

中国特許審決取消訴訟判例紹介（第5回）

大野総合法律事務所

金杜律師事務所（KING & WOOD PRC LAWYERS）

弁理士 加藤 真司[※]

「金属斗拱」事件（(2006)一中行初字第1275号）

1. 関連規定

特許法第22条第2項

新規性とは、出願日前に同様の発明又は実用新案が国内外の出版物上で公開発表されておらず、国内で公開使用されておらず、又はその他の方式で公衆の知るところとなっておらず、かつ同様の発明又は実用新案が他人によって国务院特許行政部門に出願され出願日後に公開された特許出願書類中に記載されてもいないことをいう。

特許審査指南（2006年版）第二部第三章第2.1.3.2節

使用公開

使用によって、技術案の公開に至り、又は技術案が公衆が知ることのできる状態に置かれるに至ったときは、このような公開方式を使用公開という。

使用公開の方式には、公衆がその技術内容を知ることができる製造、使用、販売、輸入、交換、贈与、実演、展示等の方式が含まれる。上記の方式によって、関連する技術内容が、公衆が知りたいと思えば知ることのできる状態に置かれれば、公衆が知ったか否かに関わらず、使用公開となる。但し、いかなる技術内容の説明もしていないために、所属技術分野の技術者がその構造及び機能又は材料成分を知ることができない製品展示は、使用公開には該当しない。

特許審査指南（2001年版）第四部第一章第12.2節（一部抜粋）

12.2.1 技術（又は設計）の知得者及び技術（又は設計）の伝播者

技術（又は設計）の知得者（以下単に知得者という。）とは、特許又は特許出願の出願日（優先日があるときは優先日をいう。以下同じ。）以前に、他人又は他人の場所からある技術（又は設計）を知得し、かつ知得した技術（又は設計）を伝播する能力を有する者をいう。

ここにいう他人は、技術（又は設計）の伝播者（以下単に伝播者という。）である。伝播者は発明者（又は設計者）であってもよいし、知得者であってもよい。

12.2.2 知得者の秘密保持義務

知得者と伝播者とが秘密保持の協議をしており、適用される秘密保持規定があり、又は知得者がその技術（又は設計）の内容を伝播する前に伝播者が知得者に秘密保持を要求していたことを証明する証拠があるときは、当該知得者はその者が知得した技術（又は設計）について伝播者に

※ 大野総合法律事務所からの派遣により北京の金杜律師事務所（KING & WOOD PRC LAWYERS）に駐在

中国北京市朝陽区東三環路39号建外SOHO A座31層（100022）

（直通） +8610-5878-5496

（FAX） +8610-5878-5588

（E-mail） shinji_kato@kingandwood.com

対して秘密保持義務を負っていると認定しなければならない。

知得者と伝播者とが秘密保持の協議をしておらず、適用される秘密保持規定がなく、かつ知得者がその技術（又は設計）の内容を伝播する前に伝播者が知得者に秘密保持を要求していたことを証明する証拠がないときは、その商業上の関係、確認できる事実、証拠及び信義誠実の原則等に基づいて、知得者が秘密保持義務を負うべきか否かを判断しなければならない。

12. 2. 3 認定原則

技術（又は設計）が公開されたか否かを認定するポイントは、公衆中のいかなる者も当該技術（又は設計）を知りたいと思えば知ることができる状態が存在したか否かを認定することにある。

12. 2. 4 認定基準

発明者（又は設計者）又は知得者が非出版方式で公衆に向けて当該技術（又は設計）を伝播し、それによって、公衆中の当該技術（又は設計）を知りたいと思う任意の者がそれを通じて当該技術（又は設計）を知ることができたことを証明する証拠がある場合には、当該技術（又は設計）は既に公開されていると認定しなければならない。

知得者が、その者が知得した技術（又は設計）について伝播者に対して秘密保持義務を負わないが、その者が知得した方式又は手段によっては、依然として公衆中のその技術（又は設計）を知りたいと思ういかなる者も知ることができる状態が存在することを証明できないときは、当該知得者が当該技術（又は設計）を知ったことをもって当該技術（又は設計）が既に公開されたと認定することはできない。

知得者が、その者が知得した技術（又は設計）について伝播者に対して秘密保持義務を負うが、その者が出願日前に事実上その秘密保持義務を履行せず、非出版方式で公衆に当該技術（又は設計）を伝播したことを証明する証拠があるときは、当該技術（又は設計）は既に公開されたものと認定しなければならない。

知得者が、その者が知得した技術（又は設計）について伝播者に対して秘密保持義務を負い、かつ事実上その義務を履行しなかったことを証明する証拠がないときは、当該知得者が当該技術（又は設計）を知ったことをもって当該技術（又は設計）が既に公開されたと認定してはならない。

12. 2. 5 使用公開

使用公開の方式には、公衆がその技術内容を知ることができる製造、使用、販売、輸入、交換、贈与、実演、展示等の方式が含まれる。これらはいずれも、使用の方式によって公衆にその技術（又は設計）の内容を知らしめ、公衆は理解したいと思えば理解できるものであり、実際に公衆が知得したか否かは重要でない。

例えば、出願日前に、甲会社（伝播者）が特定の型番の製品を乙会社（知得者）に販売したことを証明する販売レシートがあり、かつ乙会社が甲会社に対して秘密保持義務を負っていないとする。乙会社は売買という合法的な方式で当該製品を取得している。このような場合には、当時の分析手段を含む技術水準の制限によって特徴を知ることができない場合を除いて、この製品の技術的特徴は公衆にとっては知ることができるものであるため、この製品を購入した公衆はこの製品の外部の技術的特徴を知ることができるだけでなく、分解又は破壊することによりその内部の技術的特徴も知ることができる。従って、この販売行為によって知ることのできるようになった技術的特徴で構成される技術案は使用公開されたものと認定される。

技術内容が秘密保持状態で使用されている場合は、当該技術内容は公衆にとっては知ることができるものとはなっていないため、このような使用によっては当該技術内容は公開されるに至っていないと認定する。例えば、部隊の兵士が新式の武器又は装備を試用したり、秘密保持工場が新しい製造方法を試験したりした場合は、いずれも秘密保持状態での使用に該当する。これは部

隊の兵士及び秘密保持工場の被雇用者（知得者）はいずれも秘密保持規定の拘束を受けており、それらの者が当該技術を知り、又は使用したからといって当該技術が既に公開されたと認定することはできないからである。

2. 事件の概要

「金属斗拱」の実用新案特許権（第02241682.X号、出願日は2002年7月12日）に対して無効審判が請求され、同実用新案特許が新規性（特許法第22条第2項）を具備するか否かが争われた。請求人は、本件実用新案は出願日前の公開使用によって新規性を喪失していると主張した。

国家知識産権局専利復審委員会（以下単に「専利復審委員会」）は、本件実用新案は出願日前に使用公開されておらず、新規性を有すると判断した（2006年7月11日第8516号無効宣告請求審査決定、以下「第8516号審決」）。審判請求人は、専利復審委員会の第8516号審決を不服として、北京市第一中級人民法院に審決の取消しを求める訴訟を提起した。

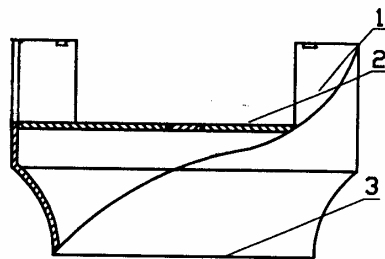
3. 特許の内容

本件実用新案特許は、建築用部材である金属斗拱（斗組（ますぐみ））に関する。

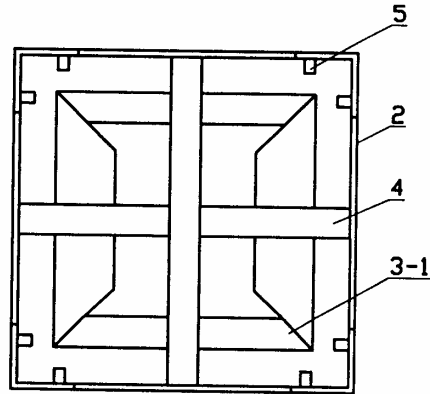
本件特許の請求項1は斗の独立項であり、請求項6は拱の独立項であり、それぞれ下記のとおりである。

1. 上が大きく下が収束した斗体(1)を有し、斗体上に拱と組み合わされる溝(2)を有する金属斗拱中の斗であって、前記の斗体は中空であり、斗底(3)を有することを特徴とする斗。

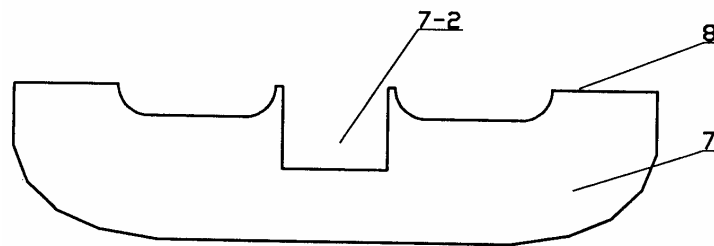
6. 斗体の溝(2)と組み合わされる拱身(7)を有し、拱身上方に斗体支持台(8)を有する金属斗拱中の拱であって、前記の拱身は中空であり、拱身の両側の壁の間に支持バー(7-1)を有することを特徴とする拱。



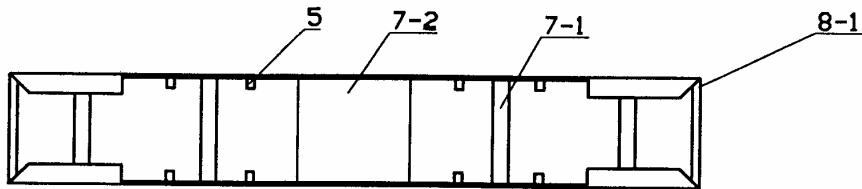
[図1：斗の正面図]



[図2：斗の平面図]



[図3：拱の正面図]



[図4：拱の平面図]

4. 無効審判における請求人及び被請求人の主張

請求人は、本件実用新案特許はその出願日前に桂林「杉湖銅塔」工事において既に使用公開されており、かつこの銅塔は工事が完成した後に公衆に開放されて、その構造は既に公衆が知ろうと思えば知ることのできる状態に置かれていたと主張した。請求人は以下の証拠を提出した。

証拠1：桂林市杉湖景区内の日塔の写真を公証する公証書

証拠2：桂林市榕杉湖景区工事（杉湖双塔工事を含む）の建設状況報告書の写し

証拠3：武漢重工鑄鍛有限責任会社の斗拱取付竣工図とされるものの写し

証拠4：武漢重工鑄鍛有限責任会社の斗拱施工資料（技術秘密開示書）とされるものの写し

証拠5：武漢重工鑄鍛有限責任会社の展示室の斗拱の実物部品とされるものの写真の写し及び劉齊軍の談話筆記録の写し

証拠6：1982年3月に出版された『機械工程ハンドブック 第5巻 機械設計（二）』の奥付け及び関連頁の写し

証拠7：1999年6月に出版された『実用板金工ハンドブック』の奥付け及び関連頁の写し

証拠8：証拠5の劉斉軍の談話筆記録に対する公証書

証拠9：2005年10月18日に武漢重工鑄鍛有限公司のプロペラ工場展示場内に保存された斗拱に対して9枚の写真を撮影した行為についての公証書

証拠10：証拠2、3、4に対する公証書

証拠11：2002年6月3日の桂林日報第1版の写し、2002年5月28日桂林日報第8版のニュースを写した写し、及び2002年6月7日桂林晩報第11版の写し

これに対して被請求人は、技術資料の保存期日は竣工及び検収の後であり、これは本件実用新案特許の出願日より遅く、施工過程では鑄造銅斗拱の斗体内部の技術は開示されていないと主張した。被請求人は以下の付属書類を提出した。

付属書類1：建築工事の品質、竣工及び検収の意見書

付属書類2：銅塔銅部品の製作取付工事の竣工図

付属書類3：『建設工事施工契約』

付属書類4：榕杉湖景区の九階建て塔の銅部品の製造取付の施工竣工文書

付属書類5：銅塔の銅部品の製作取付工事の施工組織設計

付属書類6：九階建て塔の銅部品の製作取付工事の施工総括

付属書類1～6には、すべて桂林市都市建設書類保存館の複写証明章が押印されている。

付属書類1は竣工及び検収の期日が2002年8月13日であり、対外的に開放された期日が本件特許の出願日（2002年7月12日）よりも遅いことを証明している。付属書類2は、すべての付属書類の真実性を証明している。付属書類3は、双方が図面について秘密保持の要求をし、商慣習に従って双方が黙示の秘密保持義務を有していたことを証明している。付属書類4は付属書類1、2、5、6の表紙及び目次である。付属書類5は施工が閉鎖施工であったことを証明しており、それによってこの工事が検収以前には秘密保持の状態にあったこと、及び主要施工管理人員表中には劉斉軍がいないことが証明される。付属書類6は2002年7月以前にはまだ竣工及び検収が行われていないことを証明している。

5. 専利復審委員会の審決

上記の証拠1～11及び付属書類1～6を踏まえて、専利復審委員会は次の通り判断した。

証拠1は単に桂林杉湖銅塔の構成に関するにすぎない。証拠3及び証拠10については、証拠3の公証書に「編集制作期日：2002. 6. 23」及び「20/6-02」と記載されているが、この期日は単に編集制作の期日及び製図の期日にすぎず、証拠3及び証拠10の図面が公衆中の任意の者が知ろうと思えば知ることのできる状態に置かれた期日ではない。証拠4及び証拠10の証拠4に対する公証書の技術秘密開示書には「発給期日：2002年2月27日」と記載されているが、同様にこの期日も証拠4及び証拠10の技術秘密開示書が公衆が知ろうと思えば知ることのできる状態に置かれた期日ではない。従って、証拠1、証拠3及び証拠4、並びに証拠10中の証拠3及び証拠4に対する公証書からは、銅塔の構成がいつ公衆中の任意の者が知ろうと思えば知ることのできる状態に置かれたかを確定することはできない。

証拠9は、単に、証拠5の写真における証拠9の写真と完全に一致する部分が、武漢重工鑄鍛有限公司のプロペラ工場の展示場に保存された建築斗拱部品を撮影して得られたものであるということしか証明できない。

証拠5と証拠8の談話筆記録に係る証人劉斉軍は口頭審理に出席して証言をし、本件に係る金

属銅製の斗拱は本人が所属する会社が設計したものであると述べ、上記の展示場に保存された建築斗拱部品は即ち桂林杉湖工事のために作った最初の部品であることを認めた。しかしながら、請求人はそれを証明する客観的な証拠を提出しなかったため、証人の証言のみでは証拠5の写真及び証拠9の写真が示す部品が即ち桂林市榕杉湖景区工事の杉湖双塔工事の金属斗拱の最初の部品であることを証明できない。また、証人劉斉軍による「建築施工図は発注側が提供したものであり、私の所属する会社は自社の設計を有しており、相手方が提供したのは純粋な建築設計図であり、発注側又は桂林市政府とは技術秘密保持の協議を締結していない。」という証言も客観的な証拠がなく、これを支持することはできない。これに対して、付属書類3は桂林市二江四湖工事の榕杉湖景区建設指揮部が武漢重工鑄鍛有限公司に対して銅塔の斗拱の図面について秘密保持するよう要求したことを証明している。また、社会通念からしても、このような図面の秘密保持はすべての施工過程が終わるまで継続するものであり、そうでなければ図面の秘密保持はその意義を失ってしまう。証拠5及び証拠8において証人劉斉軍は、武漢重工鑄鍛有限公司は施工者として記者を含む見物客に対して特殊な秘密保持措置はしていなかったと述べたが、銅塔の施工過程で施工人員でない者が施工現場に入ったことを証明する客観的な証拠は提出されていない。これに対して、付属書類5は、施工過程では銅塔は対外的に公開されていないことを示している。また、施工人員は特定の者であり特許法上の「公衆」ではないため、施工行為は使用公開には当たらず、実施された技術案は公衆の知るところとなったわけではない。従って、請求人が提出した証拠は、杉湖銅塔の施工過程においてその構造が公衆の知るところとなったことを証明できない。

証拠2、10及び付属書類1から、杉湖塔は2002年6月に工事が完了し、2002年8月13日に竣工及び検収されていることが分かる。証拠11の2002年5月28日の桂林日報第8版には杉湖双塔の遠景写真が掲載されているが、この写真からは杉湖双塔中の銅塔内の斗拱の具体的構成を知ることができず、写真及び文字の記載からも、銅塔の斗拱の構成が2002年5月28日に既にいかなる者も知ることができる状態にあったという結論を得ることはできない。同様に、証拠11の2002年6月7日の桂林晩報第11版にも杉湖双塔の遠景写真が掲載されているが、この写真からは杉湖双塔の銅塔内の斗拱の具体的構成を知ることができず、写真及び文字の記載からも銅塔斗拱の構成が2002年6月3日に既にいかなる者も知ることができる状態にあったという結論を得ることはできない。証拠11の2002年6月3日の桂林日報第1版は「桂林市二江四湖一期工事竣工総会」に関連する情報が掲載されているが、そこには「竣工総会が木竜湖景区で盛大に行われる」と記載されており、また、多くの者がこの総会に参加している写真が掲載されているが、この総会は木竜湖で行われているのに対して、本件の銅塔は杉湖に位置しているため、総会に参加した人が杉湖銅塔の斗拱の具体的構成を知ることができたという結論を得ることはできず、かつ写真及び文字の記載からも、銅塔斗拱の構成が2002年6月3日に既にいかなる者も知ることができる状態にあったことを証明することはできない。また、桂林市「二江四湖」一期工事には「杉湖の日月双塔」が含まれることが文字で記載されているが、付属書類1は、杉湖銅塔の竣工及び検収の期日が2002年8月13日であることを明確に示しているため、「桂林市『二江四湖』一期工事竣工総会」を開催した期日がすなわち杉湖銅塔の竣工期日であるとは推定できない。従って、証拠11では本件特許の出願日前に桂林杉湖銅塔の斗拱の構成が既にいかなる者も知ることができる状態にあったことを証明することはできない。通常は、施工者は竣工及び検収に合格した後に始めて当該設備を使用に供するため、桂林杉湖銅塔が竣工及び検収の前に既に社会公衆に開放されていたことを示す証拠がないという前提では、桂林銅塔は竣工及び検収の後に社会公衆に開放されて公衆が塔内に入って銅塔の斗拱の具体的構成を知ることができるようになったと認定すべきであり、上

述のようにこの銅塔の具体的な斗拱の構成が竣工及び検収の前に既に公衆の知るところとなったことを示す証拠がないため、銅塔は本件特許出願日後である2002年8月13日に竣工及び検収されたと認定すべきである。従って本件特許が新規性を具備しないという請求人の主張は支持できない。

以上の理由により、専利復審委員会は本件実用新案特許を維持する審決をした。

6. 北京市第一中級人民法院の判決

(1) 事実の認定

人民法院は上記に加えて以下の事実を認定した。

付属書類3は杉湖銅塔及び銅部品の製造取付の『建設工事施工契約』であるが、この契約に係る発注者は桂林市二江四湖工事榕杉湖景区建設式部であり、受注者は武漢重型鑄鍛廠であり、双方はこの契約において、「発注者は2001年5月30日前に受注者に3組の図面を提供する。受注者は発注者の同意を得ないで本工事図面を第三者に渡してはならない。工物品質保証期間が満了した後は、受注者は保存すべき必要な図面を除き、すべての図面を発注者に返却しなければならない。銅塔に関する図面は発注者の同意を得ることなくその他の用途に用いてはならない。その他の用途に用いた場合は、発注者は法律責任を追及する権利を有する。」と約定している。

特許権者が提出した付属書類5は、銅塔、銅部品の製作取付工事の『施工組織設計』であり、そこには「施工現場の周囲は閉鎖管理し、門の守衛制度を厳格に実行し、施工人員でない者が現場に入ることを厳格に禁止しなければならない、施工管理人員は仕事場では名札をつけなければならない。」と記載されている。

無効審判請求人が提出した証拠2及び証拠10は桂林市榕杉湖景区工事（杉湖双塔工事を含む）の建設状況を報告したものであり、そこには、「杉湖双塔は2001年5月に工事が開始され、2002年6月に工事が完了した。」及び「工事の各プロジェクトが、初期検査を経て、……正式な竣工及び検収の条件を具備しているときは、各責任者、専門家、検収委員会及び関連部門に検収審査を依頼する。」と記載されており、その記載期日は「2002年8月」とされている。

付属書類1は建設工事の品質、竣工及び検収の意見書であり、そこには明確に「工事名称：銅塔銅部品製作取付工事」、「竣工及び検収の期日：2002年8月13日」と記載されており、証拠2及び証拠10の「双塔」には付属書類1の「銅塔」が含まれるため、証拠2、10及び付属書類1から、杉湖銅塔は2002年6月に工事が完了し、2002年8月13日に竣工及び検収されたという結論が得られる。

証拠11中の2002年5月28日の『桂林日報』第8版には「新たに建設された杉湖双塔は、二江四湖の文化的含蓄が豊富である」というタイトルの杉湖双塔の写真、及び「今日の二江四湖は、……金の壁が光り輝き、仙境の如きである。」という記事が掲載されている。2002年6月7日の『桂林晩報』第11版にも杉湖双塔の写真と「塔の由来と発展」に関する記事が掲載されている。2002年6月3日の『桂林日報』第1版には「桂林市二江四湖一期工事竣工総会」及び「市委員会書記李金早の竣工総会での講話」の記事が掲載されており、その内容は、「『6月2日午前、本市は世界環境デーを記念して、桂林市二江四湖一期工事竣工総会を』木竜湖景区で盛大に開催した。……榕杉湖景区は二江四湖工事の重要構成部分として、鮮明な特色を有している。榕湖の湖心島やガラス橋も、杉湖の日月双塔も、……」というものである。この記事ではさらに、多くの者がこの総会に参加している写真が掲載されている。

証拠2には、桂林市榕杉湖景区工事(杉湖双塔工事を含む)のプロジェクトには、『緑化工事』、

『道路、広場、護岸堤、棧道、亭台楼阁の工事』、『噴水』、『ガラス橋』、『街灯投光照明』、『双塔及び水中通路』の6つのプロジェクトが含まれ、双塔及び水中通路の施工に参加する入札会社は武漢重型鑄鍛廠他9社であることが明記されている。

証拠5の写真は武漢重工鑄鍛有限公司のプロペラ工場の展示場に保存された建築斗拱構造を撮影して得られたものであり、撮影期日は2005年10月18日である。証拠5及び証拠8の談話筆記録に係る証人劉齊軍は、無効手続の口頭審理で、「杉湖銅塔の斗拱部品は、発注側の入札文書中の要求に従って、本人が所属する会社、即ち武漢重工鑄鍛有限責任公司によって設計製作されたものであり、上記の展示場に保存された建築斗拱部品は即ち桂林の『杉湖銅塔』工事のために作った最初の部品である。」と証言した。

証拠2～5及び付属書類1～6は、いずれもそれぞれ「武漢重型鑄鍛廠」及び「武漢重工鑄鍛有限責任公司」に関するものである。双方当事者は「武漢重型鑄鍛廠」及び「武漢重工鑄鍛有限責任公司」が同一の実体であることについては異議はない。

(2) 新規性の判断

上記の事実認定に基づいて、人民法院は本件実用新案特許がその出願日前に使用公開されたか否かについて次のように判断した。

証拠2、証拠10及び付属書類1から、「杉湖銅塔」は2001年5月に工事が開始され、2002年6月に工事が完了したことが証明され、特に証拠11で記者が撮影して掲載した写真によって、少なくとも2002年5月28日には「杉湖銅塔」が既に完成していたことが証明される。特許権者は「杉湖銅塔」の斗拱の具体的構成は本件特許の「金属斗拱」の技術案と同一であることを認めている。従って、本件の争点は、「杉湖銅塔」が本件特許出願日前に完成していたという客観的事実によって、必然的に、本件特許の技術がその出願日前に公開されたという結論を導くことができるか否かにある。

桂林双塔及び宝塔に関連する水中通路の施工に参加した会社には、武漢重型鑄鍛廠以外に、杭州金星銅工程公司等の全国各地の9つの企業があり、武漢重型鑄鍛廠は単に桂林銅塔の施工会社中の一つにすぎないことが証拠2によって証明される。しかしながら、本件特許の技術案に係る「金属斗拱」は、「杉湖銅塔」という大型複合工事プロジェクト中の「銅製造工程」のみにかかわるものである。よって、施工過程において秘密保持義務を負う「特定の者」は、「金属斗拱」の技術内容に直接接触する施工会社及びその人員の範囲内に限られるべきである。付属書類3の『建設工事施工契約』は、桂林市二江四湖工事の榕杉湖景区建設指揮部（発注側）と武漢重型鑄鍛廠（受注側）との間で締結されたものであり、そこには受注側が杉湖銅塔及び銅部品の製造取付において、関連する加工図面に対して厳格な秘密保持義務を負うことが明確に規定されている。付属書類5は、武漢重型鑄鍛廠が杉湖銅塔及び銅部品の製造取付及び施工において厳格な秘密保持管理をしていたことを証明している。杉湖銅塔及び銅部品の製造取付及び施工に参加したその他の会社がさらにいることを証明する証拠を無効審判請求人が提出していないことに鑑みると、付属書類3は、本件特許出願日前に「金属斗拱」の技術内容に接触した「特定の者」としては、桂林市二江四湖工事の榕杉湖景区建設指揮部と武漢重型鑄鍛廠しかいないことを証明しており、付属書類3と付属書類5は、この両組織が「特定の者」として、実施化して使用する本件特許技術に対して出願日前に厳格な秘密保持措置を採り、両者とも秘密保持責任を果たしたことを証明している。

付属書類1から分かるように、「杉湖銅塔」は2002年8月13日になってやっと竣工及び検収されており、建築工事作業の常識に照らせば、工事が竣工して検収に合格しなければ、施工者は工

事を委託者の使用に供することはない。よって「杉湖銅塔」は、竣工及び検収がすんだ後に初めて、公衆が塔内に入って銅塔斗拱の具体的構成を知ることができるよう社会公衆に開放することができたものである。確かに原告の証拠は、記者や総会出席者等の不特定の者が本件特許出願日前に既に、建設が完了した「杉湖銅塔」を撮影し、又は見ることができたことを証明している。しかしながら「桂林市二江四湖一期工事総会」が行われた場所は木竜湖であり、「杉湖銅塔」は杉湖景区に位置するため、記者が撮影したのは、単に「杉湖銅塔」の全体の外観形態にすぎない。このため、公衆は証拠11中の新聞紙に掲載された「杉湖双塔」の遠景写真及び関連する文字の記載から「杉湖銅塔」の斗拱の具体的構成を知ることができたわけではない。従って、このような建設が完了した後の「公開」展示によって、本件特許技術がその出願日前に、いかなる者も知らうと思えば知ることのできるという法律状態に至ったわけではない。よって、原告の証拠では、桂林「杉湖銅塔」の斗拱の具体的な構成上の特徴が竣工及び検収の日である2002年8月13日前に公衆に知られたことを証明できない。この竣工及び検収の日は本件特許出願日の後であるため、「杉湖銅塔」が本件特許出願日前に既に建設が完了していたという客観的事実によっては、本件特許の技術がその出願日前に公開されていたという結論を導くことはできない。

証拠5及び証拠9の写真に示される桂林「杉湖銅塔」工事の「金属斗拱」の最初の部品構造は、2005年10月18日に撮影されたものであり、上記の「未公開」の理由により、単に劉斉軍の証言によるのみでは、この構成上の特徴が本件特許出願日前に既に不特定の公衆に対して公開されたという法律状態にあったことを証明できない。

7. 考察および実務上の注意点

(1) 審査指南の経過措置

審査指南は2006年に改正されている。この2006年版審査指南の「改正後の審査指南を施行する過渡方法」には、「改正後の審査指南は2006年7月1日から施行し、2001年10月18日に公布され施行されている審査指南はこれと同時に廃止する。」と規定されており、2006年7月1日以前の出願及びこの日以前に付与された特許権についても、所定の規定を除いて2006年版の改正後の審査指南を適用することが規定されている。所定の規定としては、出願類別を変更する分割出願についての規定、先願主義についての規定、及び無効審判における証拠の訳文の提出についての規定が挙げられている。

使用公開については、上記「1. 関連規定」で紹介した通り、2001年版審査指南では比較的詳細な説明がされている。これに対して、2006年版審査指南では、2001年版の規定が大幅に削除されている。2006年改正に先立って公開された意見徴収版には、改正内容に対する説明が付されており、これを参照すると、2001年版でもともと「第四部 復審及び無効請求の審査」に規定されていた上記の規定は、「第二部第三章の関連規定と一致させるために」という理由で削除されている。

本件では、無効審判の審決日は改正審査指南の施行日である2006年7月1日より10日遅い2006年7月11日であるため、本来ならば、新規性の判断は、2006年版の審査指南を適用することになる。しかしながら、実際には、審決取消訴訟において、人民法院は2001年版の審査指南を引用して判決をしている。

このように、本判決は適用すべき審査指南が正確でないということができる。しかし、「第二部第三章の関連規定と一致させるために」という改正に関する注釈からも分かるとおり、2006年改正で削除された上記の内容は必ずしも改正によって否定されたわけではないと考えることもで

きる。従って、このような場合は、当事者は改正の際に削除された内容に沿って主張反論をしても問題ないと思われる。

(2) 「公開使用」の意義

中国の新規性における「公開使用」は日本の「公然実施」（日本特許法第29条第1項第2号）に相当する。日本の「公然実施」と同様に、中国の「公開使用」も、それによって公衆が実際に当該技術内容を知ったことを要件としない。即ち、技術内容が「公衆が知りたいと思えば知ることのできる状態」に至れば、当該技術内容は公開使用されたと認定される。また、その構造や機能、材料成分を当業者が知ることができない状態での使用は公開使用に該当しないという点も日本の「公然実施」の考え方と同様であるといえる。

本件において、人民法院は、記者や総会出席者等の不特定の者が本件特許出願日前に既に「杉湖銅塔」を撮影し、又は見ることができたという事実を認めた。しかしながら、記者や総会出席者はこの「杉湖銅塔」を遠くから見ることはできず、この塔に採用された斗拱の具体的構成を知ることができたわけではなかったことから、記者や総会出席者が本件特許出願日前に既に「杉湖銅塔」を撮影し、又は見ることができたという事実をもって本件実用新案の斗拱が公開使用されたとは認定できないと判断した。

(3) 公開使用における「特定の者」

発明を使用することによって、ある者が「知りたいと思えば知ることのできる状態」に至った場合には、この者が「公衆」即ち不特定の者といえるか、それとも「特定の者」に該当するかが問題となる。「知りたいと思えば知ることのできる状態」になった者が「特定の者」であれば、当該発明の新規性は依然として喪失しないことになる。そして、「特定の者」に該当するか否かは、主に秘密保持義務の有無によって判断されることになる。

本件では、発注者と受注者で秘密保持の契約が締結されており、受注者もこの秘密保持義務を厳格に履行していたことが認められたため、受注者は「特定の者」に該当すると認められた。さらに、人民法院は「特定の者」に該当するか否かの判断の対象となる範囲は、発明の内容に直接接触する施工会社及びその人員の範囲内に限られると判断した。そして、武漢重型鑄鍛廠以外の他の9社もこのプロジェクトに参加していたが、武漢重型鑄鍛廠と発注者との秘密保持契約をもって、本件発明は「公衆中の任意の者が知りたいと思えば知ることのできる状態」には至っていないと認定した。

（ここに掲載した内容は、個人的な見解を含み、大野総合法律事務所又は金杜律師事務所の意見を反映するものではありません。）