

北京市高級人民法院による 「商標の権利付与・権利確定の行政事件審理指南」

遠藤 誠¹

I はじめに

2019年4月23日に「商標法」の第四次改正が公布され（2019年11月1日施行）、悪意のある商標出願行為に対する規制の強化、及び侵害行為者の責任の厳格化等が図られた²。

その翌日である2019年4月24日、北京市高級人民法院³は、「商標の権利付与・権利確定の行政事件審理指南」（以下「本指南」という）を公布した。本指南の目標としては、商標の権利付与・権利確定の行政訴訟の審理の質の向上、企業の誠実な経営の促進、及びビジネス環境に関する司法保護の強化が挙げられている。同法院の民事第三庭庭長助理の潘偉氏は、本指南の公布により、商標の権利付与・権利確定に関する行政訴訟における北京市高級人民法院の判断基準の統一を大いに促進し、商標の権利付与・権利確定の審査効率を改善し、訴訟結果の予測可能性を高め、そして社会的資源を節約することができると述べている⁴。

全162条からなる本指南は、大きく、「手続関連問題」と「実体関連問題」の二つの部分に分けられている。一部の内容は北京市高級人民法院知的財産権庭と商標評審委員会の共同認識をまとめた成果であり、大部分の内容は現行の法律、司法解释、法院の判決等に基づき、北京市高級人民法院における具体的な司法実務と合わせて審理ルールを整理したものである。

北京市高級人民法院は、「商標法」に関する行政訴訟の上訴審を管轄する重要な法院であることから、本指南の主な内容は、日本企業の知財担当者や知財実務家が知っておくべき基本的知識であるといえる。そこで、本稿では、本指南の主な内容を解説することとしたい。

¹ えんどう まこと、弁護士・博士（法学）、BLJ法律事務所（<https://www.bizlawjapan.com/>）代表。

² http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2019-04/23/content_2086193.htm

³ 2019年1月1日以降、特許、実用新案等の技術に関する知的財産権に関する民事訴訟と行政訴訟の上訴事件は、（高級人民法院をとばして、）直接、最高人民法院が管轄することとされた。しかし、商標の権利付与・権利確定の行政事件の上訴事件は、依然として、北京市高級人民法院が管轄している。その意味で、北京市高級人民法院が公布した本指南は、（法的効力の無いガイドラインではあるものの、）実務上は重要であるといえる。

⁴ https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_3338131

II 主体資格の確定

1 異議申立て及び無効宣告請求の主体としての「先行権利者」及び「利害関係人」の範囲・認定時期

商標法 33 条は、「先行権利者」（中国語原文では「在先権利人」）及び「利害関係人」は、異議申立てをすることができる旨を規定している。また、商標法 45 条 1 項は、「先行権利者」及び「利害関係人」は、無効宣告請求をすることができる旨を規定している。しかし、従来、「先行権利者」及び「利害関係人」の範囲等は、明確ではなかった。

そこで、本指南は、「商標権者及びその他の法的保護を受けるべき合法的な先行権利所有者」は「先行権利者」にあたることを規定した（1.1）。

また、本指南は、「先行権利の被許諾使用者、先行権利の合法的継承者、又は先行権利者の支配株主」及び「モデル、俳優等の人身権について作成された特別授權書類が提出された場合の代理人」は「利害関係人」にあたることを規定するとともに、「係争商標の登録出願のみにより影響を受け、先行権利と直接的利害関係を持たない主体」は「利害関係人」にあたらぬこととした（1.2）。

さらに、利害関係人の認定時期については、原則として、「商標異議申立時」又は「無効宣告請求時」とした。提訴後に新たに「利害関係人」に該当するようになった者は、請求により、当該行政訴訟に参加することができる可能性がある（1.3）。引用商標が譲渡された場合の譲受人も、請求により、当該訴訟に参加することができる可能性がある（1.4）。

2 係争商標の譲渡人と譲受人

商標評審手続中に、係争商標が譲渡されたケースにおいて、国家知的財産権局の商標評審部門が譲受人に評審手続に参加するよう通知しないまま、譲受人にとって不利な行政裁決が下されることがあり得る。この場合、譲受人が訴訟中に、元の行政裁決の理由及び結論が違法であることを、①証明できる場合は、当該行政裁決取消の主張は認められる可能性があるが、②証明できない場合は、当該行政裁決取消の主張は認められない（1.5）。

商標評審手続中に、係争商標の譲受人が後続の評審手続に参加した場合、原則として、譲渡人はもはや行政行為の相手方とはならない。譲渡人が評審手続中に行った行為は、譲受人に対し拘束力を有する（1.6）。

III 審査範囲

1 審査範囲の不足と超過

本指南によると、当事者の権利に実際的影響を与える商標評審部門の審査不足は、法定手続違反と認定される可能性がある（2.1）。例えば、当事者が商標法 13 条（馳名商標）及び

商標法 30 条（先願主義）に基づき申立を行ったにもかかわらず、商標評審部門が商標法 30 条（先願主義）についてだけ審査し、商標法 13 条（馳名商標）については審査せず、その結果、当事者の申立を支持しなかった場合、商標評審部門の審査不足となる（2.2）。

他方、本指南によると、商標評審部門の審査範囲を超えた審決に対しては、超えた部分が違法であるとの主張が認められる（2.3）。例えば、商標不登録再審査行政案件における裁決内容が、登録不承認の商品又は役務の範囲を超えている場合、商標評審部門の審査超過となる（2.6）。

2 「絶対理由」及び「相対理由」の同時適用

商標評審部門が、「絶対理由」（商標法 10 条、11 条、12 条）及び「相対理由」（30 条、31 条）の両方に基づいて係争商標登録出願を拒絶する決定を下すことは合法である。よって、商標評審部門が「絶対理由」（商標法 10 条、11 条、12 条）及び「相対理由」（30 条、31 条）の両方の規定を同時適用して審査を行ったことのみを理由にして、原決定を取り消すことはできない（2.9）。

IV 送達

当事者への送達は、ファックス、電子メール、ショートメール、WeChat 等の電子送達的方式で送達することが可能である（3.2）。

送達があったか否かの認定は、当事者の受領時が基準となる（3.3）。当事者の授権を受けていない不動産管理会社又は守衛が代理受領した証憑は、当事者が受領したことの証明としては不十分である（3.4）。

V 「一事不再理」の認定

1 商標法実施条例 62 条の規定

商標法実施条例 62 条は、以下のとおり規定している（下線は筆者が付した）。

「申立人は、商標評審申立を撤回した場合は、同一の事実及び理由をもって評審申立を再度提出してはならない。商標評審委員会が商標評審申立に対し既に裁定又は決定を下している場合は、何人も同一の事実及び理由をもって評審申立を再度提出してはならない。但し、登録不許可再審査手続を経て、審査確認登録許可を得た後、商標評審委員会に登録商標の無効宣告を提起する場合を除く。」

当事者が「同一の事実及び理由」をもって再度評審を請求しても、商標評審部門は、これを受理せず、又は却下する（4.3）。

2 「同一の事実及び理由」の範囲

では、「同一の事実及び理由」に該当する範囲とは、具体的にどのようなものなのであろうか。この点につき、本指南は、下表のとおり、いくつかの具体例を示している（4.1及び4.2）。

<p>＜「同一の事実」に該当しない場合＞</p> <ul style="list-style-type: none">・元の行政行為後に新たに発見された証拠に基づき、再度請求した場合。・元の行政手続中に客観的原因により取得できない若しくは所定期間内に提供できなかった証拠に基づき、再度請求した場合。	<p>＜「同一の事実」に該当する場合＞</p> <ul style="list-style-type: none">・元の行政手続において入手できたはずであるのに、正当な理由なく提出していない図書館照会資料等の証拠に基づき、再度請求した場合。・当事者が先行著作権の侵害を主張するにあたって、元の行政手続において関連著作物を提出し、新たに入手した著作権登録証明書のみに基づき、再度請求した場合。
<p>＜「同一の理由」に該当しない場合＞</p> <ul style="list-style-type: none">・元の行政手続において、当事者の主張の一部の理由のみが審理され、当該当事者が審理されていないその他の理由について、再度請求を提出した場合。・当事者が、元の行政手続において関係していなかった引用商標に基づいて、再度請求した場合。・当事者が、元の行政手続において商標法13条（馳名商標）に基づいて請求し、商標審査部門が主動して、商標法30条（先願主義）の適用に転換したが、支持されず、当事者が再度商標法13条に基づき請求した場合。・商標異議再審査手続中に、当事者が、2001年商標法10条1項7号（宣伝が誇大であり、且つ欺罔性を帯有するもの）に基づき請求し、商標審査部門が主動して、2001年商標法10条1項8号（社会主義道徳・風習に有害であり又はその他の不良な影響を及ぼすもの）の適用に転換し、支持されたが、行政訴訟手続を経て、当該請求は成立しないと認定され、係争商標登録が認められ、当事者が再度2013年商標法10条1項8号（社会主義道徳・風習に有害であり又は	

その他の不良な影響を及ぼすもの) に基づき無効宣告請求を提起した場合。	
-------------------------------------	--

VI 差戻審による行政行為の処理

商標評審部門が裁決の差戻審の審理をするにあたって、当事者がその補充提出した証拠を商標評審部門が採用しなかったことを理由に、法定手続に違反していると主張しても、原則として、認められない。但し、当該証拠に係る内容について、発効した行政訴訟の裁判が認定せず、且つ案件審査結果に影響するに十分であるのに、商標評審部門が採用しない場合は、主張が認められる可能性がある (5. 1)。

商標評審部門は、裁決の差戻審を行う場合、少なくとも1名の合議体メンバーを変更しなければならない。また、発効した行政訴訟の裁判が既に実体的認定について結論を下しているケースにおいて、商標評審部門が差戻審において当事者に答弁、証拠交換、証拠調べ等を行うことを別途通知せずに直接に裁決を下した場合、当事者がこれを根拠に法定手続に違反していると主張しても、認められない (5. 2)。

VII その他の手続事項

1 商標登録証及び商標登録簿の記載の不一致

商標登録証及び商標登録簿に記載されている登録事項が一致していない場合、原則として、商標登録簿が、認定の根拠とされる。但し、商標登録簿に誤りがあると証明する証拠がある場合を除く (6. 1)。

2 期限を過ぎて下された裁決の処理

商標法は、下表のとおり、審査等の期限を規定している。

	期限	商標法の根拠規定
商標評審委員会の出願拒絶再審査申請受領から決定まで	9 か月。特殊事情がある場合、3 か月延長可	34 条
商標局の初期査定公告期間満了から決定まで	12 か月。特殊事情がある場合、6 か月延長可	35 条 1 項
商標評審委員会の異議成立決定再審査申請受領から決定まで	12 か月。特殊事情がある場合、6 か月延長可	35 条 3 項
商標評審委員会の無効宣告	9 か月。特殊事情がある場	44 条 2 項

決定再審査申請受領から決定まで	合、3か月延長可	
商標評審委員会の絶対的無効理由による無効宣告申請受領から裁定まで	9か月。特殊事情がある場合、3か月延長可	44条3項
商標評審委員会の相対的無効理由による無効宣告申請受領から裁定まで	12か月。特殊事情がある場合、6か月延長可	45条2項
商標局の登録商標取消申請受領から決定まで	9か月。特殊事情がある場合、3か月延長可	49条2項

しかし、實際上、上記の期限を過ぎて裁決が下される場合がある。

本指南によると、商標行政訴訟において、商標評審部門が商標法34条、35条、44条、45条、49条に定める法定期限どおりに裁決を下さなくても、当事者の権利に対し実際的影響を与えない場合、当事者がこれを根拠に法定手続に違反しているとの主張は、認められない(6.4)。

3 双方代理

同一の代理機構又は代理人が同一案件で、それぞれ商標行政手続の異なる段階において双方の当事者を代理した場合、当該行政行為は法定手続に違反したと認定される。但し、当事者が明確に同意を表示した場合を除く(6.9)。

VIII 実体関連問題の基本原則

1 「使用を目的としない悪意のある商標登録出願」と認定される場合の明確化

商標法の第四次改正により、商標法4条1項が以下のように改正された。

改正前	改正後
<p>自然人、法人又はその他の組織は、生産経営活動において、その商品又は役務に対して商標専用権を取得する必要があるときは、商標局に商標登録を出願するものとする。</p> <p>(第2項は省略)</p>	<p>自然人、法人又はその他の組織は、生産経営活動において、その商品又は役務に対して商標専用権を取得する必要があるときは、商標局に商標登録を出願するものとする。<u>使用を目的としない悪意のある商標登録出願は、これを拒絶するものとする。</u></p> <p>(第2項は省略)</p>

商標法 4 条 1 項後段は、商標の冒認登録に対抗するための有力な根拠規定になる可能性のある規定であるが、上記のとおり、極めて抽象的な規定である。そこで、本指南は、商標法 4 条 1 項後段に違反すると認定される場合を具体的に規定することにより明確化した。即ち、①商標出願人に明らかに真に使用する意図が欠けており、且つ②下表に掲げる事由のいずれかに該当する場合、商標法 4 条 1 項後段に違反すると認定される。なお、商標出願人は、真に使用する意図を有すると主張したとしても、証明する証拠を提出しない場合は、当該主張は認められない (7.1)。

(1) 一定の知名度があり又は比較的顕著な特徴がある異なる主体の有する商標と同一又は類似の商標を登録出願し、且つ情状が重大である場合。
(2) 一定の知名度があり又は比較的顕著な特徴がある同一の主体の有する商標と同一又は類似の商標を出願登録し、且つ情状が重大である場合。
(3) 他人の商標以外のその他の商業標識と同一又は類似の商標を出願登録し、且つ情状が重大である場合。
(4) 一定の知名度を有する地名、観光地名称、建築物名称等と同一又は類似の商標を登録出願し、且つ情状が重大である場合。
(5) 大量に登録商標を登録出願し、且つ正当な理由を欠いている場合。

2 商標登録者が営業許可証を取り消され又は抹消されたことの影響

「商標が取り消され又は無効とされる事由・根拠があるか否か」という問題と、「商標登録者が営業許可証を取り消され又は抹消されたか否か」という問題は、全く別であり、無関係である。そこで、本指南は、このことを明確化するため、「商標権取消再審査、商標権無効宣告請求行政案件において、係争商標の商標登録者が営業許可証を取り消され又は既に抹消されても、これだけを根拠として係争商標に対し登録取消又は無効宣告をするべきではない」と規定した (7.5)。

但し、商標登録者が営業許可証を取り消され又は抹消されてしまった場合、当該登録商標を使用できなくなり、その結果として、不使用取消審判を申し立てられ、当該登録商標を取り消される可能性がある (商標法 49 条 2 項)。

IX 商標法 10 条 (商標使用禁止標章)

1 商標法 10 条 1 項 7 号の該当性判断に関する明確化

商標法 10 条 1 項 7 号は、「欺罔性を帯有し、商品の品質等の特徴又は産地について公衆に誤認を生じさせ易い」標章は、商標として使用してはならないと規定している。

本指南は、一見、商標法 10 条 1 項 7 号に該当するような標章であっても、「公衆が日常生活経験等に基づき係争商標の指定商品又は役務の品質等の特徴又は産地について誤認を

生じない場合」は、商標法 10 条 1 項 7 号に該当しないこととした (8.4)。

係争商標に企業の全称又は略称が含まれてはいるものの、出願人と当該企業の全称又は略称に実質的な差異がある場合、商標法 10 条 1 項 7 号に該当するか否かが問題となる。本指南によると、そのような場合であっても、商品又はサービスについて公衆に誤認を生じさせやすい状況にあるときは、商標法 10 条 1 項 7 号に該当すると認定することができるものとした。但し、上述の企業の全称又は略称が企業の主体身分を示す標章として公衆に容易に識別されることが認定の条件とされる (8.5)。

2 商標法 10 条 1 項 8 号の「その他の不良な影響」の明確化

商標法 10 条 1 項 8 号は、「社会主義道徳・風習に有害であり又はその他の不良な影響を及ぼす」標章は、商標として使用してはならないと規定している。

上記の「その他の不良な影響」という文言は極めて曖昧である。そこで、本指南は、公衆の日常生活経験、辞書・工具書等の公的文献、又は宗教等の分野の人々の通常認識に基づき、係争商標の標章又はその構成要素が中国の社会公共の利益及び公共秩序に消極的・マイナスの影響を及ぼすおそれがあると確定できる場合、商標法 10 条 1 項 8 号に定める「その他の不良な影響」を有するものと認定することができることを規定した。また、当事者の主観的な意図、使用方法、損害結果等は、「その他の不良な影響」を有するか否かを認定する参考要素とすることができることも規定した (8.6)。

なお、係争商標の標章又はその構成要素が「その他の不良な影響」を有するか否かについての判断基準時は、原則として、「係争商標の登録出願時」であるが、登録査定時までには事実状態に変化が生じたときは、「登録査定時」の事実状態に基づいて判断されることになる (8.7)。

X 商標法 11 条 (商標登録禁止標章)

1 商標法 11 条 1 項各号の關係の明確化

商標法 11 条 1 項は、以下のとおり規定している。

以下に列挙する標章は、商標として登録してはならない。

- (1) その商品の通用名称、図形、型番のみを有するもの。
- (2) 単に商品の品質、主要原料、効能、用途、重量、数量及びその他の特徴を直接に表示しただけのもの。
- (3) その他顕著な特徴を欠くもの。

上記の商標法 11 条 1 項に列挙された各号のいずれかに該当することが立証されれば、当該商標の登録は認められないことになる。

本指南は、商標権取消再審査又は商標権無効宣告請求行政案件における裁決が、係争商標の商標法 11 条 1 項各号のいずれに該当するのかを明確に指摘せず、商標法 11 条 1 項をもって概括的に表記するのみである場合、これは「法律適用の誤り」に該当するとの当事者の主張が認められるものとした (9.2)。

また、本指南は、商標法 11 条 1 項に列挙された各号は、係争商標の標章が顕著な特徴を有しない状況をそれぞれ定めているものとしている。したがって、同一商標について同一商品上に顕著な特徴を有するか否かを認定するとき、原則として、商標法 11 条 1 項に列挙された各号を 2 つ以上並列適用すべきではなく、いずれか 1 つを単独適用すべきものとしている (9.3)。しかし、實際上、商標法 11 条 1 項に列挙された各号の区別は曖昧なところがあり、いずれの号に該当するかの判断は微妙な場合も少なくないため、商標権取消再審査、商標権無効宣告請求行政案件において、いずれか 1 つの号のみを適用することは困難な場合があるように思われる。

2 顕著性の認定基準の明確化

顕著性を欠く標章の商標登録は認められない。しかし、顕著性の認定判断は微妙な場合が多く、その認定基準はあまり明確ではない。

そこで、本指南は、顕著性の認定を明確化する規定を置いている。

まず、顕著性の判断主体は、「当該商標の指定商品又は役務に関連する消費者及びその商品又は役務の販売と密接に関係のあるその他の事業者等」とされている (9.1)。

新しい類型の商標（色彩の組合せ標章、音声標章、又は商品自体の形状・包装・装飾等の形式で体现される立体商標等）が顕著な特徴を有するか否かの認定にあたり、当事者が独創したものか否か又は当事者が最も早く使用したものか否かは無関係である (9.5)。

係争商標が広告宣伝用語等のみによって構成される場合、原則として、顕著性を欠くものとされる (9.6)。

立体商標が含まれている係争商標の顕著性を判断する場合、当該商標全体から判断しなければならない。原則として、当該商標が文字又は図形等その他の要素を含むことのみで、それが顕著性を有すると認定してはならない (9.8)。

商標法 11 条 2 項によると、同条 1 項各号のいずれかに該当する標章であっても、使用により顕著な特徴を取得し、且つ識別しやすくなったときは、商標として登録することができるものとされている。本指南によると、ここにいう「使用により顕著な特徴を取得」に該当するか否かの判断にあたっては、①係争商標の標識の使用が商品出所の識別作用を発揮させるに足りること、②係争商標の標識を使用する期間・地域・範囲・規模・知名度等、③その他の事業者が係争商標の標章を使用する状況といった要素を総合的に考慮して認定することができるが、係争商標の標章を使用する商品のみに限られ、それと類似する商品は含まない (9.7)。

XI 商標法 12 条（立体商標）

商標法 12 条は、「立体標章をもって商標登録を出願する場合、商品自体の性質が生み出す形状、それ自体の技術的効果を実現するために必要な形状、又は商品に実質的な価値を備えるための形状については、登録してはならない」と規定している。

本指南は、上記規定について、以下のとおり明確化している。

まず、商品固有の目的・機能・用途・効果等を実現するために採用しなければならない形状又は通常採用されている形状は、「商品自体の性質が生み出す形状」にあたる（10.2）。

次に、特定のパラメータ・指標等を達成するために採用しなければならない形状は、「それ自体の技術的効果を実現するために必要な商品の形状」にあたる（10.3）。

また、消費者の購入意欲に影響を与える商品外観・モデル等は、「商品に実質的な価値を備えるための形状」にあたる（10.4）。

XII 商標法 13 条（馳名商標）

商標法 13 条は、馳名（ちめい）商標（中国において関連公衆に熟知されている商標）の保護について規定している。とくに 13 条 3 項は、「同一でない又は類似しない商品について登録出願した商標が、既に中国で登録した他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したもので、且つ公衆を誤導し、当該馳名商標の登録者の利益に損害を与える可能性のあるときは、登録せず、且つ使用を禁止する。」と規定している。

本指南は、上記の商標法 13 条 3 項の適用要件について、以下のとおり、具体的な規定を置くことにより、明確化を図っている。

即ち、本指南によると、商標法 13 条 3 項を適用するための要件は、①引用商標が、係争商標出願日より前に既に馳名状態に到達していたこと、②係争商標が、馳名商標の複製・模倣又は翻訳に該当すること、③係争商標登録が、公衆に容易に誤解を招き、馳名商標の所有者の利益に損害を与えるおそれがあることの 3 つである。上記のうちいずれかの要件が成立しないときは、その他の要件について判断するまでもなく、商標法 13 条 3 項は適用されない（11.2）。

商標法 13 条 3 項に定める状況に該当する場合として、本指南は、以下の 2 つを挙げている（11.4）。

(1) 同一でない又は類似しない商品について登録出願した係争商標が、引用商標の複製・模倣又は翻訳したものであり、引用商標及び係争商標を使用した商品の出所について関連公衆に誤認を生じさせるに足り、又は引用商標及び係争商標を使用した事業者の間に使用許諾・関連企業関係等の特別な関係があるものと関連公衆に認識させるに足りる場合。

(2) 同一でない又は類似しない商品について登録出願した係争商標が、引用商標の複製・模倣又は翻訳したものであり、係争商標及び引用商標には相当程度のあると関連公衆に認識させるに足り、また引用商標の顕著性を弱め、引用商標の市場での名声を毀損し、又は引用商標の市場での名声を不当に利用した場合。

本指南は、商標法 13 条 3 項に定める「複製」、「模倣」及び「翻訳」の意味について、明確化を図っている。まず、係争商標の標章が他人の馳名商標の標章と同一であり又は視覚上基本的に差異がない場合、「複製」に該当する。次に、係争商標の標章に他人の馳名商標の顕著な部分又は顕著な特徴等を使用する場合、「模倣」に該当する。また、係争商標の標章において他人の馳名商標を異なる言語文字で表現し、且つ当該言語文字が他人の馳名商標と対応関係を構築しており、且つ関連公衆に広く知られ又は習慣的に使用されている場合、「翻訳」に該当する (11.6)。

XIII 商標法 15 条 (無権限の代理人等による冒認出願)

1 商標法 15 条 1 項の該当性判断に関する明確化

商標法 15 条 1 項は、「授権を経ずに、代理人又は代表者が自己の名義で被代理人又は被代表者の商標につき登録を進め、被代理人又は被代表者が異議を提出したときは、登録せず、且つ使用を禁止する。」と規定している。これは、代理人又は代表者による被代理人又は被代表者の商標についての冒認出願を禁止する規定である。この規定は、一見もつともな内容を規定しているが、文言が抽象的であるため、該当性の判断が困難な面があった。そこで、本指南は、商標法 15 条 1 項の文言及び適用範囲について明確化する規定を置いた。

まず、商標法 15 条 1 項の「授権を経ずに」に関して、本指南は、「被代理人又は被代表者が、代理人又は代表者による係争商標登録出願について同意する意思表示をしたかが明確ではない場合」は、商標法 15 条 1 項に定める「授権を経ずに」に該当するものとした。また、被代理人又は被代表者が係争商標登録出願を知っているが反対意見を提出していない場合であっても、原則として、このことだけを根拠に「同意があった」と推定することはできないこととされた (12.1)。以上のことから、代理人又は代表者の立場からすると、将来の紛争を防止するためには、係争商標登録出願について同意する旨の本人の意思表示が明確にあったことの証拠 (例えば、本人の署名した同意書) を、残しておくことが肝要ということになる。

次に、本指南は、商標法 15 条 1 項の「被代理人又は被代表者の商標」の範囲について、明確化した。即ち、「係争商標の出願日までに既に被代理人又は被代表者により登録され又は出願された商標」は、被代理人又は被代表者が当該商標を実際に使用しているか否かに関わらず、商標法 15 条 1 項にいう「被代理人又は被代表者の商標」に該当しないものとした (12.2)。言い換えると、商標法 15 条 1 項にいう「被代理人又は被代表者の商標」とは、

「係争商標の出願日までに被代理人又は被代表者により登録又は出願されていない商標」を意味すると考えられる。

2 商標法 15 条 2 項の該当性判断に関する明確化

商標法 15 条 2 項は、「同一（中国語では「同一種」）商品又は類似商品について登録出願した商標が、他人が先行使用した未登録商標と同一又は類似し、出願人が当該他人と前項の規定以外の契約、業務往来関係又はその他の関係があることにより、他人の商標の存在を明らかに知っており、当該他人が異議を提出したときは、登録を認めない。」と規定している。

2013 年改正前の商標法 15 条には、1 項のみが規定されていた。しかし、実際には、厳密には「代理人又は代表者」とはいえない者（例えば、単に取引交渉の相手方であるにすぎない者）による冒認出願が少なくなかった。そこで、2013 年の第三次改正商標法は、15 条 2 項を追加し、「代理人又は代表者」以外の、契約、業務往来関係等がある者による冒認出願をも明文で禁止することとした。これにより、冒認出願を禁止する範囲がかなり広がったといえる。とはいえ、15 条 2 項は文言が抽象的であるため、該当性の判断が困難な面があった。そこで、本指南は、商標法 15 条 2 項の文言及び適用範囲について明確化する規定を置いた。

まず、本指南は、商標法 15 条 2 項の「先行使用」について、「他の国家・地域のみにおいて使用された商標の場合」は該当しないものとした（12.5 第 1 項）。言い換えると、「先行使用」は、中華人民共和国（但し、香港、マカオ及び台湾を除く。以下「中国」という）においての使用を意味するということである。そして、本指南によると、中国で商標が使用されてさえいれば、その使用の規模・時間・知名度等の要素は、商標法 15 条 2 項の「先行使用」の有無の判断には影響を与えないとされている（12.5 第 2 項）。

中国で「先行使用」したことを根拠に商標冒認登録出願の取消又は無効を主張しようとする当事者は、「係争商標出願日までに中国国内において商標を使用した証拠」を提出しなければならない。「中国以外の国家・地域において使用した証拠」、「中国国内で使用する準備をしていた証拠」も、「先行使用」されていた状況を間接的・補充的に証明するものとして提出することができる（12.6）。

逆に、係争商標出願人が、「自分が、代理・代表関係を形成する前に係争商標を先行使用したこと」を立証できれば、商標法 15 条 1 項には該当しないことになる。また、「自分が、商標法 15 条 2 項にいう『他人』よりも先に係争商標を使用したこと」を立証できれば、商標法 15 条 2 項には該当しないことになる（12.8）。

XIV 商標法 16 条（地理的表示）

商標法 16 条によると、「商標中に商品の地理的表示があり、当該商品が当該表示に示さ

れた地域を産地とするものでなく、公衆を誤導する場合」は、商標登録を受けることはできず、且つ使用を禁止される。ここにいう「地理的表示」とは、ある商品がある地域を産地とし、当該商品の特定の品質、信用・名誉又はその他の特徴が主に当該地域の自然的要素又は人文的要素によって決定されていることを表す表示をいう。

本指南によると、商標法 16 条にいう「商標中に商品の地理的表示があり」とは、①係争商標に地理的表示が完全に含まれる場合だけでなく、②係争商標に地理的表示の主要識別部分が含まれる場合も含まれる (13.2)。

また、商標法 16 条を根拠に商標登録出願の取消又は無効を主張する主体には、①地理的表示を保護するために設立され又は地理的表示を保護することを目的とする団体・協会等だけでなく、②当該地理的表示を使用した製品の生産加工者及び市場事業者も利害関係人として含まれることが明確化された (13.3)。

地理的表示は、団体商標又は証明商標として登録されることが多いといえる。しかし、実際には、地理的表示が普通商標として登録されることもある。団体商標又は証明商標と普通商標は、相互に先願後願の関係に立つため、いずれの出願が先に行われたが実際上は重要といえる。①地理的表示の団体商標又は証明商標の登録出願が、普通商標の出願よりも先になされた場合、地理的表示の客観的存在状況及びその知名度、顕著性、関連公衆の認知等の要素を結び合わせ、商品又は役務の出所について関連公衆に混同を招き易いか否かが判断される。②普通商標の出願が、地理的表示の団体商標又は証明商標の出願より先になされた場合、地理的表示の知名度へのフリーライドという視点から、商品又は役務の出所について関連公衆に混同を生じ易いか否かが判断される (13.5)。

地理的表示は、中国において非常に有名になっている場合もあり得る。地理的表示の団体商標又は証明商標が既に馳名状態に達している場合、商標法 13 条 3 項による保護を主張することができる。この場合、地理的表示の客観的存在状況及びその知名度、顕著性、関連公衆の認知等の要素を結び合わせ、地理的表示の団体商標又は証明商標の登録が公衆を誤導し、普通商標の登録者の利益を損なう恐れがあるかが認定されることになる (13.6)。

XV 商標法 19 条 4 項 (商標代理機構による商標登録出願)

商標法 19 条 4 項によると、商標代理機構は、その代理役務を行う商標登録出願のほかに、その他の商標を登録出願してはならない。

本指南によると、商標法 19 条 4 項にいう「商標代理機構」には、「既に届け出た商標代理業務に従事する主体」、「営業許可証に記載された商標代理業務に従事する主体」、「未届けであるが実際に商標代理業務に従事している主体」が含まれる (14.1)。

商標評審手続において、商標代理機構が係争商標を第三者 (非商標代理機構) に譲渡したとしても、それだけで、商標法 19 条 4 項の適用を免れることはできない (14.3)。

商標代理機構の行う「代理役務」は、「類似商品及び役務区分表」における第 45 類第 4506 類似群の役務項目のみに限られる。商標代理役務以外に、商標代理機構がその他の商品又は役務の類別上に商標を登録出願したとしても、認められない（14.4）。

XVI 商標法 30 条（商標局による出願拒絶）・31 条（先願主義）

商標法 30 条は、「登録出願された商標が、本法の関連規定に合致せず、又は他人の既に同一商品若しくは類似商品で登録若しくは初期査定された商標と同一若しくは類似するとき、商標局は、出願を拒絶し、公告をしない。」と規定している。

また、商標法 31 条は、「2 名又は 2 名以上の商標登録出願人が、同一商品又は類似商品について、同一又は類似の商標登録出願をしたときは、先に出願された商標について初期査定をし、且つ公告をする。同日出願のときは、先に使用された商標について初期査定をし、且つ公告をする。その他の者の出願は拒絶し、公告をしない。」と規定している。

本指南 15.2 によると、商標法 30 条又は 31 条を適用しようとするとき、商標標章の類似の程度、商品の類似の程度、引用商標の顕著性及び知名度、関連公衆の注意の程度、及び係争商標出願人の主観的意図等の要素、及び前述した要素間の相互に及ぼす影響を総合的に考慮し、容易に関連公衆に混同を招くか否かを基準とすることができるとされている。

1 商標の類似性判断の一般的基準

本指南は、商標の類似性判断の一般的基準について、いくつかの規定を置いている。

まず、商標拒絶査定再審査行政案件において、係争商標が引用商標と類似であるか否かは、主に「係争商標の標章と引用商標の標章との類似の程度」等の要素に基づき認定を行うものとし、係争商標の知名度は考慮しないことができるとされている（15.3）。

また、商標の不登録再審査及び商標権無効宣告請求行政案件において、係争商標の出願人に主観的悪意がなく、また特定の歴史的理由に基づき係争商標と引用商標が長期に渡り共存し、既に安定した市場秩序を形成し、関連公衆に混同を招くことはない当事者が主張した場合、類似商標にならないと認定することができるとされている（15.4 第 1 項）。

係争商標と引用商標が類似するか否かを認定するとき、係争商標の出願人及び引用商標の権利者が提出した証拠、係争商標の出願人の主観的状态等が総合的に考慮される（15.4 第 2 項）。当事者は、係争商標及び引用商標が類似商標にならないことを証明するために市場調査報告を提出することができるが、当該報告の結論が真実性・科学性に乏しい場合、証拠として採用されない（15.5）。

2 中国語商標及び外国語商標の類似性判断の基準

本指南によると、中国語商標及び外国語商標の類似性判断を行うときは、①関連公衆の

外国語の意味に対する認知度、②中国語商標及び外国語商標の意味、称呼等における関連性又は対応性、③引用商標の顕著性、知名度及び使用方法、④係争商標の実際の使用状況等の要素が総合的に考慮される（15.8）。

3 立体商標の類似性判断の基準

本指南によると、立体商標の類似性に関わる判断は、一般的には、全体から対比が行われる。当該商標の文字、図形、及び先行登録された文字、図形商標のみから対比を行ってはならない（15.9）。

4 コンセント（共存協議）制度

中国では、法令中に、コンセント制度についての明文規定は無いものの、従来より、判例及び実務において、同意書（中国語では「共存協議」）による登録が認められてきた（とくに、拒絶査定不服審判の段階において、共存協議が提出されることが、少なくなかった）。

本指南は、コンセント（共存協議）制度について、いくつかの規定を置いている。

まず、係争商標と引用商標が類似商標となるか否かの判断にあたって、共存協議を混同排除の初歩的証拠とすることができるとされている（15.10）。

また、引用商標の権利者は、共存協議書において、係争商標の出願登録への同意、及び係争商標の具体的情報を明確に記載しなければならない。条件又は期限を付した共存協議は、原則として、認められない。共存協議は、真実、合法、有効的でなければならない、且つ国家利益、社会公共の利益及び第三者の合法的権益等を損なう状況が存在してはならない（15.11）。

共存協議が提出されたとしても、正常な市場秩序の保護及び混同防止の観点から、商標登録が認められるとは限らない。本指南も、「引用商標及び係争商標の商標標章が同一又は基本的に同一であり、且つ同一又は類似商品に使用される場合」は、共存協議のみを根拠として係争商標登録出願を認めてはならないとしている（15.12 第1項）。これに対し、「引用商標及び係争商標の商標標章が類似し、同一又は類似商品に使用され、引用商標の権利者が共存協議を提出した場合」は、係争商標及び引用商標の共存が関連公衆に商品の出所についての混同を招くに足ることを証明するその他の証拠がない状況において、係争商標と引用商標は類似商標にならないと認定することができるとしている（15.12 第2項）。

XVII 商標法 32 条（抜け駆け登録の禁止）の規定

本指南の「実体関連問題」16 条は、商標法 32 条（2013 年商標法改正前は、31 条であった）について、多数の具体的な判断基準を示している。商標法 32 条は、商標の冒認出願・

抜け駆け登録の禁止に関する最も基本的な条文である。商標法 32 条の規定は、以下のとおりである。

「商標登録出願は、他人が現に有する先行権利（中国語では「現有的在先権利」）を侵害してはならず、他人が既に使用し、且つ一定の影響力を有する商標を不正な手段により抜け駆け登録（中国語では「抢先注册」）してはならない。」

本条は、前段と後段に分けて考えることができる。即ち、前段は、「商標登録出願が、他人が現に有する先行権利を侵害してはならないこと」を規定している。後段は、「商標登録出願が、他人が既に使用し、且つ一定の影響力を有する商標を不正な手段により抜け駆け登録してはならないこと」を規定している。前段と後段がそれぞれ独立して、冒認出願・抜け駆け登録に対抗する際の根拠規定となり得る。

商標法 32 条違反を理由とする既登録商標の無効宣告は、商標の登録日から 5 年以内に、商標審査委員会に請求しなければならない（商標法 45 条 1 項）。

以下、商標法 32 条に関する本指南の規定について、説明する。

1 商標法 32 条と不正競争防止法 6 条の関係

「商標審査基準」の「三」によると、商標法 32 条に定める「他人が現に有する先行権利」とは、係争商標の登録出願日前に取得されたその他の権利を指し、商号権、著作権、意匠特許権、氏名権、肖像権等が含まれることとされている。

他方、不正競争防止法 6 条は、以下のとおり規定している。

「事業者は、次の各号に掲げる混同行為を実施し、他人の商品、又は他人と特定の関係が存在すると誤認させてはならない。

- (1) 他人の一定の影響のある商品の名称、包装、装飾等と同一の又は類似する標識を無断で使用すること。
- (2) 他人の一定の影響のある企業名称（略称、屋号等を含む）、社会組織名称（略称等を含む）、姓名（ペンネーム、アーティスト名、翻訳名等を含む）を無断で使用すること。
- (3) 他人の一定の影響のあるドメインネームの主要部分、ウェブサイト名称、ウェブページ等を無断で使用すること。
- (4) 他人の商品又は他人と特定の関係が存在すると誤認させるに足るその他の混同行為。」

従来、商標法 32 条に定める「他人が現に有する先行権利」には、「●●権」というように、権利の名称が確定しているものが想定されていた。これに対し、不正競争防止法 6 条

各号が規定している「他人の一定の影響のある商品の名称、包装、装飾等」、「他人の一定の影響のあるドメインネームの主要部分、ウェブサイト名称、ウェブページ等」は、権利の名称が確定しているものではない。しかし、本指南は、「当事者が不正競争防止法第6条に基づき、先行の合法的権益を主張する場合、商標法第32条を適用して審査することができる。」と規定して、権利の名称が確定していなくても、不正競争防止法6条に基づく先行の合法的権益は、商標法32条に定める「他人が現に有する先行権利」に含まれることとした(16.1)。

2 先行権利の存在時期

商標法32条前段は、「商標登録出願が、他人が現に有する先行権利を侵害してはならないこと」を規定している。この文言から分かるように、原則として、先行権利は「係争商標の出願日前」に存在していたか否かで判断される。

では、先行権利が「係争商標の出願日前」に存在していたものの、その後、消滅してしまった場合は、どのように考えるべきであろうか?この点、本指南は、「先行権利が、係争商標の登録査定時に既に存在しない場合」には、係争商標の登録に影響を与えないことを明確にした(16.2)。

3 先行著作権

本指南は、先行権利の一つである先行著作権について、多くの規定を置いている(16.3乃至16.11)。

まず、本指南によると、係争商標の登録出願が当事者の先行著作権を損なうか否かを判断するとき、①係争著作物が、著作権法の保護客体を構成すること、②当事者が、係争著作物の著作権者又は利害関係人であること、③係争商標出願日までに、係争商標出願人が係争著作物に接触した可能性があること、④係争商標の標章が関連著作物と実質的類似を構成することという要件を考慮するものとしている(16.4)。

先行著作権が自己に帰属することをどのように証明すればよいかという点について、著作権に関わる下書き、原本、合法的出版物、係争商標出願日前の著作権登録証書、権利取得に関する契約書等は、先行著作権の帰属を認定するための初歩的証拠とすることができることとしている(16.7)。

係争商標の登録出願人としては、①係争商標の標章と係争著作物との同一又は類似の部分が、公有の素材又はパブリックドメインの情報に属する場合、②係争商標の標章と係争著作物との同一又は類似の原因が、共同の基準を実施し又は表現形式が限られていることにある場合、又は③係争商標の標章と係争著作物の同一又は類似の部分が、訴外人の著作物に由来しており、且つ当該著作物の創作完成時期が係争著作物よりも早い場合には、当該登録出願は他人の先行著作権の侵害を構成しないと主張することができる(16.10)。

また、先行著作権は、必ずしも指定商品又は指定役務と結び付いているとは限らない。

そこで、本指南は、当事者がその先行著作権の侵害を理由に係争商標は登録されるべきでなく又は無効宣告されるべきであると主張した場合、係争商標の指定商品又は指定役務の類別を考慮しないことを明確にした（16.11）。

4 商品化権

商品化権とは、顧客吸引力のあるキャラクターの形状・肖像・名称等を商品・広告等に利用して経済的利益を得る権利である。日本においても、商品化権という権利が法令により明確に規定されているわけではなく、キャラクターの商品化に関して、著作権法、意匠法、商標法、不正競争防止法、民法等により保護される権利を総称して、「商品化権」と呼んでいるにすぎない。

中国においては、商品化権（中国語では「商品化権益」）について、過去約20年の間、議論が続けられている。その間、「カンフー・パンダ」等の有名な映画の名称やキャラクター等が無断で第三者により商標登録出願され、商標行政訴訟に至った事案がいくつか発生した。そのような訴訟事案の中には、商標法32条の「先行権利」に、「商品化権」が含まれることを認めた判決もあった⁵。そして、最高人民法院の司法解釈である「商標権の付与、権利確定の行政事件の審理における若干問題に関する規定」（2017年1月10日公布、2017年3月1日施行）22条は、商標法32条前段の「先行権利」としての「先行著作権」には、キャラクターイメージ著作権も含まれることを明記した。そして、もし著作物の名称、著作物におけるキャラクターの名称等が比較的高い知名度を有し、それを商標として関連商品上に使用することにより、それが権利者の許諾を得ている又は権利者と特定の関係が存在すると公衆に誤認を生じさせやすいとき、商標法32条前段の「先行権利」により保護を受けることができるものと規定した⁶。以上のことからすると、中国では、従来、「商品化権」が主張された事件においては、「先行権利」としての「先行著作権」として保護を与えるのが一般的であったといえ、現在のところ、「商品化権」自体が独立した正式な権利として確立しているわけではない。

以上のような状況の下、本指南は、商品化権についていくつかの規定を置いた（16.18乃至16.20）。

本指南は、中国の法律が「商品化権」について定めていない現在の状況において、直

⁵ <http://www.chinaipmagazine.com/journal-show.asp?id=2750>

⁶ 「商標権の付与、権利確定の行政事件の審理における若干問題に関する規定」22条の和訳は、以下のとおりである。

1項：当事者が係争商標はキャラクターイメージ著作権を侵害していると主張する場合、人民法院は、本規定の第19条に基づき、審査を行う。

2項：著作権保護期間内の著作物に対し、もし著作物名称、著作物におけるキャラクター名称等が比較的高い知名度を有し、それを商標として関連商品上に使用することにより、それが権利者の許諾を得ている又は権利者と特定の関係が存在すると公衆に誤認を生じさせやすいとき、当事者はこれをもって先行権益を構成すると主張する場合、人民法院は、これを支持する。

接、判決書等の裁判書類の中で「商品化権」等の呼称を使用すべきではないと規定した(16.18)。そして、本指南は、当事者が主張する「商品化権」の内容は、氏名権、肖像権、著作権、一定の影響のある商品(役務)名称等のように、法律が明確に定めた権利又は利益として保護することができる場合には、当事者が主張する「商品化権」について認定すべきではないことを明確にした(16.19第1項)。

また、本指南は、①商標法32条の「先行権利」以外の条項では当事者を救済するに足りず、且つ②当事者が主張する「商品化権」の内容は、法律が明確に定めた権利又は利益(氏名権、肖像権、著作権、一定の影響のある商品(役務)名称等)として保護することができない場合で、③「特定条件」に合致するときは、商標法32条の「先行権利」を適用して保護することができる(但し、一般的には、不正競争防止法6条を適用する)ものとした(16.19第2項)。

上記にいう「特定条件」に該当するか否かの認定にあたっては、以下に掲げる要件を備えなければならない(16.20)。

(1) 「保護対象」は著作物名称、著作物におけるキャラクター名称等であること。
(2) 係争商標出願日前に、「保護対象」は一定の知名度を有しなければならないこと。
(3) 係争商標の登録出願人は、主観上、悪意があること。
(4) 係争商標の標章と「保護対象」は同一又は類似であること。
(5) 係争商標の指定商品は、「保護対象」の知名度の及ぶ範囲にあり、関連公衆に容易に、それが「保護対象」の利益所有者の許可を得た、又は利益所有者と特定の関係を有するものであると誤認させるものであること。

以上のように、本指南は、「商品化権」という呼称を使用することを避けつつ、キャラクター名称等の法的保護は、①商標法32条の「先行権利」以外の条項による保護(不正競争防止法6条を含む)や、②法律が明確に定めた権利又は利益(氏名権、肖像権、著作権、一定の影響のある商品(役務)名称等)としての保護を図ることを原則としつつ、「特定条件」に該当する例外的な場合には、商標法32条の「先行権利」を適用して保護することができるものとした。

5 商標法32条後段の解釈の明確化

商標法32条後段は、「商標登録出願が、他人が既に使用し、且つ一定の影響力を有する商標を不正な手段により抜け駆け登録してはならないこと」を規定している。本指南は、商標法32条後段の解釈について明確化する規定を置いている。

まず、本指南は、商標法32条後段にいう「他人が既に使用し、且つ一定の影響力を有する商標」の「商標」とは、「未登録商標」(係争商標出願日までに商標登録出願をされておらず、又は既に失効した商標を含む)を指すことを明確にした(16.21)。

本指南によると、係争商標の登録出願が商標法 32 条後段に該当するか否かを認定する際には、以下に掲げる状況に該当しなければならない (16. 22)。

(ア) 未登録商標が、係争商標出願日までに既に使用され且つ一定の影響力を有すること。
(イ) 係争商標と先行使用された未登録商標とが、同一又は類似の商標を構成すること。
(ウ) 係争商標の指定商品と先行使用された未登録商標の使用商品とが、同一又は類似の商品を構成すること。
(エ) 係争商標出願人が明らかに他人の先行使用商標であることを知り又は知るべきであること。

上記 (ア) の「既に使用」に該当する場合として、本指南は、①当事者が商業宣伝及び生産事業活動を通じて、その主張する「未登録商標」を商品の由来を識別する作用を発揮させることができる場合、②関連公衆が既にその「未登録商標」は当事者に関連すると認識している状況において、それが当事者の主観的意思に反しない場合の 2 つを挙げている (16. 24)。

上記 (ア) の「一定の影響力を有する」に該当する場合として、本指南は、①当事者が、その先行未登録商標の知名度は、係争商標出願人が当該商標の存在を明らかに知り又は知るべきものであると証明した場合、②当事者が、先行未登録商標の使用継続期間・地域・販売量又は広告宣伝等の証拠を提出し、当該商標は一定範囲の関連公衆が知っていると証明するに足る場合の 2 つを挙げている (16. 25)。

上記 (エ) の「知り又は知るべきである」か否かを認定するときは、以下に掲げる要素を総合的に考慮することができる (16. 23)。

(1) 係争商標出願人と先行商標使用者とが、かつて商標許諾・商標譲渡等について連絡を取ったことがあること。
(2) 関連機関により、係争商標出願人に商標権侵害行為が存在することが認定されたこと。
(3) 係争商標出願人と先行商標使用人とが同業に属すること。
(4) 先行商標の顕著性が比較的強く、係争商標がそれと高度に類似すること。

6 単純輸出行為

これまで、日本企業を含む多くの外国企業が、中国企業に対して、OEM (Original Equipment Manufacturing) 製造委託 (中国語では「貼牌加工」) をしてきた。OEM 製造委託においては、受託者である中国企業は、委託者である外国企業の商標 (ブランド) を付した製品を製造し、それら製品の全てを外国に輸出することとなる。言い換えると、それら製品が中国市場に流通することは予定されていない (もちろん、一旦、中国から外国

に輸出された後、外国から中国に逆輸入されることはあり得るが、これは、単なる輸入行為と変わらない。

そこで、上記のように製品が中国市場に流通せず、直接外国に輸出される場合、中国の商標法 32 条にいう「商標の使用」に該当するかが問題となる。

本指南は、これを否定し、先行未登録商標を使用した商品が中国国内に流通しておらず、且つ直接輸出されている場合には、商標法 32 条は適用されないことを明確にした(16.26)。

XVIII 商標法 44 条 1 項（欺罔的手段又は不正な手段による登録）

1 「欺罔的手段」の明確化

商標登録出願は、信義誠実の原則を遵守しなければならない、虚偽を弄する手段によって商標行政主管機関をあざむいて登録を受けてはならず、また、不正競争を行い、不当利益を得ることを目的として悪意で登録を行ってはならない。このような趣旨から、商標法 44 条 1 項は、「既登録商標が本法第 10 条、第 11 条、第 12 条の規定に違反し、又は欺罔的手段若しくはその他の不正な手段により登録を得たときは、商標局は、その登録商標の無効を宣告する。その他の単位又は個人は、商標評審委員会にその登録商標の無効宣告を請求することができる。」と規定している。

商標法 44 条 1 項には「欺罔的手段」という文言が規定されているが、その内容は明確ではない。そこで、本指南は、以下に掲げる状況の全てを同時に満たす場合、商標法 44 条 1 項に定める「欺罔的手段により登録を得た」に該当すると認定することができることとした(17.1)。

- | |
|--|
| (1) 係争商標出願人に、商標行政機関をして詐欺により誤認に陥らせるという主観的な意図があること。 |
| (2) 係争商標出願人に、虚偽詐欺的手段をもって商標行政機関から商標登録を取得する行為があること。 |
| (3) 商標行政機関が誤認に陥って下された行政行為が、係争商標出願人の行為に基づき生じたものであり、両者の間に直接的因果関係があること。 |

2 「その他の不正な手段」の明確化

商標法 44 条 1 項は、「その他の不正な手段により登録を得たとき」には、当該商標登録は無効とされるべきものとしている。「その他の不正な手段」という文言もまた非常に抽象的かつ不明確であるため、本指南は、これを明確化するためのいくつかの規定を置いた。

まず、「その他の不正な手段」とは、「欺罔的手段以外のその他の方法によって商標登録秩序を混乱させ、公共の利益を損ない、公共資源を不正に占有し、又は不当な利益を図

り、もって係争商標を登録させるに至る行為」を指すものとした。これには、「係争商標出願人が大量・大規模に他人の一定の知名度を有する商標等を抜け駆け登録するために採った手段行為」が含まれる。そして、本指南は、以下に掲げる状況の全てを同時に満たす場合、商標法 44 条 1 項に定める「その他の不正な手段により登録を得る」への該当性を認定することができることとした (17.2)。とくに、下記(2)にあるとおり、商標が登録済みの場合だけでなく、出願されたが未登録の場合も、商標法 44 条 1 項に定める「その他の不正な手段により登録を得る」への該当性が認められることが注目される。

(1) 適用主体は、当該商標の登録出願人である。但し、係争商標の現登録者と出願登録人との間に特定関係があること、又は係争商標の登録出願行為について意思連絡をしたことを証明する証拠がある場合を除く。
--

(2) 適用対象は、既に登録されている商標だけでなく、登録出願された商標も含む。
--

(3) 登録出願行為が商標登録秩序を混乱させ、社会公共の利益を損ない、又は公共資源を不正に占有し、その他の方式により不当な利益を取得すること。

(4) 登録出願行為は、特定の民事権益だけを損なうものではないこと。

さらに、本指南は、以下に掲げる状況のいずれかがある場合、商標法 44 条 1 項に定める「その他の不正な手段により登録を得る」ことに該当すると認定することができるものとした (17.3)。但し、係争商標の登録出願時期が比較的早く、且つ係争商標出願人が当該商標について真に使用する意図を有し、且つ実際に商業的に使用していることを証明することができる証拠がある場合は、「その他の不正な手段により登録を得る」状況を構成しないと認定される可能性がある (17.4)。

(1) 係争商標出願人が複数の商標を登録出願し、且つ他人の比較的強い顕著性を有する商標又は比較的高い知名度を有する商標と同一又は類似を構成する場合で、異なる商標権利者の商標を同一又は類似の商品・役務上に登録出願するだけでなく、同一の商標権利者の商標を異なる又は類似しない商品又は役務上に登録出願する場合をも含む。
--

(2) 係争商標出願人が複数の商標を登録出願し、且つ他人の企業名称、社会組織名称、一定の影響力を有する商品の名称、包装、装飾等の商業標識と同一又は類似の標章を構成する場合。
--

(3) 係争商標出願人が商標を売り込み、又は高額で譲渡できなかったため先行商標使用者に権利侵害訴訟を提起する等の行為を行った場合。

3 商標法 44 条 1 項の補充性

商標不登録再審査、商標権無効宣告請求等の行政案件を審理するとき、証拠に基づき係争商標の不登録又は無効宣告について、商標法の他の条項を適用することができる場合、商標法 44 条 1 項は適用しない (17.5)。このように、商標法 44 条 1 項及び商標法の他の条項の要件を同時に満たす事案においては、商標法 44 条 1 項ではなく、商標法の他の条

項が優先的に適用される。これは、商標法 44 条 1 項の内容が一般的・抽象的であるため、商標法の他の個別的・具体的な条項の要件を満たすのであれば、その個別的・具体的な条項を適用する方が適切であるとの判断に基づくものと考えられる。

XIX 商標法 45 条（相対的無効理由による無効宣告）

1 商標法 45 条 1～3 項は手続条項である

商標法 45 条は、以下のとおり規定している。

1 項	既登録商標が本法 13 条 2 項及び 3 項、15 条、16 条 1 項、30 条、31 条、32 条の規定に違反していたときは、商標登録日から 5 年以内に、先行権利者又は利害関係者は、商標評審委員会に当該登録商標の無効宣告を請求することができる。悪意登録に対しては、馳名商標所有者は、5 年の期間の制限を受けない。
2 項	商標評審委員会は、登録商標の無効宣告の申請を受領した後、関係当事者に書面で通知し、且つ期限を定めて答弁を提出させなければならない。商標評審委員会は申請の受領日から 12 か月以内に登録商標維持又は登録商標無効宣告の裁定を下し、且つ当事者に書面で通知するものとする。特殊事情で延長の必要がある場合には、国務院工商行政管理部門の許可を経て、6 か月延長することができる。当事者は商標評審委員会の裁定に不服であるときは、通知の受領日から 30 日以内に人民法院に提訴することができる。人民法院は、商標裁定手続の相手方当事者に第三者として訴訟参加するよう通知するものとする。
3 項	商標評審委員会は、前項の規定に基づき無効宣告請求に対する審査を行う過程において、関連する先行権利の確定について、人民法院が審理中又は行政機関が処理中の別途の案件の結果に依拠する必要があるときは、審査を中止することができる。中止原因が解消した後、審査手続を再開するものとする。

上記の商標法 45 条 1、2、3 項のいずれかを実体的根拠として、第三者による商標冒認出願又は登録を取り消すことはできるのであろうか？

本指南は、「商標法 45 条 1、2、3 項は、いずれも手続条項である」と規定し（18.1）、これらの条項を実体的根拠として、第三者による商標冒認出願又は登録を取り消すことはできないことを明確にした。

2 商標法 45 条 1 項の「5 年」の期間制限

商標法 45 条 1 項によると、既登録商標が本法 13 条 2 項及び 3 項、15 条、16 条 1 項、30 条、31 条、32 条の規定に違反していたとき（いわゆる「相対的無効理由」）に無効宣告を請求することができるのは、商標登録日から「5 年」以内とされている（但し、馳名商標所有者が悪意登録に対して無効宣告請求する場合は、期間制限を受けない）。

このような商標法 45 条 1 項の「5 年」の期間制限に関し、本指南は、明確化を図っている。

まず、商標法 45 条 1 項に定める「商標登録日から 5 年以内」とは、係争商標登録公告日の翌日から 5 年以内を指していること、及び当該期間には中止・中断等は生じないものとしている (18.2)。

次に、馳名商標の所有者が悪意登録に対して無効宣告請求する場合は、期間制限を受けないとされていることに関し、本指南は、「馳名商標所有者」には馳名商標の利害関係人を含まないことを明確化した (18.3)。そして、「悪意登録」を認定するにあたっては、以下に掲げる要素を総合することができるものと規定した (18.4)。

(1) 係争商標と先行馳名商標との類似程度が比較的高いこと。
(2) 先行馳名商標が比較的強い顕著性及び知名度を有すること。
(3) 係争商標の指定商品と先行馳名商標との商品関連性が比較的高いこと。
(4) 係争商標出願人と先行馳名商標所有者とが、かつて貿易取引又は協力関係があったこと。
(5) 係争商標出願人と先行馳名商標所有者との営業場所が近いこと。
(6) 係争商標出願人と先行馳名商標所有者とが、かつて他の紛争を生じたことがあり、当該馳名商標を知るに足ること。
(7) 係争商標出願人と先行馳名商標所有者とが、かつて内部人員の往来関係があったこと。
(8) 係争商標出願人が当該商標を登録出願した後、先行馳名商標の商業的信用にただ乗りした行為があったこと。
(9) 係争商標出願人が、他人の比較的強い顕著性及び知名度のある商標を大量に登録したこと。

XX 商標法 49 条 2 項 (通用名称、3 年連続不使用)

1 通用名称化の判断の明確化

商標法 49 条 2 項は、「登録商標が、その使用を許可された商品の通用名称となったときは、如何なる単位又は個人も、商標局に当該登録商標の取消を申請することができる。商標局は、申請の受領日から 9 か月以内に決定を下さなければならない。特殊事情で延長の必要がある場合には、国务院工商行政管理部门の許可を経て、3 か月延長することができる。」と規定している。

本指南は、通用名称化の判断基準を明確化する規定を置いた。

まず、係争商標が商品の通用名称にあたるか否かの認定にあたっては、商標標章全体から審査を行わなければならない、且つ通用名称が指す具体的商品を認定しなければならない (その際、当該商品と類似する商品については考慮しない) ものとした。当事者が係争商標は商

品の通用名称になったと主張する際の証拠の例として、本指南は、辞書、工具書、国家又は業界標準、関連業界組織の証明、市場調査報告、市場における宣伝使用証拠、その他の主体が同種商品上に当該商標の標章を使用した証拠等を挙げている（19.1）。

また、登録商標が通用名称化したか否かの判断時点は、原則として、「当事者が商標取消審査部門に取消請求を提出した時」の事実状態であるものとし、評審時の事実状態をも参考とすることができるものとしている（19.2）。

2 3年連続不使用の判断基準の明確化

商標法49条2項は、「登録商標が、…正当な理由なく3年連続で使用しなかったときは、如何なる単位又は個人も、商標局に当該登録商標の取消を申請することができる。商標局は、申請の受領日から9か月以内に決定を下さなければならない。特殊事情で延長の必要がある場合には、国务院工商行政管理部门の許可を経て、3か月延長することができる。」と規定している。

3年連続不使用に関しては、商標法実施条例がいくつかの規定を置いている。即ち、商標局は、受理後、商標登録者に、通知を受理した日から2か月以内に、当該商標の取消申請が提出される前の使用証拠資料を提出し又は不使用であった正当な理由を説明するよう通知する。期間が満了しても使用証拠資料を提出せず、又は証拠資料が無効で且つ正当な理由がない場合、商標局はその登録商標を取り消す（商標法実施条例66条1項）。ここにいう使用証拠資料とは、商標登録者が登録商標を使用したことの証拠資料及び商標登録者が他人に登録商標の使用を許諾したことの証拠資料を含む（商標法実施条例66条2項）。正当な理由なく3年連続不使用であったことを理由として登録商標の取消申請をする場合、当該登録商標の登録公告の日から満3年経過した後に申請を提出しなければならない（商標法実施条例66条3項）。①不可抗力、②政府の政策的制限、③破産清算、④商標登録者の責めに帰すことのできないその他の正当な事由がある場合は、商標法49条2項にいう「正当な理由」に該当する（商標法実施条例67条）。

以上のような商標法49条2項及び商標法実施条例66条・67条の規定を前提として、本指南は、3年連続不使用に関し、以下のとおり、判断基準をさらに明確化する規定を置いた。

①認められた使用範囲外の類似の商品又は役務上のみに係争商標を使用した場合、②係争商標を使用したか、商品・役務の出所を区別する作用を発揮していない場合、③係争商標の登録を維持するために、象徴的な使用をした場合、④商標使用行為が商標法又はその他の法的禁止規定に明らかに違反している場合、商標登録維持の主張は認められず（19.4、19.5）、3年連続不使用による取消しとなる可能性がある。

商標法49条2項にいう「使用」の主体は、商標権者、被許諾使用者及びその他商標権者の意思に反せず商標を使用する者が含まれる。商標権者が既に、他人が係争商標を使用する行為に対し、許諾しないことを明確に表示したのに、商標権取消再審査行政案件に

において、当該他人の行為に基づき係争商標の使用を主張することは、認められない
(19.6)。

実際に使用した商品が「類似商品及び役務区分表」の中の商品名称に該当しないものの、具体的に商品が属する類別を認定するとき、当該商品の機能、用途、生産部門、消費チャネル、消費群体を結び合わせて判断し、且つ消費習慣、生産モデル、業界経営ニーズ等の市場要素による商品の本質属性又は名称への影響を考慮して、総合的に認定される

(19.7)。実施に使用した商品が「類似商品及び役務区分表」の中の商品名称に該当しないものの、それと係争商標の査定された商品と名称が異なるだけで、本質上は同一商品である場合、又は実際に使用した商品が査定された商品の下位概念である場合、査定された商品の使用を構成すると認定することができる。同一商品であるか否かを認定するにあたっては、物理的属性、商業的特徴及び「類似商品及び役務区分表」における商品分類原則及び標準等の要素を総合的に考慮することができる (19.8)。

係争商標が査定された商品上で使用を構成する場合、当該商品と類似する他の査定された商品上の登録を維持することができる。類似商品を認定するにあたっては、商品の機能、用途、生産部門、消費チャネル及び消費群体にに基づき厳格に判断し、一般的に、「類似商品及び役務区分表」に基づき認定する (19.9)。

係争商標の登録査定の際、登録査定されたが実際には使用していない商品と実際に使用された商品が「類似商品及び役務区分表」において類似商品に該当していなかったものの、「類似商品及び役務区分表」の変化により、案件審理時には類似商品に該当した場合、案件審理時の事実状態を基準とし、実際には使用していない商品の登録を維持することができる。逆に、係争商標の登録査定の際、登録査定されたが実際には使用していない商品と実際に使用された商品が「類似商品及び役務区分表」において類似商品に該当していたものの、「類似商品及び役務区分表」の変化により、案件審理時には類似商品に該当しなくなった場合、登録査定時の事実状態を基準とし、実際には使用していない商品の登録を維持することができる (19.10)。

他人の商標が表記された商品の上に、同時に係争商標を貼り付け、当該商品の出所が係争商標登録者であることを関連公衆が容易に識別できない場合、商標の使用を構成しないと認定することができる (19.11)。

係争商標登録者が同一の商品上に、係争商標を含む複数の商標を同時に使用した場合、関連公衆が当該商標を商品出所識別表示とすることができるとき、商標の使用を構成すると認定することができる (19.12)。

係争商標登録者が複数の登録済み商標を保有し、それが実際に使用した商標が係争商標とは僅かな差異しか無いが、当該使用はそれが既に登録した他の商標についてのものと確定することができる場合、その係争商標の登録維持の主張は認められない
(19.13)。

係争商標登録者が商業施設、スーパーマーケットである場合、それが場所提供等の方式

によって、販売業者等とビジネス連携を行っていることを証明することができ、それが商品販売のために意見、企画、宣伝、コンサルティング等のサービスを提供していることを認定するに足りる場合、係争商標は「他人のための販売促進」役務において商標的使用されたと認定することができる（19.14）。

指定期間後に登録商標の大量使用を始めた場合、原則として、指定期間内の商標的使用を構成しないが、当事者が指定期間内に商標を使用した証拠が比較的少なく、指定期間後も持続して、大量に係争商標を使用した場合、商標的使用を構成するか否かを判断するにあたって、総合的に考慮することができる（19.15）。

係争商標を使用した商品が、中国国内で流通しておらず、直接輸出されている場合、商標登録維持の主張は認められる（19.16）。これまで、日本企業を含む多くの外国企業が、中国企業（とくに広東省の沿海部の中国企業）に対して、OEM 製造委託をしてきた。OEM 製造委託においては、受託者である中国企業は、委託者である外国企業の商標（ブランド）を付した製品を製造し、それら製品の全てを外国に輸出することとなる。言い換えると、それら製品が中国市場に流通することは予定されていない。OEM 製造委託による製造行為が、商標法 49 条 2 項の「使用」に該当するか否かという点について、本指南 19.16 は、肯定説に立つことを明らかにした。

XXI おわりに

以上、本指南の主な内容を紹介した。

全 162 条からなる本指南の内容は、現行の法律、司法解釈、法院の判決等に基づき、北京市高級人民法院における具体的な司法実務と合わせて審理ルールを整理したものである。北京市高級人民法院は、「商標法」に関する行政訴訟の上訴審を管轄する重要な法院であることから、本指南の主な内容は、日本企業の知財担当者や知財実務家にとって、極めて重要であるといえる。本稿により、読者の皆様の本指南への理解に少しでも役立つことがあったならば、望外の幸せである。

※ 初出：『特許ニュース No.15053』（経済産業調査会、2019 年、原題は「中国知財の最新動向 第 16 回 北京市高級人民法院による『商標の権利付与・権利確定の行政事件審理指南（上）』」）及び『特許ニュース No.15092』（経済産業調査会、2020 年、原題は「中国知財の最新動向 第 17 回 北京市高級人民法院による『商標の権利付与・権利確定の行政事件審理指南（下）』」）。最終修正：2020 年 1 月 31 日。

※ 免責事項：本稿は、各国・地域の法制度の概要を一般的に紹介することを目的とするものであり、法的アドバイスを提供するものではない。仮に本稿の内容の誤り等に起因して読者又は第三者が損害を被ったとしても、筆者は一切責任を負わない。