が「要部」と認定されている</u>		
知財高判平成27年1月29日平成26年(行ケ)10185号「千葉 しあわせ牛 」	しあわせ牛	該当(類似) 引用商標の構成文字やその文字数、構成する語句の数、それぞれの長さや意味合い、上記牛肉取引の実情に鑑みると、引用商標は、外観上、常に一体不可分のものとして認識されるものとはいえず、引用商標の構成中の「しあわせ牛」部分が、要部として、取引者、需要者に対し出所識別標識として強く支配

		的な印象を与えるものと認められる
知財高判平成 24 年 12 月 13 日平成 23 年（行ケ）10344 号「いなば和幸」	とんかつ和幸	非該当（非類似） 本件商標からは、「イナバワコウ」の称呼及び「いなば（一般的には、「稲葉」の氏ないし「因幡」の地名）に関係した豚カツ料理店ないし飲食店の和幸」の観念しか生じない
東京高判平成 15 年 10 月 6 日平成 14 年（行ケ）169 号「ナカモ西京」	 西京の文字を含む引用各商標	非該当（非類似） 「西京」ないし「さいきょう」の文字部分は、商品の品質あるいは産地を示したものと解するのが相当
東京高判平成 14 年 9 月 30 日平成 13 年（行ケ）518 号「塩沢緋・越後塩沢同人会」	塩沢織物工業協同組合	非該当（非類似） 本件商標の出願当時、「塩沢紬」「本塩沢」及び「塩沢」の語は、「絹織物」の一種を表す普通名称になっていたものと認められるから、「塩沢紬」「本塩沢」及び「塩沢」の文字部分は、自他商品識別機能を有しない
東京高判平成 13 年 1 月 18 日平成 12 年（行ケ）301 号「ロマンティック北街道」	北海道	非該当（非類似） 「ロマンティック」の文字と結合した「北街道」の文字は、前記のとおり、原告の商標としての周知性を獲得していないがゆえに、単に地名を表す語として取引者・需要者に認識されるにとどまり、「ロマンティック」と分離されて、特定人の商標であると認識されることは、ほとんどないものというべき
東京高判平成 13 年 9 月 6 日平成 13 年（行ケ）122 号「伏見の竜馬」	竜馬	該当（類似） 本願商標は、一体として把握され、認識されることがあると同時に、「伏見」という文字と「竜馬」という文字とが分離して把握され、認識されることもあるのであり、しかも、このように分離して把握し、認識する者の方が、本願商標の全体を一体不可分のものであると認識する者より、多いものと推認することができる、ということになる。 そうすると、本願商標は、「竜馬」の文字部分において、自他商品の識別機能を果たす場合も少なくないといわざるを得ない。

東京高判平成 12 年 3 月 21 日 平成 12 年（行ケ）4 号「富山の <u>ゆうげ</u> 」	ゆうげ	該当（類似） 「ゆうげ」の文字は、日常語として一般に使用されているものではなく、日本の情緒を看取させる歴史的な文字であるから、語の表現上顕著な特色を有するものであるのに対し、「富山の」の文字は、商品の産地、販売地又は取引地を表示する著名な地理的名称であって、自他商品識別機能を有しないため、被告の商標の「富山の」の文字は、商品の品質を表示する形容詞的の文字部分に相当する
東京高判平成 12 年 1 月 27 日 平成 11 年（行ケ）261 号 「銀座 <u>ステファニー</u> 」	STEPHANIE	該当（類似） 「銀座」、「G i n z a」の文字部分は、東京都中央区に存在する各種高級商品を販売することで著名な繁華街の名称であり、本願商標の指定商品の取引者、需要者によっても、そのように認識されるものと認められる。 本願商標に接する取引者、需要者は、本願商標の構成のうち、自他商品の識別機能を果たす部分は、「ステファニー」、「S T E F A N Y」の部分にあるものと理解し、これより生ずる称呼をもって取引に当たる場合も少なくなく、本願商標からは「ステファニー」との称呼も生ずるものと認められる
東京高判平成 11 年 5 月 27 日 平成 10 年（行ケ）318 号 「 <u>宰府寒梅</u> 」	寒梅	非該当（非類似） 清酒は地域性の強い商品であり、その取引者・需要者は「地名+〇〇」のうち地名部分を必ずしも産地等と理解せず、一体のものとして把握するか或いは地名部分を産地等と理解してもそれを一体のものとして把握し、いずれの場合も全体として自他商品の標識として認識する場合が多い。
東京高判平成 12 年 1 月 26 日 平成 11 年（行ケ）240 号 「 <u>筑後の寒梅</u> 」	寒梅	非該当（非類似） 「筑後の」の文字部分を含んでその全体が自他商品識別機能を果たしている
東京高判平成 11 年 2 月 2 日 平成 10 年（行ケ）330 号 「 <u>JONES NEW YORK</u> 」	JONES／ジョーンズ	非該当（非類似） 本願商標は一体のものとして観念され、「ジョーンズニューヨーク」という一連のものとして称呼されてきた
東京高判平成 10 年 6 月 25 日 平成 10 年（行ケ）86 号	寒梅	該当（類似） 本件商標は、「尾張の寒梅」であるが、冒頭の「尾

「尾張の <u>寒梅</u> 」		張の」という言葉は、単に指定商品について産地・販売地を表示するにすぎず、要部ではなく、自他商品の識別力を持たない部分である
東京高判平成 8 年 8 月 9 日 平成 6 年（行ケ）164 号「河内 <u>駿河屋</u> 」	駿河屋	該当（類似） 本件商標は、その構成中「河内」の語は特定の地域名を示すもので、それ自体の自他商品識別力が強いとは認め難いこと、「駿河屋」の語は原告の取り扱う和菓子の商標として需要者の間に広く知られており、また、和菓子の老舗を想起させるものであって、需要者に強い印象を与えるものと認められること、「河内駿河屋」に一体としての熟語的意味あいがあるとは認められないことからすると、「駿河屋」の部分が独立して認識されることもあると認めるのが相当
東京高判平成 7 年 12 月 21 日 平成 7 年（行ケ）117 号「 <u>TOKIOTEC</u> 」	TEC	非該当（非類似） 本件商標を分断して発音しなければならない特段の理由は見いだせず「トキオテック」の称呼のみが生ずる

裁判例をみると、産地名に相当する文字部分は、自他商品識別機能を有しないとされる場合が幾つか認められる。その場合、要部が商標全体の一部に限定される結果、引用商標との類似性が認められやすいようである。

これに対して、地域性の強い商品については、「地名+〇〇」のうち地名部分を必ずしも産地等と理解せず一体のものとして把握するか、あるいは地名部分を産地等と理解したとしても一体のものとして把握する結果、全体として自他商品の標識として認識する場合があるとする裁判例がある（宰府寒梅事件参照）。ただ、同じ酒類でも、尾張の寒梅事件では、「尾張の」の部分が、単に指定商品について産地・販売地を表示するにすぎず、要部ではなく、自他商品の識別力を持たない部分であるとされており、判断が難しい部分はある。

（5）商標法 4 条 1 項 16 号関係

（i）知財高判平成 22 年 8 月 4 日平成 22 年（行ケ）10114 号「讃岐庵」

原告は、「讃岐庵」の標準文字を横書きしてなり、指定商品を 30 類「穀物の加工品、ぎょうざ、サンドイッチ、しゅうまい、すし、たこ焼き、肉まんじゅう、ハンバーガー、ピザ、べんとう、ホットドッグ、ミートパイ、ラビオリ、調味料」とする本願商標の登録出願をしたところ、特許庁から、拒絶査定を受けたので、これを不服として審判請求をしたが、特許庁から請求不成立の審決を受けた。原告は、これを不服として、審決取消訴訟を提起した。

裁判所は、4 条 1 項 16 号に関して、香川県産品を販売する店舗や香川県の郷土料理を提供する料理店

との観念が生ずる本願商標を、香川県とは無関係の「穀物の加工品」以外の指定商品に使用するとき、商品の品質の誤認を生じさせるおそれもあるといわざるを得ないから、本願商標は、商標法4条1項16号にも該当するなどとして、原告の請求を棄却した。

(ii) 知財高判平成22年3月29日平成21年(行ケ)10226号「SIDAMO」

本件商標は、これをその指定商品中「エチオピア国SIDAMO(シダモ)地方で生産されたコーヒー豆、エチオピア国SIDAMO(シダモ)地方で生産されたコーヒー豆を原材料としたコーヒー」以外の「コーヒー豆、コーヒー」について使用するとき、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあるから、商標法4条1項16号が規定する「商品の品質の誤認を生ずるおそれがある商標」に該当するとの審決の判断に誤りがあるということとはできない。

(6) 商標法4条1項19号関係

(i) 知財高判平成平成21年1月27日平成20年(行ケ)10348号「つつみのおひなっこや」

「つつみのおひなっこ」は堤焼の土人形類を、「つつみのおひなっこや」は堤焼を製造販売する業者を総称する用語として昭和期前に一般的に用いられていたものであるが、昭和期に入り、Cの活躍により堤焼が再び復興するようになってからは上記の用語に代わり「堤(つつみ)焼」の呼称が用いられるようになった経緯に照らすと、かつて一般的に使用されていた呼称であるとはいえこれが歴史的呼称となった後にこれを自己の商号として採用し、商標登録を得て独占的に使用することも特段の事情がない限り自由競争の範囲内であるといわざるを得ないところ、上記特段の事情も認められない以上、これをもって商標法4条1項19号の「不正の目的」があるとするとはできない。

(ii) 東京高判平成15年10月6日平成14年(行ケ)169号「ナカモ西京」

「原告の業務に係る商品を表示するものである引用商標と本件商標とが類似しないことは、前記判断のとおりである。したがって、被告における「不正の目的」の有無を判断するまでもなく、本件商標は、商標法4条1項19号に違反するものではない。」

5. 現状の評価及び／又は制度的な選択肢に関する提言

(1) 現状の評価

商標審査基準ワーキンググループ(2012年)が述べるように、国内外の地名等を含む商標の商標登録出願の取扱いについては、「客観的に法律上保護に値する機能を持っている商標について、その登録を排除する高い公益的な理由が存在するか等を慎重に精査」する必要がある。

現状では、3条1項3号、4条1項16号、4条1項17号の要件をクリアしなければ登録できないので、悪意の商標出願が問題となる裁判例は多くない。

4条1項19号に該当するためには、地名等を含む商標が他人の周知商標である必要があるが、問題となる事案としてそれに該当する可能性のある場合は多くないようであり、関連する裁判例は少ない。

裁判例を分析したところ、地名を含む商標に関して、審決が覆された事例は幾つかあるものの、具体

的な事案における判断の違法について指摘しているものに止まり、判例の結果として商標審査基準の修正が迫られるという状況はないようであるため、その意味では、商標審査基準は適切に運用されていると評価できる。

(2) 問題提起

本調査では、主として日本の登録例や裁判例を調査したが、限定的な数量のサンプルではあったが、少なからず外国の地名が含まれる商標の出願例が存在していることが分かった。また、地名が含まれる商標に関連する裁判例も数多く存在する。地域ブランドの活用が求められるなかで、我が国の商標法における4条1項7号に該当するような悪意の商標出願の事例や、必ずしも悪意の商標出願ではない場合でも、正しくない事実認定によって、外国で日本の地名が商標登録されることについて懸念がある。特に中国との関係では、公知な日本の地名や地理的表示、地域団体商標に関する商標庁間での積極的な情報共有が必要であると思われる。

なお、葡萄酒又は蒸留酒の地理的表示を含む商標の出願については、従来から「山梨産ボルドー風ワイン」のようなものは、商標法4条1項17号で拒絶されている。同号は、葡萄酒又は蒸留酒について、誤認のおそれを要件としない絶対的保護を定めるTRIPS協定23条2項を担保するものである。

我が国では、いわゆる地理的表示を保護するために「特定農林水産物等の名称の保護に関する法律」（以下、地理的表示法という）が2014年6月に制定され（平成26年6月25日法律84号）、2015年6月1日から施行された。この地理的表示法は、TRIPS協定23条2項と同様に、絶対的保護を認めるものである。

さらに、2016年の法改正⁶により、①我が国と同等のGI制度を有する外国と個別の二国間等の国際協定によるGI相互保護を可能とすること、②輸入業者に対し輸入された不正表示製品の譲り渡しを禁止する規制を定めることが追加されている（2016年12月9日成立、2016年12月26日施行）。平成28年の法改正①は、外国との間で地理的表示の相互保護条約がより締結、批准されやすい状況を作り出すものであるため、EUのような地理的表示先進地域と国際協定等を締結する際の大きな布石となるものである。

地理的表示としての葡萄酒又は蒸留酒の名称については、商標法上、4条1項17号の手当てがなされていた。今回新たに地理的表示としての他の製品の名称については、未だ商標法上、同様の手当てはなされていない。異なる産地で同じ種類の製品について、例えば、「北海道産ゴルゴンゾーラ風チーズ」というようなものが図形入りの結合商標として出願された場合に、葡萄酒又は蒸留酒に関する4条1項17号の規定と同様に、誤認のおそれを要件とせずに、こうした出願を拒絶する規定を設けるべきか、という点は、今後検討する必要があるかもしれない。

⁶ 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（平成28年法律108号）。

第 4 章
部分意匠の保護に関する研究

第1節 研究内容の要約

物品の部分の意匠を保護する部分意匠制度について、日本では、1998年意匠法改正によって導入され、制度導入以来、部分意匠の出願件数は年々増加し、ここ数年はその出願件数が出願全体の約40%まで占めるようになり、制度の利用が図られている。一方、中国では、まだ導入されていないものの、第四次中国専利法改正草案（国务院送审稿）にて部分外観設計制度を導入する方向で検討が進められている。

このような状況において、本共同研究では、日本側の共同研究者により、部分意匠の類否判断及び部分意匠と全体意匠との関係に関する課題を取り上げて整理・検討がなされた。

具体的には、部分意匠の類否判断における意匠の類似概念は、意匠の登録要件（意匠法3条1項3号）等で用いられており、重要な概念である。部分意匠に特有の類否判断方法として、特許庁の意匠審査基準においては、①部分の位置・大きさ・範囲が考慮されること、②部分の用途・機能が考慮されることが示されている。①については、部分の位置等が相違すれば、需要者に異なる美感を起こさせる場合があるため、部分の位置等を考慮して類否判断を行うことが適切であること、②については、当該部分の中において需要者の注意を引く部分を認定するために、この考慮を行うべきではあるものの、問題は美観の共通性であり、部分の用途・機能が非類似であっても、美感が共通していれば、部分意匠の類似性が肯定されるであろうとの提言がなされた。

また、部分意匠と全体意匠との関係について、審査の場面において、新規性や先願等の解釈・運用が重要となる。特に争いとなるのは、先願が部分意匠で、後願が当該部分を含む全体意匠の場合であるが、日本の審査実務においては、そのような場合に先後願の判断をしないこととされているので、後願全体意匠の登録が認められている。しかし、当該部分以外に特徴がない全体意匠の登録を認めることは、社会に不利益を及ぼす可能性もあるので、当該部分以外に特徴があるか否かによって、後願全体意匠の登録可否を検討すべきであり、当該部分以外にも特徴を有する後願全体意匠に意匠権が付与された場合、先願意匠権と後願意匠権との調整については、利用関係及び裁定実施権による調整を行うことも一案であるとの提案もなされた。

一方、中国では、部分外観設計制度が専利法に明確に規定されておらず、部分外観設計をめぐる侵害が相次いでおり、専利権者等に多大な損害を与えている状況である。これについて、対抗手段の一つとして、2015年に開始された中国専利法の4回目の改正草案に部分外観設計専利の保護に関する内容を盛り込むなど検討されている。これを前提にして、中国側の共同研究者は、部分外観設計専利制度を導入する必要性について国際的な制度比較の観点から改めて検討し、これを踏まえて現行制度の下で部分外観設計についての保護を実現する具体的な対策について提言を行った。

そして、中国における外観設計の権利侵害で部分要素が総合的判断に及ぼす影響について、審査指南や司法解釈によれば、外観設計の権利侵害では全体観察で総合的判断するのが基本原則で、使用時に容易に観察できる部位等の部分要素があれば総合的判断に影響を与えている。司法実務において、2010年くらいまでは全体観察による総合的判断を重視し、部分要素の影響は低かったが、2010年以降は徐々に部分要素が総合判断に影響を与えていること、2016年の司法解釈にて新設された「設計空間」理論も影響を与えているとの報告がなされた。このような状況において、多くの業界では部分外観設計制度の導入に対して強いニーズがある一方、部分外観設計制度の導入により出願件数や権利侵害紛争が増加する懸念から、導入を望んでいない業界も存在しており、制度導入の可否については依然として議論の余地があるとの提案がなされた。

さらに、部分外観設計の権利侵害において、全体外観設計の権利侵害とは異なる判断基準について整理が行われた。具体的には、部分外観設計の権利侵害について、アメリカや日本の司法実務では、全体外観設計の権利侵害とは異なる独自の判断基準が形成されておらず、侵害製品の一般消費者を主体基準にして、全体観察等を通じて部分外観設計の類否判断、すなわち権利侵害判断がなされている。しかしながら、部分外観設計の権利侵害判断では、全体観察は必要であるものの、部分外観設計の創作保護のため、実線で示した部分外観設計の独立的価値を認めるべきであり、物品が同一・類似であることを確認した場合、製品全体外観における部分設計の位置、寸法、色彩などの要件を緩和すべきとの提案がなされた。

第2節 日本の制度現状

I. 部分意匠の類否判断について

大阪大学 茶園 成樹 教授

1. 部分意匠制度の概要

日本の意匠法において、部分意匠制度は、1998（平成10）年意匠法改正によって創設された。同改正以前には、意匠は、「物品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起させるもの」と定義されていた（平成10年改正前2条1項）。ここでいう「物品」とは、生産され、市場において流通する有体物であるとされていたことから、それ自体独立して取引の対象となることができない物品の部分は、「物品」に当たらず、よって、意匠法において保護されるのは物品全体に係る意匠（全体意匠）だけであつて、物品の部分に係る意匠である部分意匠は保護されないと解されていた¹。

これに対して、1998年改正は、次のように、2条1項の「意匠」の定義において、「物品」の中に「物品の部分」が含まれる旨を規定した。「この法律で、『意匠』とは、物品（物品の部分を含む。8条を除き、以下同じ。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起させるものをいう。」。これにより、全体意匠のみならず、部分意匠も保護されることになった。この改正の趣旨については、「独創的で特徴ある部分を取り入れつつ意匠全体で侵害を避ける巧妙な模倣が増加し、十分にその投資を保護することができないものとなっていたことから、物品の部分に係る意匠も保護対象となるように改正したものである」と説明されている²。

部分意匠の場合に保護を受けようとする部分をどのように特定するかについては、意匠法には規定されていない。この点について、意匠法施行規則3条は、「願書に添付すべき図面は、様式6により作成しなければならない。」と規定し、様式6の「備考11」では、「物品の部分について意匠登録を受けようとする場合は、8から10まで及び14に規定される画像図（意匠法2条2項に規定する物品と一体として用いられる物品に表示される画像を表す図をいう。以下同じ。）において、意匠に係る物品のうち、意匠登録を受けようとする部分を実線で描き、その他の部分を破線で描く等により意匠登録を受けようとする部分を特定し、かつ、意匠登録を受けようとする部分を特定する方法を願書の『【意匠の説明】』の欄に記載する。」と定められている。

なお、部分意匠制度に関しては、2006（平成18）年意匠法改正により、次のように規定する2条2項が新設されて、物品の操作用の画像が部分意匠として保護され得るようになった。「前項において、物品の部分の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合には、物品の操作（当該物品がその機能を発揮できる状態にするために行われるものに限る。）の用に供される画像であつて、当該物品又はこれと一体として用いられる物品に表示されるものが含まれるものとする。」。しかしながら、本稿においては、画像デザインについては論じないこととする。

¹ 特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編『平成10年改正 工業所有権法の解説』（発明協会、1998年）33頁。

² 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第20版〕』（発明推進協会、2017年）1153頁。

2. 意匠の類似

(1) 類似概念

本稿は部分意匠の類否判断について検討するものであるので、意匠の「類似」概念に関して簡単に説明しておく。意匠の「類似」は、日本の意匠法において最も重要な概念といえることができるものである³。

まず、「類似」は、意匠登録要件である新規性要件の中で用いられている。意匠法3条1項は、「工業上利用することができる意匠の創作をした者は、次に掲げる意匠を除き、その意匠について意匠登録を受けることができる。」として、①「意匠登録出願前に日本国内又は外国において公然知られた意匠」、②「意匠登録出願前に日本国内又は外国において、頒布された刊行物に記載された意匠又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となつた意匠」とともに、③「前2号に掲げる意匠に類似する意匠」と規定している。すなわち、意匠登録出願時に公知となっている意匠と同一の意匠のほか、そのような公知意匠に類似する意匠も、新規性要件を満たさず、意匠登録を受けることはできない。新規性要件を満たさないことは無効理由でもあるため（48条1項1号）、公知意匠に類似していたにもかかわらず、誤って登録がされても、無効審判において無効審決が下され、その審決が確定すると、意匠権は初めから存在しなかったものとみなされる（49条）⁴。

次に、「類似」は、意匠権の権利範囲を定める概念として用いられている。意匠法23条は、「意匠権者は、業として登録意匠及びこれに類似する意匠の実施をする権利を専有する。（以下省略）」と規定しており、意匠権は、登録意匠と同一の意匠の実施とともに、これに類似する意匠の実施に及ぶのである。

(2) 意匠の類否判断

意匠の類否判断に関する規定として、意匠法24条2項があり、「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行うものとする。」と規定している⁵。この規定は、登録意匠とそれ以外の意匠との類否判断を対象としており、(i) 意匠権侵害訴訟において争われる意匠権の権利範囲に関して、登録意匠と被疑侵害意匠との類否判断に適用されることは明らかである。また、(ii) 意匠登録無効審判及びその審決の取消訴訟において争われる登録意匠の新規性要件の充足に関して、登録意匠と公知意匠との類否判断にも適用されることになろう。そうだとすると、新規性要件が満たされるかどうかの判断が、意匠登録出願の審査の場面と意匠登録無効審判の場面とで異なるべきではないため、(iii) 意匠登録出願の審査における出願意匠の新規性要件の充足に関して、出願意匠と公知意匠との類否判断にも適用されることになるとと思われる。

結局、意匠の類否は、新規性要件に関しても意匠権の範囲に関しても、対比される両意匠が需要者の視覚を通じて起こさせる美感が共通するかどうかで判断されることとなる。

³ 意匠の類似を検討する最近の文献として、小松一雄「最近の意匠権侵害訴訟における意匠の類否について」飯村敏明先生退官記念論文集『現代知的財産法：実務と課題』（発明推進協会、2015年）851頁、水谷直樹「類似範囲等」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ』（青林書院、2014年）151頁、山田知司「意匠の類否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系：知的財産関係訴訟法』（青林書院、2001年）373頁。

⁴ また、先願主義を定める意匠法9条等においても、「類似」概念が用いられている。

⁵ 24条2項は、後述する最高裁1974（昭和49）年3月19日判決・民集28巻2号308頁〔可撓伸縮ホース事件〕を踏まえて、2006（平成18）年意匠法改正によって新設されたものである。特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成18年意匠法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明協会、2006年）21-22頁。

ところで、日本の意匠法においては、意匠の類否は、一般的に、形態（形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合）の類否と物品の類否によって判断されると解されている。そして、物品の類否は意匠法に規定されていないが、下図に示されるように、物品が類似していなければ、形態が同一・類似であっても、意匠は非類似となると解されている。すなわち、意匠の類似は、形態の類似と物品の類似を要件としている。この点に関して、最高裁は、「意匠は物品と一体をなすものであるから、登録出願前に日本国内若しくは外国において公然知られた意匠又は登録出願前に日本国内若しくは外国において頒布された刊行物に記載された意匠と同一又は類似の意匠であることを理由として、法3条1項により登録を拒絶するためには、まずその意匠にかかる物品が同一又は類似であることを必要とし、更に、意匠自体においても同一又は類似と認められるものでなければならない」、3条1項3号は、「意匠権の効力が、登録意匠に類似する意匠すなわち登録意匠にかかる物品と同一又は類似の物品につき一般需要者に対して登録意匠と類似の美感を生ぜしめる意匠にも、及ぶものとされている（法23条）ところから、右のような物品の意匠について一般需要者の立場からみた美感の類否を問題とする」と述べている⁶。

【図表-1】

	物品が同一	物品が類似	物品が非類似
形態が同一	同一意匠	類似意匠	非類似意匠
形態が類似	類似意匠	類似意匠	非類似意匠
形態が非類似	非類似意匠	非類似意匠	非類似意匠

物品の類似は、一般的に、物品の用途・機能の共通性に基づいて判断されている⁷。物品の類似が争われる事例は多くないが、最近の裁判例の1つである、知財高裁2007（平成19）年11月29日判決（平成19年（行ケ）10107号）〔弾性ダンパー事件〕の事案は、出願意匠（本願意匠）の意匠に係る物品である「弾性ダンパー」と引用意匠の意匠に係る物品である「機械器具用防振具のダンパー」が類似するかどうか争われたものである。本願意匠に係る物品は、周囲からの振動を機器等に伝えないようにする「除振」を目的とするものであるのに対して、引用意匠に係る物品は、主として、機器等が発する振動を周囲に伝えないようにする「防振」を目的とするものであるが、出願意匠と引用意匠（本件両意匠）に係る各物品は、いずれも弾性体を使用し、これにより振動を吸収する機能を有するダンパーである。知財高裁は、次のように述べて、本件両意匠が意匠に係る物品を共通にすると判断した。すなわち、①本件両意匠に係る各物品が、いずれも弾性体を使用して、機器等に伝わる振動又は機器等が発する振動を吸収する機能を有するダンパーであること、②引用意匠に係る物品が機器等の発する振動を吸収する

⁶ 最高裁1974（昭和49）年3月19日判決・民集28巻2号308頁〔可撓伸縮ホース事件〕。最高裁1975（昭和50）年2月28日判決・判タ320号160頁〔帽子事件〕も参照。

⁷ 例えば、知財高裁2017（平成29）年1月24日判決（平成28年（行ケ）10167号）〔箸の持ち方矯正具事件〕、大阪地裁2013（平成25）年9月26日判決（平成23年（ワ）14336号）〔遊技機用表示灯事件〕、東京地裁2007（平成19）年4月18日判決・判タ1273号280頁〔増幅器付スピーカー事件〕、知財高裁2006（平成18）年7月18日判決（平成18年（行ケ）10004号）〔スポーツ用シャツ事件〕、大阪地裁2005（平成17）年12月15日判決・判時1936号155頁〔化粧用パフ事件1審〕、大阪高裁2006（平成18）年5月31日判決（平成18年（ネ）184号）〔同事件2審〕。物品の類似を検討する最近の文献として、青木大也「意匠法における物品の類似性について」論究ジュリスト7号（2013年）166頁、青木大也「意匠の類似と物品の類似—知的財産権の範囲と物品等の意義—」日本工業所有権法学会年報40号（2017年）19頁、五味飛鳥「類否判断における意匠の物品性が果たす役割—部分意匠及び画像意匠の類否判断の場面を含めて—」日本工業所有権法学会年報40号（2017年）185頁。

機能を有することに加え、引用意匠に係る物品が上下及び左右とも対称の形状を有していることや、引用意匠に係る物品と同種の製品……が掲載された甲3カタログの記載からすると、引用意匠に係る物品を狭義の防振用のみならず除振用に用いることも可能であると推認することができること、③引用意匠に係る物品の用途として例示列举されたポンプ等は、「主なる用途」であるとされていること、などにも照らせば、本件両意匠に係る各物品は、その機能のみならず、用途においても共通するものと認めるのが相当である。

3. 部分意匠の類否判断の実務

(1) 序

部分意匠制度は1998年改正によって導入されてから、まだ20年しか経っていない。これに対して、全体意匠の保護は遥かに長い期間の経験を有している。そのため、部分意匠の類否判断の検討に当たっては、全体意匠の類否判断と比較することが有用と思われる。以下では、この点に留意しつつ、部分意匠の類否判断を検討するが、まず、その実務を確認しよう。

(2) 意匠権の範囲に関する場面

全体意匠に関する近時の意匠権侵害事件の多くにおいては、次のような類否判断基準が述べられている。「登録意匠と対比すべき相手方の意匠とが類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行う（意匠法24条2項）ものとされており、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途及び使用態様、並びに公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、取引者・需要者の最も注意を惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、登録意匠と相手方意匠とが、意匠の要部において構成態様を共通にしているか否かを重視して、観察を行うべきである」⁸。

このように意匠権侵害事件では、登録意匠において、需要者の注意を惹きやすい部分である要部を認定し、それが被疑侵害意匠においても共通していれば類似となり、相違していれば非類似となるのが通常である。

部分意匠に関する近時の意匠権侵害事件の多くにおいても、上記の全体意匠に関する類否判断基準と

⁸ 例えば、知財高裁2016（平成28）年7月13日判決・判時2325号94頁〔道路橋道路幅員拡張用張出し材事件〕、大阪地裁2013（平成25）年8月22日判決・判時2266号104頁〔亀甲墓屋根事件〕、東京地裁2012（平成24）年6月29日判決・判時2193号91頁〔エーシーアダプタ事件〕、知財高裁2010（平成22）年7月20日判決（平成19年（ネ）10032号）〔取鍋事件〕。

同様のものが述べられている⁹。さらに、類否判断基準が部分意匠においても異ならないと明示する裁判例もある¹⁰。

(3) 新規性要件に関する場面

他方、新規性要件である3条1項3号の類似については、その明確な判断基準は、裁判例において、全体意匠と部分意匠のいずれに関しても述べられることはほとんどない¹¹。特許庁の審査は、「意匠審査基準」に基づいて行われており、全体意匠の類否については、出願意匠と公知意匠の共通点と差異点について、注意を惹く部分であるか否かの認定・評価を行われ、その評価に基づいて、総合的な観察により需要者に対して異なる美感を起こさせているかどうか判断されており¹²、裁判例もこのような判断方法を支持していると思われる。

「意匠審査基準」では、部分意匠の類否判断について、次のように定められている¹³。

「部分意匠と公知の意匠とが以下のすべてに該当する場合、両意匠は類似する。

- ①部分意匠の意匠に係る物品と公知の意匠の意匠に係る物品とが同一又は類似であること
- ②部分意匠の意匠登録出願の『意匠登録を受けようとする部分』と公知の意匠における『意匠登録を受けようとする部分』に相当する箇所との用途及び機能が同一又は類似であること
- ③部分意匠の意匠登録出願の『意匠登録を受けようとする部分』と公知の意匠における『意匠登録を受けようとする部分』に相当する箇所との形態が同一又は類似であること
- ④部分意匠の意匠登録出願の『意匠登録を受けようとする部分』の当該物品全体の形態の中での位置、大きさ、範囲と公知の意匠における『意匠登録を受けようとする部分』に相当する箇所の当該物品全体の形態の中での位置、大きさ、範囲とが同一又は当該意匠の属する分野においてありふれた範囲内のものであること」。

(4) 全体意匠の類否判断との相違

前述したように、意匠の類似については、形態の類似と物品の類似が要件とされている。上記①～④と比較すると、①は全体意匠の類否判断と部分意匠の類否判断に共通する要件であり、また、③は、部

⁹ 例えば、大阪地裁2017(平成29)年5月18日判決(平成28年(ワ)7185号)[植木鉢事件1審]、大阪高裁2017(平成29)年11月9日判決(平成29年(ネ)1627号)[同事件2審]、東京地裁2015(平成27)年5月15日判決(平成26年(ワ)12985号)[包装用箱事件1審]、知財高裁2016(平成28)年1月27日判決(平成27年(ネ)10077号)[同事件2審]、大阪地裁2013(平成25)年9月26日判決(平成23年(ワ)14336号)[遊技機用表示灯事件]、大阪地裁2013(平成25)年1月22日判決・判タ1400号328頁[放電ランプ事件1審]、大阪高裁2014(平成26)年7月4日判決(平成25年(ネ)569号)[同事件2審]、大阪地裁2012(平成24)年5月24日判決・判時2179号118頁[角度調整金具用揺動アーム事件]、大阪地裁2010(平成22)年1月21日判決(平成20年(ワ)14302号・16194号・16195号)[マンホール蓋用受枠事件1審]、知財高裁2011(平成23)年3月28日判決(平成22年(ネ)10014号)[同事件2審]。大阪地裁2017(平成29)年2月14日判決(平成28年(ワ)675号)[靴底事件1審]、大阪高裁2017(平成29)年9月7日判決(平成29年(ネ)812号)[同事件2審]も参照。

¹⁰ 東京地裁2015(平成27)年5月15日判決(平成26年(ワ)12985号)[包装用箱事件1審]、知財高裁2016(平成28)年1月27日判決(平成27年(ネ)10077号)[同事件2審]、大阪地裁2013(平成25)年9月26日判決(平成23年(ワ)14336号)[遊技機用表示灯事件]。

¹¹ ただし、知財高裁2017(平成29)年9月27日判決(平成29年(行ケ)10048号)[建築扉用把手事件]は、上記の侵害事件の多くで述べられている類否判断基準と同様のものを述べている。

¹² 特許庁「意匠審査基準」22.1.3.1.2。

¹³ 同71.4.2.2.1。

分意匠にとって全体意匠における形態の類似に相当するものであるから、共通の要件ということが出来る。これに対して、②が定める、部分の用途・機能が同一・類似であるとの要件と、④が定める、部分の位置、大きさ、範囲が同一・当該意匠の属する分野においてありふれた範囲内のものであるとの要件は、全体意匠の類否判断ではなく、部分意匠の類否判断に特有のものである。そこで、以下では、これら2点について検討する。

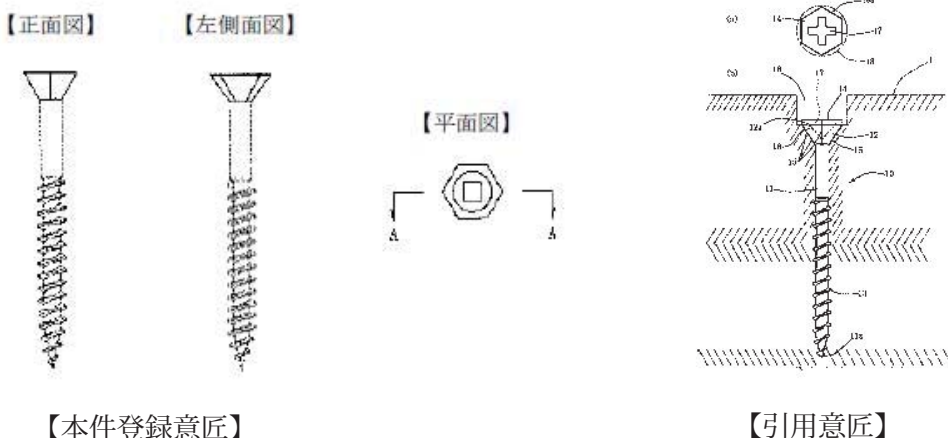
4. 部分の用途・機能について

(1) 裁判例

部分の用途・機能に関する説示を含む裁判例は、少ない。そのような裁判例として、まず、知財高裁2007（平成19）年1月31日（平成18年（行ケ）10317号）〔プーリー事件〕は、「物品全体の意匠は、『物品』の形状等の外観に関するものであり（意匠法2条1項）、一定の機能及び用途を有する『物品』を離れての意匠はあり得ないところ、『物品の部分』の形状等の外観に関する部分意匠においても同様であると解されるから、部分意匠においては、部分意匠に係る物品とともに、物品の有する機能及び用途との関係において、意匠登録を受けようとする部分がどのような機能及び用途を有するものであるかが確定されなければならない」と述べている。

また、知財高裁2008（平成20）年5月26日判決（平成19年（行ケ）10390号）〔木ねじ事件〕は、Xは、意匠に係る物品を木ねじとし、ねじの頭部を対象とする部分意匠である登録意匠（本件登録意匠）の意匠権者であり、Yが、意匠登録無効審判を請求し、本件登録意匠が、意匠に係る物品をタッピンねじとする引用意匠のこれに対応する箇所（当該部分）に類似して無効であると主張したところ、特許庁が無効審判を下したため、Xが当該審判の取消しを求めて提訴したという事案において、本件登録意匠と引用意匠の当該部分における用途・機能の共通性について、次のように述べた。

【図表-2】



「本件登録意匠はねじの頭部を対象とするものであり、引用意匠における当該部分も同じくねじの頭部である。ねじの頭部は、その上面に駆動孔が設けられている場合にはドライバ等に嵌合されて回転し、

あるいはボルトやナットの場合にはスパナ等に挟まれて回転して、ねじの締め付けや緩めに用いられる部分であって、本件登録意匠と引用意匠の当該部分はいずれもねじの頭部であるという点で用途及び機能を共通にする。さらに、本件登録意匠と引用意匠の当該部分は、いずれもその上面に駆動孔が設けられているねじの頭部であって、その点においても用途及び機能を共通にする」、「したがって、本件登録意匠と引用意匠の当該部分について、その用途及び機能に共通性があるというべきである」。

「Xは、本件登録意匠の上面に設けられた駆動孔は平面視正形状穴であるのに対し、引用意匠の当該部分の上面に設けられた駆動孔は十字状穴であって駆動穴としての機能を異にするから、本件登録意匠と引用意匠の当該部分の用途及び機能は異なると主張する」、「しかし、ねじの頭部の上面に設けられた駆動穴が平面視正形状穴であるか十字状穴であるかという点については、本件登録意匠と引用意匠の当該部分の形態の差異をあらわすものとして、両意匠の当該部分の形態を対比し全体的に観察する中で類否判断にいかなる影響を及ぼすものであるかが検討されるべき事項であって、物品の当該部分の用途及び機能が共通性を有するか否かの判断において検討されるべきものではない」、「なぜなら、物品としての共通性は、意匠同士を対比しそれぞれの物品に表された形態が取引者又は需要者にいかなる美感を与えるのかを評価判断する前提として、対比される意匠同士の物品の用途及び機能が同一又は類似であることが必要とされるものであり、上記評価判断に必要な範囲を超えて物品の用途及び機能の同一性又は類似性が要求されるならば、かえって上記評価判断を正当に行うことが妨げられてしまうからである。そして、このことは物品全体についての用途及び機能の共通性にとどまらず、物品の当該部分についての用途及び機能の共通性に関しても同様である」、「上記において検討したとおり、本件登録意匠と引用意匠とは、意匠に係る物品がそれぞれ木ねじとタッピンねじである点で物品全体としての用途及び機能を共通にし、また物品の当該部分がいずれも（その上面に駆動穴が設けられている）ねじの頭部である点で物品の当該部分についての用途及び機能を共通にするものであるところ、かかる物品（当該部分）の共通性は両意匠の形態を対比して類否判断をする前提として必要十分なものである」。

以上の2判決は新規性要件に関する審決取消訴訟のものであったが、意匠権侵害訴訟の裁判例にも部分の用途・機能に言及するものがある。東京地裁 2013（平成 25）年 4 月 19 日判決・判タ 1416 号 366 頁〔サンダル事件〕は、登録意匠（本件意匠）が意匠に係る物品「サンダル」におけるサンダル台部分の部分意匠であり、被告によるサンダル（Y 製品）の輸入・販売が意匠権の侵害となるかどうか争われた事案において、「本件意匠のサンダル台部分の用途、機能は、使用者の足を乗せる部分であって、突起部材によって使用者の足の裏を刺激するとともに、空隙部によって通気性・通水性を向上させるものである……。当該部分は、サンダル台の縦方向の中央部から前方部の両側端部に接合され、つま先部分が開口した略半筒状の甲被部とからなるサンダルの、サンダル台部分である」、「Y 製品はサンダルであり、本件意匠に係る物品『サンダル』と同一であり、Y 製品のサンダル台部分は、本件意匠の当該部分と同様の用途及び機能を有する。Y 製品のサンダル台部分の位置、大きさ、範囲等は本件意匠とほぼ同一である」と述べた。

また、東京地裁 2015（平成 27）年 5 月 15 日判決（平成 26 年（ワ）12985 号）〔包装用箱事件 1 審〕は、「意匠とは、物品（物品の部分を含む。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合（以下「形状等」ということがある。）であって、視覚を通じて美感を起ささせるもの（意匠法 2 条 1 項）であり、一定の機能及び用途を有する『物品』を離れての意匠はあり得ないところ、『物品の部分』の形状等の外観に関する部分意匠においても同様であると解されるから、部分意匠においては、部分意匠に係る物品とともに、物品の有する機能及び用途との関係において、意匠登録を受けた部分がどのような機能及び用

途を有するものであるかが、その類否判断の際には確定される必要がある」と述べた。その控訴審判決である知財高裁 2016（平成 28）年 1 月 27 日（平成 27 年（ネ）10077 号）〔包装用箱事件 2 審〕でも、「部分意匠制度は、破線で示された物品全体の形態について、同一又は類似の物品の意匠と異なるところがあっても、部分意匠に係る部分の意匠と同一又は類似の場合に、登録を受けた部分意匠を保護しようとするものであるから、部分意匠の認定において、破線で示された部分の形状等が、当該意匠を構成する一部などとして直接問題とされるべきものでない」、「しかし、……一定の機能及び用途を有する『物品』を離れての意匠はあり得ず、部分意匠においても、部分意匠に係る物品において、意匠登録を受けた部分がどのような機能及び用途を有するものであるかを、その類否判断の際に参酌すべき場合があり、また、物品全体の形態との関係における、部分意匠として意匠登録を受けた部分の位置、大きさ、範囲についても、破線などによって具体的に示された形状を参酌して定めるべき場合がある」と述べられた。

（2）検討

前に引用した「意匠審査基準」は、出願された部分意匠と公知意匠が類似となる要件として部分の用途・機能が同一・類似であることを挙げているが、その根拠を示していない。学説においては、部分の用途・機能の共通性を部分意匠の類似の要件とすることを肯定する見解と否定する見解が対立している¹⁴。

部分の用途・機能が同一・類似であることを部分意匠の類似の要件とするということは、対比される 2 つの部分意匠の部分の用途・機能が同一・類似でなければ、両部分意匠の形態が同一であっても、両部分意匠は非類似となることを意味する。このような結果が妥当かどうかは困難な問題であるが、仮に妥当ではないとして、部分の用途・機能が同一・類似であることが要件であることが否定され、部分の用途・機能が非類似であっても、両部分意匠が類似することが認められる場合があるとしても、部分の用途・機能がどのようなものであるかは、物品の用途・機能と同様に、意匠が需要者に起こさせる美感に影響を及ぼすことは否定できない。

物品の用途・機能は、物品の類否を判断する際に問題となるが、それとともに、意匠が起こさせる美感に影響を及ぼす。後者の点は、前述した意匠権侵害事件の多くの裁判例において述べられている意匠の類否判断基準において、取引者・需要者の最も注意を惹きやすい部分である意匠の要部の認定において、「意匠に係る物品の性質、用途及び使用態様」が参酌されると述べられていることから明らかである。また、「意匠審査基準」においても、次のように定められている。

「意匠には、視覚観察を行う場合に観察されやすい部分、観察されにくい部分が存在する。共通点及び差異点における形態が観察されやすい部分の形態であれば、注意を引きやすいといえる。

観察されやすい部分は、意匠に係る物品の用途（使用目的、使用状態等）及び機能、その大きさ等に基づいて、（1）意匠に係る物品が選択・購入される際に見えやすい部位か否か、（2）需要者（取引者を含む）が関心を持って観察する部位か否かを認定することにより抽出する。

¹⁴ 肯定説として、峯唯夫『ゼミナール意匠法〔第 2 版〕』（法学書院、2009 年）111 頁、五味・前掲注（7）193-197 頁、反対説として、加藤恒久『部分意匠論—意匠法の目的とその現代的展開』（尚学社、2002 年）226-227 頁。その他、この論点を検討する文献として、青木大也「部分意匠の類否に関する一考察」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（弘文堂、2013 年）190、196-199 頁、青木大也「部分意匠に係る意匠権の侵害について」パテント 68 巻 9 号（2015 年）63、67 頁、本山雅弘「判例研究：部分意匠の類否と当該部分の機能の類否」Law & Technology 74 号（2017 年）64、67-71 頁。

ただし、このようにして抽出される部分であったとしても、その形態が機能的必然性のみに基づくものであった場合には、意匠的特徴としては考慮しない¹⁵。

この点に関する裁判例として、大阪地裁 2010（平成 22）年 12 月 16 日（平成 22 年（ワ）4770 号）〔長柄鋏事件〕を紹介しよう。大阪地裁は、意匠に係る物品を「長柄鋏」とする登録意匠（本件登録意匠）の意匠権者が被告による長柄鋏の製造販売が意匠権侵害となると主張して、差止・損害賠償を請求した事案において、本件登録意匠の要部に関して、長柄鋏の性質、用途、使用態様等を考慮して、次のように述べた。「本件登録意匠に係る物品である長柄鋏は、枝の剪定作業等を行うためのものであり、柄を長くしたことにより、脚立等を使用せずに、高所等手の届きにくい箇所の剪定作業等を可能にする実用品である」、「そして、需要者は、長柄鋏を使用する際、すなわち剪定作業等をする際には、長柄鋏の刃を剪定しようとする枝の方向に近づけて剪定するのであるから、必然的に長柄鋏の刃の部分に注目することになる。また、需要者が長柄鋏を購入する際には、どの程度の太さの枝が剪定できるか、またどの程度の高さにある枝が剪定できるかを考慮するものと考えられるから、需要者は刃部の形状や長柄鋏全体の長さに注目すると考えられる」、「また、柄部は、需要者が実際に枝を剪定する際に両手で握持して力を加える部分であり、その長さによって、持ち易さや剪定の際に必要な力の強さが異なってくるものである。そうすると、需要者が長柄鋏を購入する際には、柄部の形状や、同部が長柄鋏全体に占める長さの割合にも注目すると考えられる」。

このように物品の用途・機能が需要者によって観察されやすい部分、ひいては意匠が起こさせる美感に影響を与えることから、意匠の要部の認定に際して物品の用途・機能が考慮されなければならない。そして、部分意匠においては、全体意匠における物品の用途・機能と同様に、意匠の要部の認定に際して部分の用途・機能を考慮する必要がある。この考え方は、あくまで意匠が起こさせる美感を問題とするものであり、部分の用途・機能が同一・類似であることを要件とするものではない。部分の用途・機能は美感の共通性の判断における考慮要素であり、部分の用途・機能が相違することによって意匠が起こさせる美感が異なり、その結果、意匠が非類似となる場合は少なくないであろうが、部分の用途・機能が相違していても、意匠が起こさせる美感が共通している場合には、意匠の類似性が肯定されることになる。

この考え方に照らして上記の裁判例を眺めれば、裁判例が、部分の用途・機能がどのようなものであるかを部分意匠の類似の要件として位置づけているのか、あるいは考慮要素として位置づけているのかは明らかではない。ただし、木ねじ事件判決は、部分の用途・機能の共通性を部分意匠の類似の要件と捉えているように思われる。その共通性は、意匠が需要者にいかなる美感を与えるのかを評価判断する前提として必要とされており、概括的に判断されるものではあるが、そのようなものとしてでも部分意匠の類似の要件として設定すべきであるかどうかは、部分の用途・機能の共通性と同趣旨のものとしてされる物品の共通性が意匠の類似の要件として維持されるべきかどうかという問題との関わり合いの中で検討されることが適切であると思われる。

¹⁵ 特許庁「意匠審査基準」22.1.3.1.2(4)(i)(c)。

5. 部分の位置、大きさ、範囲について

(1) 裁判例

部分の位置、大きさ、範囲（以下「部分の位置等」という）に関する説示を含む裁判例も、多くない。知財高裁 2007（平成 19）年 1 月 31 日（平成 18 年（行ケ）10317 号）〔プーリー事件〕は、部分の用途・機能とともに、次のように、部分の位置等についても論じている。「部分意匠の類否の判断に当たっては、意匠登録を受けようとする部分の形状等と、同部分と位置等が大きく異なる部分についての形状等は、仮に、それらの形状等自体が共通又は類似していたとしても、美感上、看者に与える印象が異なる場合もあるから、意匠登録を受けようとする部分とそれに相当する部分が、物品全体の形態との関係において、どこに位置し、どのような大きさを有し、全体に対しどのような割合を占める大きさであるか（「位置等」）についての差異の有無を検討する必要がある」、「もっとも、部分意匠制度は、破線で示された物品全体の形態について、同一又は類似の物品の意匠と異なるところがあっても、部分意匠に係る部分の意匠と同一又は類似の場合に、登録を受けた部分意匠を保護しようとするものであることに照らせば、類否判断において、意匠登録に係る部分とそれに相当する部分の位置等の差異を考慮するに当たっては、上記部分意匠制度の趣旨を没却することがないようにしなければならない。破線部の形状等や部分意匠の内容等に照らし、通常考え得る範囲での位置等の変更など、予定されていると解釈し得る位置等の差異は、類否判断に影響を及ぼすものではない」。

意匠権侵害訴訟の裁判例である知財高裁 2011（平成 23）年 3 月 28 日（平成 22 年（ネ）10014 号）〔マンホール蓋用受枠事件 2 審〕も、「部分意匠制度は、独創的な創作がなされた物品の部分に係る意匠を保護する必要性から立法されたものである（意匠法 2 条 1 項参照）が、部分といっても、あくまでベースとなった物品の形状全体との関係における部分であるから、部分意匠の形態のみならず、物品全体の位置、大きさを勘案しながら部分意匠の類似の範囲を判断すべきである」と述べている。

また、東京地裁 2015（平成 27）年 5 月 15 日判決（平成 26 年（ワ）12985 号）〔包装用箱事件 1 審〕は、「部分意匠は、物品の部分であり、意匠登録を受けた部分だけで完結しないから、破線によって示された形状等は、それ自体は意匠を構成するものではないとしても、意匠登録を受けた部分がどのような用途及び機能を有するといえるものであるかを定めるとともに、その位置等を事実上画する機能を有するものであるというべきで、意匠登録を受けた部分の機能及び用途を確定するに当たっては、破線によって具体的に示された形状等を参酌して定めるほかはない」、「もっとも、部分意匠制度は、破線で示された物品全体の形態について、同一又は類似の物品の意匠と異なるところがあっても、部分意匠に係る部分の意匠と同一又は類似の場合に、登録を受けた部分意匠を保護しようとするものであることに照らせば、部分意匠の類否判断において、意匠登録に係る部分とそれに相当する部分の位置等の差異については、上記部分意匠制度の趣旨を没却することがないようにしなければならず、破線部の形状等や部分意匠の内容等に照らし、通常考え得る範囲での位置等の変更など、予定されていると解釈し得る位置等の差異は、部分意匠の類否判断に影響を及ぼすものではない（知財高裁平成 18 年（行ケ）10317 号平成 19 年 1 月 31 日判決参照）」と述べた。その控訴審判決である知財高裁 2016（平成 28）年 1 月 27 日（平成 27 年（ネ）10077 号）〔包装用箱事件 2 審〕でも、前に引用したように、「一定の機能及び用途を有する『物品』を離れての意匠はあり得ず、部分意匠においても、部分意匠に係る物品において、意匠登録を受けた部分がどのような機能及び用途を有するものであるかを、その類否判断の際に参酌すべき場合

があり、また、物品全体の形態との関係における、部分意匠として意匠登録を受けた部分の位置、大きさ、範囲についても、破線などによって具体的に示された形状を参酌して定めるべき場合がある」と述べられた。

(2) 検討

学説においては、部分意匠の部分形態が利用されていれば、部分の位置等に違いがあっても、類似性が肯定されるとする独立説¹⁶と、部分意匠の部分形態のみならず、部分の位置等も考慮されて、その違いによって類似性が否定されることがあるとする要部説¹⁷が対立している¹⁸。

上述したように、裁判例には部分意匠の類否判断において部分の位置等が考慮されることを認めるものはあるが、考慮されることを否定するものは存在しない。實際上、プーリー事件判決が指摘するように、部分形態自体は同一・類似であっても、部分の位置等が異なれば、需要者に異なる美感を起こさせる場合があると思われる。そのため、独立説を採用するならば、出願意匠が公知意匠とは部分の位置等が異なるために需要者に異なる美感を起こさせるものであっても、新規性要件を満たさず、保護されない結果となり、これにより意匠の創作活動が抑制されるおそれがある。また、独立説においては、部分の位置等を無視して類否判断を行うこととなるが、そのような判断は不自然であり、本来的に容易ではないであろう。

したがって、部分の位置等を考慮して、部分意匠の類否判断を行うことが適切である。ただし、部分の位置等が一定程度異なっても、部分形態が酷似していれば、意匠が及ぼす美感が共通して類似性が肯定されるが、部分形態に多くの相違点があれば、美感が異なって類似性が否定されるような場合が考えられる。そのため、部分の位置等は、裁判例においてはどのように位置づけられているかは明瞭ではないが、部分の用途・機能と同様に、美感の共通性の判断における考慮要素であり、部分の位置等が同一・当該意匠の属する分野においてありふれた範囲内のものであることが意匠の類似の要件ではないと解すべきである。

¹⁶ 佐藤恵太「部分意匠の権利範囲に関する覚書」牧野利秋判事退官記念論文集『知的財産法と現代社会』（信山社、1999年）689、693頁、岩坪哲「部分意匠（効力範囲・損害賠償）」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ』（青林書院、2014年）165、174頁。

¹⁷ 吉原省三「部分意匠の問題点」牧野利秋判事退官記念論文集『知的財産法と現代社会』（信山社、1999年）109、117頁、田村善之『知的財産法〔第5版〕』（有斐閣、2010年）375-376頁、峯・前掲注（14）112頁、加藤・前掲注（14）228頁。

¹⁸ また、青木博通『知的財産権としてのブランドとデザイン』（有斐閣、2007年）283頁は、①部分自体に創作的寄与が認められる部分意匠については、登録部分意匠の位置等が相手方意匠と異なっても、美感への影響が少ないため、類似関係が成立する、②位置等に創作的寄与が認められる部分意匠については、登録部分意匠が全体において占める位置がそれに対応する相手方意匠の部分の位置と異なる場合には、類似関係が否定される傾向が高くなる、と述べる。

II. 部分意匠と全体意匠—その関係について

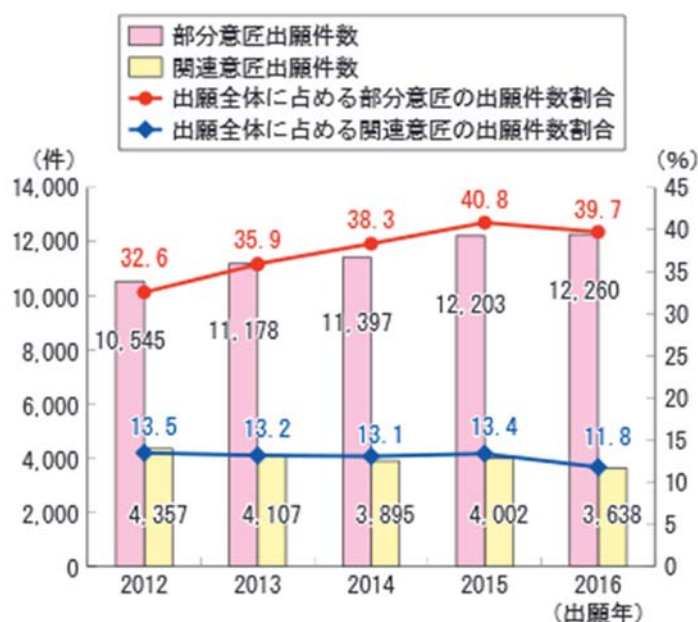
大阪大学 青木 大也 准教授

1. はじめに

1998年に日本意匠法に部分意匠制度が導入されてから、20年ほどが経過した。その間、意匠登録出願全体に占める部分意匠に係る出願は4割程度にまで至っており、意匠登録出願全体は3万件前後で留まっているものの、その中では比較的活用されている制度と評価することができるだろう。

【図-1】¹

1-1-65図
部分意匠、関連意匠の出願件数及び
出願件数割合の推移



(資料)特許庁作成

もっとも、部分意匠制度の日本意匠法への導入の方法としては、「この法律で「意匠」とは、物品（物品の部分を含む。第八条を除き、以下同じ。）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起こさせるものをいう」（日本意匠法2条1項）という一文言があるのみであり、他に日本意匠法において部分意匠制度に言及する条文は存在しない。したがって、部分意匠制度の運用については、多くの面で、既存の日本意匠法の条文に関する解釈に委ねられることとなった。もっとも、部分意匠制度の導入にあたっては、「独創的で特徴ある部分を取り入れつつ意匠全体で侵害を避ける巧妙な模倣が増加し、十分にその投資を保護することができないものとなっていたことから、物品の部分に係る意匠も保護対象となるように改正したものである」という趣旨が述べられており²、この点を重視

¹ 特許庁行政年次報告書 2017年版 23頁。

² 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第20版〕』（発明推進協会、2017年）1153頁。

しつつ、一方で既存の意匠法における各規定の趣旨をも尊重した形での法解釈論が求められていると言えよう。

一方、中国では、現在検討中の第四次専利法改正において、部分意匠制度の導入が議論されているとのことである。またその導入の方法としては、日本意匠法と概ね同様に、「外観設計とは、製品の全体又は部分の形状……」との文言が、たたき台として提示されているとのことである。したがって、日本意匠法における部分意匠制度の解釈・運用が、中国意匠法の検討に資する余地があると考えられる。

言うまでもなく、日本意匠法における部分意匠をめぐる最大の論点は、意匠の「類似」に関する問題であり、この点は、仮に中国意匠法に部分意匠制度が導入された場合も変わらないであろう。この点については、本報告書の茶園成樹教授による論考を参考されたい。

一方本稿は、日中共同研究を進めるにあたり、日本意匠法における部分意匠と全体意匠³の関係を整理し、また必要な検討を加えることで、日本意匠法、中国意匠法の双方に資する知見を提供することを目的とする。部分意匠制度を導入すれば、既存の、あるいは今後意匠登録出願の対象となる全体意匠との関係を整理する必要が生じるためである。これは、実体審査を行う日本意匠法のみならず、無審査主義を採用する中国意匠法においても変わらないことであろう。さらに、意匠登録を受けた部分意匠に係る意匠権を行使しようとする場合、被疑侵害意匠は、通常全体意匠が想定される。その意味で、意匠登録を受けた部分意匠と、被疑侵害意匠（である全体意匠）との関係にも留意する必要がある。

以下では大きく、部分意匠に係る意匠登録出願の審査の場面（同要件のもとで展開される無効審判に係る場面を含む）と、部分意匠に係る意匠権の権利行使の場面の2点について、検討を加えることとしたい。

なお、部分意匠制度に関連して、筆者は既に2つの論考を公表している⁴。本稿は先の2つの論考を整理し、また若干の派生的問題について言及するものと位置付けられる。

2. 部分意匠と全体意匠—審査の場面において

（1）新規性

新規性は日本意匠法3条1項に規定されており、意匠登録出願時において、公知意匠と同一又は類似の意匠について、意匠登録を受けることができないとされている。そのような意匠に係る意匠登録出願は拒絶査定を受ける（日本意匠法17条1号）。

新規性が意匠登録要件とされている趣旨は、新規性のない意匠に意匠権を与えて保護し、創作を奨励する必要がないこと、及び、新規性のない意匠を保護すると第三者に悪影響が及ぶことが挙げられる⁵。この点は、全体意匠であれ、部分意匠であれ変わらないであろう。問題は、どのような場合に意匠登録出願に係る意匠が公知と評価されるのか、ということである。

なお、以下では、全体意匠に係る物品と部分意匠に係る物品は、断りのない限り同一又は類似のもの

³ 日本意匠法においては、全体意匠という単語は存在しないが、ここでは部分意匠ではない意匠を指すものとする（ただし組物の意匠については特殊な論点が存在すると考えられることから、ここでは扱わない）。

⁴ 青木大也「部分意匠の類否に関する一考察」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（弘文堂、2013年）190頁、及び同「部分意匠に係る意匠権の侵害について」パテント68巻9号63頁（2015年）。

⁵ 茶園成樹編『意匠法』（有斐閣、2012年）62頁〔松本尚子〕参照。

とする⁶。

(i) 部分意匠に係る意匠登録出願がされた場合であって、当該部分を含む全体意匠が既に公知であった場合

出願された部分意匠において、意匠登録を受けようとする部分と同一又は類似のものが、既に公知の全体意匠に含まれている場合、当該部分については、公知になっていると評価されよう。そのため、部分意匠に係る意匠登録出願は拒絶されることになる。意匠審査基準においても、「部分意匠が、公知の意匠に該当するか否かの判断を行い得るためには、公知の意匠の中に、原則的に、部分意匠の意匠登録出願の「意匠登録を受けようとする部分」の全体の形態が開示されていなければならない」としたうえで、通常の全体意匠等と同様の扱いをすとしている⁷。

なお、異なる物品において意匠登録を受けようとする部分（の形態）が公知である場合、意匠の類似は否定されることとなると考えられるが、その場合についても、創作非容易性の要件（日本意匠法3条2項）が別途問題となろう。

(ii) 部分意匠に係る意匠登録出願（後願）がされた場合であって、先にその意匠登録を受けようとする部分を含む全体意匠に係る意匠登録出願（先願）がされており、後にその全体意匠が意匠登録を受けた場合

日本意匠法には出願公開制度がなく、原則として意匠登録を受けた意匠のみが、意匠公報に掲載され、公知となる仕組みを採用している。そのため、(ii)で指摘した場合には、後願部分意匠については、その意匠登録時において、いまだ先願全体意匠との関係で公知とは評価されないことになる。

しかし、先願全体意匠は意匠登録を受け次第、意匠公報によって公知となることから、その際に後願部分意匠の意匠登録を受けようとする部分も公知となる。そのため、後願部分意匠はいずれ公知になる意匠に過ぎないことになり、意匠登録を認めなくともよいと評価できる。また、仮にこのような場合に後願部分意匠に意匠登録を認めると、先願全体意匠と後願部分意匠の双方に権利が生じることとなってしまい、権利関係の錯綜を招くことになってしまう。そのため、日本意匠法3条の2では、このような後願について、拒絶するものとしている（準公知・拡大先願）⁸。

したがって、先願全体意匠がまだ公知になっていない段階であっても、後願部分意匠は意匠登録を受けることができないことになる⁹。

⁶ 物品の類似をめぐっては、最判昭和49年3月19日民集28巻2号308頁〔可撓性伸縮ホース〕を踏まえて、一般的に、意匠の類似については物品の類似を要件とするとの理解が一般的である。物品の類似については、青木大也「意匠法における物品の類似性について」論究ジュリスト7号166頁（2013年）、及び、同「意匠の類似と物品の類似—知的財産権の範囲と物品等の意義」日本工業所有権法学会年報40号19頁（2017年）を参照。

⁷ 意匠審査基準71.4.2.1。

⁸ 茶園・前掲注（5）82-83頁〔松本尚子〕。なお、まだ公知ではない先願意匠について、登録を条件に出願時に公知となったような扱いをするという意味で、準公知と呼称される。また先願の範囲について、同一又は類似の物品に係る全体意匠同士のみならず、先願の一部を構成する部分意匠や、先願全体意匠の一部を構成する（異なる物品である）部品の意匠を拒絶するという点で、拡大先願とも呼称される。

⁹ 意匠審査基準71.4.4参照。

(iii) 部分意匠が公知である場合であって、その意匠登録を受けようとする部分を含む全体意匠に係る意匠登録出願がされた場合

(i) とは逆に、部分意匠が公知である場合に¹⁰、当該部分を含む全体意匠に係る意匠登録出願がなされた場合はどうか。この場合、部分意匠であっても、意匠登録を受けようとする部分（実線で描かれた部分）と、それ以外の部分（破線で描かれた部分）を合わせて、そこで表現されている意匠が引用される公知意匠となろう。新規性の判断にあたっては、その表現の仕方が何であれ、意匠が対比可能な程度に表現されたものが公知となれば十分だからである¹¹。その意味で、引用例となる意匠が部分意匠であるか全体意匠であるかという区別自体に意味はないと思われる。ただし、部分意匠の場合、破線部分の描写は十分具体的とはいえない可能性もあり、その点には留意が必要である¹²。

なお、部分意匠に係る意匠登録出願が先願である場合に、後願全体意匠について(ii)で検討したような日本意匠法3条の2の適用があるかという点が一応問題となり得るが、条文上先願意匠の「一部と同一又は類似である」意匠を拒絶するとされていることから、否定的に解されている。

(2) 先願主義

(i) 先願主義の趣旨

日本意匠法は意匠登録要件として、先願主義を定めている（日本意匠法9条）。先願主義を採用する趣旨については、排他的独占権である意匠権の成立を、同一又は類似の範囲において2つ以上認めてしまうことを避けるためとされている¹³。

意匠登録を受けようとする部分を共通にする2つの部分意匠に係る意匠登録出願があった場合、先述の先願主義にしたがい、先願に係る部分意匠のみが登録を受けることができる（後願に係る意匠登録出願は拒絶される）。

一方、部分意匠に相当する部分を含む全体意匠との関係については、別論となる。全体意匠に係る意匠権と部分意匠に係る意匠権は、異なる権利範囲を持つものとなる場合が考えられるためである。このうち、全体意匠が先願となる場合については、準公知（拡大先願）により処理されることは、既に述べたとおりである。以下では、部分意匠が先願である場合の取扱いについて検討する（なお、同日出願の場合は措く）。

(ii) 先願主義の適用はあるか

意匠審査基準では、「意匠法第9条第1項又は第2項の規定は、全体意匠の意匠登録出願同士又は部分意匠の意匠登録出願同士、すなわち、意匠登録を受けようとする方法及び対象が同じ意匠登録出願同士においてその適用について判断する。したがって、例えば、先に部分意匠の意匠登録出願がされ、後日に全体意匠の意匠登録出願がされたとき、あるいは同日に全体意匠の意匠登録出願と部分意匠の意匠登録出願がされたときは、仮にそれぞれの意匠登録出願の願書の「意匠に係る物品」の欄に記載された物品の区分が同一であっても、全体意匠の意匠登録出願と部分意匠の意匠登録出願とは、いずれの場合

¹⁰ 例えば、意匠登録を受けた部分意匠が、意匠公報に掲載された場合等が考えられる。

¹¹ 意匠審査基準 22.1.2.6 (1) ③参照。

¹² 同上。

¹³ 茶園・前掲注5) 90頁〔松本尚子〕。

も意匠法第9条第1項又は第2項の規定の適用については判断しない」とされており¹⁴、全体意匠と部分意匠との関係で、当該意匠に係る意匠登録出願は、先後願の関係には立たないこととされている。したがって、部分意匠が先願で、全体意匠が後願である場合、後願全体意匠は日本意匠法9条によって拒絶されることはなく、双方の意匠が意匠登録を受けられることとなる。

しかし、日本意匠法において、全体意匠と部分意匠との間で「意匠登録を受けようする方法及び対象」を条件とするような条文は存在しておらず、あまり説得的な説明にはなっていない¹⁵。また、先願部分意匠における意匠登録を受けようとする部分に相当する部分以外に特徴のない後願全体意匠について、意匠登録を認める意義は認められないように思われる。すなわち、後願全体意匠は、先願部分意匠に相当する部分以外に特徴がない以上、後願全体意匠の要部¹⁶は、通常は先願部分意匠に相当する部分に尽きると思われ、結果として、仮に後願全体意匠が登録されたとしても、通常は先願部分意匠に係る意匠権と同様の権利範囲を有する意匠権を発生させることになるものと考えられる¹⁷。これは先願主義の趣旨に反する。また実質的にも、後願全体意匠は、先願部分意匠（によって公開された意匠）以上に、社会に裨益するものではないことから、その保護の必要性はないと考えられる。

以上から、先願部分意匠と後願先願意匠との関係でも先願主義は適用されると考えるべきであり、そのうえで、後願全体意匠において、先願部分意匠に相当する部分以外に特徴があるか否かによって区別して検討することが適切であると考えられる。すなわち、それ以外に特徴がない場合には、先願部分意匠と類似するとして後願全体意匠に係る意匠登録出願を拒絶し、それ以外に特徴がある場合には、先願部分意匠と類似しないとして、後願全体意匠にも登録を認めることが考えられる¹⁸。

その判断の方法としては、先願部分意匠の意匠登録を受けようとする部分以外の部分（破線部）を、当該物品に係る仮想的な公知意匠として設定し、後願全体意匠と比較することで判断すればよいと考えられる¹⁹。

¹⁴ 意匠審査基準 61.1.1。

¹⁵ 加藤恒久「部分意匠の性格と問題点」パテント 53 巻 6 号 29 頁、35 頁（2000 年）。

¹⁶ 通常、要部とは意匠権侵害訴訟において言及されるものであり、「意匠の類否を判断するに当たっては、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途、使用態様、さらに公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、取引者・需要者の最も注意を惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、登録意匠と相手方意匠が、意匠の要部において構成態様を共通しているか否かを観察することが必要である」とされている（例えば、知財高判平成 23 年 3 月 28 日平成 22 年（ネ）10014 号 [マンホール蓋用受枠]）。一方、日本意匠法 3 条 1 項 3 号の新規性に関する審査では「「意匠登録を受けようとする部分」と公知の意匠における「意匠登録を受けようとする部分」に相当する箇所のそれぞれの全体の形態及び各部の形態について共通点及び差異点を認定」する等したうえで、類否判断を行うとされており（意匠審査基準 71.4.2.2.1）、必ずしも要部の認定が行われているわけではないものの、両者は同様のものと理解されている（全体意匠の場合について、茶園・前掲注（5）106 頁 [茶園成樹] 参照）。なお、近時の裁判例で、上記要部に係る判断を無効不成立審決取消訴訟において採用したものと、知財高判平成 29 年 9 月 27 日平成 29 年（行ケ）10048 号 [建築扉用把手] が挙げられる。

¹⁷ 裏から説明したものとして、青木・前掲注（4）「部分意匠に係る意匠権の侵害について」65 頁参照。

¹⁸ 青木・前掲注（4）「部分意匠に係る意匠権の侵害について」65 頁参照。この場面では、登録された二つの意匠の権利範囲が異なる（後願全体意匠の要部が、先願部分意匠の意匠登録を受けようとする部分に相当する部分以外にも認められる）ことが想定されている。

¹⁹ 田村善之『知的財産法 [第 5 版]』（有斐閣、2010 年）376 頁参照。ただし、実体審査を行う日本意匠法の運用にあっては、従前の一切判断しない運用と比較して、審査の負担は増すことになる。青木・前掲注（4）「部分意匠の類否に関する一考察」210 頁も参照。

(iii) 併存する権利の調整—後願全体意匠について

①後願全体意匠に係る意匠権者の実施

(ii) で述べたように、部分意匠に係る意匠権と、部分意匠の意匠登録を受けようとする部分に相当する部分を含む全体意匠に係る意匠権が併存する余地がある。2つの意匠権が併存すること自体は、(ii) で検討したように適法な状況である。例えば第三者が無断で後願全体意匠と同一の意匠の実施をした場合、後願全体意匠に係る意匠権侵害が成立することは明らかであるし、同時に、先願部分意匠に係る意匠権侵害も成立することになる。どちらの権利者も、当該第三者に対して、差止請求権（日本意匠法 37 条 1 項）や損害賠償請求権（日本民法 709 条）を行使することができる。

もっとも、併存する意匠権者同士の関係については、別に議論する必要がある。まず後願全体意匠に係る意匠権者は、自己の登録意匠である全体意匠（と同一又は類似の意匠）の実施をすることができるか、問題となる。自己の登録意匠である全体意匠の実施をしようとする、先願の部分意匠に係る意匠権を侵害してしまう可能性があるためである²⁰。

この点については、意匠権の本質として、いわゆる専用権（意匠権の本質が、独占的に意匠の実施をすることができる権利であるとの考え方）と排他権（意匠権の本質が、他人の意匠の実施を排除する権利であるとの考え方）をめぐる議論が影響するものと考えられる²¹。専用権説に立つ場合、全体意匠に係る意匠登録を受け、意匠権を取得した意匠権者は、当該全体意匠の実施をすることができる権利を与えられたと考えられることから、（後述の利用関係の問題を度外視すれば）先願部分意匠に係る意匠権との関係を気にせず、自己の全体意匠の実施をすることができることになりそうである。一方、排他権説に立つ場合、後願全体意匠に係る意匠権者が取得した意匠権は、あくまで第三者が当該意匠の実施を勝手に行うことを阻止することができるだけで、当該意匠権者がその後願全体意匠の実施をすることまでは保障されていないことになる。そうすると、自己の全体意匠の実施をすると先願部分意匠に係る意匠権侵害となることから、後願全体意匠に係る意匠権者は、たとえ自己の登録意匠であっても、先願部分意匠に係る意匠権者の許諾がない限り、その後願全体意匠の実施をすることができない、ということになる。

もっとも、仮に専用権説に立つとしても、更に利用関係（日本意匠法 26 条）の成否という観点からの議論が必要である。すなわち、後願全体意匠が、先願部分意匠を利用するものと整理すると、日本意匠法 26 条により²²、後願全体意匠に係る意匠権者は、先願部分意匠に係る意匠権者の許諾を得ない限り、自己の全体意匠の実施をすることができないこととなる。意匠同士での利用関係については、「ある意匠がその構成要素中に他の登録意匠又はこれに類似する意匠の全部を、その特徴を破壊することなく、他の構成要素と区別しうる態様において包含し、この部分と他の構成要素との結合により全体としては他の登録意匠とは非類似の一個の意匠をなしているが、この意匠を実施すると必然的に他の登録意匠を実施する関係にある場合をいう」とされている²³。日本意匠法 26 条は、利用される側の登録意匠に係る

²⁰ もちろん、先願部分意匠の意匠登録を受けようとする部分に相当する部分を変更したもので、かつ自己の登録意匠の類似する意匠を実施する分には問題ない。自己の全体意匠を実施しようとする、先願部分意匠に係る実施を伴ってしまう場合を検討するものである。

²¹ 茶園・前掲注(5) 224 頁〔茶園成樹〕参照。もっとも、同頁では、特許法の議論においては、排他権説が通説であるとされている。なお、裁判例においては、専用権説を念頭に置いた判示を行ったものがみられる（東京地判昭和 54 年 3 月 12 日無体集 11 卷 1 号 134 頁〔手袋〕）。

²² なお日本意匠法 26 条は、他人の特許権等との関係でも利用関係を規定するが、ここでは措く。

²³ 大阪地判昭和 46 年 12 月 22 日無体集 3 卷 2 号 414 頁〔学習机〕。

意匠権と、利用する側の登録意匠に係る意匠権を調整するために、(少なくとも)後願の意匠権者の実施を封ずる旨を定めた規定と解される。例えば、先願の部品の意匠と、それを(外観から把握できる形で)取り入れる後願の完成品の意匠との間で問題とされるのが典型であり、この場合、後願の完成品の意匠に係る意匠権者は、その完成品の意匠の実施をする場合、意匠登録を受けていても、先願の部品の意匠に係る意匠権者の許諾を得なければ、その実施をすることができないことになる。この利用関係の趣旨からすると、日本意匠法 26 条を、先願部分意匠に係る意匠権と、後願全体意匠に係る意匠権の調整規定として用いることが考えられる²⁴。部分意匠の保護を志向した改正法の趣旨からしても、意匠登録を受けようとする部分に相当する部分を含む後願全体意匠にあっては、たとえ意匠登録を受けたものであっても、その実施をするには、(ひとまずは)先願部分意匠に係る意匠権者の許諾が必要であるとの調整を施すべきであろう。したがって、専用権説に立ったとしても、日本意匠法 26 条の適用を認めることで、後願全体意匠に係る意匠権者は、先願部分意匠に係る意匠権者の許諾を受けなければ、自己の全体意匠の実施をすることができないと解するべきであるように思われる。

なお、条文の適用にあたっては、排他権説に立ったとしても、(確認的であれ)日本意匠法 26 条の適用があるものと解するべきであろう(次の②の論点に係る)。

② 裁定実施権の成否

①で述べたように、排他権説と専用権説のいずれの立場に立っても、後願全体意匠に係る意匠権者が自己の登録意匠の実施をするには、先願部分意匠に係る意匠権者の許諾が必要となる。

しかし、(ii)で述べたように、後願全体意匠は、先願部分意匠とは異なる特徴を有するがゆえに、先願部分意匠とは別に意匠登録が認められたものである。とすると、そのような先願部分意匠にはない特徴を有する意匠が新たに社会に提供されることは、望ましいものと評価されよう。

そこで、日本意匠法 33 条の定める裁定実施制度²⁵の適用を認めて、後願の全体意匠権者が先願に係る部分意匠の実施権を取得し、自己の全体意匠の実施をできるようにするべきかということが問題となる。裁定実施制度は、日本意匠法においては 26 条、つまり利用関係が成立する場合にのみ認められる。まず後願の意匠権者(利用する側)は、先願の意匠権者(利用される側)に対して、その先願意匠権に係る許諾について協議を求めることができる(日本意匠法 33 条 1 項)。そのうえで、協議が成立しない、あるいは協議をすることができないときに、後願の意匠権者は、特許庁長官に裁定を請求することができる(日本意匠法 33 条 3 項)。そこで通常実施権を設定すべき旨の裁定を受けることができれば、その内容で当事者間の協議が成立したものとみなされ(日本意匠法 33 条 7 項が準用する日本特許法 87 条 2 項)、後願の意匠権者はその意匠の実施をすることができるようになる。

先に①で述べたように、専用権説においては 26 条の適用を認めており、また排他権説においても、26 条に係る関係を否定する事情はないことから、26 条の適用を受けると解することが可能である。その上

²⁴ 茶園成樹「利用関係による意匠権侵害について」DESIGN PROTECT103 号 10 頁、16 頁(2014 年)。ただし当該論文は、部分意匠に係る利用関係について、主に後述の裁定実施権(日本意匠法 33 条)の適否を主眼に置いて検討しているものであり、本文における専用権と利用関係に係る文脈でこれを指摘するものではない。利用関係を肯定するものとして、吉原省三「部分意匠の問題点」牧野利秋判事退官記念論文集『知的財産法と現代社会』(信山社、1999 年)109 頁、119 頁、藤本昇「意匠の使用態様と意匠の利用の成否論」三枝英二先生・小谷悦司先生還暦記念『判例意匠法』(発明協会、1999 年)403 頁、413 頁、三山峻司=松村信夫『実務解説知的財産権訴訟』(法律文化社、2005 年)252 頁、末吉互『新版意匠法〔第 3 版〕』(中央経済社、2017 年)8 頁、梅澤修「意匠法の問題圏第 8 回—保護対象 V：部分意匠②」DESIGN PROTECT102 号 13 頁、19 頁(2014 年)等がある。

²⁵ いわゆる強制許諾と呼ばれる制度の一種と言える。

で、先に述べた後願全体意匠の社会への提供を促進する観点からすると、上記の裁定実施制度を利用できるとすることが好ましいものと考えられる²⁶。

この点、上記の裁定実施制度を採用した場合、後願全体意匠に係る意匠権者からみると、(意匠登録を受けるまで出願意匠は非公開であるし、意匠登録要件等の関係でも、意図的に行うことはあまりないと思われるが)先願部分意匠に相当する部分を含みつつ、ほかに特徴のある全体意匠を創作・出願することで、後願全体意匠について意匠登録を受け、そのうえで先願部分意匠に係る裁定実施権を取得し、先願部分意匠を(先願部分意匠に係る意匠権者の意に反してでも)実施することができることになる。そうすると、先願部分意匠の保護に欠けるのではないかとの批判も考えられる。しかし、先に述べたように、先願部分意匠に係る意匠登録を受けようとする部分以外の特徴を創作・活用することについても促進する必要がある。また、先願部分意匠に係る意匠権者に対する影響については、日本意匠法 33 条 5 項において、先願意匠権者の利益を不当に害する場合には、通常実施権を設定すべき旨の裁定をすることができないと定められており、裁定を認めるか否かの判断にあたって、考慮が可能である。加えて、先願部分意匠に係る意匠権者が後願全体意匠に係る意匠権者から協議を求められた場合に、対抗して、先願部分意匠に係る意匠権者が、後願全体意匠について、後願意匠権者にその実施を許諾するよう協議を求めることができ、不調等の場合には、同様に裁定を求めることができる制度も用意されている(クロスライセンスについての協議・裁定請求、日本意匠法 33 条 2 項・4 項)。これらのことからすると、少なくとも、後願全体意匠に係る裁定実施を一律に否定する理由はないように思われる。

(iv) 併存する権利の調整—先願部分意匠について

(iii) では、登録を受けた後願全体意匠について、先願部分意匠との関係でどのように取り扱われるのかについて検討した。すなわち、後願全体意匠に係る意匠権者は、裁定実施の余地はあるものの、原則としてその実施には、先願部分意匠に係る意匠権者の許諾が必要であるというものであった。

一方で、登録を受けた先願部分意匠に係る意匠権者は、後願全体意匠を実施することができるか、別途問題となる。

この点については、先に述べた専用権説と排他権説の議論が、部分意匠の場合についても応用できるものと考えられる。

すなわち、排他権説に立てば、先願部分意匠に係る意匠権についても、あくまで他人の意匠の実施を排除する権利に過ぎないことになる。そうすると、たとえ自己の部分意匠が含まれる後願の意匠であっても、その意匠の実施をすることは保障されておらず、後願全体意匠に係る意匠権の侵害となることになるだろう。

一方、専用権説に立つ場合、そもそも部分意匠に係る意匠権の専用権がどの範囲に及ぶのかを検討する必要があるだろう。この点、(物品による限定はあるものの)意匠登録を受けようとする部分を含むあらゆる意匠について専用権を有すると考えることも、一応は可能であろう。しかしそれを認めると、以降の当該部分を含む後願全体意匠についてすべて実施することが可能となり、例えば市場で好まれそうな後願全体意匠を、つまみ食いのように実施することを認める結果となる。これはあまりに先願部分意匠に係る意匠権者を有利に扱うものと言わざるを得ないように思われる。(ii) で述べたことを敷衍す

²⁶ 茶園・前掲注(24) 16 頁。また、満田重昭=松尾和子『注解意匠法』(青林書院、2010 年) 450 頁〔櫻木信義〕では、日本意匠法 33 条に関する解説において、「平成 10 年改正により部分意匠制度(2 条 1 項ほか)が採用され……たことに伴って、利用関係の生ずる場面は増加することになる」と指摘される。

れば、仮に部分意匠について専用権を認めるとしても、意匠登録を受けようとする部分以外の部分（破線部）については、公知意匠を仮定した意匠と考えた上で、専用権を付与すべきものと考えられる。したがって、意匠登録を受けられるような（すなわち、意匠登録を受けようとする部分以外の部分に特徴のあるような）後願全体意匠については、先願部分意匠に係る意匠権者の専用権は及んでいないものと解されるように思われる。

3. 部分意匠と全体意匠—侵害の場面において

（1）部分意匠に係る意匠権の侵害

2. では審査の場面における部分意匠と全体意匠の関係を整理・検討してきたが、部分意匠について意匠登録を受けた場合には、さらにその意匠権の行使についても検討する必要がある。本稿の目的が部分意匠と全体意匠との関係を検討することであるところ、被疑侵害意匠は（少なくとも今は）現実の製品に係る全体意匠であると考えられるためである。もっとも、部分意匠に係る意匠権の侵害を検討する場合、部分意匠の類似をどのように考えるかという点が最も重要であり、これによってほとんど議論が尽きるものと考えられる。

そこで以下では、部分意匠に係る意匠権の侵害に際して、その救済という観点について検討する。意匠権侵害に関する主たる救済手段としては、差止請求と損害賠償請求が挙げられるため、2つに分けて検討する。

（2）差止請求

部分意匠に係る意匠権が侵害された場合であっても、全体意匠の場合と同様、日本意匠法 37 条 1 項により、被疑侵害者に対してその侵害行為の差止めを請求することができる。この場合の対象は、部分意匠制度導入の趣旨からしても、被疑侵害製品全体に対して効力が及ぶものと解される。

（3）損害賠償請求

一方、損害賠償請求についても、日本意匠法上特段の規定は存在していない。ただ、部分意匠に係る意匠権侵害の場合には、賠償額の算定にあたって、当該部分の寄与率が検討されることがある。例えば、大阪地判平成 17 年 12 月 15 日判時 1936 号 155 頁【化粧用パフ】では、裁判所は以下のように述べる。

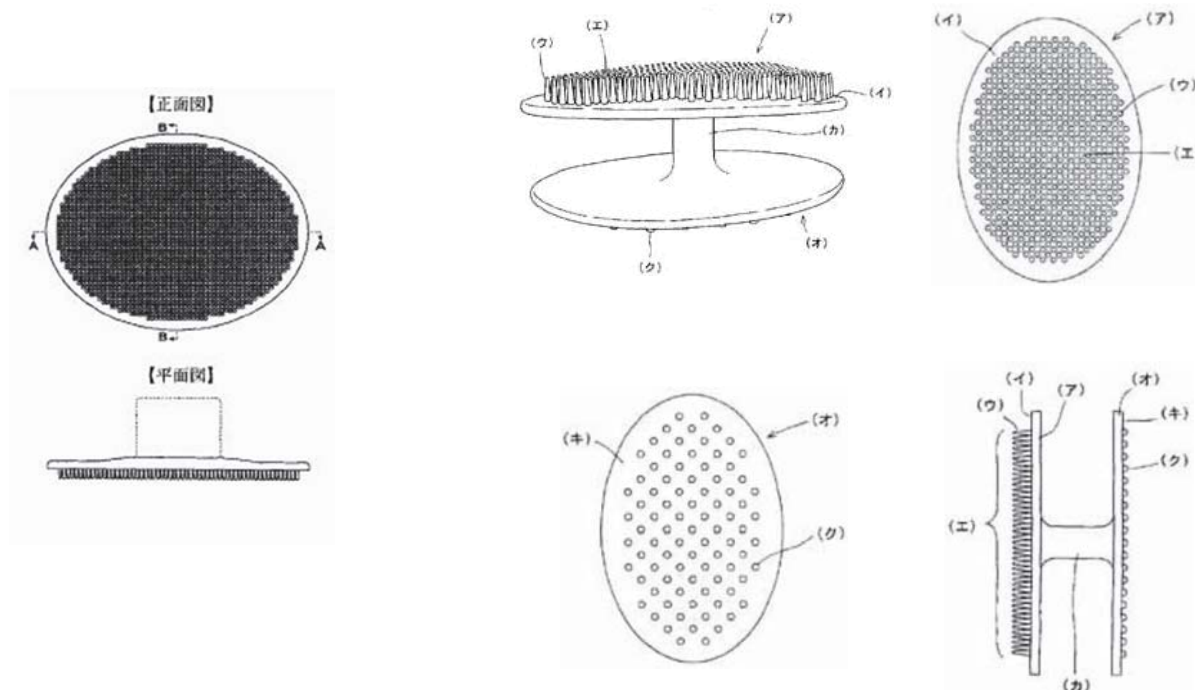
「ところで、本件登録意匠は、意匠に係る物品の部分をもって意匠登録されているもの（部分意匠）であって、これと類似するイ号意匠はイ号物件の一部を構成するものにすぎない。したがって、本件意匠権侵害により原告が被った損害と推定される被告が受けた利益の額とは、イ号物件のうちイ号意匠に係る部分の製造販売により被告が受けた利益の額ということになるところ、その額は、同部分のイ号物件全体に占める価額の割合等を基準に、イ号物件全体の利益に対する同部分の寄与度を考慮して定めるべきである。そこで、同部分のイ号物件全体に占める寄与度を検討すると、イ号物件は、「根元から先端に向かってやや小径となる突起を有する板状」の部分と「半球状の突起を有する板状」とに分けられ、イ号意匠は、前者に係る部分のみであることその他の事情にかんがみ、寄与率は 50%とするのが相当で

ある」

【図-2】

原告意匠
(ブラシ部分を有する板状
を対象とした部分意匠)

被告意匠



また、東京地判平成 25 年 4 月 19 日判タ 1416 号 366 頁 [サンダル] は、サンダルの台部分を意匠登録を受けようとする部分とした部分意匠に係る意匠権が問題となったが、裁判所は、「本件意匠は部分意匠であり、サンダル全体に占める当該部分の割合は約 7.7% であるから……、本件意匠の寄与率は 7.5% と認める」と判示している。

もっとも、[化粧用パフ] 事件判決に対しては、「部分が全体に占める物理的割合でもあると考えられる 50% をそのまま「量的判断」により算定する方法」を採用していることについて、疑問も投げかけられている²⁷。少なくとも、部分意匠であるからといって、必ず（特に当該部分の物理的割合において）損害賠償額を減額しなければならない道理はないように思われる。[化粧用パフ] 事件に即していえば、イ号製品のうち、細かい突起を有する部分と、半球状の突起を有する部分のうち、どちらがどの程度影響を与えたのか、より詳細な説明が必要であったように思われるし、場合によっては、減額無し（すなわち、寄与率 100%）という場合があってもおかしくないかもしれない²⁸。例えば大阪地判平成 25 年 9 月 26 日平成 23 年（ワ）14336 号 [遊技機用表示灯] では、部分意匠であることだけでなく、公知意匠から

²⁷ 恩田博宣「化粧用パフ判批」パテント 64 巻 2 号 81 頁、84 頁（2011 年）参照。また、市川佐知子「化粧用パフ判批」パテント 61 巻 2 号 56 頁、66 頁（2008 年）では、「本判決は、本件登録意匠がイ号物件の中でいかなる寄与をしているか、難しい判定を強いられる事件についての判断基準としての意味合いはそれ程大きいとはいえない」と評価されている。

²⁸ 古城春実「意匠権侵害の損害賠償—寄与率と部分意匠を中心に」DESIGN PROTECT100 号 55 頁、63 頁（2013 年）

の距離や他の差別化要因といった様々な事情が考慮されたうえで寄与率が算定されており、(寄与率という概念の位置付けや有用性はともかく、最終的な算定としては)適切な方向であろうと思われる²⁹。

4. 補論：部品の意匠との関係について

ところで、例えば万年筆のペン先や、自動車のタイヤなど、独立して取引の対象となるものであれば、たとえそれが完成品でなくても、意匠登録を受けることができる。このような部品の意匠は、部品それ自体として意匠登録を受けることができるとともに、部分意匠制度の導入によって、新たに完成品の部分意匠として意匠登録を受けることもできるようになった。そこで、補足的に、これらの関係についても簡単に整理する³⁰。

部分意匠が公知である場合に、当該部分に対応する部品を意匠登録出願すると、原則として新規性を欠くことから、拒絶されることになる。また、仮にまだ部分意匠が公知になっていなくても、その部分意匠が先願であれば、後願の部品の意匠は、準公知(拡大先願)によって拒絶され得る。

一方、部品の意匠が公知である場合に、当該部品の意匠を意匠登録を受けようとする部分とする部分意匠に係る意匠登録出願がなされると、どのように処理されるであろうか。まず公知意匠である部品の意匠と、意匠登録出願された部分意匠は、意匠に係る物品が異なると整理し得る。実質的にも、当該部分の物品全体における位置等が意匠の類否に影響するとの考え方に立てば、位置等によって類似性が否定される(単なる部品の意匠以上に、社会に裨益する点がある)場合もあり得よう。加えて、創作非容易性は別途検討されること等にも鑑みると、公知の部品の意匠と、その部品を意匠登録を受けようとする部分とする部分意匠とは、非類似の関係と整理することが考えられる。

また、部品の意匠に係る先願がある場合に、上記の部分意匠が意匠登録出願されると、どのように処理されるであろうか。この場合、上記と同様、物品が異なるほか、登録された場合の意匠権の権利範囲にも差異があることから、非類似と解されよう。なお、両者が意匠登録を受けた場合、その意匠権は利用関係によって調整されるものと解される。

また意匠権侵害の場面としては、部分意匠の意匠登録を受けようとする部分に相当する部品の製造等について、部分意匠に係る意匠権が及ぶかが問題となる。しかし物品の類似性を要件とする限りは、直接侵害は認められないものと解される。この点については、別途専用品を対象とした間接侵害(日本意匠法38条1号)の成否が問題となろう³¹。

²⁹ 梅澤修「意匠法の問題圏第12回—保護対象V：部分意匠⑥」DESIGN PROTECT107号頁19頁、25頁(2015年)。もっとも梅澤・同頁では、[化粧用パフ]や[サンダル]についても、適切な算定が行われたものと評価されている。また、岩坪哲「部分意匠(効力範囲・損害賠償)」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系II』(青林書院、2014年)165頁、176頁では、「部分意匠登録を受けようとする部分の物品全体に占める重要度」や「看者に与える影響(当該部分が顧客誘引の源泉となるか)」等に基づいて判断されると指摘されている。

³⁰ これらの点については、吉原・前掲注(24)117-118頁、梅澤・前掲注(24)20頁等も参照。

³¹ 吉原・前掲注(24)118頁参照。なお、日本意匠法においては、間接侵害の成立に直接侵害が必要かという論点について、独立説/従属説の二分論を貫徹するのではなく、直接侵害が成立しないとされる規定の趣旨に基づいて個別具体的に直接侵害の要否を検討するべきという立場が通説となっている。例えば、個人ユーザーによる意匠に係る物品の製造は、「業として」実施されるものではないことから、意匠権侵害とならない(日本意匠法23条)。しかし、その製造に用いられる専用品の生産等は、確かに個人ユーザーにおいて直接侵害は成立しないものの、多数行われることで被害が拡大する可能性に鑑み、その専用品については間接侵害を成立させるべきとの指摘がなされている。茶園・前掲注(5)222頁〔茶園成樹〕。

5. まとめ

以上のとおり、部分意匠と全体意匠の関係が問題となる場面について、網羅的に検討を行ってきた。部分意匠制度の導入に際して、日本意匠法のようにわずかな文言でこれを達成する場合、重要なことは、部分意匠の制度趣旨、及び既存の意匠法の各規定の趣旨を損なうことのないような解釈を提示することである。本稿では、抽象的にではあるが、日本意匠法における限られたプラクティスを念頭に、各場面での部分意匠と全体意匠との間で生じ得る問題について、上記の観点から導かれるべき解釈論の整理（と提言）を試みた。

日系企業からの期待も寄せられている³²部分意匠制度の導入・活用が、中国意匠法において進み、またその際に日本意匠法の知見が若干でも役に立つことがあれば幸いである。

一方で、いったん部分意匠制度が導入されれば、その規模等から、中国における実務上・学説上の議論は一気に進むものと推察される。また、中国においては、GUI等の保護に資するかどうかという点が、部分意匠制度の導入に向けた重要な動機の一つとなっているようであり、中国法における部分意匠制度は、例えば異なる物品へのGUIの応用や、そのGUIを表示させるためのプログラムの取扱い等といった先進的な問題に取り組むためのツールとしても扱われ得るように思われる³³。そういった点も含め、似通った制度を有する国の貴重な実務上・学説上の成果として、そこで得られた知見を日本意匠法に取り入れる準備も、進めておく必要があるだろう。

³² 例えば、一般財団法人日本知的財産協会「専利法修改草案（意見募集稿）に対する意見」
http://www.jipa.or.jp/jyohou_hasin/teigen_iken/15/150428_china_2.pdf [最終アクセス日：2018年2月14日] 2頁を参照。

³³ この点、日本において部分意匠制度が導入されたのは1998年であり、近時のますます進化・多様化するGUI等の問題を現実的に見越して用意された制度とは言い難いように思われ、むしろ部分意匠制度を含む既存の意匠制度でどこまでGUI等に関する問題に取り組むことができるかという形で議論が進んでいるように思われる。

第3節 中国における部分外観設計の保護

I. 中国における部分外観設計保護の追加に関する研究

中南財経政法大学 知識産権研究センター 曹 新明 教授

1. 問題の提起

1984年、中華人民共和国全国人民代表大会常務委員会で「専利法」が通過し、1985年4月1日からの施行以来、2017年末に至るまでに中国の現行専利制度は、既に30数年が経過している。30数年の実践を経て、中国では専利制度の構築と応用において世の注目を浴びるような成果を上げている。2010年以降、中国の専利出願総件数は7年間連続で世界1位¹の件数となっている。そのうち、外観設計専利の出願件数は、2013年に66.0万件に達し、当年専利出願総件数の27.77%を占めるが、前年に比べ0.3%増であった。2014年の外観設計専利出願は56.5万件に達し、当年専利出願総件数の23.93%を占めるが、2013年に比べ14.4%減であった。2015年には47.4万件に達し、当年専利出願総件数の21%を占めるが、2014年に比べ16.1%減であった。かかるデータによれば、中国において、毎年の専利出願件数は200万件以上を維持しているものの、外観設計専利の出願は年々減少しつつあり、その減少の速度も比較的速いことが分かる。部分外観設計専利に対する保護は、外観設計専利の出願件数を増やし、外観設計専利の出願品質の向上に役立つ。

実践を通じて、物品の外観設計が物品の市場競争力を向上させることに対して、著しい役割を果たしていることを証明している。30数年にわたる専利制度の実施を経て、中国企業の物品に係る外観設計能力は、絶え間なく向上しつつある。20世紀末以来、物品の設計が精細化されるにつれて、物品の部分設計における革新は、徐々に物品の外観設計における重要な表現方式になっている。そのため、日本や韓国などの国では、物品の部分外観設計に対して保護を与えるようになってきている。例えば、1998年に改正された日本の「意匠法」では、物品の部分外観設計の保護を認めることを明確に規定している²。その直後、韓国でも2001年に外観設計法の改正を通じて、部分外観設計を外観設計の保護対象とすることを明確にした³。日本、韓国などの国における物品の部分外観設計の保護に対する積極的な行動を契機にして、中国国家知識産権局は2015年に提出した「専利法第4回改正提案稿」において、物品の全体又は部分外観設計を専利法の保護対象にするよう提案した⁴。このような改正提案は人々の高い注目を集めた⁵。本文では中国専利法で追加された外観設計専利の保護に係る若干の問題について検討し、中日両国の専門家・学者のために参考になればと思っている。

¹ 中国国家知識産権局によると、2013年専利出願総件数237.7万件、2014年236.1万件、2015年228.9万件である。2016年発明専利出願総件数は計133.9万件で、実用新案専利出願と外観設計専利出願件数は報道されていない。

² 日本「意匠法」2条規定によれば、「この法律で『意匠』とは、物品（物品の部分を含む。第八条は除く）の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合であつて、視覚を通じて美感を起させるものをいう。」と規定している。

³ 銭亦俊「日本、韓国及び中国台湾地域における外観設計専利保護制度に関する解析」世界知識産権2005年2期。

⁴ 2015年中国国家知識産権局が提出した「専利法第4回改正提案稿」2条4項では、「本法にいう外観設計とは、物品の全体又は部分の形状、模様又はその結合及び色彩と形状、模様の結合に対して行われ、優れた外観を備え、かつ、工業応用に適した新たな設計を指す。」と提案した。

⁵ 専利法外観設計改正特別題目組を参照。「『立法問答』専利法改正草案シリーズ（2）部分外観設計保護制度」、資料の出所は下記のとおりである。

<http://www.sipo.gov.cn/ztzl/zlfxg/xylzlfhg/1051945.htm> [最終アクセス日：2018年1月9日]

2. 中国での部分外観設計専利の追加に係る価値の選択

中国現行の専利法 2 条 4 項では、「本法にいう外観設計とは、物品の形状、模様又はその組合せ及び色彩と形状、模様の組合せに対して行われ、優れた外観を備え、かつ、工業への応用に適した新たな設計を指す。」と規定している。法律条文を文字通りに解釈すれば、中国専利法で保護する外観設計は、「物品に対する新しい設計」であり、当該新しい設計が物品の全体又は部分に付されているか否かについて、専利法では明確な選択が行われていない。したがって、中国専利法において、物品の部分外観設計が外観設計専利以外であると排除されているわけではないことを推知することができる。しかも、2001 年以降、中国国務院が公布した「専利法実施細則」でも、外観設計専利が物品の全体又は部分に関する規定はなされていない。もし、あえて中国専利法で保護する外観設計には「物品の部分外観設計」を含んでいないという場合、その根拠は正に中国国家知識産権局が公布した「専利審査指南」である。例えば、中国国家知識産権局が 2014 年に公布した「専利審査指南」（改正版）では、外観設計専利を物品全体の外観設計に制限し、物品の部分外観設計を専利の保護対象から排除している⁶。

実際の経営活動において、物品の部分外観設計が専利の保護対象から排除されているため、一部の事業者は、簡単なつぎはぎ、取替えなどの方法を採用して、他人の物品全体の中の新規な、美観のよい、実用的な部分外観設計を模倣することにより、部分外観設計者又は関連企業に損害をもたらしている。このような模倣及び剽窃者について、通常、被害者は首を横に振って溜め息をつくしかない。このような現象は、物品の部分外観設計者の積極的な創作意欲を失わせ、中国の設計イノベーション産業の健全な発展を大いに阻害している。物品の部分に対する設計者の積極的な創作意欲を評価し、かつ、国際的な外観設計保護制度の発展趨勢に順応するために、中国専利法第 4 回改正提案稿では、物品の部分外観設計を専利の保護対象にすることを提案した⁷。しかも、中国企業が国内で提出した外観設計専利の出願は年々減少される傾向を示しているものの、海外へ提出する外観設計専利の出願は、年々上昇しつつある。このような傾向は、国際市場における外観設計専利の競争優位が益々重要になっていることを表している。例えば、2015 年に中国企業が国内で提出した外観設計専利の出願は 0.3%しか増加していない。しかし、中国企業が欧州連合（EU）や日本などの国に出願した外観設計専利の件数は 54.5%も増加している。部分外観設計専利の保護を通じて、EU、日本などの国又は地域との間で外観設計専利の保護に係る相互交流関係を構築し、中国企業が全体外観設計専利と部分外観設計専利に対する保護の意識とレベルを高めると同時に、企業の外観設計能力と国際市場競争力を強化すべきである。

具体的な実践において、外観設計専利権に対する権利侵害行為は、外観設計の全体に対する模倣及び剽窃ではなく、その中の新規性、進歩性、及び美観性がある部分のみに関わるかもしれない。中国において、物品の全体外観設計だけに対して保護を与えるやり方に基づくと、前記のとおり、単純に物品の部分外観設計を模倣及び剽窃するような行為は、外観設計専利権を侵害しないことになる。具体的な裁判実務において、外観設計専利権を侵害しているか否かを判断するとき、主には被疑侵害外観設計の構成要素における主要部分（要部）と原告の外観設計専利における要部が同一又は類似であるか否かを考察している。仮に要部が同一でも類似でもない場合は、たとえ副次的な部分が同一又は類似であったと

⁶ 2014 年中国国家知識産権局が公布した「専利審査指南、外観設計、7-専利法 2 条 4 項に基づく審査」、「(3) 分割不能、又は単独で販売できず、かつ、単独で使用できない物品の部分設計、例えば、靴下かかと、ブリム、コップの取っ手など。」を参照。

⁷ 前掲 4)。

しても、両者が相異なる外観設計に該当すると判断すべきであるため、被疑侵害者が実施した外観設計は、外観設計専利権に対する侵害を構成しないことになる。

仮に、原告の外観設計専利物品において、単一な要部しかない場合、被疑侵害物品が外観設計専利を侵害するか否かを判断する際に、以下の状況が考えられる。①被疑侵害物品と原告の外観設計専利物品の単一な要部が同一又は類似であり、かつ、公知設計部分も同一又は類似である場合、被疑侵害者が実施した行為は、原告の外観設計専利権に対する侵害に該当する。②被疑侵害物品の要部と原告の外観設計専利物品が同一でも類似でもない場合は、たとえ被疑侵害物品の公知設計部分と原告の外観設計専利物品が同一又は類似であったとしても、権利侵害に該当しない。③被疑侵害物品と原告の外観設計専利物品の単一な要部が同一又は類似であるものの、被疑侵害物品の公知設計部分と原告の外観設計専利物品が同一でも類似でもない場合は、権利侵害に該当しない。上述の判断方法及び当該判断により出される結論の根拠は、主に外観設計物品の全体から起因されるものであり、外観設計専利に対して部分的な保護を与えることではない。

市場経営活動において、事業者が保有する外観設計専利はその競争力に対する重要な体現となる。そのうち、最高の価値を有し、又は最大限に競争力を体現するものは、外観設計専利の中の独創的な部分である。もし、物品の全体外観設計専利が進歩性、実用性と美観性を有する場合、当該物品の全体外観設計専利は、保護されるべきであり、もし、部分外観設計のみが進歩性、実用性と美観性を具有する場合、外観設計専利が保護すべきものは、外観設計の全体ではなく、当該部分外観設計である。中国の従来の外観設計専利の保護状況によれば、行為者が意図的に物品の部分外観設計を模倣及び剽窃する行為は、決して外観設計専利を模倣及び剽窃した侵害行為を構成しないため、専利権者はかかる行為に対してどうしようもない。部分外観設計専利を保護対象に追加することは、市場主体のイノベーション成果をより良く保護し、イノベーションへの意欲を起こさせることに有利である。

今の時代において、外観設計が商品に対する需要者の選択及び購入行為に与える影響力は、日増しに際立っており、かつ、関連物品の市場競争力に対する決定的な要素に転化されつつある。当該状況に応じて、ここ数年間、物品の市場競争力を高めるために、国内外の企業は新商品の研究、開発及び開拓に大いに注力するだけでなく、既存物品の外観に係るイノベーションに対しても非常に重視している。その典型的な事例は、スマートフォンに対する外観設計上の競争である。例えば、米国のアップル社、韓国のサムスン社、中国の華為社などは、いずれも積極的に携帯電話の外観設計に対して、全体設計、部分設計及び GUI 設計などを含むイノベーションを行っている。携帯電話のような成熟産業にとって、その全体外観設計における改良の余地は、比較的小さいため、市場競争主体としてイノベーションの重点を物品の部分外観設計に集めている。例えば、アップル社が2017年11月3日に発売した iPhone X は、iPhone 6 又は7シリーズの物品に比べ、その全体外観設計には特に明らかな改良が行なわれていないものの、部分外観設計には多くの改良が行なわれているため、当該携帯電話の爆買の趨勢を促進している。したがって、企業の物品設計のイノベーションの立場、又は設計の発展法則の立場のいずれにしても、物品の部分外観設計におけるイノベーションが既に物品設計の重要な方法になっていることが分かる。

現在、中国国家知識産権局が公布した「専利審査指南」(2014年改正版)における外観設計専利審査に係る規定によれば、中国専利法では依然として物品の部分外観設計を専利の保護範囲から排除している。このような状況下で、物品の部分外観設計は、それ自体が応用されている物品に付されることにより、全体的保護を求めるしかない。外観設計に対する権利保護は、権利侵害の対比・判断を行う際に、

「全体観察・総合判断」の原則を守っているため、物品の部品にある新規性のイノベーション設計が全体物品の中で顕著な地位を占めることができない場合、独特で新規な当該部分設計は、保護を得ることができない。しかし、需要者は商品を選択及び購入する際に、商品の細部に対して一層深い関心を持ち、特にある程度成熟した産業の物品の部分にある新規な美観のよい独特な設計は、より多くの需要者の注目を浴びることができる。このような事実に鑑み、中国専利法では物品の部分外観設計のために、専利保護を提供しているが、当該部分外観設計の保護は、企業の部分外観設計の市場競争力を向上するだけでなく、市場競争秩序における公正を保護し、かつ、物品の部分外観設計のイノベーションに有利であり、中国専利制度と国際制度を繋げられ、中国企業の全体の国際競争力を高めることができる。

3. 部分外観設計に対する欧州連合及び加盟国の保護状況

中国で物品の部分外観設計の専利制度の導入を図ろうとする際にあたって、欧州連合（EU）及びその加盟国における物品の部分外観設計の保護に係る法律規定と具体的な実践に対して、考察を行う必要がある。

（1）EUの意匠保護制度

2001年12月12日、EU理事会では「共同体意匠に関する理事会規則（Council Regulation(EC)No 6/2002 of 12 December 2001 on community designs）」（以下「理事会規則」という）が通過した。同理事会規則の主旨は、EUの範囲内で意匠に係る統一的適用法規を提供し、同等な法的保護を与えることを通じて、各国の規定上の相異が加盟国内部の貿易紛争をもたらすことを回避し、かつ、物品の競争力に悪影響を与えることを避けることにした。共同体意匠では二種類の形式を通じて保護している。すなわち、短期間における非登録意匠の保護と長期間における登録意匠の保護である。

（i）EUで公開されたすべての非登録意匠について、所有者の国籍を問わずに、いずれも保護を受けることができる。非登録意匠に対する保護は、2002年3月6日から発効し、発効日及びそれ以降に公開される意匠は、いずれも保護を受けることができる。発効日前に公開された意匠は保護を受けることができない。非登録意匠は、当該意匠がEUの範囲内で初めて公衆向けに公開された後、3年間保護を受ける。当該「理事会規則」では非登録意匠を公開した後の1年以内であれば意匠出願をすることが許されている。この1年の猶予期間において、公開された意匠は非登録意匠として保護を受けると同時に、意匠の所有者は市場の反応を検証することができる。当該意匠の新規性と独特性は、その登録時に影響を受けない。猶予期間を経過して登録する場合は、他人に先取り登録されるリスクが生じ得る。

（ii）登録意匠の保護期間は出願日から5年であり、期間満了後には更新することができ、毎回の更新保護期間は5年であるものの、総保護期間は25年を超えてはならない。

欧州連合知的財産庁（EUIPO）は意匠の登録出願に対する方式審査のみを行い、実体審査は行わない。意匠の登録出願が規定における基本要件を満たす場合は、EUIPOにより登録意匠名簿に登録され、かつ、直ちに意匠公報により公告される。かかる状況下で、意匠登録出願人はEUIPOに当該意匠の公告延期を請求することもできる。公告延期を請求された意匠の登録出願について、EUIPOは公報に登録者と意匠

名称のみを公開し、意匠全般は依然として秘密保持段階に置かれる。理事会規則の規定によれば、公告延期期間は最長でも登録出願後の30か月を超えてはならない。

自然人又は法人は、いずれも既にEUIPOで登録された意匠について、異議を申し立てると同時に、申立手数料を納付することができる。審査を経て、登録出願されたある意匠に対する無効の証拠と理由が十分であり、かつ、登録出願された意匠が意匠の定義を満たさず、新規性、独自性を有せず、又は公序良俗を損害し、若しくは他人の先行登録意匠と同一であり、ひいてはその他の法律に抵触することを証明できる場合、EUIPOは理事会規則の規定に基づき、当該意匠が無効であることを宣言する、又は関連裁判所は当該意匠が無効である判決を言い渡すことになる。非登録意匠については、意匠裁判所は、同裁判所への請求により、又は判決に基づいて、その無効を言い渡すことができる。

(2) フランスの意匠保護制度

1806年にフランスで創立された工業物品意匠制度は、現在も残っており、4つの独特な制度特徴を備えている。①まずは二重保護である。1902年に公布されたフランス著作権法によれば、工業所有権法の保護を受けているすべての工業物品の意匠は、いずれも著作権法の保護を受ける。具体的にいえば、フランスでは工業物品の意匠は、工業所有権法による保護を受けるとともに、著作権法による保護も受けすることができる。②次は1件の意匠について、複数の意匠を出願することである。1件の意匠出願には複数の相異意匠図面を含み、そのうち、図面一つ一つに対して、単独の公開番号を与えることができる。それゆえ、1件の工業物品の意匠出願では、複数の公開番号が同時に生じる可能性がある。③更に二種類の出願形式である。すなわち、フランスでは、実際の状況に応じて、工業物品についての外観設計は、通常出願又は簡単出願のいずれかの形式を選択し、法的保護を請求することができる。④そして保護期間である。すなわち、フランスの工業物品意匠の保護期間は5年であり、期間満了時には更新を申し込むことができるが、毎回の更新保護期間は5年であるものの、総計保護期間は25年を超えてはならない。

(3) 韓国の意匠保護制度

韓国では1961年に初めてデザイン保護法を公布し、デザイン保護制度を構築した。その後、国内外の工業発展と市場競争のニーズに応じて、韓国では同法に対する数回の改正を行なっているが、最新の改正法は2017年9月22日から発効されている。同法の保護対象は正に工業物品のデザイン権、すなわち、「物品（物品の一部を含む）の中で視覚的美感をもたらす形状、模様若しくは色彩、又はこれら要素の結合」である。したがって、デザインの出願は特定の形状及び／又は模様を含む単一な物品又は物品の任意部分に及ばなければならない。デザイン保護法によれば、フォントも保護されている。デザイン登録の実質的な要件は新規性と進歩性である。

(i) 新規性。登録を求めるためには、登録出願するデザインが次のいずれかの要件に該当してはならない。①出願日前に韓国国内又は海外において、公知されたり、又は公然に実施されているデザインと同一又は類似である。②出願日前に韓国国内又は海外で頒布された刊行物に掲載され、又は公衆が利用できるデザインと同一又は類似である。

デザイン登録を受ける権利を持つ者のデザインが国内外で公開又は公然と実施された場合、当該デザインはその日から 12 か月以内に、その者が出願したデザインに対して新規性を喪失しないと例外的にみなされる（デザイン保護法 36 条）。登録出願したデザインが、当該デザインの出願日前に提出され、かつ、当該デザインの出願日以降に公開又は公布された他の意匠の登録出願における図面、写真又はサンプル上に示されたデザインの一部と同一又は類似である場合、当該デザインの登録出願は拒絶され得る。

(ii) 創作非容易性。意匠に係る当業者が韓国国内又は海外で熟知されているデザインに基づき、容易に創作できるデザインは登録することができない。また、韓国国内又は海外で公衆に知られ、又は公然に実施されているデザインに基づき、容易に創作できるデザインも登録することができない。韓国のデザイン保護法では、特定の種類のデザインの出願に対して、方式審査のみ行えば、登録できるという制度も定めている。実体審査の採用を経て登録されたデザイン権と方式審査の採用を経て登録されたデザイン権は、いずれも同様な法的効力を持つ。保護期間は出願日から 20 年である。

(4) 日本の意匠保護制度

日本初の意匠に関する法律は、1888 年（明治 21 年）12 月 1 日に公布され、1889 年（明治 22 年）から実施された「意匠条例」である。1899 年（明治 32 年）には「意匠法」に変更され、現行の「意匠法」は数回の改正を経ている。

(i) 登録要件。意匠を登録するために、関係者は特許庁にその出願を提出する。その後、特許庁の審査官は意匠法に定める手続と要件に基づいて実体審査を含む審査を行う。実体審査を経て、法律及び条例を満たす登録出願には意匠権が付与される。注意を払うべきところは、日本で意匠出願に対する実体審査と特許出願に対する実体審査は、その手続上、若干異なっていることである。具体的には、日本意匠法において全部の意匠登録出願に対して、実体審査を行っているため、意匠登録出願者は別途、審査請求をする必要がない。しかし、意匠登録出願者は、特許庁に早期審査の請求を提出することにより、登録の早期化を図ることができる。

(ii) 意匠登録の実質的要件。①工業上の利用可能性、すなわち登録出願される意匠は、量産の可能要件を満たすべきである。例えば、量産が不可能な美術作品などは、意匠に該当せず、著作権法による保護の範疇に該当する。②新規性、すなわち登録出願される意匠は、その出願日前に公然に知られていないこと。③創作非容易性、すなわち登録出願される意匠は、容易に創作できるものではないこと。既知の形状、模様、色彩、若しくはそれらの結合、組合せ、構成割合の変更、又は連続する単位数量の増減に過ぎないものには創作非容易性がない。④先行意匠と同一でもなければ、類似でもないこと。

(iii) 日本意匠に係る特有制度。①関連意匠制度は登録された当該意匠だけに限らず、一定の期間内に登録され、かつ、当該登録意匠と類似する意匠も保護を受けることができる制度である。当該類似範囲については、事前に確認された状況であれば、類似意匠の登録出願を行うことができる。②秘密意匠制度。意匠が登録された後、原則として意匠公報を通じて公開されるべきである。しかし、例外もあり、

秘密にすることが請求された場合は、一定の期間（3年以内）は公開しないことも可能である。③部分意匠保護制度。通常、意匠では物品の全体をその保護対象とする。1998年に改正された意匠法では、部分に特徴がある意匠について、部分意匠権を付与することを定めた。したがって、全体的には異なっていたとしても当該特徴部分の部分意匠を使用する第三者に対しても、その権利を主張して訴訟を提起することができる。④画面デザイン保護制度。2006年の改正を経て、画面デザイン（例えば、DVD再生ビデオの録画予約操作画面のデザイン、携帯電話の通話選択用画面のデザイン、プリンターのプリントアウト選択画面のデザインなど）は、一定の条件下で物品の形状に含まれるものとして保護を受けることができる。

（5）米国の意匠保護制度

米国では意匠体系構築の当初及びそれ以降の長期間内に、部分意匠に対する保護を認めなかった。1842年、米国国会では意匠法案が採択され、特許法により意匠保護に係る内容を定めた上、米国の意匠特許権（US Design Patent）と称されるようになった。米国特許法171条では、「いずれかの者により創作され、かつ、工業物品に応用できる新規性、独創性及び装飾性を有する意匠は、本法の規定及び要件に基づき、登録することができる。」と定められている。また、同条項では意匠登録3要件を定めている。すなわち、「工業物品に応用できる」、「装飾性」及び「新規性」である。第1要件は「工業物品に応用できる」ことである。部分意匠に対する保護を認めるか否かについてのキーポイントは、上述の条項における「工業物品」に対する理解にある。米国の意匠客体は「工業物品」であるか、それとも「設計」であるか、及び「工業物品」は必ず「物品の全体」であるか、それとも「物品の部分」も含むことができるか。当該二問題について、米国ではかつて比較的大きな議論が行われていた。1980年より前、当該二問題に対する米国の回答は、統一されていなかったが、その登録事例からみれば、米国特許商標局（USPTO）がかって意匠客体を「物品の全体」として判断していたため、部分意匠の保護は認めていなかった。

1980年前後において、米国では見解を統一し、特許法を改正しない状況で、判例の解釈を通じて部分意匠を保護するようになった。キーポイントになる判例は *In Re Zahn* である。1976年、Mr. Zahn が提出した点線及び実線を用いて描いたドリル上部の柄部分に係る意匠出願は、USPTOにより拒絶されたが、出願者が再審判を申し込んだ後、米国特許審判委員会（BPAI）は当該拒絶裁定を維持した。出願者は不服として引き続き上訴を提起したが、米国関税・特許訴訟裁判所は、影響が長引く *In Re Zahn* 裁定を言い渡し、米国の意匠特許権の客体と担体について、はっきり定義した上、部分意匠保護制度を認めたのである。

具体的にいえば、米国特許審判委員会は、「Mr. Zahn が実線で表したドリル柄部分の権利のみ主張し、出願した特許範囲は全体のドリル工具ではない。」という理由で当該出願を拒絶したのである。関税及び特許訴訟裁判所は、出願特許範囲がドリル工具及びドリル工具の柄部分を直接指し、「物品に応用する設計（the design for the article）」を指すものではなく「物品自体（the article itself）」を指すという米国特許審判委員会の認知は誤っていると判示した。なぜならば、意匠特許で保護するのは、物品に応用された設計であり、設計は物品の全体又は物品の部分にも応用できると同時に、意匠特許で議論するのは、物品そのものではなく、物品に応用される設計であるからである。したがって、関税及び特許訴訟裁判所は、特許審判委員会の裁定を取り消したわけである。

それ以降、USPTOは「特許審査指南」(Manual of Patent Examining Procedure, MPEP、以下、米国「審査指南」という)第15.48、第Ⅲ節における図面作成に係る規定を改正し、第1502における意匠関連定義の補充について、「意匠とは、工業物品(又はその一部)に含まれる意匠、又は工業物品に応用される意匠のことを指し、物品自体を指すのではない。」に改正し、正式に意匠特許の客体と媒体を解釈することを通じて、部分意匠保護制度を導入している。

米国では部分意匠保護制度を導入した後、保護対象もある程度拡張されている。先ず、商品を媒体とする表面装飾模様設計もこれにより保護を受けることになった。もちろん、EUの意匠保護制度下で直接模様を媒体とするような方法と異なり、米国で模様設計が保護を受ける前提は、依然として物品を媒体とすることである。

4. 中国現行法における部分外観設計特許の排除がもたらす困惑

中国の現行専利法2条4項では、「外観設計とは、物品の形状、模様又はその結合及び色彩と形状、模様の結合に対して行われ、優れた外観を備え、かつ、工業への応用に適した新たな設計を指す。」と定めている。当該規定によれば、専利法で保護する外観設計は、物品を媒体とするものであり、かつ、物品に付させた新たな設計である。このような設計は、物品の外見に付されている(視覚により感知できる)ため、外観設計又は工業物品の外観設計と呼んでいる。かかる外観設計について、専利権を取得するためには、次のような基本要件を満たさなければならない。①物品の外部に付されている(それゆえ、外観設計専利権を取得する物品は、必ず固体物として立体形状を有する移動可能な物品である)こと、②美感に富むこと、③工業応用性、④新規性、⑤創造性(創作非容易性)、⑥合法性(他人の先行権利と抵触しない)⁸。

単純に法律本文の立場から中国の現行専利法における外観設計の定義性の規定を解釈すれば、中国専利法に基づいて外観設計特許の保護を取得する客体は、物品自体ではなく、物品に付され、かつ、専利法に定める要件を満たす新たな設計(外観設計)であることが認められる。したがって、物品の全体に付されている外観設計、又は物品の部分に付されている外観設計を問わずに、専利法に定める要件さえ満たせば、専利権を付与し、専利法の保護を与えなければならない。

事実上、中国の現行専利法及びその「実施細則」では、物品の部分に付されている外観設計が専利権を取得できることについて、明確に定めていないものの、物品の部分に付されている外観設計が専利権を取得できないということについても、明確に排除していない。この立場からみれば、中国の国家知識産権局が公布した「専利審査指南」では、物品の部分に付されている外観設計について、専利を出願できること、及び外観設計専利権を付与できることを明確に排除しているものの、当該規定が必ずしも専利法の立法趣旨又は本旨を満たすとは限らない。

2017年2月、中国国家知識産権局は「専利審査指南」を改正した。今回の改正は「ビジネスモデル」の保護問題などの5つの分野に及んでいるものの、外観設計専利審査に係る内容は入っていなかった。改正前の「専利審査指南」第4.4.3項では、外観設計専利保護を与えない客体について定めている。次

⁸ 中国「専利法」(2008年版)2条4項によれば、専利権の取得を求める外観設計は、以下の要件を満たさなければならない。①物品の外部に付されている(それゆえ、外観設計専利権を取得する物品は、必ず固体物として立体形状を有する移動可能な物品である)こと、②美感に富むこと、③工業応用性、④新規性、⑤創造性(創作非容易性)、⑥合法性(他人の先行権利と抵触しない)。呉漢東編『知識産権法学〔第4版〕』(北京大学出版社、2015年)213頁。

に並べるものは「専利法実施細則」2条3項の規定を満たさないため、外観設計専利の保護を与えない客体の実例である。①特定の地理的条件により決まり、繰り返し再現ができない固定建物、橋など、②気体、液体及び粉末状などの固定形状がない物質を含むことにより、形状、模様、色彩が固定していない物品、③分割不能で単独に販売又は使用できない物品の部分設計、例えば、靴下のかかと、ブリム、コップの取っ手など、④複数の様々な特定の形状又は模様を有する部品から構成する物品にとって、当該部品自体では独立的な使用価値がある物品にならない場合、当該部品は権利を付与できるような客体に該当しない。例えば、同一のコネクターを接続することにより、特定の形状又は模様の部品を有するコネクターは、単独に使用することができないため、独立的な物品を構成できず、外観設計専利に係る保護を与えることができない。このようなコネクターと当該コネクターと接続できるコネクターが共にコネクター玩具を構成する場合に限って、1件の外観設計として出願してこそ、外観設計専利の保護を与えることができる。⑤視覚又は肉眼ではその形状、模様、色彩を確定しかねるときにその役割を果たせない物品、⑥保護を求める外観設計が物品自体の通常形態ではないもの、例えばハンカチを動物の形態に束ねた外観設計など、⑦自然物の元来の形状、模様、色彩を主体とする設計、⑧単なる美術範疇に該当する作品、⑨その物品の所属分野でよく見られる幾何形状及び模様のみからなる外観設計、⑩通用の文字、数字の字形、発音、意味は、保護を求める外観設計の具体的な内容に該当しない。

上記の具体的な規定の一部は、中国「専利法」の本旨を満たしている。例えば、「②気体、液体及び粉末状などの固定形状がない物質を含むことにより、形状、模様、色彩が固定していない物品」、「⑥保護を求める外観設計が物品自体の通常形態ではないもの、例えばハンカチを動物の形態に束ねた外観設計など」、「⑦自然物の元来の形状、模様、色彩を主体とする設計」、「⑧単なる美術範疇に該当する作品」、「⑨その物品の所属分野でよく見られる幾何形状及び模様のみからなる外観設計」である。これらの客体を外観設計専利の保護範囲から排除することは、専利法の本旨を満たしている。しかし、その他の客体を外観設計専利の保護範囲から排除することは、専利法の本旨を満たしかねる。特に「③分割不能で単独に販売又は使用できない物品の部分設計、例えば、靴下かかと、ブリム、コップの取っ手など」を保護対象から排除することには明らかな瑕疵がある。現在、他の国家又は地域で「物品の部分における設計」を外観設計として保護しているだけでなく、中国の現実からみても、「物品の部分における設計」のために、外観設計専利の保護を与えるべき必要性が迫っている。

喜ばしいことは、2014年に改正された「専利審査指南」では、既にグラフィカルユーザーインターフェース設計を外観設計専利の保護対象にしている。2014年に改正された専利審査指南の第1部分第3章第4.2節第3段落後に一段落を追加し、グラフィカルユーザーインターフェースを含む物品の外観設計については、物品全体の外観設計図を提出する必要がある。グラフィカルユーザーインターフェースがダイナミックパターンに該当する場合、出願人は少なくとも一つの状態の上記物品全体の外観設計図を提出すべきであり、提出される図面は、ダイナミックパターンにおける動画の変化や成り行きを確定できる唯一のものになるべきである。2014年に改正された専利審査指南の第1部分第3章第4.3節第3段落第(6)号後に1号を追加し、グラフィカルユーザーインターフェースを含む物品の外観設計の出願について、必要時にはグラフィカルユーザーインターフェースの用途、物品におけるグラフィカルユーザーインターフェースの区域、マンマシンインタラクティブ及び変化状態などを説明することになる。2014年に改正された「専利審査指南」第4部分第5章第6.1節第2段落第(4)号後に一号を追加し、グラフィカルユーザーインターフェースを含む物品の外観設計について、もし、係争外観設計専利のほかの部分の設計が慣用設計に該当する場合、そのグラフィカルユーザーインターフェースが物品全体の視

覚効果に著しい影響を与えることになる。これらの規定は、中国専利法で物品の部分又は部分外観設計のために専利保護を提供することに対して、有益な探索と基礎を提供している。2015年に中国国家知識産権局が提供した「専利法改正草案」(提案稿)において、「外観設計」に係る規定の改正を提案したことは、最も有力な証明になる。

5. 部分外観設計専利の保護範囲に関する検討

部分外観設計専利の保護上のキーポイントは、外観設計専利により保護するのが物品自体であるか、それとも物品の外観設計であるかにある。もし、外観設計専利で保護するのが物品自体であって、物品の外観設計ではない場合、物品の部分販売が不可能になるため、物品の部分外観設計を保護することは不可能である。もし、外観設計専利で保護するのが物品自体ではなく、物品の外観設計である場合、物品全体の外観設計又は物品の部分外観設計を問わずに、いずれも独立的に存在することができるため、いずれも保護を受けるべきである。米国関税及び特許訴訟裁判所は In re Zahn 判例において、明確に回答し、多くの国の意匠保護法及びその実践は、既に部分外観設計専利に対して保護を与えることが正しい選択と有効な実践であることを十分に証明しており、中国の専利法において物品の部分外観設計専利に対する保護規定を追加する上で、有力な根拠を提供している。

当該問題は簡単に見えても、現実的にはそうとは言い切れない。部分外観設計専利の権利範囲(効力範囲)と全体外観設計専利の保護範囲に対する確定原則及び法的根拠は同一である。すなわち、部分外観設計専利の権利範囲(効力範囲)は、図面又は写真に示される当該物品の部分外観設計を基準としている。部分外観設計にとって、その図面又は写真に示される点線部分は部分外観設計専利の保護範囲(又は効力範囲)を制限する前提基礎となり、実線部分は権利基準となる。

中国法院では外観設計専利の保護範囲を確認するとき、具体的な事例に結合した上、外観設計専利の保護範囲が同一類別の物品における外観設計専利の使用のみに限っていることを明確化した。例えば、2001年、北京市中級法院は、かつて「立体年賀状」に係る外観設計専利紛争案件を審理したことがある。被告が設計・生産し、販売した「立体カレンダー」物品は、一枚紙製の正十四面体であり、そのうち、第12面には年及び日暦が印刷され、かつ、十二支の模様又はクリスマスツリー、サンタクロース若しくはマスコットキャラクターも印刷されている。法院は審理を経て、原告と被告の専利物品の形状は同一であるものの、原告の「立体年賀状」専利は、専利分類表19-1に該当し、被告の物品「立体カレンダー」は専利分類表19-3に該当し、両者が同一類別の物品に該当しないため、対比関係がないとして、被告が原告の専利権を侵害したという原告の主張を認めなかった。本案件の争点は、外観設計専利の保護範囲が同一類別のみに限るか否かにある。法院は最終的に被告が設計・生産し、販売した物品と原告の外観設計専利で指定する物品は、同類物品ではなく、専利権侵害に該当しないと判示した。このようなやり方は、権利者が専利出願時に、専利権付与の可能性を考慮するだけでなく、権利付与後の権利保護問題にも注意を払い、慎重にその権利を行使するように促すことに役立つ⁹。

部分外観設計専利の保護範囲(又は効力範囲)は、依然として上記の原則に従うものとする。部分外観設計専利権と全体外観設計専利権の保護範囲との間に存在すべき区別は、次のとおりである。前者の

⁹ 董建中「外観設計専利権保護範囲確認における若干の問題に関する初探索」を参照。資料の出所は下記のとおりである。
http://www.lawtime.cn/info/zhuanli/waiguansjz/2009031335913_2.html [最終アクセス日：2017年10月16日]

保護範囲は部分に限られているものの、外観設計が付されている物品の類別及び具体的な機能などについて、必ず専利願書の中で図面又は写真により確定し、かつ、点線で描写し、部分外観設計専利については、実線で確定しなければならない。かかる範囲を超える当該外観設計の使用は、部分外観設計専利権の保護範囲に該当しない。

2017年10月14日に開催された本事業の第二回研究者会議において、瓜本忠夫先生の講演が終わった後、筆者はかつて瓜本先生に次のような問題を提出したことがある。部分外観設計専利について、4つの形式による権利侵害行為を発生し得る。すなわち、部分 vs 部分、部分 vs 全体、全体 vs 全体及び全体 vs 部分である。瓜本先生は「部分 vs 部分」と「全体 vs 全体」の二種類の権利侵害態様について回答し、他の二種類については回答しなかった。会議後のグループディスカッションにおいて、瓜本先生は筆者の要求に応じて、残りの二種類について補充回答してくれた。しかも、上述の四種類の侵害可能態様を巡って、詳細な意見交流を行なった。最後に出された結論は、部分外観設計専利の保護範囲に係る確定原則と、全体外観設計専利の保護範囲に係る確定原則は、完全に同一であるということ、すなわち、部分外観設計専利の保護範囲は、外観設計専利願書において、専利出願人が提出した図面又は写真に示された当該物品の外観設計に準ずることである。図面又は写真に示された物品と異なる種類の物品に対して、同一又は類似の外観設計を使用する場合、当該行為は専利権侵害とならない。

中国で部分外観設計専利を導入した後、たとえ部分外観設計の図面又は写真に示された当該物品と異なる種類の物品に対して、同一又は類似の外観設計を使用したとしても、権利侵害として認定することができない。したがって、中国専利法に外観設計専利を導入することについて、既存の専利制度自体からみれば、決して立法コスト、司法コスト、法執行コストを含むより多い法的コストを増加することもなく、全体の専利法律秩序にも多大な煩いをもたらさないということが分かる。したがって、中国の専利法に部分外観設計専利の保護を導入することは、理論上の正当性も有すれば、現実的な必要性も有し、更に不必要な法的コストを増加せず、よりよい効果ももたらす。

6. 終わりに

中国の専利法第4回改正送審稿では、現行専利法2条4項の改正を提案し、現行の条項に「全体又は部分」という文字を追加し、「外観設計」に対する規定を「物品の全体又は部分の形状、模様又はその結合、及び色彩と形状、模様の結合に対して行われ、優れた外観を備え、かつ、工業应用到した新たな設計を指す。」という内容に改正することを提案した。当該改正提案条文に追加される文字は、専ら「6文字」に過ぎないものの、そもそも専利法にいう外観設計に部分外観設計を含むか否かについて不明であったことから、部分外観設計に対する保護を明確化する内容に改正されている。2015年4月、国務院法制弁公室は「中華人民共和国専利法第4回改正提案稿」を公布し、社会の意見を求めた。今回応募された改正意見は、数千件に達し、部分外観設計専利条項の追加に対する積極的な評価が比較的多かった。しかし、最新情報によれば、当該提案条文は既に改正提案稿から削除されたそうである。ただし、中国の現行専利法2条4項に定義される「外観設計」が「物品全体の外観設計」を指すか、それとも「物品部分の外観設計」を指すかについて、明確に定めていない。すなわち、中国の現行専利法で保護する外観設計専利には、事実上、物品全体の外観設計と物品部分の外観設計専利をともに含んでいる。1984年の専利法の公布、1985年の専利法の施行以来30数年にわたり、人々が中国専利法で保護する外観設計専利が正に物品全体の外観設計であって、部分外観設計を含んでいないものと認めた根本的な原因は、

中国国家専利局（1998年以前の機関）及び国家知識産権局（1998年以降の機関）が制定した「専利審査指南」において、物品の部分外観設計を専利客体の範囲から排除したことである。もし、最新の専利法改正案において、外観設計の定義を訂正せず、かつ、中国国家知産権局が物品の部分外観設計専利の保護が必要であると認めた場合、事実上、「専利審査指南」のみ改正すれば済むことである。勿論、かかる説が成立できるか否かについては、更なる論証が必要になるだろう。

II. 外観設計制度における「部分要素」が全体判断原則に及ぼす影響

国家知識産権局 知識産権発展研究センター 顧 昕¹ 助理研究員

1. 問題の所在

現段階において、中国の『専利法』及びその関連法律の規定には、部分外観設計制度に対する規定がなく、外観設計の権利者が製品の部分の革新に着目して保護を求めようとする時、進歩性のある部分をその他の当該分野における従来の設計に結び付けて類似する外観設計の併合出願を提出し、このような遠回りな方式²によって部分を保護する目的を達成することが多い。世界の主要国家が部分外観設計制度を構築し、それに対応させるために、中国では外観設計登録段階又は権利侵害判断段階に関わらずいずれも「形を変えた」調整³が存在している。制度コストの存在に鑑みて、国内の数多くの学者は部分外観設計制度導入を主張している⁴。

研究者の呼び掛け及び中国企業現段階の発展需要に応じて⁵、『専利法改正草案(審議送付稿、2015年)』に部分外観設計に関する規定を新たに追加した⁶。現在、立法機関は該『草案』に対する審査手続を履行中であり、部分外観設計制度が新しい追加内容の一つとして通過した場合、産業に対し重大な影響を与えることを予見でき、従って、現在審査が注目する重点内容でもある。

中国の現段階に「部分外観設計制度」がない現状で、該制度を導入すべきか否かを判断する前提条件の一つは、現在の実務に採用されている「部分要素の外観設計専利が有効であるか否か及び権利侵害となるか否かを判断することに対する影響」が「実質的に」部分外観設計制度を代替する作用を果たすことができるか否かを明確にすることであり、基本的に代替作用を果たすことができ、且つ制度のコスト

¹ 顧昕：法学博士、中国国家知識産権局知識産権発展研究センター助理研究員、中央財経大学知識産権研究センター非常勤研究員。

² 嚴若艷・吳迦ほか「部分外観設計保護制度研究」『専利法研究(2015年刊)』(知識産権出版社、2018年出版予定)。

³ 例えば、部分外観設計出願人は優先権を享受するために、中国の出願人が海外へ国際出願を提出する場合又は国際出願人が中国において外観設計出願を提出する場合に関わらず、いずれもある程度の調整を行う必要がある。嚴・吳・前掲注(2)参照。

⁴ 早くも2009年に、中国で単独に部分外観設計を設立する必要性に対する研究がそれほど深くない時、該制度を導入する必要があると提起した学者がいた(管育鷹「中日の製品インターフェース設計に関する法律保護の比較研究」『専利法研究(2009年刊)』(知識産権出版社、2010年7月))。近年、GUI外観設計保護の問題が益々多くなることに伴い、多くの研究者は部分外観設計の導入を主張し、GUIの保護要素をより正確に位置付けることができると考えている(馬雲鵬「中国ヨーロッパ電気製品ユーザーインターフェース(GUI)外観設計保護の比較研究」知識産権2013年5期)。別の研究者は米国の関連制度を比較することにより、中国は部分外観設計制度を導入すべきであるとの結論を得た(袁真富・朱華「部分外観設計」の制度設計及びその影—米国の部分外観設計審査実践を参考)中国の発明及び専利2016年11期)。さらに、ある研究者は、米国の部分外観設計制度に比較して、客体を保護範囲内に限定する前提において該制度を導入するか否かを検討すべきであると考えている(吳迦・陳曉・秦鋒「米国の部分外観設計保護制度及びグラフィカルユーザーインターフェース保護制度の発展及び啓発」電気知識産権2014年9期)。

⁵ 中国国家知識産権局ホームページ『専利法改正草案シリーズ(2)部分外観設計保護制度』コーナーにおいて『草案』に部分外観設計制度を新たに追加する原因に対し解答する時、以下のように指摘した。「経済社会の発展に伴い、外観設計の製品の市場競争力を向上させる面における作用が日々顕著になりつつある。近年、中国企業的设计レベル及び設計能力の継続的な向上に伴い、ある分野の外観設計は既に国際レベルを有する。設計革新の實踐において、設計士は破壊的な製品全体設計を行うことがあるが、製品のある部分に対し改善的な設計革新を行う場合がより多い。従って、企業製品の設計革新の角度から又は設計の發展規律から見ても、製品部分に対する設計革新はいずれも製品設計の重要方式になっている。」ウェブサイトアドレス：

http://www.sipo.gov.cn/ztzl/ywzt/zl/jqssxzdsxcg/xylzlfxcg/201704/t20170401_1309234.html [最終アクセス日：2018年1月15日]

⁶ 『専利法改正草案(審議送付稿、2015年)』改正後の2条には、「外観設計とは、製品の全体又は部分の形状、模様又はその結合及び色彩と形状、模様の結合に対し行った美感に優れた工業応用に適する新しい設計を指す。」と規定されている。

が高くない場合、部分外観設計制度を新しく追加する必要がないように捉えられ、逆に、解決できない問題が存在する場合、導入を検討する必要があり、問題解決に向けて、中国の現実的な需要に適合する部分外観設計制度を制定することができる。

2. 判断主体

専利審査指南（2010年）と専利権紛争司法解釈（一）⁷には「一般消費者」が判断主体であり⁸、同時に「全体的観察、総合判断⁹」の原則を実施すると規定されている。単に文字だけの意味から理解すると、製品の細かい変化を捉える能力のない一般消費者が全体から外観設計を観察する場合、「部分要素」は判断に介入する余地がない気がする。しかし、下記のように、「一般消費者」と「全体的観察原則」の具体的な意味にも変化の過程が存在する。

（1）早期事件における「一般消費者」に対する理解

早期の関連訴訟事件において、「一般消費者」に対する理解には明らかな違いがあった。例えば、寧波帥康灯具股份有限公司などと中国国家知識産権局専利復審委員会との専利無効行政事件（街灯外観設計）において、専利復審委員会は、同一又は類似性を判断する時、如何なる限定もない「公衆」を判断主体とし、「通行人」を一般消費者と判断した¹⁰。北京市第一中級人民法院は街灯の購入者及び設置者、メンテナンスをする者こそ一般消費者であると判断し¹¹、その理由は、公衆を外観設計が同一又は類似するか否かを判断する判断主体とする場合、判断の正確性と客観性が欠如し、よって判断の意味を失わせるからであるとした¹²。北京市高級人民法院は北京市第一中級人民法院の一審判決を覆し、一審法院が消費者群を街灯の製造、販売、購入及び設置者に位置付けた観点は『専利審査指南』の判断主体に対する規定に反すると判断し、改めて専利復審委員会の判断を支持し、判断主体を通行人に決定するやり方は適切であると判断した¹³。最後に、2005年のこの事件において、専利復審委員会、一審法院、二審法院の三回にわたる判断を経て、「一般消費者」の概念の内包を何の限定条件もない一般公衆に決定した。

（2）「一般消費者」判断基準の変化

このような「一般消費者」に対する認定基準は、その後の事件において明らかに適切ではない状況が徐々に発生し、特に、半製品（オートバイの車輪）の購入者（組立業者とメンテナンス業者）は必ず何

⁷ 司法解釈の全称は『最高人民法院の専利権侵害紛争事件の審理に適用する法律に関する若干問題の解釈』であり、2010年1月1日に施行。

⁸ 『専利審査指南（2010年）』第四部分第五章第4節、『専利権紛争司法解釈（一）』10条。

⁹ 『専利審査指南（2010年）』第四部分第五章第5節5.2.4全体的観察、総合判断、『専利権紛争司法解釈（一）』11条には、「外観設計の全体的視覚効果により総合判断する」と規定されている。

¹⁰ 専利復審委員会が2004年9月8日に下した6335号無効審判請求審査決定。

¹¹ 北京市第一中級人民法院の行政判決書（2005）一中行初字115号。

¹² 法院は、「街灯は照明機能を有する以外に、一定の装飾機能をさらに有するが、本事件の専利及び引用文献に類似する街灯製品は数メートル高さの電信柱の頂部に取付けられているため、一般的な場合又は公衆と遠く離れるため、又は街灯と公衆の位置する明らかな高低差関係で観察しにくいいため、公衆はこのような比較的伝統的な上部にランプカバーを採用し、ランプカバー内に電球が設置された街灯製品に対し一般的に注意しない」と判断した。

¹³ 北京市高級人民法院の行政判決書（2005）高行終字337号。

の限定条件もない一般公衆と異なり、「万豊オートバイの車輪」事件¹⁴においてオートバイの車輪の判断主体という問題に直面した時、専利復審委員会、一審並びに二審法院、及び最高人民法院の判断¹⁵を経た後、最終的に、「一般消費者」の内包を「組立業者、メンテナンス業者だけでなく、一般購入者、利用者も含む」に広げた。

実務中に現れた問題に鑑みて、2010年版の『専利審査指南』は、2006年版を改正の上、さらに消費者の認知能力を向上し、「一般消費者」は「一般的な設計手法は設計の転用、結合、置き換えなどを含む」に対し常識的な理解をしなければならないと明らかに規定した。さらに、同じく『専利法』に属し発明専利における「当業者」を参照すべきであることを理由として、外観設計が同一又は類似することの判断主体の基準を関連業界内の一般設計者のレベルに向上すべきであるという報告もある¹⁶。『専利審査指南』第五章無効審判手続における外観設計専利の審査の第5節には「一般消費者」の判断能力が以下のよう規定されている。

「異なる種類の製品は異なる消費者群を有する。ある種類の外観設計製品の一般消費者として、以下のような特徴を備えるべきである。(1)事件関連専利の出願日前の同一種類又は類似する種類の製品の設計及びその一般的な設計手法に対して常識的な理解を有する。例えば、自動車に対し、その一般消費者は市販されている自動車及びマスメディアによく見る自動車広告などに開示された情報などがある程度理解しているべきである。一般的な設計手法は、設計の転用、結合、置き換えなどの種別を含む。(2)外観設計製品同士の形状、模様及び色彩における区別に対して一定の判別力を有するが、製品の形状、模様及び色彩の細かい変化に気が付かない」。

この後の法院の判決では、「一般消費者」の認知能力を明らかに向上し、例えば、「キャンピングカーの外観設計¹⁷」の事件において、法院は「一般消費者の知識レベルと認知能力を定義する時は、事件関連専利の同類製品の購入者群を考慮すべきであり、このような関連公衆は市販のキャンピングカー及びメディアによく見かけるキャンピングカーの広告に宣伝されている情報がある程度理解しているべきであり、この面の設計能力は有しないが、購入時にキャンピングカーの設計及び改造前後の状況に対しても一定の常識的な理解を有し、関連キャンピングカーの外観設計状況を熟知する」と判断している。

実務分野の専門家は、外観設計の類似性に対する判断において、日常用品の判断主体とする「一般消費者」のレベルは一般的な社会公衆に比較的近く、非日常用品の外観設計の「一般消費者」は該種別の製品の特定の消費者群の一般的な知識レベルを有するべきであり、該種別の製品に対する認知能力は一般的な社会公衆の該種別の製品に対する認識より高くあるべきと指摘している¹⁸。このような分類によれば、上記事件における街灯、オートバイの車輪及びキャンピングカーなどの製品は「非日常用品(又は半製品)」に認められることができ、それに対応する「一般消費者」は一定の知識レベル及び認知能力を有する取付け及びメンテナンス関係者であり、エンドユーザー(一般公衆)ではないだろう。このような観点は理にかなったものであり、さらに、近年の科学技術レベルの急速な発展に伴い、現代電気製

¹⁴ 該事件の事件評価は、何懷文「外観設計専利：判断主体及び設計空間—最高人民法院「万豊オートバイの車輪」(2010)行提字5号に対する評価」中国専利及び商標2012年1期を参照。

¹⁵ 専利復審委員会が2009年7月23日に行った13657号無効審判請求審査決定、北京市第一中级人民法院行政判決書(2009)一中知行初字第2719号、北京市高级人民法院行政判決書(2010)高行終字467号、最高人民法院行政判決書(2010)行提字5号。

¹⁶ 応振芳ほか「外観設計専利授權基準と保護範囲」中国国家知識産権局条法司編『専利法及び専利法実施細則第三回改正特別テーマ研究レポート』(知識産権出版社、2006年)473頁。

¹⁷ 天津市高级人民法院民事判決書(2014)津高民三終字0019号。

¹⁸ 胡充寒『外観設計専利侵害判定理論及び実務研究』(法律出版社、2010年)106-107頁。

品（携帯電話又は GUI など）が日常用品に属するとしても、一般消費者の関連分野における同類製品に対する十分な理解と認知がなければ、携帯電話などの製品の外観設計が類似であるか否かほぼ判断できない。

従って、製品が日々精緻化されている現代社会において、判断主体の能力が該製品分野における強い認識能力を有する「一般消費者」に「グレードアップ」された時にしか、異なる製品の細かい違いに注意することができず、それにより外観設計が類似するか否かを判断する。これは、「一般消費者」の能力がグレードアップされた後に、「部分要素の全体的判断原則に対する影響」の問題を議論することだけが実際的に有意義であることを意味する。2005年の前記「街灯事件」における「一般消費者」が一般公衆である観念を固く堅持する場合、電気製品（携帯電話又は GUI など）の細かい変化に一般公衆は気づくことができず、「部分要素」も根本的に「部分外観設計制度」の作用を代替することができない。

3. 全体的観察原則における「部分要素」の外観設計の同一又は類似の判断に対する影響

中国の部分外観設計類似性の判断に対する規定は、主に『専利審査指南（2010年）』、『専利権紛争司法解釈（一）¹⁹』及び『専利権紛争司法解釈（二）²⁰』に集中している。2010年の『専利権紛争司法解釈（一）』が公表される前に、法院は権利侵害判断中であっても長期的に『専利審査指南』における無効審判手続における外観設計専利に関する審査規則を適用することができる。そのため、中国の外観設計侵害事件において、行政権利確定規則及び司法権利侵害規則の両者は常に区別されず適用されており、一部の法官及び審査部門の専門家は、さらに、行政権利付与・権利確定手続は権利侵害判定と同じ基準を堅持すべきであると考えており²¹、言い換えれば、法院は、外観設計専利の引用意匠との距離を規定する場合、社会公衆の行為と専利権との距離を同様に規定すべきである²²。従って、本文は論述する時も行政権利確定規則と司法権利侵害規則の適用分野を特に区別しない。

（1）全体的観察、総合判断原則

『専利審査指南²³』、『専利権紛争司法解釈（一）²⁴』には、外観設計が同一又は実質的に同一であるか否かを判断する時、全体的に観察し、総合判断することが基本原則であると明確に規定されている。具体的に言うと、以下のとおりである。

（i）全体的観察、総合判断原則（全体的視覚効果原則）

『専利審査指南』は、全体的観察、総合判断原則を、「比較する時に、全体的に観察し、総合判断する方式を採用すべきである。全体的観察、総合判断とは、外観設計の一部又は部分から判断結論を得るのではなく、事件関連専利と引用設計の全体から判断することを指す。」と規定している。

¹⁹ 前掲注（7）

²⁰ 司法解釈の全称は、『最高人民法院の専利権侵害紛争事件の審理に適用する法律に関する若干問題の解釈（二）』であり、2016年4月1日施行。

²¹ 馬雲鵬『外観設計法律保護モードの研究』（知識産権出版社、2016年）60頁。

²² 林笑躍・劉稚ほか「外観設計制度の完全化」中国国家知識産権局条法司編『専利法実施細則改正特別テーマ研究レポート（下巻）』（知識産権出版社、2008年）430頁。

²³ 『専利審査指南（2010年）』第四部分第五章第5節5.2.4全体的観察、総合判断。

²⁴ 『専利権紛争司法解釈（一）』11条。

『専利権紛争司法解釈(一)』には上記と類似する全体的視覚効果原則が規定され、呼称は異なるが、実質的な内容は下記のように基本的に同じである。「人民法院は、外観設計が同一又は類似するか否かを認定する時、授權外観設計、被控訴権利侵害設計の設計特徴に基づき、外観設計の全体的な視覚効果を持って総合判断を行い…被控訴権利侵害設計と授權外観設計の全体的な視覚効果における違いがない場合、人民法院は両者が同じであると認定し、全体的な視覚効果に実質的な違いがない場合、両者が類似すると認定すべきである。」

(ii) 早期法院の判決に全体的觀察、総合判断の原則を適用する状況

①早期(2010年以前)法院の判決において、「全体的觀察、総合判断」原則を徹底に実行しているが、多くの判決は部分要素の影響に対し細かく分析せず、部分要素の全体的な判断に対する影響が大きくない。

フィアット自動車の外観設計侵害事件²⁵を例とする場合、法院は「外観設計専利侵害判断において、主に被控訴権利侵害物と専利の図面又は写真に示された形状、模様、色彩を比較して、両者が同一又は類似するか否かを決定する」と指摘し、具体的に、該事件において、法院は、原告のフィアットオート有限公司の外観設計専利に示された外観設計を、被告の長城汽車股份有限公司の長城精靈車種と比較し、被告の車種の「前面図、左側面図、右側面図、背面図はいずれも原告のフィアットオート有限公司の外観設計専利と明らかに異なり、特に、一般消費者が注目する車種のフロントフェイスとテールランプの違いが最も明らかで、該明らかな違いは一般消費者の上記両車種の設計に対する誤認をもたらすことがない」と判断している。該事件において、法官は消費者が注目する部位(フロントフェイスとテールランプ)の全体的判断に対する影響を言及したが、その理由をさらに分析せず、従来設計以外に、創造性を有する設計部分、機能性設計、設計空間などの部分要素に対する分析も触れていない。該事件において、具体的な要素が全体的判断原則に如何に「影響」しているか言及されず、実質的には全体的判断の原則に基づいて権利侵害するか否かの結論を出したと考えられる。

外観設計の改良の余地が小さいゆば外観設計事件²⁶においても、法院は類似となるか否かを判断する時に部分要素の影響を考慮していない。法院は被控訴侵害の「半円形ゆばと係争外観設計専利の外観設計を比較し、両者の全体的な形状が半円形であり、現れた模様の生地がいずれも均一に示され、区別は係争専利の模様の色合いが黄色であり、被控訴侵害製品は薄い黄色であることである」と判断し、さらに「外観設計専利権侵害の判断原則によれば、両者の外観は類似となり、被疑侵害製品は係争専利の保護範囲に入る」と言う結論を得た。ゆばは中国の古くから伝わる伝統的な軽食として、外観の改良空間が非常に限られており、法院は、従来設計以外に創造性を有する設計部分を指摘していないだけでなく、設計空間の問題も議論せず、部分要素を検討していない状況で直接類似するか否かの判断を下した。

②また、一部の事例に部分要素が言及されたが、法院は権利者が主張する部分における革新部分は「全体的判断」に影響を与える重要部分ではないと判断し、最終的に、法院に認定された全体に影響を与える可能性のある部分に基づいて権利侵害となるか否かを判断し、このような認定方法は実質的に権利者が提出した部分要素の影響を考慮していないことに等しい。

²⁵ フィアットオート有限公司(FIAT AUTO S.P.A)と長城汽車股份有限公司との専利権侵害紛争事件、石家庄中級人民法院の民事判決書(2007)石民五初字第00115号。

²⁶ 鄭坑全及び陳樹根の「ゆば」外観設計専利侵害紛争事件、福建省高級人民法院民事判決書(2005)閩民終字215号。

フィアット自動車の外観設計侵害事件の二審判決において²⁷、法院は、原告の権利者が提出した「事件関連専利の主要部分は外観設計の側面図部分であるが、一般消費者は自動車のフェイス部に対してより大きい関心を見せ…自動車のフェイス部は事件関連専利の主要部分であるべきである」と判断し、法院は、該事件における自動車のフェイス部の両者は類似せず、よって被告の自動車外観は権利侵害にならないと判断している。

また、例えば、蛍光灯の外観設計専利侵害事件²⁸において、法院は権利者が主張する部分に対して比較分析し、「被告のランプはサイズ、彎曲の度合いにおいて原告の専利製品と少々異なる」の判断を得たが、全体的観察原則から見ると、法院は両者の「全体的視覚効果は基本的に同様であり、同じ種類の照明製品に属し、一般消費者は両者の区別を区分し難い」と判断し、さらに、被告は原告の製品「蛍光灯（四佛手）」の外観設計専利権を侵害したと認定した。

（iii）評価

法院は早期の多くの事例において「全体的に実行、総合判断」の基準を徹底的に実行し、権利者が提出した部分の革新要素を検討せず、又は革新要素を比較したが、「全体的観察原則」でこのような部分要素の区別は全体的判断に対し影響を与えることができないと判断した。このような相対的に簡単な判断手法は、早期事件における外観設計の同一又は類似性の判断基準を不明確にし、主観的色合いが濃厚である。そのため、一部の法官は、「中国の司法実践において、実質的に同じである認定は事件個別化をする色合いが有り、異なる製品の外観設計が有する共通点と相違点は異なり、その他の事件に対し一般的に参考の価値を有することが難しい²⁹」と嘆いている。

（2）「部分要素」の外観設計の同一又は類似の判断に対する影響

中国経済社会の迅速な発展に伴い、立法と司法レベルも迅速に発展する軌道に入り、知的財産権分野も例外ではない。ある程度の経験を積み重ねた後、立法と司法のいずれもより精緻化の方向に発展し、一步一步国際発展水準に近づいている。中国には今まで部分外観設計制度が構築されていないが、外観設計の同一又は類似性の判断において、部分要素の影響をより重視している。行政審査と司法権利侵害判断においても、いくつかの部分要素の全体的判断に対する影響規則を確立している。

（i）「部分要素」の全体的判断に対する影響規則

「全体的観察、総合判断」の第一原則を堅持する上、『専利審査指南（2010年）』と『専利権紛争司法解釈（一）』及び『専利権紛争司法解釈（二）』は部分要素の全体的判断に対する影響規則を規定し、司法事例によく発生する問題に合わせて、主な判断規則を以下のように纏めた。

①通常通りに使用する時に観察されやすい部位はその他の部位に比べて、一般的に外観設計に対する

²⁷ フィアットオート有限公司（FIAT AUTO S.P.A）と長城汽車股份有限公司との専利権侵害紛争事件、河北省高級人民法院の民事判決書（2008）冀民三終字84号。

²⁸ 廈門市東林電子有限公司と廈門市高聯科技工貿有限公司の「蛍光灯（四佛手）」外観設計専利侵害紛争事件、福建省廈門市中級人民法院民事判決書（2007）厦民初字第122号。

²⁹ 芮松艷「外観設計法体制化研究」中国社会科学研究生院博士論文、CNKI中国博士学位論文全文データベース掲載。最終アクセス日：2018年1月10日。

全体的視覚効果はさらに顕著な影響を有する³⁰。

②授権外観設計のその他の設計特徴に比べて、授権外観設計の従来の設計と区別される設計特徴は、一般的に外観設計の全体的視覚効果に対しさらに顕著な影響を有する³¹。

③製品設計空間のサイズは、全体的視覚効果に対しても一定の影響を有する。設計空間が大きい場合、一般消費者は異なる設計間の小さい区別に注意しにくく、設計空間が小さい場合、一般消費者は異なる設計間の小さい区別により注意しやすい³²。

④反対規定：機能性設計特徴は全体的視覚判断に対する影響を有しない³³。

(ii)「部分要素」の部分外観設計に対する部分代替作用

2010年『専利権紛争司法解釈(一)』の実施をきっかけに、部分要素の外観設計侵害判断に対する影響は、司法解釈に明文化されており、従って、法院は司法判決において部分要素の外観設計の全体的判断に対する影響を考察することをさらに重視している。

「蓄熱板」の外観設計事件³⁴において、最高人民法院は、被控訴侵害設計の「3つの浅い溝」が製品の外面に位置し、消費者により直接観察されやすい部位に属し、全体的視覚効果に対し顕著な影響を与え、被控訴侵害設計と授権外観設計の全体的視覚効果における実質的な区別を発生させたと判断している。一方、法院は、事件関連専利の直方体両端接続部の設計特徴が、「授権外観設計の従来設計と区別される設計特徴」に属し、「外観設計の全体的視覚効果にさらに影響を与える」と判定し、両者を比較する場合、授権外観設計は直方体両端接続部において「S」形に近い曲面であり、被控訴侵害設計は直方体両端接続部において純粋な弧状曲面であり、法院は、両者のこの面における区別は全体的視覚効果に対する影響が著しく、両者の全体的視覚効果における実質的な区別を発生させると判断し、従って、最終的に被控訴侵害設計が外観設計専利権の保護範囲に入っていないと判定した。

最高人民法院が前記事件において言及した「観察されやすい部位」、「従来設計と区別される設計特徴」の二つの「部分要素」のほか、各地法院も段々その他の「部分要素」を熟練に運用して外観設計の同一

³⁰ 『専利審査指南(2010年)』第四部分第五章第6節の6.1(1)：「事件関連専利と従来の設計を全体的に観察する時、使用する時に観察されやすい部位をさらに注目すべきであり、使用する時に観察されやすい部位の設計変化は観察されにくく又は観察することができない設計変化に対して、通常全体的視覚効果に対する影響がさらに顕著である。」「専利権紛争司法解釈(一)』11条2節1項：「以下の場合、通常外観設計の全体的視覚効果に対しさらなる影響を有する：

(一) 製品を通常通りに使用する時に観察されやすい部位に対するその他の部位」。

³¹ 『専利審査指南(2010年)』第四部分第五章第6節の6.1(2)：「製品における一部の設計が該種類製品の通常の設計(例えば、リングプル付きの缶製品の円筒形状設計)と証明された時、その他の変化は通常全体的視覚効果に対してさらに顕著な影響を有する。」「専利権紛争司法解釈(一)』11条2項2号：「以下の場合、通常外観設計の全体的視覚効果に対してさらに影響する。…(二) 授権外観設計の従来設計と区別される設計特徴の授権外観設計に対するその他の設計特徴」。

³² 『専利権紛争司法解釈(二)』14条：「人民法院は一般消費者の外観設計に対する知識レベルと認知能力を認定する時、一般的に被控訴侵害行為が発生した時に授権外観設計が属する同一又は類似する製品の設計空間を考慮すべきである。設計空間が大きい場合、人民法院は一般消費者が通常異なる設計の間の小さい違いに注意しにくいと認定することができ、設計空間が小さい場合、人民法院は一般消費者が通常異なる設計の間の小さい違いにより注意しやすいと認定することができる」。

³³ 『専利審査指南(2010年)』第四部分第五章第6節の6.1(3)：「製品の機能により唯一に限定される特定の形状は全体的視覚効果に対して通常顕著な影響を与えない。」「専利権紛争司法解釈(一)』11条1項：「主に技術機能により決定される設計特徴及び全体的視覚効果に対して影響を与えない製品の材料、内部構造などの特徴は、考慮すべきではない」。

³⁴ 張大勇と白山市江源区宏成瓦業有限公司などの外観設計専利権侵害紛争事件、最高人民法院の民事判決書(2012)民提字171号。

又は類似性を総合判断している。例えば、「マウス」外観設計事件³⁵において、法院は製品の「設計空間」要素の影響を考慮して、「マウスはコンピュータ周辺機器製品として、輪郭全体が手のひらで軽く握ることに適する形状であるほか、製品のボタンの具体的な形状、背部模様設計、ボタン配置設計などはいずれも大きい設計空間を有する」と判断し、司法解釈に規定の「設計空間が大きい場合、一般消費者は異なる設計間の小さい区別に注意しにくい」という判断規則によれば、該事件において「被控訴侵害製品の外観設計と事件関連専利の外観設計との相違点は部分の細かい区別に属するだけであり」、消費者はその中の小さい区別に注意しにくく、該区別は「全体的視覚効果に対して顕著な影響を与えない」ため、被控訴侵害製品は外観設計専利権の保護範囲に入る。

「携帯電話フレーム」の外観設計事件³⁶において、法院は機能性要素の全体的判断に対する影響を考慮して、該事件において、「授権された設計において特定の機能を実現するための携帯電話フレームの孔位置設計は、被控訴侵害製品に授権外観設計と同一又は類似する外観設計を採用したか否かを判断する時、考慮しない技術的特徴に属する」と認定している。

『専利審査指南（2010年）』及び『専利権紛争司法解釈（一）』が2010年に施行されてから、8年間の継続的な適応調整を経て、権利の有効又は侵害となるか否かの判断に関わらず、行政と司法は外観設計の同一と類似性を判断する時、既に「部分要素」を十分に議論する分析モードを形成している。「観察されやすい部位」、「従来設計と区別される設計特徴」、「設計空間のサイズ」、「機能性要素を排除する」などの部分要素は、各級法院の判決においてますます熟練に運用されている。現在、中国には部分外観設計制度が構築されていないが、「部分要素」の全体的判断原則に対する影響は既に部分外観設計制度を部分的に代替する作用を果たしていると考えられる。

（3）「部分要素」の制限性

現段階の実務において、「部分要素」の全体的判断原則に対する影響は、既に部分外観設計制度を部分的に代替する作用を果たしている。さらに、「部分要素」の存在が部分外観設計制度を代替して作用を果たすことができる以上、我々は『専利法』の第4回改正時に部分外観設計制度を構築する必要がないのではないかと考えても良いのか。以下二つの事例から分かるように、「部分要素」が部分外観設計制度を代替することを実務中に運用することは、解消できない欠点があり、このような結論を出すのはまだ早い。

（i）権利者の保護意図から離れた「部分要素」の判断基準

「手持ち式シャワーヘッド」外観設計事件³⁷：2012年11月29日に、原告の高儀公司是浙江省台州市中級人民法院（以下、一審法院と略称する）に訴訟を提起し、被告の健龍会社が生産、販売及び販売承諾しているシャワー商品は、自分が所有する「手持ち式シャワーヘッド³⁸」の外観設計専利製品と同一

³⁵ 深セン市鑫沃野電子科技有限公司、東莞市銘冠電子科技有限公司外観設計専利権侵害紛争事件、広東省高級人民法院判決書（2017）粵民終2661号。

³⁶ 広州亨特富電子科技有限公司が深圳数格尚品科技有限公司などを外観設計専利権を侵害したと起訴した紛争事件、広東省広州市中級人民法院判決書（2013）穗中法知民初字第562号。

³⁷ 高儀股份有限公司と浙江健龍衛浴有限公司の外観設計専利権侵害紛争事件、最高人民法院の民事判決書（2015）民提字23号。

³⁸ 型番：(NO.A4284410X2)、専利番号：ZL200930193487.X。

又は類似し、権利侵害となると主張し、法院に、被告の健龍公司に侵害を停止し、在庫製品と金型を廃棄し、損害を賠償するように命ずることを請求している。

【図表-1】



①一審法院の判決理由⁴¹：原告権利者の「手持ち式シャワーヘッド」の外観設計専利は合法的且つ有効であり、比較を経て原告の事件関連外観設計専利と被告の被控訴侵害製品の同じところと8か所の異なるところを得た。両者が類似であるか否かを判断する時、法院は、「事件関連専利と被控訴侵害製品は、シャワーヘッドの蓮口部の設計において高度に類似するが、シャワーのヘッド部周辺的设计、シャワーのヘッド周辺と蓮口部の分割方式、ハンドル全体形状と細部の設計、ハンドルとヘッド部の接続方式及びサイズの比例においていずれも区別がある。」と指摘している。

原告は、シャワーヘッド部が事件関連専利の設計特徴であり⁴²、単独に考慮する価値のある「部分要素」であり、被控訴侵害製品のヘッド部の設計はそれと同様であるため、事件関連外観設計専利権に対する侵害になると認定すべきであると主張している。しかし、法院は、二つの設計特徴が存在すると判断し、すなわち、「シャワー製品はヘッド部とハンドルの二つの主要部分を含むべきであり、両者それぞれの設計特徴及び両者の接続方式と比例サイズは、製品の使用時にいずれも直接観察されやすく、シャワー製品の全体的視覚効果を構成する基本であり、該種類製品に設計の美感を付与する」。法院は、「部分要素」とする二つの設計特徴を比較した後、「被控訴侵害製品と事件関連外観設計専利は、全体的視覚効果において実質的な区別があり、両者は類似しない」と判断し、従って被告の製品は権利侵害にならない。

³⁹ 図面は知産宝ウェブサイト審判文書検索インターフェースに由来し、(2015)民提字23号最高人民法院の再審民事判決書。

⁴⁰ 図面はニュース報道『中国浴室企業強くなれ、健龍衛浴は高儀との専利侵害事件に勝訴』に由来し、ウェブサイトアドレス：<http://www.jieju.cn/News/20151211/Detail1785446.shtml> [最終アクセス日：2018年1月10日]

⁴¹ 浙江省台州市中級人民法院民事判決書(2012)浙台知民初字第573号。

⁴² 高儀公司是、「ヘッド部の排水孔は両端が円形であり、中央が長方形である領域内に放射状に分布され、縁部が円弧状を呈する設計は事件関連専利の設計特徴部分である」。

原告は一審判決に不服があり、浙江省高級人民法院（以下、二審法院と略称する）に上訴した。

②二審法院の判決理由は以下のとおりである⁴³。二審法院は一審法院が認定した部分「設計特徴」の二つの「誤り」を是正し、二審法院は、事件関連専利の設計特徴を決定することに対し、①権利侵害比較は区別点の簡単な並びと累積ではなく、「全体的観察、総合判断」の比較原則を厳しく守るべきであり、②専利の簡単な説明に記載することを前提条件とせず、原告は専利の簡単な説明においてシャワーのヘッド部の蓮口部を設計特徴に標記していないが、その他の外観設計と区別される一定的な認識性を有する設計要点を備えれば、その設計特徴と決定できると判断している。

二審法院は、原告の事件関連専利の「部分要素」の設計特徴に対する主張を支持し、原告は「そのヘッドの滑走路状の蓮口部が専利の設計特徴と視覚の重要部分であり、該部分は確かに事件関連専利の最も認識可能性を有する設計であり、主な視界面積を占め、比較的に独特な設計美感を与えることができると明らかにし」、「そのため、事件関連専利における滑走路状のヘッド蓮口部の設計は、従来設計と区別される設計特徴として重点的に考慮すべきであり、被控訴侵害設計は上記と非常に類似する蓮口部設計を採用しており、事件関連専利の該設計特徴を備える」。二審法院は、原告が主張する「ヘッドの蓮口部設計」が重点的な考慮要素であることを肯定した以外に、さらに「シャワーヘッドの全体的な輪郭、シャワーヘッドとハンドルの長さの分割割合などにおいて」被控訴侵害設計は事件関連専利設計に比べて非常に類似すると判断する。また、被控訴侵害設計と事件関連専利設計の主な区別の一つである「滑走路状の押しボタン設計」に対して、二審法院は、該設計は「機能性に基づく設計であり、製品の全体的視覚効果に対して顕著な影響を与えていない」と判断した。「一審判決がまとめたその他の区別点については、例えば、シャワーのヘッド部の周辺設計及び蓮口部との分割方式、ハンドルの形状、ハンドルとヘッド部との接続方式などに存在する区別は細かく、製品の全体的視覚効果において被控訴侵害設計と事件関連専利設計に実質的な区別を発生させていない」と判断した。要するに、二審法院は一審判決の結論を覆し、被控訴侵害製品は専利権の保護範囲に入り、侵害となると判断した。

被告は二審判決に不服があり、最高人民法院に再審を申し立てた。

③再審法院の判決理由は以下のとおりである⁴⁴。最高人民法院は、先ず設計特徴を巡って、一連の関連規則を提出した。提出された「設計特徴」の定義は、「一つの外観設計は従来設計と区別される認識可能性の新規設計を有しなければ専利権を付与すべきではなく、該新規設計は授権外観設計の設計特徴である」である。「設計特徴が存在するため、一般消費者は容易に授権外観設計を従来設計と区別することができ、従って、外観設計製品の全体的視覚効果に対して顕著な影響を有し、被控訴侵害設計に授権外観設計の従来設計と区別される全ての設計特徴が含まれていない場合、一般的に被控訴侵害設計と授権外観設計は類似しないと推定することができる」。

設計特徴の「決定方法」について、最高人民法院は、「専利権者は設計特徴を簡単な説明に記載する可能性があり、専利権利付与・権利確定又は侵害手続において設計特徴に対し対応する陳述を行う可能性もある。「主張する側が立証する」の証拠規則に基づき、専利権者は主張する設計特徴を立証すべきである。」と判断する。「人民法院は各当事者の反対尋問意見を聴取した上、証拠を十分に審査し、法により授権される外観設計の設計特徴を決定する」。

具体的に本事件において、原告の権利者が「滑走路状の蓮口部を事件関連授権外観設計の設計特徴と

⁴³ 浙江省高級人民法院民事判決書（2013）浙知終字 255 号。

⁴⁴ 最高人民法院民事判決書（2015）民提字 23 号。

主張する」ことに対し、最高人民法院は「全体的形状から見て、先開示された設計と比べる時、本専利のヘッド及びその各面が移行する形状、ヘッドの正面蓮口領域の設計及びヘッドの幅とハンドルの直径との比例には大きい区別が有り、上記区別はいずれも一般消費者に注目されやすい設計内容である」ため、原告が主張するヘッドの蓮口部形状の設計は事件関連授権外観設計の設計特徴の一つに属すると判定した。

設計特徴以外に、外観設計製品が通常通りに使用される時に観察されやすい部位も「部分要素」の全体的判断に対する影響要素の一つであり、「観察されやすい部位」を如何に決定するかについて、最高人民法院は一审法院と同じ観点を持ち、「シャワー製品の直接観察されやすい部位はシャワーのヘッド部の蓮口部に限らず、シャワー製品の外観設計の全体的視覚効果に対して総合的に判断する時、そのヘッド、ハンドル及びその接続部をいずれも直接観察されやすい部位として考慮すべきである」と判断した。

二審法院が、事件関連授権外観設計のハンドルにおける押しボタンを機能性設計特徴であると認定した結論に対して、最高人民法院は逆の観点を持ち、「シャワーヘッドのハンドル位置に押しボタンを設置する場合、該押しボタンの形状は様々に設計することができる。一般消費者はシャワーヘッドのハンドル上の押しボタンが見えた時、自然的にその装飾性に注目し、該押しボタンにより水流の開閉を制御する機能を実現できるか否かだけを考慮するのではなく、該押しボタンの設計が美しいか否かを考慮する」と判断し、最終的に、ハンドルにおける押しボタンは機能性設計特徴に属せず、二審法院の結論は誤っており、是正すべきであると認定した。

最後に、被控訴侵害製品の外観設計と事件関連授権外観設計とが同一又は類似するか否かの問題を認定する時、設計特徴以外に、最高人民法院は、「区別される設計特徴」と「最も容易に直接観察される部位」を含むその他の部分要素も考慮した。具体的に言うと、①最高人民法院は、事件関連専利の設計特徴を決定する時、中国国家知識産権局専利復審委員会の17086号無効審判請求審査決定に提出された三つの設計特徴⁴⁵を参照し、原告が主張する「ヘッドの蓮口部形状の設計特徴以外に、ヘッド及びその各面の移行する形状、ヘッドの幅とハンドルの直径との比例などの設計特徴も製品の全体的視覚効果に顕著な影響を与える」と判断した。②最高人民法院は、「非設計特徴以外の被控訴侵害製品の外観設計と事件関連授権外観設計の区別される設計特徴に対し、両者に全体的視覚効果に対して明らかな区別を十分に発生させることができれば、考慮すべきである」と提出した。③シャワー製品のヘッド、ハンドル及びその接続部はいずれも通常通りに使用する時に直接観察されやすい部位であり、全体的視覚効果を総合的に判断する時、上記部位における設計をいずれも重点的に考察すべきである。三つの要因を統合し、最終的に、法院は考察を経て以下のように判断した。「被控訴侵害製品の外観設計には事件関連授権外観設計の全ての設計特徴、及び被控訴侵害製品の外観設計と事件関連授権外観設計のハンドル、ヘッド及びハンドルの接続部における設計などの区別される設計特徴が含まれていないため、全体的視覚効果において両者を明らかに区別させ、両者は同一でも類似でもなく、被控訴侵害製品の外観設計は事件関連外観設計専利の保護範囲に入っていない。二審判決は、事件関連授権外観設計の滑走路状蓮口部の設計特徴だけを重点的に考慮し、事件関連授権外観設計のその他の設計特徴、及びシャワー製品を通常通りに使用する時にその他の直接観察されやすい部位における被控訴侵害製品の外観設計と事件関連授権外観設計専利との区別される特徴を考慮せず、両者が類似すると認定したが、それは法律適用の誤

⁴⁵ 中国国家知識産権局専利復審委員会17086号決定は、事件関連外観設計専利の設計特徴は、1)ヘッド及びその各面の移行形状であり、2)ヘッド排水面形状であり、3)ヘッドの幅とハンドルの直径との比例であると認定している。

りであり、当院は是正する」。最高人民法院は、二審法院の判決を覆し、被控訴侵害製品の外観設計が権利侵害にならないと判決を変え、改めて一審判決を維持した。

④評価。本事件において、原告の権利者は、事件関連外観設計専利のシャワーのヘッド部が設計特徴であり、被控訴侵害設計と類似することを判断する決定的な「部分要素」でもあると主張している。しかし、一審判決において、法院は、事件関連専利のシャワーのヘッド部以外に、さらにもう一つのハンドル部の「部分要素」があると判断した。原告が主張する「部分要素」に基づいて単独に観察すると、被告の製品設計は侵害となるかもしれないが、法院は主動的に認定した二つの「部分要素」を結び付けて見た結果、両者に大きな違いが存在し、被告の製品は外観設計専利権の保護範囲に入っておらず、侵害にならないと判断した。二審法院に上がり、法院は原告の権利者の「部分要素」設計特徴に対する主張を支持し、ヘッドの滑走路状の蓮口部が専利の設計特徴と視覚重要部分であると明確にし、これによって一審判決を覆し、被告の製品が外観設計専利権の保護範囲に入り、侵害となると判断した。最高人民法院の再審段階に入って、法院は中国国家知識産権局専利復審委員会の判断を尊重し、専利復審委員会が無効審判請求審査決定において決定した三つの設計特徴を「部分要素」として援用したが、その上、最高人民法院は、「非設計特徴以外の区別される設計特徴」及び「直接観察されやすい部位」は、いずれも外観設計の同一及び類似性の判断に影響することができる「部分要素」である判断し、概算し、最高人民法院の基準に従うと、判断結論に影響する「部分要素」は本事件において少なくとも7つ以上である。すなわち、同様な1つの事件に対し、権利者は全体的判断に影響する「部分要素」は1つであると主張し、一審法院は2つであると判断し、二審法院は1つであると判断し、最高人民法院は少なくとも7つ以上であるべきだと判断した。

確かに、中国の『専利審査指南』及び『専利権紛争司法解釈（一）、（二）』により確立された「部分要素」規則は、全体的観察原則を保障する上、最大限且つ全面的に「部分要素」の事件関連外観設計と被控訴侵害設計全体に与える可能性のある影響を規定している。しかし、具体的な事件において、法院が分析し考慮する「部分要素」が多いほど、権利者が実際に保護しようとする「部分要素」（又は、部分外観設計制度を導入する場合、権利者が部分外観設計を出願する部分）は逆にさらに「希釈化」された。二審法院のように権利者が提出した「部分要素」だけを考察するやり方は、部分外観設計制度の保護態様に最も近く、最高人民法院のように様々な「部分要素」を考慮するやり方は、逆に権利者の保護しようとする部分特徴に限定できず、一定的な程度で権利者と関連公衆の予測可能性を低下させている。この意味から、「部分要素」の法院の判決における日々精緻化及び複雑化して発展することは、逆に部分外観設計制度から遠く離れて行き、よって部分外観設計制度を代替する目的を果たすことができない。

（ii）「部分要素」判断の予測可能性問題

携帯電話の外観設計事件⁴⁶：2014年12月31日に、深セン佰利公司是アップル社のiPhone 6、iPhone 6 plus 2モデルの携帯電話が自社携帯電話の外観設計専利権を侵害したと主張し、北京市知識産権局に行為者に権利侵害行為の停止を命ずることを請求した⁴⁷。2016年5月10日に、北京市知識産権局は、アップル社の製品設計が権利者の深セン佰利会社が所有する外観設計専利の保護範囲に入ると認定し、

⁴⁶ 原告のアップル電腦貿易上海有限公司、北京中復電訊設備有限責任会社が、被告の北京市知識産権局を起訴した第三者専利行政紛争事件、北京知識産権法院行政判決書（2016）京73行初2648号。

⁴⁷ 国特有の知的財産権保護二重制度によれば、権利侵害が発生した時、専利権者は裁判所に訴訟を提起することができるだけでなく、行政機関に救済を求めることを選択することもできる。

アップル上海会社に販売を停止することを命じた⁴⁸。アップル社は北京市知識産権局の行政決定に不服があり、原告として北京市知識産権法院に行政訴訟を提起した。該事件において、北京市知識産権局は被告であり、外観設計の権利者である深圳佰利公司是第三者である。2017年3月24日に、北京市知識産権法院は判決を下し、北京市知識産権局の行政決定を覆し、アップル上海会社の製品は事件関連専利の保護範囲に入っておらず、侵害にならないと判断した。

【図表-2】



行政訴訟の原告であるアップル社の
携帯電話外観



行政訴訟の第三者、事件関連専利権
者である佰利会社の携帯電話外観

①北京知識産権局の行政決定における判断：被控訴侵害製品と事件関連専利の外観設計製品とが類似するか否かの問題について、北京知識産権局は、両者の設計特徴には6か所の違いが存在し、その内前5つの⁴⁹違いはいずれも機能性設計に属し、外観設計専利侵害となるか否かを判断する設計特徴としてはならず、6つ目の違いは側面の弧度であると判断し、被控訴侵害製品外観設計の側面の弧度は事件関連専利外観設計の側面の弧度と細かい違いがあるが、「一般消費者が注意しにくい細かい違いに属し、被控訴侵害製品と事件関連専利の外観設計製品は顕著な区別がないと認定すべきであり、類似することに属し、すなわち、被控訴侵害製品は事件関連専利の保護範囲に入る」と判断した。これにより、北京知識産権局は、アップル上海会社が被控訴侵害製品を販売した行為は、佰利公司の外観設計専利権を侵害すると判定し、中復公司及び中復公司工体商場に販売の承諾と被控訴侵害製品の販売を停止し、アップル上海会社に被控訴侵害製品の販売を停止することを命じた。アップル社は北京市知識産権局のこの行政決定に不服とし、原告として北京市知識産権法院に行政訴訟を提起した。

②北京知識産権法院の判断：事実認定部分において、北京知識産権法院は、被告の北京知識産権局が認定した6つの事件関連専利設計と被控訴侵害設計の区別される設計特徴以外に、原告のアップル社及び第三者の中復公司工体商場が主張するその他の区別される設計特徴がさらに存在すると判断した。被

⁴⁸ 北京知識産権局専利権侵害紛争処理決定書京知執字（2016）854-16号。

⁴⁹ 五つの違いはそれぞれ以下のとおりである。1.正面スクリーンの下部ボタンが異なる。2.側面ボタンのレイアウトが異なる。3.スピーカ孔とヘッドホン孔の位置が異なる。4.背面ストロボの位置が異なる。5.被控訴侵害製品の背面の上、下部に左右の側面に延伸する二本の横線が有るが、事件関連専利にはない。

告がこれらの区別される設計特徴を漏えいしたことは、事実認定の誤りに属し、法院は自ら 13 の区別される設計特徴をまとめた⁵⁰。

被告である北京市知識産権局が権利侵害判断の根拠とすることができないと判断した5つの機能性設計特徴に属する違い（それに応じて、北京知識産権法院は7つの違いに分けた⁵¹）を、北京知識産権法院は全て否定し、この5つの違いは美しさの必要に応じて選択することができ、機能性設計に属しないと判断した。

法律認定部分において、北京知識産権法院は、被控訴侵害設計と事件関連専利設計が類似するか否か、特に区別される設計特徴の全体的法律に対する影響を分析する時、設計重要部分（消費者により容易に観察される部位）、設計要点（事件関連専利設計の従来設計と区別される設計特徴）、設計空間の全体的視覚要素に対する影響を重点的に分析し、各角度の図面に合わせてそれぞれ分析した後以下のような分析結論を出した。「一般消費者が観察しやすい部位について、被控訴侵害設計の正面は事件関連専利設計と全く異なり同類の携帯電話において新しい円形ボタンを採用し、背面全体は流線型設計により明らかに領域が分けられ、これら流線型は携帯電話の側面へ延伸し、携帯電話の画面側辺と対称となるH型設計となり、設計は特別で、高い装飾性を有し、一般消費者に観察されやすい。同時に、被控訴侵害設計は側面にミュートキーが添加され、音量キーの形も事件関連専利設計と異なり、一般消費者の全体的視覚効果にも影響を与える。より重要なことは、事件関連専利設計は正面から背面まで非対称的な弧状設計と特定曲率の過渡設計を採用したことであり、これは事件関連専利設計と従来設計との明らかに区別される設計要点である。被控訴侵害設計に採用されたのは完全に対称となる弧状設計であり、これは被控訴侵害設計と事件関連専利設計との明らかな区別の一つでもある」。北京知識産権法院は、最高人民法院が前記「手持ち式シャワーヘッド」外観設計事件⁵²において提出した「被控訴侵害設計に授權外観設計の従来設計と区別される全ての設計特徴が含まれていない場合、一般的に被控訴侵害設計と授權外観設計が類似しないと推定することができる」という観点を引用し、「被控訴侵害設計と事件関連専利設計とのこの区別は全体的視覚効果に対してより重要な影響を有する」と判断した。さらに、「全体的に言うと、被控訴侵害設計と事件関連専利設計は、携帯電話の形状、四角の円弧状過渡、大画面、画面が基本的な表面から浮かんでいるなどの設計特徴において同じ部分が存在するが、両者の区別される特徴がより顕著であり、全体的視覚効果に対する影響がより大きい。従って、被控訴侵害設計は事件関連専利設計と比べて全体的視覚効果において実質的に異なり、事件関連専利設計と同一又は類似せず、事件関連専利設計の保護範囲に入っていない」と判断した。よって、北京知識産権法院は、北京知識産権局が下した「両者は顕著な区別がなく、類似する外観設計に属する」という行政決定結論は誤りであると判断した。

③評価。北京市知識産権局は、事件関連専利設計と被控訴侵害設計は6つの区別される設計特徴があ

⁵⁰ 北京知識産権法院が認定した13つの区別特徴はそれぞれ以下のとおりである。1.正面図において、(1)上端部品が異なる。(2)表示スクリーンとフレームとの距離が異なる。(3)下端部品が異なる。2.後面図において、(4)ストロボの位置が異なる。(5)側面から背面までの弧度が異なる。(6)背面領域の分割が異なる。(7)スピーカ孔の位置が異なる。3.左、右側面図において、(8)カメラの突出度合が異なる。(9)側面ボタンの設計が異なり、音量キーの形状が異なる。(10)側面の曲率弧度が異なる。(11)側面線が異なる。4.上面図、下面図において、(12)上側部品が異なる。(13)下側部品が異なる。

⁵¹ 北京知識産権法院が認定した13の区別される特徴における(3)、(4)、(6)、(7)、(9)、(12)、(13)は北京知識産権法院により機能性設計特徴に認定された。

⁵² 高儀股份有限公司と浙江健龍衛浴有限公司の外観設計専利権侵害紛争事件、最高人民法院民事判決書（2015）民提字23号。

り、その内の5つはいずれも機能性設計特徴に属すると判断した。しかし、北京市知識産権法院は、両者に13の区別される設計特徴があり、北京市知識産権局が認定した5つの機能性設計特徴はいずれも存在しないと判断した。本事件を通じて、何が外観設計の全体的判断に影響する「部分要素(設計特徴)」であり、異なる機構の判断結論には大きな差があることを非常に直観的に見つけることができ、前記「手持ち式シャワーヘッド」事件において、一審、二審及び再審法院の間の判断は異なるが、本事件において、行政機関と法院の間の判断の差はより明らかである。

一般的に、侵害段階の判断が司法機関により主導されることに比べて、権利付与段階において審査期間の判断にさらに頼るべきであり、様々な異なる業界の刻々と変化する発展状況に直面するため、異なる業界の産業政策によれば、ある外観設計が権利付与の基準に達したか否かを判断する業務は、専門的な行政審査機関に任せることがより相応しい。既に部分外観設計制度を構築した国において、権利者が創造性を有する「部分要素」を保護しようとする時、部分外観設計を出願することにより実現することができるが、中国の部分外観設計制度が構築されていない状況では、「部分要素」に対する考えにより権利者の部分を保護する目的を実現するしかなく、これは本来行政審査機関が担うべき任務(「部分要素」が授権されるか否かを決定する)が、中国においては司法(又は行政保護)により完成されることになる。すなわち、侵害判断段階では法院(又は行政保護機関)によりまず「部分要素」があるか否かを決定し、行政機関と司法機関の間、乃至各級司法機関の間は、前記「手持ち式シャワーヘッドの外観設計事件」と「携帯電話の外観設計事件」に示すように、同じ事件に対する結論に大きな差があり、完全に参照可能であり予測性を有する基準を纏めることができず、権利者及び関係者は「部分要素」が単独保護に類似する地位を取得することができるか否かを事前に予測することができない。中国現在の司法解釈及び法院が決定した判定基準において、「部分要素」はまだ部分外観設計制度を代替する作用を果たすことができないと考えることができる。

4. グラフィカルユーザーインターフェース(GUI)による新しい問題

学界において、グラフィカルユーザーインターフェース(GUI)を専門的に議論する論文は少ないが⁵³、実務分野において、グラフィカルユーザーインターフェース(GUI)は非常に注目される問題であり、実務業界の専門家は多くの関連論文を書き⁵⁴、ほとんど全てが外観設計専利を介してグラフィカルユーザーインターフェース(GUI)を保護することを支持している。産業界の保護需要に応じて、2014年3月12日に、中国国家知識産権局が68号令を公表することにより、中国は「グラフィカルユーザーインターフェースの製品外観設計(GUI)」専利に対する保護を開始した⁵⁵。

⁵³ 李小武「外観設計保護制度の始まりに戻って-GUIの保護から話す」清華法学2012年5期、李小武「中国電気製品ユーザーインターフェースの外観設計保護の法的障壁」電子知識産権2012年4期。

⁵⁴ ここで、海外のGUIを紹介した論文もある。呉・陳・秦・前掲注(4)、黃細江「グラフィカルユーザーインターフェース外観設計侵害の損害賠償の私見-アップルがサムスンを訴えた事件を手がかりとして」電子知識産権2017年1-2期、馬・前掲注(4)。中国のGUIの保護モードを議論する場合もある(張龍鋼「グラフィカルユーザーインターフェース(GUI)の外観設計専利保護研究」法制及び経済2015年1期、範莉「GUI外観設計専利保護に存在する問題及び対策の議論」専利代理2016年3期)。

⁵⁵ 『中国国家知識産権局の「専利審査指南」改正に関する決定』(局令68号)。

(1) グラフィカルユーザーインターフェース (GUI) が保護される条件

改正後の『專利審査指南』の関連する章節はグラフィカルユーザーインターフェース (GUI) が保護される条件を規定している。具体的には、下記のとおりである。

(i) 必ず製品と結び付けること

グラフィカルユーザーインターフェース (GUI) は、必ず製品と結び付けられ全体としなければ保護されることができず、現在、中国の『專利法』は外観設計が製品をキャリアとしなければならないことを要求し⁵⁶、『專利審査指南』においても出願を明確に「グラフィカルユーザーインターフェースを含む製品の外観設計專利出願⁵⁷」と決定している。実務において、グラフィカルユーザーインターフェースは、携帯電話、コンピュータなどの製品と結び付けられなければ保護されない。

(ii) 必ずマンマシンインタラクションに関連又は製品機能を実現することに関連すること

『專利審査指南』は、逆方向排除の言葉使いにより、グラフィカルユーザーインターフェースは必ずマンマシンインタラクションに関連又は製品機能を実現することに関連すべきであると規定している⁵⁸。一般的に、装置専用インターフェース、汎用オペレーティングシステムインターフェース、ソフトウェアインターフェース、ウェブページアプリケーション、アイコンなどを備える製品は、外観設計專利保護を得ることができるが、ウェブページを備えるレイアウト、電子画面壁紙を備え、起動終了画面などを備える製品は、外観設計專利保護を得ることができない⁵⁹。

(iii) ゲームインターフェースの排除

改正後の『專利審査指南』⁶⁰は、ゲームインターフェースがグラフィカルユーザーインターフェース外観設計保護を得る可能性を排除している。著作権法の保護要求に達したゲームインターフェースに対して、権利者は『著作権法』の保護を求めることができる。

(2) 中国初めてグラフィカルユーザーインターフェース (GUI) 侵害事件

2018年1月まで、中国国家知識産権局ウェブサイトから検索可能な授権されたグラフィカルユーザーインターフェース (GUI) 專利は既に 2.6 万件以上である⁶¹。しかし、2017年12月25日に北京知識産権

⁵⁶ 專利法 2 条：外観設計とは、製品の形状、模様又はその結合及び色彩と形状、模様の結合により行った美感に優れた工業応用に適する新しい設計を指す。

⁵⁷ 『專利審査指南』第一部分第三章第 4.3 節第三段(7)項。

⁵⁸ 『專利審査指南』第一部分第三章第 7.4 節第一段(11)項：「專利法第二条第四節の規定によれば、以下は外観設計專利権を付与しない場合に属する：…(11)ゲームインターフェース及びマンマシンインタラクションに無関係又は製品機能実現に無関係な製品表示装置に表示される模様、例えば、電子スクリーン壁紙、起動終了画面、ウェブページのレイアウト」。

⁵⁹ 吳迦：知乎ウェブサイトにおいて『ソフトウェアのグラフィカルユーザーインターフェース (GUI) 設計は專利保護出願することができるか?』に対する実名回答。ウェブサイトアドレス：<https://www.zhihu.com/question/20762603> [最終アクセス日：2018年1月15日]

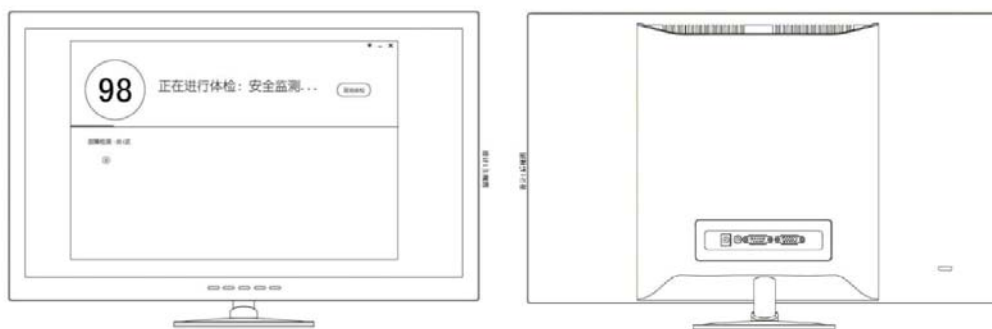
⁶⁰ 前記注 (58) 参照。

⁶¹ 稚濤：『GUI 專利保護の道がどこにあるのかを聞く-GUI 專利侵害第一事件による思考』、知識産権の関連事公式アカウント掲載。ウェブサイトアドレス：<https://mp.weixin.qq.com/s/M2GK312BmZ1lrWmx8USQJg> [最終アクセス日：2018年1月15日]

法院が判決を下した中国で第一例となるグラフィカルユーザーインターフェース侵害事件⁶²において、法院は「被控訴侵害ソフトウェアは外観設計製品に属さない」という理由に基づいて侵害にならないと判定し、各業界の議論を誘発し、多くの権利者は既に出願したグラフィカルユーザーインターフェース専利が侵害者により回避されやすく、実質的な保護を得ることができないことを懸念している。

該事件において、事件関連専利は名称が「グラフィカルユーザーインターフェースを備えるコンピュータ」の外観設計専利であり、専利権者は本事件の原告である奇智公司与奇虎公司であり、該専利は今まで有効である⁶³。原告である北京奇虎科技有限公司と奇智軟件（北京）有限公司は、被告である北京江民新技術有限公司が原告の「グラフィカルユーザーインターフェースを備えるコンピュータ」の外観設計専利権を侵害したと起訴し、侵害の停止及び損害賠償を請求した。

【図表-3】

事件関連外観設計専利の正面図⁶⁴

事件関連外観設計専利の背面図

(i) 北京知識産権法院の判断

法院は、先ず、本事件は依然として従来の外観設計侵害規則を適用することを明らかにした。事件関連専利が「グラフィカルユーザーインターフェースを備えるコンピュータ」である限り、「該新規外観設計が専門的な侵害認定規則がない状況で、本事件の審理は依然として従来の外観設計侵害規則を適用する」。

従来の規則⁶⁵を整理した上、法院は「外観設計専利権保護範囲の決定は、同時に製品及び設計の二つの要素を考慮しなければならない」、且つ「いずれもイメージ又は写真に表示された内容を根拠とする」と判断した。該事件において、原告の「事件関連専利の図面に表示された製品はコンピュータであり、その名称は[グラフィカルユーザーインターフェースを備えるコンピュータ]でもあり、要するに、事件関連専利はコンピュータ製品に用いられる外観設計である。「コンピュータ」という製品は事件関連専

⁶² 北京知識産権法院民事判決書（2016）京73民初276号。

⁶³ 事件関連専利番号はZL201430329167.3であり、出願日は2014年9月5日であり、授権公告日は2014年11月5日であり、現在も有効である。

⁶⁴ 図面は『判決公表：北京知識産権法院が審決した中国国内初のグラフィカルユーザーインターフェース外観設計専利侵害事件』、個人図書館ウェブサイト掲載。ウェブサイトアドレス：

http://www.360doc.com/content/18/0105/21/40495959_719382143.shtml [最終アクセス日：2018年1月15日]

⁶⁵ 専利法59条2項：「外観設計専利権の保護範囲は図面又は写真に表示された該製品の設計を基準とし、簡単な説明は図面又は写真に表示された該製品の設計を解釈するのに用いられる」。専利権争議司法解釈(一)8条：「外観設計専利製品と同一又は類似する種類の製品において、授権外観設計と同一又は類似する外観設計を採用する場合、人民法院は被控訴侵害設計が専利法59条2項に規定された外観設計専利権の保護範囲に入ると認定すべきである」。

利の権利保護範囲に対して限定作用を有する」。事件関連専利が「グラフィカルユーザーインターフェースを備えるコンピュータ」である限り、原告は「他人がコンピュータと同一又は類似する種類の製品に同一又は類似する外観設計を使用することを禁止する権利だけを有する」。

しかし、「被控訴侵害行為は、被告がユーザーに被控訴侵害ソフトウェアを提供する行為であり、被控訴侵害ソフトウェアは外観設計製品の範囲に属しないため、原告の事件関連専利のコンピュータ製品と同一又は類似する種類の製品を構成することがない」。被告の「被控訴侵害ソフトウェアのユーザーインターフェースが原告の事件関連専利のユーザーインターフェースと同一又は類似するとしても、被告の被控訴侵害ソフトウェアは事件関連専利の保護範囲に入っていないため」、権利侵害にならない。一審法院は、原告の事件関連専利権者が敗訴したと判定した。

(ii) 評価

法院の判断論理は以下のように簡単に要約することができる。被控訴侵害ソフトウェアは製品（コンピュータ）と結び付けられていないため、原告のコンピュータの外観設計の保護範囲に含まれない。問題点は、原告の専利権者が初めて外観設計専利出願した時、保護を求めたものもソフトウェアのグラフィカルユーザーインターフェースであり、2014年のグラフィカルユーザーインターフェースの専利を出願する時は「製品」と結び付けなければならないという規定を満たすために、ただ「コンピュータ」と結び付けただけであったことである。

今後の法院の裁判に本事件の判決考え方を導入する場合、被控訴侵害者が提供したものがソフトウェアであれば、グラフィカルユーザーインターフェースの外観設計専利権範囲外となり、現在登録された2.6万件のグラフィカルユーザーインターフェースの外観設計専利は、大きな部分が保護されない。多くのグラフィカルユーザーインターフェースの「機能性」が強いことを考え、多くの場合、著者権法の保護を得ることができない。

①解釈論の対策：被告の行為は間接的な侵害になる可能性がある。本事件における原告の権利者は、直接侵害にならなくても、被控訴侵害ソフトウェアは専利侵害司法解釈(二)に称する「部品」又は「半製品」に属し、侵害行為に協力したことになると主張したことがある⁶⁶。法院は、この主張を否定し、侵害行為に協力したことになる前提は、ユーザーに直接事件関連専利を実施した行為が有る（従属説）ことであると判断した。しかし、「本事件におけるユーザーが実施した行為は被控訴侵害ソフトウェアをそのコンピュータにダウンロードした行為に過ぎず、コンピュータに対する製造、販売の承諾、販売等の行為がない」。中国の間接的な権利侵害の認定に完全に「従属説」を導入することも、ユーザーの利用行為（ユーザーが部品を組み立てる）が合法的であるため発生する重要部品を提供する「侵害者」が法的対策を避ける現象が存在することを考慮する場合、「従属説」を完全に導入する必要がない。本事件において、被告がソフトウェアを提供する行為を侵害行為に協力することになると認定することを考慮することができる。

②立法論の対策：GUI設計は実質的にソフトウェアであり、従来の外観設計専利のように一般的に実体の製品キャリアに依存するのではなく、その自体の革新貢献はソフトウェアの表示画面にある。ソフトウェアを外観設計を得ることができる製品と認定することができる場合、侵害物は同じくソフトウェ

⁶⁶ 2016年の専利法司法解釈(二)21条は、専利権侵害に協力し、教唆する行為がどのような場合に侵害責任法9条に規定の侵害に協力し、教唆することを構成するかを明確にした。

アである場合、自然的に事件関連専利の保護範囲に入る。検索により分かるように、最近 GUI 専利権付与文書には「xx に用いられるグラフィカルユーザーインターフェース」専利がさらに増えており、ハードウェア製品をグラフィカルユーザーインターフェースの用途のみとして限定し⁶⁷、グラフィカルユーザーインターフェース自体を製品に認定することができる場合、このような専利権付与文書を保護することには如何なる法的な妨害もない。

ここで、注意すべきことは、部分外観設計を導入しても本事件に遭遇した問題を解決することができないことである。授権された部分外観設計が製品でありソフトウェアが依然として製品に属さない場合、被疑侵害行為者のソフトウェアのみを提供する行為は依然として権利範囲に入らない。グラフィカルユーザーインターフェースの保護にとって、「部分外観設計」を導入することで保護する要素をより正確に位置付けることができ、迅速、正確に外観設計の保護範囲を判定するのに役立つ⁶⁸。

5. 結論

本稿の開始部分に下記のような一つの問題を提出した。中国の現段階の外観設計制度における「部分要素」に対する考えは、部分外観設計制度の作用を代替することができるのか。答えが肯定的である場合、部分外観設計制度を構築する必要がなく、逆の場合、『専利法改正草案』に部分外観設計を追加する規定を堅持し、『専利法施行細則』、『専利審査指南』などの規定文書に付帯する制度体制を構築すべきである。本稿は、中国の立法と司法現状に対する分析と研究により立法者のために参考となり方策を決めることができる結論を得ることを目的とする。

外観設計の類似性を判断する時、「判断主体」の能力の高低は「部分要素」に対する注意度合いに関わる。一般的に、「判断主体」の能力が強いほど、「部分要素」の細かい違いをさらに注意して観察することができ、逆の場合、「部分要素」の細かい違いを注意しにくい。中国は「判断主体」を高い専門能力を有しない「一般消費者」と定義し、早期事件においてもそれを「如何なる限定条件がない一般公衆」に理解した法院があり、このような「一般消費者」は具体的な事件において、「部分要素」の細かい違いを観察することができない。しかし、「中間製品購入者」などの事例の発生に伴い、法院は「一般消費者」の判断能力を徐々に向上させ、改正後の『専利審査指南（2010年）』により確認している。最終的に、中国では依然として「一般消費者」を判断主体と見なしているが、「一般消費者」の能力に対する規定を改正することにより、一般消費者の能力を類似する業界内の一般的な設計者レベルに向上させている。要するに、「判断主体」の能力が向上しなければ、「部分要素」の細かい違いを観察し、「部分要素」が部分外観設計制度を代替することができるか否かを議論する前提条件を備えることができない。

早期（2010年以前）の法院は判決において、「全体的観察、総合判断」（全体的視覚効果）原則を導入するが、数多くの判決は部分要素の影響を細かく分析せず、部分要素の全体的判断に対する影響は大きくない。このような相対的に簡単な判断手法は、早期事件における外観設計の同一又は類似性の判断基準を不明確にし、主観的な色合いが目立つ。しかし、2010年後、中国知的財産権の立法と司法レベルの継続的な向上に伴い、外観設計の同一又は類似性の判断において、部分要素の影響をさらに重視することになった。審査指南と司法解釈において決定された四つの部分要素：「通常通りに使用する時に観察

⁶⁷ 前掲注（61）。

⁶⁸ 馬・前掲注（54）。

されやすい部位」、「授権外観設計の従来設計と区別される設計特徴」、「設計空間のサイズ」、「機能性設計特徴」は、各級法院の判決において段々とうまく運用されてきている。現在、中国には部分外観設計制度が構築されていないが、「部分要素」の全体的判断原則に対する影響は既に非常に重要、ひいてはキーポイント的な作用を果たしていると考えられる。このような全般的な環境において、「部分要素」は既に部分外観設計制度を代替して役割を果たしているようだ。

しかし、続いて「手持ち式シャワーヘッド」の外観設計事件と「携帯電話」の外観設計事件を分析した後、以下のことを発見した。部分外観設計制度に比べて、「部分要素」により全体的観察に影響する方法は依然として克服しにくい制限性がある。「手持ち式シャワーヘッド」事件の再審判決において、最高人民法院は「直接観察されやすい部位」と「設計特徴」以外に、さらに「非設計特徴以外の区別される設計特徴」まで「部分要素」として考慮すると判断し、具体的に該事件において、考慮すべき「部分要素」が7個以上あると決定し、このような完全無欠を求める判断方式は「全体的観察、総合判断」の外観設計判断原則により近接するに間違いはないが、他方では、権利者の主動的に保護を求める部分を「曖昧」にし、逆に権利者が保護しようとする部分特徴に集中することができず、一定の程度で権利者と関連公衆の予測可能性を低下させている。該事件の二審判決において、法院は権利者が保護を主張する「部分要素」に焦点を集め、原告の事件関連専利の「部分要素」設計特徴に対する主張を肯定し、このような判断手法は部分外観設計制度の保護趣旨により近接する。

「部分要素」が部分外観設計制度を代替しにくいもう一つの制限性は以下にある。異なる機構の「部分要素」に対する判断結果には大きい差があり、権利者及び関係者の結果に対する予測可能性を喪失させる。「手持ち式シャワーヘッド」事件において、三つの審査レベルの法院の「部分要素」に対する決定はいずれも異なり、「携帯電話外観設計」事件において、司法機関と行政機関の「部分要素」に対する判断も完全に「轍は南で轍は北」である。中国現在の司法解釈及び法院が決定した判定基準において、「部分要素」はまだ部分外観設計制度を代替する作用を果たすことができないと考えることができる。

中国初めてのグラフィカルユーザーインターフェース侵害事件の審判は、外観設計制度に対する新しい挑戦である。「製品」として権利付与されたグラフィカルユーザーインターフェースの専利権者は、被疑侵害者の「ソフトウェア」を提供する行為を規制することができない。「部分外観設計制度を導入することによりこの問題を解決する観点に対して、本文は部分外観設計制度を導入することでこの問題を解決することができないと提出し、立法を介して問題を正面から解決した後こそ、部分外観設計制度は「錦上添花を添える」作用を果たすことができず、例えば、より正確的に保護要素などを位置付けることができる。

要するに、中国の立法及び司法実践において、「部分要素」の外観設計の類似性に対する判断は非常に重要な影響を有し、既に一連の比較的完全な判断規則を形成しているが、依然として克服しにくい制限性が存在するため、まだ部分外観設計制度の作用を完全に代替することができず、部分外観設計制度を構築する必要があるか否かを引き続き検討する必要がある。

Ⅲ. 部分外観設計の侵害判断に関する研究

中国社会科学院 知識産権センター 管育鷹 教授

前書き

新規且つ特別な製品の外観設計は機能性と芸術性を兼ね備え、流行と個性を追求する消費者を惹きつけ、知識産権の構成部分となり、市場で成功するための要素の一つである。部分外観設計は、製品部分の形状、模様、色彩又はその組合せ及び外観全体における位置に対して行った、美感を備え、工業に適する新たな設計である。法律的に部分外観設計に対する保護を明確にするか否かが、考慮すべき最も重要な問題であり、知識産権法全体における最も基本的な問題でもあり、すなわち、該法律を制定し適用する意味、又は立法の目的である。日本の経験から分かるように、日本が採用したものは特許プロパテント政策であり、この政策は政府が制定したというだけでなく、産業界が前世紀1980年代から90年代にかけてのバブル経済の崩壊の景気後退を経験した後行った理性的な選択でもあり、国を挙げて知的財産権に対する保護を強化することを経済復興の手段としたと言え、1998年にその「意匠法」に部分意匠制度を導入したこともこの選択の一部である。同時に、日本は長期にわたってデフレ対応政策を導入し、これは投入コストが少なく効果が大きい意匠におけるプロパテント政策に非常に大きな魅力を持たせたことが分かる。

中国の立法に部分外観設計を導入するか否かの検討は極めて重要であるが、本稿のテーマではない。実際に、知識産権の司法保護は、知識産権の価値を実現することに対してより決定的な意味がある。鄭成思教授は、知識産権の特性を紹介する時に、「英米法一部の国は、それを《訴訟中の準財産権》と称する。これらの異なる表現はいずれも知識産権がその他の財産権と異なることを反映し、特に有形財産権の特徴と異なることを反映する。」と指摘したことがある¹。そのため、外観設計にとって、出願登録手続及び登録証明書を取得した後のライセンス許諾、譲渡等の関連取引において、その権利範囲又は内容がある程度説明することもあるが、その権利境界及び実際に保護されているのか否かは、司法実務において最終的に決定し実現することしかない。中国では、外観設計専利権は実体審査を受けず、権利の安定性が相対的に足りないため、司法保護において確立された基準及び規則は外観設計専利権の保護に対して、より重要である。本文の目的は、米日中三か国の部分外観設計侵害に関する典型事例を分析し比較することにより、部分外観設計判定の関連基準及び外観設計全体の侵害判定との関係を研究し、中国の関連制度の完備及び規則の明晰のために参考となればと思う。

1. 部分外観設計の概念

部分外観設計とは Partial Design とも言われ、日本では「部分意匠」と称し、製品一部の形状、模様、色彩又はその組合せ及び外観全体における位置等に対して行った美感を備える新たな設計を指す。ここで、指摘すべきことは、部分外観設計とは、市場又は業界同士で独立販売可能な汎用部品以外の外観設計（汎用部品の外観設計は独立して出願し保護を取得することができ、例えば、自動車のタイヤ、電源アダプタ等）を指すのではなく、製品の不可分の部分以外の外観設計、例えば、靴底、カップの取

¹ 鄭成思編『知識産権法教程〔第1版〕』（法律出版社、1993年6月）4頁。

っ手、携帯の画面等の製品の部分の外観設計を指す。出願は、製品部分の設計だけを対象とし、外観設計の保護範囲を広げ、保護の力を向上させることを目的とし、例えば、靴底の凹凸及び模様設計、靴本体と共に全体的な外観として保護を出願するしかない場合、該靴底の部分設計は転用されその他の全体的な外観が似てない靴本体に付加されるため、非侵害となる可能性が高く、革新的な設計を行った者に対し非常に不利であることは間違いない。産業の発展の法則から、社会的分業が日々細かくなっているため、日用品等の成熟製品の新しい全体外観設計も日々難しくなり、特に、機能性の影響が大きいものについて、部分設計の革新は、製品が一般的なものと異なり、購入意欲を生成する要素であり、革新設計者の保護に対するニーズも日々強くなっている。部分外観設計の出願人にとって、同一の部分外観設計であれば製品の全体的外観に位置付けて出願し保護しなければならないため、該部分設計を全体的な外観が異なる製品（同じ種類の製品であっても）に適用しようとしても革新設計出願人の手続負担を増加させる可能性がある。例えば、前記靴底において、あらゆる種類の靴に対し保護を取得しようとする場合、複数の願書を提出しなければならず、女性靴、男性靴、子供靴、ブーツ、サンダル等が、靴本体の全体的外観における区別が明らかである可能性が極めて高くなる。靴底を靴本体の部分とする場合、その設計の革新点は靴全体外観の違いにかき消される可能性が多く、設計者はその靴底設計の独占権を確保するために、該靴底設計を含む複数の全体外観設計の出願を行うことが最も確実であり、部分外観設計の保護理念及び関連基準が足りない場合、革新を奨励し保護するのに不利であることが分かる。

このため、知識産権制度が進んでいる国や地域はいずれも相次いで部分外観設計に対し法的保護を提供している。米国立法には部分外観設計の概念及び保護に関する明確な規定がないが、特許出願及び審査実務において部分外観設計の出願を受け入れ、司法判例における多くの判例も部分外観設計が米国特許法で保護されていることを示している。具体的な運用において、米国の連邦規則の第 37 章は外観設計出願の図面提出要求を規定し、米国特許商標局 (USPTO) の特許審査便覧は更に「破線 (断続線)」の応用に対して規定し、すなわち、「保護を求める外観設計の所在する環境を表示しその保護範囲を定義する」²。日本では、部分意匠を保護する明確な立法があり³、日本特許庁 (JP0) の審査実務においても出願がなされているが、司法実務において関連侵害紛争は多くなく、その主な原因は日本企業が企業の信用を非常に重視しているからであり、意匠権侵害は特許製品が模造される場合と異なって、形状、様式、色彩がコピー又は盗用されれば十分であり、このように、いずれの専門技術知識を持たない一般消費者でも意匠が盗用されたものであるか否かを簡単に判断でき、ある会社がその他の会社の製品の意匠を盗用したことを消費者が見つけた場合、盗用者の信用は一瞬で無くなり、侵害コストが非常に大きい。

中国は立法において部分外観設計の概念及びその保護に対する明確な規定がなく、この場合、国家知識産権局 (SIPO) は審査実務においても付帯施策がないため、《專利審査指南》(略称《指南》)によれば、部分外観設計は全体的設計に組み込まれて出願し登録するしかなく⁴、外観設計專利出願書類の図面として破線等の表示方法を採用してはならない⁵。しかし、産業的実務において、中国の現在多くの外観設計は従来の製品形状、模様、色彩をもとに、ある製品の部分外観を改善し、このような部分的に新

² 米国 Code of Federal Regulations, Title 37 (37 CFR), §1.152 Design drawings; Manual of Patent Examine Procedure (MPEP) 1503.02 Drawing, III. Broken Lines: Disclose the environment related to the claimed design and to define the bounds of the claim. 参照。

³ 日本《意匠法》(1998年改訂) 2条(定義等) 1項: この法律で「意匠」とは、物品(物品の部分を含む。……)。

⁴ 專利審査指南の第一部分第三章 7.4「外観設計專利権を付与しない場合」の(3)、すなわち「製品の不可分又は別売できない且つ排他的使用できない部分外観設計、例えば踵部、帽子のつば、カップの取っ手等。」

⁵ 專利審査指南の第一部分第三章: 外観設計の予備審査、第 4.2.2 節「図面の作成」についての規定: 線状陰影、指示線、破線、中心線、寸法線、鎖線等の線で外観設計の形状を表現してはならない。

たな設計を備える製品に対して外観設計専利を出願し権利を取得することであり、例えば、ボタンレイアウトの形状は新規性を有するがその他の部分は一般的な設計に属する携帯電話、クリップ部だけが従来の設計と異なるボールペン、取っ手の形状は新規であるがその他の部分は非常に一般的なカップ等が挙げられる。表面上は、製品全体の外観における部分外観設計は、外観全体を従来の設計と異なり又は類似しないようにするため、保護を求めても登録証明書を取得することができる。しかし、このような方式により取得した部分外観設計は具体的な製品全体の設計に束縛され、その保護を受ける権利範囲は狭い。例えば、従来のやり方に従って、部分外観設計を設計全体の革新点としても、提出する図面に表示することができず、簡単な説明において文字で記載するしかない。しかし、外観設計の保護範囲はその図面又は写真により決定されるものであり⁶、提出した図面が設計の新しいところを正確且つ明確に表示できないため（例えば、米国、日本のように破線及び実線で表示する）、部分外観設計の保護範囲を明確、直観的且つ簡単に表示することができない場合、法律の執行効率に影響し、国際基準に近接することにも不利である。また、2014年に、国内関連産業のニーズに応じるために、《指南》を改正し、電子製品のグラフィカルユーザーインターフェース（GUI）設計に対する保護を追加したが⁷、GUI設計は明らかに製品の部分外観設計だけに限られ、現在、GUI設計を実務においてどのように保護すればいいかに対し多くの疑問点がある。これも、中国の国内ではまだ部分外観設計の独立した保護価値に関するコンセンサスが形成されていない原因の一つである⁸。

中国の部分外観設計制度に関する検討は早くも新世紀初頭から既に始まっている⁹。2008年に、中国《専利法》の改正時に多くの条項で外観設計に対する保護を強化しているが、部分設計制度は検討の議題に載せられなかった。近年、立法に部分外観設計の保護制度を導入するか否かという問題が継続して検討されている。2015年12月、国務院法制弁公室は《専利法改訂草案（原稿）》を発表して意見を集めているが、そのうち2条の外観設計に対する定義は「製品の全体又は部分の形状、模様又はその組合せ及び色彩と形状、模様の組合せに対して行った、美感があり工業適用に適する新たな設計」であり、立法機関が部分外観設計制度を導入して関連産業のニーズに答えようとすることを表明している。しかし、異なる産業の所在する地域又は発展段階が異なるため、部分外観設計保護に対するニーズも一致しない可能性があり、また、2008年以来、中国の外観設計専利の品質はある程度向上されているが、専利体制全体の出願登録件数は持続的に急増しており各業界に一般的に注目され、現在、専利の品質をさらに向上しなければならないという傾向で、立法的に部分外観設計制度を導入することが出願件数を急増させるか否か、紛争が頻繁に発生するか否か、また、立法で部分外観設計の概念を明確にしているが、関連審査指南、侵害判定基準に付帯実施案が準備されていない場合、出願件数及び紛争が増える場合、関連部門が冷静に対応できない場合が発生する可能性が極めて高く、逆に様々な問題をより起こしやす

⁶ 中国2008年の専利法59条2項：外観設計専利権の保護範囲は図面又は写真に表示された該製品の設計を基準として、簡単な説明は図面又は写真に表示された該製品の設計を解釈することができる。

⁷ 2014年3月12日《国家知識産権局令68号》は《専利審査指南》第一部分第3章7.4の「外観設計専利権を付与しない場合」の(11)、すなわち「製品の電源を入れた後に表示された模様。例えば、電子時計のダイヤルに表示された模様、携帯の表示画面に表示された模様、ソフトウェアインターフェース等」は、「ゲームインターフェース及びマンマシンインターフェースに関連しない又は製品の機能実現に関連したい製品表示装置が表示された模様、例えば、電子表示画面の壁紙、起動終了時の画面、ウェブページの図形文字組版」に改正された。

⁸ 2017年末に中国のGUI外観設計専利権侵害紛争の初判例事件は一審判決を下し、GUI外観設計専利権者である原告は訴訟に負け、主な理由はコンピュータ製品が訴訟に関する専利保護範囲を制限する役割を果たし、被告行為はユーザーにソフトウェア製品を提供することであり、コンピュータ及びソフトウェアの両者は同一及び類似する種類の製品に属せず、よって直接侵害及び間接侵害はいずれも成立しない。(2016)京73民初276号参照。

⁹ 劉桂榮「部分外観設計保護に関する検討」知識産権2004年3期。

く、産業発展の寄与に不利である。例えば、前記 GUI 設計の場合、《指南》にこのような出願を受理することができる」と明確にされているが、どれが GUI を適用する製品であるか、GUI の部分設計と有形製品全体の外観設計の関係等の関連審査基準が不明瞭であるため、司法実務において裁判官が紛争に直面する時に保守的な態度を取るしかない。要するに、立法問題は様々な複雑な要因を総合的に考慮しなければならない、本文はそれに対する検討を繰り返さない。しかし、実務において、中国は部分外観設計を保護しており、部分外観設計に対する保護規則をより明確にするために、本文は米国、日本の経験を参照して部分外観設計侵害の判断におけるいくつかの主要問題を考察する。

2. 部分外観設計侵害の判定における複数の問題

外観設計侵害とは、外観設計専利製品と同一又は類似する種類の製品に外観設計と同一又は類似する外観設計を採用することである。外観設計侵害の判断プロセスは、外観設計の法律保護制度を確立した世界各国では大同小異であり、すなわち、まず外観設計の保護範囲を判定し、その後、被控訴侵害製品の外観設計と比較し、両者が同一又は類似するか否かを観察する。この判断過程の主体基準には一般消費者を採用しており、すなわち、一般消費者という法的に作られた人の視点から行い、当然に、この基準は具体的な事件に適用される場合に大きな柔軟性があり、最終的に同一又は類似になるか否かの結論は実務において実際に裁判官が下さなければならない。一方、製品と外観が全く同一である侵害事件は非常に判断しやすいが現実的には日々少なくなり、残された難問は類似に関する侵害判断であり、製品の同一、外観設計の類似、製品の類似、外観設計の同一又は類似を含む。

(1) 部分外観設計の権利保護範囲の決定

ある製品の外観設計が侵害されたか否かを判定するには、まずその保護範囲を決定しなければならない。各国の外観設計の保護範囲に対する規定又は慣例はいずれも図面を基準とする。当然ながら、写真を提出することもできるが、その表示範囲に制限され、特に部分設計は破線及び実線を組み合わせる方式で表示することができないため、国外の関連経験から見て、外観設計の出願は一般的に作成した図面を提出する形式を採用し、写真は一般的に実施例又は使用状態等を補足する形式で提出されるが、写真のみ提出する場合は一般的に図面形式で表現しにくい又は時間的に緊迫している場合だけである。米国の審査実務において、外観設計を出願する時に提出する出願書、簡単な説明、明細書、出願人宣言書等の一連の書類を挙げるとともに、USPTO は「図面 (Drawing)」こそ外観設計出願の重要要素であり、外観設計に対する最も良い表現であると明確にし、写真を提出することもできるが、図面の代わりに写真を提出する時に外観設計の製品全体における環境を表現することができず、写真に表示された請求の保護範囲に限定され¹⁰、外観設計の保護範囲を正確に開示するには断続線の形式を採用した図面が写真よりはるかに良いことが分かる。米国の司法実務において、複数の典型判例はいずれも文字による記載ではなく図面による表示を重視している傾向を表している。「エジプトの女神 (Egyptian Goddess)」の爪やすり (図表-1) の外観設計侵害事件において、米国の最高裁判所は、「図面により外観設計を解釈することはあらゆる文字による説明より優れ、図解がなければ文字説明を理解することができない……外観

¹⁰ MPEP § 1503 参照。

設計を文字で説明するのは一般的に認められにくいいため、地方裁判所は一般的に詳細な文字説明で外観設計特許の請求項を「解釈」しようとしなないことがより好ましい。」と指摘している¹¹。

【図表-1】



Crocs 発泡プラスチックサンダル外観設計（図表-2）の上訴事件において、米国連邦巡回区控訴裁判所（CAFC）は MPEP に言及された「図面は外観設計に対する最も良い説明である」を改めて強調し、Crocs の外観設計の保護範囲は「図面に示すように、前記靴類の外観設計……被告が原告の外観設計のあるいくつかの具体的な特徴に注目しその文字説明に基づいて該設計の保護範囲を解釈することは、一般観察者の全体的観察の原則に適合しない」と指摘している¹²。

【図表-2】



具体的に部分外観設計に至るまで、最も注目を集めるものはアップル及びサムスンの一連の外観設計の侵害紛争であるに間違いない。米アップル社は破線及び実線の表示方式を十分利用して iPhone の外観設計出願用の図面を作成し、iPhone の外観設計を複数の細部が異なる部分外観設計に分割して登録を出願し、よって最大限に権利保護範囲を拡大し、すなわち、あらゆる独創性のあるところに対し登録を出願する方式で iPhone 外観設計の全体に対する全方位保護を実現した。よって、実務において、間違いなく他人の自分の製品外観に対する如何なる部分盗用を強力に排除することができ、米国裁判所は部分外観設計を定義する時に破線部分を考慮しないため、対応する部分が外観設計の請求範囲と一致又は類似する限り、侵害になる。アップル社の iPhone とサムスン会社の GALAXY S-4G スマートフォンの特許紛争¹³を例として、関わるいくつかのアップル社の iPhone 外観設計を比較する場合、実線を変

¹¹ Egyptian Goddess Inc. v. Swisa Inc. (Fed.Cir.2008).

¹² In Crocs, Inc. v. International Trade Commission, No. 08-1596 (Fed. Cir. Feb. 24, 2010).

¹³ 例えば、サムスン GALAXY S-4G はアップル携帯の全体外観設計の特許 D558756 を侵害しないが、その部分外観設計 D593087 を侵害し、Apple, Inc. v. Samsung Electronics Co., Ltd., 678 F.3d 1314, 1318 (Fed. Cir. 2012)参照。

し、すなわち全体外観設計を部分設計に変更することで保護範囲を拡大することに対しさらに深く理解することができる（図表-3）。

【図表-3】



日本の意匠法 24 条 1 項には、登録する外観設計の保護範囲は、願書及び図面の記載と説明、及び写真、ひな形又は見本（図面、写真、見本）に反映された内容により決定すると規定されている。JP0 の意匠審査基準の第 7 部分第 1 章の部分意匠に関する規定において、このような出願は意匠法施行規則に制定の様式第 6 の（11）項の注記に従って書類を提出するべきであると明確にし、該基準は同時に図面は「実線＋破線」の方式で保護を請求する「部分」を表示すべきであると要求し、JP0 は「部分」を認定する際に、「願書＋図面」をもとに、適用する製品、適用する製品部分の用途及び機能、部分意匠の位置、寸法及び範囲等に合わせて「総合判断」を行なうことにより部分意匠の形態を認定する¹⁴。司法実務において、日本の裁判所は常に「要部認定＋総合判断」の基準を採用して意匠の類似性を判定し、部分意匠に対しても同じである。例えば、「化粧用パフ事件」において、大阪地方裁判所は、外観設計図面における実線で表示された保護を請求する部分において、要部は楕円形の薄板本体であり、本体根本部から外へ延在する複数の突起部がブラシ部を構成し、実線で表示された楕円体の短軸両端周縁の背部へやや突出した形状が設計の細かい細部であるとのことに関して、要部の判断方法によれば、被控訴侵害の物品は原告の外観設計の要部とほぼ同一であり、楕円体の短軸両端周縁の背部へやや突出した形状に細かい違いがあるが、依然として類似になる¹⁵（図表-4）と判断している。

¹⁴ 《意匠審査基準》，71.2.2(3)；71.3 参照。

¹⁵ 大阪地判平成 17 年 12 月 15 日平成 16（ワ）6262 参照。

【図表-4】



登録意匠 1187684 号（日本意匠）

イ号物品（被控訴侵害製品）

中国の専利法 27 条 2 項には、出願者が提出する関連図面又は写真は専利保護を要求する製品の外觀設計をはっきり示すべきであると規定され、59 条 2 項には、「外觀設計専利権の保護範囲は、図面又は写真に表示された該製品の外觀設計を基準とし、簡単な説明は図面又は写真に表示された該製品の外觀設計を解釈することができる。」と規定されている。同時に、中国の専利法実施細則 27、28 条は、出願時に提出する図面又は写真、簡単な説明に対する要求を明確にし、指南の第一部分第三章 4.2 は、さらに図面に対する要求を 6 面、両面、正面の「正投影図」、必要に応じての展開図、切断図、断面図、拡大図、変化状態図、参照図等に具体化し、第 4.3 部分は、簡単な説明に対する具体的な要求を述べている。中国の前記外觀設計の保護範囲の「図面又は写真に準ずる」規定をどのように理解すればよいか。司法実務において、それに対し明確に規定していないが、特に革新点は主に部分設計を行う場合、現行の規定に従って提出した図面又は写真は保護範囲を明確に表示することが困難であることが多く、そのため、簡単な説明の文字記載が必要であり、これは実際には部分外觀設計権利人に不利であり、出願時に提出した文字による簡単な説明は外觀設計の保護範囲を限定する可能性が非常に高いため、権利人に今後発生可能な様々な模倣形式を禁止させることができず、例えば、出願時に部分設計の製品全体外觀上の形状、寸法、比例、色彩、位置等は、文字により写実されると、法官は侵害を判定する時に、柔軟な権利人に有利な解釈及び適用を行うことがより困難である。実際に、写真にも類似する問題がある程度存在し、出願を提出する時、作成図面の代わりに現物写真を採用するため、保護を要求する内容は表現方式で提出した現物写真に制限される。写真と図面の最も大きな違いは観察者に与える印象が異なることである。写真は物品様態の直接且つ真実な記録であり、その表現結果は最終的に唯一、特に色彩に富んだある物品を指向し、作成図面に表示された同一の設計構想は様々な細かい変化により現実中の複数の物品外觀に適用される可能性がある。例えば、前記米国 Crocs 社の図面で表示された外觀設計に対し、裁判官は法律を適用する時に「全体的印象」の方法を採用し、3 つの侵害物品における様々な細かい変化を無視することができるが、明らかに原告の外觀設計の保護範囲を狭義的に定義することを回避することができる。SIP0 の《指南》は、外觀設計の無効審査に関する部分¹⁶に外觀設計が保護要件の判断客体、主体、基準等に適合するか否かについて基本的に規定しているが、部分外觀設計の保護範囲を如何に定義するかの特的な基準がなく、また、中国の外觀設計は実体審査を行わず直接登録を取得するため、この部分外觀設計の保護範囲を定義する難問は直接司法当局の前に置かれることが多い。部分外觀設計の保護範囲を如何に決定するかについて、法院は現在でもほぼ一致した意見がなく、実務において、製品のある部分設計の革新点が非常に明らかであっても、全体的な設計図面と被控訴侵害物品を比較する時、法院は一般的にある部分だけを注目するのではなく、全体的な観察及び総合判断を行う必要があり、特に 2008 年中国の《専利法》の前に出願した外觀設計は、簡単な説明がなければそれに合わせて保護

¹⁶ 専利審査指南の第四部分第五章：「無効審判手順における外觀設計専利の審査」参照。

を請求する部分外観設計の保護範囲を解釈することができず、これは外観設計権利人に対し明らかに不利である。例えば、マペッド会社と陽江市邦立貿易株式会社、陽江市伊利達ナイフ及びはさみ株式会社の設計専利権紛争の再審裁定¹⁷において、最高人民法院は 2 つのはさみの外観を全体として観察し、まず両者の共通点を、握り、刃の形状がほぼ同一であり、握りは内外 2 つの明暗が異なる同心環を含み、握りの中央部にはいずれも水滴状の貫通穴が設けられていると確定した。その後、両者の主な区別は、1. 被控訴侵害製品のリベットはそれぞれはさみの両側に設けられた 2 つの円錐台状突起であり、体積が明らかに大きく、その中心線にはさらに波状縞が設けられ、事件関連専利のリベットは金属リベットであり、体積が明らかに小さく、一側の中央部のみにリニア溝が設けられている（以下、区別される特徴 1 と略称）；2. 被控訴侵害製品のはさみの刃にはさらにカラー図形が設けられている（以下、区別される特徴 2 と略称）と確定している。最後に、法院は区別される特徴 2 は侵害判断に影響しないが、区別される特徴 1 は侵害にならないことに決定的な役割を果たすと判断している。この事件は中国 2013 年 50 件の知識産権の典型的な事例に選ばれたが、多少の遺恨が残り、法官は、既にはさみ類製品の設計特徴が主に握りに表現され、被控訴侵害製品は原告とほぼ同一の握り設計を採用していることに気が付いたが、両者の極めて類似する握りを注目される部分として侵害を判断せず、リベットが製品の中央部に設けられているため、一般消費者に観察されやすく、両者のリベットの形状、寸法には違いが大きく、両者の全体的視覚効果に著しい違いを十分に発生させるため、侵害にならないと判断している¹⁸。要するに、部分外観設計の保護に対する観念及び関連判断基準が欠けているため、どのような設計特徴が製品の全体的印象に決定的な役割を果たすかは裁判官により適当に自由裁量するしかなく、部分外観設計出願が提出可能であれば、少なくとも握りの水滴形状及びその上の明暗が異なる同心環という図形設計要素は保護されることができると考えられる。筆者が欧州連合知的財産庁のウェブサイトを検索した結果、原告の同じはさみの外観設計の欧州連合における保護期間は 2018 年 9 月に至り（2003 年 9 月 22 日に欧州連合の外観設計/RCD 登録を取得し、該日付は中国の同一外観設計出願における優先権主張日ともなる）、中国 SIPO ウェブサイトを検索した結果、原告の外観設計は期日前に放棄されたことが分かった（関連図面は図表-5 参照）。

¹⁷ (2013) 民申字 29 号民事裁定書参照、同時に (2010) 穗中法民三初字第 165 号民事判決書、(2011) 粵高法民三終字 164 号民事判決書参照。

¹⁸ (2013) 民申字 29 号民事裁定書。

【図表-5】



中国現在の専利法は、部分設計の保護を明らかにせず、SIP0の指南に関連基準を規定せず、実務における第一審時にも図面に破線及び実線の方式で部分外観設計範囲を定義することを認めず、少なくとも下記幾つかの問題が存在する。1)国際条約、海外制度との協調及び連携を妨害し、意匠の国際登録に関するハーグ協定及び米国、日本等の国はいずれも破線で保護を求めている意匠を表示することができる」と明確にしている。2)優先権の請求を提出した時、外国の優先権書類はSIP0の要求と一致せず、中国の優先権書類は外国での出願書類と異なり、中国及び外国の簡単な説明に対する要求及びその保護範囲を定義する時の役割が一致しない可能性があり、SIP0がその他の国の審査機構と別途交渉及び協議により相互承認して解決するとしても、出願書類の不一致は人為的に手続の複雑性を増加させ、出願人に対し不便である。3)部分設計の侵害に対して、法院が専利法59条2項を適用する時、簡単な説明に依存することがさらに多いかも知れないが、「図面に準ずる」の慣例に反し、部分設計の無効審査及び権利確定にとって、専利復審査委員会及び法院は専利法27条2項の「図面又は写真は保護を求める設計を明瞭に示すべき」の適用及び把握に対し同様に難しく、簡単に言えば、部分外観設計制度及び付帯施策がないと直観的、迅速且つ正確に保護範囲を定義することができず、法律執行及び司法の効率化を向上させるのに不利である。4)権利人にとって、その部分外観設計の保護範囲を正確に説明し定義できないことは一種の負担であり、破線と実線を組み合わせる方式を採用して図面を作成することができれば、その立証の難しさを減らすことができる。同様な部分外観設計に対し、破線と実線を組み合わせる方式で作成した図面を提出することを許さず、最終的に取得可能な法律保護範囲は狭いと言うべきである。そのため、立法的に部分外観設計に対する保護を専門的に明確にしなくても、より簡単且つ直観的に実線部分を適用することで製品外観全体の印象に対する影響を解釈でき、部分外観設計の革新をより強力に保護するために、審査実務においても部分革新点を正確に表示できる外観設計の図面を提出することを許すべきである。この点は部分外観設計出願に対する該当の施策がある米国及び立法で部分意匠の保護を明確にした日本の経験を参考とすることができる。

(2) 部分外観設計侵害判断の主体基準

外観設計侵害判断の主体は、各国は立法又は司法においていずれも法的に作られた人を採用する方式で表現する。米国は早くから判例において「通常の観察者」(Ordinary Observer)の外観設計侵害判定の主体基準を定めた。それでは、通常の観察者とは一体どうなのか。町で歩いているいずれの「通行人A」であるのか、それとも関連製品を十分理解し経験が豊富で知識が広い消費者であるのか。米国の長期にわたる司法実務において、通常の観察者の具体的な基準も一連の変化を歩んできた。通常の観察者の基準は米国最高裁判所から Gorham 事件において提出されたものであり、裁判所は、一般購買者の通常の注意力を有する通常の観察者から見て、被控訴侵害製品の外観設計が登録された外観設計と非常に類似し、購買したものが原告の外観設計専利製品であると思わせる場合、侵害が成り立つと判断する。本件の被告製品設計の外形輪郭及び装飾性構造は原告の独創的設計と類似し、両者の細かい部分がいくら違っても、該外形及び構造は製品の全体的印象に主要役割を果たし、国会の立法は権利人の外観設計が模倣されないように保護するためのものであり、被告行為は侵害になる¹⁹。ここで、注意すべきことは、Gorham の外観設計は実質的にスプーン、フォーク等の食器の握りに対する部分設計であるが、当時に米国にはまだ部分外観設計制度が構築されておらず、すなわち破線及び実線による表示方法がなかったが、裁判所は依然として該部分設計(図表-6)を保護している。

【図表-6】



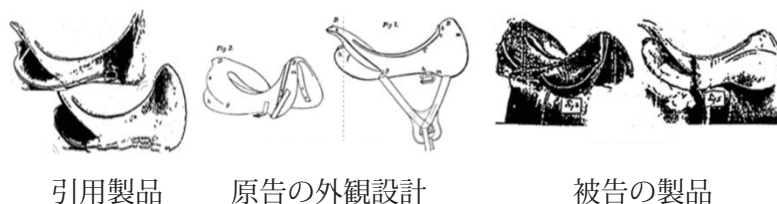
要するに、Gorham 事件で確立された通常の観察者の基準は実際に一般消費者を指し、ある製品設計に非常に詳しい専門家ではない。それは「専門家は騙されない」からである。

米国は実務において通常の観察者の基準を 20 年間採用した後、最高裁判所の該基準に対する説明を微妙に変化させている。Whitman Saddle 事件において、米国最高裁判所は、従来設計が、Whitman の鞍設計は基本的に公知の Granger 鞍の前半部分及び Jenifer 鞍の後半部分を組み合わせることを示し、2つの公知設計の組合せと比較して、相違点又は Whitman の鞍設計特許の新規性特徴は、鞍橋内側の数インチ垂れ下がる部分(図表-7の原告の外観設計B部参照)であり、被告の鞍に該垂れ下がる部分が含まれていないため、侵害にならないと指摘している²⁰。

¹⁹ Gorham Co. v. White, 81 U.S. 511 (1872).

²⁰ Smith et al. v. Whitman Saddle Co., 148 U.S. 674 (1893).

【図表-7】



その後、米国最高裁判所のこの外観設計の侵害判定時にその革新点を考慮する関連理念は Litton 事件²¹において CAFC により「新規な点のテスト」(Point of Novelty Test) と明確にされたが、具体的な表現は以下のとおりである。「裁判所は事実を解明する時、通常の観察者の角度から被告製品と係争外観設計特許を比較し、両者の外観形状が類似すると判断した場合、通常の観察者に十分に誤認、混同させる恐れがあり、この類似する部分は該外観設計特許と従来設計の相違点であり、すなわち美観性又は装飾性の要素に基づいて考慮した外観設計特許の新規な点であり、外観設計特許の侵害事実を合理的に発見することができる」。CAFC は原告の電子レンジの外観設計特許及び様々な従来設計を比較し、該特許の新規な点が、1) 電子レンジのドア枠に 3 本の装飾枠があること、2) ドアに外へ突出した取っ手がないこと、3) ドアラッチのアンロックロッドはコントロールパネルにあることを含むことを確認し、これにより、CAFC は被告である Whirlpool により製造し販売された電子レンジはこの 3 つの新規な点を備えず、外観設計特許の侵害にならないと判断している。

要するに、新規な点のテストは、多くの場合、権利者の立証負担を増やし、裁判所に侵害が成り立つことを認定しにくくさせ、外観設計特許権の保護に対し不利である。米国各界の疑惑に鑑みて、CAFC も如何に外観設計特許の侵害判定基準を完全化するかを常に考慮し、この努力は最終的に前記エジプトの女神の爪やすりの外観設計侵害事件²²で実現された。該事件の一審地方裁判所はまず原告の外観設計特許の新規な点を認定した。すなわち、正方形断面を有する矩形中空管であって、4 つの面のうち 3 つの面に研磨可能な摩擦面があり、三角形の中空管の従来設計と比べて、その相違点は二等辺三角形断面から正方形断面に変更し、摩擦面のない第 4 面を増やしたことだけであり、この増加された第 4 面が原告の外観設計特許の唯一の新規な点である。その後、裁判所は、上記に基づいて被告の製品に原告特許の唯一の新規な点が含まれず、新規な点のテストを満たすことができず、侵害にならないと判断している。該事件が上訴された後、CAFC は裁判官全員出席の上審理を行い、Whitman Saddle の事件において最高裁判所は外観設計特許と従来設計との対比を一般観察者の観測に含ませ、独立した新規な点のテストを構築してないと判断し、このようなテストは必ず外観設計特許と関連設計特徴の再結合を比較した新規なところを検査し確認しなければならず、これは Gorham 事件の通常観察者の基準に反する。通常観察者の従来設計に基づく検出は関連紛争が発生することを回避し、通常観察者が従来設計に基づき設計特許と被告設計との違いを比較し、これらの違いが外観設計全体の視覚的效果に影響するか否かを観察し、その後実質的に同一で侵害になるか否かを決定する。このように、外観設計侵害判断の主体において、CAFC は「従来設計背景における (In the context of) の通常観察者」の基準を強調している。

日本は 2006 年に《意匠法》を改定する時に意匠の類否に関する侵害判断基準の規定を追加している。

²¹ Litton System, Inc. v. Whirlpool Corp., U.S. Ct. of App., Fed. Cir. 728 F.2d 1423 (1984).

²² 前掲注 (11)。

すなわち、意匠が同一又は類似するか否かは、需要者に同一又は類似する視覚的美感を与えるか否かによって決定される²³。それでは、意匠法を改定する前に、裁判所は実務においてどのような基準を採用したのか、改定した後、裁判所は侵害を判定する時にどのように誰が「需要者」であるかを決定したのか。実際に、この問題は日本学界で長く議論されたものであり、意匠の類否判定基準に対しても異なる学説が存在し、判断主体には後に立法により明確にされた「需要者」基準以外に、さらに「当業者（製品関連分野の従業者）」基準も存在し、関連学説は本文後半で紹介する。一方、意匠出願の実体審査を行う部門として、JP0は「意匠審査基準」の22.1.3.1に明確に、「意匠の類否判断主体」は「需要者（取引者を含む）」であると指摘し、JP0が理解する外観設計類否の判断主体は、一般公衆の一員とする消費者だけでなく、製品に対して実際の取引を行う人をさらに含み、例えば、流通段階の中間業者であることが分かる。

日本は判例法の国家ではないが、同様に司法実務において意匠権侵害紛争を解決する必要がある、裁判所も法律に称される「需要者」を如何に理解し適用するかの難しい課題に直面している。意匠が同一又は類似するか否かについて、2006年に《意匠法》を改定する前に明確な立法規定がないが、「一般消費者」の基準は「可撓性伸縮ホース事件」²⁴において既に採用されている。Yは「可撓性伸縮ホース」の意匠権者であり、XはJP0に該意匠権の無効審判請求を提起したがJP0はその有効性を維持した。Xは東京高等裁判所に上訴したが、裁判所はYの外観設計が援用された引用設計と類似しないと判断し、事件は東京高等裁判所によって棄却された。高等裁判所は、意匠法3条1項によれば、意匠が同一又は類似するか否かは、一般消費者の立場から判定するべきであり、すなわち物品の形状、様式、色彩等の一般消費者に与える美感が同一又は類似するか否かにより判断すべきであると指摘し、このような考慮の角度は2項の公知設計に属するか否か又は当業者から見て進歩性があるか否かに関する基準と異なる。

「可撓性伸縮ホース事件」の後、日本の裁判所は異なる事件において引き続き高等裁判所が言った一般消費者の基準を細分化し、2006年意匠法24条に2項を追加して侵害判定主体が需要者であることを明確にしたことは、立法的に司法経験をまとめたことに過ぎない。米国と同じように、異なる時期に裁判所の異なる事件における一般消費者に対する解釈は、固定且つ唯一でなく、日本の裁判所は意匠権侵害事件を審理する際に、一般消費者の基準に対する把握に柔軟性があり、市場における普通の購買者だけでなく、最終的な利用者及びメーカーから製品を購入し市場に導入する販売業者並びに製品を使用してサービスを提供する経営者も含まれる。例えば、「遊技機用表示灯事件」²⁵において、裁判所は「意匠法24条2項に記載の一般消費者は、本件に含まれる外観設計の表示灯を購入した者であり、すなわちパチンコ店の経営者である」と指摘し、裁判所は、引き続き、このような経営者の立場に基づき被告が原告の享有部分の意匠権を含む遊技機用表示灯を製造し販売することは侵害になると判定している（図表-8）。

²³ 日本の意匠法24条2項（2006年追加）。

²⁴ 最3小判昭和49年3月19日昭和45（行ツ）45審決取消請求、最高裁判例28巻2号308頁、ウェブサイト：http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/026/052026_hanrei.pdf [最終アクセス月：2018年1月]

²⁵ 大阪地判平成25年9月26日平成23年（ワ）14336号。

【図表-8】



また、「謝罪広告等請求控訴事件」において、原告はゴルフ用ボールマーカの意匠権を有し、被告が自分の設計と類似する製品を製造し販売しており、侵害になると主張している。裁判所は判決において、ゴルフ試合において、ボールマークはボールをグリーンに打った時、又はその他の規則に則する必要がある場合、地面からボールを拾う際に、ボールの位置を表示するものとして地面に置かれたマークであり、ボールマークはゴルフ場のために準備したが、ゴルフをする個人が使用する時にもその審美感的印象を与えると指摘している。そのため、ボールマークの取引者、需要者を趣味又は運動のためにゴルフをする一般参加者であると認められる²⁶。要するに、日本では、一般消費者の意匠に基づく創作、製造、販売、使用等の異なる段階において、類否の判断主体は創作者、メーカー、取引者、一般消費者、利用者であってもよい²⁷。

上記米国及び日本の経験から見ると、外観設計の侵害判断の主体基準の司法実践における適用は全体的外観設計であるかそれとも部分外観設計であるか区分せず、部分外観設計保護の立法を制定又は関連措置を採用していない中国では、審査と司法実践において全体と部分外観設計が類似するか否かに対して異なる主体の判断基準を採用することがない。SIP0の指南の第四部分第五章の（無効審判手続における外観設計特許の審査）には、外観設計の同一及び実質的に同一（類似）の判断主体は「一般消費者」²⁸であると明確に決定されている。中国の司法実践においても外観設計侵害の主体の判断基準をまとめており、すなわち、司法解釈による「一般消費者」であり、最近の司法解釈は更に、「人民法院は一般消費者の外観設計に対する知識レベルと認知能力を認定する時、一般的に被控訴侵害行為が発生した時に授權された外観設計が属する同一又は類似する種類の製品の設計空間を考慮すべきである。設計空間が大きい場合、人民法院は一般消費者が通常異なる設計の間の小さい区別に気づきにくいと認定することができ、設計空間が小さい場合、人民法院は一般消費者が通常異なる設計の間の小さい区別により気づきやすいと認定することができる。」²⁹と指摘している。2017年4月、外観設計侵害と無効審判において長い司法経験を有する北京市高级人民法院は関連する指南を公表し、一般消費者とは一般設計者又は製品

²⁶ 知財高判平成19年3月27日平成18年（ネ）10084号。

²⁷ 中川裕幸「意匠の類似—我が国における判断手法と判断主体」日本知財学会誌8巻1号24-31頁（2011年）。

²⁸ 専利審査指南の第四部分第五章4条、外観設計が専利法23条1項、2項の規定に合致するか否かを判断する時、係争外観設計に係る製品の一般消費者の知識レベルと認知能力に基づいて評価しなければならない。異なる種別の製品は異なる消費者群を持つ。ある種別の外観設計に係る製品の一般消費者として、下記特徴を備えなければならない。(1)係争外観設計の出願日前の同種又は類似製品の設計及びその常用設計手法に対し常識レベルの認識を持っている。例えば、自動車の場合、その一般消費者は市販されている自動車及びよくマスコミで見かける自動車広告に開示された情報などに対し、ある程度の認識を持っていないなければならない。

常用設計手法として、設計の転用、つなぎ合わせ、置換えなどを含む。(2)外観設計に係る製品同士の形状、図案及び色彩における違いに対し、ある程度の識別力を備えているが、製品の形状、図案及び色彩の細かい変化まで注意が行き届かない。

²⁹ 【司法解釈（2009）21号】10条、【司法解釈（2016）1号】14条。

の実際の購入者ではなく、想定の人であり、その知識レベルと認知能力の判断には外観設計専利の出願日の権利付与された外観設計が属する同一又は類似する種類の製品の設計空間を考慮すべきであると指摘している³⁰。SIP0 と関連司法解釈、司法指導的文書の説明を合わせると、中国での外観設計が同一又は類似するか否かを判断する主体基準は「一般消費者＋設計空間」であると理解することができ、これは米国の判例法における Gorham 事件によって確立された「一般観察者」からエジプトの女神事件において提供された「従来設計背景下の一般観察者」、日本の立法的に確立された「需要者」から法律適用において実際に把握された「需要者（取引者を含む）」の外観設計の類否判断の主体基準と同工異曲のところがある。

司法実践において、中国の法院の「一般消費者」基準に対する理解と適用は同様に教条的ではなく、司法解釈によって最新的に決定された「一般消費者＋設計空間」基準は実際に比較的成熟した経験をまとめ、全国範囲内で審判基準を統一するために司法解釈の方式で発行したものである。設計空間要因に対する考慮は、「万豊オートバイの車輪事件」において、既に1審法院（当時の北京市第一中級人民法院）による判決において提出されている。権利侵害ではなく無効事件であるが、該事件における外観設計の類否判断の主体に関する紛争は同様に存在する。専利復審委員会は、一般消費者は該製品の専門設計者ではないが、該製品の外観設計に対し常識的な理解を持つべきであり、一般消費者を判断主体とし、無効を請求された専利を引用設計と比較する場合、その相違点は製品外観の全体的効果に対し顕著な影響を与えず、類似となるため、専利は無効であると判断している。北京市第一中級人民法院は、オートバイ車輪は最終的日常生活用品であるオートバイの部品であり、オートバイ消費者は一般的に直接車輪を購入して組立てて使用することがないため、このような製品の購入者と利用者はオートバイの組立又はメンテナンス業者であるべきであり、これらの主体はある程度のオートバイ部品に関する専門知識を持ち、2つのオートバイ車輪の外観設計の相違点に対し一般的な公衆より更に高い判別能力を有するべきであると判断している。外観設計が類似するか否かを判断する時、このような製品の外観における変化空間の大きさを考慮すべきであり、外観における変化空間が小さい製品に対し、その設計差は全体的視覚効果に対し顕著な影響をより与えやすい。設計空間が限られた車輪製品において、無効を請求された専利は製品全体の視覚効果に対し顕著な影響を与えており、該製品の消費者は比較的高い判別能力を有し、混同を十分に排除できるため、専利復審委員会による無効決定を却下した。事件は北京市高級人民法院に移送され、法院は、外観設計の類否は関連製品の専門家ではなく一般消費者の知識レベルと認知能力に基づいて評価すべきであり、本事件はオートバイの車輪に対し常識的理解を持つ一般消費者を判断主体とすべきであると判断している。オートバイ車輪の機能的な限定を考慮し、無効を請求された専利と引用設計との相違点は設計の全体的視覚効果に対し顕著な影響を十分に与えるため、両者は類似の外観設計に属しない。最高人民法院は審理後に判決を下し、判断主体は、オートバイの組立とメンテナンス業者の知識レベルと認知能力だけでなく、オートバイの一般購入者と利用者の知識レベルと認知能力を考慮しなければならないと指摘している。無効を請求された外観設計専利と引用設計の全体的形状、特にスポークの形状（図表-9 参照）は既に一般消費者に類似する全体的視覚イメージを与え、両者の部分的な細かい変化と区別は全体的視覚効果に対し顕著な影響を与えてないため、類似する外観設計に属する³¹。

³⁰ 北京市高級人民法院の専利権の侵害判断指南（2017）81-83条参照。

³¹ 「国家知識産権局専利復審委員会などと浙江万豊摩輪有限公司の外観設計専利権無効行政紛争」事件に関し、関連する決定と判決書は13657号、（2009）一中知行初字第2719号、（2010）高行終字第467号、（2010）行字第5号参照。

【図表-9】



引用設計 (出版物開示)

紛争の外観設計

その他の様々な様式

最高人民法院は、1 審、2 審の判決を取り消したが、それは専利復審委員会の決定を維持することを意味し、すなわち、この事件における外観設計専利権は無効とされるべきである。2016 年の司法解釈が実施された後、中国の法院では続々と「設計空間」の概念を採用して判決を行い、研究者もこれに対する研究と検討を展開し³²、基本的に審判中に「設計空間」の概念を導入することに対し積極的な態度を見せている。「設計空間」とは、設計者の製品の的外観設計に対する創作自由度、すなわち、公知の設計、通常の変更、機能設計及び非装飾性設計を排除した後の創作空間を指す。設計空間は一般的に引用設計、技術、法律概念などの様々な要因の規制と影響を受け、特定の製品の設計空間の大きさは該外観設計に係る製品を認定する一般消費者の同類又は類似する製品の的外観設計に対する知識レベル及び認知能力と密接な関係を有する³³。しかし、執筆者は、この概念は米国のエジプトの女神事件において提出された「引用設計背景下の一般観察者」と同様であり、別の新たな外観設計侵害判断基準を構築するのではなく、「一般消費者」主体基準を採用する時の 1 つの考慮要因に過ぎず、これは依然として簡単に援用するものではなく具体的な事件に合わせて説明しなければならない抽象的概念であると考えている。

「設計空間」を主体基準から独立させる場合、米国のように、過去に回り道をした「新規な点」テストと同じかもしれない、さらなる紛争と外観設計侵害事件判決の不確実性をもたらし、外観設計を保護するのに不利である。当然ながら、中国の現段階の外観設計制度は米国、日本と異なり、すなわち、出願時に実体審査の必要がなく専利権を取得することができるため、中国の外観設計専利権自体は米日両国のように安定しておらず、この背景において、確かに判断主体を一般消費者と確定すると同時に設計空間要因の類似認定への影響を考慮することを強調する必要がある。

上記中日米三か国の外観設計侵害判定主体の一般消費者、一般観察者、需要者などの基準から見て、各国の用語はいずれも非常に簡単であるが、司法事件における説明と理解も紛争のある難問である。更にこれらの主体基準を細かくする場合、例えば、理解しやすくするために、一般消費者を製品の各段階

³² 例えば、毛瑾・錢亦俊「外観設計専利判断への設計空間要素の導入に関する考え」中国専利及び商標 2012 年 4 期、徐婷妍「設計空間の外観設計専利比較判定における運用の解析」中国発明及び専利 2013 年 11 期。

³³ 袁博「「設計空間」の外観設計専利の類似判断における作用」人民法院報 2016 年 3 月 7 版。

又は異なる種別に応じて分割して列挙³⁴することは、理論的に検討する価値があるが、実践において検討する必要なく、不可能でもあり、現実生活の具体的な状況はめまぐるしく変化しており、関連する権利侵害紛争が司法手続に入る場合、必要なのは法官の専門知識、審判のスキルと知恵経験である。外観設計類似の一般消費者の判断主体の具体的な決定方法について、米国の経験から見ると、早くも「一般観察者」基準を確立した1872年のGorham事件の判決において、我々は大量の証人による証言を調べて見ることができ、その後、更に主体基準を「引用設計背景下の一般観察者」と確立したエジプトの女神事件において、判断主体の能力、注意力基準の向上に関するため、裁判所は更に裁判官全員出席の上で審判する(en banc)厳粛な形式で「新規な点」テストというこの法律問題を細かく分析し反省し、「amicus curiae」³⁵により一体類似となるか否かという難解な事実問題を解決することによって、最終的に「引用設計背景下の一般観察者」の主体基準を確立している。関連する検討から見ると、これらの経験は中国の法院が「設計空間に対しある程度に理解している一般消費者」を決定する時に参照とすることができる。ここで、注意すべきことは、米日の経験から見て、部分外観設計の保護範囲には専用の限定方法が有ることと異なり、権利侵害判定主体基準において、全体的外観設計侵害と異なる基準がないことである。

(3) 部分外観設計の同一と類似の判断問題

外観設計の保護範囲と判断主体を決定した後、最終的に直面することは権利侵害となるか否かを判断することである。外観設計侵害とは、外観設計専利製品と同一又は類似する種類の製品において、授權外観設計と同一又は類似する外観設計を採用することである。このように、まず製品が同一又は類似するか否かを考慮し、その後、外観設計が同一及び類似するか否かを判断する。権利侵害となる可能性のある場合は、1)同一製品に同一又は類似の外観設計を使用する場合と、2)類似する製品に同一又は類似の外観設計を使用する場合を含む。しかし、同一製品に他人の専利と同一である外観設計を採用した場合は議論する必要もなく、このような事件は、権利侵害となるか、専利が無効されて権利侵害とならないか、いずれの2つの結果だけである。

事実上、外観設計を保護する必要があることは、革新的な設計が消費者を吸引して購入させる要因となるからであり、そのため、他人が勝手に革新的な設計者の合法的利益を模倣及び盗用し侵害することを禁止させなければならない。この合法的な利益の境界は、まず決定できるものは同一製品に限定され、製品を購入する時の選択が一般的にある製品に限られ、例えば、自動車を購入しようとする消費者は様々な自動車の形状を比較し、ある新規的な設計のため、ある自動車製品を選択する可能性が多いが、ある自動車に好きな靴の形状が使用されているため購入する可能性は極めて低い(もちろん、これは想定 of 極端的な事例に過ぎず、機能的要素に影響されて異なる種別の製品は実は外観設計も非常に類似しにくい)。このため、外観設計保護制度を構築した国家と地域は、出願、審査と権利侵害判定をいずれも

³⁴ 例えば、一般消費者が公衆である特定の用途がない玩具、文房具、食品、キャンディ、家庭日用品、食器、時計、カバン、自転車、ベビーカー、家具、キッチン用品、小型家電などの製品である日用品、購入又は利用者が特定の人々であるトラック、タイヤ、車椅子、血圧計、ゴルフクラブ、登山靴、釣具、農業器具などの製品である特定の用途を有する製品、実際利用者が専門技術者、購入する時ある程度の専門知識を必要とする製図装置、医療計器と施設、実験室装置、工作機械などの生産装置、消防車、自動販売機、エレベーター、プロ映画撮影カメラなどのプロフェッショナル用途を有する技術性製品など。

³⁵ ラテン語「amicus curiae」とは、独立した第三者として裁判所に法律意見書を提出し、更に口頭弁論に参加し、事件に関連する難解の事実と法律問題について観点を論じる人である。

製品カテゴリーに基づいて行い、実践において最も一般的な権利侵害紛争も、同一製品に同一（この極めて明らかな権利侵害に対し本文では議論しない）又は類似する意匠を使用することに表現される。いわゆる同一製品とは、外観設計保護の文脈で、《国際外観設計分類表》（《ロカルノ分類表》）³⁶における同一小区分に列挙された同一製品を指し、例えば、該分類表の2類—衣類と衣料品、靴類において、第4小区分の「靴」は、ロングブーツ、スリッパなどの様々な靴を含み、運動靴と運動靴は「同一製品」であり、運動靴とカジュアル靴は同一種別の製品である。中国の専利法27条には、「外観設計専利を出願する場合、該外観設計を使用する製品及びその所属するカテゴリーを明記すべきである」と規定され、これは世界各国と地域の要求と一致している。比較的複雑な場合は類似する製品に類似する外観設計を使用することであり、権利侵害となるか否かに対しある程度の紛争が発生し、例えば、前記日本の「化粧用パフ事件」において、意匠権が登録された製品は「化粧用パフ」で、被控訴侵害製品は「洗顔（ボディクリーン）ゲルマニウムシリコンブラシ」であり、このように製品が類似するか否かが最も重要な紛争ポイントである。大阪地方裁判所は、該意匠権の保護範囲が提出された出願書類における図面において実線で表示された部分であることを明らかにした後、その実質は楕円形ブラシの部分意匠であると指摘し、被告の製品は2つのブラシを背中合わせに1本の細い柄で一体に接続して両面ブラシを構成したものであり、「化粧用パフ」はパウダーファンデーションとリキッドファンデーションなどを顔部などの皮膚に塗るという元の用途を有する以外、更に洗顔用途を有するため、被控訴商品は該用途と機能において意匠と類似すると言え、比較の結果、被告の両面ブラシにおいて一面の外形は原告の部分意匠と類似し、権利侵害となると判断している³⁷。中国の司法実践では、製品が同一及び類似するか否かに対し比較的緩い、外観設計権利者に有利である態度を採用し³⁸、例えば、原告の外観設計専利は「工艺品（パイナップル盛り合わせ）」であり、権利侵害と起訴された「パイナップル盛り合わせゼリー」は食品であり、1審判決では両者の用途と機能が異なり、国際外観設計分類表からも異なるカテゴリーに属すると判断したが、2審では被控訴侵害製品は装飾として陳列し安置することもできると判断し、さらに類似する種類と判断している。最高人民法院は、《国際外観設計分類表》は製品の種別を判断する参考要素に過ぎず、唯一の根拠ではなく、製品の種別を決定する根拠は用途であり、販売と実際の使用状況から見て、被控訴侵害製品は食用の以外に献上品及び飾りとすることもでき、類似する製品に属すると指摘している³⁹。

製品の類似を判断する問題は、従来の有形製品に対してはそれほど複雑ではないが、外観設計の考案者にとって、他人による勝手な使用が製品の機能と用途が明らかに異なるため専利又は外観設計の専門保護制度によって責任が追及することができなくても、少なくとも商業上外観偽造を禁止する反不正競争法の関連規則によってある程度で保護することができる。外観設計製品の同一又は類似を判断する課題は、主に技術の発展に伴って導入されたGUI設計が如何に確実に保護されるかの問題であり、言い換えれば、GUIはその自体を保護するのか、それともGUIを備える有形製品を保護するのか、ということである。中国のGUI外観設計は《指南》に導入する時に対応する実質的要件審査方法を制定していな

³⁶ Locarno Agreement Establishing an International Classification for Industrial Designs（すなわち、1968年の「ロカルノ合意」）及びその附属品における分類表を参照。中国は該プロトコルの加盟国でもあり、審査実施においてその分類表を採用している。

³⁷ 前掲注（15）参照。

³⁸ 司法解釈（2009）21号9条：人民法院は外観設計製品の用途に基づき、製品の種類が同一又は類似するか否かを認定すべきである、を参照。製品の用途を確定することに関しては、外観設計の簡単な説明、国際外観設計分類表、製品機能及び製品の販売、実際の使用状況などの要素を参照することができる。

³⁹ 最高人民法院（2013）民申字1658号裁定書参照。

いため、現在の中国は比較的完全且つ認識が一致する判断規則が足りず、司法実践は直接権利侵害を判断することに挑戦することに直面している⁴⁰。日本の経験を見れば、その《意匠法》は GUI に対する保護を強化しているが、保護の程度を適切に把握しなければならないことに非常に注意しており、前提条件として「適用する物品」を指定することを要求する以外、GUI に対する保護を「物品をその機能を発揮できる状態に入るようにする」範囲内に厳しく制限し⁴¹、一般的に、製品が通電された後に現れる製品の主な機能を表示する初期メニューであり、このように、非常に多くのコンピュータ表示画面（例えば、汎用パソコンのインターフェース、ネットワークインターフェース、電子ゲーム画面など）に独占権を付与し、IT 産業全体の発展を妨害することを回避する。一方、米国の GUI 設計に関する関連指南は、日本ほど厳格に有形製品を指定・限定しないが⁴²、長年にわたって争議がなく、近年のアップルとサムスンの GUI 設計訴訟になってから何が「製品」であるかという問題が研究者の視野に入るようになった⁴³。中国はどのような対策を採用すべきか、GUI 出願と保護は依然として同一又は類似する有形製品の製造と販売を前提にするのか。これは、確かに関連部門が可能な限り早く検討し産業政策に合わせて具体的な規則を作り出すべきである。

製品が類似するか否かを定めた後、外観設計侵害判定の最後の一步はデザイン自体が類似するか否かである。本文の前の部分に言及した全ての米国の事件において、外観設計が類似するか否かに対する争議はいずれも同じ製品に基づいて発生したものであり、裁判所としてやるべきことは、図面に基づいて保護範囲を決定した後、一般観察者の立場から外観設計が類似するか否かを判定することである。かかる判決から見て、米国の裁判所は外観設計が類似するという判定基準主体が一般観察者であることを明らかにした後、製品のある特定の細部ではなく、一般観察者の製品に対する全体の外観 (overall appearance of an article) から被控訴製品が外観設計と実質的に類似するか否かを判定し、すなわち、意図的な比較でない時に混同による誤った購買が十分に発生し、すなわち、「実質的に類似+混同」基準である。例えば、Gorham 事件において、裁判所は、「我々は一般観察者の立場から見る場合、購買者に通常の注意力を与え、2つの外観設計は実質的に類似し、一般観察者を購入したものが別の製品であると誤った方向へ十分に誘導するため、先に取得した外観設計特許権が後者に侵害されたと判断する」⁴⁴と指摘し、Crocs 発泡プラスチックサンダル外観設計の起訴事件において、裁判所は、様々な被控訴製品と外観設計の間のわずかな相違点 (minor differences、例えば、靴のアップパーに設計された円形の小穴が角丸の小穴に変え、小穴の数とサイズを微調整するなど、図表-2 参照) が一般観察者に異なる視覚的印象を発生させていないと判断し、「とにかく、当裁判所は、被控訴侵害製品は細部から外観設計専利の全体の外観を明瞭に表現し、十分に市場を混同させるため、権利侵害となると判断する」と指摘している⁴⁵。ここで、指摘すべきことは、米国は部分外観設計を保護しているが、専門的な局外観設計の侵害に対する判定方法が形成されていないことである。しかし、部分外観設計侵害を判定する時、米国の裁判所は、保護を要求していない内容を考慮し比較せず、主に保護を求める部分設計箇所を比較する。例

⁴⁰ 前掲注 (8) 参照。

⁴¹ 日本の意匠法 (2006 年改定) 2 条 2 項:「前項において、物品の部分の形状、模様若しくは色彩又はこれらの結合には、物品の操作 (当該物品がその機能を発揮できる状態にするために行われるものに限る。) の用に供される画像であつて、当該物品又はこれと一体として用いられる物品に表示されるものが含まれるものとする。」

⁴² MPEP § 1504.01 (a) 参照。

⁴³ Burstein, Sarah: “The ‘Article of Manufacture’ Today”, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 31, Spring 2018 参照。

⁴⁴ 前掲注 (19) 参照。

⁴⁵ 前掲注 (12) 参照。

例えば、最初に一般的な観察者主体基準を確立した Gorham 事件は、スプークなどの食器の手持ち部分に対するデザインに関するものであり、米国最高裁判所は判決においてこのような食器のその他の部分を考慮せず、「多くの外観設計に詳しい証人は取引者であり、いずれも原告と被告の3つの外観設計はほぼ同じであり、一般的な取引者は被告の製品を原告の「部屋型」手持ち食器と誤認する可能性がある」と証明している」と指摘し⁴⁶、ひいては、審判に援用された外観設計と比較図にもスプークの歯と本体などの食器の本体部分（図表-6 参照）が含まれていない。世界的に注目を集めているアップルとサムソンの外観設計権侵害シリーズの紛争は、いずれもアップル会社の携帯電話の保護を求めている部分外観設計を対象としているが、米国のこの事件を審理している各裁判所はそれを検討せず、当事者も破線部分の違いが携帯電話全体に対する異なるイメージを発生させるか否かの問題を論争せず、かかる裁判所の判決から見て、携帯電話の部分外観設計が類似を構成することは問題にならず、最高裁判所が再審を命じたことも人々のこの事件に対する主要争議であり、製品の部分が米国の特許法でいう製品であるか否か、製品の部分外観設計が侵害された時にその賠償責任を如何に判定するか、及び外観設計の価値から機能的要素を排除すべきか否かなどの問題である⁴⁷。要するに、ある意味から、米国の裁判所は部分外観設計を判定する時、基本的にその独立価値を認めるため、実線で表示された保護を求める部分外観設計及び被控訴侵害製品の該当部分だけを比較する場合、実質的に類似すれば、十分に混同し誤認するので、権利侵害と判定することができる。

日本では、外観設計が類似するか否かについて、学界には主に「創作説」と「混同説」がある⁴⁸。前者は「意匠法」の革新設計を保護する主旨に基づき、法により保護する価値のある意匠は新しい審美価値を発生した創作であると主張している⁴⁹。そのため、製品が類似するか否かを判断するには「当業者（すなわち、製品に関わる従業者）」の立場を基準とすべきであり、原告と被告の製品が彼らに類似する美感を与えた場合に類似を構成する⁵⁰。しかし、後者は、判断主体は「取引者（販売業者）」を含む「需要者（消費者）」であるべきであり、原告と被告の製品が彼らを混同させると意匠が類似すると判定することができる⁵¹。数年間に渡る理論上の検討と司法判例経験を纏めた上、「混同修正説」は多数の人に認められている⁵²。該説は混同を基にするが、公知のデザインも参照して意匠の要部（観察者の注意が引かれる部位と特徴）を考慮し、その「要部」が公知のデザインと比べて革新的なところがある場合、創作説の原理を採用して法理の保護を受けるべきか否かを判断する⁵³。要するに、この混同修正説は実質的に「要部説」でもあり、類似するかを判定する時にデザインの重要性、実質的特徴に対し重要な役割を果たす。現行の日本意匠法 24 条に記載の「登録意匠とそれ以外の意匠が類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行うものとする」とは、上記理論上の検討と実践経験をまとめたものであり、そのため、適用する時に裁判所は通常「要部認定」の方式を採用して外観設計の構成態様を全体的に観察し、その後消費者に類似する視覚的美感を与えて混同させるか否かを決定する。ここで、注意すべきことは、この混同とは商標分野の出所混同と異なり、製品自体の混同を指す。部分外観設計が類似するか否かを判断する問題において、日本学界には「要部説」と

⁴⁶ 前掲注 (19) 参照。

⁴⁷ Samsung Elecs. Co., Ltd. v. Apple Inc., 137 S. Ct. 429, 436 (2016)参照。

⁴⁸ 青木博通『知的財産権としてのブランドとデザイン』284頁（有斐閣、2007年2月）。

⁴⁹ 斎藤瞭二『意匠法概説〔補訂版〕』194頁（有斐閣、1995年）。

⁵⁰ 牛木理一『意匠権侵害—理論と実際—』20頁（経済産業調査会、2004年）。

⁵¹ 高田忠『意匠』149頁（有斐閣、2000年（オンデマンド版））。

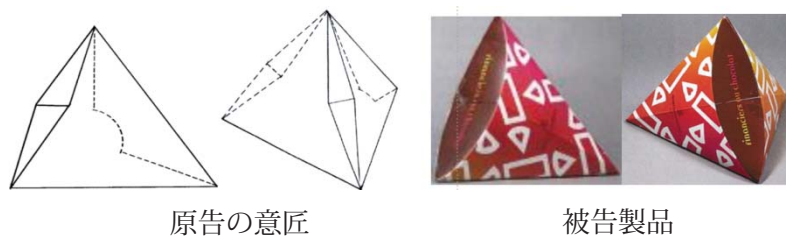
⁵² 小谷悦司「改正意匠法 24 条 2 項について」『特許』60 卷 3 号 6 頁（2007 年）。

⁵³ 設楽隆一「意匠権侵害訴訟について」『特許管理』37 卷 11 号 1375 頁（1987 年）。

「独立説」⁵⁴があり、前者は部分意匠を物品の全体的意匠に置き、要部認定方式により部分意匠が侵害されたか否かを判定するが、後者は部分意匠を同じ相対的に独立した意匠として考慮している。かかる研究から見て、「要部説」は主流観点であり⁵⁵、該観点は、被控訴侵害対象と部分意匠が類似する否かは、係争部分意匠の図面に主張する範囲（すなわち、実線部分）に準ずるべきであり、該部分の製品全体の外観環境における位置、大きさ及び配置関係を考慮して係争意匠と被控訴侵害対象における対応部分の内容を比較し、両者の外観が同じ又は類似するか否かを総合判断しなければならないと主張している。一般的に、部分意匠が製品に適用される場合、位置、大きさ及び配置関係の細かい変化だけでは要部類似の判断に対し影響を与えない。

JP0 の《意匠審査基準》は、意匠の類似、部分意匠が従来の公知の意匠及びその他の部分意匠と類似するか否かに対し詳細に規定しており⁵⁶、「要部説」の具体的な適用とも言えるが、これは同じ観点を持つ日本の裁判所にとって重要な参考資料となるに間違いない。日本の裁判所は基本的に「要部認定＋総合判断」の方法を採用し、すなわち、被控訴侵害製品と原告の意匠の図面全体及び要部を比較し、両者の共通点と相違点を明らかにするとともに、従来の設計を排除して総合的に判断し、最終的に侵害になるか否かの結論を出す。例えば、「包装用箱事件」⁵⁷において、知的財産高等裁判所は東京地方裁判所の判決を支持し、「原告の意匠権の図面は、その要部特徴が下記の2つであることを表明し、その1は基本輪郭が三角形を呈する円錐体構造であり、その2は該多面体の頂部から底部までの稜線が凹んで菱形の装飾平面を呈することであり、被告の三角形円錐体構造における外観は原告の意匠と類似するが、別の要部、一般消費者や販売者に最も注目されやすいものでもある稜線装飾平面に紡錘形を呈し、人に滑らかで穏やかな印象を与えるものを採用し開口に設け、これは原告の人に鋭利且つ強固な印象を与える菱形平面と異なる（図表-10 参照）」と判断し、よって裁判所は権利侵害とならないとの結論を出している。

【図表-10】



原告の意匠

被告製品

筆者は、日本の裁判所が採用する製品全体の外観を基にする「要部説」は実践において多数の争議を解決することができるかと主張し、通常の場合、部分意匠は要部と認定されるため、位置、大きさ及び配置関係の細かい変化だけでは類似を構成する判断に影響を与えない。しかし、「要部説」にも一部の問題があるかも知れない。例えば、実線で表示された部分意匠は実物に適用される時、必ずしも製品全体の外観における最も人の注目を集める要部ではなく、特に被控訴製品に別途注目される新しい意匠の特徴

⁵⁴ 佐藤恵太「部分意匠の権利範囲に関する覚書」（独立説）、吉原省三「部分意匠の問題点」（要部説）を参照。この2つの論文は、中山信弘編『知的財産法と現代社会』（信山社、1999年）の698-703頁と109頁に掲載されている。

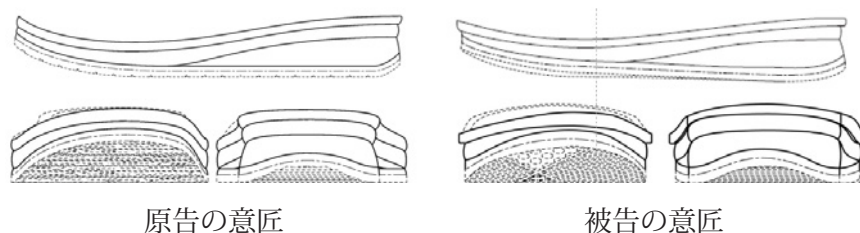
⁵⁵ 鈴木公明「包含関係にある複数の部分意匠の実務的意義」知財ジャーナル3号（2010年）86頁の脚注28参照。

⁵⁶ 意匠審査基準 22.1.3.1.2、71.4.2.2.1、71.9.1 各条項の具体的規定参照。

⁵⁷ 東京地判平成27年5月15日平成26年（ワ）12985号、知財高判平成28年1月27日平成27年（ネ）10077号。

が追加された場合、「要部説」では部分意匠に対する保護を説明できない可能性がある。すべての部分意匠を要部と見なさない限り、実線部分が類似するか否かの判断における重みを弱める可能性が非常に高く、さらに公知の例と機能的要素を排除することにより、部分意匠の保護範囲を実質的に限定し狭くする。しかし、すべての部分意匠を要部に位置付けると、直接部分意匠の独立した価値を承認するに及ばず、すなわち、それが製品全体の外観において要部に属するか否かを考慮する必要なく、直接部分意匠の設計要素から引用意匠の要素を排除した後被控訴製品の該当する部分と比較することにより類似するか否かを判定するだけでより簡単であり明瞭である。言い換えれば、部分意匠と被控訴製品の主要又は基本形態部分がいずれも公知意匠に属する場合、直接比較するものは実際には部分意匠と被控訴製品の間の細かい相違点であり、この時さらに要部と称すると、逆に理解しにくくなる。例えば、「ブーツ底部分事件」において、裁判所は下記のように原告意匠の要部をまとめている。1)靴の底部分は三層が一体に構成された側面から見て隆起された形状である。2)正面図において、A層の右側上端とB層の右側下端、B層の右側上端とC層の右側下端の結合部はいずれも連続的であり、背面図における踵部分、A層の左側上端とB層の左側下端、B層の左側上端とC層の左側下端の結合部も連続的であり、層間境界部で略「く」形に凹んだ基本形状を呈し、B層はA層よりさらに険しく、B層におけるC層も外へ突出する形状を呈する。3)右側面図において、A層の左右側上端部分とB層の左右側下端部分、B層の左右側上端部分とC層の左右側下端部分は連続的であり、境界で凹んで大抵「く」形を形成する。4)左側面図において、B層の左右側上端部分とC層の左右側下端部分は連続的であり、境界で凹んで消費者が目出しやすい「く」形を形成する。このいくつかの設計要素は消費者に靴の底部分が1層の皮革材料により製造された積み重なった3層の靴の底部分に感じさせ、全体的に統一された感じを形成し、柔らかくて穏やかな美感を発生することができる。これによって、裁判所は、被控訴侵害製品の外観と比較した後、両者の基本構造は類似するが、設計要部、特にC層とB層の結合部で「L」形を呈し、B層から独立した存在感を見せるため、原告の意匠と柔らかい感じが明らかに異なる美感を与え、類似を構成せず、権利を侵害しない(図表-11 参照)。「ブーツの底部分事件」では、原告の部分意匠と引用意匠及び被控訴侵害製品との細かい違いを要部と称するが、日本裁判所の意匠法24条の「類似する視覚的美感」に関する「要部認定+総合判断」の基準を一貫して堅持していることを表明する。

【図表-11】



中国の外観設計制度は部分設計の概念を導入していないため、権利侵害判定に専門の基準がない。外観設計が類似するか否かの判定において、中国の審査部門と法院は一般消費者の主体基準を確立した後、「全体的観察+総合判断(引用意匠、機能的特徴の排除)」の判断方法を採用し、すなわち、外観設計専利と引用設計を比較する時、一般消費者の知識レベルと認知能力に基づいて、両者の全体的視覚効果に

対し全体的に観察し、総合判断しなければならない⁵⁸。中国の外観設計専利（事実的に登録保護を受けられる部分外観設計を含む）に関する典型的な事例を調べてみると、ほぼすべての判決書にこの判断方法を採用していることが分かる。全体的観察とは、一般消費者は外観設計専利と引用設計の間の部分的な細かい相違点に注目すべきではなく、外観設計の全体的な視覚効果に注目して、外観設計専利と引用設計の視覚効果に明らかな相違点があるか否かを判断すべきであることを指し、総合判断とは、判断する際に、一般消費者は外観設計専利と引用設計の可視部分の共通点と相違点をいずれも注目し、それぞれの共通点、相違点の全体的な視覚効果に対する影響の大きさと程度を総合的に考慮することを指す⁵⁹。同時に、中国の法院の権利侵害を判定する時に採用する総合判断要素は、上記に言及された一般消費者の注目可能な設計空間のほか、さらに引用設計の抗弁の審査⁶⁰と機能性設計⁶¹などの要素に対する考慮を含み、被告が引用設計の抗弁を提起していない時、法院は一般消費者の熟知の一般設計も考慮する可能性がある⁶²。

3. 結論

外観設計保護制度の最初の考えは、保護と運用を促進することにより、革新的設計を奨励し産業を発展させることである。製品の部分外観設計は現実生活において日々多くなり、中国法律制度の成文法伝統から、立法形式で外観設計に対する保護を明確にすることは革新を奨励することに有利であるが、立法による明確な規定がないからといって部分外観設計が中国で保護されないということではなく、審査実践中の部分外観設計の革新を奨励すること、設計者が保護を受けることに不利なやり方を取り除けば、実質的に、現在中国における部分外観設計は法的に保護され得る。例えば、指南の第一部分第三章 7.4 「外観設計専利権を授与しない場合」の(3)、すなわち、「製品の分割不能又は単独販売不能且つ単独使用不能の部分外観設計、例えば、靴下の踵、帽子の鏢、コップの取っ手など」を修正し、後に「部分外観設計を製品設計全体の一部として保護を求める場合を除く」を追加規定し、指南の第一部分第三章 4.2.3 の「陰線、指示線、破線、中心線、寸法線、一点鎖線などの線で外観設計形状を表現してはならない」における「破線」2文字を削除するとともに、「部分外観設計を出願する場合、実線で請求部分を表示し、破線（断続線）で製品のその他の部分を表示しなければならない」を追加し、この要求に従って図面を提出する。また、政策立案に係る調査研究結果によると、GUI の保護は现阶段の中国関連産業の発展により有利であることを表明し、かかる審査基準も早く制定しなければならない。

部分外観設計の侵害判定は、部分外観設計の保護範囲及び製品が同じ又は類似するか否かを確定した後、部分外観設計と被控訴侵害製品の該当する部分を比較し、同じ又は類似を構成するか否かを判断することである。米国と日本の経験から見ると、部分外観設計が類似するか否かは全体的外観設計に独立して類似する判断基準を形成していない。外観設計の権利侵害判定基準は世界的な難問であり、その難

⁵⁸ 専利審査指南の第四部分第五章 5.1.2, 5.2.4, 6.1 及び【司法解釈（2009）21号】11条参照。

⁵⁹ （2016）最高法行申 360号行政裁定書参照。

⁶⁰ 【司法解釈（2009）21号】14条参照。

⁶¹ 最高人民法院民事判決書（2014）民提字 34号：「機能性設計特徴とは、該外観設計製品の一般消費者にとって、該設計特徴の選択が特定機能の実現だけを考慮し、美学要素の設計特徴を考慮していないことを指す……機能性設計特徴の判断基準は、該設計特徴が機能又は技術条件の制限によって選択可能性を有していないか否かにあるのではなく、一般消費者にとって、該設計特徴が単なる特定の機能により決定されるのか否かにあり、よって、該設計特徴が美感を有するか否かを考慮する必要がない」を参照。

⁶² 最高人民法院民事裁定書（2014）民申字 1865号参照。

しいところは、外観設計が「類似する」か否かであり、表面的には客観的な事実のように見えるが、明らかに特定主体の主観的な判断であり、判断主体を如何に確定し、どんな規則により判断するかは、より多くは法理的な問題である。このため、米国の司法実践は回り道を歩んだことがあり、外観設計「新規な点」のテストにより一般観察者の判定基準を補足しようと試したが、数年間の実践により「引用設計の背景での一般観察者」が外観設計侵害を判定する唯一基準であることを再び明らかにし、すなわち、被控訴製品の外観が外観設計と実質的に類似すると、引用意匠の背景での一般観察者を十分に誤認させることができるため、権利侵害を構成する。このような発想は裁判所の「一般観察者」という法律問題を確定するに当たっての主要作用を強化し、「実質的に類似する」という元から抱えている主管判断ニュアンスの複雑且つ難しい問題を単純化し、「十分に混同させる」という客観的な結果と結び付けて、米国民事裁判手続きにおける特有の陪審員団制度に任せて解決し、裁判官がこのような難問で窮地に陥ることを大きく避ける。逆に日本の実践を見ると、裁判官は米国の裁判官のように「需要者」という法律により作られた人を具体化するほか、具体的な外観設計と製品に対し「要部認定」しなければならない、たまには部分設計が要部と見なされる理由を合理的に解釈しなければ、同じ又は類似する視覚的美感を有するか否かを総合的に判断することができず、これらは裁判官にとって非常に重い負担であるに間違いはない。

中国は日本のように「要部説」を採用していないが、司法解釈において明確にした「全体的観察＋総合判断」原則は個別の事件により表現され、依然として、裁判官は、新規な点、共通点、相違点を一般的に採用して確定し総合的に比較するなどの争議と困惑を発生しやすい方法により意匠が同じ又は類似するかを判断する。事実上、生活中的個別事件の要素は色々であり、どちらにおいても正しいという外観設計が類似するか否かを判断する基準をまとめることは現実的でなく、「全体的観察＋総合判断」は依然として非常に抽象的な原則であり、簡単な事件に対し、裁判官が「一般消費者」に置き換えて判断する問題は大きくないが、難問の事件に対し、例えば、部分外観設計と全体的外観の関係、細かい違い及び類似するか否かの判断に対する影響などの問題にかかわる場合、この原則は、裁判官を新規な点、共通点、相違点の確定及び繰り返す比較などの苦勞しながらよい評価が得られない作業から抜け出すことができない。争議を回避するために、このような事件に対しては米国の経験を借りた方が何よりであり、「設計空間の一般消費者」の主体と製品の類似を確定した後、部分設計を始めた外観設計の「同じ又は類似」の主観的傾向を有する判定作業を、法官が誘導し法廷審理を助け合う陪審員団などの類似する体制により遂行する「十分に混同と誤認させる実質的な類似」の相対的に客観的な判定作業に変換する。当然ながら、これは知識産権審判制度の該当の改革と完全化に頼らなければならない。部分外観設計にとって、部分革新に対する保護を強化するために、法院は権利侵害判定において、一般消費者と製品類似の基準を柔軟且つ緩く把握することができ、条件付きで部分外観設計の相対的に独立した価値を承認することができ、それに応じて、類似を判断する規則を解釈する時、部分外観設計の製品全体外観における形状、サイズ、色、位置に対する要求を緩くすることができる。

以上

第 5 章

基礎調査概要

中国における基礎調査に関する報告書の概要*

I. 中国知的財産法院と非知的財産法院の比較調査

1. 調査目的

中国知的財産法院の設立が専利侵害訴訟及び専利行政訴訟に与える影響を把握するために、知的財産法院設立前後のデータを比較研究する。

2. 調査分析方法

知的財産法院が設立された北京・上海・広州において、知的財産法院設立前と設立後の専利侵害訴訟及び専利行政訴訟に関するデータを比較研究した。また、知的財産法院設立地域以外の傾向も把握するために、知的財産法院非設立地域（成都、武漢、南京、蘇州の四地域を選択）のデータも比較研究した。

調査期間		2013年	2014年	2015年	2016年
知的財産法院 設立地域	北京	非知的財産法院 (北京市第一中級人民法院、北京市第二中級人民法院など)		知的財産法院	
	上海	非知的財産法院 (上海市第一中級人民法院、上海市第二中級人民法院など)		知的財産法院	
	広州	非知的財産法院 (広東省広州市中級人民法院、広東省珠海市中級人民法院など)		知的財産法院	
知的財産法院 非設立地域	成都、武漢、 南京、蘇州	成都市中級人民法院、武漢市中級人民法院など		成都市中級人民法院、武漢市中級人民法院など	
		知的財産法院設立前 (2013/1~2014/10)		知的財産法院設立後 (2014/11~2016/12)	

* この概要版は、特許庁委託事業「平成 29 年度知的財産保護包括協力推進事業」により、中国林達劉グループ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が作成したものである。

3. 調査結果

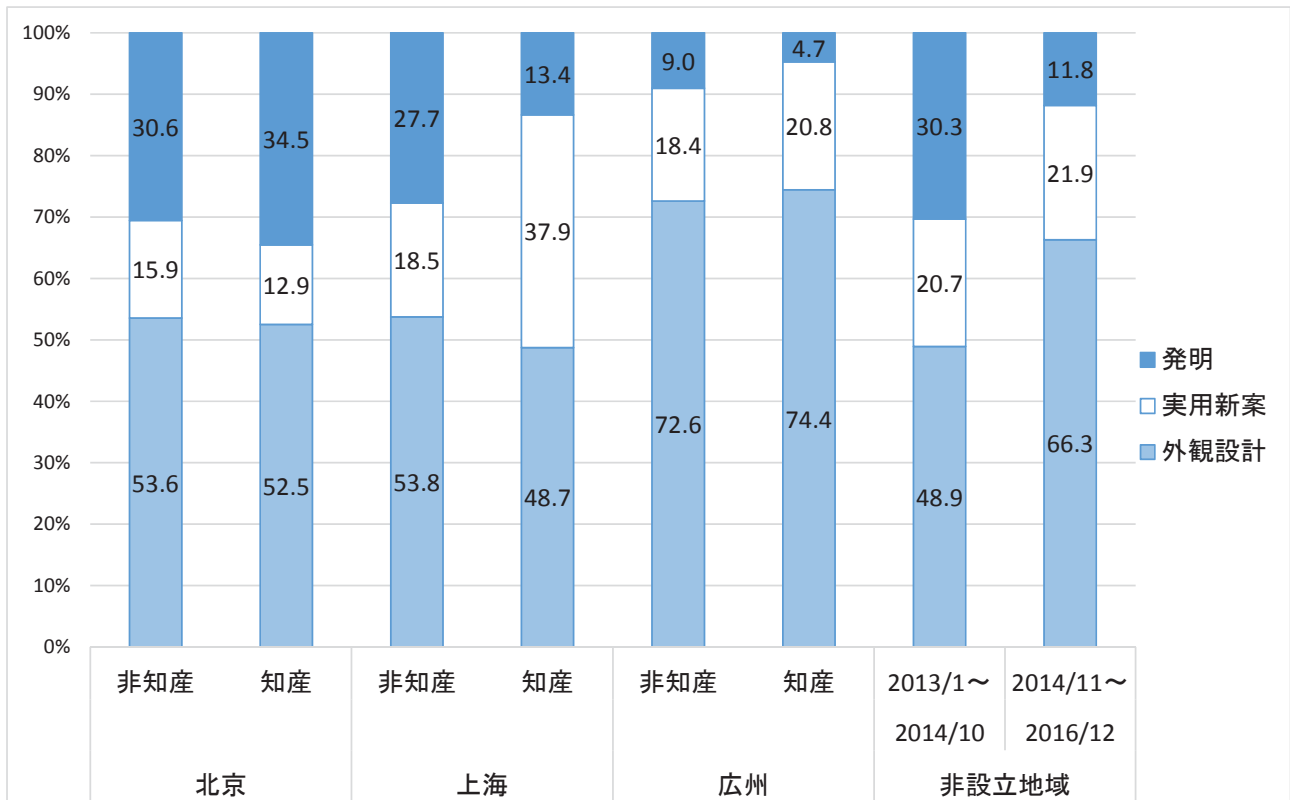
(1) 各法院の案件数と割合

専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別案件数とその割合を下記の図表に示す。

【表 I-1-1】 専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別案件数

専利種類	北京		上海		広州		非設立地域	
	非知産	知産	非知産	知産	非知産	知産	2013/1～ 2014/10	2014/11～ 2016/12
発明	77	96	118	37	148	100	57	82
実用新案	40	36	79	105	302	441	39	152
外観設計	135	146	229	135	1193	1576	92	461

【図 I-1-1】 専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別案件数割合



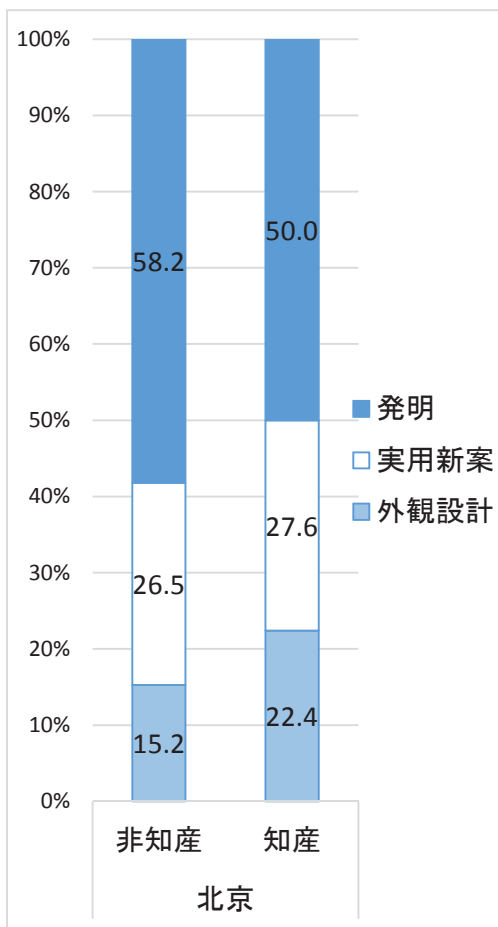
専利侵害訴訟の各法院案件数については、三つの知的財産法院を比較すると広州の案件数が多い。また、専利種類別案件数割合については、どの知的財産法院も外観設計の割合が高い。

次に、専利行政訴訟についての専利種類別案件数とその割合を下記の図表に示す。

【表 I-1-2】 専利行政訴訟についての専利種類別案件数

専利種類	北京	
	非知産	知産
発明	294	190
実用新案	134	105
外観設計	77	85

【図 I-1-2】 専利行政訴訟についての専利種類別案件数割合



専利行政訴訟の専利種類別案件数割合については発明の割合が高い。理由として、発明は実体審査が行われて拒絶査定維持審決を不服とした審決取消訴訟が多いことが考えられる。

(2) 原告勝訴率

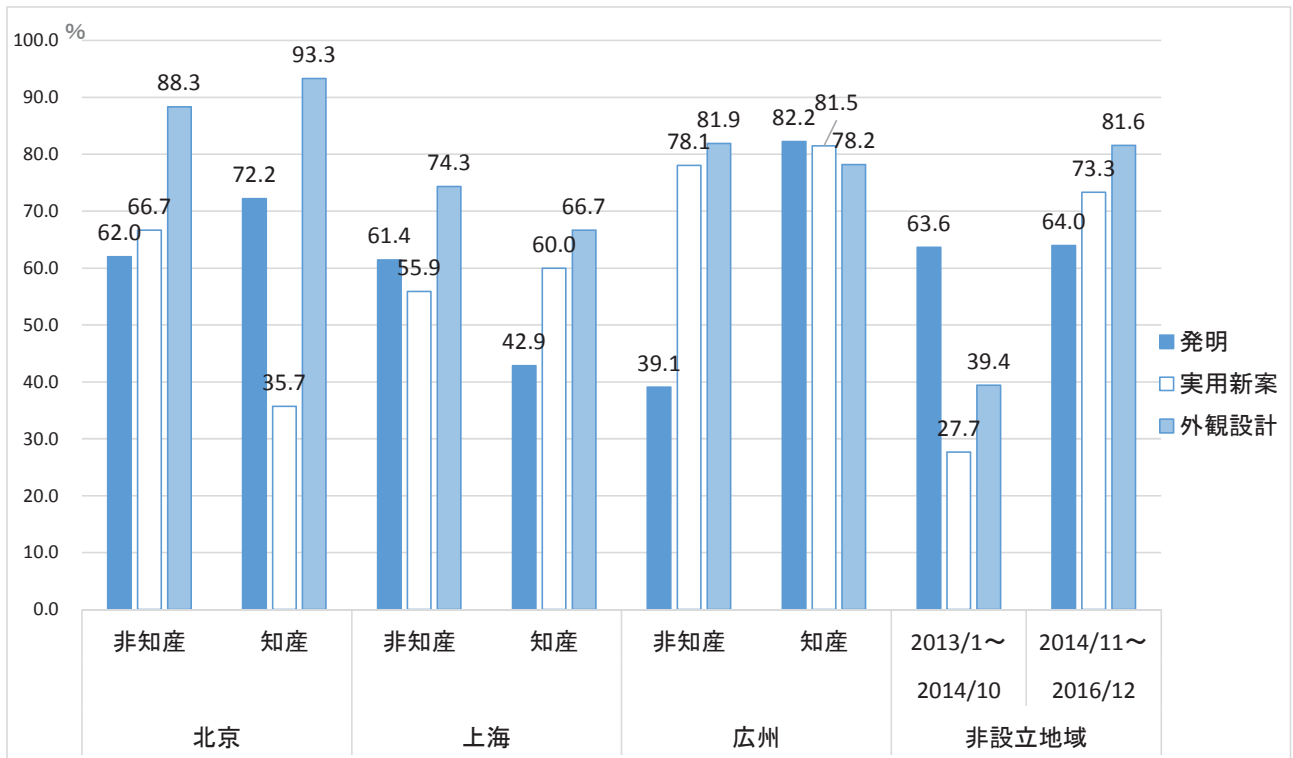
専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別原告勝訴件数と専利種類別原告勝訴率を下記の図表に示す。一審事件のみ集計し、原告一部勝訴の場合は原告勝訴とみなした。また、原告勝訴率は、以下の式で計算した。

$$\text{原告勝訴率} = \text{原告勝訴件数} / (\text{原告勝訴件数} + \text{原告敗訴件数})$$

【表 I-2-1】 専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別原告勝訴件数と原告敗訴件数

専利種類	北京				上海				広州				非設立地域			
	非知産		知産		非知産		知産		非知産		知産		2013/1~2014/10		2014/11~2016/12	
	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴
発明	31	19	26	10	43	27	6	8	70	109	37	8	14	8	16	9
実用新案	20	10	5	9	19	15	12	8	121	34	132	30	13	34	33	12
外観設計	53	7	42	3	84	29	38	19	580	128	641	179	56	86	93	21

【図 I-2-1】 専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別原告勝訴率



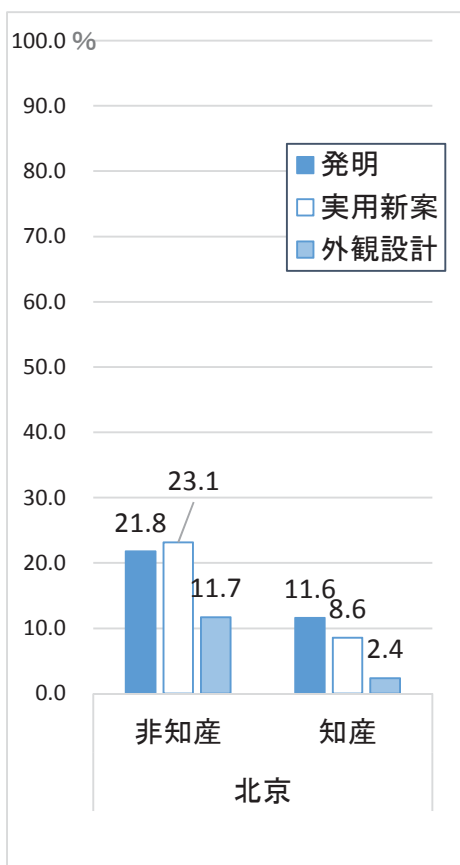
原告勝訴率について知的財産法院の設立前後で比較すると、一部に変化は見られるものの、全体としては大きな変化は見られない。

次に、専利行政訴訟についての専利種類別原告勝訴件数と専利種類別原告勝訴率を下記の図表に示す。
 なお、原告勝訴率の計算方法は専利侵害訴訟の場合と同じである。

【表 I -2-2】 専利行政訴訟についての専利種類別原告勝訴件数と原告敗訴件数

専利種類	北京			
	非知産		知産	
	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴
発明	64	230	22	168
実用新案	31	103	9	96
外観設計	9	68	2	83

【図 I -2-2】 専利行政訴訟についての専利種類別原告勝訴率



原告勝訴率について知的財産法院の設立前後で比較すると、いずれの専利種類においても設立前に比べて設立後の原告勝訴率が下がっている。

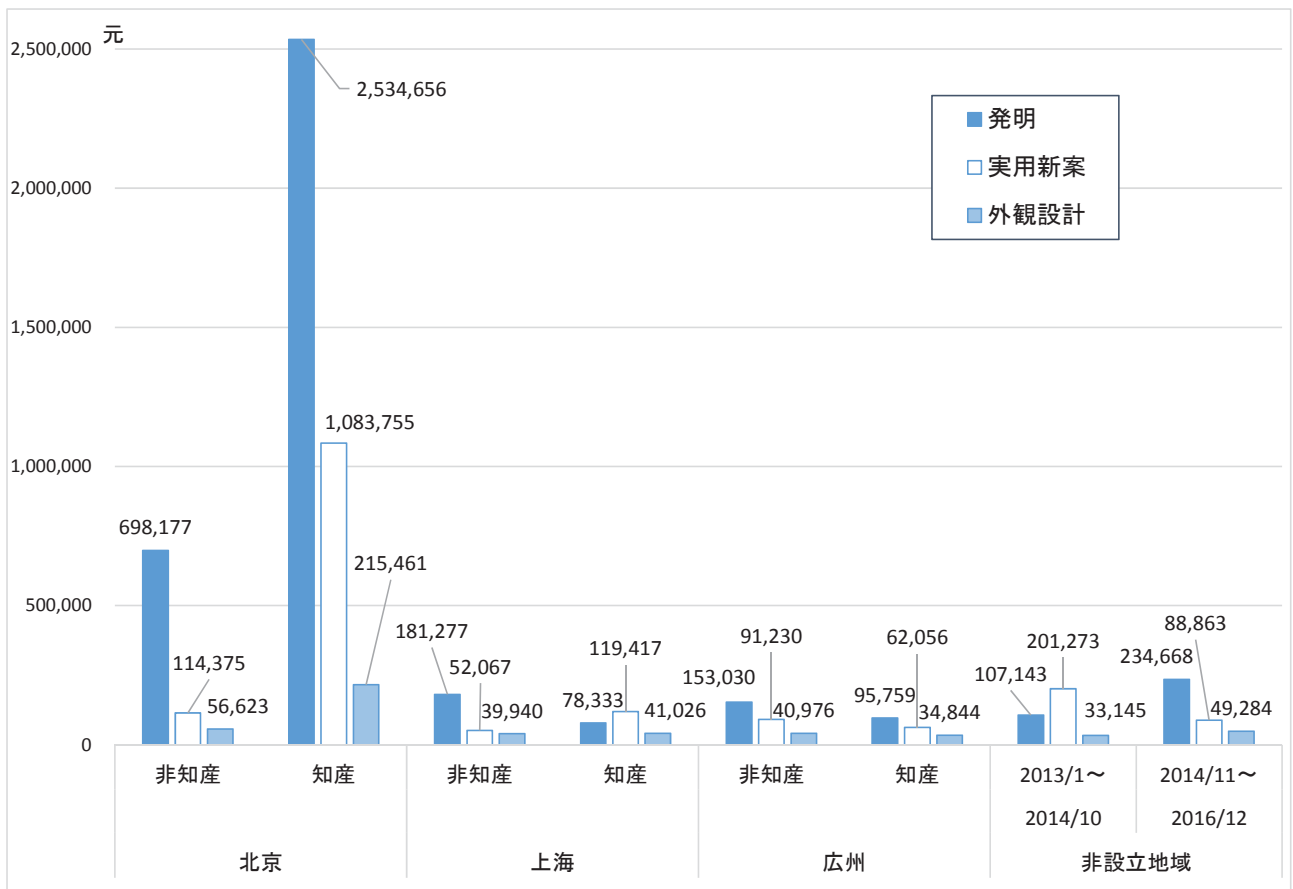
(3) 平均賠償額

各法院の專利種類別損害賠償認容件数と專利種類別平均賠償額を下記の図表に示す。

【表 I-3-1】各法院の專利種類別損害賠償認容件数

專利種類	北京		上海		広州		非設立地域	
	非知産	知産	非知産	知産	非知産	知産	2013/1~ 2014/10	2014/11~ 2016/12
発明	31	25	42	6	67	39	14	10
実用新案	16	4	15	12	110	125	11	19
外観設計	51	37	67	39	543	632	55	81

【図 I-3-1】各法院の專利種類別平均賠償額



平均賠償額について知的財産法院の設立前後で比較すると、北京では知的財産法院設立後に高額の損害賠償が認容された案件（5,000 万円の損害賠償が認容された（2015）京知民初字第 441 号など）が出た影響もあって設立後の平均賠償額が高くなっている。一方、上海と広州の平均賠償額については知的財産法院の設立前後で大きな変化は見られない。

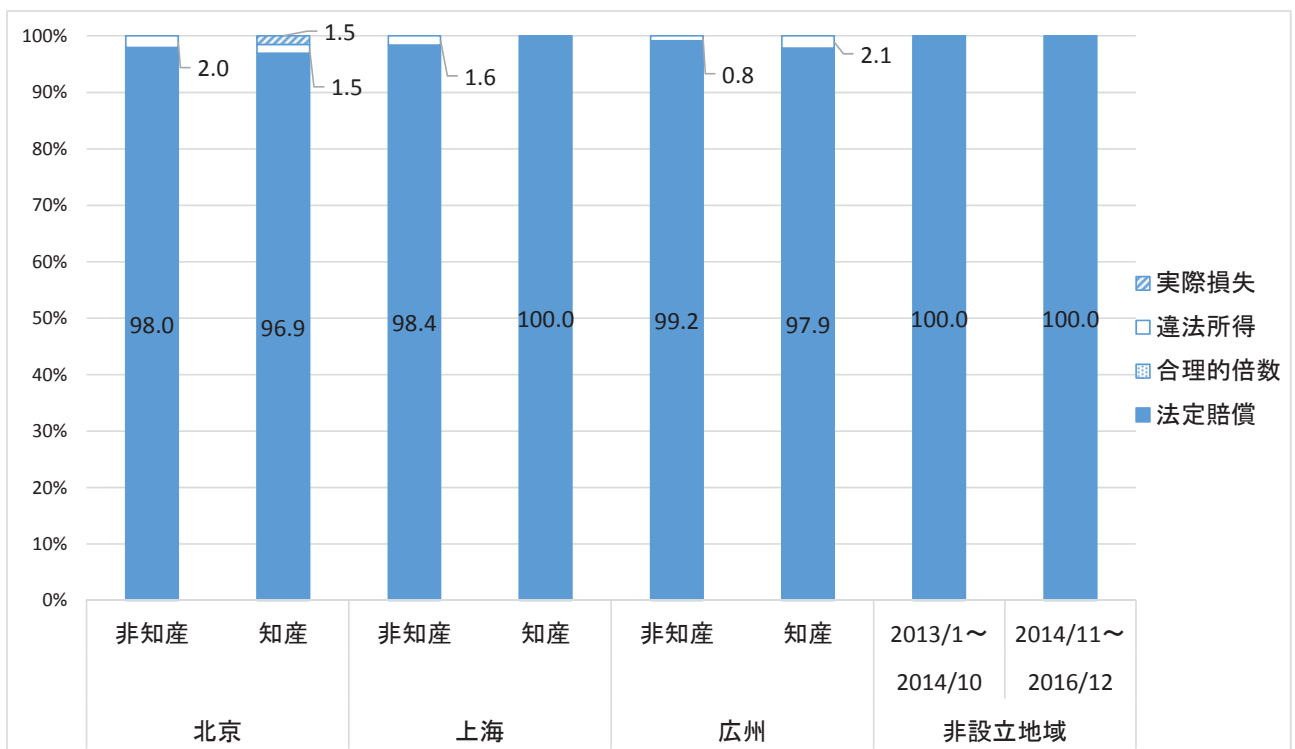
(4) 賠償額算定方法

各法院の賠償額算定方法別案件数とその割合を下記の図表に示す。

【表 I-4-1】各法院の賠償額算定方法別案件数

算定方法	北京		上海		広州		非設立地域	
	非知産	知産	非知産	知産	非知産	知産	2013/1~ 2014/10	2014/11~ 2016/12
実際損失	0	1	0	0	0	0	0	0
違法所得	2	1	2	0	6	17	0	0
合理的倍数	0	0	0	0	0	0	0	0
法定賠償	96	63	122	57	714	779	80	110

【図 I-4-1】各法院の賠償額算定方法別案件数割合



賠償額算定方法については知的財産法院の設立前後で比較しても法定賠償の割合が高い傾向に変わりはない。

(5) 差止請求

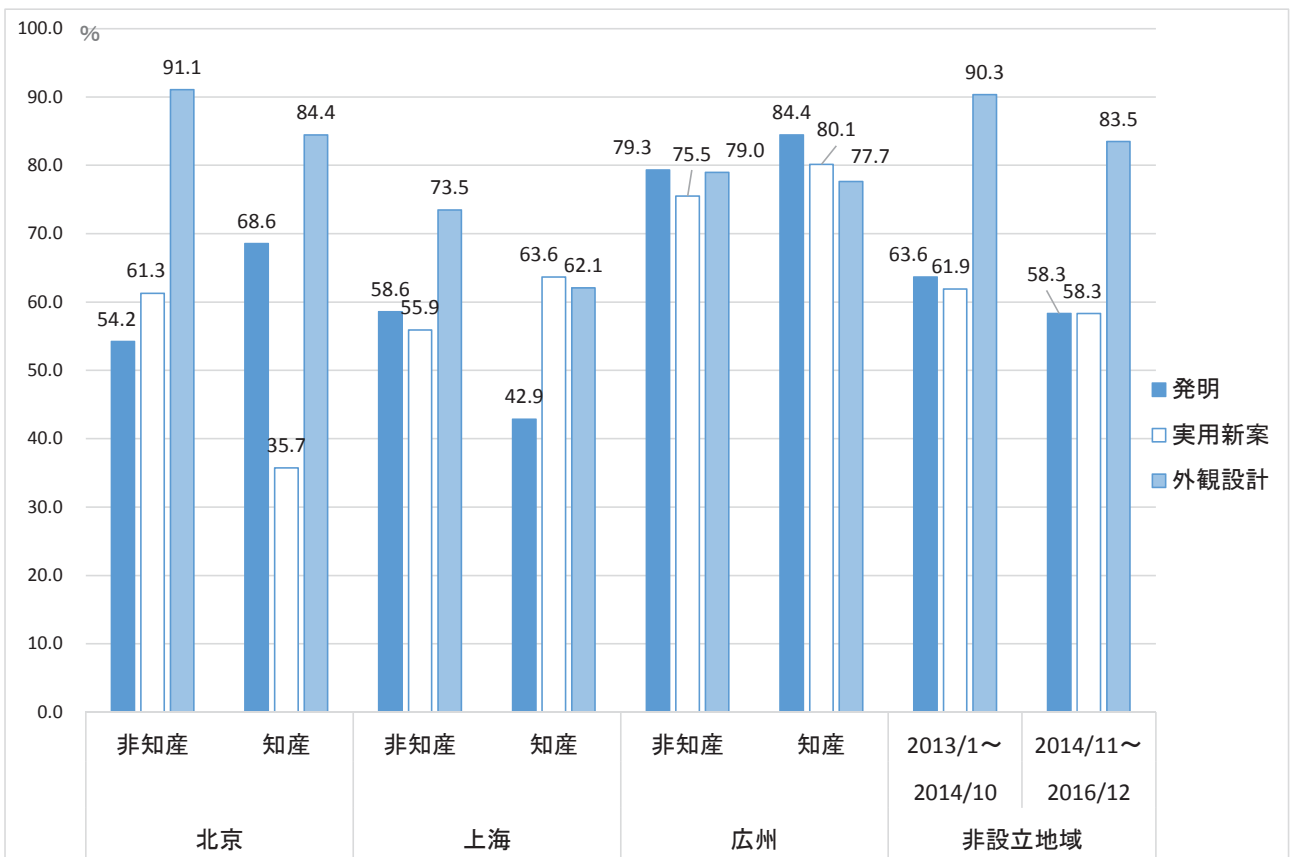
各法院の專利種類別差止認容件数と專利種類別差止認容率を下記の図表に示す。一審事件のみ集計した。また、差止認容率は、以下の式で計算した。

$$\text{差止認容率} = \text{差止認容件数} / \text{差止請求件数}$$

【表 I -5-1】 各法院の專利種類別差止請求件数と差止認容件数

專利種類	北京				上海				広州				非設立地域			
	非知産		知産		非知産		知産		非知産		知産		2013/1~2014/10		2014/11~2016/12	
	請求	認容	請求	認容	請求	認容	請求	認容	請求	認容	請求	認容	請求	認容	請求	認容
発明	59	32	35	24	70	41	14	6	87	69	45	38	22	14	24	14
実用新案	31	19	14	5	34	19	22	14	151	114	161	129	21	13	48	28
外観設計	56	51	45	38	113	83	58	36	708	559	819	636	62	56	109	91

【図 I -5-1】 各法院の專利種類別差止認容率

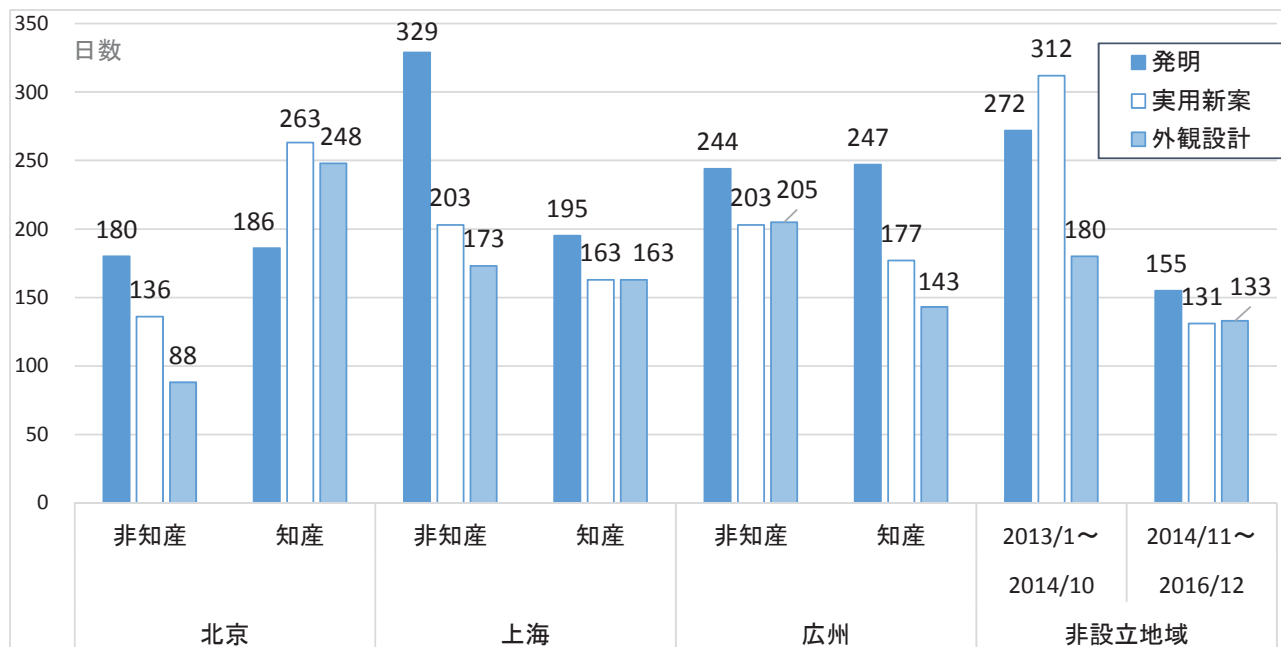


差止認容率について知的財産法院の設立前後で比較すると、一部に変化は見られるものの、全体としては大きな変化は見られない。

(6) 平均審理期間

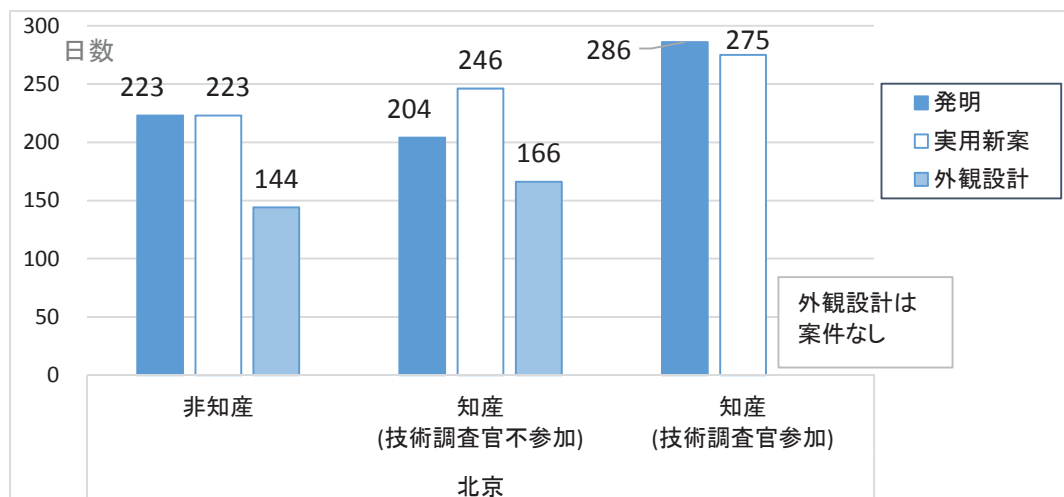
専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別平均審理期間を下記の図に示す。

【図 I -6-1】 専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別平均審理期間



平均審理期間について知的財産法院の設立前後で比較すると、北京では設立前に比べて設立後の平均審理期間が増加しているのに対して、上海と広州では設立後の平均審理期間が全体的には減少している。次に、専利行政訴訟についての専利種類別平均審理期間を下記の図に示す。

【図 I -6-2】 専利行政訴訟についての専利種類別平均審理期間



専利行政訴訟の平均審理期間については、設立前後で大きな変化は見られないものの、技術調査官が参加すると平均審理期間が増加する。

(7) 上訴件数と上訴率

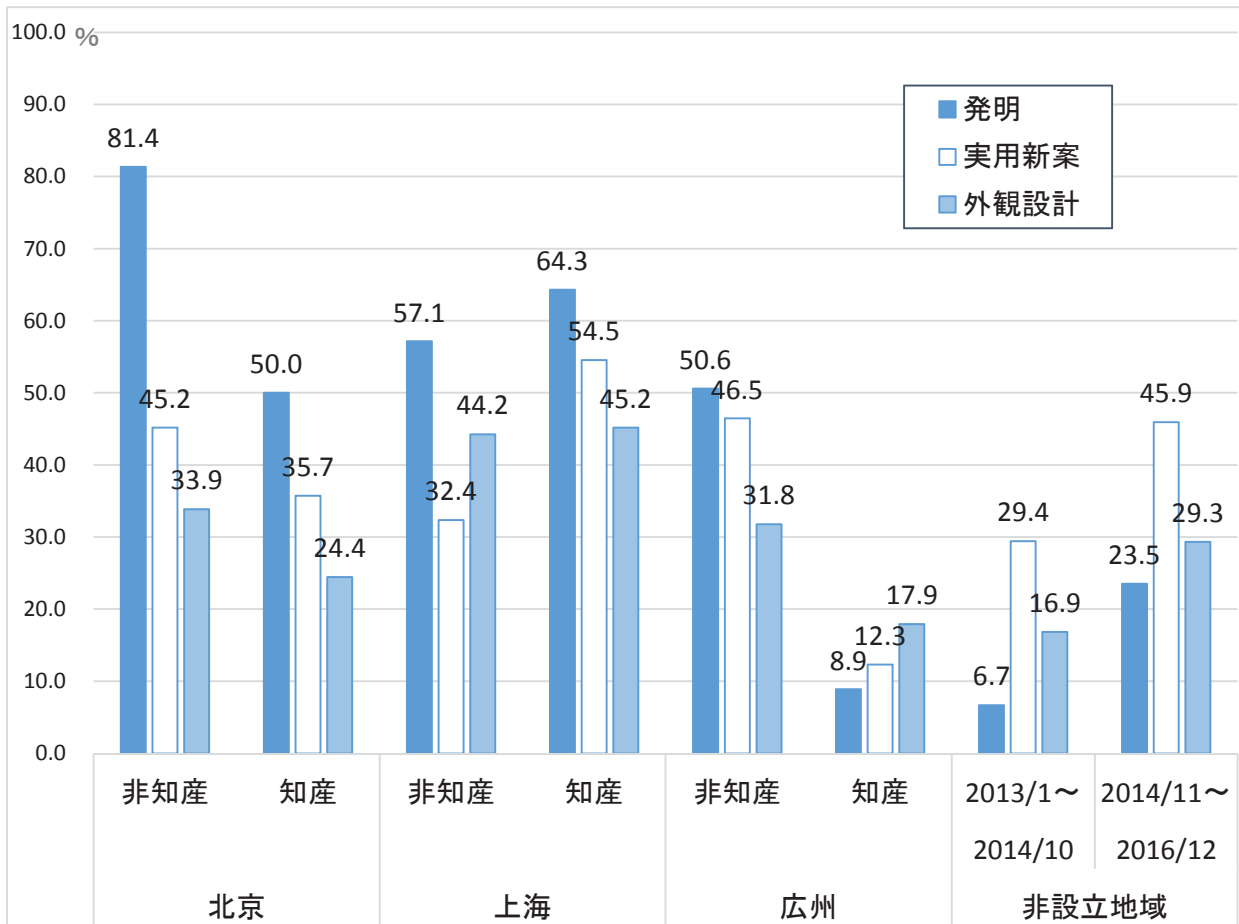
専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別上訴件数と専利種類別上訴率を下記の図表に示す。勝訴人と敗訴人の両方が上訴した場合、上訴件数は1件とした。また、上訴率は、以下の式で計算した。

$$\text{上訴率} = \text{上訴件数} / \text{判決数}$$

【表 I-7-1】 専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別判決数と上訴件数

専利種類	北京				上海				広州				非設立地域			
	非知産		知産		非知産		知産		非知産		知産		2013/1~2014/10		2014/11~2016/12	
	判決	上訴	判決	上訴	判決	上訴	判決	上訴	判決	上訴	判決	上訴	判決	上訴	判決	上訴
発明	59	48	36	18	70	40	14	9	87	44	45	4	30	2	17	4
実用新案	31	14	14	5	34	11	22	12	155	72	162	20	34	10	37	17
外観設計	62	21	45	11	113	50	62	28	711	226	820	147	89	15	92	27

【図 I-7-1】 専利侵害訴訟についての各法院の専利種類別上訴率



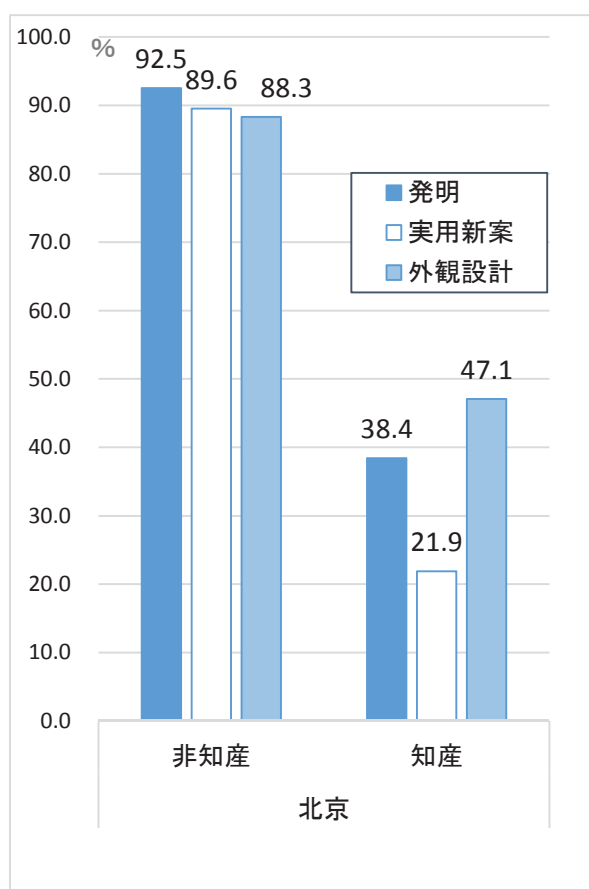
上訴率について知的財産法院の設立前後で比較すると、北京と広州では設立前に比べて設立後の上訴率が下がっているのに対して、上海では設立後の上訴率が上がっている。

次に、専利行政訴訟についての専利種類別上訴件数と専利種類別上訴率を下記の図表に示す。なお、上訴率の計算方法は専利侵害訴訟の場合と同じである。

【表 I-7-2】 専利行政訴訟についての専利種類別判決数と上訴件数

専利種類	北京			
	設立前		設立後	
	判決	上訴	判決	上訴
発明	294	272	190	73
実用新案	134	120	105	23
外観設計	77	68	85	40

【図 I-7-2】 専利行政訴訟についての専利種類別上訴率



専利行政訴訟の上訴率について知的財産法院の設立前後で比較すると、設立前に比べて設立後の上訴率が大きく下がっている。これは、専利侵害訴訟案件も含めて、北京や広州では知的財産法院の判決に納得感が得られているためと考えられる。

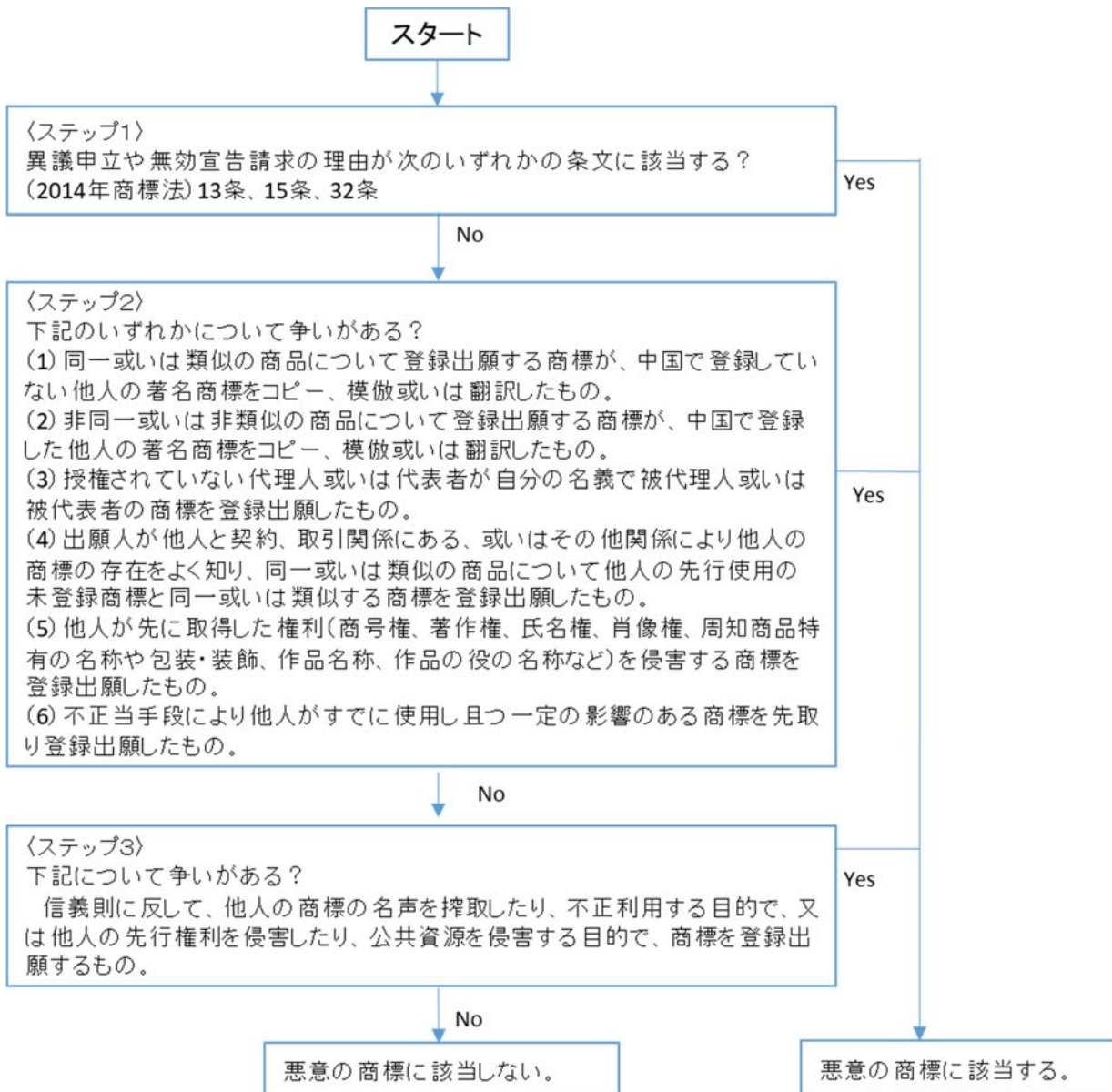
II. 中国悪意の商標調査

1. 調査目的

中国における悪意の商標に関する実態を把握するために調査分析を行う。

2. 調査分析方法

判決日が2012年7月1日から2017年6月30日までの商標行政訴訟案件（異議申立、無効宣告請求）の中から下記フローに示す基準（TM5 資料¹を参照して作成）に基づいて悪意の商標を抽出した。また、訴訟で悪意の商標に認定された（登録が取消された）案件だけではなく、悪意の商標に認定されなかった（登録が維持された）案件も抽出した。



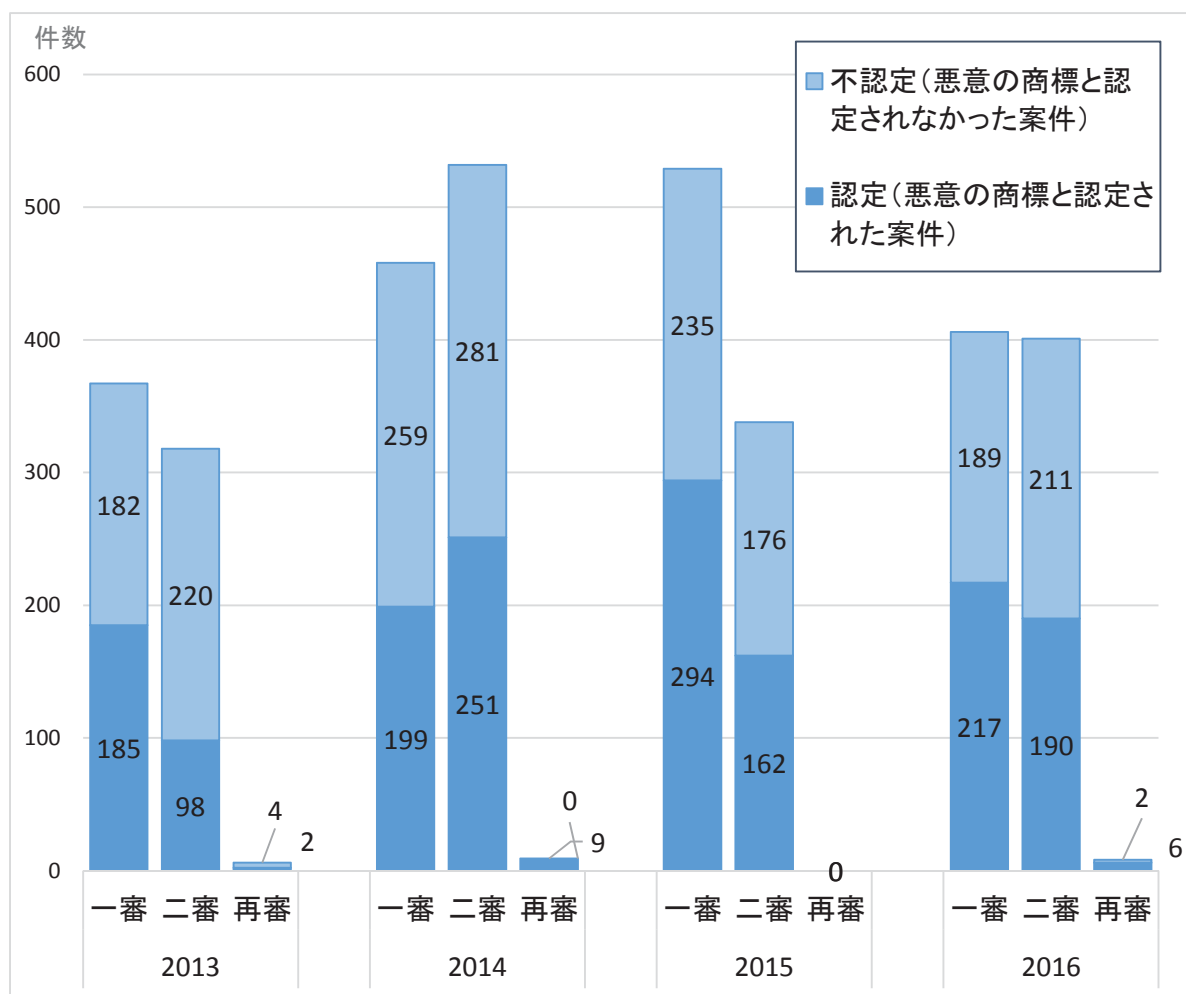
¹ Continuation/Expansion of Bad Faith 3. Report on "Laws and Examination Guidelines/Practices of the TM5 Offices against Bad-Faith Trademark Filings" Chapter 1: Outline of Systems and Practices of the TM5 Offices against Bad-faith Trademark Filings Page15~16
<http://tmfive.org/continuationexpansion-of-bad-faith-project-2-2-2-2/>

3. 調査結果

(1) 各年の案件数

各年の審級別案件数を下記の図に示す。案件数は判決日をベースに算出した。同一事案で複数の審級があった場合、各審級でそれぞれ件数を算出した。なお、一審判決日が不明の案件あったが、当該案件の二審があって、その受理日が判明している場合、二審受理日の2カ月前の日を一審判決日として算出した。

【図Ⅱ-1-1】各年の審級別案件数

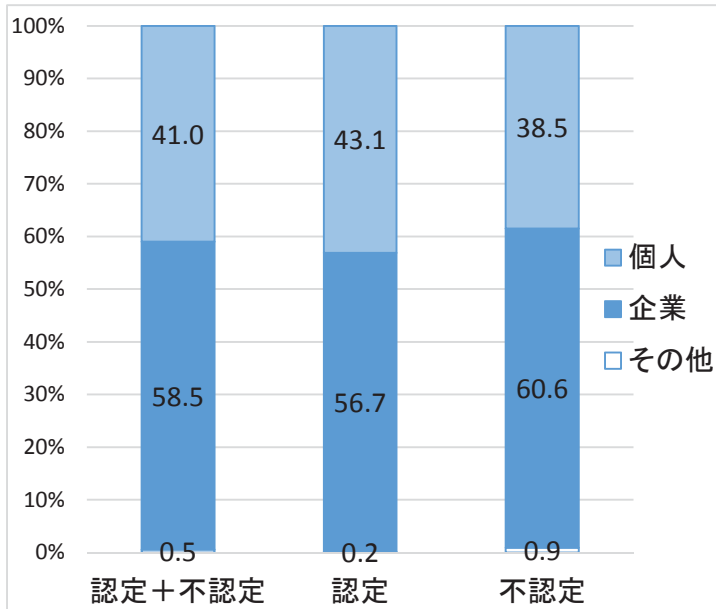


悪意の商標に関して訴訟で争われている案件（悪意の商標に認定された案件と認定されなかった案件とを併せた件数）は、一審、二審共に年間300～500件くらいである。また、悪意の商標に認定された案件と認定されなかった案件との割合が半々くらいの傾向が続いている。

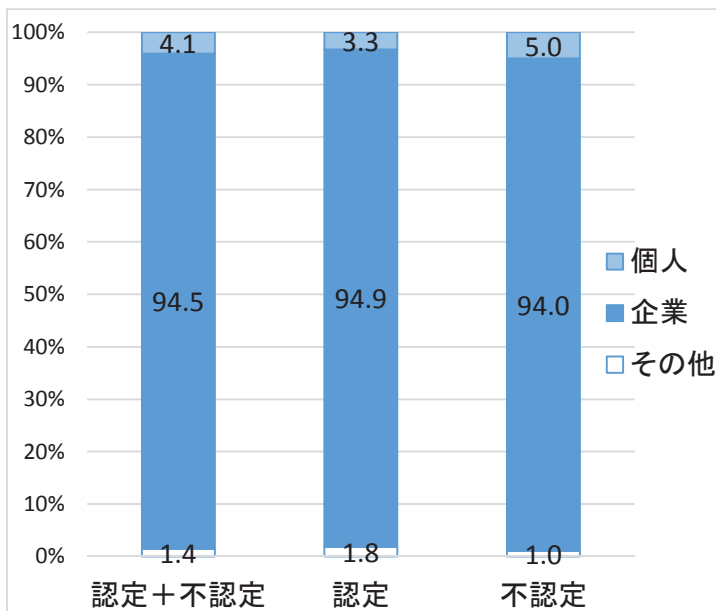
(2) 当事者の属性分析 1

当事者（商標権者、申立人）を「個人、企業、その他」に分け、それぞれの割合を下記の図に示す。なお、個人経営者は個人に分類した。

【図II-2-1】当事者（商標権者）の「個人、企業、その他」の割合



【図II-2-2】当事者（申立人）の「個人、企業、その他」の割合

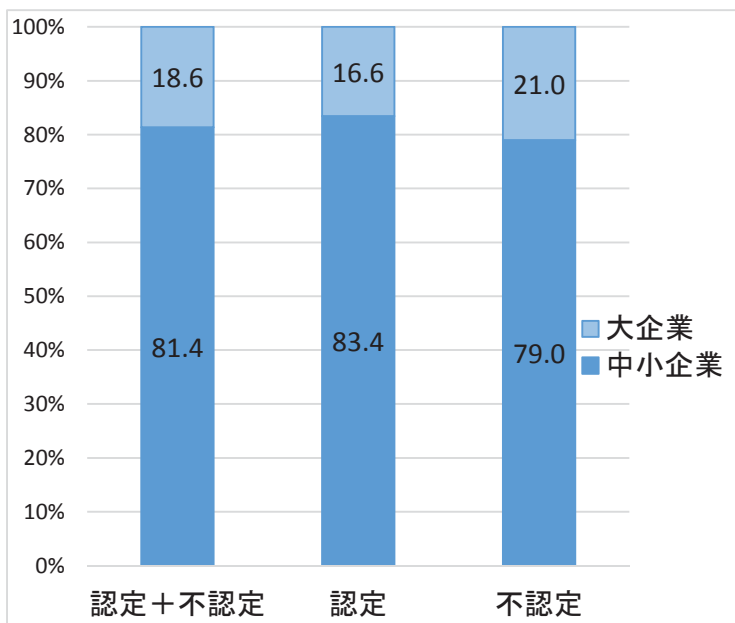


商標権者は個人が4割くらいで企業が6割くらいであるのに対して、申立人はほとんどが企業である。

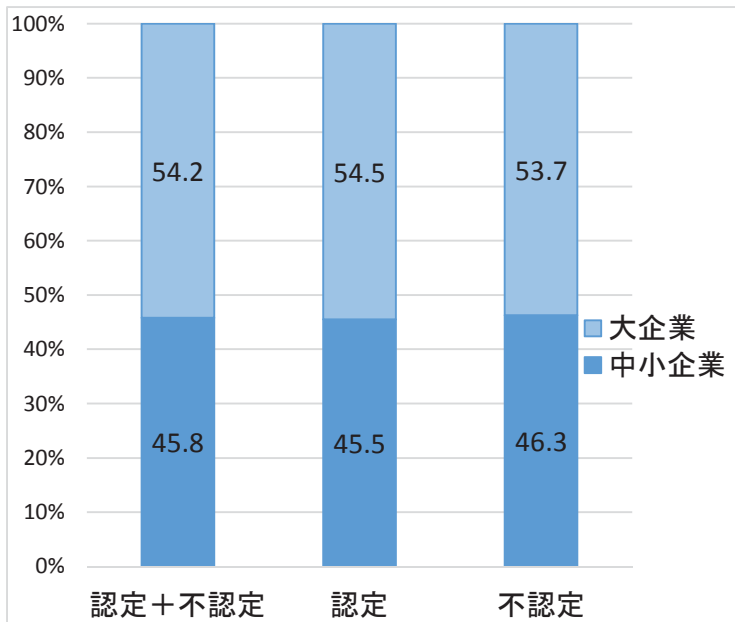
(3) 当事者の属性分析 2

前記Ⅱ. 3. (2) で企業に分類した当事者（商標権者、申立人）を「大企業、中小企業」に分け、それぞれの割合を下記の図に示す。大企業と中小企業の区分については、中国の工商情報データに基づいて、登録資本資金が 5000 万元以上であれば大企業、登録資本金 5000 万元以下であれば中小企業に分類した。なお、企業情報が非公開のため、分類できなかった企業もあった。

【図Ⅱ-3-1】当事者（商標権者）の「大企業、中小企業」の割合



【図Ⅱ-3-2】当事者（申立人）の「大企業、中小企業」の割合

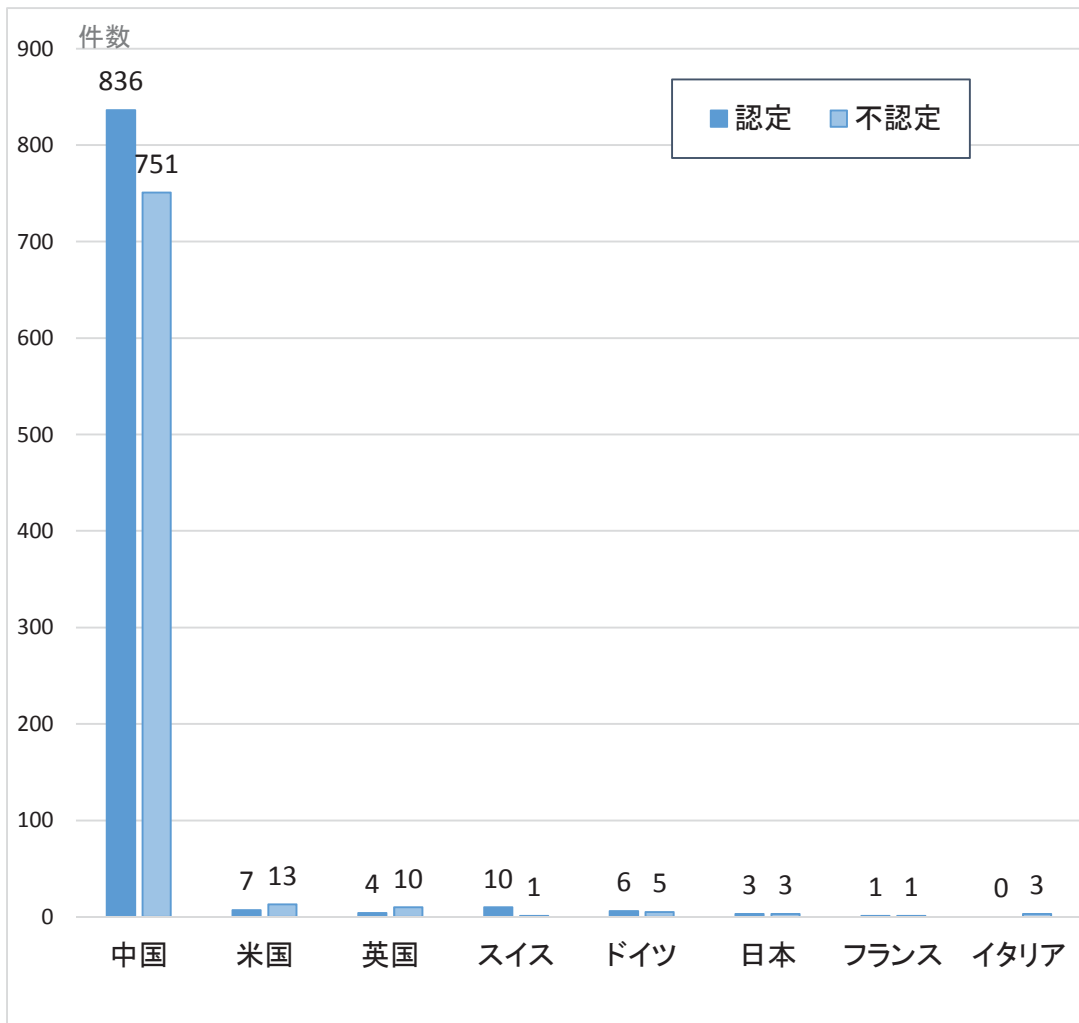


商標権者については大企業よりも中小企業の割合が非常に高いのに対して、申立人については中小企業よりも大企業の割合がわずかに高い。

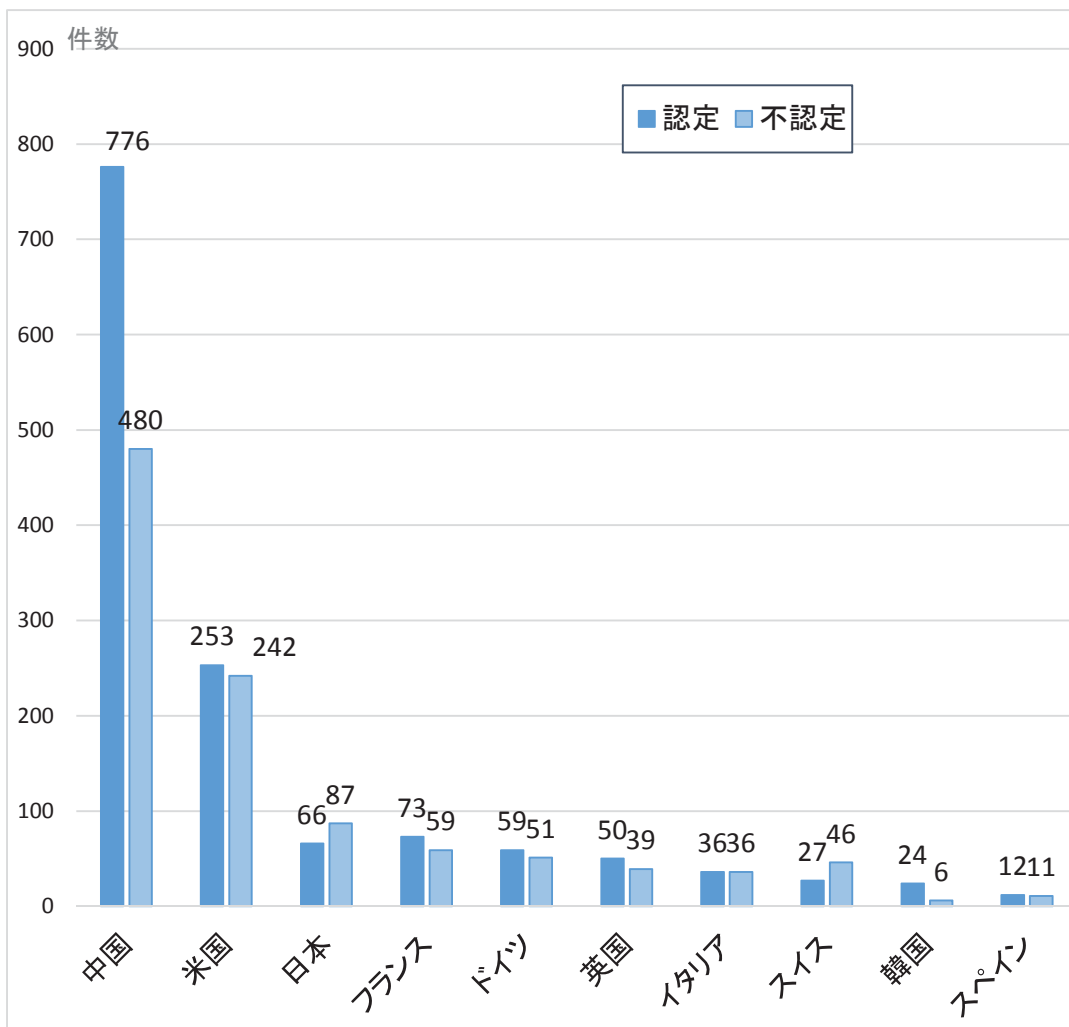
(4) 当事者の属性分析 3

当事者（商標権者、申立人）の国籍別件数を下記の図に示す。集計対象は企業のみとした。また国籍は、中国の工商情報データに基づき、対象企業の投資元企業の国籍とし、投資元企業の国籍が不明の場合、対象企業の住所に基づく国籍とした。また、同一事案で複数の審級があっても1件として統計した。なお、企業情報が非公開のため、国籍が不明の企業もあった。

【図Ⅱ-4-1】当事者（商標権者）の国籍別件数



【図II-4-2】当事者（申立人）の国籍別件数

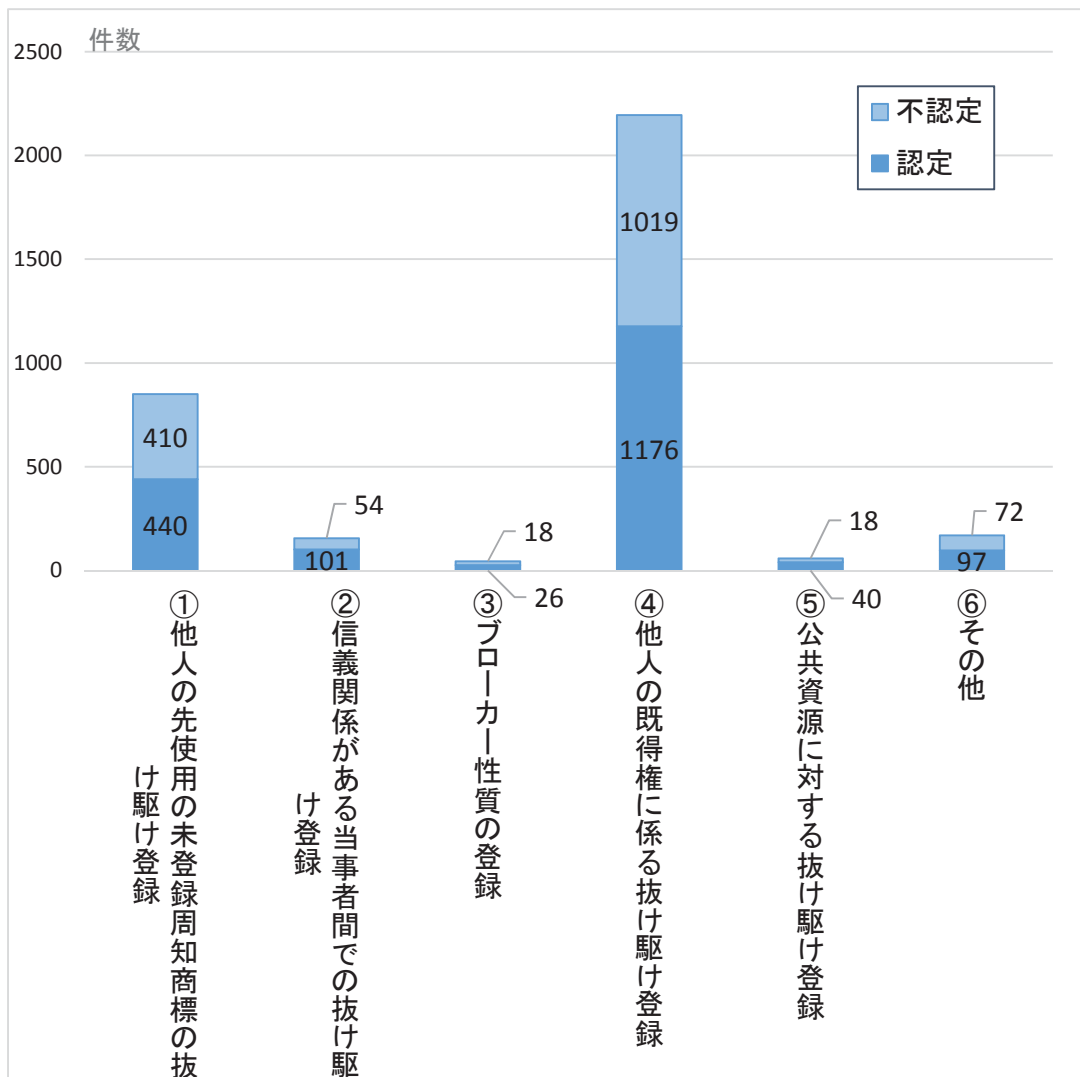


商標権者については中国が圧倒的に多い。申立人についても中国が最も多いが、中国以外からの申立も多い。中国以外で最も多いのが米国で、次いで日本、フランス、ドイツ、英国などが続いている。

(5) 悪意の商標の類型別分析 1

悪意の商標の類型別件数を下記の図に示す。悪意の商標の類型には、北京知識産権法院が公表した類型²などがあるが、今回の調査では中国社会科学院 知識産権センターの張鵬 助理研究員が作成した類型を使用した。また、各類型への分類は判決文に記載された申立人の主張に基づいて実施した。なお、一つの案件が複数の類型に該当する場合もある。

【図 II-5-1】 悪意の商標の類型別件数



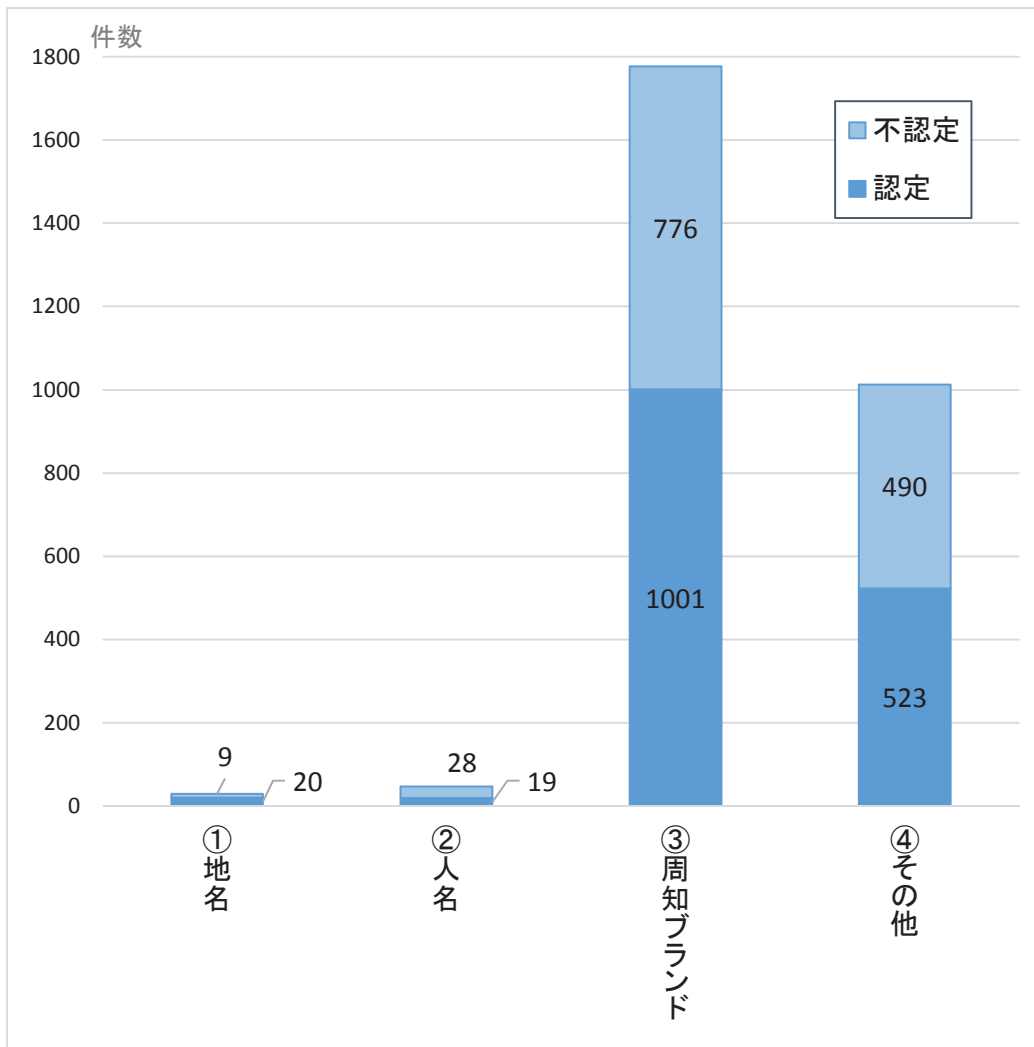
ここでは、「他人の既得権に係る抜け駆け登録」の類型が最も多く、既得権として商号権、氏名権、著作権などがあつた。

² https://mp.weixin.qq.com/s/Es9d1nw8NWH_z9sfW0etLQ (最終アクセス日：2017年9月28日)

(6) 悪意の商標の類型別分析 2

前記Ⅱ. 3. (5) で示した類型とは異なる類型を作成し、その類型別の件数を下記の図に示す。なお、一つの案件が複数の類型に該当する場合もある。

【図Ⅱ-6-1】悪意の商標の類型別件数

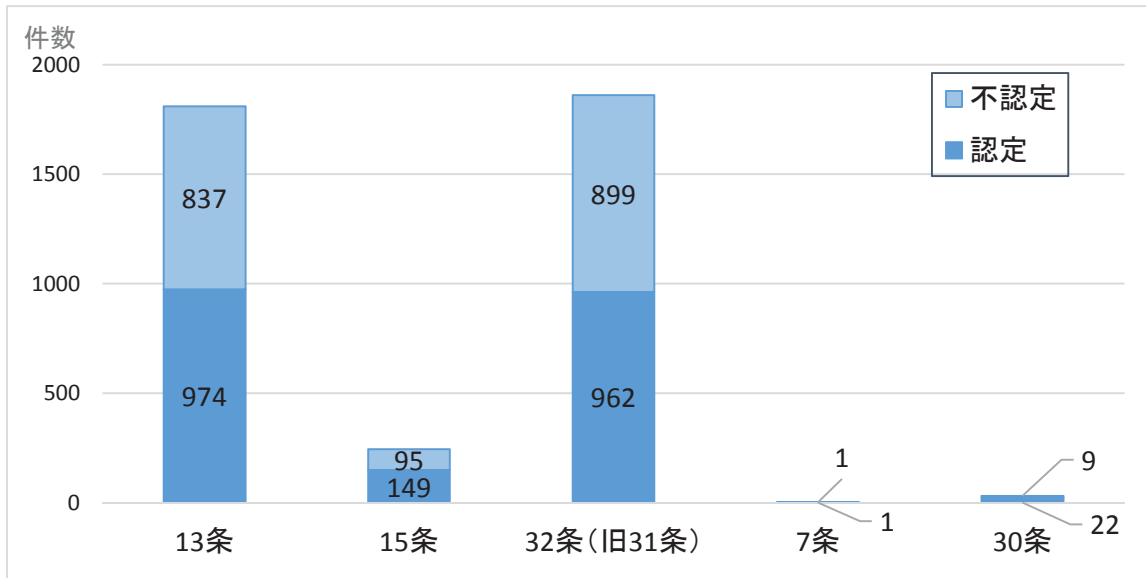


ここでは、「周知ブランド」の類型が最も多く、「地名」や「人名」を含む悪意の商標の類型は少なかった。

(7) 根拠条文分析

異議申立又は無効宣告請求の理由の根拠条文別件数を下記の図に示す。なお、案件によっては複数の条文を根拠にする場合もある。

【図II-7-1】悪意の商標の根拠条文別件数

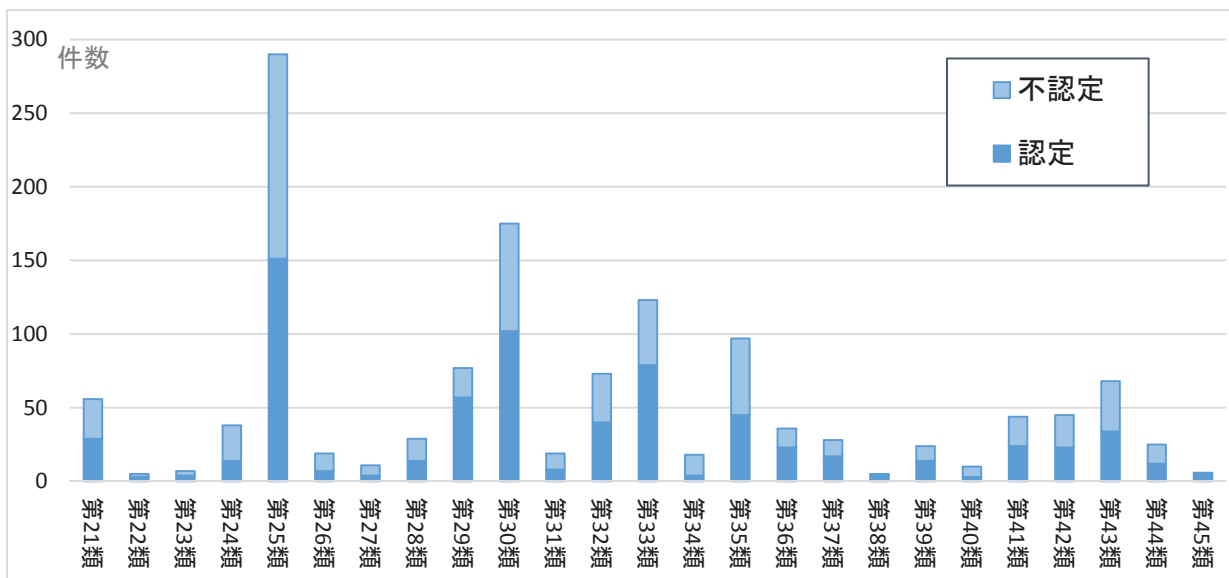
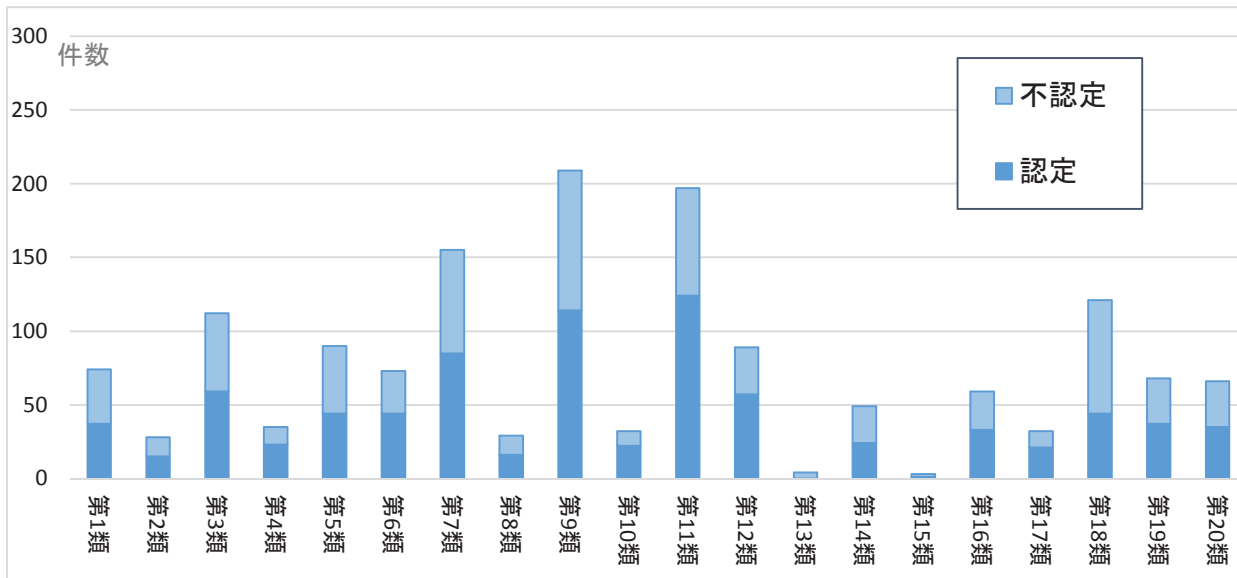


異議申立又は無効宣告請求の理由の根拠条文としては、中国商標法13条と32条が多かった。

(8) 指定商品・指定役務分析

悪意の商標の指定商品・指定役務別件数を下記の図に示す。

【図Ⅱ-8-1】 悪意の商標の指定商品・指定役務別件数



悪意の商標の指定商品・指定役務で最も多かったのは25類（被服及び履物）で、次いで9類、11類が多かった。

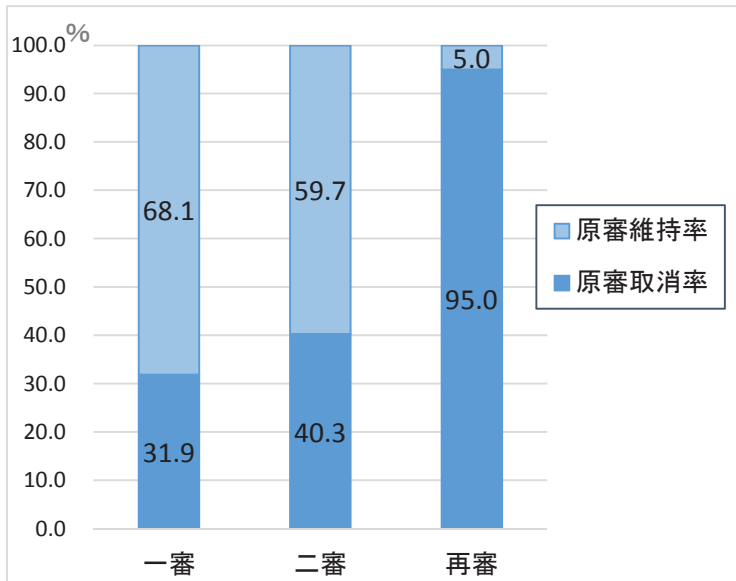
(9) 原審維持率・取消率分析

原審維持率・取消率を下記の図に示す。調査対象案件を原審（商標評審委員会の審決）で登録維持された案件と登録取消された案件とに分け、それぞれにおいて、訴訟の審理結果が原審維持であった割合と原審取消であった割合とを算出した。原審維持率・取消率は、以下の式で計算した。

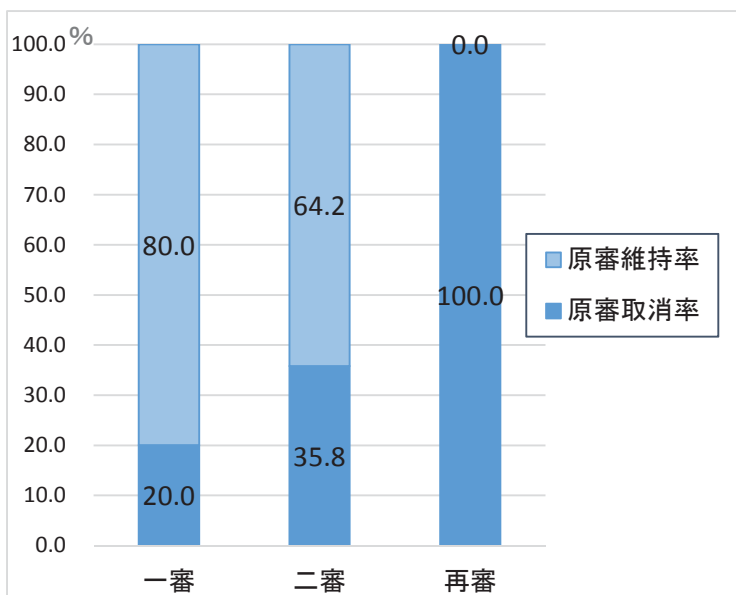
$$\text{原審維持率} = \text{原審維持件数} / (\text{原審維持件数} + \text{原審取消件数})$$

$$\text{原審取消率} = \text{原審取消件数} / (\text{原審維持件数} + \text{原審取消件数})$$

【図Ⅱ-9-1】 原審において登録維持された案件の原審維持率・取消率



【図Ⅱ-9-2】 原審において登録取消された案件の原審維持率・取消率



一審と二審については、原審取消よりも原審維持の割合が高かった。また、一審、二審、再審と審級が上がるにつれて原審取消の割合が高くなり、再審ではほとんどが原審取消されている。

(10) 事例紹介

前記3.(5)で示した類型ごとに悪意の商標に認定された案件の代表事例を下記の表に示す。

【表Ⅱ-10-1】類型別の代表事例

類型	判決番号	悪意の商標	申立人が提出した証拠
①他人の先使用の未登録周知商標の抜け駆け登録	(2010)一中知行初字 2861 号		「VALENTINO BUDY」(商標)
②信義関係がある当事者間での抜け駆け登録	(2014)行提字 3 号	LehmanBrown	
③ブローカー性質の登録	(2015)高行(知)終字 23 号	YouTube	
④他人の既得権に係る抜け駆け登録	(2013)高行終字 2402 号		「TDK」(商号権)
⑤公共資源に対する抜け駆け登録	(2016)京行終 557 号	灯都	広東省中山市古鎮は「灯都」と呼ばれている

Ⅲ. 中国商標侵害訴訟調査

1. 調査目的

中国では、2013年に商標権侵害行為の厳罰化等を目的として商標法が改正され、懲罰的損害賠償制度等が導入された。この改正後における商標侵害訴訟での実態を把握するために調査分析を行う。

2. 調査分析方法

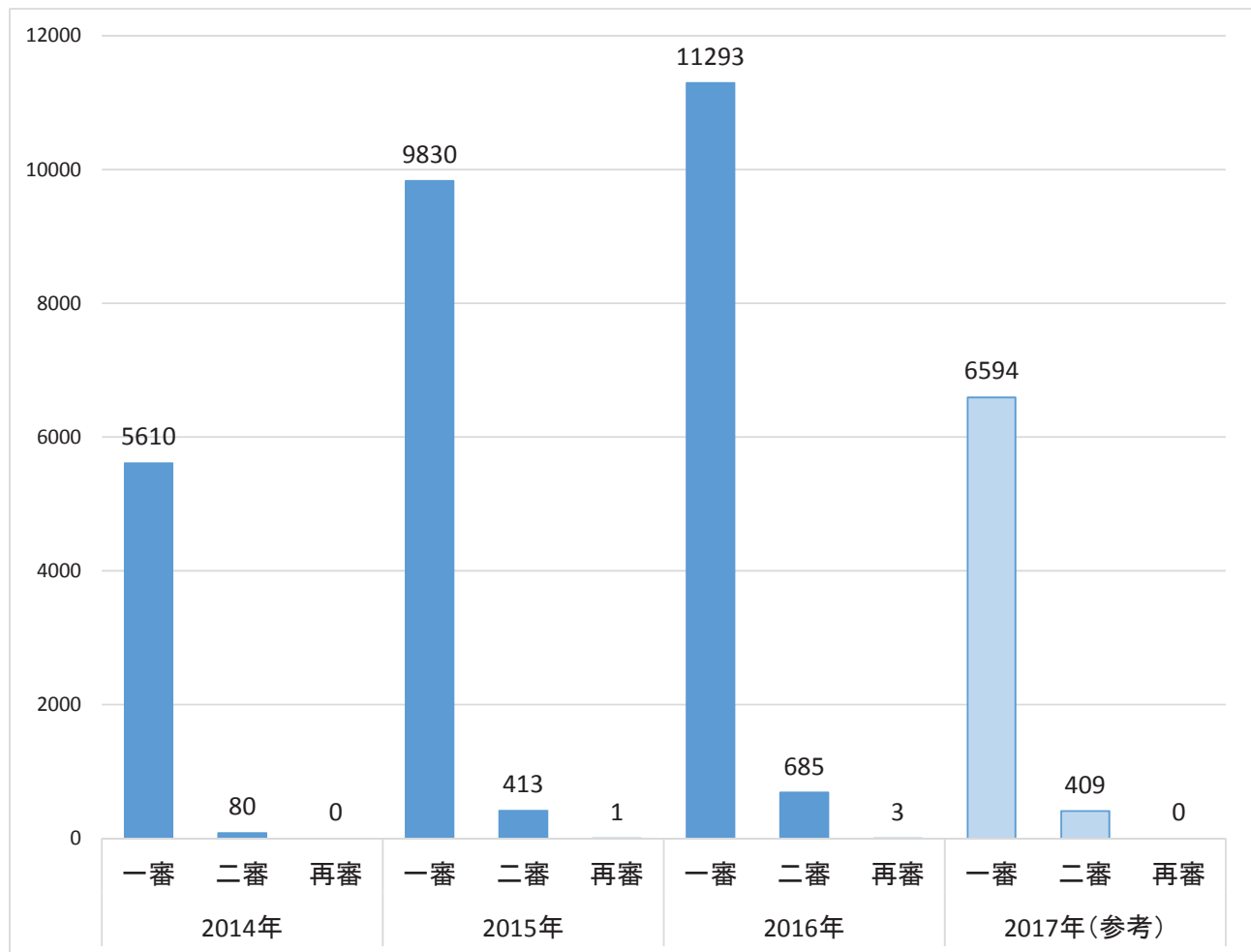
2013年商標法が適用された商標侵害訴訟案件に関するデータの調査分析を行った。調査は中国の全ての法院を対象とし、判決日が2017年10月までの案件を集計した。

3. 調査結果

(1) 各年の案件数

各年の審級別案件数を下記の図に示す。案件数は判決日をベースに算出した。判決日が不明の案件は集計しなかった。また、2017年は10月までの事件を集計した。

【図Ⅲ-1-1】各年の審級別案件数

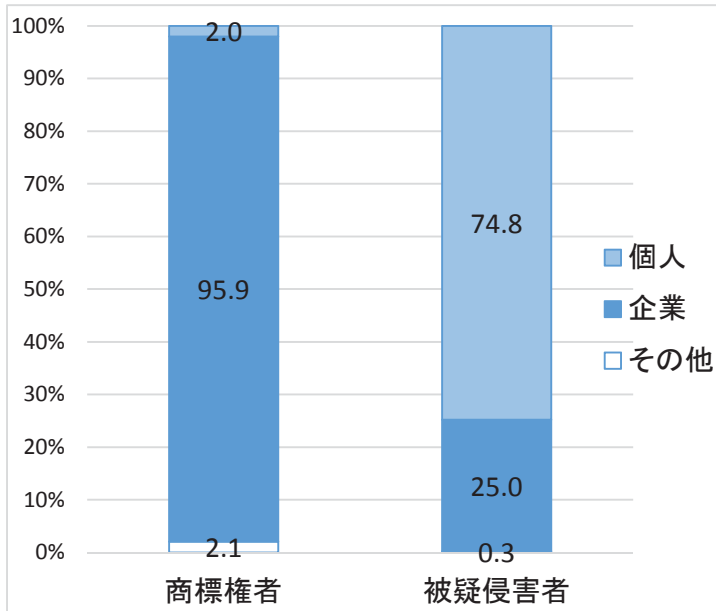


2014年は2015年や2016年に比べて件数が少ないが、これは改正前の商標法が適用された事件があるためと考えられる。また、一審で終わっている事案がほとんどである。

(2) 当事者の属性分析 1

当事者（商標権者、被疑侵害者）を「個人、企業、その他」に分け、それぞれの割合を下記の図に示す。一審の事案を対象に分析し、個人経営者は個人に分類した。

【図Ⅲ-2-1】当事者の「個人、企業、その他」の割合

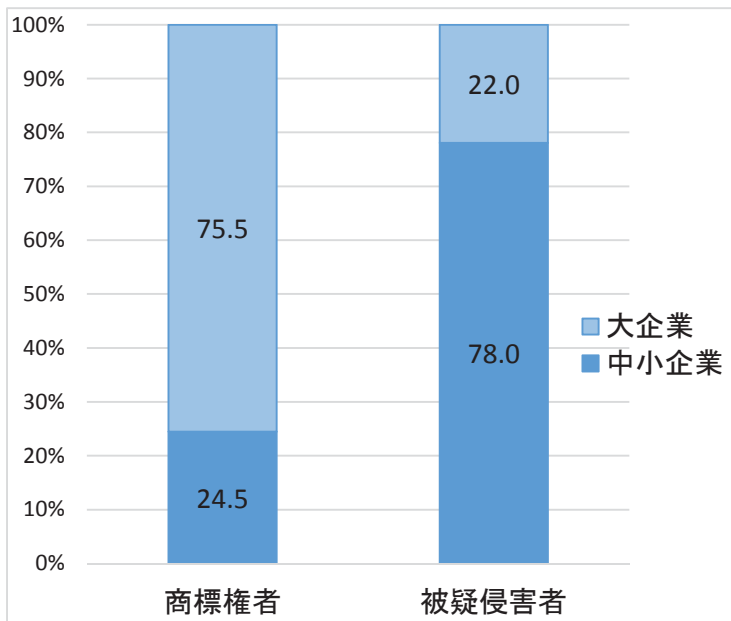


商標権者はほとんどが企業であるのに対して、被疑侵害者は個人が多く（約 75%）を占めている。

(3) 当事者の属性分析 2

前記Ⅲ. 3. (2) で企業に分類した当事者（商標権者、被疑侵害者）を「大企業、中小企業」に分け、それぞれの割合を下記の図に示す。大企業と中小企業の区分については、中国の工商情報データに基づいて、登録資本資金が 5000 万元以上であれば大企業、登録資本金 5000 万元以下であれば中小企業に分類した。なお、企業情報が非公開のため、分類できなかった企業もあった。

【図Ⅲ-3-1】当事者の「大企業、中小企業」の割合

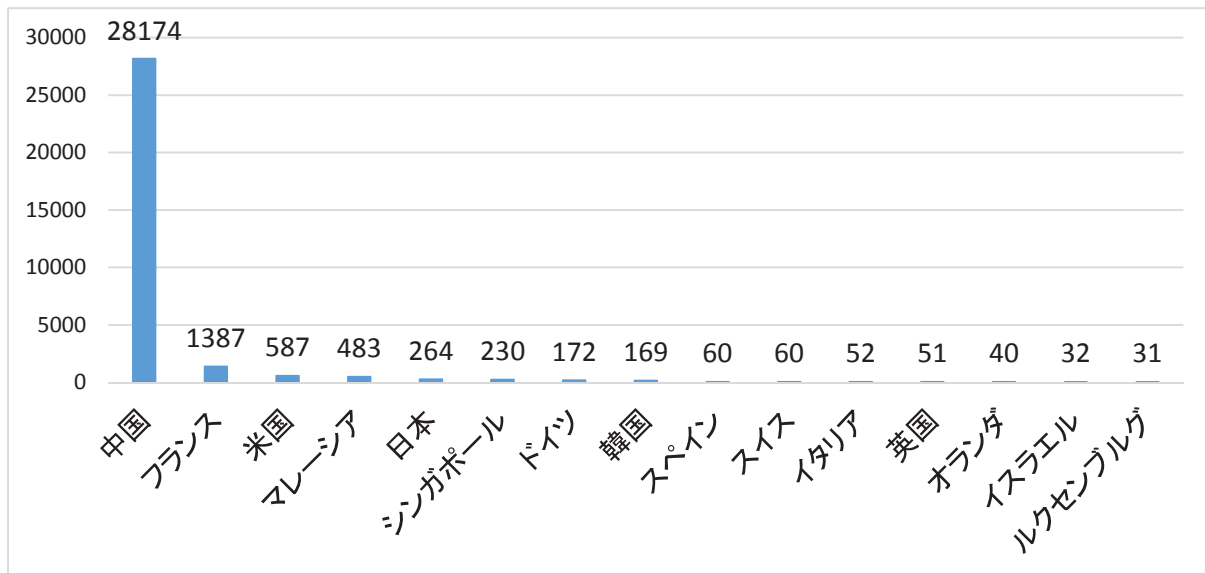


商標権者は大企業の方が中小企業よりも割合が高いのに対して、被疑侵害者は中小企業の方が大企業よりも割合が高い。

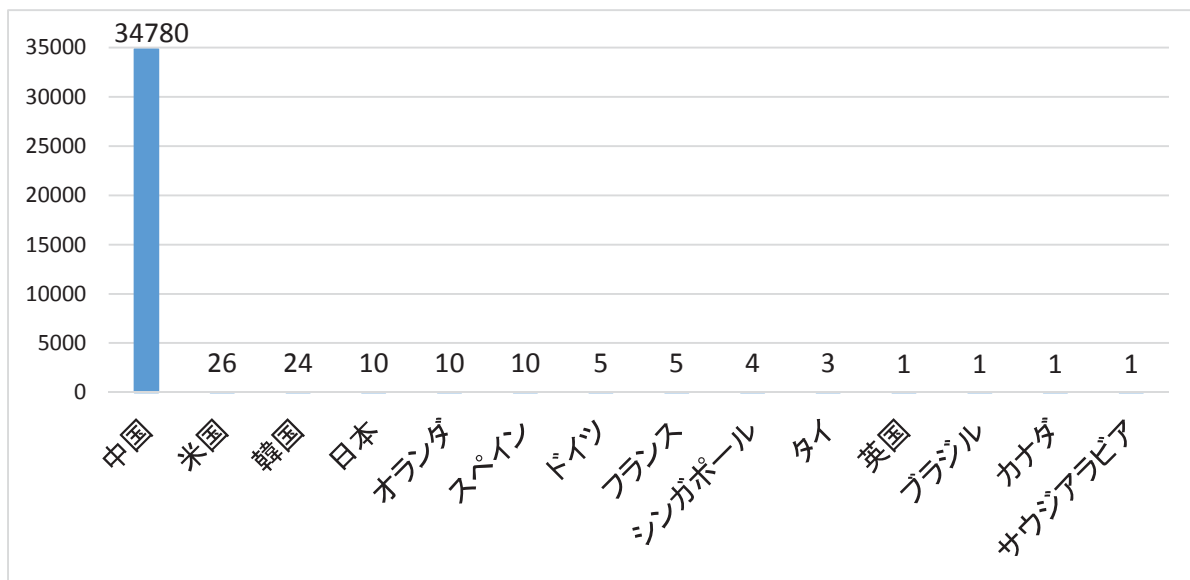
(4) 当事者の属性分析 3

当事者の国籍別件数を上位から順に下記の図に示す。当事者が企業の場合、その国籍は中国の工商情報データに基づき、その企業の投資元企業の国籍とし、投資元企業の国籍が不明の場合、その企業の住所に基づく国籍とした。また、同一事案で複数の審級があっても1件として統計した。なお、当事者名が非公開のため、国籍が不明の当事者もあった。

【図Ⅲ-4-1】当事者（商標権者）の国籍別件数



【図Ⅲ-4-2】当事者（被疑侵害者）の国籍別件数



商標権者については中国が非常に多いが、中国以外の国籍の商標権者による訴訟も多い。中国以外で最も多いのがフランスで、米国、マレーシア、日本が続いている。被疑侵害者については中国が圧倒的に多い。

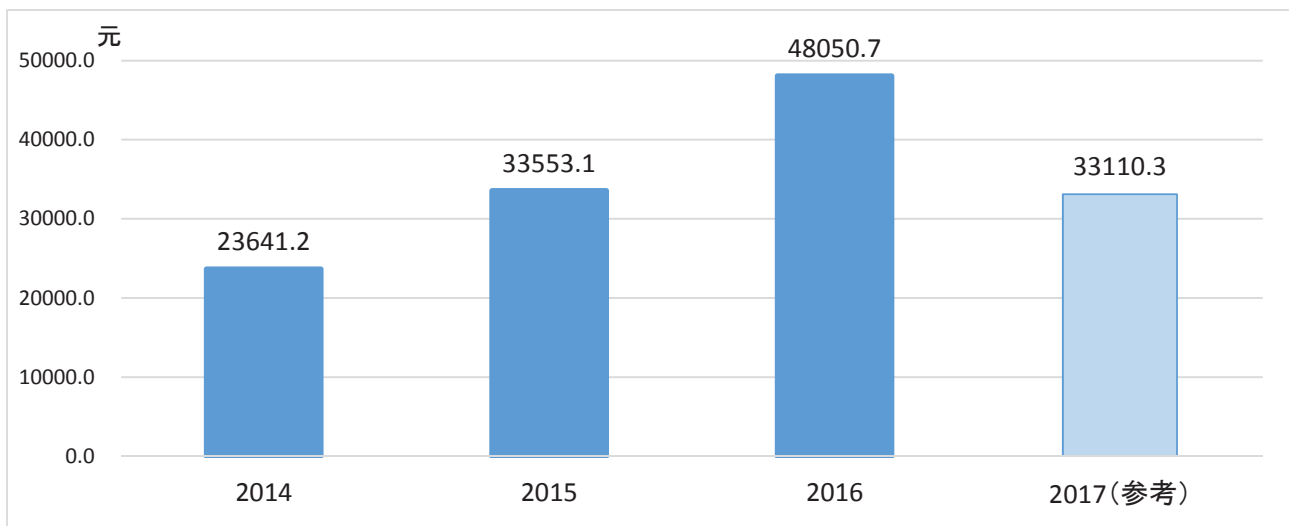
(5) 各年の平均賠償額と損害賠償額算定方法

各年の損害賠償認容件数と損害賠償額算定方法別件数と平均賠償額を下記の図表に示す。同一事案で複数の審級があった場合は1件として集計し、賠償額や算定方法は最終審級の結果で集計した。また、2017年は10月までの事件を集計した。

【表Ⅲ-5-1】各年の損害賠償認容件数と損害賠償額算定方法別件数

		2014	2015	2016	2017(参考)
損害賠償認容件数		1123	2989	3328	2622
損害賠償額算定方法	実際損失	0	2	2	14
	違法所得	2	13	2	0
	合理的倍数	3	1	1	3
	法定賠償	1118	2973	3323	2605

【図Ⅲ-5-1】各年の平均賠償額



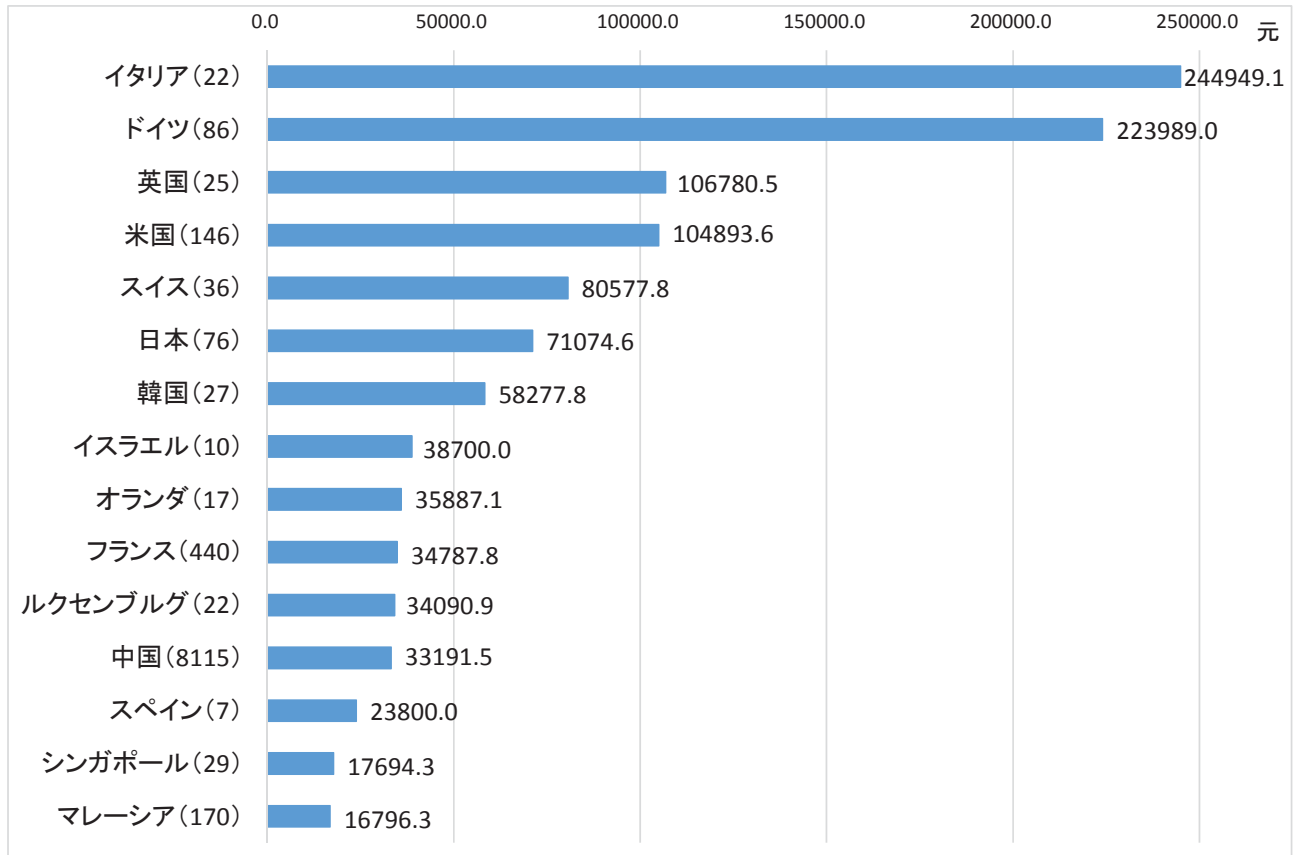
2016年は高額な損害賠償が認容された案件（1,000万円の損害賠償が認容された（2015）京知民初字第12号など）が出た影響もあって平均賠償額が高くなっている。

賠償額算定方法については、法定賠償が適用される傾向が続いている。

(6) 国籍別平均賠償額

商標権者として案件数が上位トップ15の国籍の平均賠償額を下記の図に示す。同一事案で複数の審級があった場合は1件として集計し、賠償額は最終審級の結果で集計した。

【図Ⅲ-6-1】国籍別平均賠償額（カッコ内は損害賠償認容件数）

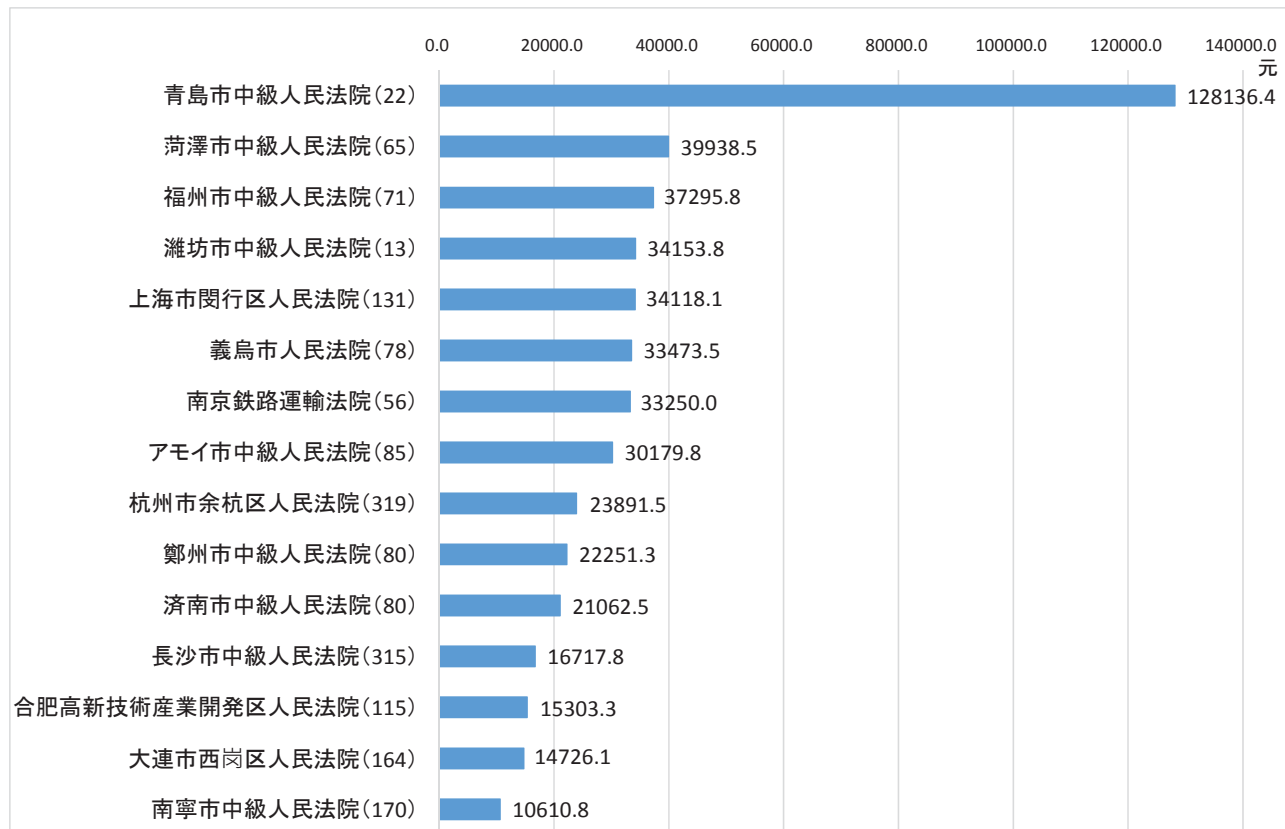


イタリアは高額な損害賠償が認容された案件（300万円の損害賠償が認容された（2014）京知民初字第52号など）が出た影響もあって平均賠償額が高くなっている。また、ドイツも高額な損害賠償が認容された案件（300万円の損害賠償が認容された（2015）沪知民初字第58号など）が出た影響もあって平均賠償額が高くなっている。

(7) 法院別平均賠償額

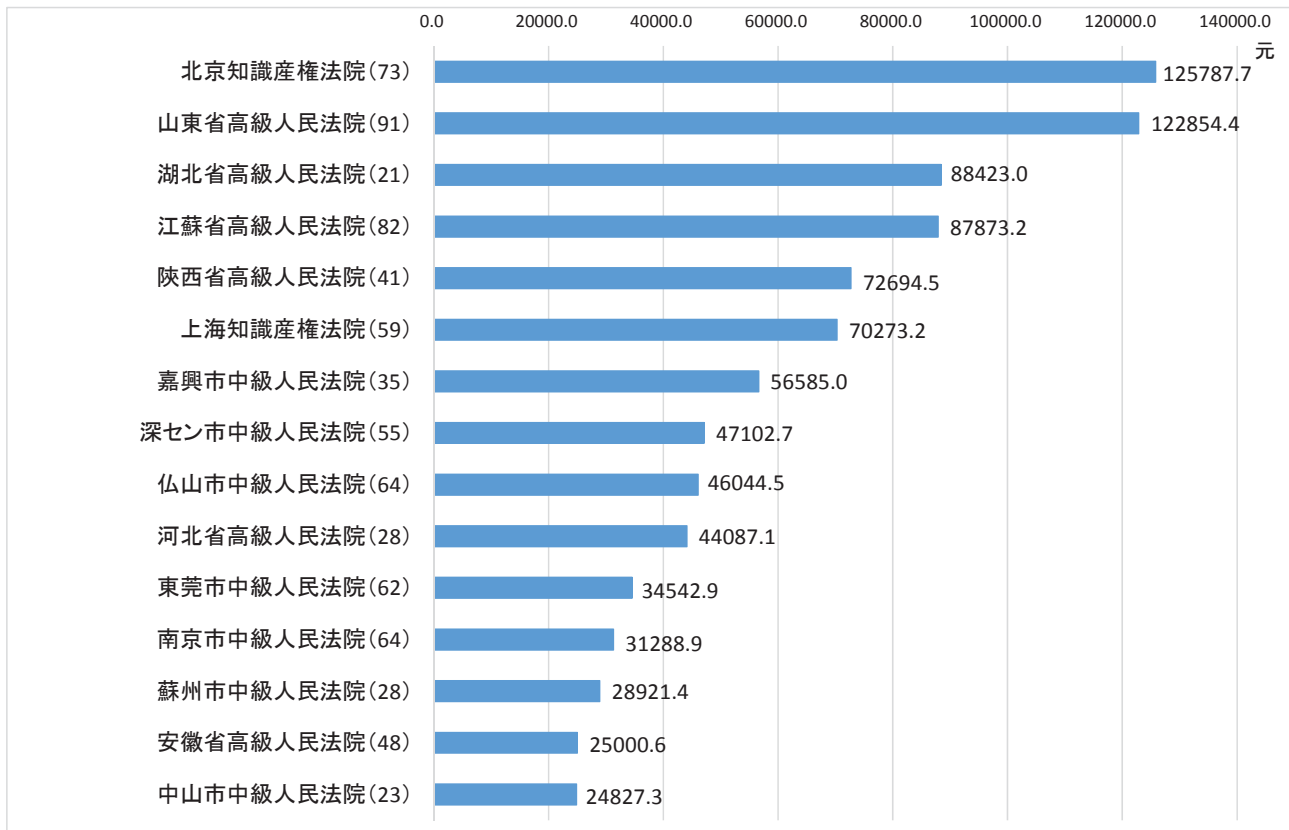
各審級での案件数が上位トップ15の法院の平均賠償額を下記の図に示す。同一事案で複数の審級があった場合、最終審級の結果で集計した。

【図Ⅲ-7-1】一審の法院別平均賠償額（カッコ内は損害賠償認容件数）



青島市中級人民法院では、CALVIN KLEIN が商標権者として複数訴えて 10 万～50 万元の損害賠償が認容された案件（(2015) 青知民初字第 11 号など）などが出た影響もあって平均賠償額が高くなっている。

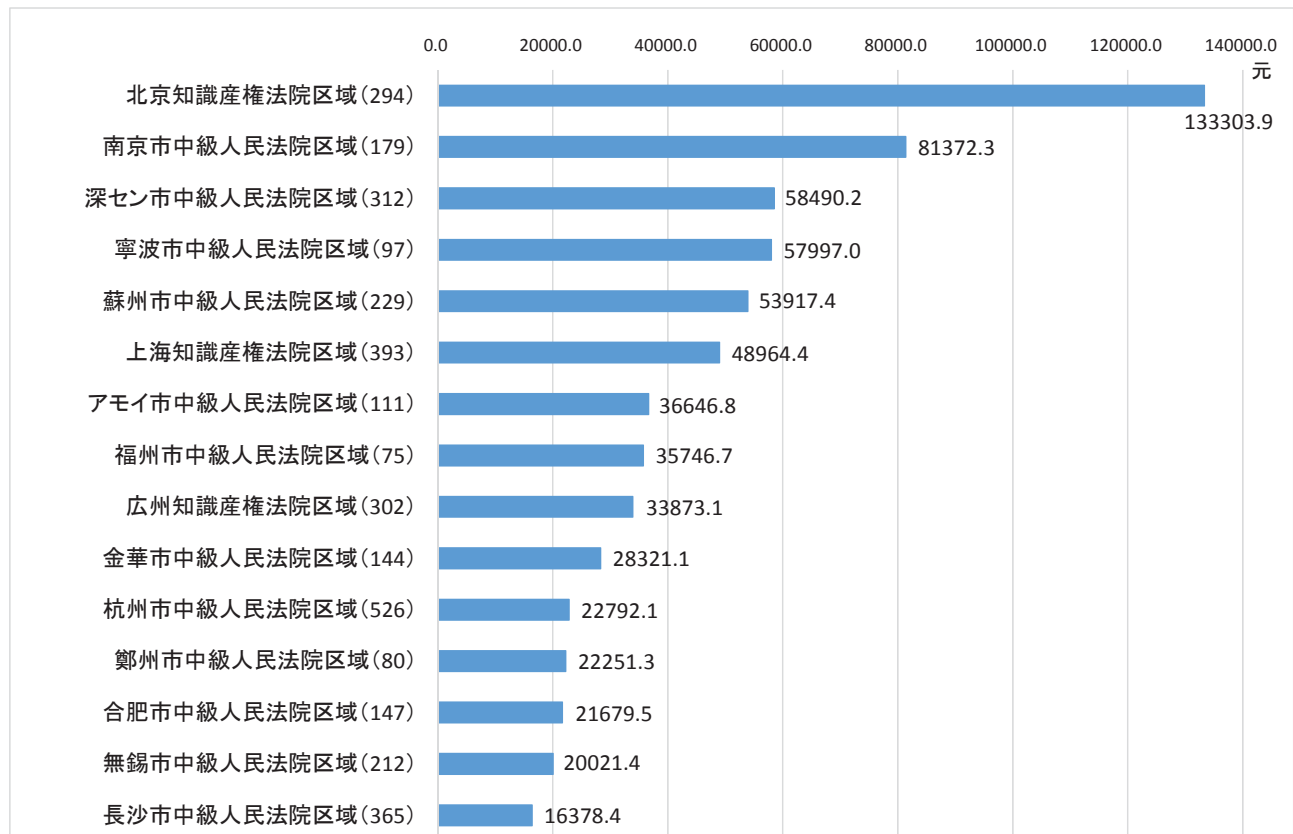
【図Ⅲ-7-2】 二審の法院別平均賠償額（カッコ内は損害賠償認容件数）



北京知識産権法院では、LOUIS VUITTON が商標権者として訴えて 92 万元の損害賠償が認容された案件（(2016)京73民終51号）などが出た影響もあって平均賠償額が高くなっている。

また、一審案件を中級人民法院が管轄する区域別に集計¹し、さらに二審案件を高級人民法院が管轄する区域別に集計²し、各審級で案件数が上位トップ15の区域の平均賠償額を下記の図に示す。同一事案で複数の審級があった場合、最終審級の結果で集計した。

【図Ⅲ-7-3】一審案件を中級人民法院が管轄する区域別に集計した場合の区域別平均賠償額（カッコ内は損害賠償認容件数）

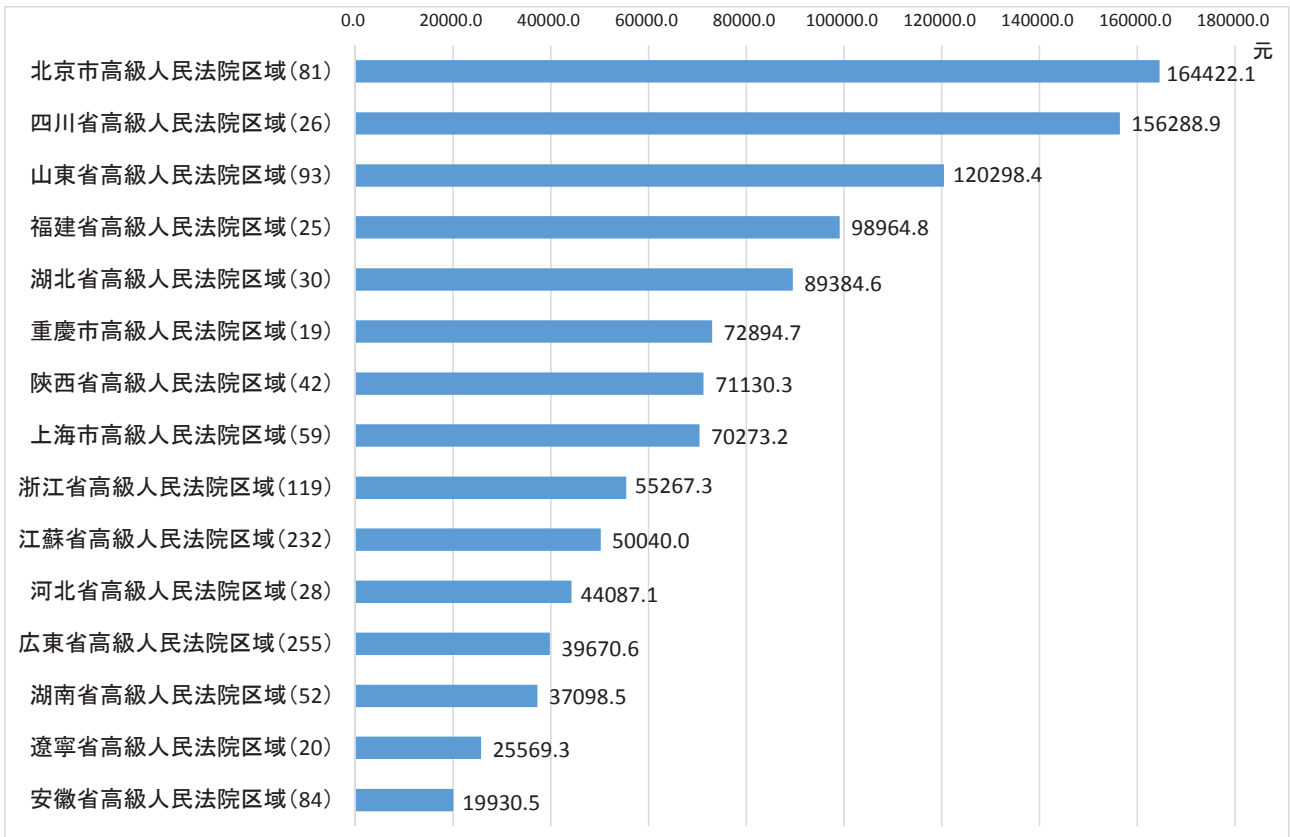


北京知識産権法院区域では、1,000 万元の損害賠償額が認容された案件（（2015）京知民初字第 12 号）などが出た影響もあって平均賠償額が高くなっている。

¹ 例えば、北京知識産権法院が管轄する区域の一審案件を集計する場合、北京知識産権法院の一審案件と北京知識産権法院が管轄する基層人民法院（北京市西城区人民法院、北京市石景山人民法院など）の一審案件とを併せて集計する。

² 例えば、広東省高級人民法院が管轄する区域の二審案件を集計する場合、広東省高級人民法院の二審案件と広東省高級人民法院が管轄する中級人民法院（広州知識産権法院、深セン市中級人民法院など）の二審案件とを併せて集計する。

【図Ⅲ-7-4】二審案件を高級人民法院が管轄する区域別に集計した場合の区域別平均賠償額（カッコ内は損害賠償認容件数）



北京市高級人民法院区域では、300 万元の損害賠償額が認容された案件（(2017)京民終76号）などが出た影響もあって平均賠償額が高くなっている。

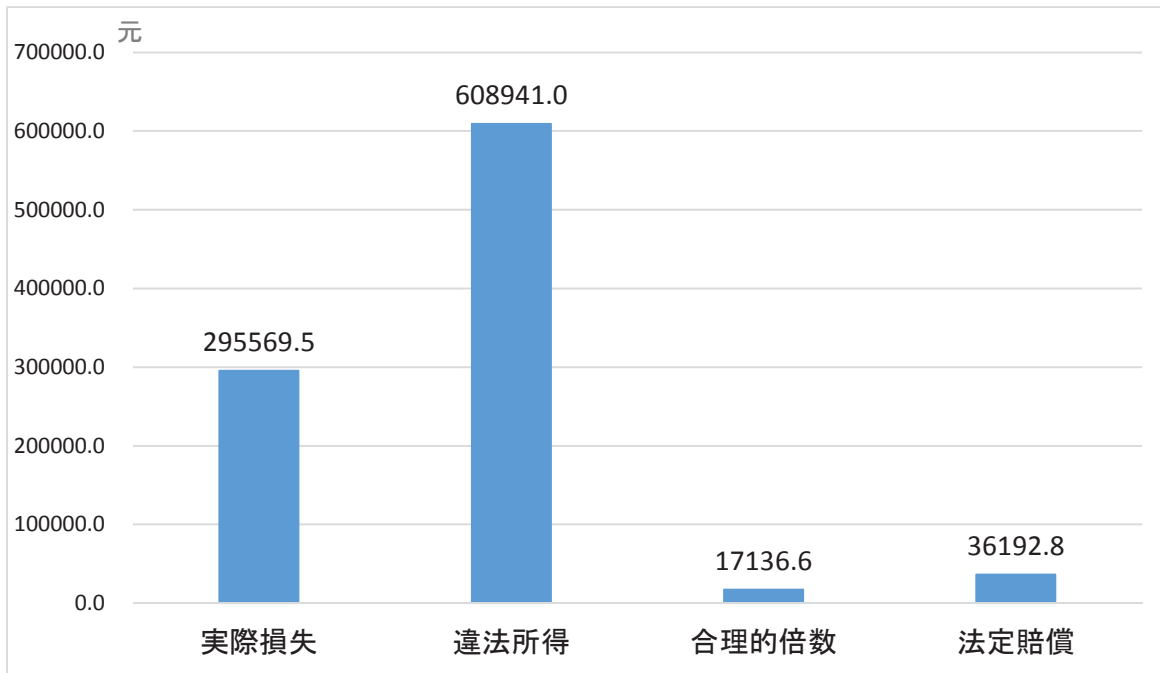
(8) 損害賠償額算定方法別平均賠償額

一審案件についての損害賠償額算定方法別件数と平均賠償額を下記の図表に示す。

【表Ⅲ-8-1】 損害賠償額算定方法別件数

実際損失	違法所得	合理的倍数	法定賠償
18	20	5	10095

【図Ⅲ-8-1】 損害賠償額算定方法別平均賠償額



法定賠償以外の算定方法は件数が少ない状況ではあるが、実際損失、あるいは違法所得で算定された平均賠償額の方が合理的倍数、あるいは法定賠償で算定された平均賠償額に比べて高くなっている。

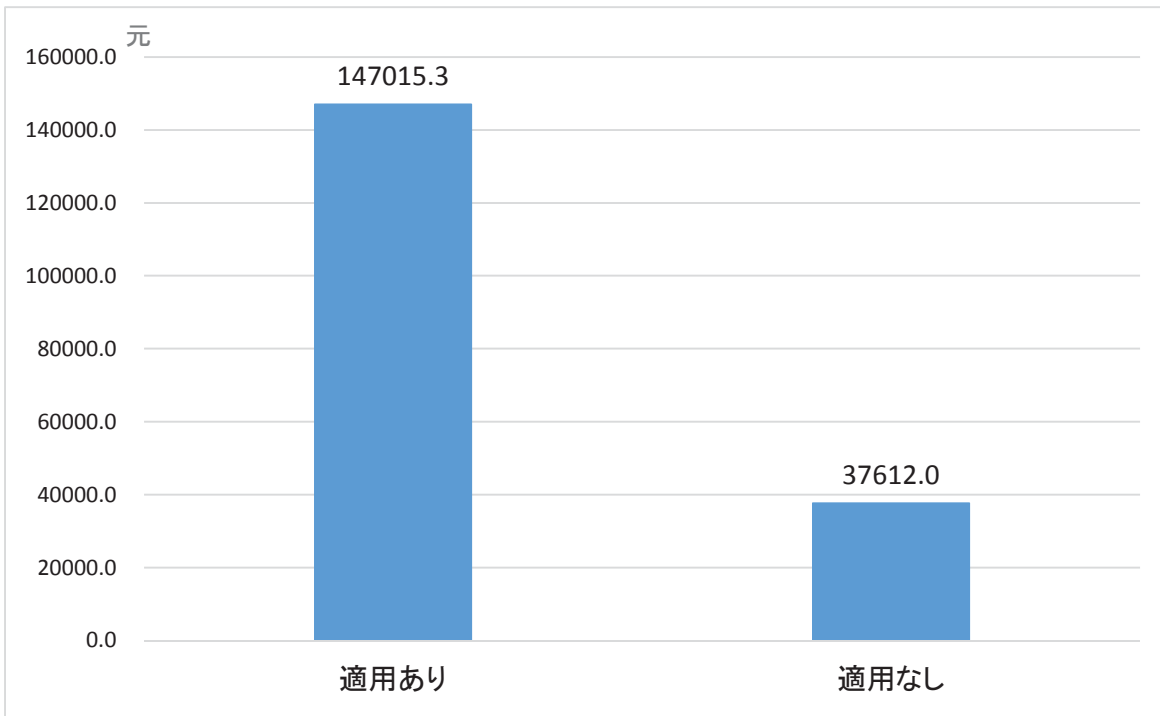
(9) 懲罰的賠償適用案件の平均賠償額

一審案件についての懲罰的賠償の適用有無別件数と平均賠償額を下記の図表に示す。

【表Ⅲ-9-1】 懲罰的賠償の適用有無別件数

適用あり	適用なし
15	10123

【図Ⅲ-9-1】 懲罰的賠償の適用有無別平均賠償額



懲罰的賠償が適用された案件が少ない状況ではあるが、懲罰的賠償が適用された案件の平均賠償額の方が、懲罰的賠償が適用されなかった案件の平均賠償額に比べて高くなっている。

以上

禁 無 断 転 載

平成29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30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