

## 第 60 回「上海 IPG」会合

日時：2012 年 9 月 20 日（木）14：00～17：45  
場所：上海龍之夢大酒店 4 階 Ball Room A

## 「上海 IPG ピックアップ講座」

○ジェットロ上海事務所 秋葉氏（司会）

それではお時間となりました。ジェットロ上海事務所知的財産権部の秋葉でございます。本日はお忙しい中、またこういう情勢の中、たくさんの皆様にお集まり頂きましてありがとうございます。

冒頭、事務的な連絡をさせていただきますが、本日予定されておりました「10周年記念式典」ですが、従前みなさまにご連絡した通り、昨今の状況を鑑みまして、記念式典は中止ということになりました。

実際の会合は本日の2時から上海 IPG のピックアップ講座、全体会合、17時45分までの会合とさせていただきます。後半の建議等は3時から全体会合のほうでも多少詳細をご説明したいと思います。

それでは冒頭、上海 IPG ピックアップ講座を始めたいと思います。上海 IPG ピックアップ講座ですけれども、こちらの目的を改めて申し上げますと、IPG メンバーに初めて参加される方、初心者の方を対象に分かりやすく模倣品対策等ご説明するような目的で、全体会合の前に設けさせて頂いております。参加の方は任意ということで、3時から全体会合、正式な会合のスタートという形になっております。

本日は「商標表示の巧妙化と地方工商局の反応」と題しまして、今月昆明市で開催されました2012年中国商標年会の報告を、ピックアップ講座テーマを設定させて頂きました。

今回の目的といいますか、なぜこういうテーマを設定させて頂いたかというところでは、通常、全体会合の報告事項では「こういったイベントありました」という簡単な報告で終わるんですが、特に今回、地方工商局、商標権侵害の判断というところでは、実際の司法の担当者と直接のやり取りですとか、当局の判断というものを頂いたんです。その中身、実際どういう説明をして、当局はどういう反応があったのかというところは、皆様の方に参考になると思ひまして、今回のピックアップ講座で提案させて頂きました。

それでは本日このテーマ「商標表示の巧妙化と地方工商局の反応」と題しまして、お二人のスピーカー、重機中国の宇田川様、また理光中国の丸山様からご発表頂きます。ではご両名よろしくお願ひします。

### 「講演①」

「テーマ」商標表示の巧妙化と地方工商局の反応～2012年中国商標年会報告～

「講師」重機（中国）投資有限公司 研究開発中心 知識産権 項目組長 宇田川雄司氏 他

ご紹介にあずかりました重機の宇田川です。これから皆様に紹介する資料は、商標年会を始めとして今後行われる中国行政機関との交流において用いるものです。先ほどご紹介にありました商標年会に関するものとしては、今日の配布資料の資料7として皆様のお手元にあります中に、説明がされております。

中国側からは中華商標協会所長の張様を始めとする15名前後の方と、それから日

本側は裏のページにありますけれども、特許庁を始めとする代表の方々、それから IPG のメンバー等で集まりまして意見交換会を実施しました。

テーマとしては、模倣手段の巧妙化のうち、商標表示の巧妙化について具体的な案件をもとに、摘発現場でどのようなものを押収できるかを中心に意見交換をしました。

本資料の作成におきましては、北京、上海、広州の各 IPG メンバー、及び事務局の方々のご協力を頂き、また IP FORWARD の分部先生から法律面などのアドバイスを頂き、理光の丸山様、シャープの宮腰様、そして私宇田川が作成しました。ご協力を頂いた方々にはこの場をお借りしてお礼を申し上げます。

さて本日は、まず商標年会の意見交換会において実際に使用した資料を実際に皆様にご紹介し、その後に当日の意見交換の内容、それから最後に今回の意見交換会の反省を踏まえ、今後の行政機関との交流で使用する際の資料をどういうふうに修正するかを紹介いたします。

最近増えてきています商標表示の巧妙化についてご紹介させていただきます。各項目ごとに皆様のご意見・アドバイスを頂きながら発表させていただきます。この資料は中国の行政機関側に向けた資料です。

まず本テーマを取り上げた背景について説明させていただきます。私共 IPG の事務機消耗品ワーキング・グループ（以下「WG」という）では、2008 年より中国で行われている事務機消耗品の大型展示会の商標権侵害状況を毎年調査しています。これは各年の展示会の写真です。展示方法の推移、商標表示の巧妙化の推移が見て取れます。例えば右上の 2008 年の展示会では商品自体に侵害商標がつけられており、商標権侵害品が堂々と展示されておりました。右上の 2009 年、左下の 2010 年展示会では、商品にではなく商品に添付された説明プレートにのみ侵害商標が表示されていました。右下の 2011 年の展示会では、商品にも別添えの説明プレートにも商標表示はありませんでした。

こちらは先ほどの展示会での商標権侵害状況を調査した結果をグラフにまとめたものです。このグラフからも分かるように侵害商品がある商品を出展した会社数はここ 3 年で年々減少しています。一方、商標がない商品を出展した会社数は年々増えております。ご参考までに、これらの商標がない商品を出展している会社に、個別に別途にヒアリングしたところ、口頭で模倣品を扱うと回答するケースも増えております。

また、展示会以外の中国国内の市場でも、商標表示の巧妙化の事例が確認されております。これは浙江省の卸売市場で発見した、本体に商標表示のない液晶テレビです。複数の店舗で多数表示されておりました。また広州の市場でも、商標表示のない液晶テレビが多数販売されているのを確認しております。これらの商標表示のない液晶テレビを販売する店舗の店主と話しをしたところ、店頭では商標がある状況では販売をしないということでした。ですがこれらのテレビの商標プレートは、客の要望に応じて別の業者から別途提供できるとのことで、これらの商標のない液晶テレビが商標侵害品になる可能性は非常に高いと考えております。

以上のように展示会や市場において、商標がない商品を展示する巧妙化が発見できるようになりました。このため、私たち権利者はこの商標がない商品が発見した場合に、貴部門がどのように対処するかについて事例に基づき意見交換をさせて頂きたいと思っております。

それでは商標表示の巧妙化手段の実例をご紹介していきたいと思っております。まずは商品を構成する部品の一部にだけ商標がある事例です。組み付け前の部品の状態や梱包前の模倣品と梱包箱の状態で模倣品が発見される場合があります。このような場合に、

模倣品を構成する部品や梱包箱の全てに商品が付されているわけではありませんが、最終的に模倣品は梱包箱に梱包された状態で販売されるため、模倣品を構成する部品、梱包箱の全てが押収されることを私達は望んでいます。これから紹介する事例について、何が押収可能かについてご意見を伺いたいと思います。

事例1はプリンターの交換用トナーカートリッジの模倣品に関する事例です。写真はトナーカートリッジの模倣品を製造する工場にて撮影されたもので、左側は商標がないカートリッジ、右側はトナーカートリッジの商標がある梱包箱です。両部品は同一の工場内で、箱にカートリッジが梱包される前の状態で発見されました。梱包箱にカートリッジを梱包した状態で販売されていますが、この事例において商標のないトナーカートリッジの押収は可能でしょうか？

事例2もプリンターの交換用トナーカートリッジの模倣品に関する事例です。左の写真はカートリッジを構成する二つの部品である上蓋と下蓋です。上蓋と下蓋を組み合わせることで、トナーを収納するようになります。右の写真は樹脂性の上蓋と下蓋を製造するための金型で、上蓋と下蓋は別々の金型に形成されます。上蓋には商標がありますが、下蓋には商標がありません。この事例において、商標がある上蓋と、上蓋用の金型は当然に押収されると考えられますが、商標のない下蓋と下蓋を成型するための金型を押収することは可能でしょうか？

次に出荷の直前に商標がつけられる模倣品の事例を紹介します。これはベアリングの模倣品に関する事例です。従来はベアリングの素材を鍛造する際に、素材に商標も成型されていたため、組立前の素材や素材の型を押収することが可能であり模倣業者に打撃を与える事が可能でした。しかしベアリングの形状はISOで規定されており、どのメーカーのベアリングも同じ形状であるため、最近では素材には商標を成型せず、ベアリングを組み立てた後に出荷直前に客の要望に応じた商標をレーザー刻印機で刻印し、出荷される事例が確認されています。模倣品業者は商標のない状態のベアリングを在庫としており、客から注文が入った時点で客の要求する商標をレーザー刻印機を用いて刻印します。刻印する商標はパソコンで設定可能なため、1台の刻印機で様々な商標が刻印できます。

この事例において商標がない状態のベアリングやレーザー刻印機は押収可能ですか？また押収されたベアリングが全て商標侵害品の場合に、レーザー刻印機は専ら模倣品の製造に使用されると解釈されますか？押収されたベアリングの真贋の割合によって、レーザー刻印機が専ら模倣品の製造に使用されるかどうかの判断が変わりますか？

最後の「押収されたベアリングの真贋の割合」という、この質問は模倣業者が商標入りのベアリングと、それから商標がないベアリング、もしくは自分の商標をつけたベアリングの双方を製造販売している可能性もあります。模倣品が発見された場合、侵害品と判断されない自分の商標があった場合、この製造装置は専ら模倣品を製造するものと解釈されるかというところが質問のポイントです。

続きまして、出荷した後に商品の包装箱に商標が付けられる事例を紹介します。これは同じ工場内の敷地で発見された商標表示のない包装箱と、その包装箱に貼られる可能性が高いと思われる商標シールの写真です。このシールを包装箱に貼り付けますと、右下の真性品の包装箱とそっくりになります。この場合、侵害商標シールだけではなく商標のない包装箱も同時に押収できますか？

あとは、どのような状況に応じてどこまでのものが押収可能かについて、細かい条件を設定して質問しました。まず始めに、これは広州市の白雲区のある工場内の写真

です。商標のないテレビ、商標のないテレビの包装箱、包装箱に貼り付けるための商標シールが同じ場所で発見されました。また商標がないテレビは包装箱にぴったり包装することが出来ます。この場合、商標がないテレビを押収することは可能でしょうか？

次のパターンとしまして、同じ工場内で、更に商標のないテレビにつけるための商標プレートがありました。この場合、商標がないテレビを押収することは可能でしょうか？

続きまして、商標がないテレビと侵害商標プレートを別々に外国に送付して、その外国でテレビに侵害商標プレートをつける事例をご紹介します。これは2009年3月にリビアの当局により摘発されて押収されたシャープの液晶テレビの模倣品の写真です。それまで中国国内には液晶テレビの模倣品の摘発事例はありませんでしたが、リビアの市場でシャープ商標の付された大型液晶テレビの模倣品が発見されました。しかもこのテレビの包装箱本体には「made in china」の表示があったところから、中国で生産・販売された可能性が高く中国市場を調査しました。

すると、このリビアで摘発された液晶テレビはスライドの4枚目、5枚目で紹介しました浙江省の市場で販売されていた商標のない液晶テレビと同じデザインであることが分かりました。このことから、本体は商標表示のない状態で中国で生産・販売され、中国税関から輸出された後、商標プレートの取り付け業者から別途輸送などにより提供され、リビアで模倣品として完成した後に市場に流通した可能性が極めて高いと考えております。

このように国際分業も行われ、中国で生産・販売された商標がない液晶テレビ、輸出先で侵害商標プレートが付けられることが明らかな状況において、中国国内でこの商標がない液晶テレビを押収することは可能でしょうか？

続きまして、一見すると商標がないように偽造する事例をご紹介します。この液晶テレビには一見したところにはテレビの前面に商標表示がありません。ところがテレビの電源を入れますと、オープン画面に侵害商標、この場合で言いますとシャープの商標が表示されます。この場合テレビは押収できるでしょうか？

我々はこのオープン画面に侵害商標を表示する行為は、テレビの前面に侵害商標プレートをつける行為より消費者への印象が強まって、より悪質だと考えます。これについて貴部門のお考えをご教授願います。またこれはお願いですが、このテレビが商標権侵害になるのであれば、今後テレビの前面に侵害商標がない場合もテレビの電源を入れて確認することをお願いします。

近年ではオープン画面に表示される侵害商標の表示は、客の要望により販売店や生産工場などで自由に変更できるようになっております。写真1のような器具と2のようなソフトがあれば、3にあります写真のようにテレビのオープニング画面に表示される侵害商標を中国、日本、韓国などのあらゆる家電メーカーの侵害商品に変更することができます。これは同じテレビに複数の異なる侵害商標の表示を切り替えられるので、したがって電源を入れても何も侵害商標が表示されない場合でも、後から侵害商標を表示させることが可能と思われず。

ここでまたお願いですが、今後テレビの電源を入れてもオープン画面に何も表示されない場合には、工場や販売店店員に商標の表示の方法や変更の方法を質問するようにして頂きたいと思っております。また最近ではテレビのオープン画面の侵害商標の表示を自由に変更する方法が更に簡単になっている事例が発見されております。この事例では特別な器具は不要であり、テレビに付属しているリモコンを使って特別な順番でボ

タンを操作しますと、テレビのオープン画面の侵害商標の表示を自由に変更することができます。ここでも先ほどと同様に、テレビの電源を入れてもオープン画面に何も表示されない場合には、販売店の店員に商標名を切り替える方法を質問して頂けるよう、再度お願いいたします。

次に模倣品に他社の侵害ではなく自社の商標を付けて偽装する事例をご紹介します。これはブラウン管テレビの事例ですが、製品の外側には CATA という商標プレートが付いています。ところが電源を入れますと右の画面のようにシャープの商標が表示されます。ここで質問です。このような事例でこのテレビを押収できますか？またテレビ画面の自社商標プレートと、オープン画面の侵害商標のどちらが目立つかで判断は変わりますか？テレビの画面の自社商標プレートの商標が製造者の登録商標の場合、判断は変わりますか？

次は侵害商標がない商品ですが、商標デザインや広告などを通じて消費者に誤認させる事例について、ご紹介いたします。これらの携帯電話は商品デザインが酷似しております。真性品は東芝のブランド名が表示されていますが、製造は富士通が行っています。模倣品は TOOKY のブランド名が表示されていますが、商品デザインが酷似しているので消費者は誤認混同しやすい状況です。

更にインターネットを利用した方式で、第三者が不適切な宣伝を通じ、TOOKY は TOOKY のブランド名表示の携帯電話を富士通が製造していると紹介している事例です。具体的には、富士通 TOOKY T198 の写真の下に表示されています。この携帯電話を生産、販売する行為は反不正競争法の違反になるかご意見をお聞かせください。

ここまでで資料の説明を終わります。先ほど申しました通り、実際の意見交換では事例ごとに意見交換を行いました。先日の商標年会の席では意見交換会の進行の都合上、紹介しきれなかった事例もあったことを付け加えさせていただきます。

この説明を元に、実際に行われた意見交換の内容、それから反省を基にどのように修正するかの説明を、丸山様からお願いいたします。

#### ○理光 丸山氏

それでは丸山の方からご報告をさせていただきます。先ほどご紹介頂きましたように、今まで宇田川様からご説明頂きましたプレゼン内容に基づいて意見交換をいたしました。字がやたら多いのをご容赦ください。意見交換ということで発言中心になりましたので字が多いこと、また先ほどの質問内容の方は事前のプレゼンの方で説明いたしましたので、こちらの方は途中参照して頂きながらという形態になりますので、お手数かけますがよろしく申し上げます。

まず 34 ページ目になりますが、これはチャートでいうと 10 ページ目にありました商標が付されていないプリンター用トナーカートリッジとトナーが付された包装箱があった場合に、商標が付されていない方のトナーカートリッジというのは押収されるのか、ということについてご質問しました。それについての当局の解答が下の方になります。多少建前的なところになってると思いますが、登録商標が付いてないものというものは、権利侵害の巧妙化の一例とはなるけども、具体的な内容におきましては「商標が付されていないものは、それ以外の包装を問わなければ摘発できない」という前置きの方の説明を頂きました。

商標ロゴの印刷、単純には先ほどの包装箱は商品とは言いがたいところがありますので、それを意識しての発言とは思いますが、商標ロゴの印刷は権利侵害だけではな

く刑事罰になることもあると、これは厳格な規定がありますということでそこら辺は端折らせて頂きますが、権利侵害品しか押収できないというのが赤字のところになります。標識が無くニュートラルなもの、ただの商標の付いてない商品は摘発の法的根拠はありませんということでした。

なのでまず原則的には、先ほどの商標が付されていないプリンター用トナーカートリッジは押収されないというのが、まず大原則ということです。ただしというところで赤の後ろになります、商標の付されている印刷物の包装の商標が他の権利者であれば、取締り、後にされる権利侵害の発生を止めることができるということで、この議論についてはどちらかという次のチャートの方でもう少し議論はされました。なので次の議論の方でご説明させていただきます。

質問としまして、先ほどの質疑のところに関連性のお話が出ました。商標の付されたものと商標が付されていないものの関連性があった場合に、商標が付されていないものも一緒に押収される、つまり侵害品となるということなので、関連性というのは何なのかということで、それは具体的には商品と包装箱が置かれた場所が遠いか近いか、そういうことが判断に影響するのかということをお話させていただきました。それについての解答ということで、同じ建物の中の別の部屋にあった場合、同じ部屋の別の場所にある場合、更に別の建物にある場合、どのような場合でも何らかのエビデンスが必要ということで、この回答の意図としましては距離とかそういう問題ではなくて関連性に関わる証拠がいるというお話だそうです。一部で商標を包装に印刷し、一部で商品を製造している場合、包装が当該商品のためのものであることが裏付けられて、そして商品に付けられてなかっただけ、もしくは過去に同様の処罰を受けた事があったりする場合、つまり前科と言いましょか、前にも同じ様な侵害行為をしていたということをお話して、エビデンスと考えて実際の運用の中で包装における商標権侵害だけでなく商品の摘発をすることが出来るということです。ここ以降、権利者の処罰を望んでいるということで、「当局も頑張っています」ということを仰ってました。

なので一番最後の赤字の所になります、包装と商品が結合という表現もありましたが、裏づけられれば侵害品になりますということで、このエビデンスを用意する、または結合を証明するというのが権利者側に負担になるということになりました。

次のジャンルになりますけれども、今度はチャートで言うと 11 になります。トナーカートリッジというのが、本当は上蓋というのと下蓋というので上下くっつけてトナーカートリッジというものが出来るんですが、その上蓋と下蓋の、上蓋にはちゃんと商標が付いて下蓋には商標がないと、それがまだ組立られていなくてバラバラになっていた場合に上蓋・下蓋、下蓋には商標が付いてない方ですけども、それをプラスチックなどで成型するための金型というものも押収できないのかという質問をさせていただきます。これについては我々も多少狙ったところがありますけれども、当局の出席者で意見が割れました。この場合、名前としては A 氏と B 氏ということにさせていただきますが、当局の A 氏の方ではさっきの質問に回答をし、商標があるものは押収できる、そうでないものは押収できるかどうかというのが、先ほどのエビデンス次第ということで、今回の状況からすると、商標のない下蓋の押収は一般的に難しいというのが A 氏の見解でした。

ところが我々も嬉しいことに、B 氏から補足という表現だったのですが、どちらかと言うと判断意見となっております、赤字のところにありますように、商標のある上蓋と商標のない下蓋の両者は二つを合わせて一つのものになることから一般的な時勢においては一体と見なすという、二つ合わせて一つの商品だよということで一体

だということです。一体であること自体が先ほど既にエビデンス状態になっているという理解と我々も理解しております。

なので合理性に基づいた現場の取締り官が判断されるということにはなるけれども、専らトナーカートリッジを作るもの、トナーカートリッジの上と下の蓋、両方くっついて一つのものになりますので、トナーカートリッジを作るものは押収するというので、合理性とは別の表現が出てきてしまいましたけれども、「一つの商品なので、片方に（商標が）ついてるのみなので、片方のみ（押収する）というのはありません」ということでした。

この意見もあったということで、元々のA氏の方からはこういう解釈、多少教科書的にと言いましょうか、建前に発言されておりましたが、現場ではこういう踏み込んだこともやっていますよという最後のしめの言葉がありました。

なのでここで元々のチャートには全くなかった質問にはなるんですが、取締り官の判断に決められるということになりますと、バラつきが大きくなってしまいますのでそのためのマニュアルというものはあるのかという質問が、この時ありました。これについてはどうしても当局は現場で色々な運用、それから裁量権を大幅に持っておりますので、抽象的と言いましょうか一般的な質問には回答できませんという大前提を頂きました。その上で先ほど我々のプレゼンテーションで色々な事例を紹介しましたように、そのような事例の一個一個、および当事者双方の話を聞いた上で取締り役官が合理的に判断するというご回答を頂きました。

そのようなことなので、余りに場合分けが沢山あるのでここではマニュアルというものはなかなか簡単には作成できませんというのが回答でした。今現在は法の規定に基づいて合理的に判断するしかないという様な状況ということでした。ただ最後にといいことで、これからどんどん法治国家として進んでいく中国においてはということ、長期的な観点ということからいつかはマニュアルを作っていきたいということで、今は（マニュアルは）無いので法の規定に基づき合理的に取締り役官が現場で判断するが、長期的な視点でいつかはマニュアルを作っていきたいというお話でした。

次のチャートになりますけれども、23 ページの方にありました「テレビのオープン画面」という表現をしました案件です。電源を入れますと最初に画面に表示される会社のロゴの話です。今までは、テレビの前面のところに物理的と言いましょうか、大体下の方に商標表示がされていましたが、電源を入れることによって侵害商標が表示されるテレビを押収可能かという先ほどのご質問になります。

これは、実を言うと我々は（意見が）割れないと思ってたんですが、当局の意見は割れてしまいました。この場合はA、B、C氏と三名の方の発言があります。まずはA氏のご発言ですけれども、これは明らかに商標権侵害ですということでした。これはむしろ私達の想いと一緒です。

ところがB氏からは見解が異なるということでした。その理由ということで赤字の部分になります。オープン画面の表示というのは内部のパーツソフトによってなされるものであって、このような表示が出たからと言って、先ほど事例ではシャープとなっておりましたが、シャープの商品とは限らないということです。場合によってはシャープの技術が使われているという意味の表示かもしれないので、商標と技術は全く異なるのではないかということでした。もうちょっとご説明しますと、パソコンのほうに近いのかもしれませんが、パーソナルコンピュータにおいて、例えばシャープ製のパソコンではあるが、電源を入れるとウィンドウズとかマイクロソフトという風に表示が出てきます。この場合には、マイクロソフトのソフトウェアが入って



いるという意味のオープン画面の表示であって、パソコンのハードを作ったのはシャープであるということです。、このように、先のテレビのオープン画面では、シャープの商標権を侵害しようとしているわけではないということもあり得るという解説で、だから商標権侵害でないというお話の理由付けだそうです。

C氏という方は、地方の商標局の案件指導処という部署の方です。最近このような問い合わせが、ちょうどオープン画面についての侵害商標の、侵害なのかという問い合わせが来ていましたという事でした。ただ相談が来ているのは、テレビよりもまた一層身近な携帯電話の方ですと。携帯電話の電源を入れた時にオープン画面のところでは会社の表示がされますよと、それが侵害かどうかということを今検討していますということでした。指導処なので、ここが出した意見が公式見解ということになるのですが、今まだ内部で二つの意見が出て統一見解が出てないということでした。先ほどのA氏の意見と同じ者もいるが、むしろB氏の意見が多いということ、つまり侵害じゃないという意見の方が多いいということでした。ただそれもまだ多い少ないということで、商品に商標を付すのではなくて画面に表示をするというのは商標の使用とは若干違うというところをがまだ理由付けができてないというお話ですが、ただし最終の結論は出ていないという状況でした。

これを受けてまたB氏の方からもう一度お話していただきましたのは、消費者が出所について誤認して混同すると、簡単に言うと商標法は商標の混同を条件にしているということで、本当に商標権侵害が成立しているのかというのかを法律に基づいてよく考えましようということになりました。

また事例としましては、先ほどありました28ページのところに、テレビの前には「CATA」という商標が付いていますと。それでこの商標がやはり先ほどの意見交換の流れからしますと物理的に表示されている商標の方が重要視されてオープン画面ではシャープというふうに出るのですが、このオープン画面のシャープの商標表示というのは先ほどですと、意見が割れているくらいなので、考慮されずに、つまり「CATA」商標というのが商標権侵害でなければ何の問題も無いということになってしまうのかという質問をしました。

これに対する回答としまして、今度D氏とE氏という方が登場しますけれども、本体商品に侵害商標が付されていない場合には、権利侵害に該当せず押収することができないということで、今の質疑の流れで「CATA」の商標が商標権侵害をするかどうかということにおいて重要視されるのであって、意見が割れているようなオープン画面のところでは「シャープ」と商標表示されても、それは関係ないという事になってしまうと。

それからE氏の方からは少し補足ということで、これも権利侵害に該当するかということにつきましては、包装や取扱説明書において侵害商標、今回の場合ですと「シャープ」という方がそちらに出ていれば、そちらの方にも例えばシャープとは書いてない、また「CATA」というのを書いてあった場合には取り締まることは出来ないということで、我々の思った方向とは違う回答になったなというのが、今回の回答でした。

それから最後に例としてありました、携帯電話の例になります。携帯電話の方で、我々としては工商局の守備範囲と言いましょうか、商標法だけではなく反不正競争法も守備範囲になっておりますので、これでちゃんと反不正競争法でやってくれるのですよね、ということを確認という意味で質問いたしました。そうしましたところ、我々としては納得できない回答も少し混じっておりますが、二つに分けられるという

ことで刑事上の模倣であれば意匠権侵害による処罰をし、不正な宣伝をした場合には反不正競争法により処罰するということだったのですが、意匠権の方必ず取れているかという問題もありますので、刑事上の方も含めてどちらかで反不正競争法を目的にしてくれれば良いと思って質問したのですが、意匠権を取ることを前提にしたような回答を頂いてしまったので、ちょっと期待はずれだということがあります。

これらの質疑の結果、我々としてはこれで終わってしまったのですが、今後に向けてというところで当局の意見が割れたということ、それから我々としては割れたのはしょうがないとして、どこまでが該当する、しないという線引きを確認したいなということもありましたので、まず意見が割れたところはどうかということを確認しました。先ほどお話にも出て来ましたように、商標の付いたものと商標の付いてないものも関連性というところではどの程度あれば良いのかということを確認したいなということ、今後思っております。

もう一つの、オープン画面の商標表示について誤認・混同というお話がありましたが、本当にそうなのかというところで我々としての意見をまとめて、また当局と意見交換をしていきたいなということ、我々の中で議論いたしました。その結果をご説明いたします。やはり法律に基づいて色んな活動しておりますので、法的根拠の方を確認いたしました。最初の商標の付いたものと付いてないものの関連性の法的根拠、質疑応答でも言葉ですと関連性とか合理性とか色々出て来ましたが、この関連する法律は何だろうということでは、まず真ん中下にありますけれども、商標法第53条のところに、52条というのがその前提にあります、「登録商標専用権を侵害する行為の一つがある場合～」と続いた後で、赤字のところ「工商行政管理部门が権利侵害と認めた場合、即時に侵害行為の停止を命じ権利侵害品および権利侵害商品の製造のために使用する器具を没収する」ということで、侵害品だけではなくて侵害商品の製造のために使用する器具も没収・押収されますよということ、器具というのがどこまでかと、製造のために使用する器具ということ、先ほど出てきた事例ではトナーカートリッジを作る時の金型というものがこれに明らかに該当するだろうと考えています。

もう一つの見方としまして、先ほどのトナーカートリッジの上蓋と下蓋の両方がくっつくと完成して一つのトナーカートリッジになるということですが、これよく半製品とか半完成品というふうに言っています。つまり、二つまたは三つ以上のものがくっついてやっと完成品になるということ、その前の段階の部品は半製品、または原材料と見なして押収することもあるんじゃないかということです。これについては全国的なものはないのですが、適用法令の例ということであちこちに似たような条例がありますよということ、深セン経済特区の場合には以下この通りということ、この赤字のところだけ申し上げます、「模倣・偽造・粗悪商品および製造加工に用いる道具、設備と原材料、半製品、違法所得を没収」ということで、半製品も含めて没収されるということにはなると考えています。

また別の視点になりますけれども、刑事立件が出来るような大規模な案件という条件付きがされていますが、商標レベルでは付されて商標侵害構成後になることが確実に、これを立証するための十分な証拠が存在する場合にも商標権侵害構成と認定して押収するという、この適用条例はよくこの判決で出てくるのですが、2011年に出た若干意見というものになります。これで全部は申し上げられませんが、やはり商標が後で付加されるものも、キーワードとしては下から二行目になりますけれども、確実に十分な証拠により証明されればということ、その金額を不法経営額に計上す

るというのは侵害商品に見なすという意味になりますので、確実に十分な証拠というものもあれば商標が付されていないものであっても対象になるとここでは最高法院からの意見として出ています。

またもう一つの問題に出ましたオープン画面の方になります。この誤認・混同の問題ということで、発生するかというところでは多分当局の方が勘違いしているのじゃないかなというふうに我々は理解しています。なぜかというところでは、商標法の商標権侵害の第1条と第52条第1項のところにもいて、誤認・混同を要件としていませんよということで、第1条と第52条に書きましたが、どちらかと言うと第1条の方が良い話ですが、「生産者および経営者に商品の役務と品質を保証して、商標の信用を維持、保護する」ということで、消費者が云々というよりは我々がブランドに価値を持たせているんだということは法律上書いてありますので、そのところで誤認・混同は条件になってないということがあります。52条も条件にはなってないということで、では何がというところでは次のチャートになりますが、反不正当竞争法5条の方、または商標法実施条例50条、たぶん反不正当竞争5条の適用と勘違いされたのかなというふうに思っています。

確かに商標実施条例50条の方には、「公衆に誤認を生じさせる場合」というふうにあります。これまた商標52条の5項の先ほどあげましたその他という話で、また別立てになっておりますのでこれは全て侵害行為に該当するという訳ではございません。

また反不正当竞争法5条の方ですと、どっちかというところは商標権を持ってないということが前提になっていて、その代わり周知商標だったりした場合に他人の周知商品と混同させる誤認、というお話が出てきますのでこれと勘違いしてお話されてないのかなということで、もう一度この議論をしたいなというふうに思っております。

今後の予定ということで、まず半完成品の及ぶ範囲のヒアリングということで、先ほど合理性とか色んな表現がありましたけれども、今回の意見交換において当局よりは通常の商標権侵害構成要素として商標が付されていないものを押収する、または商標が付されていないものを商標権構成要素の原材料と見なして押収するために一体と見なすとか、商標権に基づいて取締官が判断という回答がありました。これがどうした場合に一体と見なす、という判断や合理性に基づいた取締官の判断がされるかということの場合分けして聞いていきたいなというふうに思っています。この場合の大前提として、当局の方から意見を上手く引き出そうと思っています。この青字で囲んだところです。

例は我々みたいなトナーのカートリッジというような話をすると、なかなか議論が上手く進まないと思いましたので、食品を例にしました。食品の場合は食品にいちいち商標は付いていませんよねと、ただし食品の入っている包装箱のところに食品の商標が付されていて、包装箱のところに食品の写真等がのっけたりして一体性というものを見せていますよねということで、食品自体には商標が付いているということは少ないということをやまず納得して頂いて、それは工業製品だって似たようなものがよくありますよということで、商品に商標が付いていないものだって包装箱との一体性さえあれば良いんじゃないかということをやまず大前提で理解して頂いて、「はい」という答えを頂いた後で、次の様なヒアリング一覧表について答えて頂くという作戦を考えております。

この辺ちょっとパターンとして色々作っていますが、網羅させてテレビの外観表示ありということで、関連性がある場合とない場合、商標がある場合とない場合、箱な

のかマニュアルなのかという色んなパターン分けで結論として侵害します、侵害しませんという回答を頂こうと思っています。

また二番目のヒアリングについては、多分先ほどの最高法院の方にいけるだろうというふうに思っています。また三番目のオープン画面の方は先ほどありました勘違いじゃないかなということを含めてまた当局の方々なりの別の見識があるかっていうことをまた明らかにしていこうと思っております。これが今後の予定であります。

以上報告させて頂きました。ありがとうございました。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

丸山様、宇田川様、どうもありがとうございました。当日の議論を御二人に再現させて頂きました。私も実は参加していましたが、権利者の前で当局も担当者同士が議論する率直な意見交換会だったというふうに思います。

時間の関係で次のセクションもありますので、質疑応答はなしとしますが、もし何かご質問があればコーヒーブレイクの時にもご両名の方にご質問頂ければと思います。また今後、事例等も皆様にご協力頂くかもしれませんけれども、その際はどうぞよろしくお願いいたします。

それでは最初のセクション、ピックアップ講座はこれにて終了したいと思います。次は3時5分から IPG 全体会合とさせて頂きます。どうもありがとうございました。

## 「上海 IPG 全体会合」

### 第1部 各種連絡事項

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

それでは間もなく全体会合を開始させて頂きます。皆様着席の程よろしくお願いいたします。

それでは改めまして第 60 回上海 IPG 会合をこれより開始したいと思います。改めましてジェトロ上海知的財産部の秋葉でございます。本日は皆様お忙しい中、また大変な中、このような多数の皆様にご参加頂きましてまことにありがとうございます。

ピックアップ講座の前にもご説明、ご連絡いたしましたけれども、本日当初予定されておりました 10 周年記念の式典、こちらは中止ということにさせて頂いております。ですのでこちらの第 2 部の講演会が終わった 5 時 45 分が終了時間というふうにさせて頂きます。

こちらの判断と言いますか、若干ご説明させて頂きますと、皆様から今週月曜日くらいに「本当に今週の IPG やるですか」というようなお問い合わせを多数頂きました。その中で幹事会メンバー、事務局等でも色々協議いたしましたところ、反日デモの関係は 18 日が山場だろうと、会場も領事館付近から離れた場所にあると、本日も特にデモの予定はないだろう。ただ、夜の交流会というところでは駐在員の方々も夜間の外出ですとか、社用車で出退されてる方も見ますし、その辺の安全を考慮して中止ということにしました。また 10 周年記念の式典自体、大きな目的は中国側の、特に上

海市政府の方々をお呼びして IPG 活動を評するというような目的もありました。ただこういう状況の中ご来賓頂くということはかなわない状況でしたので、そういうところも鑑みまして最終的には夜の 10 周年記念式典は中止と判断にさせて頂いております。次回以降どうするのかというようなところもあるとは思いますが、その辺は状況を鑑み検討しながら幹事会メンバーでも議論してどうするのか決めていきたいというふうに思います。ですので、本日の講演会までと。通常であれば立食と交流会もあるんですけども、そちらも今回はなしという形にさせて頂いております。

また追加しまして、各種ワーキング活動もこの IPG 全体会合の前後で行うのですが、中止になったワーキングもございました。例えば特許ワーキングですとか、自動車・自動車部品ワーキング、インターネットワーキング、あと刑事ワーキング、こちらは諸事情を鑑みまして中止とさせて頂いております。それ以外の、例えばベアリングですとか水際ワーキング、あと化粧品ワーキングは今日の午前中は実際やっております。明日は立法の研究のワーキングですとか、農薬ワーキングも予定通りです。またスタッフ向けの勉強会も行う予定になっております。以上、冒頭でデモの関係等で皆さん非常にご心配かけましたけれども、そういう状況で本日の会合の開催に至った経緯をご説明させて頂きました。

一応入退の関係はきちんと管理すると、皆さん入り口で名札等もお渡ししてるところでございます。5 時 45 分までに円滑な進行を進めていきたいと思っております。どうぞよろしくお願いいたします。

それでは次第の方に入っていきたいと思っております。まず始めに新規メンバーご挨拶というところで、今回入会されました企業の方、何社かございます。本日ご出席頂いてる中でもご挨拶頂きたいと思っております。まず始めに山西日本能源潤滑油有限公司の上海分公司の高根澤様、一言ご挨拶頂けますか。前のほうでよろしく願いいたします。

○山西日本能源潤滑油有限公司 高根澤氏

皆さん初めまして。山西日本能源潤滑油有限公司上海分公司の高根澤と申します。山西日本能源潤滑油有限公司は 1994 年、当時では珍しい中国の内陸部である山西省に石油会社の旧ジャパンエナジーが投資して作った潤滑油の合弁企業です。現在の売上高の約 70%を中国の一般消費者の方々に販売しております。2010 年 7 月、旧新日本石油と旧ジャパンエナジーが合併し、JX 日鉱日石エネルギーが誕生いたしました。当社は中国におきまして JOMO ブランド潤滑油を販売しております。

現在中国全土に販売店、販売代理店を設けて販売しているんですけども、各地に当社の JOMO ブランドを騙った近似商標の商品とか、またはその偽物商品が出回っているということで、今回新たにこの会合に参加させて頂きまして、色々勉強させて頂きたいです。どうぞよろしくお願いいたします

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

ありがとうございます。山形無錫上海分公司の李様、いらっしゃいましたら前の方へよろしく願いいたします。

○山形無錫上海分公司 李氏

皆様こんにちは。山形無錫上海分公司の李と申します。弊社は主に製品の説明書や化粧箱、包装箱など色々印刷品を作っています。どうぞよろしくお願いいたします。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

山形様には前回の IPG 会合でも模倣品対策のツールということでご講演頂きました。模倣品関係もお困りになるということで今回ご参加された次第でございます。

他にも入会登録ございまして幹事会の方で審議されておりますが、今回日本からの出張もかなわずというところでありまして、今回は2社になります。次回以降ご担当者の方の参加があればまたご挨拶頂こうと思っております。ありがとうございます。

また別件と言いますか、幹事会で実は幹事の方の人事異動がございました。次第の一番下のところがございますけれども、副グループ長で色々ご支援頂きました住友化学上海の大上様が今月末でご帰任となります。一番最後にご挨拶頂く予定でございますが、その後任の幹事のメンバーの審議が前回の幹事会で行われました。後任の幹事には大上様の住友化学の後任でもあります田中様に幹事襲名をお願いできないかということで審議があり、満場一致で決まった次第です。こちらの全体会合の方でも一応ご報告させて頂きまして、皆様の拍手をもって承認したいと思います。皆様いかがでしょうか。よろしいでしょうか。ありがとうございます。では田中様、一言ご挨拶よろしくお願ひいたします。

○住友化学上海 田中氏

どうも初めまして。住友化学上海の田中と申します。大上の後任ということで8月15日に赴任しましたので、今後よろしくお願ひいたします。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

どうもありがとうございます。田中様どうぞよろしくお願ひいたします。

最後にこちらをご紹介といえますか、本日私共のバンコク事務所の知財の担当の大熊が上海に来まして、上海 IPG の活動をぜひ視察したいとのこと、大熊からも一言ご挨拶したいと思います。よろしくお願ひいたします。

○ジェトロバンコク事務所 大熊氏

初めまして。只今ご紹介頂きましたジェトロバンコク事務所の大熊と申します。よろしくお願ひいたします。バンコクでは東南アジアの ASEAN の知財を全般にしております。バンコクをメインにその周りもしております。

ジェトロの事務所も各国にあるんですけれども、知財部として知財専門で、私日本の特許庁から出向しているんですけれども、ASEAN 各国のジェトロの事務所と協力して知財をやってきました。ASEAN、知財、R&D、色んな研究の方が来られて特許出願の問題も増えてるんですけれども、やっぱり一番の問題は模倣品、海賊版です。こういった商品に対して、しっかりした調査ではないですけど、8割、9割は中国から来ているというふうなことで頭を悩ませております。このようなこともありまして今回参加させて頂きました。

IPG の活動ということで、実は ASEAN も5年ほど前の2007年2008年の頃も ASEAN7、例えばインドネシア、タイ、ベトナム、フィリピン、そういった所でも IPG を作って今でも細々と活動しております。細々とと言いますのは、なかなか知財についての駐在企業も経営者の方々もあまりいらっしやらないためです。人数にしますと数名というような感じでして、なかなか効果的に機能をまわしてないということもありました。

そこで今年の3月から東南アジア知財ネットワークという枠組みをジェトロで、私

どもバンコク事務所が立ち上げております。駐在で知財部をもっていらっしゃる方々にお声がけをして何十名とか、そういった人数になるということで、ASEAN で色々お仕事されてる企業の方にお声掛けしまして、情報共有ではASEAN その辺りの地域ということで見てくれたらありがたいというお声もありまして、そういったものを3月に立ち上げております。

こちらは上海 IPG のようには全く盛り上がりませんが、なるべく色んな方に来て頂ければと思います。例えば東京から出張ペースでいらっしゃる方にもご参加頂けるようにしておりますので、またご関心のある方がいらっしゃいましたら私の所に来ていただくか、またジェトロのホームページにお越し頂ければと思います。ぜひご関心があれば見て頂ければと思います。よろしく願いいたします。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

どうもありがとうございました。大熊からは昨日水際 WG にて中国から流入するASEAN の知財の状況ということで、プレゼンの方して頂いております。ありがとうございます。

では次の議題です。水際 WG 福州・アモイ税関向け真贋判定セミナー開催報告です。これは岸上様からお願いいたします。

○カシオ 岸上氏

資料の2をご覧ください。福州・アモイセミナーの開催報告になります。福州・アモイ税関からの要請によりまして、水際ワーキングにおける税関セミナーの位置づけとして、7月24日に福建省で行いました。実際には税関職員に対するトレーニングの一部の時間を利用しての開催でした。権利者側参加企業は、欧米企業30社、中国企業1社、そして、IPGの水際ワーキングメンバー企業からは7社の参加となりました。福州税関とアモイ税関からは、それぞれ39名と19名で合計58名の税関職員の方々に参加受講いただきました。資料の裏側に当日の写真を載せておりますが、非常に盛況に行われたということでもあります。以上です。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

どうもありがとうございました。

続きましてこちらセミナーです。農薬 WG で湖北省荆州市工商局向けの真贋判定セミナーの開催報告です。こちら大上様よろしく願いいたします。

○住友化学 大上氏

それでは資料3に沿って説明させていただきます。7月31日に湖北省の荆州市で工商行政管理局向けに真贋識別セミナーを開催いたしました。日本側はWGメンバー会社6社、および上海ジェトロ、中国側は荆州市のAIC職員約70名が参加いたしました。

セミナーでは参加企業各社より真贋鑑定方法について説明を行いました。そのセミナーの後に、AICの執法人員6名と共に荆州市にある農薬企業を視察・検査に行きました。今回の農薬市場検査時では、偽物が一つも発見されませんでした。それはここ数年間のAICによる各種宣伝活動の成果によるものと推測しています。しかしながら毎年巧妙化される侵害行為に対してはより一層有効な真贋判定方法の確立が必要であると思われました。以上です。

○ジェットロ上海事務所 秋葉氏（司会）

はい、どうもありがとうございました。

続きましてインターネット WG です。これは先月 8 月に東京で第 3 回日中インターネットシンポジウムが開催されました。こちら山田様です。山田様、実際こちらの会合、東京の方にも行って頂きまして会合にご参加頂いております。山田様よろしくお願ひいたします。

○シャチハタ 山田氏

それでは第 3 回日中インターネット知財保護シンポジウム、および意見交換会の開催報告を資料 4 に沿ってさせて頂きます。目的とスケジュールというのはそこに書いてある通りですが、目的は中国におけるインターネット上の知財侵害問題を改善するために権利者、ISB、政府機関が問題意識を共有し議論するため開催しております。

経済産業省と中国商務部との覚書に基づいて開催されるものであり、今年で 3 回目ということで 1 回目は 2010 年、東京で開催されております。2 回目、2011 年は北京で開催されています。3 回目の今年は東京で開催されるということです。そこに書いてあります日程に基づいて、着いた人は 2 日のパネルディスカッションが予定されていましてその打ち合わせ、2 日はもう本番です。3 日は IIPPF のインターネット WG とアリババ、タオバオとの意見交換会です。ということで私も実際に参加してまいりましたけれども、非常に内容の濃いシンポジウム、および前後の日程だと思ひます。

中国側の方からはそこに書いてあります 9 名様を中心として、商務部、国家版權局、アリババ、タオバオ、当当ネットからも来ているということで、私北京の去年の第 2 回も参加しているんですけども去年に比べても年々徐々に内容も充実しておりますし、色々課題として話し合ってる内容についても深度を増してより具体化しているという感じを少し受けます。

資料の 4 の 2 ページ目を見て頂くと、そこの②のところに結果ということで、当日参加者の方々にアンケート等お配りしております。その結果がそこに書いてありますけれども、「役に立った」というのと「まあ役に立った」というのでほぼ 98.6% ということで、出席者の方も納得頂いたような感じで良かったと思っております。なかなかすぐに解決する問題ばかりではなくて、深度を増していくに従って複雑化していきますけれども、方向性としては一緒に解決していくという方向が非常に前面に出て良かったと、今回のシンポジウムの参加者の立場からご報告します。以上です。

○ジェットロ上海事務所 秋葉氏（司会）

はい、ありがとうございました。資料の一番後ろに当日、協力の覚書ということでアリババと私共上海 IPG のインターネット WG、そして日本の国際知的財産権保護フォーラム、IIPPF のインターネット WG との三者間の覚書というのを併せて締結されました。こちらも参加された方、また担当者にお聞きしたところ、やっぱり年々、アリババ、タオバオの対応もかなり変わってきていると。今回特に日本の企業さんでもアリババ、タオバオの対応がより柔軟になって、日本企業の意見を聞くようになってきているというのは結構驚いたというご意見もございました。

本日は講演会の部分ではまさに覚書締結記念ではありませんけれども、そういった意味で中国のインターネット商標権侵害訴訟の傾向と判例ということで徐申民先生にご講演頂く予定にもなっております。ご期待頂ければというふうに思ひます。



覚書ですが、昨年はタオバオと覚書を結んだということです。中国では非常に有名な両サイト、アリババとタオバオとこういった覚書を結んで知財保護に進んでいるところでは非常に正式な取組みで、IPGとしても成果として言えるものだと思っています。山田様どうもありがとうございました。

それでは続きまして、自動車・自動車部品 WG で杭州市工商局表敬訪問を行っております。これは松尾様よろしくお願ひいたします。

#### ○五十鈴 松尾氏

資料 5 を参照願います。7 月 20 日に杭州の AIC を訪問しました。目的は杭州の違法看板排除活動のお礼と、表彰の盾を贈呈するという、もう一つは杭州市の活動の提案ということで行きました。自動車 WG は WG リーダー以下 7 名で行きました。

WG の提案なんです、8 下旬から 9 月上旬の一日で、ブラックリストに載っている業者の摘発について我々権利者が同行して、場合によっては宣伝になるだろうということでメディアの同行なども提案しました。それに対して AIC の方は基本的には賛同するという、別途ジェットロ経由で時間だとか取り決めを連絡すると。また権利者がリストの中で 1 社で 2 件を選択して計 10 箇所のところを取り出して摘発しよう。その他日常的に摘発活動を行っている、あと模倣品の工場の情報を提供して頂きたいと、それと権利者の連絡先のリストを貰って模倣品等を発見したら連絡してすぐに杭州に来てくれる人というのを紹介して欲しいというような話でした。

今後とも AIC と我々との間で定期的に意見交換をしたいと、全体的に非常に前向きな対応を頂きました。また状況が改善しましたらこの案件を集めていきたいと思っております。以上です。

#### ○ジェットロ上海事務所 秋葉氏（司会）

ありがとうございます。今状況が改善すればというお話がございました。まさにその通りでして、もちろん最後にこの辺の動向等含めた当局との連携活動というところでも、どういうふうにしていくかというところは後ほど情報を共有していきたいというふうに思います。実際こちらで提案した 8 月下旬から 9 月上旬で、ブラックリストにある業者摘発といったそういったものは実際出来ておりません。この辺も今後調整、時期を見て打診してやっていくという感じになっているかというふうに思います。

それでは次に第 8 回知的財産保護官民合同訪中代表団の派遣報告、こちら事務局の方からさせていただきます。資料 6 をご覧下さい。こちら先週、一週間違うと大変だったと思のですが、先週官民合同の知財保護の訪中団が北京に派遣されました。訪問先は中国政府は全国人民代表大会、国家工商行政管理総局、国家知識産権局、商務部、国家版權局です。代表団のメンバーは、日本団のメンバーは産業界代表としては日産自動車の最高責任者の志賀様。志賀様は IIPPF、国際知的財産保護フォーラムの座長を務めさせて頂いております。政府代表では、経済産業省の大臣政務官の中根政務官に来て頂いたという形になります。その他にも、日本政府で経済産業省、特許省、文科省、内閣知財官房、また外務省等も含めまして総勢約 40 名になりました。また企業の方も各産業を代表するような企業の役人クラスの方々に参加して頂きました。

主な協議結果のところですが、特に皆様関心あるところでは国家工商行政管理総局、こちら副大臣級の方々に対応頂きました。2 ページ目を見て頂きますと模倣業者に対する総合的な評価ですとか、分業化、再犯防止、この辺のことを要請いたしました。また商標と商号の所得部分も要請しております。こういう問題もあるんだと

いう認識の言葉を引き出しております。また悪意のある商標、先がけ商標登録についても議論しております。

詳細は議事の概要ですが、後ろの方に載っておりますのでぜひ見て頂ければと思います。その他、実は商務部は副大臣が対応する予定だったんですけど、急遽ランクが下げられまして担当の処長、課長級が対応したと。日本側はそれに合わせるような形でランクを落としまして日本側も課長級と合わせて対応を協議したということになります。

先ほど一週間遅れていればという話がありましたけれども、ちょうどこういう尖閣問題が出る前というか、ちょうどその時だったんですけども、なんとかギリギリこういった形で対応はして頂いたというところになっております。

これをどう生かしていくかというのは今後は大きな課題と思いますけれども、今年度、今年やるハイレベルミッションが実行できたという形になっています。これに関しては11月に実務レベルミッションというものを毎年やっております、実務レベルで北京、または広東省に行くというところ、この辺の調整も今後どうしていくかというのがあります、またそれは後ほどお話しします。こういう形で一連の流れがあるということ認識して頂ければというふうに思います。以上ハイレベルミッション派遣報告でございました。

続きまして2012年中国商標年会でのIPGと工商局との意見交換会につきまして、こちら先ほどのピックアップ講座でも説明しましたが、簡単に丸山グループ長の方からよろしく願いいたします。

#### ○理光 丸山氏

それでは資料7をご覧ください。2012年中国商標年会の報告になります。内容の方は先ほどピックアップ講座の方でもご紹介させて頂きましたので、商標年会というものがどういうものかというのを資料に書いてないので簡単にコメントさせて頂きます。

我々の商標年会における日系企業と工商局執務官の意見交換会というのは、この日時、9月4日の10時半から11時40分という一時間ほどでしたが、この時出席された工商局の皆さん、および関係する商標局、それから工商局、それから商標協会の皆さん、多分含めて300人程度の方々が9月2日の日曜日から既にホテルに入られて、9月5日の水曜日までずっと色々なパネルディスカッション等の会議をされているという中において、1コマ我々日系企業との意見交換を頂いたというものがこの商標年会という会議になります。内容の方は先ほど申し上げた通りですので割愛させて頂きます。以上です。

#### ○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

どうもありがとうございました。

それでは続きまして同じく丸山グループ長から。私ども江蘇省のTSBとブランド保護連携フォーラムを行っておりますが、8月にIPGの幹事会とのメンバーと江蘇省TSBとのメンバーでの意見交換会を開催いたしました。そのご報告をよろしく願いいたします。

#### ○理光 丸山氏

資料8をご覧ください。江蘇省TSB-上海IPG運営幹事会の方をご報告させて頂きます。日時の方は8月23日に開催させて頂きました。江蘇省TSBからは二名の方が出

席しました。また上海 IPG の幹事として、ご覧の皆さんが出席されたということになります。

議題としましては、ご紹介したいこととしまして 2 ページ目の 5 行目のところに張課長の方からブラックリストの提供というお話がありました。我々 IPG の方から江蘇省 TSB の方にブラックリストを提供いたしますと、江蘇省 TSB としては自主摘発ということで、多くの会社さんや調査会社さんを使われたりして摘発等させていると思いますが、ブラックリストに載せた会社をマークして摘発をしてくれるということをやったださっておりますので、ぜひ皆さんの方もご活用ください。

また真ん中辺に書いてありますけれども、再犯についてこれ以降議論をこの時にさせて頂きました。再犯ということで、江蘇省 TSB では再犯についてデータベース等を作って二回目の模倣品の侵害行為をやったら罰が重くなるということになります。我々上海 IPG および中国 IPG で再犯重罰化というのをテーマにしていることもありましたので、何をもって再犯かということ議論させて頂きました。この議論というのが会社名を変えたり、または親族に代表者を変えたりしまして、なかなか本当に同じという認定が難しいなということで、何をもって再犯とするかという議論を長くさせて頂きました。申し訳ないですが、内容の方はぜひこの報告書をご覧下さい。以上です。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

どうもありがとうございます。

それでは水際ワーキングの海関総署とのセミナー等調整状況報告ということで、岸上様よろしく願いいたします。

○カシオ 岸上氏

本件は、資料はございませんが、中国税関における知識産権に関わる意見交換会の次回日程調整状況の報告です。この意見交換会は海関総署、及び各地方税関との交流を深めることを目的として、前回は今年 5 月に上海で行いましたけれども、今回は、「華北地区」、「1 1 月頃」で海関総署と調整を進めております。

また、開催時間に関しては、前回上海の時は朝から 3 時くらいまでで終わってしまったため、お互いに一方的に言いっぱなしになってしまい、意見を有意義に交換できなかった感が有りましたので、やはり今回は活発に意見交換をしたいということで、終日にての申し入れをする予定です。

しかしながら、先日来の日中関係の影響で、ちょうど申し入れをしようとしたところで今回の騒動が起こりまして、申し入れの書面までは出来上がっているのですが、先方に出す寸前のところで止まっているという状況です。

従いまして、今後の状況を見ながら進める予定です。以上です。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

はい、ありがとうございます。

では 10 番目の報告事項です。IIPPF-IPG 連携・実務レベルミッションの準備状況報告ということで、丸山グループ長お願いいたします。

○理光 丸山氏

IIPPF-IPG 連携・実務レベルミッションということで、毎年年末にやっているもの

になります。IIPPF と IPG では最近もテレビ会議の方を開催しまして、11月の中央ミッション、つまり工商総局等の六つの当局を回るのですが、そちらに手渡しするような建議書、意見交換等をやっています。その内容の議論、それからまた12月には広東ミッションということで広東の方を訪問しまして色々な当局の方に色々な意見交換をするんですが、その中の一つが先ほどご紹介しました商標の巧妙化、また価格認定プロセスの方もまた入れたいというふうに思っております。今のところスケジュール通り進んでいるという状況でございます。以上です。

○ジェットロ上海事務所 秋葉氏（司会）

ありがとうございます。

特許ワーキングのご連絡ですけれども、グループ長が今回ご欠席ということで今回私が変わりましてご案内します。先使用権アンケートと証拠保全方法についての情報共有です。配布資料はございませんけれども、今特許ワーキングではまさに先使用権について色々議論を深めているところです。また私共ジェットロの知財部の方にも、最近証拠保全の方法について結構数多くお問い合わせが来ております。実際北京、上海以外の地方で証拠保全する際にはどうやったら良いんですかと、公証人がなかなかやり方も分からないとかそういった場合、別の市から連れてやっても有効なんですか、とかそういった問い合わせも先月かなりありまして、皆さん数多く疑問をお持ちになられてるのかなというふうに認識しております。

またこうした特許ワーキングでは色々な企業さんに実際の費用はいくらですかとか、やり方とかそういったものをまとめておりまして、その中でIPGのメンバーさんに全体としてアンケートを取ったらどうかという企画があがってきております。今日はまだ準備が出来てないんですけれども、近々、先使用権に関する簡単なアンケートが配信される予定ですので、ぜひそういう経験がある方はご協力頂ければと思います。また、まとまった成果・結果はこの場でも皆さんにも情報共有したいというふうに思っておりますので、どうぞよろしく願いいたします。

では、第2回中国知的財産権関連法勉強会のご案内、これは板山様よろしく願いいたします。

○NTN 板山氏

2012年9月21日（金）、明日の9時半から12時半まで、中国人スタッフに対する第2回中国知的財産権関連法勉強会を開催します。本日も申込可能ですので、奮ってご参加の方よろしく願いいたします。

○ジェットロ上海事務所 秋葉氏（司会）

ありがとうございます。まだ申込されていない方、いらっしゃいましたらお申し込みよろしく願いいたします。

それではその他連絡事項ですけれども、こちら事務局からいくつかご連絡、また情報共有したいというふうに思います。昨今の反日デモの影響で、今後の中国政府、当局との事業をどうしていくかというところは、いくつか皆様からもご質問頂いておりました。今週の動きといたしますか、最近の動きで実際IPG関係、知財関係でどういった事業が中止になったり延期になったかというところ、今幾つかございましたのでこの場で口頭ですが情報共有したいというふうに思います。

実は化粧品品のWGは今日の午後から北京に来まして、本来は明日商務部と意見交換

会をする予定でございました。ただこういう状況だということで先週金曜日、中止という判断をされています。化粧品 WG と日本の化粧品工業会です。ですので日本から数多く来られるというところで、早期の判断で金曜日中止と判断されております。

また特許 WG ですが。これも火曜日、ちょうど 18 日だったんですけれども上海市の知識産権局の方と特許の問題について意見交換会をする予定でした。ただちょうどそのデモの当日ということで、上海市知識産権局側からぜひ延期して欲しいという、中止ではなく延期して欲しいというような要請がありまして、こちらでも延期しております。

またこちらは中央の工商総局ですけれども、実は日本に招聘する事業がありまして、今週招聘予定だったんです。それは工商総局のインターネット関係の部署なんですけれども、確か水曜日に日本でセミナーを行う予定だったんですが、それもこういう状況ということで訪日は中止ということになっております。

またこれは上海市の工商局の公平交易局、これは不正競争防止法を管轄する部署ですけれども、こちらは 10 月に日本に行き、日本で日系企業さんと交流するというような予定がございました。私共ジェットロでも招聘状関係のサポートをさせて頂いたんですけれども、こういう状況になったので訪日はキャンセルしたというような状況にもなっております。

今週の動きとしてはこのような感じで、やはり色んな連携事業がストップしてるような状況にもなっております。先ほど幹事の方からも状況を見つつ打診していくといくつかありましたけれども、実際今年の下期にも当局向け、工商局向け、税関向け、質量局向けのセミナーですとか意見交換会が計画されておりますが、やはり事務局としても幹事会メンバーとしても状況を見つつその辺の打診や調整というのはやっていきたいと考えております。

やはり国慶節で一回リセットされるのかどうか、まだ政情等分かりませんがその辺も見つつ調整していきたいと思っております。

皆様方もこの流れによって、例えば模倣品の摘発、当局の摘発の活動が何か件数的に落ちているですとか、税関からの連絡がまた来なくなるようになったとか、そういった動きがあれば是非私ども事務局の方にご連絡頂ければというふうに思います。こういった日本製品の不買運動なんかについてというのが囁かれてますけれども、模倣品対策、摘発活動も日本企業向けに対して何らかの処置といいますか、対応が出てくるというのは非常に懸念されますので、そういった状況が現場レベルでどうなっているのか、そういった情報があればぜひ事務局の方にも一報入れて頂ければというふうに思います。その辺も取り纏めまして、何らかの要請をしますとか私もやっていきたいなというふうに思っております。

また全体的な話になるんですけれども、私共ジェットロでは中国、香港含め 7 事務所でのこのデモによる日系企業の被害ですとかその辺の状況の調査をしております。非常に皆さんご質問が多い通関ですとか、あと物流関係の情報は私共各地のネットワークを使って情報収集をしております。近日ホームページではそういった情報も提供するようなこともしておりますので、ぜひご参照して頂ければと思います。

また皆様方もこういった問題、通関とか他の営業関係、工場ラインですとか何でも良いです、こういった状況の中で色んな影響を受けたとかそのようなものがあれば、是非私どもジェットロ上海、今日も担当で次長の服部がおります。ぜひ折々の時でも、色々お話し頂ければと思います。何かあればおいで頂ければ、我々が取り纏めて東京本部、また経済産業省の方にも報告して何らかの対応を講じて頂きたいと思っていま

す。

やはり皆様の中国での活動というところがこれによって阻害されないように、我々ジェトロとしてもサポートしていきたいというふうに思いますので、ぜひよろしくお願いいたします。

報告事項以上で終わります。もし何かこちらの報告事項を通しましてご質問、ご意見等あれば。いかかでしょうか。よろしゅうございますか。それではこれにて各種連絡事項、第1部を終了したいと思います。では幹事の皆様お席の方にお戻り頂ければと思います。

## 第2部 講演会

「講演①」

「テーマ」中国インターネット商標侵害訴訟の傾向と判例

「講師」華誠律師事務所 弁護士・弁理士 徐申民氏

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

それでは引き続きまして講演会の第2部に入ります。先ほどインターネットのシンポジウムが日本で行われ、アリババとの覚書も上海のIPGとして結んだということ、それもあります。やはりインターネットの模倣品問題というのは非常に大きいところがあります。今日は「中国インターネット商標侵害訴訟の傾向と判例」と題しまして、華誠法律事務所の徐申民先生にご講演頂きます。徐申民先生、高名な先生でございまして日本でもこのテーマでジェトロ主催のセミナーでご講演頂いております。ぜひ最新の情報をお話頂ければと思います。徐先生どうぞお願いいたします。

○華誠律師事務所 徐氏

こんにちは。中国ではインターネットの犯罪がよくされております。侵害事件も多発しています。その侵害事件の中で一番多いのは著作権侵害事件で、70%位を占めています。30%は知財関係、例えば商標権侵害事件とかです。

今日のテーマはこの四つです。インターネット上の商標権侵害事件の紹介です。去年12月26日、中国最高裁から50件くらいのモデル判決が発表されました。また中国の知財関係について指導意見が出て来ました。インターネットについていくつかの新しい動きもありました。今日はこのチャンスを利用して皆さんに紹介いたします。

まず中国でのインターネット上の権利侵害品の販売状況のご紹介です。まずインターネットの販売サービスの利用者の情報です。2001年と2010年と比べると、インターネットの利用者は35%増えました。今では二億人くらいを占めています。数は結構多いです。時間の関係で詳しく紹介しませんが、データは皆さんの資料にありますので、何かご質問があれば僕のところへ来てぜひ質問してください。

この利用者の地域の分布としては、北京、上海、広州の方がメインです。大都市の方がメインです。利用者の性別としては女性の方が男性より多いです。また年齢としては若者の方が多いです。40歳以上の人は少ないです。その理由としては、40歳以

上の人パソコンとインターネットの利用率が低いからです。あまり出来ない人が多いです。またはこの年齢の人はパソコンを扱えないので不安なのかなと思います。あまり利用しないです。また利用者の学位と収入から見て、高校生とか大学生の方が多いです。収入から見て毎月 1,000 元から 3,000 元のような人が多いです。

この表は、インターネット販売市場の拡大を表したものです。この表は去年のデータを利用しましたが、予測のものです。インターネットを利用した販売の数字は、7500 億元です。これは昔のグラフをそのまま利用しました。

商標の侵害事件の紹介です。ここでは三つの事件を紹介したいと思います。時間の関係で、ポイントだけを説明します。中国でのインターネット商標権侵害事件は、三つに分けられます。一つはインターネット販売者の模倣品の販売による商標侵害事件。これに関連する侵害事件は今までの普通の店での商標権侵害事件と同じような取り扱いです。法律の適用は商標法、反不正競争法です。また、特定電器通信業者サービスに対して通知と削除義務、これは世界的に取られている義務です。プラス事前審査ということの適用です。事前審査の取り決めが、今大きな話題になっています。通知と削除義務は普通です。去年の 12 月 26 日、最高裁が発表した商標ケースの中、または指導意見の中に「商標の合理的な使用」ということがあります。「商標の合理的な使用」は侵害しないということがあります。その合理的な使用は侵害ではないと認められます。

今からケースを説明します。E-land は韓国の企業で、この二つの商標を持つ衣服の会社です。一部分の製品をネットで自社のホームページを持って販売しております。このケースの経緯としては、まず上海の浦東新区人民法院で提訴して、一審も二審も勝ちました。タオバオは電気事業通信者として、このケースの中では負けました。事前の審査義務があるかどうかは裁判のポイントになりました。

事件の経過を紹介します。E-land は 7 回タオバオにクレームを出しました。タオバオはクレームに応じて削除しました。しかし削除してからも模倣品は引き続き販売されましたため E-land がタオバオに削除を要求しましたが、断られました。そのため E-land がタオバオに対して提訴しました。一審の裁判所は浙江省の杭州です。二審は杭州にある高等裁判所です。

この訴訟には、いくつかの訴訟のポイントがあります。このポイントとしては、タオバオは E-land の商標権を侵害したかというのが一つ。もう一つは侵害情報の削除以外に他の合理的な措置をとる義務があったかどうかということです。また、侵害行為に対してタオバオが事実を知っていたかどうか。四番目としては侵害者の侵害行為に協力したかどうかということです。

タオバオが商標権を侵害したということは明らかです。模倣品を販売するとき、商標法の中で善意の販売者に対する免責条文があります。特許侵害事件も同じです。つまり、販売者が他者の権利を侵害しているということを知らなければ、権利侵害行為は認められますが、その損害賠償責任は免責されるという法律条文があります。ただ一般人としては、侵害しないと考えることが多いです。それで、この第一のポイントについて侵害したかどうか、ということで判断すると、タオバオは侵害したということが明らかです。

二番目としては、タオバオは侵害情報の削除以外に他の法的な措置をとる義務があるかどうかについてです。先ほど言いましたが、電気通信提供者は通知削除をする義務を負っております。E-land は 7 回タオバオにクレームして、全ての情報を削除するとの要求について、タオバオは認められないと。これは合理的な措置をとらないとい

うことです。

これに対するタオバオの抗弁としては、クレームを貰ってから全ての情報は削除しました。そのため義務を果たしました。しかし一審判決としてはそうじゃないです。クレームを受けてから削除しましたが、でも削除以外にも新しく出た侵害情報の削除という措置をとる義務があるということを認めました。

タオバオは侵害商品が販売されていた事実を知っていたかどうかについて、原告からの請求の理由としては、7回クレームしても被侵害行為が続いているということです。タオバオが主張したのは削除の義務です。それで裁判書の一審判決では、タオバオの抗弁が認められませんでした。

4番目としては、タオバオは故意に侵害行為の便宜を供与したかについてです。これを裁判所は同じように認めました。

これら理由でタオバオは負けました。二審はこの同じ理由をめぐって一審の判決を維持しました。

このケースによって、3つのことを皆さんは注意する必要があります。一つとしては、権利者が何度も引き続きクレームする場合、特定の電気通信サービス事業者に対して更に合理的な注意義務が発生します。二番目としては、模倣品を販売するネットショップ経営者に対して処分の措置を取ることが、電気通信サービス事業者の注意義務の一つであります。タオバオから模倣品者の情報は削除しました。でも点数を減らすというような処理はしていません。提訴してからしました。普通のやり方としては、通知を受けて電気通信提供者はその通知を侵害者に渡し、侵害者から返信が無ければ普通は削除するわけです。そういう意味で返信があるかどうか、商標侵害事件の判断要因として考えられます。

二番目のケースは、共同購入侵害事件です。これはフランスのある商標です。被告は二つの会社で、一つは販売会社（以下「被告①」という）です。もう一つは北京の電気通信提供者（以下被「被告②」という）です。この二つの会社は侵害行為として認められました。実はこのケースは簡単です。この図面を利用して説明します。まず消費者が被告②のウェブページを見て、ある商品と販売ルートを確認しました。確認してからお金を被告②に支払いました。まず被告②に知らせて出荷の連絡をしました。こういうようなサイクルで、被告②はネット利用販売者と同じように侵害行為を行っています。

このケースのポイントとしては、被告②の行為は販売を構成するかどうかです。訴訟で被告②からの反論としては、彼らは削除の通知書を貰ったら削除の義務がありますので、販売行為がないということにしましたが、でも裁判所はこれを認めなかった。理由としては実際の販売に参加して、例えば広告とかお金を受け取るとかそういうことをやっているからです。お店の販売行為と同じようにやって、共同侵害をしていたという考えで負けました。

この事件から、特定電気通信サービス事業者が直接商品のセールスに参加した場合、商品販売者と見なすということが明らかになりました。また、販売者が販売する商品が権利侵害かもしれないということが分かっている場合、損害賠償の責任があります。

三番目は商標の合理的な使用のケースです。最近ではうちの事務所でも商標の使用について、販売者の勝手な使用とか色々問い合わせがあります。このケースは商標の合理使用をどのように認めるかという判例です。去年の12月26日、最高裁の指導意見の中では商標の合理的使用というような意見が出て来ました。これらの意見についてはちょっと違うところがありますので後で説明します。



これは塗料の商標です。中国語では「立邦」という塗料で、上海ではすごく有名な塗料です。一審は上海の徐匯区人民法院です。二審は第一中級人民法院です。一審は原告の日本ペイントという会社が負けました。原告の訴訟請求が認められませんでした。二審に上訴して同じように負けました。事件の経過としては、被告がタオバオを利用して自分のお店を設けて、このお店の中で日本ペイント塗料を販売し、ウェブページに日本ペイントの商標を使用していました。日本のこの会社は、タオバオにクレームしました。でもタオバオは商標侵害として変更しませんでした。これは反通知書という制度がございます。タオバオが権利者からの通知書を向こうに渡して、向こうからもし反通知書があれば権利者に渡して、紛争がある場合は裁判所で裁判させます。自分(特定電気通信サービス事業者)はそういうことを判断しないというやり方です。日本ペイントという会社がタオバオに通知書を発行して、タオバオから返事するということです。

このタオバオのケースと別の画面を利用して説明します。ここで「立邦」という漢字と商標を使っています。この商標の下で色んな塗料を並べています。この塗料はペイント会社からの本物です。権利者の商標を利用して本物を販売するという行為をどのように認めて訴訟にするかというのがポイントです。

このケースについて、原告からの主張としては、我々はネットショップに関してライセンスを許諾することがないということです。それで被告は商標を利用して消費者を誤認させるというのが一つの理由です。もう一つの理由としては、被告のタオバオのネットショップの中ではいくつかのブランドを販売しています。「立邦」という商標のものだけではなく他のものも使って販売しています。それで誤認をさせました。一審の裁判所はそういうことを認めませんでした。理由としては、製品を販売するときは商標を使うと商品の出所を消費者に伝えます。また、商標を利用して被告に対して利益を取っていないため、認められませんでした。

このケースから見て、三つのことに注意する必要があります。一つは販売者が、商標を公衆が混同することなく単に販売する商品を示すためだけに使うことは合理的な使用です。もう一つとしては、特定電気通信サービス事業者が、販売者が商標権を侵害しないという前提で商標を使用する行為は、商標権侵害を構成しないということです。つまり特定の電気通信サービス事業者、彼は例えばAショップ、Bショップ、Cショップみんなソニー製品を販売している場合、ソニーのマークを利用して全ての製品を販売しているお店が並んだら、合理的な使用ということです。三番目としては、ブランドで日本ペイントのネット販売の旗艦店または総代理店というような消費者を誤認させるような記載に対して、反不正競争法に基づき検証することができます。商標権の侵害ではないです。

最後にですが、ネット上の権利侵害について最新の情報を説明します。ネット上の商標権侵害事件はどのくらいか、詳しいデータは無いです。いくつかの裁判所のデータを調べて説明しますが、2011年上海の裁判所で知的財産権保護重大事件の半数以上はネット上の侵害事件に関連しています。ネット上の侵害事件に一番多いのは著作権の侵害事件です。上海では1,116件でした。その中で著作権の侵害事件は71.3%です。一審の知的財産権紛争の中で45%を占めています。これはタオバオからの情報です。ここでの情報によると、2011年侵害情報の削除件数は6,320万件あります。2010年の1,400万件より4.5倍に増えました。また権利者の要求に応じて処理した侵害情報のケースは870万件です。また自発的な監督により削除したケースは5,400万件です。また7万回以上会員を処分しています。また、インターネット上の商標侵害事件の中で

有名なものに、タオバオが発表したものですがフィリップス、資生堂などが入っています。

ネット上の知的財産権侵害の特徴としては、いくつかあります。一つ目としては侵害行為が容易であります。ネット上にアップしてすぐ情報を伝えることができます。二番目としては侵害のスピードが速い、影響が広い。三番目としては知的財産権侵害の管轄権は、普通の侵害事件と違うんです。ネット上の侵害事件の管轄は、普通の管轄の規定が適用されるか、またはサーバーの所在地の裁判所が管轄権を持ちます。これが普通の侵害事件と違うんです。四番目として侵害方法は様々で、侵害行為を認める認定がしにくいです。中国の知的財産権侵害事件の中では、まだ嘘のこととか他者の名義の損害ということを含んでいますから、そのような情報手段を利用して他者の不正競争もやっていくということが多いです。もちろん一番多いのは著作権の侵害事件です。

2011年12月、最高裁から指導意見が出ましたが、原則的、抽象的なものです。ここではいくつかのものを、また説明します。一つ目はネット上の侵害事件に関して、商標法・反不正競争法に基づいて処理します。これは中国の普通の商標権侵害事件とほぼ一緒です。二番目としては、特定電気通信サービス事業者に対して課される注意義務は通知と削除です。三番目としては、特定電気通信サービス事業者に対して、情報が他者の権利を侵害した、あるいは侵害した事を知る、あるいは知るべき場合、削除以上の義務を負うことがあります。例えば最初の判例の中で E-land のケースです。タオバオは、発表された情報が他者の権利を侵害したということを知るべきです。知るべきで、合理的措置を取る義務があります。つまり通知が無ければ削除しますという義務です。四番目としては、自発的に権利者と協力して侵害を積極的に防がなくてはならないです。これは電気通信社に対して自分の義務はよく理解して、侵害行為の無いようなことをやらなければならないということです。

最高裁の指導意見は中国の裁判所はほとんど使います。例えば OEM について、OEM で製品を全部日本に輸出します。でも商標は既に中国のほかの会社が登録したということで侵害するかどうかということが、裁判所内部の勉強会での指導意見で出て来ましたが、これは非侵害ということを考えています。

つまり、二つの条件があります。一つ目の条件としては OEM で全ての製品が中国で販売してない外国向けの輸出です。二つ目の条件としては輸出先の国で必ず同じ商標権があるというような条件です。我々の予想するようなケースを担当した裁判所も、ほとんど指導意見に基づいてやります。

以上ですが何か質問はありますか？

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

除申民先生どうもありがとうございます。この問題、日本の皆さんにも往々にあり得る問題なのかなというふうに思います。最新の判例等も交えながら、このインターネットの商標権侵害問題をご説明頂きました。会場の皆様からもしご質問があればこの場で受けたいと思いますけれども、ご質問いかがでしょうか。

○JUKI 宇田川氏

JUKI の宇田川と申します。ご講演ありがとうございました。一つ質問があります。日本ペイントさんの事例では、これは実際にインターネット上に掲載されていた商品も日本ペイントさんの真性品であったために、特に商標侵害行為ではないというふう

に判断されたという認識でよろしいですか？

○華誠律師事務所 徐氏

この日本の会社の商標を利用して、当該日本の会社の製品を販売する行為は非侵害という考えになります。

○JUKI 宇田川氏

最近私どもの会社の製品なんですけれども、商品の掲載ページに私どもの会社の商品だというふうにかかれていてるんですけども、それと一緒に載っている商品の写真が別の商標、私どもの会社の製品ではないものが掲載されています。私としては会社名が書いてあって、その写真が異なる場合、掲載された写真の製品もまた私どもの会社が製造していたものと消費者に誤認させてる商標の侵害の一つの形態ではないかと考えています。こういった場合に掲載削除を依頼した場合、削除されるものなのかどうかを教えて頂ければと思います。

○華誠律師事務所 徐氏

これはOKです。理由としては、御社がこういう製品を販売していない、でも製造しているかどうかは別のことだからです。もし製造して、中国で販売して外国で販売する場合は、外国から買って中国へ輸入して中国で販売する、御社の商標を使う場合は御社の製品です。これは中国の法律として非侵害ということを考えています。

でも御社がもしこの製品が無い場合、この製品は御社の製品ではない場合、こういう写真を利用して御社の製品として宣伝する場合、誤認混同をさせれば侵害があるというべきで、これは反不正競争法に基づいて削除の要求はできます。

○JUKI 宇田川氏

ありがとうございます。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

ありがとうございます。その他ご質問ございますでしょうか？

ではこの後のコーヒブレークも、徐先生ご在席頂けるとお思いますので、皆さん各社様の個別の案件も多いとお思いますけれども名刺交換、個別のご相談を時間の許す限りして頂ければと思います。最後にもう一度、皆さん拍手を持って徐先生にお礼を申し上げます。どうもありがとうございました。

ではこちらで15分間休憩に入りたいとお思います。次は50分からの開始を予定しております。よろしくお願いいたします。

「講演②」

「テーマ」**「専利法改正草案の解説と今後の法改正動向」**

「講師」映橋知識産権諮詢（上海）有限公司 総経理 高野博成氏

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

では講演②のほうに入っていきたいと思います。皆様ご着席頂ければ幸いです。コーヒー等持って、後ろの方で飲まれながらのご参加でも構いません。どうぞよろしくお願いいたします。

次の講演ですけれども、皆様ご存知のとおり専利法の改正草案というものが出まして、本当に一部の法案での改正の案が出たんです。その一部というのが特許権のエンフォースメントの部分でのお話が出ております。IPG としても特にエンフォースメントということで特許権でありながらも、この部分は深掘りして皆様と情報共有したいなというふうに思っております。本日専利法の改正法案の解説と、また今後どういふふうにな専利法が一部一部で法律改正を行っていくのか、その辺の状況等も含めましてお話をしていきたいと思います。

映橋知識産権諮詢（上海）有限公司の総経理・高野様からお話頂きます。それでは高野様よろしくお願ひします。

○映橋知識産権諮詢（上海）有限公司 高野氏

こんにちは。本日は大変な中、お集まり頂いてありがとうございます。

先ほどお話にありましたように、中国は法改正を定期的にやっております、大体7年か8年を一つの周期に法改正しております。前回は皆様ご存知のように、2008年の10月に法改正が執行されまして、法改正の案が出来たのはやっぱり2008年より大分前の2006年前後でした

前回の法改正の案は、半年くらいは無審議状態で、3月、4月に改正されるという形だったのが結局半年くらい延ばされて10月になりました。前々回は2000年のときだったと思います。WTO加盟のときにやっぱり法改正がありまして、ですからそれで計算すると、あと3、4年くらいで恐らく法改正、新しい特許法がそのまま可決されるんじゃないかなというふうに思っております。

早速ですが、法改正の内容について少し話をしていきたいと思います。まず今回お話できるのは法改正の中の一部でして、どちらかという先ほど紹介にありました、ここに書いてありますようにエンフォースメント関連、権利行使関連の話です。背景を色々ここに書いています。どういう話かという、中国政府の方に現状の特許法がまだ十分じゃないという認識があって、かつアメリカとかヨーロッパ、日本からの圧力がかかって、外部の圧力と、いわゆる内部の方も情勢に合わせた活動を色々なくってはいけないので法改正となりました。

大きな焦点がいくつかあるんですけども、その中で最も大きな焦点としては、権利行使に関連する話です。皆さんが中国で権利行使、いわゆる訴訟とか、あるいは司法と行政を用いて権利行使された経験があるかどうか、ちょっと分かりませんが、なかなか中国で訴訟しても勝てないし時間がかかる、費用が高いなど色々悪いところがあって、それを一気に問題列挙してそれをこれからどんどん改善していくという方針を打ち出しております。

実は法改正の法案は2011年の11月、去年の暮れに準備され公布されまして、今後詳細に関して恐らく少しずつ出てくるのではないかなというふうに思っております。

中国の制度に関して少しご説明申し上げます。法改正の原稿はどこで作っているかという、中国でシンクタンクに相当する社会科学院というところがございます。そのシンクタンク機能で現状の問題を色々抽出して、それを中国のいくつかの行政、國務院の弁公庁に法治委員会というのがございまして、さらに人民大会のほうに制法グループというのがございまして、両方の方で協議されます。

必要な情報は法改正の原稿を一般社会に公布して意見公募しているところです。一般社会といっても、恐らく中国でいう一般社会は、政府関連とか政府に近いシンクタンク、北京大学、清華大学とかそういったところを中心としています。今回は米国とか日本の怒りの声を抑えなくちゃいけないので、恐らくこれから日本を代表する企業の皆様にもそういう情報を少しずつ言って、もしまだ皆様のほうから関心があれば、組織を使って中国の政府に対して色々と意見を出したら良いのではないかなと思います。

ちょっと前振りが長くなりまして申し訳ありません。これから詳細を説明していきたいと思います。いくつかの問題がありまして、まずはここで簡単に申し上げると、先ほど申し上げたとおり証拠の収集が困難で、時間が長い、コストが高いということです。これは統計ではないんですけど、私個人的な経験で中国の特許権侵害、これはそんなに難しい技術じゃないと聞きます。しかし準備期間、あるいは一審、二審で数十万元から下手すれば100万元、200万元と高額な費用になっております。それに対して、果たして取れるお金はどれだけなのかという、もしかしてご存知無いかもしれないですが外資系はほとんど30万元、50万元、100万元未満になっております。その中で当然いろんな問題があって、例えば相手の不当利益を上手いこと立証できない、あるいは相手の技術に相当するものを許可した証明ができないとか、自社の控えを公開できないという色んな理由があるんですけども、結局お金は取れないという、コストよりも取れるお金の方が少なかったりする可能性があります。

次に、期間が長い。実は中国で意外と裁判所の判決は早くて、提訴してから一審の終結まで一年以内で行われています。ただし、その中で中断、中止というのがございまして、いくつかのシチュエーションで裁判中止をすると、そうすると例えば特許の無効とか、無効にまつわる行政訴訟がやっぱり2、3年くらいかかるということです。それを全て訴訟の期間に入ると、一審まで4、5年とかというのも従来からあります。

あとは証拠の収集が難しいというのがあって、これは実際に私も実感している話ですけれども、一番中国でやりやすい訴訟は何なのかというとB to Cです。ビジネス対普通の一般客の話になりますと、一般的にデパートに行って公証購買でも良いし自分で購買されても良いのですが、それを訴訟に用いて提訴の要件、特許要件があればそれで提訴できます。ただB to Bに関しては、それ程上手いことにはいかないと思います。なぜかと言うと、B to Bはそもそも一般市場に流れて流通していない商品でして、ケースバイケースです。また、その特許権は、物の特許権ではなくて、製造方法、あるいは製造方法を用いたデバイス手段に関するものです。ですからなかなかそう簡単に証拠を入手できないというのは従来からの問題点でして、当然証拠保全とか言われる手法はあるのですが、証拠保全も果たしてちゃんとやってくれるかどうかというのは疑問です。経験上では証拠保全で例えば相手が力のある会社とかになると、なかなか上手いことにできません。その訳として逃げられたり、情報の漏洩で事前に相手の方でも工場のを全部撤去してなかったことにするとか、私も2回経験がございまして。

特許権者の30%が侵害関連の紛争に直面している、それでこの30%がどこから来てるのかということと分からないのですが、特許権者の中で10人に3人くらいは特許が濫用されている、それでその中の1割くらいしか対策を講じることができないので、残りの9割は泣き寝入りするしかないなというのが現状です。

それに先ほど申し上げたいいくつかの問題がまだあって、ここは先ほど申し上げた裁判が長引いた例です。本来なら中国で特許に3種類の特許があって、発明特許の場合

は、裁判の途中で当該特許の無効行為で裁判を中止されないという原則があるにも関わらず、最近自分が担当している案件とか、あるいは周りの案件を見ていると、どうしてもその辺はうまく守られていないという感じです。中止しないという法律があるわけではなくて、ただ通常発明特許の場合は、基本的に中止はしないというのがどうも原則だそうです。

ただ最近、裁判の途中で無効行為とか無効審とか、あるいは行政訴訟とかになるとどうしても裁判が中断になったりします。中止と中断の両方があるのですが、例えば裁判が無効行為によって中止されました、では中止した裁判はどのタイミングで復元されるかというところ結構不透明です。ここでグラフに書いているように、例えば無効宣告の請求を出した瞬間に中止なのか、無効宣告されたときのタイミングで中断なのか、あるいは無効に対する結果に不服があって、行政訴訟の一審と二審のタイミングで中止になるのかというのは、明確な規定がありません。

ですから裁判所や裁判官の裁量で、あるいは合議体で出した結論で、基本的に特許が有効である場合には基本的に継続しなければいけないんですけども、ただこの辺が不透明で、いわゆる裁判官が自分で整理できる部分が大きくなって、そこで変な政治力、経済力がかかるとまたそこで中断になる場合が結構あります。変な話、中断になってなかなか元に戻ることがなくて、最後は無理やり和解させられるとかいうこともしばしば聞きます。ですから、そういう不透明点を改善すべく、今回の法改正も若干、中断のタイミングに関して、触れてくるのではないかなというふうに思います。

更に特許法改正の概要としていくつかのテーマが挙げられるのですが、まず先ほど申し上げたように権利行使する時に司法ルートと行政ルートがございます。司法ルートというのは、特許権ですから通常刑事になることはあまりないと思います。商標とかだと結構刑事をやってくれるんですけども、大体は民事です。特許権の侵害で司法ルートと、あるいは行政ルートで最近結構話題になりつつも効力はいまいち不透明です。なぜかと言うと、行政ルートは誰がやるかというところ知的財産管理局と公安局と工商行政管理局です。大体この三者の合同作業で行われることが多いんじゃないかなと思います。ただあまり効力がないのも現実な話でして、なんで効力が無いかというと、そこは法的な執行力が無いし、更に人に対して罰則を自ら科すこともできません。その辺は解決しないといけないなという話がございます。

あとは、特許事務管理部門というのは恐らく最後の下の特許管理局の話だと思うのですが、金額はそこによって出されています。更に先ほど申し上げたように、無効審判の請求と審決確定時はその前後の手続きとか、その後の手続きを明確にする。無効によって特許が予めから存在しなかったのか、その辺のことがはっきりと明確に書くようにされるのではないかなと思います。

4番目は、これは故意侵害という話です。故意という行為はどうやって立証するのかなと言いますと、法改正は実際前回もそういう話があったんですけども、悪意をもってあるいは故意で意図的に侵害行為がなされる時に、それに対する罰則が必要だというのが言われつつ、実際これは無理ではないかなというふうに思っています。その訳に関してはまた後に説明します。

最後のところは、悪質な侵害行為を発見した時の摘発だとか、あるいはどちらにしても行政の方により大きな権限を与えて行政の方で侵害の防止、侵害の中止をできるような法律根拠を作るということです。

それでは詳細に入りますが、まず現行の特許法、そして法改正後の特許法、さらに日本の特許法に相当する部分のそれぞれを適用してここで話をしたいと思います。ま

ず現行のところでは一番大きく違うのは、ここで赤い線を引いているところまでして特にこの辺です。ちょっと簡単に説明しますと、その特許を始めからなかった事にするというのは前からそうだったのですが、ただいつからという話があって、ここで赤字で書いている「特許権の無効宣告、または特許権の維持決定された後、国務院は適切に登録されている公告を行う。当該決定は公告日に効力を生じる」という話がありますが、簡単に言うと公告日を一つのタイミングとして明確にしています。これは従来無かった話です。

次のスライドにももう少し詳細な話があります。やっぱり関連する話で、特許も先ほど46条、47条の無効関連の話の時に、無効宣告された特許権は予め存在しなかったものと見なすと、この辺は一緒なのですが、ただ微妙に言い方を少し変更してまして、特許は無効になったら最初から無かったことになるのは良いのですが、それまで行政あるいは司法的になされている処罰とか、処理とかはどうしてくれるんだという話になりました。従来は「処理」しかなかったのですが、ここで「処罰」の言葉を追加してます。なんでこんな言葉があるかという、従来行政部門は処罰する能力がありませんでした。力がなくて処理しか出来なかったのです。ですから実際罰則とかに関する力はなくて、当然その言葉も無かったのですが、行政的などところに処罰できるパワーが増すことによって処罰の対象も発生しうるので、それも特許法の中に追加しております。

あとは色々あるのですが、皆様中国で訴訟とか経験されている方で、勝訴したものの、なかなかお金取れませんというのは結構あるのではないかなと思います。お金を取れない原因として相手が払わないとかがあげられますが、その対抗策として大抵裁判所に対して行政執行命令を出してもらえるように手続きをします。ですが、裁判所の行政執行命令もなかなか中国では通用する省としない省がごぞいます。

一つの例で、一昨年で自分が担当している一つのケースなのですが、北京の方で判決が出ました。原告の場所は浙江省にあって、北京中級第一裁判所のほうで一応終わりました。実際の強制執行というのは北京から裁判所の警察、中国で法律の「法」で警察の「警」と書いて法警と言いますが、北京が裁判所の警察を浙江省に派遣して強制執行をかけようとしてしました。通常は北京の人を派遣するだけではなくて、浙江省に当該管轄権のある裁判所の人も含めてその場所に行って強制執行をかけるんですけども、例えば銀行口座の凍結とか色々やるんですけど、北京の方で人を出したのには良いんだけど、なかなか浙江省のほうで対応してくれない場合もあります。そして向こうの言い訳としては、特許権に関する侵害は判決が出ているものの、特許権に関する紛争はまだ終わっていないので、実際特許権は絶対的に有効だということとは言えないという理由で、もうちょっと様子を見ないといけないというふうな話がありました。とりあえず、我々の思いとしては強制執行を先にやってもらって、特許を無効にできれば特許をなかった事にするということがあるのですが、ただ法改正以降で強制執行に関する考え方は、もうちょっと慎重になるべきじゃないかなと思います。その訳としては悪意がなければ取り戻すことができないので、強制執行みたいな行為を行うときにもうちょっと慎重になるのではないかなというふうに思います。

三番目のところに、この辺の現状の法律と特許法改正のやつがあるのですが、ちょっと文章が長くなっています。どういう話かと言うと、特許部門というのは知的財産管理局の人が下した処罰、例えば損害額とか損害賠償を命じることができませんでした。そこでまず損害賠償という言葉を追加しました。ですので、行政でも損害賠償命令というのが出せるようになりました。それに対応するような形で、その下に詳しく

書いてあるのですが、どちらかと言うとそんなに大きな修正ではなくて、いわゆる特許管理局部門にいかにか大きな権限を与えることです。あるいは市場を乱す恐れがある時に、自ら行動できるような根拠をつくりました。例えば、正常な営業活動ができなくなるとか、あるいは販売活動が出来なくなるとかという恐れがある場合に、中国の特許機関が立証できれば、それで中国の特許管理機関はそれに対して効力を発生することができます。

ここで、特許管理部門が法律により取り締まる権限があるというふうに書いてあるのですが、恐らく従来言っている特許管理局、工商行政管理局、法案局が中心になって動くということ、例えば特許管理局は直接公安局に対して何らかの指令を出して公安局はそこで押収とか、特許管理局に出している規定を守らない人に対して公務妨害か何かの行為で人を逮捕するとか、あるいは拘束するということがこれから出来るような根拠をここで追加しています。

次のスライドは特許法 61 条の改正になりまして、これは方法に関する特許権権利行使という話になります。中国と日本も一緒に特許権者が自分の方法をちゃんと明細書の中に書いていますと、特許侵害被疑者とか被告とか特許侵害者は、自分はその方法じゃなくて違う方法でやっている、それで違うということを立てなければなりません。ただ立証するのに従来裁判所のほうで、例えば答弁書の中に自分はそういう方法でやっているわけではないと立証するのですが、ただこれは裁判ではないので行政部門の一つの実施なので、そこで行政部門が特許侵害被疑者に対して同じように「おたくはどういうふうにやっているのか」という回答を求めることを可能にしたという法律根拠になります。

例えばそれで方法をきちんと説明できない、あるいは説明した方法と現状の特許技術にあまり相違が無いときに方法を侵害している可能性が高いというふうに判断されると、特許侵害の行政処罰ということで、例えば先ほど申し上げた損害賠償額に相当する何らかの処罰を与える事は可能なんじゃないかなということが推測できます。

次に、先ほど申し上げた損害賠償金額が不明だとか、低いとかいう話があるのですが、ここで従来からは算出方法は書いてあるのですが、ただ算出方法が困難なときの規定と言うのはありませんでした。そこで違法な取得の算出方法が困難なときという文言を追加しています。ただやっぱり下の全然改正がなかったところは 20 万元以下ということはここに書かれています。僕はここで矛盾を感じるころがありまして、裁判所のほうでいわゆる特許法の前回法改正で最高額 50 万元を超えないということのを 100 万元に引き上げたという経緯があったのですが、それに対してこっちはあまり金額の引き上げはありませんでした。やっぱり 20 万元という金額しかないのです。ですから例えば特許権者は行政的な処罰、行政的な摘発をお願いしてそれはなされました。しかし、結局、不法利益をちゃんと算出できずに最終的に行政のほうの判断になる。そうすると 20 万元という上限は結構大きいのではないかと、行政のほうで痛くも痒くも無い 15 万元とか 20 万元という現状を維持してれば、果たしてこれから先あるのかなというふうに思っています。

ここでまだ特許法の 64 条があり、どちらかという先ほどと同じことの追加内容がいくつかあって具体的には、特許権侵害および詐欺特許のことです。詐欺特許とはどういうことかという、自分の特許じゃない特許番号を商品・製品に載せたりして、それは一つの詐称行為になるのですが、特許詐称に関して取り締まる権限を与えたということをここで明確にしています。従来で言うと特許侵害行為、それによって損失が出ます。そして行政的な執行力を与えて権利行使をしてもらう。同じように特許詐



称行為、いわゆる冒認特許とか、他人の特許を使うということは権利を侵害しているということになりますので、それに対する罰則をちゃんとここで設けようという話になっております。

最後に、行政部門に特許損害賠償金額を算出させる機能を持たせるという話がここで書かれています。これは行政の処罰のときの金額の話なのですが、別途にこれから一つ期待できるのは従来民事訴訟のときは合議体恐らく3名とかによって行われます。場合によって5名とかいうのもあるのですが、中に一人くらいは人民陪審員という人がございます。人民陪審員は誰なのかというと、その辺に普通に座っているおじさんとかいうわけではなくて、やっぱりそれなりのノウハウを持っている人です。では誰なのかというと大体特許庁、あるいは復審委員会で働いている人です。あるいは特許庁の下の知的財産管理局に在籍している人が専門家として人民陪審員をやるとするのが通常です。ただ実際裁判とか採決するとき、どちらかということ裁判長とか裁判官のほうで侵害行為の有無に対して判断しますし、更に我々の請求している金額の妥当性も判断します。妥当性が無いと判断したときに、算出方法は自分で用いて大体上限額100万円の半分とかそんな感じでやっていますが、この法改正によって行政に金額算出機能を持たせるというのがあるって、逆に行政ではなくて完全に裁判になるとその金額の算出も恐らく人民陪審員のほうの意見とか、或いは算出行為はその人が提案して法規定の中で審議されるんじゃないかなと期待しています。やっぱり特許の損害賠償額の算出というのは、なかなか一般のやつと違って、例えば損害賠償金の多いシュナイダーの案件だとか、あるいはサムソンの案件とかになると、「全部の商品の数×利益」というのが特許一件の侵害になります。ということは何が言いたいかというと、一つの商品に技術的特徴が10個、20個、100個も入っています。その中の一つの特許で一つの技術しかカバーしていないのです。従来の算出方法となると、例えば一つの商品で一万円ぐらいの利益があると、その対象製品が100個あると単純に100をかけて不当利益は100万円と算出されることが多いのですが、ただそうなりといざ訴えるときは一つの製品で100個の特許もあって、その辺の一つの特許の示す割合・比重をなかなか裁判所のほうで判断できません。そうなりとやっぱり人民陪審員に相当する特許庁の役人さんとか、あるいは知的財産管理局の役人さんがその辺の探察に携わるのではないかという気がしています。

ここまでが一応法改正の内容になります。ちょうど先々週、北京大学の知的財産学院の某著名な先生がおりまして、個人的にインタビューしました。9月11日の日にお会いして話をさせて頂いたのですが、これ以外に特許法の改正でまだいくつかの論点があって、ここが行政的に大きな力を与えて権限を与えているエンフォースメントのできるような環境を作っているんですけども、それ以外で特許法改正で何かありますかと聞いたら、いくつかの話題が出ました。

一つは実用新案に関しての話です。ここにはあえて書いていないのですが、それはまだ公表していない話で、個人的に聞いているのは中国が実用新案で現状の問題点としているものの一つは、きわめて進歩性の判断基準が低いということです。これは復審委員会とか特許庁の人に聞いてもなかなかみんな認めてくれないのですが、実際の特許権無効の要件として、発明特許のときに、例えば、顕著な効果とか顕著な作用とか、或いは複数の文献の組合せによって進歩性を強くするという表現があるやつに対して、実用新案の方はむしろ効果とか作用とか、或いは二件以下の文書の組合せとか、その辺で結構差があってその差があまりにも外国によってつまみこまれるので、その辺に何らかの文言を更に加えるのではという可能性があります。ということは、次の

法改正でできるかどうか分からないし、どこまでできるのか分からないですけど、実用新案と特許の進歩性判断基準と同レベルにするという方向性で動いているのではないかなというふうには考えております。そうするとやっぱり実用新案も従来は権利行使しやすいような環境だったんですけど、これがちょっとしにくくなるんじゃないかなというふうに思っています。

更に実用新案にまつわる話で、例えば特許提訴のときの受理要件として従来は例えば特許侵害行為を証明する初歩的な証拠があるとか、特許権に酷似している、あるいは許諾を受けていることの証明とかがあったのですが、実用新案の技術評価書というのは必ずしも必要ではありませんでした。その辺はケースバイケースです。実用新案権の技術評価書が無くても立案して訴状を送れるような権限は裁判官のところにあります。その辺に関して権利の濫用だとか、特許に関するパテント・トロールとかというのは結構話題になっておりまして、ですから基本的に実用新案の技術評価書を立件の要件に加えるか加えないかという論議がされているみたいです。結論はまだ分からないのですが、もしかしたら現状維持かもしれませんし、ただ実用新案の技術評価書を要件の中に入れると、おそらくパテント・トロールとか我々はこれから個人発明家だとかから攻められることは少なくなるんじゃないかなというふうに思っています。

いくつかの話があり最後の一つはここではあまり直接には関係はないのですが、現状では裁判に際して特許権侵害に関する裁判、その特許権の有効無効を争う無効宣告、さらにその無効宣告に対する行政訴訟という三つの過程が行われております。それぞれ別々にやっているのですが、のちに例えば二審とか二審後の再審とかで、やっぱりそれぞれの裁判所、或いは行政機関でそれぞれの結論を出しています。

一つの例で、例えば従来侵害行為において明らかに違うものを均等として認定して、同レベルのものを我々に出して無効文書と同じ作用とか同じ効果とか言ってもなかなか無効にできなかつたりする可能性があります。それをもしかして何らかの方法で統一させなければならないというのは、実際伺っている話でして、日本でいうと知的財産高等裁判所とか、台湾とかでもあったようです。その情報が中国のほうに入って来て知的財産権庁を立ち上げるという話も聞いたりして、それに関してこれからもしかして同じところで裁くような行為が行えるのではないかなというふうな推測もできます。

最後に、先ほど出しているスライドにいくつかの項目があったんですけども、一つは行政のほうどれだけの権限を与えるかというのがこれからの焦点になってくるんじゃないかなと思います。更に行政のほうで出している恐らく判決じゃなくて行政の命令だと思うのですが、どれだけの効力があるかというのもこれから焦点となっていくのではないかなと思っております。

本日は特許法改正の一部ではありますが、権利行使の話をして頂きました。ありがとうございました。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

どうもありがとうございました。特許法改正の解説、並びに関係者のほうにもヒアリングして頂きましてお話をさせて頂いた次第です。この解説につきましては、IPGとしては北京もまとめましてIPGという形で意見を提出しています。

こちらの講演につきまして何か質問等ありましたらお受けしたいと思っておりますが、いかがでしょうか？

○理光 丸山氏

理光の丸山です。貴重なご講演ありがとうございます。今回 61 条のところにおきまして、証拠の収集の強制力がつけられたということになっております。先生が最後にお話された裁判における初歩的な証拠というお話がありまして、証拠がないと裁判所は受理してくれないというハードルがあって、そのハードルを越えながらも実はあまり証拠が収集できてないから裁判所の強制力で帳簿とか入手して欲しいのですけれども、この辺のバランスと言いましょか、全く無いと多分受理してはくれないし、でもやはり難しいという大前提がありますので上手く回るのかなというのが今心配です。なので先生に感触を教えてくださいたいと思います。よろしくお願ひします。

○映橋知識産権諮詢（上海）有限公司 高野氏

証拠保全に関する話だと思うのですが、行政のほうで証拠保全するという話があって、それと別関連で裁判所のほうで証拠保全能力はどれだけの執行力があるかと言うと、場所によってあまり力を発揮していないところもあります。以前経験している話なんですけれど、北京のほうで訴訟をやっています、あるいは上海のほうで訴訟をやっております。そうすると侵害側は安徽省とか浙江省とか内陸部にあつて、証拠保全でどちらかという北京の裁判所が訴状を送る前に直接出迎えてそこで証拠を借りるという形になっています。ただ証拠は提出しない理由も特許侵害側からいくつかあります。例えば、正常な生産行為をするにあつて中断されるとか、あるいはビジネスノウハウを流出するとか、そういうのは結構理由として挙げられています。それに対して本当に警察がその人に動くなとか、証拠を押さえるぞ、みたいなことは出来ないのです。というのは必ずしも特許を侵害しているということを立証できないときにいきなり行動を起すと、後の特許を侵害しなかったときの責任問題になりますので、本当に証拠保全に対して日本の企業とか、あるいは外国企業とかもそんな裁判所命令が来て証拠から製造の器具、デバイスも全部出しちゃうというのはあつたんです。でもなかなか中国の企業はしぶとくてその辺色んな理由を付けて出さないこともあります。ちなみに最長で、証拠保全で北京から人を派遣してそこで証拠保全をやります。二日が期限だったんですけれど一週間近くそこにいて、最後何もできなかったこともあります。ですから、そういう意味で考えると裁判所よりも更に強制力の低い行政の方でどこまでできるか、私結構疑問に思ひます。

その辺に関して証拠保全で一番良いのは事前に初歩的な証拠を提出すると同時に、どこで何がどうやって動いているか、事前に情報をちゃんと収集して入手して、そこでいきなり裁判所と警察に対してこんなところでこんなことが行われていると、具体的な指示があつてもそこにいきなり行って押さえられないようなことをしないと恐らく何も押さえられないんじゃないかなと思ひます。

あともう一つは初歩的な証拠と言うのがあるんですけれども、証拠保全に頼つて例えば損害賠償額を算出するとか、侵害行為を確定させるとかというのはあまり期待しないほうが良いんじゃないかなと思ひます。むしろ現状の証拠でも十分に戦えるような体制をとつて頂いて、プラス $\alpha$ でそこで押収できれば追加だとか、侵害行為を中止する品目の追加とかを目指されたほうが良いんじゃないかなと思ひます。

○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

ありがとうございます。先ほどの情報によって追加を期待してしまつたんですけ

れども、あまり期待しないほうが良いということです。

その他よろしいでしょうか？

#### ○IP FORWARD 分部氏

IP FORWARD の弁護士分部と申します。北京の先ほどご紹介の意見を取りまとめたもので、私も議論に参加させて頂きまして、そこで話題になった論点として、今回まず行政処罰権の例の 60 条の 3 項で今回行政処罰権限がつけられたというような大きな改正だと思います。

お伺いしたいのが、この要件として「市場秩序も乱す恐れのある専利権侵害」と、全ての専利権侵害ではなくて「市場秩序も乱す恐れのある専利権侵害」というところに限定がされてるわけなんですけど、先生のお考えではどんな専利権の侵害行為がこれに当たるというふうにお考えかという点をお伺いしたいのが 1 点です。

あともう一つは、65 条のいわゆる懲罰対象で、これも非常に話題になっている条文の一つだと思いますけれども、ここでいわゆる故意侵害、故意による専利権侵害と。例えば実用新案なりを見たからといって、これが故意の侵害なのかと。ご存知のとおり今 99%実用新案は中国企業、中国人が持っている、こういったときにこれを見たからと言って懲罰対象になったら日本企業のほうが大変なリスクを負ってしまうということで、故意による専利権侵害というのはどのような定義なのか、この 2 点について教えてください。

#### ○映橋知識産権諮詢（上海）有限公司 高野氏

まず市場に関する言葉は、ものすごく抽象的な意味もあるし、あと一般的な使用もあるんですけども、抽象的というのは、例えば市場というのは特許侵害側と特許権者側の間の市場なのか、それとも一般的な市場なのかというのはまず考えなくてはいけないと思うんです。恐らくここで言っていることは、一般的な市場の話だと思いますので、ですから例えば自分の商品が侵害行為によって、ダメージを受けて正常なビジネス行為ができなくなると。それは市場を乱すということになるかということにならないと思います。恐らくそれによって全体的な一つの商品だけじゃなくて、前後関係とかも見なくてはいけないと思います。

例えば一つのパーツのエンドユーザーがいたときの、一つのパーツの侵害によってエンドユーザーに何らかの影響を与えとか、あるいは全体的な規模をそれによって破壊されたとか、値段がそれによって破壊されたとかそういうことを立証しなくてはいけないんじゃないかなという気がしています。

それは恐らくこれから法改正で特許法の実施対策も出てくると思うんですけど、多分そんなに詳しく書かれることは無いんじゃないかなという気はしています。どちらかというと、先ほど申し上げたように特許と並立して、例えば民法だとかそちらの方での「市場」の定義を参照しながらやっていくんじゃないかなという気はしています。残念ながら市場に関する定義は民法の方が私不勉強ですので分からないんですけども、恐らく一般的な市場のことを意味している訳ですから、その辺は民法を参照されたほうが良いんじゃないかなという気はしています。

もう 1 つは、すごく重要なことを言っていたんですけども、故意で侵害しているということになると、どれだけの効力があるかということ私はまた疑問に思います。何でかと言うと、例えばアメリカの三倍ルールみたいなのところがあって、例えば色んな証言だとか証拠押収とかディスカバリーとかによって立証はされるんですけど

れども、中国でディスカバリー行為というのは無いんです。先ほどの証拠保全というのはあって、保全している証拠は裁判所、あるいは行政機関がそこに行って、そこに関係する証拠の提出だとか図面の提出だとかっていうんですけど、関連の無いところは提出しなくて良いんです。ディスカバリーは全部出さないといけないので、ですからディスカバリーが無い限り故意というのは立証しにくいんじゃないかなという気はしています。

特に故意というのは先ほどの故意レベルもあるんですけど、それを見ながらちゃんとその通りでデットコピーで作っていくのか、あるいはそれを若干ヒントにして自分の設計に加えるかという話があるんですけど、その辺は実際不透明なんです。

ただ一つ中国の中央テレビの方で先日一つの報道があって、ご紹介したいと思うんですけども、コピー商品と民俗産業は必ずしも矛盾していないと報道がありました。そこで紹介されたのは、これから政治的な大発明というのは恐らく無いので、元々ある技術に改良を加えることによって新製品にしていると。ですので、もともとある技術の改良という元々のやつは見なければならぬ。ということは元々ある実用新案が見たからといって全部故意になるかといえば、私はそう簡単に定義された話ではないんじゃないかと考えております。

#### ○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

ありがとうございます。この改正法案、今後の動きは私どもも追って逐次どういう形になっていくのかというのはウォッチングしまして、皆様にも情報を提供していきたいと思っております。最後に高野先生に拍手をもってお礼とします。どうもありがとうございました。

それでは最後、帰任者挨拶ということで全体会合のほうでも申し上げたとおりお二人の方がご帰任するということで、最後ご挨拶頂きたいと思っております。始めに住友化学（上海）有限公司の大上総経理です。上海 IPG の副グループ長として長年にわたりご支援・サポート頂きました。大上様お願いします。

#### ○住友化学 大上氏

住友化学の大上です。このたび、9月29日に4年4ヶ月の上海生活を終えて帰国することにしました。上海 IPG では幹事、およびその副グループ長として約3年務めさせて頂きました。その間色んなことを勉強させて頂いたことは感謝しております。私は上海を発ちますけれども、この上海 IPG が更に発展することを期待しております。どうもありがとうございました。

#### ○ジェトロ上海事務所 秋葉氏（司会）

大上様ありがとうございます。

またカシオ上海の岸上様です。幹事、水際 WG のグループ長ということでご支援頂きました岸上様もご帰任されるということでご挨拶を頂きます。

#### ○カシオ 岸上氏

カシオの岸上です。私は中国に赴任してまだ一年経っていないのですが、先月末に急遽帰任しろと言われてまして、どうしようもない状況となってしまいました。上海 IPG の皆様、ジェトロの皆様、WGメンバーの皆様にも非常にご迷惑をおかけしてしまい、大変申し訳ないと思っております。

私自身としましては、弊社内の業務も、このIPGでの活動も、まだ志半ばというよりも、まだ始まったばかりで何も結果を出せないうちに帰るということに関して、非常に悔しくてたまりませんが、今はどうすることもできません。

その様な状況ですが、それでもやはり皆さまにご迷惑をおかけすることだけは、なるべく少なくしたいと考えておりますので、今月いっぱいしか有りませんが、できる限りのことをやっておきたいと思っておりますので、よろしく願いいたします。

どうもありがとうございました。

○ジェットロ上海事務所 秋葉氏（司会）

本当にお二方には上海IPGをサポートして頂きまして、本当に改めて感謝申し上げます。本当にありがとうございました。

それでは第60回上海IPG会合はこれもちまして終了したいと思います。お配りしているアンケート、ぜひ皆様ご協力頂ければと思います。今後のテーマとか改善につなげたいと思います。また本日入場でお渡ししました名札、ネームプレートの方も入り口で回収したいと思います。皆様気をつけてお帰り頂ければと思います。どうも本日はお疲れ様でした。ありがとうございました。

以上