

税関による知的財産権を侵害する物品の通過に係る規制 — EUにおけるジェネリック薬貨物の差止めを事例として—

加藤 暁子^(*)

本稿は、2008年12月以降、域内を通過するジェネリック薬の貨物をEU税関が差し止めて医薬品アクセスに支障を生じさせたとしてブラジル・インドがWTO紛争解決手続に申し立てた事案を検討する。知的財産法の観点では、一部のEU国内裁判所は物品が国内で製造されたと仮定する「製造の擬制」法理を採用していたが、欧州司法裁判所は2011年12月に同法理を否定した。これを受けてEUは新税関規則で税関の権限を強化しつつ適法なジェネリック薬の取引を阻害しないよう試み、EU商標指令の改正も進めている。日本は平成20年の関税法改正で通過貨物に係る水際措置を導入し、「通過」の類型に応じてなお関係規定を整備するとしており、本事案はこれに示唆を与えると考える。またWTO法の観点からは、本件で議論されているTRIPs協定51条・52条、及びGATT6条等の解釈は、日本の法制度のWTO法適合性を考える上で有用と考える。

I はじめに

II EUの通過物品に係る法制度の変遷とその評価

1. EUの通過物品に係る差止措置の経緯及び背景
 - (1) EUの通過物品に係る差止措置の経緯
 - (2) 差止措置の背景
2. EUの通過物品に係る差止措置の概要
 - (1) 知的財産権侵害物品に係る税関規則の変遷
 - (2) 税関規則の解釈の不統一問題
3. 通過物品に係るWTO法上の義務とEUの水際措置
 - (1) TRIPs協定
 - (2) GATT
4. 紛争の経過—EU及び構成国による法制度の改正
 - (1) 欧州司法裁判所におけるPhilips/Nokia事件判決
 - (2) WTO紛争への対応—ガイドライン公表等
 - (3) 知的財産権侵害物品の水際措置に係る新規規則の制定
 - (4) 商標指令の改正に向けて
5. 検討

III 日本の法制度にEUの対応が与える示唆

1. 日本における通過物品に係る差止措置の概要
2. 通過物品の規制に係る今後の課題

I はじめに

近年、知的財産権を侵害する模倣品、海賊版が国内のみでなく海外から市場に流入し、その被害が増大するも、税関が職権により又は権利保有者からの申請に基づいてそれら模倣品、海賊版の輸出入を差し止める、いわゆる水際措置の重要性は、一層増している。その下で近年、領域内を通過する知的財産権侵害物品、とりわけ、仕出し国及び仕向国では知的財産権の侵害を構成しないそれら物品について、税関が差し止める権限を有するか否かが、日本を含めて議論されている。本稿は、2008年12月以降、EU域内を通過して取引されるジェネリック薬の貨物をEU構成国の税関がEU法を法的根拠として度々差し止めて医薬品アクセス改善目的の取引に支障や遅延を生じさせたとして、貨物の仕出し国及び仕向国であったブラジル及びインドがWTOの紛争解決手続においてEUに対して協議を申し立てた事案(以下「本件」)に基づいて、同様の場面に係る日本の法制度に係る課題を明らかにする。

本件を知的財産法の観点から見ると、オランダ等一部のEU構成国の国内裁判所は、知的財産権の「実施」及び「使用」の概念を拡張する「製造の擬制」法理に基づいて税関の介入を適法としていたが、欧州司法裁判所は2011年12月1日にこの法理を否定する判決を出した。同判決を受けて、欧州委員会及び欧州理事会は、2014年1月1日から適用を開始した新たな税関規則において適法なジェネリック薬の国際取引を阻害しないように試み、さらにEU商標指令中の商標権の効力

(*) 日本大学大学院知的財産研究科(専門職) 准教授

に係る規定を改正する方向で検討を進めている。これに対して日本では、「偽造品の取引の防止に関する協定」(ACTA)の発効も見越して⁽¹⁾平成20年の関税法改正により通過貨物に係る水際措置を導入したが、「通過」の行為類型に応じてなお関係規定を整備すべきとされている。本件はこうした日本の現状について示唆を与えると考える。また、WTO法の観点からは、本件はWTOの小委員会等による報告書の提示に至っていないが、通過物品の規制に係るTRIPs協定51条・52条、及びGATT6条等の解釈が議論されており⁽²⁾、日本の法制度のWTO法適合性を考える上でも有用と考える。

以下、IIではEUの通過物品に係る法制度の変遷を

概観し、WTO法上の義務に照らして評価を行う。IIIでは、日本の通過物品に係る現行制度を概観した上で、IIで得られた本件からの示唆に照らして検討し、今後の課題を明らかにする。

II EUの通過物品に係る法制度の変遷とその評価

1. EUの通過物品に係る差止措置の経緯及び背景

(1) EUの通過物品に係る差止措置の経緯

問題になった2008年10月から約1年間のEU税関による差止措置の概要は以下のようである⁽³⁾。

発生時期	対象製品	仕出し国/目的国	差止め税関/差止申請の有無	差止め後の状況
2008年10月	抗凝血剤 Clopidogrel	インド→コロンビア	オランダ税関←オランダ特許権者 Sanofi Aventis 社	不明
2008年11月	抗ウイルス薬 Abacavir	インド(Aurobindo社製)→ナイジェリア * UNITAIDがアフリカで実施するHIV/AIDS対策向けに購入	オランダ・スキポール空港税関←オランダ特許権者 Glaxo Smith Cline 社	特許権者は当該貨物に関する法的措置を希望しないと税関に返答 税関は検察官に事案を送致
2008年11月	Olanzapine	インド(Cipla社製)→ペルー	オランダ・スキポール空港税関←オランダ特許権者 Eli Lilly 社	不明
2008年11月	Rivastigmine	インド→ペルー	オランダ・スキポール空港税関←オランダ特許権者 Novartis 社	不明
2008年12月	高血圧症治療薬 Losartanの原末	インド(Dr.Reddy's社製)→ブラジル	オランダ・スキポール空港税関←オランダ特許権者 Merck 社	税関とインド企業の間でオランダ特許の承認と引き替えに貨物をインドに向けて通関解放することで合意
2009年5月	抗生物質 Amoxicillin	不明→デンマーク * EU域内通過の事案ではない	ドイツ・フランクフルト空港税関/不明	不明
2009年10月	抗凝血剤 Clopidogrel	不明	フランス・パリ税関/不明	不明

(1) 平成23年4月15日に日本、米国、EUを含む11か国・地域によってACTA条約案が採択され、日本は平成24年10月4日にACTAを批准した。その16条は任意規定であるが通過貨物に係る水際措置を設けているが、ACTAは未だ発効のめどが立っておらず、本稿では検討対象に含めないこととする。

(2) 本件はさらに、EUの法制度が改正されてWTOの履行確保措置が効果を発揮した事例、医薬品アクセスの改善の観点からは、偽造薬に対する規制を、アクセス改善に向けた適法なジェネリック薬の、とりわけ途上国間における取引の保障といかに両立させるかに係る事例でもある。しかし、本稿では紙幅の都合上これらの検討は他の機会に譲る。

(3) 主に以下の文献を参照した。Frederick M. Abbott, "Seizure of Generic Pharmaceuticals in Transit Based on Allegations of Patent Infringement: A Threat to International Trade, Development and Public Welfare" *World Intellectual Property Organization Journal*, Vol.1, 2009, pp.43-50; Jonathan Lynn, "India, Brazil challenge EU at WTO over drugs" *Reuters* (May 12, 2010) at <http://in.reuters.com/article/topNews/idINIndia-48430220100512>, 最終アクセス2015年2月17日; WTO News items, *Members ask: Is the 'Paris' system on intellectual property and health working?* (2 March 2010). 高木善幸「IV WIPOの動き」渋谷達紀他編「知財年報2009(別冊NBL No.130)」197-198頁(商事法務, 2009年12月)。

インド政府は、ジェネリック薬の通過貨物に対するオランダ税関当局の押収は2008年から2009年にかけて少なくとも19件、インド製については16件発生し、差止め後に物品の破壊、インドへの返送又は相当な遅れを伴った仕向国への通関解放があったと述べている⁽⁴⁾。いずれの事案も、貨物が差止められた際の、航空機や船舶からの陸揚げ及び保税地域等のEU税関の管理区域への存置の有無に係る詳細な状況は不明である⁽⁵⁾。

インド、ブラジル両政府は2009年2月以降、WTO一般理事会、TRIPs理事会、EUに対する貿易政策レビュー会合等において本件を取り上げて、EUの法制度はTRIPs協定、2001年ドーハ宣言、及び、通過の自由の原則を定めるGATT5条に照らして問題である、また、医薬品の「質」の問題を知的財産権の保護の問題と混同している、と指摘した。EUは、知的財産権侵害物品に対してEU税関が採り得る水際措置を定めるEC規則1383/2003(以下「1383規則」)⁽⁶⁾はTRIPs協定51条の脚注13等のWTO法(後述)に整合し、知的財産権の保有者による権利濫用を防止する措置も備えており、取引の障害にはならない、GATTは知的財産権保護を目的とした税関による水際措置の執行を認めており同規則はこれに立脚していると応じた。2010年3月のTRIPs理事会ではEUは、一連の事案は没収(seizure)ではなく一時的な差止め(detention)であり、貨物は特許権者が没収しないよう意思表示したのを受けて輸入者に返却され、以降同様の事案は生じていない、さらに、現在1383規則を改正する手続に入っており、その過程で両政府の懸念は解消されると述べた⁽⁷⁾。

インド及びブラジルは、本事案は一時的なものでなくEUの法制度上の問題に由来していると指摘して、2010年5月にはWTO紛争解決手続きにおいて、EUの法制度はGATT1994の5条に定める通過の自由、TRIPs協定における特許権の効力に係る28条・31条、知的財産権の執行に係る41条、特に水際措置に関する51条等の義務に照らして認められないものであると主張して協議を要請するに至った(WT/DS408・409)。この手続は以降2015年2月時点まで、当事者間協議に委ねられた状態にある。

(2) 差止措置の背景

知的財産権侵害物品が増大し、より人命や健康に影響を与える方向へと悪質化する傾向が指摘されている下で、EU税関が2008年に知的財産権侵害の疑いで差し止めた貨物4万9千件(前年比で6千件、13%増)のうち、医薬品は、服飾、宝石、電子機器に次ぐ6.5%を占め、2007年に比して57%増となった。これには、同年秋に実施したMEDI-FAKEキャンペーン⁽⁸⁾という特殊事情が反映されており、本件は同キャンペーンの終盤以降に発生している。差し止められた医薬品の大半は生活改善薬であったが、抗コレステロール薬、血圧調整薬のような救命薬の模倣品も発見された。主要な原産国はインド(51.62%)、シリア(36.37%)、アラブ首長国連邦(8.66%)であった⁽⁹⁾。

こうした事態に対して、EUは、1383規則⁽¹⁰⁾に至る歴代の規則に基づく水際措置と並行して、2008年9月にEC競争理事会が策定した欧州反模倣品・海賊版包括計画において模倣根絶を掲げ、米国1974年通商法スペシャル301条に類似した、域外の国家・地域に

(4) 前注3, Lynn.

(5) 本件に関する文書類はいずれも、問題の貨物がEU法上の域外通過物品であったという以上の詳細な状況に触れておらず、それが問題とされた形跡も無い。

(6) Council Regulation (EC) No 1383/2003 of 22 July 2003 concerning customs action against goods suspected of infringing certain intellectual property rights and the measures to be taken against goods found to have infringed such rights.

(7) WTO, *General Council Annual Report (2009)*, WT/GC/121 (24 Nov. 2009) paras.138-140; *Annual Report (2009) of the Council for TRIPs*, IP/C/52 (5 Nov. 2009) paras.20-22; WT/TPR/M/214, 8 June 2009, paras.121, 596; WT/TPR//M/Add.1, pp.5-8 (Q4-10), pp.20-21 (Q41-3), p.401 (Q3); WT/TPR/M/214, paras. 375, paras.557-660, 630; WT/TPR//M/Add.1, pp.442-443 (Q1).

(8) 2008年秋にEUは、リスク・マネジメントシステムに基づいて偽造薬に焦点を当てた初の一斉取締りとしてMEDI-FAKEを実施した。同キャンペーンの期間中にEU税関が検査した医薬品の15%以上が、知的財産権を侵害する疑いが有るとされ、34百万点以上の模倣薬が摘発された。EC Commission, "Press Release, Customs: Millions of illegal medicines stopped by 'MEDI-FAKE' action" IP/08/1980, 16 December 2008.

(9) European Commission, *Report on EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights: Results at the European Border - 2008*; "Customs: Commission publishes 2008 statistics of Customs actions to enforce intellectual property rights at the EU's external border" IP/09/1106, 9 July 2009; "2008 customs detentions of intellectual property right (IPR) infringing goods - Frequently Asked Questions" MEMO//09/327, 9 July 2009.

(10) ECの水際制度の背景及び関連規則について、Paul Vandoren & Pedro Velasco Martins, "The enforcement of intellectual property rights: an EU perspective of a global question" Meir Perez Pugatch (ed.) *The Intellectual Property Debate: Perspectives from Law, Economics, and Political Economy*, pp.62-78 (Edward Elgar, 2006); Michael Blakeney, "The Phenomenon of Counterfeiting and Piracy in the European Union: Factual Overview and Legal and Institutional Framework" Olivier Vriens & Marius Schneider (eds.) *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures*, pp.3-34 (Oxford University Press, 2006) (以下「Vriens & Schneider book 1st ed.」); CIPIC事務局「知的財産権侵害物品の水際取締に関する欧州理事会の新規則について」CIPICジャーナル140号(2003年9月)14 - 37頁。

おける知的財産権の保護の現状を評価する制度も導入しており、その2009年の報告書は、インドを特に模倣品に関する監視対象国に挙げていた⁽¹¹⁾。EU閣僚理事会はさらに、3年単位で策定する知的財産権侵害物品に係る税関アクション・プランの2009～2012年版において、「域外向けの通過貨物、積み替え貨物…について、不正商品が通過の途中で発見された場合に侵害行為として立件することができるよう、他の法令との関連で検討することが必要である」と述べていた⁽¹²⁾。EUはまたACTA等の多数国間、或いは数か国・二国間の通商条約においても、知的財産権の保護及び模倣品・海賊版対策を強化するよう締約国に義務付ける条項を設けている。

2. EUの通過物品に係る差止措置の概要

(1) 知的財産権侵害物品に係る税関規則の変遷

1383規則は、知的財産権侵害物品に係る初代の規則3842/86から数えて4代目であった。歴代の規則は、域内の物品の自由移動の原則に基づき、域内で取引が完結する物品を規制対象から除外して、非構成国に由来する又はそれらを目的地とする非共同体物品⁽¹³⁾であって所定の通関上の手続き又は地位にある知的財産権侵害疑義物品に対して、一定の例外を除いて適用され⁽¹⁴⁾、税関は疑義物品に関する情報の権利者への通知、サンプル引渡し等を経て、権利者の申立てに基づく物品の差止めや破壊、廃棄等を行うことができる。税関当局が職権に基づいて物品を採知した場合は貨物の通関解放を停止した上で権利者に通知し、権利者より差止の申立があれば税関が処分を決定し通知する。

規則の適用対象となる知的財産権侵害疑義物品とその通関上の地位は、改正の度に拡大されてきた。初代

規則は、共同体域内での自由流通を目的として域内に流入してくる商標権侵害物品のみを規制していたが、1994年の規則は海賊版、及び輸出及び域外通過(external transit)扱いの物品も対象に加えた。1999年には特許権及び追加的保護認証、共同体商標権の侵害物品、また、通関上あらゆる地位にある物品を、2003年の1383規則では育成者権や地理的表示、出所表示を、対象に追加した。

これらの規則は構成国の国内法として直接適用された上で、国内法に対する優越の原則に則って、規則が認め、またそれに反しない範囲で国内法上の立法措置が認められているため、構成国間で、規則の解釈や国内法の規定内容には違いが生じる⁽¹⁵⁾。そもそも規則上、知的財産権の侵害の有無を判断する基準は、1383規則であれば10条にあるように、各構成国において有効な法に委ねられている。ここから、水際措置の手続きはEU全域で統一される一方、構成国間の法の接近の現状を反映して、知的財産権の権利毎に侵害の判断基準の統一度合いが異なることになる。

(2) 税関規則の解釈の不統一問題

以上のようなEU法の構造によりEUの構成国間で知的財産権侵害物品が領域を通過する際の規則の適用に係る解釈が異なったことが、本件の発端になった。まず、非共同体物品がEU域内を域外通過扱いで通過する際に税関水際規則が適用されてEU税関が権限を行使し得るかについては、適用されると認める判例が、欧州司法裁判所及び構成国の国内裁判所で複数出されており⁽¹⁶⁾、学説上も争いが無い。しかし次に、仕出し国の知的財産権を侵害しないが通過国の知的財産権を侵害する物品である場合にEU税関による差止めが

(11) Commission of the European Communities, "IPR Enforcement Report 2009" SEC(2009)1360 final, 9 October 2009, pp.10-11.

(12) CIPIC事務局「欧州理事会の採択した今後4年間の模倣品海賊版水際取締の税関アクション・プランについて」『CIPICジャーナル』189号(2009年4月)30-38頁。

(13) EUの一般的な税関規則であるRegulation (EC) 450/2008 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 laying down the Community Customs Codeの4条18項・19項。EU税関における通関は、「輸入」、つまり自由流通に向けた解放、輸出、再輸出のために域内に流入する物品について求められるが、通関の必要が無い物品、例えば非共同体物品であって域内に通過や積み替え等の目的で流入する域外通過物品も、到着及び出発に際して税関に提示して「税関承認済み」の指定を受ける必要がある。

(14) 1383規則の1条は、以下の状況において物品が知的財産を侵害していると疑われる場合に税関当局が採る行為を定める。(a)物品が、EC税関規則に定める自由流通への解放、輸出、又は再輸出のために域内に流入した場合、(b)物品が、EC税関規則所定の通報の対象となる再輸出又は自由区域若しくは自由倉庫への存置の過程において通関停止手続に係っており、税関による検査において発見された場合。2条は、知的財産権侵害物品を、(a)商標権侵害物品(いわゆる模倣品)、(b)著作権及び著作隣接権、意匠権の侵害物品(いわゆる海賊版)、及び、(c)(i)構成国法上の特許、(ii)EU法上の追加的保護認証、(iii)構成国法又はEU法上の育成者権、(iv)構成国法又はEU法上の原産地表示又は地理的表示、(v)EU法上の地理的表示、を侵害する物品、と定義している。3条は、並行輸入品及び旅行者の個人的な携行物中の非商業的な性格の物品を以上2か条の適用除外と定めている。

(15) Olivier Vrins & Marius Schneider, "Regulation (EC) 1383/2003" Vrins & Marius book 1st ed, pp.70-72.

(16) 欧州司法裁判所によるC-383/98, *The Polo/Lauren Company LP v PT Dwidua Langgeng Pratama International Freight Forwarders*, 6 April 2000: C-405/03, *Class International v Colgate-Palmolive Company and Others*, 15 October 2005(前注15, 79-87頁)。構成国の判例で、例えばオランダ・ロッテルダム地方裁判所民事部門の*Spirit International v Antra Trading*事件2003年7月18日判決等(Christine Noordzij, Marchien Maks, Frits Mutsaerts, & Maaike Grondman, "The Netherland" Vrins & Schneider book 1st ed, p.784, footnote 7)。

可能かについては、以下のように見解が対立していた。

①商標権侵害物品

Montex 事件欧州裁判所判決は、1988 年商標指令⁽¹⁷⁾の 5 条 1 項によれば、問題の標章の使用が「取引の過程において」(in the course of trade)なされていなければ、物品の通過のみでは商標の使用とはいえず商標権侵害は認められない、単に通過手続きにある物品が域内市場に転売されるリスクがあるというのみでは、当該物品が市場に置かれた、或いはその可能性があるという証明には足りないという基準を提示した⁽¹⁸⁾。本件の多くに関わったオランダ国内の裁判所にも、この基準を踏襲した判例がある⁽¹⁹⁾。

その下で、一部の EU 国内裁判所は、物品の通関上の地位を問わず、通過する領域国の国内で製造したと仮定した場合に知的財産権を侵害するかにより侵害の有無を判断する「製造に関する法的擬制(fictio juris of production)」(以下「製造の擬制」)を導入した。特にオランダでは、最高裁を含む国内裁判所がこの法理を採用した⁽²⁰⁾。その根拠は、「国内法のもとで知的財産権の侵害の有無を決するための手続きは、当該構成国で製造された物品の知的財産権侵害の有無を決するために用いられる基準に従って執り行われる」と定める 3295/94 規則の 6 条 2 項(b) 及びこれを引き継いだ 1383 規則の第 8 前文(recital)であった。Vrin 等は、この条文の効力は全く明確でなく、その適用範囲や構成国に対する拘束力の有無には疑問の余地があり、多くの国は、侵害物品の通過が問題の知的財産権の実施や使用に当たり侵害を構成すると見なすことを依然として躊躇し、欧州司法裁判所もまたこの抑制を共有していると見られる、しかし同文が「製造の擬制」の法理

を採用するよう求めていると解釈するとこうした躊躇は無意味になると指摘した⁽²¹⁾。

この状況に対して、Montex 事件に続いて欧州司法裁判所が解釈を示す機会となったのが、英国イングランド・ウェールズ高等法院(EWHC)から付託された Nokia 事件であった。2008 年 7 月に香港からコロンビアに向けて輸出された模倣品の携帯電話等をロンドン・ヒースロー空港税関が差し止めた。同社は模倣品であると確認し、英国歳入関税庁(HMRC)に差し止めを申請したが、HMRC は、1383 規則上の模倣品は一般的な広い意味ではなく特定の法域において実際に第三者の商標を侵害する物品を指しており、商標権の侵害とは当該法域において「取引の過程において」使用されることを意味するが、本件ではそれら使用が生じておらずその可能性も無いから、それらの可能性を示唆する証拠がある場合を除いて HMRC は差し止めの権限を有していないと回答した。同社は提訴し、英国イングランド・ウェールズ高等法院は、商標の使用に係る立証責任は商標権者にあり、1383 規則が登録商標の侵害を判断する基準を導入していない以上、裁判所は商標指令や共同体商標関連規則に則って侵害を判断するとした上で、商標の使用の概念について Montex 事件欧州司法裁判所判決を引き、HMRC の見解を踏襲して同社の請求を却下した上で、構成国内における積替えを防止して模倣品取引に対抗する措置の有効性を検討する機会を提供すると述べて、事案を欧州司法裁判所へ送付した⁽²²⁾。

②特許権侵害物品

EU 域内で統一的な侵害の判断基準が無く侵害の有無が各構成国の国内法に基づいて判断される特許権⁽²³⁾

(17) First Directive 89/104/EEC of the Council, of 21 December 1988, to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks. 制定後の改正を踏まえて 2008 年に法文化されたものが現行指令である (2008/95/EC)。

(18) C-281/05, *Montex Holdings Ltd v Diesel SpA*, 9 November 2005.

(19) 例えばハーレム地方裁判所は、中国を発して EC 構成国であるスペインを目指していた(域外通過扱いではない)、オランダ商標権の侵害物品に対するスキポール空港税関による干渉の正当性を審議した 2000 年 9 月 8 日の *In re Nike* 事件判決、及び、それを踏襲した 2001 年 12 月 28 日の *Mobile Accessory Club* 事件判決で、これら物品は域内に持ち込まれており 3295/94 規則の適用対象となるが、問題は物品が通過の最中にオランダ法の下で権利者の商標権を侵害したかにあり、オランダ商標権を侵害する物品であっても同規則は適用されないと判示した(参照、前注 15, 90 - 91 頁)。

(20) オランダ最高裁の Philips 対 Postech 事件 2004 年 3 月 19 日判決、ハーグ地方裁判所の Philips 対 Princo 事件 2005 年 7 月 13 日判決。いずれも Montex 事件判決以前のものである(Geert Theuws, “ECJ to decide on ‘Manufacturing Fiction’ under Counterfeit Goods Regulation” at <http://www.eplawpatentblog.com/eplaw/2009/12/ecj-to-decide-on-manufacturing-fiction.html>, 最終アクセス 2015 年 2 月 17 日)。

(21) 前注 15。

(22) *Nokia Corporation v Her Majesty's Commissioners or Revenue & Customs*, [2009] EWHC (Ch) 1903, 27 July 2009. 同判決の解説で「英国高等法院が EU 内を通過中の模倣品に対する税関取締事件で判決」『CIPIC ジャーナル』192 号(2009 年 10 月)79 - 81 頁。

(23) 欧州特許条約(EPC)に基づく欧州特許、及び、2012 年 12 月 17 日に関連規則が採択された欧州単一効特許の双方に係る侵害・非侵害確認・取消訴訟について専属管轄権を有する統一特許裁判所(UPC)が、2015 年以降に設立される見込みである。しかし、特許権の直接・間接侵害及び排他的権利の制限に関する条文案は、議論が紛糾して削除されて、特許権の効力を極めて抽象的に規定する新 5 条が設けられた。同条は、「単一特許により与えられる保護」に反する行為を第三者が行うことを防止する権利であり、当該権利の範囲は全参加加盟国において単一的であり、「単一特許により与えられる保護」に反する行為の内容は国内法に規定されると定めており、侵害の基準は EPC 以前と変わりなく、規則を批准した EU 構成国の国内法に則ることになる。

は、商標権の場合以上に構成国間で判断が分かれることになる。加えて、一般に特許権侵害の判断は商標権のそれに比してより技術的専門性を要するものと認識されており、TRIPs協定が義務づける水際措置が権利間で異なる理由ともなっている。この認識はオランダでも近年まで一般的であり、そもそも1995年オランダ特許法53条が定める特許発明の実施の概念に基づけば、特許発明を違法に実施した物品が通過の状態にあることを以て特許侵害と見なすことはできないとされていた⁽²⁴⁾。しかし、オランダ・ハーグ地方裁判所は2008年8月のSisvel対Sosecal事件において、特許権侵害物品の通過に関しても「法的擬制」の法理を採用して、1383規則に基づくオランダ税関の権限行使を認めた⁽²⁵⁾。その下で、ベルギーのアントワープ裁判所は2009年11月に、Philips社が有する同国の意匠権を侵害するひげ剃りの模倣品からなる通過貨物をベルギー税関が2002年11月に差止めて同社の申請に応じて差押えた事案について、審理を停止した上で、①3295/94規則の6条2項(b)は構成国の裁判所が適用すべきEC法に当たるか、②物品が知的財産権侵害物品であった場合に、当該裁判所が貨物の一時的な保管又は通過という地位を考慮に入れることを認めず、「製造の法的擬制」を適用した上で判断をすることをEU法は定めているかについて、欧州司法裁判所に付託した(以下「Philips事件」)⁽²⁶⁾。

このように、EU構成国の間では1383規則に至る関連水際規則の解釈に関して、「製造の擬制」法理の是非が議論され、知的財産権の権利間における相違も存在していた。本件は一過性の問題ではなくEUの法制度上の問題であるというインド及びブラジル両国の指摘は、的を射ていたといえる。

3. 通過物品に係るWTO法上の義務とEUの水際措置

では、インド及びブラジル両国がEUの義務違反を指摘したWTO法の条文はどのようなものであり、EUの法制度はどのように評価できるだろうか。

(1) TRIPs協定

WTO・TRIPs協定の第三部「知的所有権の行使」は、包括的な執行を加盟国に義務づけている。こうした包括性はTRIPs協定以前の知的財産権関連条約には無く、交渉担当者はモデル無しに自国・地域の立法や自らの認識から規定の材料を導き出したとされる⁽²⁷⁾。その中で第四節「国境措置に関する特別の要件」の51条以下は、ECが自らの初代の知的財産権侵害物品に係る税関規則に基づいて提案した条文案に沿っていることから、両者は類似している⁽²⁸⁾。TRIPs協定51条は加盟国に、模倣品又は海賊版が輸入されるおそれがあると疑うに足りる正当な理由を有する権利者による権限ある当局への差止申立を可能にするよう義務付けている。交渉において、先進国はより広範な知的財産権の侵害に対応する水際措置を求めたが、集積回路配置利用権や特許権に関する侵害の探知を水際措置として設けるよう義務付ける規定は実施が困難として商標権及び著作権の侵害に限定するよう求めた途上国の主張が通って、これらの侵害に係る模倣品及び海賊版に関する水際措置の確立が義務付けられ⁽²⁹⁾、模倣品と海賊版に関する定義が同条の脚注14に置かれた。ただし、加盟国は、同節の要件を満たす限りにおいて、特許権等他の知的財産権の侵害物品(第二文)、及び、輸出されようとしている侵害物品(第三文)に係る措置も、いわゆるTRIPsプラス規定として設ける裁量権を認められている⁽³⁰⁾。ここから、EUの水際措置が先

(24) 前注16(Noordzij et al.)、784 - 786頁、791頁、796頁、814頁。

(25) 中国由来で南米を目指していたMP4プレーヤー6千個をPhilips社保有のオランダ特許権を侵害する物品とみなして差止めた2008年1月のオランダ・スキポール空港税関の介入に関して、Philips社から特許ライセンス及び税関への差止申立を含む法的措置を取る権限を授けられていたSisvelが、「法的擬制」の法理を適用するよう主張したのに対して、裁判所はこれを認め、Montex事件判決を引いて通関解放を請求したSosecalの訴えを棄却した。Sosecalの訴えを退けた根拠として、裁判所は、Montex事件はドイツの国内裁判所が欧州司法裁判所に付託した事案であり、1383規則でなく商標指令の解釈が争点であった、「法的擬制」の法理は論点にならなかった点で、本件とは異なると述べた。

(26) References for a preliminary ruling: Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen - Belgium (C-446/09)。

(27) Daniel Gervais, "The International Legal Framework of Border Measures in the Fight against Counterfeiting and Piracy" Vrins & Schneider book 1st ed, pp.39-41。

(28) 尾島明「逐条解説TRIPs協定」(日本機械輸出組合、1999年)233頁；Sascha Vander, "Section 4: Special Requirements Related to Border Measures" Peter-Tobias Stoll, Jan Busche & Katrin Arend (eds.) *WTO - Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Martinus Nijhoff, 2009, p.751。

(29) 前注28(尾島)233頁。

(30) 外務省経済局国際機関第一課「解説WTO協定」552頁(日本国際問題研究所、1996年)。

にみたように模倣品、海賊版以外の知的財産権侵害物品も対象としていることは、第四節における他の条文への違反がない限りにおいて、問題は無い。

さらに、「通過中の物品」の扱いは、TRIPs 交渉において、米国が規制対象に加える意向を示したがルール化しない方向で妥結して⁽³¹⁾、51条の脚注13において、「権利者によって若しくはその承諾を得て他の国の市場に提供された物品の輸入」と並んで「この手続を適用する義務は生じないと了解する」と定めている。その解釈は分かれており、文言解釈において、加盟国の国内由来の侵害物品と同様、他の国に由来する通過中の侵害物品も没収が可能とする規定であると理解する説⁽³²⁾、さらに、脚注の意図は明らかに「義務」に対する例外を規定することにあり、本文規定の拘束的な部分である模倣品及び海賊版のみに係る例外であるから、その他の知的財産権侵害物品については通過貨物の規制を認めていると述べる説⁽³³⁾もある。これに対して Abbott は、脚注13は模倣品及び海賊版に関する水際措置の手続きを並行輸入品や通過物品について設ける義務が無いと定めたものであって、交渉時に特許侵害の申立てに基づき通過中の物品を差し止める実行は知られておらず、交渉担当者はそれら実行を選択肢として有していなかった、その下で脚注13にそれら差し止めを認める意図があったと解釈するのは行き過ぎであると指摘している⁽³⁴⁾。確かに、こうした条約制定当時の立法者意思及び国家実行を重視する解釈手法からは、脚注13が通過物品の規制までを許容するものとはいえない。これに対して、TRIPs1条1項が加盟国に TRIPs プラス規定を設ける裁量権を認めていること、また、条約締結後の国家実行の変化、それに伴う条約の解釈の変化も、解釈の要素になる。EU 税関の通過物品に対する介入が加盟国に認められた裁量権の範疇にあり、EU 以外にも日本等他の加盟国が通過物品を規制する国家実行が蓄積されつつある下で、次に GATT との関係はどうであろうか。

(2) GATT

① GATT の一般原則との関係

GATT5 条は第1項で「貨物…及び船舶その他の輸送手段は、一締約国の領域のそれらの通過が、積み替え、倉入れ、荷分け又は輸送方法の変更を伴うかどうかを問わず、その締約国の国境外から始まり国境外に終わるその通過の全行程の一部に過ぎないときは、その領域を通過しているものとみなす。その種の運送は、この条において『通過運送』(traffic in transit)という」と定義した上で、通過運送に関して国際通過に最も便利な経路による通過の自由を付与する義務を課し、船舶の国籍、原産地、仕出地、入国地、出国地若しくは指向地、又は輸送手段の所有の事情に基づく差別を禁止し(2項)、締約国が通過運送に対して各種の要件を課す権限を認めながらも、それらを「不必要に遅延させ、又は、制限してはならぬ」と定め(3項)、公正な税関手続き、課徴金及び規則を整備する義務(3～6項)を課している。

GATT 及び WTO を通じて GATT5 条の侵害が締約国・加盟国により主張された事例は幾つかあるが、知的財産権に関するものは無く、紛争解決手続きにおいて小委員会等の報告が提示された事例も無い⁽³⁵⁾ため、その解釈の指針は限られている。しかし、本件において、例えば、通過運送に関して船舶の国籍等の要素により差別を設けてはならないと定める5条2項第2文や、通過運送の不必要な遅延、制限を禁じる3項、通過に係る規定に関して最恵国待遇を要請する5項に基づく義務の違反を問うことは可能であろう。これに対して EU は、1383 規則の規制対象は文言上、実務上ともにインド仕出しのジェネリック薬に限られておらず、それらに関わる事案が多いのはあくまで EU 側のリスク・アナリシスの適用の結果であること等を立証する必要が出てくると思われる。

② GATT の例外との関係

GATT5 条違反の指摘に対しては、GATT20 条(一般的例外)及び 21 条(安全保障のための例外)に基づく免除を主張する余地がある⁽³⁶⁾。本件に関しては、20

(31) 前注 28(尾島) 236 - 237 頁。

(32) Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement* (Sweet & Maxwell, 1996) para.14.04.

(33) 前注 28(Sascha) 758 頁。

(34) 前注 3(Abbott) 46 頁。

(35) WTO, "Article V of GATT 1994 - Scope and Application: Note by the Secretariat" TN/TF/W/2, 12 January 2005, paras.33-8 : 藤岡博「貿易の円滑化と関税政策の新たな展開 第4回」『貿易と関税』2010年3月号, 12頁。

(36) 前注 35(藤岡) 12 頁。

条の(d)項が、同条の柱書きの要件を満たす限りにおいて締約国が採用又は実施することを妨げられない措置の一つに「この協定の規定に反しない法令(…、特許権、商標権及び著作権の保護に関する法令…を含む。)の遵守を確保するために必要な措置」を挙げている。GATT時に米国の1930年関税法337条手続きが「特許権、…の保護に関する法令」に該当すると小委員会が認めた事例もあり⁽³⁷⁾、EU税関規則はその法目的からしてこれら法令に該当すると認められるだろう。この事例の判断枠組みに拠れば、GATT5条に関する実質的な違反が存在すると認められる場合にのみ、その違反を正当化する20条(d)の適用が検討され、問題の法令がGATTに反しないか、問題の措置が法令の遵守を確保するために必要な措置であるか、同等の条件の下にある諸国において任意の若しくは正当と認められない差別待遇の手段となるような方法で、又は国際貿易の偽装された制限となるような方法で、適用されていないか、という3要件について、累積的に判断がなされることになる。

以上のように、本件に係るEUの知的財産権侵害物品からなる通過貨物に対する差止措置は、それ自体はTRIPs協定に違反しておらず、また、GATT5条という通過の自由の原則には反するもののGATT20条に定める一般的例外として許容される可能性があるが、その主張が認められるにはそれら原則に関わる諸々の要件を満たす必要がある。そして、違法な通過物品に関する日本の法的規制を検討する際には、これらの要件に留意して、WTO法に反しないものとする必要があるだろう。

4. 紛争の経過－EU及び構成国による法制度の改正

(1) 欧州司法裁判所におけるPhilips/Nokia事件判決

欧州司法裁判所は2011年12月1日に、EU域外の第三国由来の知的財産権侵害物品からなる貨物を構成国の税関が差止める条件に係る事案としてNokia事件とPhilips事件を併合審理して、両事件では解釈が求められているEU規則、知的財産権及び救済手続に

おける段階が異なるとして以下の判決を下した(以下「Philips/Nokia事件判決」)⁽³⁸⁾。まずPhilips事件について、3295/94規則6条2項(b)は、同規則7条によって構成国の司法当局が権利者の申請に応じる又は知的財産権の侵害の有無を構成国の法により判断するに当たって、物品の一時的な流入又は通過という通関上の地位を考慮に入れずに、これら物品がそれら構成国において製造されたとの擬制を適用できるという意味には解釈されないとし、「製造の擬制」法理を否定した。そして、EU域外から到着して停止手続に置かれているEU構成国の知的財産権を侵害する物品は、直ちにEUの知的財産権を侵害したことにはならないが、手続の最中又は到着前に、譲渡やその申し出、広告等、域内の消費者に向けた商業行為の対象とされた場合には、侵害の可能性があるとした。

その上でNokia事件について、構成国の税関の管理下にあり非構成国間で取引される共同体商標を付された非共同体物品は、それらが模倣品であり、とりわけ、税関手続を経て又は違法な流出によって域内市場に置かれると疑うに足る十分な根拠がある場合にのみ、税関当局により押収され得ると判示した。その前提として、EU税関は、「模倣品」の疑いがある物品について、物品の仕向地が申告されていない、製造業者や荷送人に係る正確な又は信用できる情報が無い、税関当局への協力に欠けている、物品がEUの消費者に向けられるおそれがあることを示す書類や通信記録等がある等の個別具体的な事実を根拠として差止め等を実施しなければならない、換言すれば、物品がEU域内における販売のために提供されるという意図が証明されない限り模倣品として扱い得ないと述べた。

以上のように、欧州司法裁判所は、知的財産権の侵害の有無を判断する上で「製造の擬制」法理を明確に否定するとともに、税関が通過する知的財産権侵害物品に介入する上での判断要素を明示した。以降、オランダの国内裁判所では、Philips/Nokia事件判決を引用して、オランダ法の下では同国の税関領域内において積替え中又は通過中の非共同体物品は同国の知的財産権を侵害するものとされないと述べた判決が複数出されている⁽³⁹⁾。

(37) Panel Report “United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930” L/6439, adopted on 7 November 1989, 36S/345, 392, para. 5.24.

(38) Joined Cases C-446/09 *Koninklijke Philips Electronics NV v Lucheng Meijing industrial Company Ltd & ors* and C-495/09 *Nokia Corporation v Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs* (CJEU, 1 December 2011)。解説で「EU裁判所が税関倉庫に保管中あるいは域内を通過中の知財権侵害物品に関して判決」『CIPICジャーナル』206号(2012年2月)81-84頁。

(39) Olivier Vins & Marius Schneider eds. *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures: Law and Practice in the EU*, Second edition, 2012, Oxford Univ. Pr. (以下[Vrins & Schneider book 2nd ed.]), pp.792-798 : 800.

(2) WTO 紛争への対応—ガイドライン公表等

EC 委員会は 2011 年の 5 月に 1383 規則の改正案を公表する傍ら(後述)、同年 7 月 28 日にインド政府との間での「了解」を公表し、Philips/Nokia 事件判決から間もない 2012 年 2 月 1 日付でこの問題に係るガイドラインを提示した⁽⁴⁰⁾。同ガイドラインは Philips/Nokia 事件判決の趣旨を踏まえて、1383 規則の適用範囲について、構成国の特許の保護対象である医薬品が域内を通過するのみでは特許権侵害に基づく税関の介入の根拠たり得ない、しかし EU 市場へそれらジェネリック薬が流入するという実質的な蓋然性(substantial likelihood)があれば、それは十分根拠となり得ると明確に表明している⁽⁴¹⁾。

(3) 知的財産権侵害物品の水際措置に係る新規制の制定

EU はさらに 2013 年 6 月 12 日、1383 規則を廃止してこれに置き換わる規則(以下「608 規則」)を制定した⁽⁴²⁾。本件に係る改正として、まず、保護の対象となる知的財産権が 1383 規則からさらに拡大されて、商号、半導体回路配置、実用新案、さらに、技術的保護措置の迂回措置や、従来保護してきた農産物以外の産品に関する地理的表示も対象に含むと定められた(2 条)。

次に、知的財産権の侵害の判断に関しては、608 規則は税関当局の手続に係る規則であり、知的財産権の侵害の有無に係る基準を設定するものではなく(前文 10)、刑事手続きに係る構成国の国内法及び知的財産権に係る国内法又は EU 法にも影響しない(1 条 6 項)と明示されている。その上で、知的財産権侵害疑義物品の定義について、2 条 7 項は、それら物品が探知された構成国において、それらが一義的に(*prima facie*)、①当該構成国において知的財産権侵害行為の対象物品である、②通常の機能方法において技術的迂回措置の解除目的で作られた装置、製品、構成物である、③知的財産権侵害物品の製造を特に目的とした型や原盤と

しての性質を持つという合理的な根拠があるもの、を挙げている。①をみると、従来通り、EU 各税関は当該領域に係る構成国の国内法に定めるそれに基づいて水際措置を執行することになる。なお、「製造の擬制」法理の根拠とされた 1383 規則の第 8 前文は規則案の段階で削除されて、物品に関してとられている行為が知的財産権侵害の有無を決すると定められた⁽⁴³⁾。

608 規則はさらに、域内を通過して取引される「適法な」ジェネリック薬の貨物に当てた規定を置いている。前文 11 は、先述のガイドラインと軌を一にして、税関のリスク評価においてはそれら物品が域内市場に迂回してくる実質的な蓋然性を考慮すべきであると述べている。また、欧州委員会に 2016 年末までに欧州議会と欧州理事会に提出するよう求めている 608 規則の実施状況に関する報告書では特に、域内を通過する医薬品に係る事象、及び、医薬品アクセスに同規則が及ぼしている作用の評価、規則が逆作用的な作用を生じさせている場合にはそれに当てた措置に、言及しなければならないとも定めた(37 条)。さらに、域内外の税関当局の間における情報の蓄積、共有の促進に多くの条文を割いている(22 条、31 条～33 条)のも特徴的である。

このように、608 規則は EU 税関に対して、より広範な知的財産権侵害物品に応じるためのより強力な権能を与えたもとで⁽⁴⁴⁾、構成国の国内法により侵害とみなされ、域内市場に流入してくる実質的な蓋然性を有するという Philips/Nokia 事件判決が提示した基準に基づいて、域内を通過する「適法な」ジェネリック薬の貨物に係る例外扱いを徹底している。その例外扱いを成功させる上でも、域内外の税関の間の情報の蓄積・共有とそれをもとにしたリスク分析を徹底することにより物品の性格に係る判断の精度を高めるというものであり、基本的には通過物品に関しても税関が積極的に介入して差止めを行い得る制度を構築する方向性である⁽⁴⁵⁾と考えられる。

(40) Guidelines concerning the enforcement by EU Customs authorities of IPRs with regards to goods, in particular medicines, in transit through the EU.

(41) EU が 2013 年 7 月に WTO の貿易政策レビューを受審した際の WTO 事務局報告書(WT/S284/Rev.2) para.3.303.

(42) Regulation (EU) No 608/2013 of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 concerning customs enforcement of intellectual property rights and repealing Council Regulation (EC) No 1383/2003.

(43) Vrins & Schneider book 2nd ed, pp.236-7.

(44) 例えば、税関が差し止めた物品に関して申告者が明示的な反論を行わない場合に物品の廃棄に同意したとみなして廃棄可能とする(23 条)、小規模貨物に関して権利者が関与せずに廃棄可能な「簡素化された特定の手続き」を導入する(26 条)等の制度を導入した。

(45) Vrin 等は、域外通過並びに税関倉庫における保管を含む通関停止措置及び積替えを規則の射程外とすれば侵害者に誤ったメッセージを送ることになり知的財産権侵害物品との闘いにおける有効性を深刻に損なうことから、委員会は税関に、従来通りその監督下のあらゆる状況において物品を検査する権能を認めたのであり、これらの措置は GATT5 条 2 項に対する 20 条(d)に基づく例外として認められる、と指摘している(Vrins & Schneider book 2nd ed, pp.237-9)。

(4) 商標指令の改正に向けて

他方で、EUにおける知的財産権の侵害の基準の統一に向けた動きはどうであろうか。例えば、EU委員会は2011年5月24日に、今後の知的財産権分野における方針文書(COM(2011)287 final)において商標指令を改正すると言及し、2013年3月27日に改正案とその趣旨説明を公表している⁽⁴⁶⁾。

商標権に基づく排他的権利について定める新10条・11条のうち、10条5項は、第三国から第三者が登録商標と同一又は実質的に識別不可能な標章を許諾なく付した物品を商業活動の一環として(in the context of commercial activity)EU税関領域に持ち込む行為を、それら物品が自由流通のために域内市場に向けて解放されるかどうかにかかわらず、禁じる権限を商標権者に与えなければならないとしている。その趣旨は、「Philips/Nokia事件判決によれば、EU税関領域における通関解放停止手続きのもと、非共同体物品の流入、存置及び移動はEU及び構成国の実体法により与えられる知的財産権を侵害するものではなく、これらの物品はEU消費者を対象とした譲渡、譲渡の申し出、広告のような商業的行為の対象となるという証拠があって初めて模倣と判定され得ることになる」、「しかし、同判決の内容は権利者の立証責任を不当に引き上げ、模倣品との闘いを阻害するものとして強く批判されており、この闘いにおいて優位に立つ上で欧州の法的枠組みを確立する緊急の必要性があるのは明らかである」、「以上のギャップを埋めるべく本提案は、第三者による第三国からEU税関領域への登録商標と実質的に同一の標章を許諾なく付した物品を商業活動の一環として持ち込む行為を、それら物品が自由流通のために域内市場に向けて解放されるかどうかにかかわらず、禁じる権限を商標権者に与えるものとした」と説明されている⁽⁴⁷⁾。このように、EUはEU税関を通過する商標権侵害物品に関する新たな差止制度を設ける方向で検討を進めている。

5. 検討

以上みてきたように、EUでは、知的財産権侵害物品からなる通過物品に対する税関の措置に係るEU規則の解釈が分かれる下で、WTO紛争も契機となって

議論が進み、欧州司法裁判所による知的財産権の侵害及び税関による介入に係る基準の提示から、構成国の国内裁判所における判例の統一及び1383規則の解釈に係るガイドラインの作成に進み、さらに1383規則もこの基準を取り入れて608規則に置き換え、次いで商標指令のような実体法の改正に着手している。

ところで、これら経緯においては、「通過」概念についての類型化の議論がほとんど見られず、輸出入の概念に包含されるか否かさえほとんど言及されていないことが指摘できる。日本における平成20年の関税法改正に際しては、次項にみるように、知的財産権侵害物品の「輸入」及び「輸出」に当たるか否かが議論される下で、問題の貨物に関して陸揚げの有無やその所在、例えば保税区域への存置か船積みかといった点から類型化を行った上でトランジット罪の適用対象の射程が議論された。これに対して、EUにおける着目点は、問題の貨物が域内市場に持ち込まれる蓋然性の有無、換言すれば、問題の物品に係る密接連関性の有無、それに伴うEU税関の管轄権行使の可否にあり、それが立証され得るのであれば、物品が税関手続上どのような状態であろうとも税関は能う限り介入し得るとされている。

その下で、知的財産権の侵害の存否は構成国が定める侵害の基準を用いて判断するとしている。例えば商標権については、Montex事件欧州司法裁判所判決が言及したように、EU商標指令5条所定の諸要件、とりわけ1乃至3項における、問題の標章が「取引上(in the course of trade)」使用されているかの要件⁽⁴⁸⁾の充足が問題となる。この要件は、商標指令の改正案においては「商業的活動の一環として」の要件に引き継がれており、商標権者に認められた通過物品に係る新たな差止申立権とそれに基づくEU税関の措置が可能になる。なお、10条は、1項で商標権者に排他的権利を認めた上で、現行指令5条の1項・2項に商号や宣伝広告における使用等新たな類型を追加した新2項・3項において「取引の過程において」の要件をそのまま残しており、さらに4項では模倣品の個人輸入への対策として、商標権者に認める輸出入差止請求権について「荷送人が商業的目的において行為しているときにのみ」という要件を新設している。5項の「商業的活動の

(46) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, COM(2013)162 final.

(47) 前注46, pp.6-7.

(48) この要件は、「標識が、私的なものとしてではなく、経済上の利益を期待して商業的な活動の中で使用されたかを考慮して判断される」とされる。大西育子「商標の使用と権利侵害—欧州商標法から見たわが国の商標的使用—」日本工業所有権表学会年報37号(2014年)、75頁。

一環として]の要件も含めて、いずれも商業的な活動の一環をなしているかを問題にしており、それらの解釈については現行指令の「取引上」の使用の要件に関する解釈が引き継がれると考えられる。

そして、EU 税関は 608 規則に基づいて、構成国の国内法により侵害とみなされ、かつ、域内市場に流入してくる実質的な蓋然性を有する通過物品について措置を採ることになる。しかし、新商標指令案は明示的に後者の基準を否定しており、この基準が新商標指令には無く 608 規則における独自の基準と位置づけられるのかは不明である。今後、新商標指令との調整が必要になると考えられる。

Ⅲ 日本の法制度⁽⁴⁹⁾に EU の対応が与える示唆

以下では、本件に係る日本の法制度の制定の経緯及び現状を見た上で、EU が採った対応から得られる示唆を検討する。

1. 日本における通過物品に係る差止措置の概要

日本の知的財産法において、輸出入の概念は関税法 2 条 1 項・2 項にいうそれらと同義とされている。すなわち、輸入は「外国から本邦に到着した貨物…又は輸出の許可を受けた貨物を本邦に(保税地域を経由するものについては、保税地域を経て本邦に)引き取ること」であり、保税倉庫、保税工場等の保税領域内にある状態は未だ輸入されたとはいえないものと解されてきた⁽⁵⁰⁾。また、輸出は「内国貨物を外国に向けて送り出すこと」を指すとされる。なお、輸出は、模倣品の流通の増加に伴う内国における侵害品規制、日本発の模倣品流通の規制を強化する目的で行われた平成 18 年の産業財産権法改正により追加された各権利の実施・使用の態様である⁽⁵¹⁾。

また、関税法に基づく水際措置は、根拠法における違反がある、つまり知的財産法であれば問題の知的財産について侵害行為があることを前提として設けられ

ている⁽⁵²⁾。

その下で、通過のうち何らかの目的、例えば日本に輸入する目的を以て日本に陸揚げされた後、輸入の手続きを踏まずに外国に向けて搬出される、いわゆる積戻し(trans-shipment)は、輸入から輸出に切り替える行為とみて、輸出に準じて扱われることとされており(関税法 75 条・69 条の 2～69 条の 10)、「輸出してはならない貨物」としての知的財産権侵害物品を積み戻せば、それら物品は税関長による行政没収・廃棄処分の対象となり、行為に対しては罰則が適用される(同法 108 条の 4)。これら条文は、上述の平成 18 年の産業財産権法の改正と同時に整備された。

他方、日本を当初より経由地とする、狭義の通過(transit)に該当する貨物は、原則として保税地域にしか置けず、保税運送する場合は税関長の承認を要する外国貨物として扱われるところ、違法な通過貨物は「保税地域に置くことができない貨物」及び「保税運送することができない貨物」(30 条 2 項・65 条の 3)とされて、これに反する行為はトランジット罪(109 条の 2)の罰則の対象とされる。知的財産権侵害物品も平成 20 年の関税法改正においてトランジット罪の対象として追加された。

この法改正に係る審議では、船舶交通を例にとり、①寄港無しの単なる日本の領海の通過、②寄港無しの洋上積替え、③接岸(陸揚げ無し)、④-1 接岸(陸揚げ予定)、④-2 外国貨物をいったん保税地域に置き、再び船積みする仮陸揚げ、の 5 類型をもとに検討がなされた。ワーキンググループでは、輸入及び輸出の双方について知的財産権の侵害を構成する物品に関して、執行上、また各知的財産法の解釈上、侵害行為が明らかであり、その事実認定が十分に可能である場合に限り、関税法上のトランジット罪の対象とするという事務局提案を議論する中で、いずれの類型も物理的に領海内に存在する、接岸しているという点からは輸出の概念に含めることは可能であり、なお執行可能性を論じる余地はある、他方、特に①から③については、各国別に成立している知的財産権の性質、或いは、管轄権行使の面から行き過ぎではないか、等の指摘があっ

(49) 本項に関して、ACTA における通過物品規制との関連にも触れた先行研究で、中澤直樹「知的財産侵害に係る通過貨物の規制と派生する問題— ACTA との関連、さらには輸入、輸出に言及して—」知財ふりむ 10 巻 118 号(2012 年 7 月)25 - 36 頁がある。

(50) 中山信弘・小泉直樹「新・注解特許法」44 - 45 頁(2011 年、青林書院)、吉藤幸嗣著、熊谷健一補訂「特許法概説第 12 版」442 頁(1997 年、有斐閣)。吉藤は「ただし、保税工場内で、輸入物を部品又は原料として特許物を生産する行為は国内生産と解すべきである」と述べる。

(51) 前注 50(中山・小泉)45 - 46 頁。なお、改正以前はそれら権利の実施・使用の概念に当然に含まれるとは解されず、日本国内での生産や譲渡を伴うことが多いために実施・使用の概念に取り入れる実質的な必要性についても意義を見出されていなかった(特許権について前注 50(吉藤)442 頁。商標権について網野誠「商標第 6 版」151 - 2 頁(平成 14 年、有斐閣)。

(52) 例えば、関税・外国為替等審議会関税分科会企画部会、知的財産権侵害物品の水際取締りに関するワーキンググループ(平成 19 年 11 月 27 日)議事録における担当事務局の説明。

た。これに対して、事務局から、知的財産権の実施・使用の態様に輸出を含めてから日が浅く、その概念が未だ未確定であることもあって、現実には侵害の成立という観点から④、特に④-2の仮陸揚げの類型のみが執行可能であると理解したという発言もあった⁽⁵³⁾。

最終的には、ワーキンググループの報告を受けた関税・外国為替等審議会関税分科会において、輸入及び輸出の双方について知的財産権の侵害を構成する物品に関して、④については税関の取締りの対象とするとの整理で問題無い、また、①から③については、侵害行為が明らかであり、その事実認定が十分に可能である場合に限り、関税法上のトランジット罪の対象とする、かつ、これらの類型を規制対象にすることの可否は、今後の知的財産法における「通過」「輸出」概念の明確化や国際動向を見極めた上で判断するという提案が了承され、なお、国際法上の無害通行権及び管轄権行使との関係にも目配りを要するとの指摘が委員からなされた⁽⁵⁴⁾。

2. 通過物品の規制に係る今後の課題

以上の審議過程においては、EUにおいて規制上の要件として提示されてきた、当該税関領域に係る市場への物品の流入可能性ひいては経済社会に与える影響、物品に係る商業的活動の存否、及び、物品の仕出し国及び仕向地における知的財産権侵害の有無といった点における議論が少なく、税関による執行可能性という側面に重きが置かれていたと見受けられる。これらの点について、事務局のいう「侵害行為が明らかであり、その事実認定が十分に可能である場合」の意味内容を明らかにした上で、日本の知的財産権法における権利の実施・使用の態様に即した検討を行うことが必要なのではないだろうか。前述のように、関税法は規制の根拠となる法令における違反を構成する物品・行為について規律するとされている。ここからも、知的財産法において輸出入に係る概念の現到達に照らして通過を位置づける、その際に、物品の国内への流入可能性のような、より実態に即した基準を設け、それに基づいて関税法による規制を行うことが求められているのではないかと⁽⁵⁵⁾。こうした対応はまた、日本政府による管轄権の行使における妥当性や無害通航権との整合

性ももたらすのではないかと考える。

また、執行可能性に関しても、提案者側は、税関が実地に乗り込んで目視確認が可能かという点を中心的に問題提起しており、これを受けた議論において、EUが課題に挙げている、問題の物品の性格を見極める上での税関の分析能力の向上や、他国・地域の税関との情報共有等に係る協力関係の構築への言及は見られない。これらの点に係る方策を、その後の進展も含めて、規制に執行可能性を持たせる観点から改めて検討する必要があるのではないかと考える。

(53) 関税・外国為替等審議会関税分科会企画部会、知的財産権侵害物品の水際取締りに関するワーキンググループ(平成19年11月27日)議事録。

(54) 関税・外国為替等審議会関税分科会(平成19年12月4日)の議事録及び資料3。

(55) 「輸入かどうかは、陸揚げか否かではなく、海外から搬出された貨物が国内領域に搬入後、国内実施(根拠法によっては独占権の態様である使用や利用等を含む)がされうるか否かで決すべきであって、陸上、海上を問わず、国内実施ができる状態となった時に輸入があったとみるべきではないだろうか」という指摘(中澤、前掲注49, 32頁)も、同趣旨と考える。