
中国知的財産権 実務研究

|JUN 2022|

PRACTICAL RESEARCH OF CHINA INTELLECTUAL PROPERTY

今回のハイライト

2020-2021 特許出願件数、特許登録件数 / 率

鐘鳴博士コラム

商標法における記述的使用の実践と問題（連載）

ファッション分野における知的財産保護の再検討
——「特許法」の第4回改正の観点から—— | 于偉艷

《反不正競争法》の司法解釈における主な条項の
簡単な解釈 | 鐘鳴



2020-2021 特許出願件数

番号	項目	2021年	2020年
1	発明	158.6 万件	149.7 万件
	中国発明	142.8 万件	134.5 万件
	外国発明（中国における出願）	15.8 万件	15.2 万件
2	実用新案	285.2 万件	292.7 万件
	中国実用新案	284.5 万件	291.9 万件
	外国実用新案	0.7 万件	0.8 万件
3	意匠	80.6 万件	77.0 万件
	中国意匠	78.7 万件	75.2 万件
	外国意匠	1.9 万件	1.8 万件
4	PCT出願（受理）	7.3 万件	7.2 万件
	PCT出願（受理、中国）	6.8 万件	6.7 万件
5	中国国内段階に移行したPCT出願	10.7 万件	10.1 万件
	発明	10.6 万件	10.0 万件
	実用新案	0.1 万件	0.1 万件
6	日本の中国における出願	5.2 万件	5.3 万件
	発明	4.7 万件	4.8 万件
	実用新案	0.2 万件	0.2 万件
	意匠	0.3 万件	0.3 万件

2020-2021 特許登録件数 / 率

番号	項目	2021年	2020年
1	発明	69.6 万件	53.0 万件
	中国発明の特許登録件数	58.6 万件	44.1 万件
	外国発明の特許登録件数	11.0 万件	8.9 万件
	特許登録率	55%	47.30%
	発明の拒絶査定件数（割合）	/	36.3 万件
2	実用新案	312.0 万件	237.7 万件
	中国実用新案の登録件数	311.3 万件	236.9 万件
	外国実用新案の登録件数	0.7 万件	0.8 万件
3	意匠	78.6 万件	73.2 万件
	中国意匠の登録件数	76.9 万件	71.2 万件
	外国意匠の登録件数	1.7 万件	2.0 万件

商標法における記述的使用の実践と問題 (連載)

一、序言

商標権侵害事件において、提訴された侵害者が提出した非侵害抗弁は、主に商標法第59条第1項に規定する「正当な使用抗弁」である。通常、「正当な使用」は、提訴された侵害者の行為における、商標の使用行為に該当せず、固有の意味を有する記号又は標識の使用行為であり、商標としての使用ではないため、混同と侵害の問題がない。正当な使用は、標識固有の意味又は記述的な意味を使用し商標権を侵害していないため、記述的使用又は説明的使用とも呼ばれる。

実践において、もう1つの類似した抗弁は、指示的使用の抗弁であり、この抗弁は、法律、行政法規、司法解釈に規定されていないが、すでに多くの実践があり、実務上は通常、「合理的使用抗弁」事由に分類される。一般的に合理的使用抗弁には、商標法第59条第1項の記述的使用と指示的使用の両方が含まれていると言える。そのほか、商標法第59条第3項には「先使用抗弁」も規定されている。厳密に言えば、先使用行為は、「先使用行為が商標としての使用に属することに異議がなく、その抗弁が成立する理由は、当該行為が商標としての使用を構成するために商標権者の禁止権範囲に含まれても法律の特別規定により侵害行為として扱われないためであるが、区別標識を付加する責任を負う必要がある」という点で「合理的使用」と相違するため、先使用抗弁は、一種の「非侵害とみなされる」ものに該当する。

要するに、記述的使用、指示的使用及び先使用は、いずれも非侵害抗弁の事由であるが、その背後の規範基礎と理論基礎はいずれも異なる。記述的使用の規範基礎は、商標法第59条第1項、第2項であり、その理論基礎は、この使用は商標の使用ではなく、商品又はサービスの出所を示す役割を果たすことができないことであり、指示的使用は、実践において具体的な規範基礎がなく、理論と実務から発展したものであり、その背後の根拠は、混同が生じず、商標権者により許可されるか又は商標権者の権利の期間が終了しているかにか

かわらず、この場合、提訴された侵害行為が商標としての使用行為に該当するか否かについては、さらに考査することなく侵害が成立しないと認定することができることであり、先使用は、2013年に第3回商標法を改正した際に新設された商標法第59条第3項であり、その理論的基礎は、提訴された侵害者が善意により自分の商標を先に使用することが、後に登録された商標の侵害を構成するが、使用し続ける保護可能な利益があるため、提訴された侵害者が侵害責任を負う必要がなく、さらなる混同を避けるために区別標識を付加する必要があるだけであると例外的に認定されている。

本文は、記述的使用の関連実践と問題に対する研究である。指示的使用については、すでに前の公式アカウントの文章で発表しており、先使用問題については、後の文章で説明する。

二、正当な使用と合理的使用との違い及び実践における応用

商標法第59条第1項、第2項は、「(I) 登録商標に含まれる本商品の一般名、図形、型番若しくは商品の品質、主要な原料、機能、用途、重量、数量及びその他の特徴を直接的に表すもの又は含まれる地名について、登録商標専用権者は他人による正当な使用を禁止する権利を有さない。(II) 三次元標識の登録商標に含まれる商品自体の性質による形状、技術的效果の取得に必要な商品の形状若しくは商品に実質的な価値を具備させるための形状について、登録商標専用権者は他人による正当な使用を禁止する権利を有さない」と規定している。

《知的財産権裁判の機能を十分に発揮させ、社会主義文化の大きな発展・繁栄を推進し経済の自主的協調的發展を促進する上での若干の問題に関する最高人民法院の意見》における第22条第2文も「提訴された侵害者が、製品又はサービスの特徴を記述したり、或いは説明する目的から善意により合理的に同一又は近似する標識を使用することを、法に照らして正当な使用と認定することができる」と強調している。

正当な使用と合理的使用は、英語ではいずれも「fair use」であるが、中国語では、特に知的財産権法に属する商標法と著作権法では異なる意味をもつ。商標法での正当な使用／記述的使用は、記述的標識の「第1の意味

」の使用、すなわち、商品又はサービスの品質、原料、機能等の特徴を直接記述するためのある標識の使用であり、この標識は、ちょうどある登録商標の外観と同じであるか、又は実質的に同じであるが、記述的使用の目的は、商品又はサービスの特定の出所を指示することではなく、当該標識を商標として使用するという目的と効果がない。このような使用は、根本的に「商標の使用」ではないため、言うまでもなく「商標の合理的使用」ではない。¹記述的使用の対象は、商品の出所を識別する機能を有さない標識又は記号であり、商標ではなく、このような使用自体は、商標権の禁止権範囲内には含まれない。²したがって、学者の中には、記述的使用を「商標の合理的使用」とすることに比べて、「非商標的意味の使用」又は「非商標としての使用」として分類することが適切である可能性があるとして主張するものもある。³著作権法での合理的使用行為自体は、作品又は作品の一部の利用であり、著作権で禁止されている範囲にあるが、著作権法は第22条でその行為が著作権侵害を構成しないことを明確に列挙しており、すなわち立法によりこの部分の作品に対する利用行為を著作権範囲から削除し、侵害行為としては扱わない。実務界でも学界でも大部分の人々は、商標法での「正当な使用」と「合理的使用」同列に論じており、記述的使用と指示的使用を「合理的使用」／「正当な使用」の範疇に分類しているが、この混用は、異なる行為の性質を混同しやすいため、商標法での表現に基づいて、それらを合理的使用ではなく正当な使用と呼ぶべきであると提案する。

商標法第59条の規定から、その第1項における「本商品の一般名、図形、型番」、「商品の品質、主要な原料、機能、用途、重量、数量及びその他の特徴を直接的に示す」標識及び「地名」は、それぞれ商標法第11条第1項（1）、（2）及び第10条第2項に規定されている、顕著性が乏しいため商標として登録できない標識であることがわかる。すでに登録されている商標には、これらの顕著性に乏しい標識が含まれており、商標登録者は、他人がこれらの標識の本来の意味でそれらを使用することを禁止することはできない。例えば「閩江楼及び図」商標権侵害事件では、レストラン、ホテルにおいて使用されている登録商標に含まれる「閩江楼」が西安現地の景観であることが査定されており、この景観内には、被告の閩江楼会社が経営しているホテルがあり、後者は、ホテルに「閩江楼」という文字が強調使用されているため、商標登録者から侵害で起訴された。最高人民法院は、次のように判示した。閩江楼公司

¹ 2012年第10期の《法律適用》に載せた張玉敏の《商標法での正当使用抗弁研究》。

² 2006年第1期の《河南社会科学》に載せた李琛の《商標権救済と記号圏地》。

³ 王迂：《知的財産権法教程》（第5版）、第481ページ、中国人民大学出版社2016年版。

がその企業名の中で「閩江楼」という文字を選択する行為であっても、その経営する場所及びメニュー、食器に「閩江楼」という文字を使用する行為であっても、主な目的は、依然としてその経営する場所の所在地——西安閩江楼を客観的に記述し、指示することである。その使用過程において、閩江楼公司是登録商標と同じ図と文字の組み合わせ形式を完全に使用したことはなく、閩江楼公司在「閩江楼」という文字を使用するのは登録商標の商業的信用と榮譽を得ることを目的としていることを示す証拠もない。これにより、閩江楼公司の提訴された侵害行為は、関連公衆に混同を生じさせる可能性はなく、商標権侵害を構成しない。⁴

また、商標法には記述的使用の場合として、登録商標自体が本商品の一般名、図形、型番、若しくは商品の品質、主要な原料、機能、用途、重量、数量及びその他の特徴を直接的に示す標識又は地名であり、商標標識を構成する要素に含まれている顕著性がない上記標識ではないという規定はない。この場合は、実際には、正当な使用の基準適用状況であり、理由は、1つの標識は、もともと商品の出所を識別する商標として登録されることができず、使用によって、関連公衆が、当該標識自体の意味（第1の意味）以外に当該標識が商品の出所を識別する意味（第2の意味）を有することを認識した場合のみに登録されることができ、当該標識は、使用によって第2の意味を生成して商標登録を取得した後、他人による当該標識の本来の第1の意味での使用を禁止することはできず、このような第1の意味での使用は、記述的使用である。例えば、指導事件46号「魯錦」商標権侵害事件では、法院は、以下のように認定した。魯西南の民間の手織り綿布は、綿を主な原料とし、手作業での紡績、染色、製織等の工程があり、「土布」又は「手織り布」と通称され、色合いが鮮やかで、錦のように華やかであるため、魯錦と呼ばれており、魯西南地区にはすでに千年の歴史があり、20世紀80年代中期から、魯西南錦織が開発され利用されて以来、「魯錦」は、山東地区民間の手織り綿織物の通称として広く使用されている。「魯錦」は衣類等の商品上の登録商標とされているが、この登録商標は、魯西南現地の企業が「魯錦」を紡績衣類商品の原料名として正当に使用することを禁止することはできない。⁵「沁州黄」商標権侵害事件では、最高人民法院も次のように判示した。「沁州黄」は、穀物品種の一般名である。沁州黄粟は、「沁州黄」等の良質品種を用いて、特定の生産技術的

⁴ 最高人民法院（2017）最高法民申4920号民事裁定书を参照されたい。

⁵ 指導事件46号として、山東魯錦実業有限公司が鄆城県魯錦工芸品有限責任公司、濟寧礼之邦家紡有限公司を商標権侵害及び不正競争で訴えた事件（最高人民法院裁判委員会は、この事件について討論して採択し、2015年4月15日に公布した）。

手順に従って栽培されたアワから加工された粳粟である。その上で、沁州黄公司には、「沁州」登録商標は高い知名度を有しているが、他の企業が「沁州黄」のアワから加工された粟商品に「沁州黄」という文字を使用して、粟の品種の出所を示すことを禁止する権利はない。提訴された侵害者は、その生産販売している粟の商品包装の明らかな位置に自分の登録商標を使用しており、その包装に「沁州黄」という文字を使用して粟の品種の出所を示す行為は、正当な使用に該当する。提訴された侵害者は、包装に「沁州」という文字を強調して使用しておらず、それが「沁州」登録商標の商業的信用を得ようとする主観的悪意を証明する証拠もない。したがって、「沁州黄」という文字を使用する行為は、正当な使用に該当し、「沁州」登録商標の専用権を侵害しない。⁶

商標法第59条第2項は、登録された立体商標における機能性部分の正当な使用に対する規定である。三次元標識が立体商標として出願されて登録されている場合、当該三次元標識の形状は、機能性を有してはならない。機能性とは、商標法第12条に、三次元標識の形状は「商品自体の性質のみによる形状、技術的効果の取得に必要な商品の形状若しくは商品に実質的な価値を具備させるための形状」と規定されている。第12条は第11条のように商標として登録できる例外の場合を規定していないとともに、理論的には機能性を有する標識を立体商標として登録することが禁止されているとも考えられ、その目的は、他人が商標権の方式により製品の機能性又は実用性を永久的に独占することを排除し、商標を発明、実用新案と区別するためであるため、機能性がある限り、使用の知名度が高くても永遠に商標として登録することはできない。例えば、フィリップス社が発明した3枚刃のシェーバーの外形は、立体商標登録を取得したことはあるが、同様の3枚刃形状を使用して侵害を構成していることで他人を訴えた際に、EUの裁判所は、フィリップス社の3枚刃のシェーバーの外形は機能性を有し、商標としての保護資格を有さず、他人が同様の外形を使用することは侵害を構成しないと判示した。⁷

三、記述的使用の認定及びその混同可能性との関係

正当な記述的使用は商標法で規定されているため、実践で注目されるのは、ある行為が正当な記述的使用行為であるか、商標としての使用行為であるかで

⁶ 最高人民法院（2013）民申字第1643号民事裁定书。

⁷ 王迁：《知的財産権法教程》（第5版）、第419～420ページ、中国人民大学出版社2016年版。

あり、正当な使用行為である場合、当該行為が混同の問題を生じやすいか否かを考査する必要があるか否かである。

まず、正当な使用問題に関する認定についての最高人民法院のいくつかの意見を参照されたい。

2004年2月2日、《南京金蘭湾不動産開発公司与南京利源物業發展有限公司の商標専用権侵害紛争事件に対する最高人民法院の回答》〔(2003)民三他字第10号〕では、以下が指摘された。地名を文字商標として登録する場合、商標専用権者は、他人が当該地名と同じ文字を商標又は商品名等の商業標識として同じ又は類似商品に使用して商品の出所を示すことを禁止する権利があるが、他人が同じ又は類似商品に当該地名を正当に使用して商品と産地、地理的位置等との関係を示すことを禁止する権利はない（地理的標識を商標として登録する場合について別途討論する）。

2005年8月10日、《(遼寧省高級人民法院の大連金州酒業有限公司と大連市金州区白酒工場の商標侵害紛争事件に対する稟議)に関する最高人民法院の回答》〔(2005)民三他字第6号〕では、以下が指摘された。登録商標に地名が含まれている場合、商標専用権者は、地名が所在する地域の他の事業者が地理的起源を示す等の正当な用途のために商品名に当該地名を使用することを禁止してはならない。しかしながら、それぞれ使用する地名の文字が同じであるほか、商品名が特殊なフォント、形状等の外観を用いた登録商標の構成と同じであるか又は近似しているか、或いは登録商標の使用している地名が地域的意味を有するほかに、関連公衆に当該地名を登録商標の商品源と必然的に関連付けさせる他の意味（第2の意味）を有するならば、これに限定されない。

2008年12月20日、最高人民法院は《深セン市遠航科技有限公司と深セン市騰訊計算機系統有限公司、騰訊科技（深セン）有限公司、深セン市騰訊計算機系統有限公司西安分公司との商標権侵害及び不正競争紛争稟議案に関する回答》〔(2008)民三他字第12号〕では、以下を指摘した。一定地域内の関連公衆に一般化しているポーカーゲーム名について、当事者がそれを商品又はサービス源を区別する商標として使用せず、そのようなゲーム内容、特徴等を反映したゲーム名のみとして用いる場合、正当な使用と認定できる。

以上の回答から分かるように、正当な記述的使用行為が商品の出所を識別する機能を果たしておらず、登録商標の商品の出所に対して混同を招く可能性のある結果を生じないならば、記述的使用行為の認定について以下の2つの観点から考察する必要がある。まず、行為の本質という観点から、記述的使用は、使用される標識に商品の出所を識別する機能を生じさせず、次に、行為の結果という観点から、記述的使用により商品の出所を識別する機能を生じないため、混同するという結果が生じることは不可能である。しかしながら、実践においてどのように論証するかは異なる。1つの論証モデルは、正当な使用を構成すると認定するとともに、混同を招きにくいと認定することである。前述の「閩江楼」事件は、この方式を典型的に表している。また、例えば「片仔癯」事件では、最高人民法院も次のように判示した。片仔癯は、薬品の名称であり、提訴された権利侵害商品には片仔癯成分が含まれており、生産者が、商品の特徴を説明するか又は客観的に記述するために、善意により必要な範囲内で表記し、関連公衆がそれを商標と見なして出所を混同することを招くことがない場合、正当な使用と認定することができる。⁸「竹家庄避風塘及び図」商標争議事件では、最高人民法院はまた次のように判示した。「避風塘」という言葉は、上海避風塘会社の商号であるだけでなく、「台風を避けるための港湾」や、「ある種の特徴的な味の料理又は料理の調理法」という意味も持っているため、関連公衆の混同、誤認を起こさない限り、上海避風塘会社は、企業の名義権で他人による「台風を避けるための港湾」や、「ある種の特徴的な味の料理又は料理の調理法」の意味での「避風塘」という言葉の正当な使用を禁止することができない。⁹もう1つの論証方式は、記述的使用を構成すると論理的に認定すれば、使用したものは商標ではなく、混同が生じる基礎がないため、混同可能性を判断する必要はないと見なされる。例えば、「PRETUL」商標権侵害事件では、最高人民法院は、次のように判示した。商標が全く識別作用を発揮せず、商標法上の使用にも該当しない場合では、同一商品に同一商標を使用し、同一商品に類似商標を使用し、或いは、類似商品に同一又は類似商標を使用することにより、容易に混同を生じるか否かの判断は、実際的な意味がない。¹⁰「カンフーパンダ」商標権侵害事件では、また最高人民法院はおそらくこのような観点を取り入れ、正当な使用を構成しているか否かのみを判断し、記述的使用に該当することを確定した後、混同の有無を審査していない。最高人民法院は、この事件では次のように判示した。ドリームワークス社等が「カンフーパンダ」を使用する行為が登録商標専用権侵害を構成しているか否かの判断は、商標の意味での使用

⁸ 最高人民法院（2009）民申字第313号民事裁定书。

⁹ 最高人民法院（2013）行提字第8号行政判决书。

¹⁰ 最高人民法院（2014）民提字第38号民事判决书。

行為に該当するか否かに依存し、すなわち、「カンフーパンダ」標識の使用が商品の出所を区別する役割を果たしているか否かに依存するべきである。ドリームワークス社は、関連映画の制作を完了した後、その「dreamworks」標識を映画、映画ポスター及びその他の宣伝材料に顕著に使用することにより、その映画制作サービスの出所が「dreamworks」であることを示している。「カンフーパンダ2」に「カンフーパンダ」という文字が使われているのは、前述の「カンフーパンダ」映画の続編であり、当該「カンフーパンダ」は、この映画の名称を表し、映画内容の表現テーマを概括的に説明するためのものであり、記述的使用に該当し、映画の出所を区別するためのものではないため、提訴された侵害行為は、商標の意味での使用行為ではない。¹¹

四、まとめ

論理的には、記述的使用と商標としての使用は、互いに衝突する2つの概念であり、一方があると、他方を排除しなければならないため、記述的使用に該当すると認定できる場合には、商標としての使用が存在することは不可能であり、混同が生じることは不可能である。これにより、使用行為の性質のみに基づき審査する方法は、間違いではない。しかしながら、現実の紛争は、常に複雑であり、多くの場合、ある標識の使用は、消費者において当該標識の第1の意味（記述的使用）と第2の意味（商標としての使用）が併存する現象が同時に生じる可能性があり、すなわち、一部の消費者は、商品の特徴の記述であると考え、一部の消費者は、商品の出所の表示であると考え、さらに一部の消費者は、商品の特徴の記述及び商品の出所の表示の両方であると考え。実践に存在するこのような問題を解決するために、記述的使用と商標としての使用の区分論理に加えて、1つの方法を追加する必要がある、すなわち、使用の結果から調べて、記述的使用の判断結果が正しいことを保証する。前述の「カンフーパンダ」事件を例として、多くの視聴者にとって、「カンフーパンダ」とは、ドリームワークス社が制作したアニメ映画を指し、この場合、「カンフーパンダ」という言葉は、映画の内容を示すだけでなく、映画の出所も示しており、大部分の人が認識する映画の記述的内容に該当するという観点のみから認定できる。また、例えば、人々が「避風塘」と言及する時に指すのは、料理の名称である可能性があり、レストランの名称である可能性もあり、複数のレストランが「避風塘」料理を提供するか又はレストランの名称にいずれも

¹¹ 最高人民法院（2014）民申字第1033号民事裁定书。

「避風塘」が含まれている場合、消費者は、部分的な特徴で全体を指す言語習慣により、どの「避風塘」を指すのかわからなくなり、混同する可能性がある。当然のことながら、これらの場合でも、記述的使用の判断を堅持すべきであり、すなわち、ある記述的標識を商標として登録して使用する人は、当該標識が公衆によく知られている第1の意味を有し、その使用により第2の意味を生成することにより、商標登録を取得することが例外であることを知っているか、又は知るべきであり、使用中に関連公衆が認識を混同する可能性を予想すべきであり、このような認識の混同は、部分的な特徴で全体を指す人間の認知習慣に基づいていずれの当事者も責任を負うことができなければ、商標登録者のみがこの結果を負担する必要がある、理由は商標登録者が記述的な語彙を自分の私有権利の対象としたためであり、商標の登録がなければ混同せず、商標登録者は、利益を得た上で保護を取得するための費用を負担する必要がある、これは、合理的である。米国連邦最高裁判所が、2004年に下したKP事件では立証責任の分配規則によって以下を決定した。商標権者は、提訴された侵害行為が関連公衆の混同を招くのに十分であることを証明する証明責任を負い、提訴された侵害者は、その行為が混同を招くのに十分でないことを証明する責任を負わず、自分の使用行為が正当な使用に該当することを証明すればよく、このときにある程度の混同があっても、これは、商標権者が、公衆に知られている記述的語彙を、自分の商品を識別する商標として使用する際に受けるべきリスクである。¹²これは、記述的語彙を商標として登録する場合、当該語彙のすべての使用可能性を独占することができず、他人による当該語彙の本来の意味及び記述的意味での使用を禁止することができず、商品又はサービス源を指示する商標の意味における他人の混同的な使用行為のみを禁止できることを示している。したがって、現実的な意味を有する操作として、審判者にとって、記述的使用が混同を生じないやり方を堅持すべきであり、権利者が依然として侵害を構成すると考える場合、当該権利者は不正使用により、混同を招くのに十分な証拠を提供すべきであり、提訴された侵害者にとって、商標としての使用ではないという主張及び証拠を提示すれば、権利者による侵害の申し立てに対する有効な対抗を構成するのに十分であり、様々な面から侵害を認定されないように更に保障を加える場合のみに、混同を生じない証拠を提供することが考えられるが、混同しない証拠を提供することは提訴された侵害者に対する立証責任の要件ではないことを明確にすべきである。

¹² KP Permanent Make-Up, Inc. v. Lasting Impression I, Inc., 543 U. S. 111 (2004).

これにより、記述的使用の構成要素について再び考察する必要がある。北京市高級人民法院が2006年3月7日に公布した《商標民事紛争事件の審理における若干の問題に関する解答》（京高法発〔2006〕68号）第26条の規定によれば、商標標識の正当な使用は、（1）善意による使用、（2）自分の商品の商標としての使用ではない、（3）使用が単に自分の商品を説明するか又は記述するためであるという要件を満たす必要がある。これらの要件には、記述的使用と指示的使用の2つの場合が同時に含まれ、例えば、「自分の商品の商標としての使用ではないという要件」には、商標として使用していない場合と、他人の商標を指示するだけである場合との2つの場合が含まれ、自分の商品の「特徴又は産地」を説明するか又は記述するのではなく、「自分の商品を説明するか又は記述するため」ということも、記述的使用と指示的使用の2つの場合を包含するためである。記述的使用の構成要素のみについて、善意か否かは重要ではなく、重要なのは使用行為及びその効果——記述しているものが商品提供者ではなく、産地を含む商品の特徴であり、商標として扱われないと見なされることである。したがって、実践的な観点から、記述的使用を構成するか否かを判断するには、1つの要件を満たせばよく、使用されているのは商標ではなく、出所を識別する機能を果たさず、実際に一定の混同が存在する可能性があっても商標権利者が容認すべきであるという要件である。（未完）



■ 鐘鳴

2002年から2016年にかけて、北京市高級人民法院知財権庭裁判官、審判長、第一調査組長を経験し、北京市政法系統「十百千」人材とも選出されたことがある。中国知識産権法律学研究会理事と、中華商標協会中国企業商標鑑定センターのコンサルティング専門家も兼任している。裁判官として知財権に関する民事と行政訴訟を3000件余り審理したことがある。2010年度、2011年度、2014年度、2015年度中国裁判所10大知財権案件、2014年度中国裁判所50件の典型案件に選ばれた案件などを担当した。

ファッション分野における知的財産保護の再検討

－「特許法」の第4回改正の観点から

■ 于偉艶

ファッション産業に言及すると、人々は、まず様々な服装、靴、帽子、腕時計、鞆などを思い浮かべるが、これらの製品の共通点は、美感と実用性を兼ね備え、意匠特許の保護客体に対する要求に適合するため、これらの製品に応用されたデザインは、特許法の保護を受けることができる。意匠特許は、国家知識産権局による審査を必要とするため、特許出願をした日から登録を受ける日まで、一般的に数ヶ月の期間を必要とするが、ファッショントレンドは短期間に変化するため、特許法の保護を求めることは、ファッション分野における製品の革新性を保護するための好ましい手段ではない。

特許法の第4回改正では、意匠特許に対して3つの重要な変更がある。第一は、部分意匠に対する保護を追加したことであり、第二は、意匠の国内優先権制度を追加したことであり、第三は、意匠の保護期間を15年に延長したことである^[13]。3つの変更の立法目的は、いずれも設計の革新性の保護を強化することであり、ここで部分意匠は、特許権者の実質的な権利及び出願戦略に直接的に影響を与え、ファッション分野の知的財産保護に対して新たな考え方を提供する可能性がある。

一、部分意匠の概念及び発展過程

部分意匠は先進国にはかつてから存在しており、1976年の *In re Zahn* 判例において、米国は最も早く部分意匠制度を確立した。1975年9月、出願人 Mr. Zahn は米国特許商標庁にドリルに関する意匠出願を行い、出願書類において、出願人は、ドリルのシャンク部分を実線で描き、ボディ部分を破線で描き、明細書において破線部分は保護範囲を構成しないことを明確に指摘した^[14]。

[13] 「特許法（2020）」第2条第4項、第29条第2項、第42条第1項。

[14] US D257511の明細書。2022年1月20日に <https://www.uspto.gov/> にアクセスした。



Z a h n 特許の図面 (U S D 2 5 7 5 1 1) ^[15]

米国特許商標庁は、審査後、該出願が特許法における意匠の保護客体に対する要件に適合しないと判断したため、本出願を拒絶した。その後、出願人は、米国特許復審委員会へ復審請求を行ったが、米国特許復審委員会は復審請求を拒絶し、理由は、実線で描かれたドリルのシャンク部分は完全なドリル製品ではないことである。出願人は、復審審決を不服として、米国関税及び特許訴訟裁判所に上訴を行い、裁判所は、審査後、大きな影響を及ぼす判決を下した。判決において、米国特許復審委員会が該出願の保護範囲をドリルのシャンク部分に限定したことは誤りであると判断した。理由は、意匠特許で保護するのは、製品に応用されたデザインであり、製品そのものではなく、ドリル全体のデザインであっても一部分のデザインであっても、いずれも保護を受けることができるというものである^[16]。該判決を根拠として、米国特許商標庁は、特許審査基準における意匠の定義を、「意匠とは、工業製品(又はその一部)に含まれる、又は応用されたデザインを指し、製品自体を指すものではない。」^[17]と変更し、ここから部分意匠保護を確立した。

全体意匠に対して、部分意匠は、保護範囲を最大限に拡大した。この米国特許を例として、特許権侵害の比較を行う場合、実線で示されたドリルのシャンク部分と被疑侵害製品のドリルのシャンクとを比較するだけでよく、被疑侵害製品のボディがどのようなデザインを採用していても、特許権侵害判断の結果に影響を与えない。ドリルの全体意匠に対して、特許権侵害の判断を行う場合、ドリルのシャンクとボディを同時に考慮する必要があり、被疑侵害製品のドリルのシャンク及びボディがいずれも特許デザインと同一であるか又は近似する構成である場合にのみ、特許権侵害が成立する。いくつかの比較的成熟した製品、又は機能的な制限が多い製品に対しては、デザイン空間が限られるため、製品全体に対する革新を行うことが困難であるが、部分意匠は、部分的な改善に強力な保護を提供することができる。したがって、部分意匠は、工業化がある程度まで発展した産物であ

^[15] 画像はUS D 2 5 7 5 1 1からのものである。2022年1月20日に <https://www.uspto.gov/> にアクセスした。

^[16] 袁真富、朱華：「部分意匠の制度設計及びその影響—米国の部分意匠審査実践を参考」、「中国発明と特許」2016年第11期、第81～87ページ。

^[17] USPTO. Manual of Patent Examining Procedure [EB/OL][2014]、1502 Definition of a Design.

り、革新に対するインセンティブをより効果的に発揮することができる。2000年頃、日本、韓国、欧州連合などの先進国も相次いで部分意匠制度を確立した^[18]。

特許法第4回改正以前、中国の意匠特許の保護客体は、製品全体の設計のみに限定され、製品の分割できない部分に対して、意匠特許権を付与せず^[19]、革新が製品の一部に対するものであっても、製品全体に対して意匠特許を出願する必要があった。このような出願方式では、部分的な革新が全体に対して明らかでなければ、革新点は、製品全体によく見られるデザインに埋没し、それにより、特許権者は、無効手続及び特許権侵害手続において受動的立場に陥りやすくなる。無効手続において、意匠の比較原則は、「全体的観察、総合的判断」であり、革新点が特許のデザインと従来のデザインとの全体的な視覚効果における明らかな違いとならない場合、特許権は無効となる。特許権侵害手続において、「全体的観察、総合的判断」の原則は同様に適用することができ、被疑侵害製品が革新点を採用していても、製品の他の部分に変更があり、製品の全体的な視覚効果に影響を与えるならば、被疑侵害製品が特許権侵害を構成していないと判断される可能性もある。

実務における顕著な上記問題を解決し、革新本体の部分革新に対する保護需要を満たすために、中国は、特許法第4回改正において部分意匠を特許の保護範囲に導入した。「特許法（2020）」第2条第4項の規定によれば、「意匠とは、製品の全体若しくは部分の形状、模様又はそれらの結合及び色彩と形状、模様の結合に対して行われた美感に富み、工業上の利用に適した新しいデザインをいう。」と規定している。

二、部分意匠の保護範囲

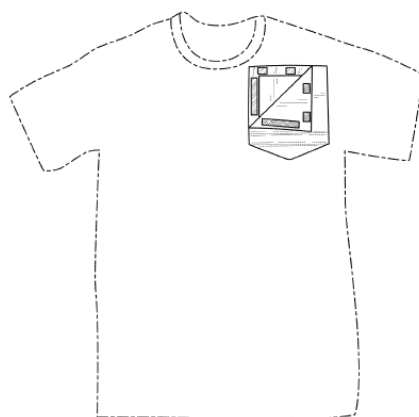
特許制度の基本的な論理は、特許権者と公益とのバランスをとることであるため、特許権の保護範囲を決定することは非常に重要である。全体意匠と同様に、部分意匠も図面又は写真で表された製品のデザインを基準とし、図面及び写真を説明する内容を簡単に説明する。また、部分意匠については、「特許法実施細則」意見募集稿の規定によれば、部分意匠を出願する場合は、製品全体の図面を提出し、破線と実線を組み合わせる方法又はその他の方法で保護を求める内容を表示しなければならない^[20]。「特許審査基準」意見募集稿の規定によれば、部分意匠については、保護を請求する部分の形状、模様、色を基準

^[18] 1999年「日本意匠法」第2条第1項の規定によれば、「この法律で意匠とは、製品（製品の部分を含む。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って、視覚上の美感を呼び起こすデザインをいう。」と規定している。韓国は、2001年「意匠保護法」において、意匠の保護対象が製品の任意の部分を含むと規定している。2001年12月、欧州連合理事会では、「共同体意匠に関する理事会規則」が通過し、部分意匠が保護を受けると確認した。

^[19] 「特許審査基準」第1部分第3章第7.4節「意匠権を付与しない場合」第（3）条。

^[20] 「特許法実施細則改正案（意見募集稿）」第27条第2項。

とし、該部分の示す製品における位置及び割合関係を考慮する^[21]。上記意見募集稿の規定から分かるように、中国の部分意匠特許の図面は、破線と実線を結合する方法により描くことができ、実線は、保護を求めている部分を示し、破線は、実線部分の製品全体における位置と占める割合を示し、実線と破線は、いずれも部分意匠の保護範囲を限定する役割を果たす。以下の図面は、米国特許商標庁のデータベースから検索された、Tシャツに対する部分意匠特許であり、Tシャツの前身頃に位置するポケットは実線で示され、保護を請求する部分を構成し、Tシャツ全体は破線で示され、実線部分の製品全体における位置及び相対割合を示す。このような表示方法は、中国の「特許法実施細則」及び「特許審査基準」意見募集稿における、部分意匠の図面に対する要件と一致する。



US D 8 9 9 0 3 1 S^[22]

三、部分意匠の特許権侵害比較規則

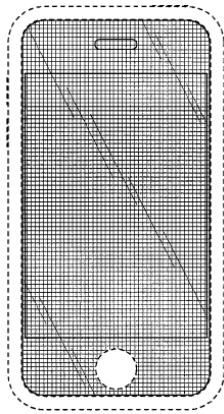
「特許法（2020）」は2021年6月1日に施行されたが、「特許法実施細則」及び「特許審査基準」はまだ意見募集の段階にあり、中国は現在、部分意匠に関する事例がない。世界的に、部分意匠に関する最も注目を集めた事例は、アップル社とサムスン電子社との間の争いである^[23]。

2011年から、アップル社は、少なくとも5カ国でサムスン電子社を訴え、サムスン電子社がアップル社の携帯電話に対する意匠特許権を侵害していると主張した。米国の訴訟では、アップル社の権利基礎は、3つの部分意匠特許を含む。以下の図で示すように、第一は、携帯電話の角が丸みを帯びた長方形の画面のデザインであり、第二は、携帯電話のグラフィカルユーザインタフェースのデザインであり、第三は、携帯電話の角が丸みを帯びた長方形の枠のデザインである。

^[21] 「特許審査基準改正案（意見募集稿）」第1部分第3章第4.4.2節「意匠の図面又は写真」。

^[22] 画像はUS D 8 9 9 0 3 1 Sからのものである。2022年1月20日に<https://www.uspto.gov/>にアクセスした。

^[23] 管育鷹、《部分意匠保護についてのいくつかの問題》、《知的財産権》2018年第4期、第11～25ページ。



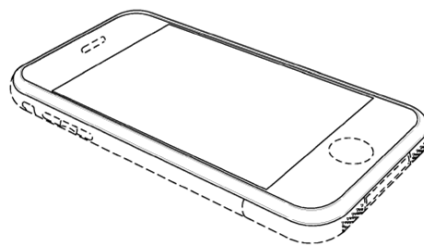
D 6 1 8 6 7 7 S

(角が丸みを帯びた長方形の画面)



D 6 0 4 3 0 5 S

(グラフィカルユーザインタフェース)



D 5 9 3 0 8 7 S (角が丸みを帯びた長方形の枠) [24]

これらの3つの意匠特許を組み合わせると、携帯電話の前面のメインデザインを形成する。米国の部分意匠比較規則によれば、特許権侵害訴訟では、実線部分と被疑侵害製品の対応する部分とを比較するだけでよく、破線部分を考慮する必要がない^[25]。以下の図は、本事例における、特許権侵害と認定された一部のサムスン電子社の携帯電話であり、これらの携帯電話は全て角が丸みを帯びた長方形の画面及び枠を有するため、アップル社の特許の保護範囲内にある。



サムスン電子社の被疑侵害携帯電話^[26]

[24] 画像はUS D 6 1 8 6 7 7 S、US D 6 0 4 3 0 5 S及びUS D 5 9 3 0 8 7 Sからのものである。2022年1月20日に <https://www.uspto.gov/> にアクセスした。

[25] 管育鷹、《部分意匠保護についてのいくつかの問題》、《知的財産権》2018年第4期、第11～25ページ。

[26] 画像はネットワークからのものである。

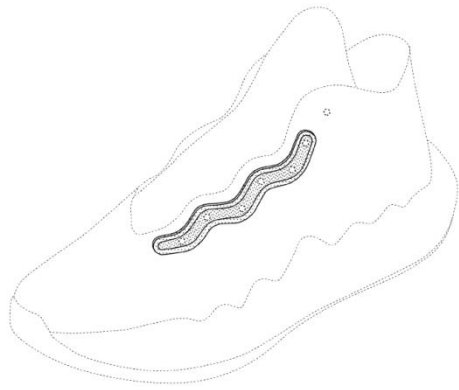
これらのサムスン電子社の携帯電話を観察すると、アップル社の特許保護範囲内の画面及び枠の他、サムスン電子社の携帯電話の画面の下方のデザインはアップル社の特許と違いを有していることを発見できる。アップル社のUS D 5 9 3 0 8 7 S及びUS D 6 1 8 6 7 7 Sにおいて、画面の下方のhomeキーは破線で示された円形であるが、サムスン電子社の携帯電話のhomeキーは方形であり、或いはhomeキーが設けられていない。アップル社が権利を主張する基礎は部分意匠であるため、比較する時に破線部分を考慮する必要がなく、homeキーの違いは特許権侵害の判断結果に影響を与えない。

この事例において、アップル社が携帯電話全体の設計を権利基礎とすると、homeキーの違いの製品全体の視覚的効果に対する影響を考慮する必要がある。携帯電話の前面のデザインにおいて、homeキーは使用する時に容易に見られるが、製品全体に占める割合が小さいため、homeキーの製品全体の視覚的効果に対する影響を判断することは困難であり、人によって結論が異なる。アップル社は、部分意匠により論争を完全に回避し、特許権侵害の判断において障害に遭遇したことはない。この事例は、全体意匠に対する部分意匠の利点を十分に反映しており、特許権者の権利保護の成功率を大幅に向上させる。

四、部分意匠の出願戦略

上記事例から分かるように、部分意匠の出願は、テクニックを必要とするものである。部分意匠制度を最初に確立した米国では、出願人は豊富な経験を積み、出願時に制度の規則を十分に利用し、製品の特徴及び市場に対する事前判断に基づいて、効果的な出願戦略を策定する。同様に米国の企業として、ナイキ社もこの制度の利用に長じており、製品の全体意匠を出願するとともに、製品の異なる部分も個別に出願し、可能な範囲内で保護範囲を最大限に拡大する。

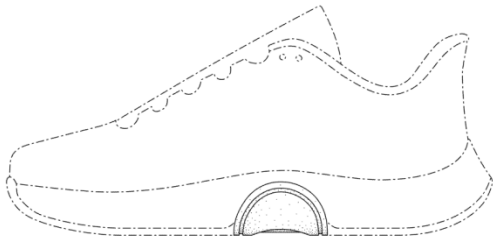
以下の図は、ナイキ社が米国で出願したスポーツシューズの部分意匠特許である。US D 9 3 9 8 1 7 S及びUS D 9 3 1 5 9 4 Sは、アッパーのデザインであり、実線で示されているのは保護を請求している部分であり、靴全体は破線で示されている。US D 9 3 9 8 1 4 S及びUS D 9 3 8 7 0 8 Sは、ソールのデザインであり、同様に、実線で示されているのは保護を請求している部分であり、靴全体は破線で示されている。靴の全体意匠と比較して、この4項の部分意匠の保護範囲は大きく拡大されている。米国の部分意匠の特許権侵害比較規則によれば、この4項の特許を権利基礎として権利を保護する場合、被疑侵害製品が同一の位置に同一のデザインを採用すれば、それらの保護範囲に入り、靴全体のデザイン及び他の部分のデザインを考慮する必要がない。



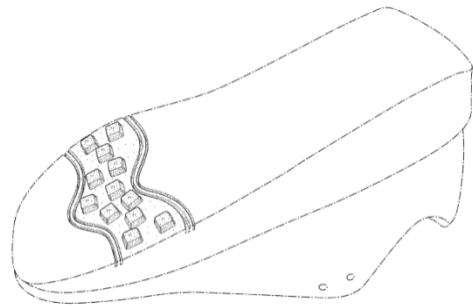
US D939817S



US D931594S

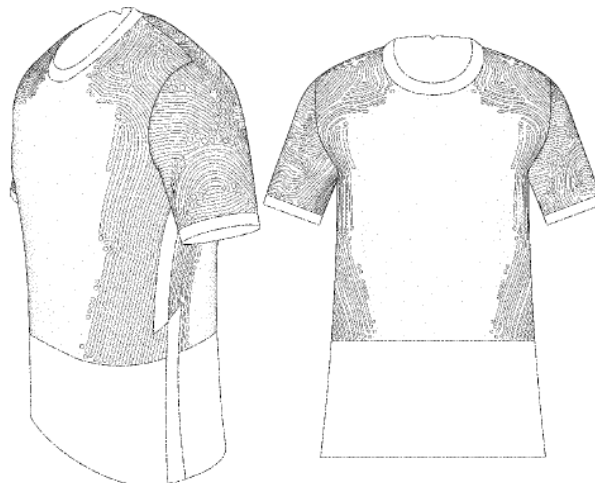


US D939814S



US D938708S^[27]

以下の図は、上着のデザインであり、保護範囲は、実線で示された影付き部分により限定され、襟ぐりと上着の下側の部分は破線で示されている。被疑侵害製品も実線部分のデザインを採用しているが、襟ぐりのデザインを変更した場合、襟ぐりの変化が全体の視覚的効果に影響を与えるか否かにかかわらず、この特許の保護範囲に入る。

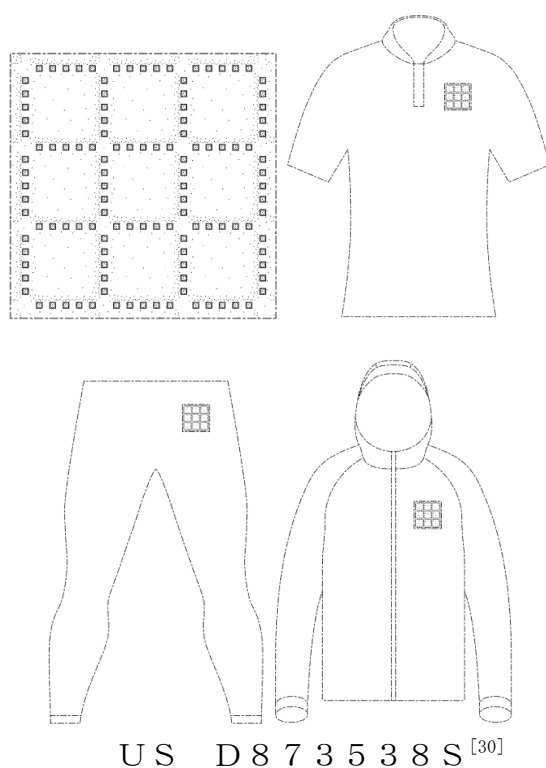


US D908313S^[28]

^[27] 画像はUS D939817S、US D931594S、US D939814S及びUS D938708Sからのものである。2022年1月20日に <https://www.uspto.gov/> にアクセスした。

^[28] 画像はUS D908313Sからのものである。2022年1月20日に <https://www.uspto.gov/> にアクセスした。

以下の図は、衣服における模様に関するデザインであり、この特許において、保護を請求している部分は、正方形の模様であり、出願人は、該模様を含む異なる衣服を1件の出願として提出し、出願コストを節約した。中国の「特許法」第31条第2項の規定によれば、同一製品に係る複数の類似意匠、又は同一の分類に属しかつ一組として販売されるか又は使用される製品に用いられる2つ以上の意匠を1件にまとめて出願することができる。「特許審査基準」の規定によれば、セット製品とは、2件以上（2件を含む）の同一大分類に属し、各自独立している製品によって構成されており、各製品のデザイン発想が同一であり、ここでそれぞれの製品は独立した使用価値を有し、また各製品を組合せると、その組合せた後の使用価値を反映する製品を指す^[29]。Tシャツ、ズボン、パーカは特許審査基準の上記規定に適合するため、中国でも、同一の模様を有する異なる衣服をセット製品として、1件の出願として提出することができる。



また、「特許審査基準」意見募集稿の規定によれば、部分意匠の全体における位置及び／又は割合関係の一般的な変更又は単なる色彩要素の変更は、一般的に類似意匠であると考えられる^[31]。したがって、同一の模様について異なる衣服において位置又は割合の一般的な変更を行い、或いは色のみを変更した場合、これらの異なる衣服を類似意匠として同一の出願において提出でき、それにより、出願コストを節約し、出願日の違いによる特許の新規性の喪失を回避する。

[29] 「特許審査基準」第1部分第3章第9.2節「セット製品の意匠」。

[30] 画像はUS D 8 7 3 5 3 8 Sからのものである。2022年1月20日に <https://www.uspto.gov/> にアクセスした。

[31] 「特許審査基準改正案（意見募集稿）」第1部分第3章第9.1.2節「類似意匠」。

五、結び

製造業が高度に発達した時代、新鮮な驚きを与える外観は製品の市場競争力を向上させる重要な要素であり、知的財産権の保護を強化する背景下で、中国は、国際意匠制度の発展傾向に順応し、特許法第4回改正において部分意匠を特許保護範囲に導入した。ファッション産業において、ファッションの変化は止まることはないが、いくつかの流行の要素が周期的にトレンドをリードすることが多い。このような流行の要素について、部分意匠は、全体意匠の実現できない強力な保護を提供することができる。保護期間を15年に延長することと相まって、新たな特許制度は、ファッション分野の革新保護に対して新たな考え方を切り開く。

新たな特許法の施行後、関連する問題に対する国家知識産権局の回答によれば、国家知識産権局は、新たな特許法実施細則の施行後に部分意匠の審査を開始する^[32]。制度は利点があり、すでに整っており、ファッションデザイナーらは創造性をできるだけ発揮し、制度規則を十分に利用し、大衆の審美感に合致し、市場潜在力を有するデザインを部分意匠により保護することができ、特許制度により、デザイナーの知恵に継続的に力を与える。



■ 于偉艷

2002年から知財権に関する仕事が始まる。長い間、ソニー、IBM、P&G、三菱電機、モトローラなど世界でも知名度高い企業と協力したことがある。2014年に永新專利商標代理有限公司に入社してから、知財権、契約、ネットワーク上の法律問題を中心に、特許権侵害訴訟永新專利商標代理有限公司、特許行政保護、特許無効、特許検索、特許権侵害調査、著作権侵害訴訟とコンプライアンス分析などの仕事をしている。

^[32] 国家知識産権局のウェブサイト：《改正後の特許法の施行に関する質問の応答について》、https://www.cnipa.gov.cn/art/2021/5/27/art_66_159677.html、2021年5月27日に発行した。

《反不正競争法》の司法解釈における 主な条項の簡単な解釈

■ 鐘鳴

一、基本的な状況

《反不正競争法》は、1993年に制定、公布、施行されて以来、2回改正されている。現行の《反不正競争法》は、2017年に大幅に改正された後、2018年1月1日から施行され、また、2019年4月23日に小幅な改正が行われた。不正競争行為に対する最高人民法院の司法解釈は、最も早いものは2007年1月12日に公布され、2月1日に施行された《不正競争民事事件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈》（法積〔2007〕2号、以下、2007年司法解釈と略する）であったが、当該解釈は、1993年の《反不正競争法》の一部の条文に対する解釈であり、2018年以降、現行の《反不正競争法》に適応できず、訴訟実践の需要を満たすこともできなかったため、2022年3月16日に最高人民法院は、《〈中華人民共和國反不正競争法〉の適用における若干の問題に関する解釈》（法積〔2022〕9号、以下、反不正競争法の司法解釈と略する）を公布するとともに、2007年の司法解釈を廃止した。最高人民法院は、2020年9月10日に《商業秘密侵害民事事件の審理における法律適用の若干の問題に関する規定》（法積〔2020〕7号）を公布したため、今回の反不正競争法の司法解釈は商業秘密の問題に言及していない。

反不正競争法の司法解釈は、全29の条文からなる。第1条～第3条は、《反不正競争法》第2条の原則条項³³の適用に言及し、第1条は、適用範囲を明確にし、第2条と第3条は、それぞれ「他の事業者」と「商業道徳」をどのように認定すべきかを規定している。

反不正競争法の司法解釈における第4条～第15条では、《反不正競争法》第6条における混同禁止規定の具体的な適用を規定している。一般的に理解されているように、《

³³ 《反不正競争法》第2条第1項は、「事業者は、生産経営活動において、自由意思、平等、公平、誠実の原則を遵守し、法律及び商業道徳を遵守しなければならない」と規定している。当該条項は、通常、原則条項、原則規定又は一般条項、一般規定等と呼ばれ、以下で、文献を直接引用しなければ原則条項と呼ばれる。

反不正競争法》第6条は、未登録商標を保護し、混同性侵害を禁止する規則であり、当該規則は、反不正競争法の司法解釈では、12の条文を用いて細分化し、業界からは小さな「未登録商標保護法」と揶揄されている。

反不正競争法の司法解釈における第16条～第18条は、虚偽宣伝の認定及び証拠要求を規定しており、第19条及び第20条は、商業中傷の認定証拠及び認定状況を規定しており、第21条及び第22条は、《反不正競争法》第12条に規定される若干のネットワーク不正競争行為に対する細分化及び拡張解釈である。

反不正競争法の司法解釈における第23条～第25条は、損害賠償及び侵害停止の具体的な適用、ならびに請求権競合の処理を含む、不正競争行為の責任負担に言及し、第26条及び第27条は、事件管轄規則に言及し、通常の知的財産権侵害事件の管轄規則と実質的な差がなく、第28条及び第29条は、司法解釈適用の時間効力の規定であり、《立法法》規定の原則の下の一般的なやり方でもある。

以上の要約に基づき、本稿は続いて、主に不正競争行為認定に関する第1条～第22条の規定に焦点を当て、第23条～第29条の責任負担、管轄、時間効力等の規定については言及しない。

二、《反不正競争法》第2条の原則条項の適用について

反不正競争法の司法解釈における第1条は、「反不正競争法第二章及び専利法、商標法、著作権法等の規定に違反する場合」及び「市場競争の秩序を乱し、他の事業者又は消費者の合法的な権益を害する」状況に該当する場合、「反不正競争法」第2条を適用することができることを明確にしている。

本条は、《反不正競争法》第2条の原則条項と《反不正競争法》第二章の具体的な不正競争行為及び知的財産権専門法（専利法、商標法、著作権法等）との関係を規定しており、最高人民法院がこれまで強調してきた《反不正競争法》第2条が補足的な保護又はバスケット条項に該当するという観点を反映するが、これまでの観点に対しても一定の調整がある。³⁴

最高人民法院が2009年4月21日に公布した《現在の経済情勢下での知的財産裁判サービス大局の若干の問題についての意見》（法発〔2009〕23号）における第11

³⁴ 2022年3月19日にウィーチャット公式アカウント「知産前沿」に掲載された張偉君の《知的財産権法と反不正競争法の関係に対する最高法院の新解釈への簡単評価》を参照されたい。

条は、「反不正競争法の補足的な保護は、専門法の立法政策に抵触することができず、専門法において徹底した規制がなされているものは、原則として反不正競争法による付加的な保護を与えない。反不正競争法特定規定において徹底した保護がなされている行為は、一般的に、原則規定を適用してその保護範囲を拡張しない……」と規定している。その後の「昆布割当」事件³⁵では、最高人民法院も「人民法院は、《反不正競争法》の一般条項を適用して市場の公平な競争を維持することができるが、不適切な介入による市場の自由競争の阻害を避けるために、適用条件を厳格に把握することに注意すべきである。法律で、すでに特別規定によって徹底した保護がなされている行為方式は、《反不正競争法》の一般的な規定により規制されるべきではない」という上述の観点を強調した。最高人民法院が2011年12月21日に公布した《知的財産権裁判の機能を十分に発揮させ、社会主義文化の大きな発展・繁栄を推進し、経済の自主的協調的発展を促進する上での若干の問題に関する意見》(法発[2011]18号)における第24条はまた、「不当競争防止法の補足的な保護の役割は知的財産権専門法の立法政策に抵触してはならず、知的財産権専門法において徹底した規制がなされている領域では、原則として反不正競争法による付加的な保護を与えず、……反不正競争法の原則規定と特別規定との関係を適切に扱い、……反不正競争法の原則規定の適用条件を厳格に把握し、一般に反不正競争法特別規定において明文化されている禁止行為に該当する領域では、特別規定に従い同類の不当競争行為を規制することしかできず、原則的には、原則規定を適用して適用範囲を拡張するべきではない」と繰り返した。

上記司法政策から分かることは、最高人民法院は、《反不正競争法》第2条の原則条項と第二章の具体的な不正競争行為の規制がいずれも知的財産権専門法の規定に抵触してはならないと判断している。反不正競争法の司法解釈における第1条は、《反不正競争法》第2条の原則条項と知的財産権専門法、《反不正競争法》第二章との間に抵触関係があることのみを強調し、知的財産権専門法と《反不正競争法》第二章との間に抵触関係があるか否かを明確にしていない。³⁶知的財産権専門法と《反不正競争法》との全体的な関係について、反不正競争法の司法解釈は、原告が択一的に主張することもできるし、一括して主張することもできる請求権競合処理方式を採用しているが、いずれかの請求権が満たされた後、残りの請求権は消滅し、別途主張することはできず、これはすなわち、「同一の侵害者が同一の主体に対して同一の期間及び地域範囲で実施した侵害行為について、人民法院は著作権、専利権又は登録商標専用権等の侵害を既に認定し、民事責任を負う判決を下しており、当事者または当該行為が不正競争を構成することを理由に、民事責任の負担を同一の侵害者に請求した場合、人民法院は、これを支持しない」という第24条の規定である。しかし、既存の評価で指摘されているように、請求権競合処理方式に関する規定

³⁵ 最高人民法院(2009)民申字第1065号民事裁定书。

³⁶ 2022年4月11日にウィーチャット公式アカウント「炳叔講知産」に掲載された董炳和の《反不正競争法新司法解釈シリーズ5：新司法解釈第一条の適用範囲》を参照されたい。

は、原告訴訟請求の指針ではなく、裁判官が事件に対して裁判を行う指針であり、知的財産権専門法と《反不正競争法》との規制の境界は曖昧であり、《反不正競争法》第2条と第二章との規制の境界も同様に曖昧であるため、権利を侵害するか否か、どのような権利を侵害するか、請求権競合をどのように処理すべきか等の問題に対する裁判官の認識も異なり、自身の権益を全面的に維持するために、原告は訴訟を提起する際に、その起訴する行為に対して複数の請求権と複数の法的根拠を主張することが好ましく、裁判官が裁判の根拠と裁決方式を選択する。³⁷

反不正競争法の司法解釈における第2条は、《反不正競争法》第2条第2項の「他の事業者」に対する解釈である。《反不正競争法》第2条第2項は、当該法における「不正競争行為」の定義に関するものであり、その中の「他の事業者」は、文義に基づいて³⁸、不正競争訴訟における原告を指す。反不正競争法の司法解釈における第2条では、「他の事業者」に対する定義は、「事業者（すなわち、被告）との生産経営活動において、取引機会の争奪、競争優位の損害等の関係が存在しうる市場主体」であり、当該定義は、《反不正競争法》第2条第3項における「事業者」の定義とは異なるが³⁹、いずれもそれが従事しているのは「生産経営活動」であると限定し要求している。

訴訟実践では、かつて「競争関係」により、起訴された行為が《反不正競争法》を適用できるか否かを決定していたが、インターネット分野の注目競争、クロスボーダー競争等の競争関係の大きな変化に対応するために、競争関係の法律適用決定における重要性は徐々に小さくなり、現在では市場経済活動における事業者の競争行為が他の事業者に影響を与えていれば、当該事業者と影響を受けた事業者との間に競争関係があると認定できるようになっている。⁴⁰例えば、「Y o u k uビデオ広告の獵豹ブラウザにおけるフィルタリング」事件⁴¹では、法院は、「競争関係の存在は、不正競争行為を判断する前提条件である。競争関係を構成するものは、事業者の間が同業競争に該当するか否かにより決まるものでなく、現実的に存在する競争に該当するか否かにより決まるものでもなく、事業者の経営行為に「人に損害を与えて自分の利益を図る可能性」があるか否かにより決まるものであり、事業者の行為が他の事業者の経営利益を損なう可能性があるだけでなく、当該事業者がこの行為に基づいて現実的又は潜在的な経営利益を得ることができれば、両者に競争関係があると認定できる』と指摘している。反不正競争法の司法解釈における第2条の他の事業者に対する定義は、「競争関係」が弱化しても、「取引機会の争奪、競争優位に損

³⁷ 2022年3月17日にウィーチャット公式アカウント「重劍無鋒」に掲載された蔣強の《反不正競争法の司法解釈に関する簡単評価の一》を参照されたい。

³⁸ 《反不正競争法》第2条第2項は、「本法において不正競争行為とは、事業者が生産経営活動において、本法の規定に違反し、市場の競争秩序を乱し、他の事業者又は消費者の合法的な権益を害する行為をいう」と規定している。

³⁹ 《反不正競争法》第2条第3項は、「本法において事業者とは、商品の生産、経営或いは労務の提供（以下、商品という場合は労務を含む）に従事する自然人、法人及び非法人組織をいう」と規定している。

⁴⁰ 具体的な変化過程は、2015年7月に《競争政策研究》に掲載された朱理の《インターネット分野における競争行為の法的境界：挑戦と司法応答》を参照されたい。

⁴¹ 北京市第一中級人民法院（2014）一中民終字第3283号民事判決書を参照されたい。

害を与える等の関係が存在する」限り、《反不正競争法》で規制される行為と主体に属するという、現在の訴訟実践を体現している。このような競争関係に対する認識に基づいてこそ、作家（王躍文⁴²）、スタースポーツ選手（姚明⁴³）、映画スター（周立波⁴⁴）、公立大学（清華大学⁴⁵、中国薬科大学⁴⁶）、業界団体（中国摩擦密封材料協会⁴⁷、中国音楽著作権協会⁴⁸）、非営利性病院（地壇病院⁴⁹、三星職工病院⁵⁰）、軍隊科学研究機関（総参謀部第六十研究所⁵¹）はそれぞれの市場分野の「事業者」となり、不正競争を構成することにより、起訴するか又は起訴されることができる。

反不正競争法の司法解釈における第3条は、《反不正競争法》第2条第1項の「商業道徳」に対する解釈である。第3条第1項は、商業道徳に関する定義又は範囲を規定するものではなく、「特定の商業分野で普遍的に遵守され、認められている行為規範」を商業道徳として認定することができるものと規定しているに過ぎない。これは、ここ数年来の司法解釈の一般的なやり方であり、すなわち、ある概念の内包と外延を定義も確定もせず、ある1つ又はいくつかの状況又は行為が法律で規定されたある概念規範の範囲内にあることだけを明確にすることであり、このようなやり方の利点は、漏れ、ただ単に事実の側面から全体を説明して誤った結論を引き出すことを回避し、今後の訴訟実践の発展に空間を提供することである。

反不正競争法の司法解釈における第3条第2項は、法院は事業者の行為が商業道徳に違反しているか否かをどのように判断するかを規定しており、当該項は、同様に具体的な行為指針を示しておらず、「業界規則又は商慣習、事業者の主観的な状態、取引相手の選択意向、また消費者権益、市場競争の秩序及び公共の利益に対する影響等」を総合的に考慮した若干の要素を提供している。第3項は、第2項における「業界規則又は商慣習」又は第1項における「特定の商業分野で普遍的に遵守され、認められている行為規範」をさらに解釈し、「業界主管部門、業界団体又は自主規制機関の制定した就業規範、技術規範、自主規制規約等」を参考にすることができると考えている。

反不正競争法の司法解釈における第3条の規定から見ると、最高人民法院が確定した商業道徳は、企業が経済活動において遵守する企業倫理であり、個人の品性又は社会公徳ではない。前述の「昆布割当」事件では、最高人民法院は、以下のように商業道徳の性質

⁴² 湖南省長沙市中級人民法院（2004）長中民三初字第221号民事判決書を参照されたい。

⁴³ 湖北省高級人民法院（2012）鄂民三終字第137号民事判決書を参照されたい。

⁴⁴ 上海市高級人民法院（2012）滬高民三（知）終字第55号民事判決書を参照されたい。

⁴⁵ 北京市第一中級人民法院（2006）一中民初字第3797号民事判決書を参照されたい。

⁴⁶ 江蘇省南京市中級人民法院（2004）寧民三初字第219号民事判決書を参照されたい。

⁴⁷ 北京市海澱区人民法院（2005）海民初字第16146号民事判決書を参照されたい。

⁴⁸ 北京市東城区人民法院（2007）東民初字第7514号民事判決書を参照されたい。

⁴⁹ 最高人民法院（2002）民三終字第1号民事判決書を参照されたい。

⁵⁰ 安徽省高級人民法院（2003）皖民三終字第14号民事判決書を参照されたい。

⁵¹ 江蘇省高級人民法院（2009）蘇民三終字第199号民事判決書を参照されたい。

を詳しく論じている。「市場競争の秩序を規範化する《反不正競争法》の意味において、誠実信用原則は、公認の商業道德の形で反映されることが多い。商業道德は、特定の商業分野における市場取引参加者である経済人の倫理基準に従って評価されなければならない、個人の品性とは異なり、一般的な社会公德と同じでもなく、それが体現しているものは一つの企業倫理である。経済人の名声と富の追求は、商業道德の基本的な要求に合致するが、必ずしも個人の品性の高尚な基準に合致するとは限らず、企業が慈善と公益事業に努めるのは、社会公德に符合するが、公益事業を怠るのも商業道德に違反しない。特に、《反不正競争法》で要求される商業道德は、公認の商業道德でなければならない、特定の商業分野で普遍的に認知され、受け入れられている行為基準であり、公認性と一般性を有する。同一商業分野においても、市場取引活動における道德基準であるため、公認の商業道德は、買い手又は売り手、企業又は職工の一方の立場のみから公認の商業道德に属するか否かを判断することもできず、取引参加者に共通かつ普遍的に認められている行為基準であるべきである。公認の商業道德は、特定の商業分野と事件状況に基づいて具体的に確定する必要があり、特定業界の一般実践、行為結果、取引双方の主観的な状態と取引相手の自発的選択等は、全て考慮要素になる可能性がある。」「昆布割当」事件は、1993年の《反不正競争法》を適用しており、当該法第2条第1項は、「事業者は、市場取引において、自由意思、平等、公平、誠実信用の原則を遵守し、公認の商業道德を遵守しなければならない」と規定している。現行法では、「商業道德」に対しては「公認」の程度に達することは要求されていないが、反不正競争法の司法解釈における第3条第1項は、依然として「普遍的に遵守され、認められている行為規範」を要求しており、第3項の商業道德違反の判定も「昆布割当」事件の判決の影響を明らかに受けている。学界では、商業道德と個人道德、社会公德を対立させるやり方には異なる意見があり、「道德は、常に状況的であり、多様性がある。商業道德は、日常生活経験に由来し、過ちは、慣例からの逸脱に過ぎない。……日常経験則、慣例、合意、共感等の日常生活レベルの要素と道德的判断を結びつけ、根拠に基づく必要がある⁵²」と考えている。《反不正競争法》が権利侵害行為法の下位法であるという観点から見ると、商業道德違反は、過ちに関し認定するために考慮する要素であり、《反不正競争法》の適用において、事業者の身分と競争関係を広く解釈すれば、個人道德、社会公德と商業道德を切り離すことは、正しいことではなく、現代の市場経済社会で生活している人々にとって、本当に「仏門に入る」ことがない限り、常に某市場の参加者となり、従ってその個人道德と社会公德を商業道德の考慮に組み込むことができる。

商業道德の判断で考慮すべき「特定の商業分野」の業界規則又は「業界主管部門、業界団体又は自主規制機関の制定した就業規範、技術規範、自主規制規約等」については、

⁵² 2022年3月30日にウィーチャット公式アカウント「北京知識産権法研究会」に掲載された謝曉堯の《司法経験知識背後の法理学の調査——法積〔2022〕9号の対話録》。

以下の最高人民法院の「扣扣保鏢」事件⁵³に対する判決に由来する。「市場経営活動において、関連業界協会又は自主規制機関は、特定分野の競争行為を規範化し、競争秩序を維持するために、その業界の特徴と競争需要を結合し、その業界内の競争現象をまとめた上で、自主規制規約等の形式で業界内の就業規範を制定することにより、業界内の企業行為を制限するか、又はそれに行動指針を提供する場合がある。これらの業界規範は、常に業界内の公認の商業道徳と行為標準を反映し体現し、人民法院が業界の常習行為標準と公認の商業道徳を見出して認定する重要な根源の1つとすることができる。当然のことながら、このような業界規範文書も同様に法律の原則と規則に違反してはならず、公正で客観的であればならない。《インターネット端末ソフトウェアサービス業界の自主規制規約》は、インターネット協会の一部の会員が草案を提出し、本事件の当事者を含むインターネット企業により広く署名されたものであり、この事実は、ある程度当該自主規制規約が確かに正当性を有し、業界で公認されていることを示しており、その関連内容もインターネット業界の市場競争の実際と正当な競争需要を反映している。人民法院が、その関連内容の合法性、公正性及び客観性を判断した上で、それをインターネット業界の習慣的な行為基準と公認の商業道徳を認定する参考根拠とすることは、不当ではない」。

ここで強調する必要があるのは、「特定の商業分野」という限定である。異なる分野には異なる行為規範があり、1つの分野において普遍的に遵守され認定されているが、別の分野においても同様であることを意味するわけではない。例えば、「微博ROBOTSプロトコルブラックリスト」事件⁵⁴では、法院は、『検索技術とネットワーク応用の発展に伴い、ネットワークロボットの適用シーンが広がり、汎用検索エンジンの分野から、非検索エンジンの他の様々なシーンに広がっている。検索エンジンは、被検索サイトにトラフィックと利益をもたらすのに対し、非検索エンジンのネットワークロボットは、被検索サイトにトラフィックをもたらすのではなく、逆に被検索サイトのトラフィックを奪う可能性がある。非検索エンジンシーンアプリケーションのネットワークロボットは、検索エンジンのように公衆の利益と、インターネットの相互接続、相互通信、共有、開放の精神に影響を与えるものではないため、これらのネットワークロボットをrobotsプロトコルを介して制限する場合に、検索エンジンを制限する規則を当然借用することは適切ではない。つまり、《インターネット検索エンジンサービスの自主規制規約》は、検索エンジンサービス業界の商業道徳としてのみ適用することができ、インターネット業界に一般的な商業道徳として適用することができない。本事件の証拠によると、微夢創科会社が制限している「Toutiaospider」のネットワークロボットの応用シーンは、検索エンジンサービスではなく、「微头条」等の非検索エンジンの応用シーンである。そのため、一審判決では、「インターネット検索エンジンサービスの自主規制規約」を本事件における商業道徳の参考にするのは不適切である』と指摘している。

⁵³ 最高人民法院（2013）民三終字第5号民事判決書。

⁵⁴ 北京市高級人民法院（2021）京民終281号民事判決書。

反不正競争法の司法解釈における第3条第2項に規定されている「事業者の主観的な状態、取引相手の選択意向、また消費者権益、市場競争の秩序及び公共の利益に対する影響等」の要素については、以前の事例でも支持されている。前述の「扣扣保鏢」事件は、典型的であり、最高人民法院は、当該事件に対して、「日常経験によると、消費者の需要は、多種多様であり、……ある1人又は一部の消費者の感覚及び選択のみにより、特に上诉人自身の基準によりQQソフトウェア商業モデルが侵害性を有するか否かを認定することはできない。消費者は、その関連消費体験の最適な判断者であり、全面的に正確な情報を与えた後、関連消費者は、自分で、あるインターネット製品を選択するか否かを判断し、消費者が事業者の提供するある製品又はサービス方式を受け入れることができるか否かも、主に市場需要と競争状況によって調整される……上诉人の前述の行為は、計画的で段階的な手段であり、……その根本的な目的は、QQソフトウェアの強力なユーザ群に依存して、QQソフトウェア及びそのサービスを毀損する方式によって360安全衛士を売り込み、普及させ、これにより上诉人の市場取引機会を増加させ、市場の競争優位を獲得することであり、この行為は、本質的に他人の市場成果を不正に利用し、自分の競争優位を獲得するために商業機会を得ようとする行為であり、……インターネット精神が推進する自由競争と革新に属するか否かは、依然として平等で公平な競争秩序の構築に有利であるか否か、消費者の一般利益と公共の利益に合致するか否かを基準として判断する必要がある、ある技術上の進歩のみによって自由競争と革新に属するという考えは適切でない。そうでなければ、誰でも技術進歩を口実に、他人の技術製品又はサービスに対する任意の干渉を行うことができ、技術進歩と革新の名を借りた「ジャングルの法則（弱肉強食）」を実践することにつながる」と指摘している。（未完）



www.chinantd.com

Patent: hujianxin@chinantd.com;

sunjian@chinantd.com

Trademark & Law: qongqiujian@chinantd.com

上級顧問：鐘鳴

編集：劉方円、王智慧

總責任者：沈春湘、李雅瓊

BEIJING • SHANGHAI • SHENZHEN • HONG KONG • TOKYO • MUNICH