

中国知財訴訟における証拠収集の実務

——特許権侵害訴訟を中心に——

本 橋 た え 子*
分 部 悠 介**

抄 録 近年、中国では、従来の単純なブランドフリーライド型の模倣品に加えて、より複雑かつ巧妙な、デザインやアイデアといった、技術開発成果盗用型の模倣品、すなわち、特許権侵害品が急激に増加しており、その被害に遭い、中国での特許権行使を検討、実行する日系企業も増えてきている。他方で、中国企業による特許権出願件数及び知財訴訟の件数も右肩上がりに増加する中で、日系企業が被告の立場に立たされるリスクも増大している。原告、被告いずれの立場でも、自己の主張をどれだけ証拠によって客観的に裏付けられるかが重要となるところ、中国知財訴訟においては、いわゆる「立証難」問題を背景として、公証購入をはじめ、証拠収集に関して、日本にはないプラクティスが存在する。本稿では、特に、特許権侵害訴訟を中心として、中国知財訴訟における証拠収集の特徴及び実務上の留意点を、原告／被告、双方の立場から、説明する。

目 次

1. はじめに
2. 中国知財訴訟における証拠収集の特徴
 2. 1 「立証難」問題
 2. 2 公証購入
 2. 3 電子証拠の証拠能力
 2. 4 証拠のチェーン
3. 侵害事実の立証のための証拠収集
 3. 1 公証購入等
 3. 2 証拠保全
4. 損害額の立証のための証拠収集
 4. 1 特許権侵害訴訟における損害賠償額の算定方法
 4. 2 ECサイト上の情報を利用した損害賠償額の立証
 4. 3 裁量性賠償
5. 抗弁事由の立証のための証拠収集
 5. 1 中国知財訴訟における主な抗弁事由
 5. 2 先使用权立証のための証拠収集
 5. 3 現有技術の抗弁のための証拠収集
6. おわりに

1. はじめに

近年、中国では、従来の単純なブランドフリーライド型の模倣品に加えて、より複雑かつ巧妙な、デザインやアイデアといった、技術開発成果盗用型の模倣品、すなわち、特許権などの専利権¹⁾侵害品が急激に増加しており、その被害に遭い、中国での特許権行使を検討、実行する日系企業も増えてきている。他方で、中国企業による特許権出願件数及び知財訴訟の件数も右肩上がりに増加する中で、日系企業が被告の立場に立たされるリスクも増大している。原告、被告いずれの立場でも、自己の主張をどれだけ証拠によって客観的に裏付けられるかが重要となるところ、日本とは異なる実務上の制度や、訴訟における事実認定の感覚の違いに戸惑う企

* 弁護士 Taeko MOTOHASHI

** IP FORWARDグループ総代表・CEO
Yusuke WAKEBE

業も多い。そこで、本稿では、特に、特許権侵害訴訟を中心として、筆者らの実務上の経験や実際の裁判例も踏まえ、中国知財訴訟における証拠収集の特徴及び実務上の留意点等について説明する。

2. 中国知財訴訟における証拠収集の特徴

2.1 「立証難」問題

中国知財訴訟において、しばしば指摘されるのが、「立証難」、すなわち、権利侵害事実や抗弁事由の存在の立証が認められにくい、という問題である。これは、実際の訴訟では、個々の証拠の証拠能力の認定と、証拠に基づく事実認定の2つの場面において、裁判所の判断が非常に厳しく行われることに体现されている。そして、以下で詳述する公証購入をはじめとする中国知財訴訟における証拠収集及び立証活動上の特徴は、いずれも、これらの2つの場面における「立証難」問題を背景として、実務上のスタンダードとなっている制度ないし理論にほかならない。

2.2 公証購入

上述した、証拠能力の認定場面における「立証難」問題を端的に示しているのが、「公証購入」であろう。「公証購入」とは、被疑侵害品の販売行為等の侵害行為の立証のために被疑侵害品を購入する際、公証人を同行させ、被疑侵害業者による販売行為、販売時に交付された發票²⁾などを現認させる手続を指す。後の提訴の際には、公証人の現認内容を記載した「公証書」と、公証現場で取得した被疑侵害品を封緘した「公証物」を証拠として提出することになり、かかる公証認証手続なしに被疑侵害品を購入して証拠として提出しても、証拠能力は基本的に認められない。

2.3 電子証拠の証拠能力

ECサイト上の取引の活発化等に伴い、知財訴訟においても、原告側、被告側ともに、ウェブページや電子メールなどの電子証拠を提出するケースが増えてきているが、ここでも証拠能力は厳格に判断されることになる。具体的には、ウェブページや電子メールを証拠として提出する場合には、そのプリントアウトをそのまま提出しても、原則として証拠能力は認められず、上述の公証購入と同様に、公証認証手続を経る必要があり、ウェブページであれば、公証人が公証処のパソコンにて、対象ウェブページを開く過程とウェブページのキャプチャからなる公証書を作成し、それを証拠として提出することになる。

2.4 証拠のチェーン

中国知財訴訟では、複数の証拠の組み合わせによって1つの要件事実を立証しようとする場合、真実性に疑義のない証拠を、切れ目なくつなげることが求められ、これを実務上、「証拠のチェーン」と呼んでいる。1つの要件事実を立証する場合に、かかる「証拠のチェーン」が形成されていなければならないことはもとより、1つの要件事実の立証のための証拠と、別の要件事実の立証のための証拠との間においても、この証拠のチェーンが形成されていなければならない。実務上は、特に、後述する先使用权、現有技術の抗弁の立証において問題とされることが比較的多いように思われる。

3. 侵害事実の立証のための証拠収集

3.1 公証購入等

(1) 概要

中国各地には、日本の公証役場に相当する「公証処」が存在しており、大規模な公証処では、

30人ほどの公証人を擁する場合もある。ただし、公証人の公証業務は多岐にわたり、知財案件に慣れている公証人は限られる。また、公証購入等は、基本的には、相手方との取引を装って行われるため、同行する調査員や弁護士と事前に打ち合わせを行うことが一般的であり、それらの代理人の指示内容を的確に理解して公証購入等に臨むことが必要となる。このため、公証購入等は、知財案件を扱う法律事務所等の専門家に依頼し、当該法律事務所と日ごろから知財案件について、対応実績のある公証人を選定するようにすることが望ましい。

なお、公証による証拠化は、被疑侵害品を購入する「公証購入」が最も一般的であるが、これに限らず、証拠化の対象に応じて、公証の態様も異なり得る。例えば、相手方が配布しているパンフレット等を証拠化しようとする場合には、入手の過程を公証人に現認させ、上述のように、現物と公証書を証拠とすることになるし、相手方の工場内で撮影した動画を証拠化しようとする場合には、調査員等が撮影した動画について、撮影過程を現認させ、動画データと現認過程を記載した公証書を証拠とすることになる。このように、どのように公証を行うべきかは、証拠の態様によって異なり、証拠の態様は立証趣旨によって決まってくる。権利行使において、何を立証趣旨とすべきかは、特に、特許権侵害の場合、特許の内容と絡んで高度な法的判断を必要とする場合もあることから、いずれにしても、法律事務所等の専門家に相談するのが望ましい。

(2) 管轄選択と公証購入

中国では、権利侵害に関する訴訟は、被告住所地または侵害行為地の裁判所の管轄となるが(民事訴訟法28条)、特許権をはじめとする権利侵害品は、地方の製造業者によって製造されることも多く、このようなケースでは製造業者の

所在地の裁判所に対して訴訟を提起することも可能である。しかし、地方の裁判所の審理水準は、徐々に向上してきているとはいえ、北京、上海などの大都市圏の裁判所のそれと必ずしも同等であるとはいえず、また、いまだに地方保護主義が根強く残る地域も存在するため、可能な限り、大都市圏の裁判所を管轄として選択することが望ましい。

この点、特許権侵害については、被疑侵害品の製造・販売等の実施地が権利侵害行為地とされ、また、製造業者と販売業者を共同被告として訴える場合には、販売地の裁判所が管轄権を有するものとされている(法積[2001]21号5条、6条)。したがって、被疑侵害品製造業者を被告とするだけでは有利な管轄を選択できない場合は、北京、上海等所在の侵害品販売業者を探し出して上述の公証購入を行うことで、当該販売業者の販売行為を証拠化し、その上で製造業者と販売業者を共同被告として提訴するのが、実務上の定石となっている。

(3) BtoB製品の公証購入

BtoB製品の場合、ほぼ確実に市場に流通するBtoC製品に比べて、一般的には公証購入の難易度は高くなる傾向にある。しかし、実際の裁判例においては、BtoB製品であっても、実際に公証購入に成功したケースも少なくない。例えば、窒化物系赤色蛍光体に関する特許権侵害が問題となった、深セン市中級人民法院(2015)深中法知民初字第198号、200号、201号では、原告たる特許権者は、被告から直接、被疑侵害品を公証購入している。

また、中国では、アリババなどのECサイト上でBtoB製品が販売されていることも珍しくない。例えば、アゾ染料の組成に関する特許権侵害が問題となった最高人民法院(2016)最高法民申3164号では、原告は、北京の販売業者から被疑侵害品たるアゾ染料を公証購入して、北

京知識産権法院の管轄としつつ、さらに、被疑侵害品が販売されたアリババのウェブページを公証して証拠として提出している。

いずれにしても、ECサイトを含めて、公証購入の可能性、入手ルート等は、必要に応じて、被疑侵害業者の拠点に直接赴くなどして、事前に詳細に侵害実態の調査を行った上で把握しておくべきである。こうした調査は、取引を装って行うのが一般的であり、対象製品の技術的内容や関連業界について、事前に理解しておくことが必須となるので、侵害実態の調査は、知財事件の特徴を熟知し、案件ごとに技術内容をある程度理解し得る調査員により行うことが望ましい。また、後の公証購入も、かかる調査時の取引交渉を前提として行われるところ、公証人は、取引交渉には関与しないため、公証現場において臨機応変に対応することができず、相手方に公証人と気づかれる可能性もある。そこで、公証人が取引現場に赴く際には、知財事件に慣れた調査員が同行の上、公証人を適宜サポートすることが重要である。

BtoB製品の中でも、とりわけ公証入手の難易度が高いのが、中間製品である。当該中間製品が使用された最終製品から特許権の各技術特徴（構成要件）との対比が可能の場合、最終製品を公証購入できれば、当該中間製品が特許の保護範囲（技術的範囲）に属すること自体は立証できるが、中間製品の製造業者に対して差止め等の権利行使を行う場合、公証購入した最終製品に使用されている中間製品が、当該中間製品の製造業者により製造／販売されたものであることも立証しなければならない。したがって、中間製品の製造業者に対して差止め等の権利行使を行う場合において、最終製品から中間製品の製造業者が客観的に特定されない場合、中間製品の製造業者から直接、公証購入等をする必要がある。

こうした、中間製品業者からの公証購入の成

否は、調査員の経験、能力と、相手方業者の性質にもよるため、実際にやってみないとわからないところはあるが、成功例も存在する。例えば、弊職らが実際に対応した事例では、ある中間製品の製法特許³⁾について、当該方法の使用が疑われる工場での実態調査の際に、調査員が入手した製品サンプルを権利者が分析したところ、特許権侵害の可能性が濃厚であったため、当該業者に対して調査時に取得したサンプル品と同一の加工を委託し、完成後、公証人とともに相手方工場を訪れ、そこで加工後の製品の受領を公証人に現認させるとともに、その加工後の製品及び加工前の製品、委託加工契約書等を封緘、公証認証を行った⁴⁾というケースがある。

3. 2 証拠保全

(1) 制度概要

証拠が滅失または後日取得し難くなるおそれがある場合には、当事者は、裁判所に証拠保全を申し立てることができ、裁判所は、職権により、証拠保全措置を取ることができる（民事訴訟法81条）。実務上は、相手方が有している証拠の保全を申し立てることが多く、この意味において、証拠保全は、相手方の手中にある証拠の収集手段と位置付けることができる。

条文上、「証拠が滅失または後日取得し難くなるおそれがある」ことが証拠保全の要件となっているが、方法特許など、被告の工場内で実施されていて、証拠化が困難な場合や、受注生産で通常の市販ルートで入手が困難な場合、製品が高額である場合、受注生産品で一般に入手困難な場合にも保全申立てが認められる場合があるので、こうした特許の侵害訴訟を提起する場合には、証拠保全の活用を検討すべきである。

申立ては提訴と同時に行うことが多いが、裁判所によっては提訴前のみ、証拠保全の申立てを受理する場合もあるようである。いずれにしても、訴状や証拠など、提訴の準備を終えた状

態で申立てを行うことになろう。

申立てが認められた場合の保全手続は、申立ての内容にもよるが、例えば、原告代理人が同行の上、裁判官が被告の工場に赴き、工場内で静止画、動画撮影や、製造プロセス表などの収集が試みられる。もっとも、証拠保全には強制力がなく、被告側が工場内への立ち入りを拒否することも少なくない。しかし、この場合には、本案の審理において、そうした態度が考慮され、裁判官の心証に影響するほか、中には、証拠保全に非協力であったことのみを以て、立証責任を転換し、特許権侵害を推定した判決も散見される⁵⁾。

(2) 証拠保全申請時に提出する証拠

証拠保全の申立ての際には、当該証拠の意義と重要性を説明し、さらに原告自身で当該証拠を収集できないことや、相手方が特許権侵害行為を行っていることなどを具体的な証拠に基づいて説明することになる。したがって、侵害行為の立証に足りなくても、それを一定程度推認させる周辺的な証拠は必要になる。

どのような初歩証拠によって、どこまで、侵害事実を疎明すれば、証拠保全申請が認められるかについては、そのような基準を定めた規定等は存在せず、また、その基準を具体的に判示した裁判例も見受けられず、結局、各地の裁判所の裁量によるところが大きいように思われる。

例えば、天然ゴム液を原料とし、初期型にて焼成後にさらに成型金型にて加熱加圧成型するステップを有する立体ゴム製品（靴のインソール）の製造方法にかかる特許権侵害が争われた、広州知識産権法院（2017）粵73民初2539号（裁判例①）において、原告は、初歩証拠として、被告工場にて公証購入した靴のインソールのほか、同工場にて公証入手した被告が発行した領収書、納品書、宣伝パンフレット、工場周囲等で撮影した写真を含む公証書を提出するとともに

に、「二次成型活動ラテックスインソール」と記載されたウェブページ⁶⁾の公証書を提出し、証拠保全が認められている。当該特許方法は、製品からさかのぼって各ステップを推定することが基本的にできないと考えられる上、判決からすると、原告が、被告が特許方法を使用していることの本拠は、被告ウェブページに「二次成型活動ラテックスインソール」と記載されていることであると思われることからすると、証拠保全申請の認定の詳細は不明ではあるが、「二次成型活動ラテックスインソール」とのウェブページ上の記載により、二段階でインソールの成型を行う本件特許の使用を疑わせる、という理由で、証拠保全が認められた可能性があり、原告が申請段階で提出した初歩証拠によっては、特許方法の本質をなすどの構成要件も証明できていなかったものと思われる。なお、この案件においては、裁判所による証拠保全において、被告工場内での写真撮影や製造工程の動画撮影等が行われたが、それらの証拠から、原料に天然ゴムは使用されていないとして、特許権侵害の成立は否定されている。

これに対して、らせん波型樹脂管材にかかる特許権等の侵害が争われた、長沙市中級人民法院（2015）長中民五初字第01172号（裁判例②）において、原告は、公証認証なしで自ら撮影した被疑侵害設備の写真10枚、本件と同一の被疑侵害権利についての、原告と一方被告（本件では、被告が二者存在）との間の別件訴訟における和解調書、一方被告所在地の環境保護行政局のウェブページ等を初歩証拠として提出したが、写真については、撮影地点が証明できておらず、和解調書の対象機器に関する情報を原告が提供していないために、撮影された設備と和解の対象機器との関連も、和解した一方被告との関連も不明確であり、被疑侵害設備が客観的に存在することも確認できないとして、また、和解調書については、原告と和解した一方被告

が、当該案件で関連する企業名を明らかにしなかったために、本件の両被告が本件の侵害行為を実施したかについて証明力を有していないとして、さらに、行政局のウェブページには、被告が、HDPE波型管生産ラインの建設計画について、環境保護検査を受けたことが示されているが、HDPE波型管が必然的に権利侵害となることを証明していない、として、証拠保全が認められなかった。しかし、HDPE波型管が必然的に権利侵害となることを証明していないという点については、主として、「二次成型活動ラテックスインソール」とのウェブページの記載により、特許方法の使用を疎明しようとした裁判例①も同レベルではないかと考えられ、むしろ、裁判例②では、侵害の疑いを強める同一権利侵害の和解調書という間接証拠もあったが、裁判例①では、一応、原告が主張する被疑侵害品の存在自体は示しているのに対し、裁判例②では、証拠のチェーンの形成について、厳しく判断されたために、その存在すら認定されなかったという点は、両者の結論が分かれたポイントの1つと考えられる。

また、ナフトールの製造方法にかかる特許権侵害が争われた最高人民法院（2015）民申字第582号（裁判例③）において原告が、公証認証なくして被告工場内で携帯電話で撮影した動画データ等に基づいて証拠保全を申請したことについて、一審判決は証拠保全を行わず、二審もこれを違法としなかったのに対し、最高人民法院は、「原告は、ビデオ資料等の初歩証拠を提出し、被告が侵害行為を実施した可能性があることを証明し、被告もナフトールを製造したことを認めている⁷⁾。被告の生産活動はいずれも内部で行われており、原告及びその代理人が内部に立ち入り、関連証拠を収集することは困難であるから、一審裁判所は、原告の申請後、証拠保全を行うべきであった」旨、判示している。つまり、この事案でも、原告が証拠保全申請段

階で示していたのは、特許方法にかかる製品と同一種類の製品を製造していたことのみであり、裁判例①と同様、特許方法の本質をなす構成要件のいずれも（または一部のみしか）証明できていなかったのではないと思われる。なお、裁判例③で言及されているビデオ資料は、公証認証つきではなかったが、上記の判示からすると、それ以外の証拠との関連等も含めて、被告所在地にて撮影されたと認められた可能性があり、やはりできる限り、関連証拠は公証認証付きで収集すべきであることは、言うまでもない。

このように、裁判所の判断はケースバイケースであり、明確な基準を見出すことはできないが、裁判例③において、「…被告の生産活動はいずれも内部で行われており、原告及びその代理人が内部に立ち入り、関連証拠を収集することは困難である」との判示、及び、裁判例①及び③は方法特許、裁判例②はBtoB製品ではあるが、主として製品の構造に関する特許権等であることを考慮すると、証拠収集の困難性は、証拠保全申請の許否に多少の影響を与えているように思われる。

4. 損害額の立証のための証拠収集

4. 1 特許権侵害訴訟における損害賠償額の算定方法

民事訴訟を提起する場合には、損害賠償を請求することが多いと思われるが、特許権侵害の場合の損害額は、以下の(1)～(4)を基準に、その順序に従って算定されることになる（専利法65条）。

- (1) 権利者が権利侵害行為によって被った実際の損害に基づき算定
- (2) 侵害者が権利侵害行為によって得た利益に基づき算定
- (3) 当該特許の実施許諾料の倍数を参酌して算定

- (4) 特許権の種類、侵害行為の性質、情状等の要素に基づき、1万元以上100万元以下の賠償額を算定（法定賠償）⁸⁾

実務上は、(4)の法定賠償で算定されることが圧倒的に多いが、(4)の法定賠償額を算定するにあたり、裁判所が考慮する要素は、1) 侵害された権利の種類、2) 侵害行為の継続期間、3) 侵害行為の規模、範囲、4) 相手方の悪性等である。このため、特に、3) に関して、被告の財務諸表や、ウェブサイト、パンフレット等に記載された売上高等の情報、被告が実店舗以外に、ECサイトや展示会等を通じて被疑侵害品を販売していることを示す証拠、原告の他の知財権侵害行為を行っていることを示す証拠等を収集しておくが良い。

4. 2 ECサイト上の情報を利用した損害賠償額の立証

ECサイトのウェブページ公証は、上述のとおり、侵害事実の証拠となり得るほか、損害賠償額の証拠として利用することもできる。例えば、美容機器に関する意匠権侵害が争われた最高人民法院（2017）最高法民申1828号において、原告は、意匠権侵害による損害額を立証するため、電子商取引サイトにおける被告製品の販売数量、販売金額等のデータを含むウェブページを公証して証拠として提出し、裁判所はかかる証拠に基づいて、300万元の損害額を認定している。このように、ウェブページの公証という、比較的簡易な証拠化手法により、比較的高額の損害額が認定される可能性もあり、世界の電子商取引市場である中国においては、知財権を行使する際には、積極的にかかる証拠の提出を検討すべきであるといえる。

4. 3 裁量性賠償

前述のように、実務上は法定賠償によって、

損害額が算定されることが多いが、最高人民法院が公表した、「現在の経済情勢下における知的財産審理サービス大局の若干問題に関する意見」法発〔2009〕23号においては、「侵害により受けた損害又は侵害による利益の具体的な額を証明するのは困難であるが、前記額が明らかに法定賠償の最高限度額を超えることが証拠により証明できる場合、全案件の証拠状況を総合して法定最高限度額以上で合理的に賠償額を確定すべきである。」と規定されており、このように、裁判所の裁量による法定賠償の上限額を超えた賠償金の認定は、裁量性賠償と呼ばれている。近年では、この裁量性賠償によって、法定賠償の上限額（100万元）を超えて損害額を認定する裁判例がしばしば見受けられるようになってきた。

例えば、上海知識産権法院（2016）沪73民初519号において、裁判所は、原告の、侵害者利益に基づく損害額（上記算定基準（2））の主張を退けつつ、その提出した証拠に基づき、被告の侵害品の型番が多いこと、また、侵害行為が長期間（2010年～2017年）に渡って行われたこと、及び、2010年10月～2017年2月の間の被告の販売総収入は8億元に達しており、2015年4月～2017年2月の間の侵害品の販売収入は4,400万元余りに達していたこと等に基づき、被告が侵害行為により得た利益は、明らかに法定賠償上限額の100万元を超えているとして、550万元の損害賠償額を認定している。

また、前掲深セン市中級人民法院（2015）深中法知民初字第198号等において、裁判所は、原告が、被告製品の売上げがそのまま原告の売上げ減少分、すなわち、原告の被った実際の損害額であるとの主張（上記算定基準（1））を、被疑侵害品以外の同種被告製品が存在していたことなどを理由として退けつつ、そうだとした場合、同種被告製品全体の売上高が莫大であることを指摘した上、その他、本件が発明特許であ

ること、被告が全部で3件の特許権を侵害していること、被告が製造行為を行っていたこと等に基づき、200万元の損害賠償を認定している。

これらの事例からも分かるように、算定基準として、(1) 権利者損害、(2) 侵害者利益の主張が認められなくても、被告製品の売上高に関する客観的なデータ（例えば、前掲深セン市中级人民法院（2015）深中法知民初字第198号等の事例では、原告は、被告製品の売上高に関して、年度別の業界調査報告書を提出している。）は、法定賠償や裁量性賠償の算定にあたっても考慮される可能性があるので、できる限り証拠として提出することが望ましい。

5. 抗弁事由の立証のための証拠収集

5.1 中国知財訴訟における主な抗弁事由

(1) 先使用権

先使用権とは、特許権侵害の主張に対して、対象技術を当該特許権の出願より前から実施していた場合には、そのまま使い続けることができる制度のことである。専利法69条及び「最高人民法院による専利権侵害をめぐる紛争案件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」（法積[2009]21号）第15条の規定を参照すると、先使用権の要件は以下の3つに整理することができる。

- 1) 先使用権者が出願日前に、すでに中国国内で、対象製品と同一製品を製造／対象方法と同一方法を使用し、または、製造／使用に必要な準備を終えていること
- 2) 先使用にかかる技術が先使用権者自ら設計したか、または、合法的手段により獲得されたものであること
- 3) 先使用権者が従前の範囲内で製造等を継続すること

1)の要件については、先使用権が認められ

るためには、対象製品と同一製品を製造／対象方法と同一方法を使用し、または、すでに製造／使用のために必要な準備を終えていることが必要とされているため、日本の先使用権制度と異なり、単に、越境ECサイト等により、中国国内で販売されていた、というだけでは先使用権は認められない点に注意が必要である。

また、3)の要件については、例えば、生産ラインを拡大した場合には、その拡大分については、拡大時が基準時となり、元の生産ラインによる製造またはその準備の時点在先使用権の基準時として主張する場合には、元の生産ラインの生産範囲でのみ、先使用権が認められることになる。もっとも、既存設備を利用して達成可能な生産規模は含まれ、当該生産ラインで実際に製造されていた範囲には限定されない（前掲法積[2009]21号第15条）。

(2) 現有技術の抗弁

現有技術の抗弁とは、特許権侵害の主張に対して、実施している技術等が現有技術、すなわち、当該特許権の出願日前に中国国内外で公知（文献公知を含む）であるか、または、公然実施された技術である場合には、特許権侵害が成立しないと主張する抗弁である（専利法62条）。

現有技術の抗弁の要件は、

- 1) 特許権の出願日前に、公知または公然実施された技術があること
- 2) 自己が実施する技術と、1)にかかる技術とが同一であること

と整理することができ、中国では、日本のような無効の抗弁が認められてないため、侵害訴訟において、現有技術の抗弁を主張する場合には、別途、1)の、公知または公用技術の存在を、そのまま無効理由として、無効審判請求を行うことが多くなると思われる。

なお、2)の要件の現有技術と実施技術との同一性については、両者の間に実質的相違がな

い範囲で認められると規定されているほか（前掲法釈[2009]21号第14条），北京高級人民法院の専利権侵害判定指南においては，現有技術と同一・均等，または，公知常識との簡単な組み合わせである場合に現有技術の抗弁が成立する旨，規定されている（同137条）。

5. 2 先使用権立証のための証拠収集

(1) 必要な証拠

上述の要件から分かるように，先使用権の立証のためには，基本的に，1）技術内容に関する証拠，2）実施またはその準備に関する証拠が必要である。1）に関する証拠は，主に，研究開発段階及び製造開始後に生じることになり，2）に関する証拠は，製造準備段階または製造開始後に生じることになる。必要となる基本的な証拠の具体例を表1に示す。

(2) 先使用権立証のための証拠収集における留意点

先使用権の要件のうち，1）先使用権者が出願日前にすでに関連製品を製造し，または，製造に必要な準備を終えていたこと，の1つの要

件についても，1つの証拠で証明できることは多くなく，複数の証拠を組み合わせることによって，その充足性を主張しなければならないことが多いが，かかる場合，上述した証拠のチェーンの形成が必要であり，裁判では，かかる証拠のチェーンの形成が不十分であるとして，先使用権の成立が否定されるケースも少なくない。実際の裁判例を見ると，「注文番号」がキーとなって，注文書や通関申請書等の複数の書証について，証拠のチェーンの形成が認められて，当該注文番号が記載された注文書の添付図面の製品が，係争特許の出願日前に製造されて出荷されたことが認定された事例などがあり（上海市知識産権法院（2015）沪知民初字第504号），このように，何らかの特定のキーが複数の書証に共通していると「証拠のチェーン」の形成が認められやすいといえ，例えば，製品開発コードや型番などがそうした「証拠のチェーン」のキーとして機能することが多いと思われる。

また，下表のとおり，先使用権立証のための証拠は，その性質上，社内資料が多く含まれることになるが，基本的には，第三者により発行された書面や，第三者の押印，サイン等がある

表1 先使用権立証のための基本的な証拠

	研究開発段階	製造準備段階	製造開始後
立証趣旨	技術内容・対象技術の合法的取得	必要な準備の完了	製造／使用
証拠例	<ul style="list-style-type: none"> ・ 研究ノート ・ 技術成果報告書 ・ 実験報告書 ・ 研究開発報告 ・ 発明提案書 ・ 設計図 ・ 仕様書 ・ 技術鑑定報告書 （・ 技術実現可能性報告書） 等	<ul style="list-style-type: none"> ・ 事業実施計画書 ・ 技術供与計画書 ・ 譲渡，実施許諾契約 ・ 対価支払証明書，領収書 ・ 設備・原料等購入契約 ・ 設備等購入見積書・注文書・請求書・領収書 ・ 設備のリスト ・ 製造設備等の写真 ・ 鍵となる部品部材の加工図 ・ 企業，工場の設立時の当局への申請書 ・ 事業実施開始決定書 等	<ul style="list-style-type: none"> ・ 販売記録／出荷記録等書類 ・ 納品書・帳簿類 ・ 作業日誌 ・ 税関通関書類 ・ 製造方法等の録画 ・ マニュアル ・ 製品自体 ・ 設備取扱書 （・ カタログ） （・ パンフレット） （・ 商品取扱説明書） （・ 会社の宣伝資料） 等

書面の方が、証明力が高いと考えられる。例えば、浴室暖房にかかる特許権（2001年出願）侵害の主張に対する先使用権の成否が争われた最高人民法院（2015）民申字第1546号では、被告の1999年の宣伝カレンダー、2000年の被告製品カタログ、製品の安全認証に合格したことを示す認可証書、製品写真と製品サンプル等を証拠として提出し、型番によって証拠のチェーンが形成されたこれらの証拠に基づき、先使用権が認められている。認可証書のように、公的機関、または、実施者と利害関係のない第三者により発行された書面等は証明力が高いために、同型番の製品写真等により、技術内容の同一性が証明できるのであれば、それらによって証拠のチェーンが比較的容易に認められやすいのに対し、証拠が社内資料に偏る場合には、それらの証明力を相互に高める目的で、関連する補強証拠の提出を検討する必要がある。

さらに、1)の要件に関しては、製品の同一性は、侵害を主張されている特許権との関係において、証明されなければならない。つまり、相手方の特許権が、製品の内部構造や機能にかかる発明であれば、通常は、製品写真だけでは不十分であり、製品実物や仕様書等によって、先使用にかかる実施技術の内容を証明する必要がある。特に、製品実物によって実施技術の内容を証明しようとする場合には、証拠とする製品実物が、出願日前に製造された物であることも、証明されなければならない点に注意が必要である。例えば、タイヤロックにかかる特許権（2008年出願）侵害の主張に対する先使用権の成否が争われた上海市高级人民法院（2012）沪高民三（知）終字第33号においては、被疑侵害品の販売先2社が発行した声明書によれば、被疑侵害品の俯瞰図と一致するタイヤロックが2008年から販売されていたことは証明されるが、具体的な内部構造までは証明できない上に、これらが証明する販売品実物は、2008年に販売

されたものではなく、それと一致すると被告が主張する未公証の既存製品にすぎない、などとして、先使用権の成立を否定している。

なお、上述のように、生産ラインを拡大した場合には、その拡大分については、拡大時が基準時となることから、製造規模を拡大した場合には、さらに、「従前の範囲内」の要件に関して、3) 拡大後の製造規模に関する証拠を準備するのが望ましい。一方、製品の仕様を変更した場合、変更後の製品の製造について、変更前の製品の製造時を基準時として先使用権を主張できるかは、変更の前後でどの程度製品が変わっているかによると考えられ、例えば、当該特許発明と全く関係のない部位の寸法をわずかに変更したような場合であれば、変更前製品との連続性が認められる可能性があるが、基本的には、生産ラインの拡大と同様、その都度、追加証拠の収集を行っておくべきである。これらのパターンの証拠の具体例を表2に示す。

(3) 公証とタイムスタンプ

先使用権は、特許権侵害の主張に対して抗弁として機能するものであり、逆に言えば、警告ないし提訴されるまで利用する場面はない。しかし、いざ警告ないし提訴の段階になって先使用権を主張しようとしても、中国訴訟で証拠能力を認められる形式で証拠化を行っておかなければ、先使用権の存在を立証することはできない。先使用権の場合、日付の立証が重要なところ、例えば、電子メールによって原告特許の出願日以前に製造の準備を行っていたことを証明しようとしても、中国では、日付の改ざんは容易であるとして、社内の電子メールの電子データ自体には証拠能力が認められない可能性が相当程度ある。したがって、原告特許出願よりも前に、確かにその書証が存在していたことを確実に証拠化しておく必要がある。そのための手段が、公証認証及びタイムスタンプである。

表2 仕様変更、製造規模拡大時の証拠

	仕様変更時	製造規模拡大時
立証趣旨	変更後の技術内容・対象技術の合法的取得	拡大後の製造規模
証拠例	<ul style="list-style-type: none"> ・製品仕様事業実施計画書 ・製品仕様変更後の製品設計図、仕様書 ・(設備、原料の変更がある場合) 設備・原料等購入契約、購入見積書 ・注文書、請求書、領収書 ・(設備、原料の変更がある場合) 設備の写真、設備リスト <p>※仕様変更後の製品の製造等事実にかかる証拠(前ページ参照)が必要。</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・実施変更計画書 ・(設備、原料の変更がある場合) 治具製造のための設備・原料等購入契約、購入見積書 ・注文書・請求書・領収書 ・(設備、原料の変更がある場合) 設備の写真、設備リスト <p>※製造規模拡大後の製品の製造等事実にかかる証拠(前ページ参照)が必要。</p>

公証認証は、前章にて説明した、公証人による認証を行うことである。具体的には、書面や製品現物であれば、公証人に書面等の存在を確認してもらい、確認内容について公証書に記載し、書面等を封緘する。

また、製造ラインの公証を行う場合であれば、公証人に製造ライン撮影の過程を現認してもらい、現認内容を公証書に記載し、撮影データを封緘する。かかる撮影公証を行う場合には、立証趣旨に応じて、どこをどのように撮影するか、あらかじめ公証のシナリオを作成しておくこと

が望ましく、相応の事前準備が必要である。

一方、タイムスタンプは、電子データについて、スタンプ認証を行った時点で、当該電子データが存在していたことを認証するものである。中国では、聯合信任タイムスタンプ服务中心(Time Stamp Authority)によって認証されたタイムスタンプ資料は、訴訟上、証拠能力が認められつつある。

タイムスタンプ認証取得の流れを図1に示す。

タイムスタンプ認証は、電子データであれば、PDF、ワード、エクセル等、何でも対象とする

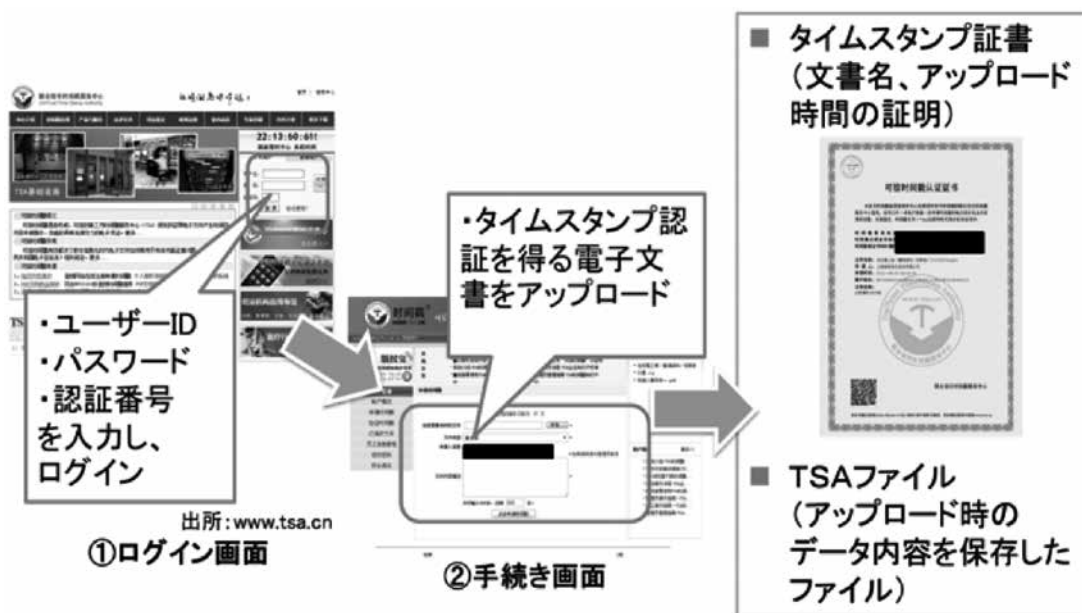


図1 タイムスタンプ認証取得の流れ

ことが可能（エクセルの場合、複数シートがある場合でも、一つのファイルにつき、まとめてタイムスタンプ認証を得ることが可能）である。また、画像データファイル、動画ファイルも対象とすることができる。紙文書をPDFにする場合、物理的には、すべての紙文書を一つのPDFデータとして、これについてタイムスタンプ認証を得ることが可能であり、タイムスタンプは認証を取得するファイル数によって費用が決まるので、ファイルをまとめることで、タイムスタンプ認証を得る手間と料金が低減できるが、社内での管理、後に証拠として活用する際の検索性等の観点からは、紙文書の内容ごとに別個のPDFファイルを作成して、それぞれ、タイムスタンプ認証を得る形にした方が適当な場合が多いと思われる。

書面の認証は、上述のように公証人によって行うことも可能であるが、タイムスタンプは公証認証よりもはるかに低コスト（アカウント登録料：1,000元、認証費用：10元／ファイル）で証拠化を行うことができ、証拠形態や内容等に依りて、公証認証とタイムスタンプ認証を適宜組み合わせることで証拠準備を行うことが望ましい。

5. 3 現有技術の抗弁のための証拠収集

(1) 必要な証拠

現有技術の抗弁は、現有技術の種類によって、必要な証拠が異なり、刊行物公知に開示された技術を主張する場合には、当該特許出願日前の先行技術文献を証拠として提出すればよいが、公然実施された技術を現有技術として主張する場合には、上述した先使用権の場合と同様に、1) 特許権の出願日前に、公然実施された技術があること、の1つの要件を立証するために、複数の証拠を組み合わせることによって、その充足性を主張しなければならないことが多く、ここでも証拠のチェーンの形成が大きなポイントとなる。例えば、液圧スイングアーム切断機

の制御装置にかかる実用新案権侵害に対して、現有技術の抗弁の成否が争われた、最高人民法院（2012）民申字第18号では、実施技術にかかる被告製品の販売先の声明書が提出された後、被告の申請に基づき、一審裁判所により現場検証が行われ、その際に、当該販売先から、同一発行日の發票、小切手控え、会計伝票原本が提供されたほか、現場検証の際に当該販売先にて、上記發票に記載の型式の機械実機が保全され、その銘板に明記された生産日に基づき、出願日前に当該機械が公開されたと認定されている。

また、無効審判事件であるが、ガスメータの構造にかかる実用新案権を、公然実施を理由に無効と判断した、40124号無効審決では、江西省豊城市の計測検定センターが発行したガスメータにかかる検定証書（No.160731170001）、（請求人の製品を購入した）G社が発行した個人ユーザZに関する情報（No.160731170001のガスメータが表示）及び、請求人とG社との間の製品売買契約書や發票、G社と個人Zとの契約書や入金記録、個人ZのNo.160731170001のガスメータの解体全過程の公証書等、計12点の証拠が提出されており、これらの証拠の間では、解体されたガスメータの検証証書番号によって、「証拠のチェーン」の形成が認められたものと考えられる。

ECサイトにおける製品販売の事実に基づき、公然実施を主張する場合も同様である。ウェブサイトに記載された情報も、公証による証拠化を行う必要があることは上述のとおりであるが、ECサイトの販売記録の日付のみでは、出願日前に販売されていた事実が認定されない可能性があるため、販売記録の真実性を裏付ける証拠や、同一製品の出願日前の他のルートにおける販売事実を示す証拠を組み合わせることで提出することが望ましい。実際、モップにかかる実用新案権侵害訴訟において、現有技術の抗弁を認めた上海市高级人民法院〔2014〕滬高民三（知

終字第13号では、1) 被告の顧客のECサイトにおける製品の販売記録（ウェブ公証済み）に加えて、2) 被告の顧客が発行した製品仕入伝票、3) 被告の顧客の証言、4) その他の製品設計図、5) 第三者が発行した製品包装、説明書の印刷にかかる発票（領収書）、仕入伝票、包装・説明書サンプル、証人証言、6) 製品部品の仕入にかかる発票、契約、証人証言等が証拠として提出され、主として、1) から3) の3点が、認定に用いられている。

(2) 先使用权立証との関係

特許権出願日前に自社製造を行っていた場合には、特許権侵害の主張に対しては、先使用权と現有技術の抗弁の両方を主張することもあり得えよう。特に、自己実施技術が、BtoB製品に関する場合、製品の性質によっては、公然実施されたと認められない可能性もあるため、先使用权の主張も視野に入れておいた方が良いと思われる。例えば、軌道車両用空気乾燥器にかかる実用新案権侵害の主張に対して、先使用权及び現有技術の抗弁の成否が争われた、山東省高级人民法院（2015）魯民三終字第84号では、原告も、実施技術にかかる被告製品が、第三者により販売された事実を認めたものの、筐体によって覆われているため、技術的特徴を直接看得することができず、かつ、その販売対象も特定性を有しているため、対象技術の特徴は社会に公開されておらず、国内外の公衆に知られる状態にはないとして、現有技術の抗弁の成立を否定した一方で、原告が提出した公証書に開示された被告製品の銘板上の出荷日と、被告製品の販売先の声明書と発票、支払銀行の領収書により、被告製品の販売時期が証明されるとともに、当該販売先が提供した製品説明書が、裁判所が他所で保全した製品説明書と完全に一致しており、それらに記載された技術的特徴が特許発明の技術的特徴と同一であるとして、先使用

権の抗弁が認められている。

製品の性質、技術内容等によって、先使用权と現有技術の抗弁のいずれが立証しやすいかは一概には言えないため、当該技術について、自ら特許出願を行わない場合には、両方の主張・立証を見据えて、証拠の準備を行っておくことが望ましい。

6. おわりに

以上、本稿では、中国知財訴訟における証拠収集の実務上の留意点について説明するとともに、関連する裁判例の分析、考察を通じて、原告、被告それぞれの立場で、どのような場面でどのような証拠を収集すべきか、一定の指針を示した。本稿が、これから中国において、知財権を行使しようとする、あるいは、他者の知財権行使への備えを進める日系企業の参考となれば幸いである。

注 記

- 1) 中国では、日本の特許権に相当する発明専利権のほか、実用新案権に相当する実用新型専利権、及び意匠権に相当する外観設計専利権の3つの権利をまとめて「専利権」と称する。
- 2) 中国では、政府が領収書の形式を規定しており、かかる正式な領収書を「発票」という。被疑侵害品の販売業者が発行した発票がないと、当該公証購入品が、確かに当該販売業者から購入したものであると認められないおそれがある。
- 3) 中間製品の分析により、当該方法の使用の立証が可能な特許であった。
- 4) なお、もともと相手方が提示した方法を選択、指定するのではなく、権利者側から積極的に方法を指定して委託した加工品については、証拠能力が否定される可能性があるので注意が必要である。
- 5) 例えば、江蘇省高级人民法院（2013）蘇民終字第0009号では、「被告は正当な理由無く、2回、一審法院の、金型全自動生産ライン設備の製造に対する証拠保全を拒絶し、一審法院は、被告の製造する設備が対象特許の保護範囲に属する

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

か否かを判定するための技術対比の方法を採用することができなかった。かかる場合に、一審裁判所が、原告の主張、つまり、被告が製造する金型全自動生産ライン設備が本件特許権の保護範囲に属するとの主張を推定することは、全く不当ではない。」と判示している。

6) このウェブページには、「二次成型活動ラテックスインソール」がどのように製造されるかにつ

いての説明はない。

- 7) 被告が認めたのは、ナフトールを製造したことであって、特許方法を使用したことではない。
- 8) なお、(4)については、2019年1月に全人代より公表された専利法改正草案では、100万円の上限額が500万円に引き上げられている。

(原稿受領日 2019年11月30日)

