

# 日本特許実務から見る 中国特許制度及び実務

伊東国際特許事務所 日本弁理士／中国弁理士 劉 昕

日本から外国への出願は全体的に増えている。例えば、2006年に日本から米国への特許出願は73788件に達し、日本から外国への特許出願のうち最も多い国であった。日本から欧州（EPO）への特許出願件数は2006年に22669件に達したが、2003年に日本から中国への特許出願件数に上回られて第3位であった。日本から中国への特許、実用新案、意匠の出願件数は年々増え、2006年に年間37848件に達し、そのうち、特許出願は32801件で、2002年の15511件に比べて倍増した。このことから、日本企業は外国出願を含む戦略的な出願を注目しており、その中に中国市場を益々重視していることが伺える。

一方、日本では、中国の特許制度と特許実務に対する研究は、欧州、米国の特許制度への研究に比べてそれほど深くないように思われる。企業、政府部門などの知財専門家のうち、欧州、とりわけ米国の特許制度と特許実務に精通する者が多くいるのに対して、中国について、一部の専門家を除き、詳しい者が少ない。これは、欧米中の特許制度の成熟度の差、日本企業の欧米中進出の歴史と戦略性の差、また、言語の壁の高さの差に関わっていると考えられる。日本企業は、欧米進出に伴い欧米の成熟した特許制度を研究して活用し、欧米大手の綿密な特許網から市場を獲得することに成功した。一方、中国の特許制度は85年に誕生した若い制度で、日本から中国への出願は、戦略的な出願より、中国市場の重要性からとりあえず権利を抑えるものが多く、積極的な権利行使の歴史が短い。

しかし、20年を経て中国特許制度が整備されつつあ

る。また、中国は世界の生産拠点として確立しているとともに、世界の研究開発拠点にもなりつつある。また、中国企業の技術開発力も向上され、中国国内市場のみならず、日、米、欧へも進出するようになっていく。このように、中国市場で競争が激しくなるだろう。

今後、日本企業にとって、中国でとりあえず権利を抑えるだけでは不十分で、中国の特許制度、特許実務に合った戦略的な出願及び権利行使が益々求められると思われる。

中国の特許制度は、米国の方より日本の特許制度に近いと言われている。中国の特許制度、特許実務を研究、活用するには、日中間の制度上の相違点を理解することは有益である。本稿は、筆者自らの日本と中国の特許実務経験に基づき、中国と日本の特許制度及び特許実務上の共通点や相違点を日本の特許実務者に紹介する。なお、本稿は、中国の特許制度と日本の特許制度を完全に比較するつもりがなく、重要な点を幾つか取り上げて紹介する。また、紙幅の制限があるので、幾つかのポイントについて簡単な紹介に留まる。

## 1. 中国特許法関連法規

中国の特許制度は、特許出願業務に関しては、全体の流れ並びに個々の制度は日本と類似するものが多くあり、両者がよく似ていると思う実務家が多いだろう。一方、権利行使や権利帰属などに関しては、全く別世界と感じる人が多いだろう。

周知のように、日本では、特許法、実用新案法、意

匠法があり、関連する殆どの法規は、この3つの法に詳細に規定されている。これに対して、中国では、特許、実用新案、意匠は一つの特許法に含まれている。ただし、特許法は条文が少なく、上位のものが多く、多くの重要な規定は、中国国務院の行政規定である「特許法実施細則」に規定されている。このような規定として、たとえば、重複特許禁止の原則、PCT出願の手続き、拒絶査定不服審判の手続き、無効審判の手続きなどがある。しかし、特許法と特許法実施細則でカバーできない問題がなお多くある。このような問題について、実務上、関連規定を適切に解釈して運用することになる。多くの重要な実務運用は中国特許庁の部門規定である「特許審査基準」に規定されている。このような規定として、例えば、分割出願の時期、補正の範囲、重複特許審査上の扱いなどがある。

現在進行している第3次特許法改正は、法律規定の配置の合理化を図ろうとしている。なお、第3次改正特許法は2008年中に施行される見通しである。

## 2. 特許、実用新案の登録要件

中国特許法によれば、特許権、実用新案権を付与するには、日本と同じように、新規性、進歩性、実用性（日本特許法29条柱書きに規定の「産業上の利用性」に相当する）が求められる。また、新規性について、拡大された先願の地位を有する出願を考慮する（中国特許法第22条）。ただし、中国特許法に規定する新規性は、刊行物公知について世界基準を採用しているものの、公然実施による公知は国内基準を採用している。即ち、特許、実用新案出願の新規性を判断する際に、中国国内及び外国で公開された文献、及び中国国内における公然実施を考慮するものの、外国での公然実施により中国では新規性が喪失されない。

第3次改正特許法にこの点は改正される見通しである。即ち、新規性を判断する際に、外国での公然実施を考慮する。

中国は、日本と同じ、実用新案出願について無審査主義を採用している（中国特許法第40条）。即ち、方式審査を経て拒絶理由がない場合は、実用新案権を付与する。従って、以上に述べた実用新案の登録

要件の判断は無効審判で行われる。

実用新案出願の方式審査の内容は基本的に日本と同じである。ただし、明らかに重複特許に該当するか否かも審査する（中国特許法実施細則第44条第1項第2号）。

## 3. 意匠の登録要件

日本と違って、中国では、意匠出願は無審査主義を採用している（中国特許法第40条）。よって、意匠出願は登録要件を具備するか否かの判断は無効審判で行われる。

中国特許法によれば、意匠権を付与するには、日本と違って、新規性しか要求されていない。即ち、公知の意匠と同一又は類似するか否かで権利付与の要否を判断し（中国特許法第23条）、日本意匠法3条2項に規定の創作非容易性の要件はない。また、刊行物公知について世界基準を採用しているが、公用による公知は国内基準を採用しており、外国での公然使用により中国での意匠出願は新規性を喪失しない。

第3次改正特許法に、意匠の登録要件として創作非容易性の規定が設けられ、また、新規性を判断する際に、外国での公然使用を考慮するようになる見通しである。

## 4. 新規性喪失の例外

中国では、特許のみについて新規性喪失の例外の規定があり（中国特許法第24条、中国特許法実施細則第31条）、実用新案、意匠について新規性喪失の例外の規定がない。

また、学術会議について、新規性喪失の例外の規定を適用できるのは、中国国内の会議に限定される。外国での原稿による学会発表は、特に予稿集がある場合、外国での刊行物公知に該当し、新規性喪失の例外の適用を受けることができない。しかし、外国での口頭発表は、外国における刊行物公知に該当しないと解釈される余地があり、これにより新規性が喪失しない可能性がある。また、出願前6ヶ月以内に、発明の公開が複数あっても、新規性を喪失しない。ただし、新規性

喪失の例外の適用期間は、最初の公開日から起算する。

下記の文献<sup>1)</sup>を参照されたい。

## 5. 特許法の保護対象

(1) 中国では、特許法の保護対象に該当しないものとして、公序良俗違反するもの（中国特許法第5条）、科学発見、知的活動のルール及び方法、診断方法、治療方法、動植物品種、原子核変換方法及びそれにより得た物質（中国特許法第25条）などがある。

プログラムそのものは、知的活動のルールに該当するから、特許付与の対象として認められていない。ただし、方法に書き換えれば特許が付与され得る。プログラムを記録した記憶媒体は、物として新しくないことを理由に、特許付与の対象として認められていない。よって、記憶媒体はプログラムを保護する手段として用いることができない。

(2) 審査基準によれば、知的活動のルール及び方法に該当するか否かを判断する際に、請求項の内容が知的活動のルールと方法及び技術的特徴両方を含む場合は、請求項の内容全体として知的活動のルールではないとみなされず、特許法の保護対象になり得る。

現行中国審査基準が施行される前に、請求項に知的活動のルールなど非技術的要素と技術的要素が両方含まれる場合は、従来技術に対する貢献は非技術的要素と技術的要素との何れかによるものであるかによって、請求項に記載の内容が特許法の保護対象（発明）に該当するか否かが判断され、いわゆる「貢献説」が採用されていた。現行審査基準に、請求項に技術的要素が含まれていれば、特許法の保護対象（発明）に該当すると認定され、新規性、進歩性の審査が行われる。

## 6. 実用新案制度

日本、欧州、米国などの先進国の出願人は中国の実用新案制度をそれほど利用していないものの、中国国内

内で小発明が多いという現状を反映して、中国国内の出願人は実用新案制度を多いに活用しており、実用新案出願の件数は非常に多い。

中国の実用新案制度は、以下のような特徴を持っているので、出願人にとって利用しやすい制度である。

(1) 第2節で述べたように、実用新案出願は無審査主義を採用するので、権利取得が早い。

日本では、実用新案法第29条の3に規定されているように、実用新案権を行使する際に、実用新案権者に重い注意責任が課されており、損害賠償責任を負う可能性もある。中国ではこのような規定がない。権利行使の際に実用新案権者が負う責任として、侵害訴訟を提起する時、或いは、行政部門に取り締まりを求める時に、実用新案サーチレポートを提出すればよい。

中国の実用新案サーチレポートは、日本の実用新案技術評価書に相当する。ただし、日本の実用新案技術評価書制度より制限が多い。具体的に、実用新案登録後しかサーチレポートを請求することができない。また、請求人は実用新案権者に限られている（中国特許法実施細則第55条第1項）。さらに、請求回数は一回に限られている（審査基準、第2部分（実体審査）、第7章（検索）、第13節（実用新案の検索））。一方、日本の実用新案技術評価書制度では、登録前、登録後に関わらず、何人も何回も請求できる。

実用新案出願について、出願日から一定の期間内に自発補正ができる点では、日本と中国は同じであるが、登録された後に、中国では、実用新案権についての訂正制度はない。因みに、中国では、特許権の訂正審判という制度も存在しない。よって、出願人が自ら実用新案権や、特許権の不備を正すことができず、無効審判で対応するしかない。

(2) 中国の実用新案制度の使いやすさとして、同一技術内容について、実用新案出願と特許出願を両方提出することが認められている。下記文献を参照されたい<sup>2)</sup>。

たとえば、出願人が同じ技術内容について実用新案

1) 特技懇No.243（2006年11月号）、「中国特許制度のエッセンス」、pp 20、郝慶芬、寺山啓進

2) 特技懇No.243（2006年11月号）、「中国特許制度のエッセンス」、pp 23、郝慶芬、寺山啓進

出願と特許出願を両方提出し、実用新案出願が審査を経ずに先に登録され、その後、特許出願が審査され、特許査定をすべきとなる時に、審査官は実用新案権と特許出願の何れかを選択すべき旨の通知を出願人に送付する。例えば、出願人は特許出願を選択し、実用新案権を放棄する場合は、その実用新案権は初めから存在しなかったとみなされる。

よって、同じ技術内容について実用新案出願と特許出願をし、早期に実用新案が登録され、その後、特許が登録されるまでの間に、その実用新案権をもって第三者に権利行使することができる。特許が登録されると、権利の安定性を期して実用新案権を放棄し、特許権により権利行使すれば良い。

かつては、特許出願の審査が遅い時代に、外国出願人もこの制度を大いに活用していた。

なお、放棄された実用新案権は初めから存在しなかったとみなされるという点は、2006年7月1日の審査基準改訂時に改訂されたもので、その以前に、実用新案権は放棄時から消滅するようになっていた。この改訂により、放棄を宣言する前にその実用新案権に基づく権利行使は正当であるか否かという問題があるが、今の所、公式的な見解がない。

## 7. 意匠制度

中国の意匠制度は日本の意匠制度と大きく異なる。第3節に述べた意匠の登録要件、無審査主義を除き、ほかにも多くの相違点がある。よく知られているように、日本にある部分意匠制度、関連意匠制度、秘密意匠制度は、中国にない。制度上の差によって、日本出願に基づき中国へ出願する際に多くの問題が生じる。

(1) 中国では、部分意匠が認められていないので、日本でされた部分意匠出願に基づき優先権を主張して中国へ出願する際に、部分意匠ではなく、物品全体として出願しなければならない。しかし、この場合、基礎となる日本の部分意匠出願に破線で表示される物品全体は、優先権主張の根拠として認められるかどうかという問題がある。過去には、部分意匠出願に基づく優先権主張は認められなかった。

現行審査基準にこの点は改められた。現行審査基準によれば、意匠登録出願の優先権の主張に関わる意匠の同一性の認定は、後に中国で出願した意匠登録出願に係る意匠の物品と外国で最初に出願された意匠登録出願に表示された意匠の物品とが同一区分に属し、かつ、後に中国で出願した意匠登録出願に係る意匠が外国で最初に出願された意匠登録出願に明瞭に表示されていれば、両者の意匠が同一性を有すると認める。先の意匠登録出願が部分意匠登録出願であっても、実線であろうと点線であろうと表された意匠が最初の意匠登録出願の図面もしくは写真に明確に開示されていれば、後の出願の優先権の基礎となりうる。

(2) 日本でされた複数の関連意匠出願に基づき優先権を主張して中国へ出願する際に、その複数の関連意匠出願は別個独立の出願として出願しなければならない。また、その複数の相互に類似する意匠出願は互に先後願にならないように、同日に出願する必要がある。しかし、このように得られた意匠権は重複特許の問題を抱えるので、審判において、この相互に類似する複数の意匠権は無効される恐れがある。実際に、無効審判において、特許復審委員会は、意匠権者に対して、一つの意匠権を選択し、その他の意匠権を放棄すると要求する。裁判所では、このような審決を維持する判決があれば、取り消す判決もある。

なお、中国第3次特許法改正に、関連意匠制度が導入される見通しである。

## 8. 審査段階の補正の要件

中国特許法第33条は、補正は、明細書及び特許請求の範囲の記載範囲を超えてはならないと規定している。中国の特許法に補正に関する規定はこの第33条のみである。補正の時期に関する規定は特許法実施細則にある。具体的な運用は審査基準に規定されている。

(1) 審査基準第2部分(実体審査)、第8章(実体審査の手順)、第5.2節(補正)によれば、中国特許法第33条に規定の「明細書及び特許請求の範囲の記載範囲」は、明細書と特許請求の範囲の文言の範囲、及び明細書と特許

請求の範囲の文言の範囲並びに図面から直接かつ一義的に特定される内容を含む。即ち、補正できる範囲は、明細書と特許請求の範囲の文言の範囲、及び明細書と特許請求の範囲の文言の範囲並びに図面から直接かつ一義的に特定される範囲内となる。この基準は、2003年10月22日以前の日本の審査基準と同じである。現行の日本審査基準によれば、明細書及び特許請求の範囲の記載から自明な範囲まで補正が出来る。

補正の時期について、審査請求時及び中国特許庁から審査を開始する通知を受け取った日から3ヶ月以内に、自発補正ができる(中国特許法実施細則第51条第1項)。

拒絶理由通知を受け取った後に補正をする場合、拒絶理由通知の要求に応じて補正しなければならない(中国特許法実施細則第51条第3項)。

即ち、審査請求時及び中国特許庁から審査を開始する通知を受け取った日から3ヶ月以内に、新規事項を追加しないあらゆる補正をすることができる。例えば、出願時の特許請求の範囲にない発明の請求項を設けることができる。この2回の自発補正のチャンスを過ぎると、自発補正は出来なくなる。このとき、補正は拒絶理由通知を受けてそれに応答する際にしかできず、また、このときにできる補正は、拒絶理由を解消するものに限定され、拒絶理由と関係のない補正は原則としてできない。

中国の自発補正の時期は日本より短い。日本では拒絶理由通知を受ける前に何時でも明細書、特許請求の範囲に対して自発補正ができる。拒絶理由通知を受けた後に、現行日本特許法によると、特許請求の範囲について、単一性を具備しない発明への補正が認められない、それ以外のあらゆる補正は可能である。特に、明細書について自発補正はできる。因みに、2007年4月1日以前の日本特許法によると、拒絶理由通知を受けた後であっても、最後の拒絶理由通知でなければ、自発補正ができる。

ただし、中国では、最初の拒絶理由通知、最後の拒絶理由通知という区別はなく、一回目の拒絶理由通知でも、何回目の拒絶理由通知でも、補正の範囲は同じである。即ち、拒絶理由を解消するものであればよく、拒絶理由と関係のない補正は認められない。一方、日本では、最後の拒絶理由通知を受けた後に、補正が厳

しく制限され、限定的減縮しかできない。

(2) 中国の特許法及び特許法実施細則における補正の基本規定の運用が審査基準に具体的に規定されている。

特許法実施細則第51条第3項によれば、拒絶理由に応答する際に行った補正が、拒絶理由を解消するものでないと、当該補正は考慮されない。ただし、審査基準によれば、当該補正は新規事項を追加しない前提で、当該補正により当初出願書類における欠陥が解消され、かつ、特許査定の見通しがあるときに、審査の促進を図るため、当該補正は審査官の同意を得たものであるとみなされ、拒絶理由に応じた補正として認められる。

しかし、以下の補正の場合は、審査の促進が図れないので、当該補正は審査官の同意を得たものであるとみなされない。

- 〈1〉請求項の保護範囲を拡大する補正、
- 〈2〉現請求項に係る発明と明らかに単一性を具備しない発明を追加する補正、
- 〈3〉現特許請求の範囲にない新しい独立請求項を追加する補正

以上のように、拒絶理由に応じた補正ではなくても、即ち、自発補正をしても、例外として認められる場合がある。その条件として新規事項を追加しないこと、かつ、審査の促進が図れることである。上記類型〈1〉、〈2〉、〈3〉の補正の場合は、審査の促進が図れないので認められない。

## 9. 拒絶査定不服審判

日本の拒絶査定不服審判に対応するものとして、中国では「復審」(re-examination)がある。出願人は、特許出願に対する拒絶査定に対して不服がある場合に、特許復審委員会に対して復審を提起し、争うことができる。また、日本と同じように、復審において前置審査の制度も設けられている。以下、混同が生じない場合、中国の「復審」を「拒絶査定不服審判」と呼ぶ。

中国の拒絶査定不服審判の流れを簡単に説明する。拒絶査定不服審判請求時に補正の有無に拘らず、原

審査官に前置審査をさせる。原審査官は審査を経て前置審査意見を提出する。原審査官は原拒絶査定を取り消すべき前置審査意見を提出した場合は、合議体は審理を行わずに審決を下し、事件が審査官に差し戻し、審査官に再度審査させる。一方、原審査官は原拒絶査定を維持すべき前置審査意見を提出した場合は、合議体は審理を行い、原拒絶査定を維持すべき、或は、原拒絶査定を取り消すべき審決を下す。拒絶査定を取り消した場合、事件を審査官に差し戻し、審査官に再度審査させる。

一見して、中国の復審は日本の拒絶査定不服審判に非常に似ているが、実務上意外に相違が多く、日本の実務家が中国出願を扱うときに、日本の実務経験をそのまま適用できないことも少なくない。以下、幾つかの相違点を簡単に列挙する。

日本では、拒絶査定不服審判請求時に補正があった場合にのみ前置審査に付するのに対して、中国では、審判請求時に補正の有無に関わらず前置審査に付する(中国特許法実施細則第61条)。

中国の拒絶査定不服審判請求時では、日本の仮審判、理由補充のような制度がない。また、前置審査及び審判において面談が認められていない。日本の実務に慣れた人々にとって不便を感じている。

審判請求人は、口頭で合議体に事実及び理由を述べ、これを理由として、特許復審委員会に対して口頭審理を要求することができ、合議体の裁量で口頭審理を行うか否かを定める。

第11節に述べるように、拒絶査定不服審判において、職権審理は原則とされているが、合議体は通常拒絶査定根拠となる理由及び証拠を審査する。また、特許復審委員会は拒絶査定を取り消すべく決定をした場合、必ず審査員に審査を差し戻す(中国特許法実施細則第62条第2項)。

以下、中国の拒絶査定不服審判における補正について述べる。

中国特許法実施細則第60条第1項は、出願人は拒絶査定不服審判を請求するときに、及び、審判において拒絶理由通知を受けたときに、補正をすることができる、ただし、当該補正は、拒絶査定または拒絶理由を

解消するものに限る、と規定している。この規定は、中国特許法及び実施細則に拒絶査定不服審判での補正に関する唯一の規定である。即ち、原則として、中国では拒絶査定不服審判での補正は審査段階と同じ扱いであり、日本のように審判請求時に補正が厳しく制限されることはない。

また、現行の審査基準が施行される前に、拒絶査定不服審判での補正の運用について旧審査基準に具体的な規定はなく、上記実施細則第60条第1項に基づいて審査がなされてきた。しかし、拒絶査定不服審判における補正と審判請求前の補正は性格が異なるので、その運用に関して一切規定がないことは、審査の均一性、審査の質の向上に不利である。中国特許庁もこの問題を認識し、現行の審査基準に拒絶査定不服審判における補正に関する運用を追加した。

現行の審査基準に、実施細則第60条第1項の規定を満たさない補正の種類が具体的に列挙されている。即ち、拒絶査定不服審判請求時、及び、審判において拒絶理由通知を受けたときに、以下の種類の補正は認められない。具体的に、

- 〈1〉請求項の範囲を拡大する補正、
- 〈2〉拒絶された請求項に係る発明と明らかに単一性を具備しない発明を追加する補正、
- 〈3〉請求項のカテゴリーを変更する補正、又は、請求項を追加する補正、
- 〈4〉拒絶査定に示された欠陥を有しない請求項又は明細書の記載に対する補正。ただし、誤記の訂正、及び拒絶査定に示された欠陥と同種類の欠陥に対する補正を除く。

また、この改訂の趣旨として、拒絶査定不服審判における補正は、出願書類における欠陥や拒絶査定に関する争いを解消し、早期の特許査定を図るためのものであり、出願人に任意に補正する機会を増やすわけではないので、争いを解消しない補正や、新しい争点を生じ、新しいサーチを必要とする補正や、その他、審査を遅延させる補正などについて、制限を加えるべき、と説明されている。また、この改訂は、日本、欧州、米国の審査実務を参照した、と説明されている<sup>3)</sup>。

3) 知財管理(知的財産協会) Vol.57 No.1 (No.673), 2007年1月号、「中国特許審査基準の改訂要点」、pp 42, 劉昕

以上の趣旨と内容は、日本の「限定的減縮」に類似する側面がある。また、上記の新しい規定は、審判請求時の補正のみならず、審判における拒絶理由に回答する際の補正にも適用するので、日本よりも厳しいように見える。しかし、改訂審査基準が施行されてから以来、実務上拒絶査定不服審判において補正の制限は厳しくなった感じは特にない。

## 10. 分割出願の要件

2006年7月1日に施行される現行審査基準に、分割出願の時期的要件は改訂された。この改訂は新しい審査基準の一つの目玉になった。

(1) 分割出願の時期的要件の一般原則について中国特許法実施細則は以下のように規定する。2以上の特許、実用新案、意匠を含む出願について、出願人は、特許付与の通知を受け取った日から二ヶ月（即ち、登録手続を行う期間）経過するまで、分割出願を提出することができる。ただし、出願は既に拒絶され、取り下げられ若しくは取り下げたとみなされた場合は、分割出願をすることができない(中国特許法実施細則第42条は)

具体的に、特許付与の通知を受け取った日から二ヶ月（以下、登録手続期間と呼ぶ）以内に分割出願をすることができる。ただ、登録手続期間が満了する前に登録手続を完了した後、又は、登録手続期間が満了した後、又は、拒絶査定が確定した後、又は、出願が既に取り下げられ、若しくは取り下げたとみなされかつ回復されていない場合には、分割出願を提出することができない。

日本では、2007年4月1日に施行された日本特許法44条第1、2、3項によれば、分割出願ができる時期は、補正できる期間、審査段階における特許査定謄本の送達日から30日以内、最初の拒絶査定謄本の送達日から30日以内であるとなっている。

また、後述のように、現行日本特許法に規定された分割出願に対する種々の制限（50条の2、17条の2第5項）は、中国特許法にはない。

(2) 上記(1)に述べたように、中国で分割出願の時期的要件は、特許法実施細則第42条に規定されているが、

この規定から、拒絶査定を受けた後に、拒絶査定不服審判を提出しなければ分割出願を提出することができると否かは明確に読み取れない。実務上、かつては、出願人は拒絶査定を受けた後に、分割出願をするために拒絶査定不服審判を請求しなければならなかった。

現行審査基準、第1部分、第1章（特許出願の方式審査）、第5節における分割出願の方式審査の規定によれば、出願人は、拒絶査定を受け取った日から三ヶ月以内に、拒絶査定不服審判請求の有無に拘わらず、分割出願を提出することができる。また、拒絶査定不服審判を請求した後、及び拒絶審決に対する審決取消訴訟を請求した場合にその訴訟の期間中にも、分割出願を提出することができる。

ここで、「拒絶査定を受け取った日から三ヶ月以内」という期間は、出願人は拒絶査定に不服する場合は、拒絶査定を受け取った日から三ヶ月以内に拒絶査定不服審判を請求することができる(中国特許法第41条第1項)との規定から由来する。

(3) 現行審査基準に、分割出願をさらに分割する場合の時期的要件は厳しく制限される。現行審査基準が施行される前に、分割出願(以下、「子出願」と呼ぶ。また、原出願は「親出願」と呼ぶ)をさらに分割する場合の時期的要件も中国特許法実施細則第42条に従う。即ち、子出願か親出願かを問わずに、いずれの場合も各自の特許付与の通知を受け取った日から二ヶ月（即ち、各自の登録手続期間）以内に、分割出願或いは更なる分割出願を提出することができる。

現行審査基準によれば、子出願について分割出願(以下、「孫出願」と呼ぶ)を提出する場合は、孫出願の提出時期は原出願(親出願)の状態に従う。

ただし、子出願が単一性の要件を満たさないとき、審査官の指示に応じて新たな分割出願(孫出願)を提出する場合は、出願人は拒絶理由通知書に応じて分割出願を提出することができる。

即ち、現行審査基準により、親出願は、登録手続完了後、又は、登録手続期間経過後、又は、拒絶され、若しくは取り下げられた後は、子出願が存在していても、この子出願を更に分割することができなくなる。なお、子出願は親出願より先に登録された場合は、子出願の分割

可能な期間は、親出願の登録手続き期間ではなく、子出願の登録手続き期間までであると解され得る。

審査基準のこの改訂の理由について、中国特許庁の非公式見解によれば、分割出願をさらに分割する場合の時期的要件を明確にしたいのは目的である。また、分割出願は、出願日を含めて、原出願以上の利益を享受すべきではないので、その分割出願をさらに分割する時期的要件も原出願の時期的要件を基準とすべきである。

この規定により、親出願が登録された後に、競合製品の出現、製品の変化に合わせて子出願を更に分割し孫出願を提出して対応するなどの活用が制限される。また、親出願が登録された後に、子出願は拒絶されそうな場合、子出願をさらに分割して対応する活用もできなくなる。

ただし、親出願が係属中であれば、子出願を更に自発分割することができる。また、親出願が係属中でなくても、その子出願が単一性の拒絶理由を受けた場合に、なお子出願を分割することができる。これを活用する可能性がある。

なお、上記分割出願に関する規定は、実用新案出願及び意匠出願にも適用される。

因みに、日本特許法には分割出願をさらに分割する場合の時期的要件の制限はない。

(4) 分割出願の範囲に関しては、分割出願は原出願の開示範囲を超えてはならないという要件（中国特許法実施細則第43条）以外に、特に制限がない。現行日本特許法に規定されたように、分割出願について既に通知された拒絶理由と同じ拒絶理由が通知された場合に、最後の拒絶理由として補正を厳しく制限する（特許法50条の2、17条の2第5項）規定が中国にはない。

中国特許法実施細則第42条は、分割出願をする際に、原出願の種別を変えてはならないと規定する。即ち、原出願は特許出願の場合は、実用新案の分割出願をしてはならない。日本では、分割出願の種別を制限しない。

## 11. 審査・審理の進め方

審査の進め方として、審査基準の第2部分（実体審査）、第8章（審査の手続き）に詳細に記載されている。

また、拒絶査定不服審判の進め方として、審査基準第4部分（復審及び無効審判の審理）、第2章（復審請求の審理）、第3節（前置審査）、第4節（合議体の審理）に記載されている。その通りに審査をすれば、高い品質の審査が期待できると思われる。しかし、運用上問題は少なくない。

中国審査官のうち、素質よく、実務経験豊富な審査官は年々増えている。審査基準はより合理的、より具体的に改訂されることはその証拠である。一方、出願件数の増加や、審査官大量採用などにより、実務経験不足と思われる審査官も少なくない。典型的な例として、引用文献を引かずに、新規性、進歩性の判断をせず、些細な形式的な記載上の不備（誤記や参照番号の不一致など）に拘る拒絶理由が時々見受けられる。これは中国国内の明細書作成の水準にも関連する。中国国内で作成された明細書は形式的な不備のあるものが比較的に多いので、審査官は形式的な不備から審査することが多いと思われる。

以下の点を取り上げる。

(1) 実務上良くあることとして、拒絶理由通知書において、一部の請求項について拒絶理由を述べ、他の請求項について全く言及しないケースは非常に多い。このような場合は、通常、他の請求項は拒絶理由が存在しないことを意味しない。また、2回目以降の拒絶理由通知を発する基準は程明確ではなく、審査官は、前回の拒絶理由を解消していないとしながら、拒絶査定をせず、引き続き拒絶理由通知を発することがある。また、合理的な理由がなく、4回以上拒絶理由通知を発することも時々ある。

審査基準の第2部分（実体審査）、第8章（審査の手続き）、第4.11.3.1節に、再度拒絶理由を発する場合の条件を定めている。具体的に、

- 〈1〉審査官はより関連性のある引例を発見し、発明を再評価する必要がある場合、
- 〈2〉前回まで未審査の請求項について拒絶理由を発見した場合、
- 〈3〉出願人が補正書、意見書を提出した後に、審査官は新しい拒絶理由通知を発する必要があると認める場合、

- 〈4〉特許査定をしようとしているが、一部不備が残存している場合。この不備は、補正により発生した不備や、新しく発見した不備や、既に出願人に通知し、出願人が訂正していない不備を含む。
- 〈5〉拒絶査定をしようとしているが、前回の拒絶理由通知書に明らかに示していない事実、理由、根拠を示す必要がある場合。

条件〈3〉によると、合理的な理由がなく、複数回の拒絶理由通知を発することはあり得る。

(2) 審査基準によれば、前置審査において、原則として新しい拒絶理由と証拠を前置審査意見に追加してはならない。ただし、以下の場合を除く。

- 〈1〉周知技術に関する証拠を追加することができる。
- 〈2〉審査段階で既に示されたが、拒絶査定に示されなかった欠陥を示すことができる。
- 〈3〉拒絶査定に示された欠陥が解消されていない場合は、他の明らかな実質的な欠陥、又は拒絶査定に示された欠陥と同種類のその他の欠陥を発見したときに、それらの欠陥をまとめて示すことができる。

中国の前置審査において、審判請求人は審査官とコンタクトする機会がない。そのため、審査官は新しい拒絶理由と証拠を追加することができるとしたら、その新しい拒絶理由と証拠を審判請求人に通知する機会がない。ただし、以上審査基準の規定のように、例外がある。

拒絶査定に言及された周知技術について証拠を補充することは新しい証拠を導入したことになる。また、拒絶査定、審査段階で既に出願人に示した出願書類における欠陥や、他の明らかな実質的な欠陥を補正する機会を出願人に与えることにより、事件が審査と審判の間に往復することを防止することができ、審査の迅速化、円滑化を促進する効果がある<sup>4)</sup>。

- (3) 審査基準によれば、拒絶査定不服審判において、一般的に合議体は拒絶査定の根拠となる理由と証拠を

審理する。ただし、拒絶査定の根拠となる理由と証拠の他に、合議体は以下のような欠陥を発見した場合は、関連する理由と証拠を審理することができ、また、当該理由と証拠に基づいて、拒絶査定を維持する審決をすることができる。

- 〈1〉審査段階で既に出願人に示した他の理由と証拠であって、出願を拒絶するのに足りるもの
- 〈2〉拒絶査定に示されていない明らかな実質的な欠陥、或は、拒絶査定に示された欠陥と同種類の他の欠陥

上記(2)と同様に、拒絶査定が取り消された場合に、出願書類に、拒絶査定に示された欠陥以外に、審査段階で既に出願人に示した重大な欠陥が存在するときには、その欠陥を無視して審査官に差し戻すと、事件が審査と審判の間に往復し、審査の遅延を招く恐れがある。従って、審査促進のため、審査段階で既に出願人に示された重大な欠陥が存在する場合、合議体はそれを審理し、拒絶査定を維持する審決をすることが認められる。また、明らかな実質的な欠陥、或は、拒絶査定に示された欠陥と同種類の他の欠陥を克服すれば、明らかに審判審理の円滑な進行に有利である。

日本と異なるのは、復審において、合議体の裁量権が弱い。裁量権の濫用を防ぐためであると説明されている<sup>5)</sup>。例えば、以上〈1〉、〈2〉の場合に裁量権の行使を認めるが、新たな検索によって新しい証拠を補充し、或は、その他の欠陥を審査すると、合議体の職権範囲を超える恐れがあると説明されている<sup>6)</sup>。

## 12. ソフトウェアに関連する発明

(1) 現行審査基準によれば、ソフトウェアに関連する発明とは、完全に又は部分的にプログラムによる処理に基づいて技術課題を解決する技術思想であって、プログラムが計算機により実行され、計算機内部又は外部の対象物を制御又は処理するものである。「外部の対象物を制御又は処理するもの」としては、外部プロセス或

4) 知財管理(知的財産協会) Vol.57 No.1 (No.673), 2007年1月号、「中国特許審査基準の改訂要点」、pp 43, 劉昕

5) 知財管理(知的財産協会) Vol.57 No.1 (No.673), 2007年1月号、「中国特許審査基準の改訂要点」、pp 44, 劉昕

6) 同上

は外部装置の制御、外部情報の処理又は交換などが含まれる。「内部の対象物を制御又は処理するもの」としては、計算機システム内部性能の改善、計算機システム内部リソースの管理、データ伝送の改善などが含まれる。

なお、ソフトウェアに関連する発明はハードウェアの変更を含むことを必要としない。

現行審査基準によれば、ソフトウェアに関連する発明を審査する際に、請求項の内容がアルゴリズム若しくは数学計算のルールのみを含むもの、又は、プログラム自体若しくは記憶媒体に記憶されているプログラムは、又は、ゲームのルールと方法は、知的活動のルール及び方法に該当し、特許法の保護対象ではない。たとえば、プログラムのみで限定される計算機読み取り可能な記憶媒体若しくはコンピュータプログラム製品、又は、ゲームのルールのみで限定されるゲーム装置などは、実質的に知的活動のルール及び方法しかを含んでいないので、特許法の保護対象として認められない。ただし、請求項の内容が非技術的要素と技術的要素との両方を含む場合は、請求項の内容全体として知的活動のルールではないと認めるべきであるので、特許法の保護対象に該当する。

また、ソフトウェアに関連する発明は、特許法実施細則第2条第1項に規定される「技術思想」に該当する場合は、特許法の保護対象になり得る。具体的に、その発明はプログラムを実行し技術問題を解決することを目的とし、また、その発明による計算機内部又は外部の対象物に対する制御又は処理は、自然法則に則した技術手段を反映しており、それによって自然法則に則した技術効果が得られる技術思想であれば、特許法の保護対象に該当する。

ソフトウェアに関連する発明の明細書及び請求項の記載について、現行審査基準によれば、ハードウェアに変更がある場合は、ハードウェアの構成図が必要である。方法請求項の各ステップを装置の各手段に書き換えて得る装置の請求項は、当該装置は、同方法を実現するための機能ブロックであり、ハードウェアを通じて技術問題を解決する実在な装置ではないとして解釈される。

(2) ソフトウェアに関連する発明について、中国の審査基準は日本より厳しい。プログラムそのもの、プロ

グラムを記録した記憶媒体は特許法の保護対象として認められないのみならず、特許法の保護の対象となり得るものの範囲も日本より狭い。

中国の審査基準に基づき、特許法保護の対象となり得る対象の典型例として、「外部情報の処理」や、「外部装置の制御」が含まれている。しかし、実務上、「外部情報の処理」や、「外部装置の制御」は、ソフトウェアに関連する発明として表現する必要がなく、多くの場合は、一般的な方法と装置の発明として記載し、一般審査基準に則って審査すればよい。

ただし、ハードウェアの変更を要求しないことは従前の基準より緩やかになった。現行審査基準が施行される前に、ハードウェア構成に変化をもたらしたか否かは重要な判断基準であった。従前、「技術目的」、「技術手段」、「技術効果」の有無を用いて発明であるか否か、特許法の保護対象に該当するか否かを判断し、また、その「技術手段」はハードウェアであると解釈されていた。現行審査基準には、ソフトウェアに関連する発明は技術思想を構成することが依然として要求される、即ち、「技術問題を解決することを目的とし」、「自然法則に則した技術手段」、「自然法則に則した技術効果」の有無をもって判断する。ただ、その「技術手段」はハードウェアでなくてもよく、自然法則に則したものであれば良い。また、「外部情報の処理」、「計算機内部性能の改善」は、すべて自然法則に則した技術手段であると解釈される。

### 13. PCT出願における誤訳訂正の時期

日本では、外国語でされたPCT出願が日本に移行された後に、登録までに何時でもその外国語のPCT出願書類に基づきその日本語の訳文を訂正する（いわゆる誤訳訂正）ことができる（特許法184の12）。

一方、中国では、PCT出願の誤訳訂正期間は厳しく制限されている。この点についての規制緩和は、外国出願人から強く要求されている。

中国特許法実施細則第110条によれば、外国語でされたPCT出願は中国へ移行した後、出願人は、(1) 中国国内公表の準備が完了する前に、及び、(2) 中国特許庁から審査を開始する通知を受けた日から3ヶ月以内に、

最初のPCT出願書類に基づき誤訳を訂正することができる。

通常、中国国内公表の準備が完了するのは、中国への移行手続き後2ヶ月またそれ以上であるので、実施細則第110条によれば、移行直後約2、3ヶ月以内に誤訳訂正の機会があり、また、審査が始まる前に3ヶ月間に誤訳訂正の機会がある。通常、拒絶理由通知を受けてから誤訳を発見する可能性が高いので、移行直後や、審査開始時には翻訳文を見直して、誤訳があるか否かを確認し、誤訳訂正をすることは通常行われていない、また、このようなことを一律に要求すると、出願人にとって大きな負担になる。

勿論、通常の出願と同じように、PCT出願についても、実体審査請求時及び特許庁から審査が始まる通知を受け取った日から3ヶ月以内に自発補正の機会がある。また、中国語訳文を提出すると同時に、特許協力条約(PCT)第28条又は第41条に基づく自発補正の機会がある。しかし、これらの補正機会も時期的に誤訳訂正に利用することが困難である。

PCT出願の誤訳訂正期間の問題は、中国第3次特許法改正に伴う特許法実施細則改正の一つの検討事項である。

因みに、外国出願人のもう一つの関心事項として、中国では、PCT出願を除き、中国語で出願しなければならず、外国語で出願をする制度がない。その理由は、審査官の負担の増加などが挙げられる。

#### 14. 優先審査、早期審査

出願人は、事業の展開に応じて中国で早期に権利化したい要望がある。しかし、中国では、日本の早期審査や優先審査のような制度はない。中国では、審査を加速することに関連する規定として以下のようなものがある。

中国特許法第35条は、必要な時に、特許庁は自ら実体審査をすることができると規定する。中国特許法第34条は、出願人の請求により特許庁はその出願を早期に公開することができると規定する。

また、現行審査基準第2部分(実体審査)第8章(実体審査の手続き)第3.4.2節には、以下のような規定がある。

「国家の利益、又は公共の利益に重大な意義を有する出願について、出願人又は主管部門の要求に応じて特許庁長官の許可の上、その出願を優先して審査することができ、その後の審査過程にも優先的に処理する。」

「特許庁は自ら実体審査を開始した出願は、優先的に処理することができる。」

「現出願が存続しているときは、分割出願は現出願と一緒に審査することができる。」

しかし、中国特許法35条に基づいて中国特許庁が自ら実体審査をした事例が確認されていない。実用されている制度とは言えない。また、審査基準に規定される「優先処理」は、ハードルが高く一般的な案件に利用される可能性は殆どないと考えてもよい。

また、中国特許庁の運用として、出願が公開された後でなければ、実体審査が開始されないとなっている。この運用は特許法、実施細則、審査指南の何れにも規定されていない。このような運用によって、たとえ出願人は早期権利化を図るべく出願と同時に審査請求をしたとしても、出願公開まで審査の手続きが進行しない。

このような状況で、中国で早期権利化の手法として中国特許法第34条に規定する早期公開を利用する方法がある。中国特許庁は出願が公開された後にしか実体審査を始めないので、早期公開により実体審査の時期を早めることができる。しかし、実体審査が開始された後の審査は通常通りで、加速されない。また、例えば、日本出願に基づく優先権を主張して中国へ出願する場合は、通常中国へ出願した後約六ヶ月で出願が公開されるので、早期公開を利用しても、利用しない場合と比べれば、審査の開始は数ヶ月しか早まらない。また、実体審査が加速されないので、早期公開の僅かの利益は実体審査の中に打ち消される可能性がある。

因みに、PCT出願について、中国で早期権利化のためにとり得る措置として、早期に中国国内段階へ移行し、PCT23条に基づく宣言をし、早期の国内公表に同意することにより、実体審査を早めることができる(実施細則第108条、審査基準第3部分第3.4節)。しかし、同様に、このような措置をとっても、後続の審査が加速されない。

出願を早期に公開させることにより、補償金請求権が早期に発生し(中国特許法第13条)、早期権利化、早

期権利行使の効果がある程度得られる。

中国で有効な早期権利化の手法として、第6節で述べたように、同じ技術内容について実用新案と特許を同日出願する方法がある。中国では、実用新案について無審査主義を採用しているため、出願後約一年程度で実用新案権が得られ、迅速に権利行使することができる。その後、特許出願が審査され、数年後特許権が得られた後、当該特許権に基づき権利行使をする。特許権が付与される際に、審査官の指示に応じて、実用新案権を放棄すればよい。

また、第6節で述べたように、中国では、実用新案権に基づき権利を行使する際に、日本の実用新案法29の3のような相当な注意の義務や、損害賠償責任を権利者側が負わないので、早期権利化のため、実用新案出願を利用する価値がある。

## 15. 間接侵害

中国特許法に、間接侵害の規定はない。公式的な理由としてTrips協定に間接侵害の規定を設けることを義務付けていないことである。中国国内では、特許法に間接侵害の規定を設けるべきであるか否かについて意見が分かれている。2000年第2次特許法改正の際に、中国特許庁は間接侵害の規定を含んだ特許法改正案を内閣に提出したが、削除された。進行中の第3次特許法改正において、間接侵害は再び注目を集め、幅広く研究されたが、結局特許法改正案に取り入れなかった。

司法実務上、中国の裁判所は「民法通則」第130条に規定の共同不法行為に基づき間接侵害及び責任負担を処理しており、間接侵害として認められた事例は少ない。

## 16. 日本にない制度

### (1) 国防特許制度

中国特許法第4条は、特許出願にかかる発明は国の安全又は重大な利益に関わり、秘密保持する必要がある場合、国の関連規定に従って処理する、と規定する。

また、中国特許法実施細則第8条は、特許出願にかかる発明は国防上の国家秘密に関わり、秘密保持する

必要がある場合、国防特許機関がそれを受理する、と規定する。

原則として、中国特許庁が受理した特許出願は、国家秘密に関わるか否かの審査を受ける。該当する場合は、中国人民解放軍の管轄下の「国防特許庁」に移送される。国防特許庁は毎年数百件の出願を受理する。

### (2) 外国への出願の制限

既に広く知られているように、中国特許法によれば、中国で生まれた発明は、外国へ出願する前に、先ず中国特許庁へ出願しなければならない（中国特許法第20条）。また、外国へ出願する際に、指定された渉外事務所を経由してしなければならない（中国特許法第20条）。この制度は、中国国内の出願人が外国へ特許出願する場合を想定して設定されたものと思われる。しかし、この10数年間に、中国経済の急速な発展につれて、中国国内に拠点を置く外資系企業や、外資系R&Dセンターによる研究開発の成果を外国へ出願するケースが非常に増えて、中国特許法第20条による外国出願への制限は厳しく感じる外国出願人が増えている。

第3次中国特許法改正において、現行特許法の第20条に基づく渉外事務所制度は廃止される見通しである。また、現行特許法の第20条による外国への出願の制限の制度も大幅に変わる見通しである。

## 17. その他

その他の相違点を以下に簡単に述べる。

(1) 最近、日本では、法改正により実用新案権の存続期間は出願日から10年で、意匠権の存続期間は登録日から20年になった。

一方、中国では、実用新案権の存続期間は日本と同じく、出願日から10年であるが、意匠権の存続期間は出願日から10年である（中国特許法第42条）。

(2) 中国では、日本のような特許、実用新案、意匠の間の出願変更制度がない。日本の実用新案出願に基づく特許出願の制度もない。

しかし、上記のように、中国では、特許出願と実用新案出願を同時に出願し、審査の段階で片方を選択し、

片方を放棄することができる。

特許出願と意匠出願の間の変更は稀であるので、その制度を設ける必要性は低いと言われている。

(3) 中国では、特許出願の審査請求は、出願人しかできず、第三者はできない(中国特許法第35条)。日本では、他人の特許出願は登録性があるかどうかを早めに確定させるなどの目的で、何人も特許出願の審査請求をすることができる(特許法48条の3)。また、日本では、他人による審査請求は、年間数百件程度ある。

(4) 中国では、特許権は公告の日から発生する(中国特許法第39条)。公衆に公示された日から権利が成立させることによって権利者と第三者との公平を図るためである。また、同条は、特許証の発行、登録、及び公告は同時に行われると規定されている。これにより、特許証の発行、登録、及び公告の間に生じるトラブルを避ける<sup>7)</sup>。

一方、日本では、特許権は設定登録により発生する(特許法39条)。

(5) その他、中国では、国内優先出願を提出する際に、基礎となる出願は即時取り下げられるとみなされる(実施細則第33条)。

中国特許法に、共同出願や、権利の共有に関する規定はない。共有にかかる問題は「契約法」に基づいて処理している。また、冒認出願は拒絶理由、無効理由ではない。係る紛争は裁判所で処理する。第3次特許法改正案には、日本特許法第14条(複数当事者による手続き、出願の取り下げ)、第33条第3項(特許を受ける権利の譲渡)、第73条(共有に係る権利)、第97条(放棄)に相当する内容の規定は提案されている。ただし、日本特許法第38条(共同出願)に相当する内容はない。

中国では、特許権存続期間延長制度がない。先進国の製薬業界はこの制度の導入を強く望んでいる。しかし、近いうちに、中国はこの制度を導入しないだろう。先進国と比べれば中国の製薬業界は比較的弱いことと、先進国の製薬企業が特許権により長期間に薬製品

市場を独占し、医薬品が高くなることを避けたいことが理由であると思われる。

## 18. むすび

最近数年、日中政府特許行政部門間の往来が活発化しており、実務レベルまで広がってきている。このことから、両国経済面での相互関係が深まる一方、制度面での相互理解、制度の健全化の重要性が認識されていることが伺える。本稿は、日本の実務家の中国特許制度への理解に多少役に立てば幸いに思う。

中国第3次特許法改正の作業は進められており、特許法改正に伴い、中国特許実施細則、特許審査基準も改正され、大きな変動があると予想される。

次に、中国第3次特許法改正の状況を簡単に紹介する。

今回の特許法改正の作業は2005年4月にスタートした。最初に、中国特許庁は、中国国内で特許庁、裁判所、大学、研究機関、弁護士、弁理士などから、多くの研究チームを募集し、一年あたり、法改正に関する数多くの課題を研究した。その研究の成果に基づき、2006年8月末、中国特許庁は最初の特許法改正案を完成し、中国国内及び外国において幅広く意見を徴収した。特に、2006年9月初め、中国特許庁、最高裁、国務院、及び全国人民代表大会(議会)の関連部門のメンバーからなる代表団は、早速日本特許庁に訪れ、3日半にわたって連日中国特許庁の特許法改正案について日本特許庁及び日本産業界の意見を求めた。その後、同代表団は渡米し、アメリカの政府、法曹界、産業界の意見を求めた。国内外からの様々な意見に基づき、中国特許庁は最初の特許法改正案をさらに修正し、2006年12月末、国務院に特許法改正案を提出した。現在、国務院はその特許法改正案を審理している。国務院の審理を経て更に修正される特許法改正案は、全国人民代表大会(議会)に提出されさらに審議され、その後新しい特許法が成立する。2008年に新しい特許法が施行されると言われている。

中国特許庁は、特許法改正案を国務院に提出した後、2007年2月に、特許法改正に合わせて特許法実施

7) 新専利法詳解、pp254、尹新天、文希凱、中国国家知識産権局条法司、知識産権出版社、2001年7月

細則の改正作業をスタートした。同じように、やはり中国国内で研究チームを募集し、半年あたり、数多くの課題を研究し、最近、その課題研究が完了した。

中国特許庁の最初の特許法改正案に比べ、国務院に提出した改正案は大きく変わった。たとえば、均等論、禁反言、公知技術の抗弁などの規定は最初の特許法改正案にあったが、国務院に提出した改正案に姿が消えた。今後、国務院の改正案及び議会審議を通過した最終案も大きく変わると予想される。従って、ここで、中国特許庁から国務院に提出した改正案の要点を簡単に紹介することに留まる。

既に述べたように、今回の特許法改正案に、特許、実用新案の新規性を判断する際に、外国での公然実施は考慮される。共有に係る権利関係の規定も導入される。

意匠に関する改正は多くある。意匠の登録要件として創作非容易性の規定を設け、意匠の新規性を判断する際に、外国での公然使用が考慮される。また、関連意匠制度が設けられる。また、侵害訴訟を提起する時に、意匠サーチレポートを提出することが要求される。なお、意匠サーチレポートを作成するための審査体制の構築について、日本側の協力を求めている。

今回の法改正により、現行特許法の第20条に基づく涉外事務所制度は廃止され、また、現行特許法の第20条による外国への出願の制限の制度も大きく変わる見通しである。国務院に提出した特許法改正案に、アメリカのforeign filing license制度に近い規定が設けられ、中国で生まれた発明を外国へ出願する際に、第一出願国は中国ではなく外国でもよく、しかし、まず中国特許庁の審査を経て外国出願の許可を得ることが要求されている。違反する場合は、中国で権利を付与されない。

遺伝資源に関する新しい規定は注目されている。遺伝資源に依存する発明について、明細書において遺伝資源の出所を明記することが要求され、遺伝資源の取得、利用が関連法律・法規に違反した場合、特許権を付与しないことが規定されている。

中国特許制度の一つの特徴である行政機関による侵害行為の取り締まり、特許紛争の行政による調停に関して、地方特許行政機関に大きな権限が与えられている。

権利者の権利行使を制限する規定も注目されてい

る。具体的に、正当な理由なく、訴訟時効を三年超えたあとに侵害訴訟を提起した場合、提訴の日までの侵害行為に対して損害賠償を請求することができない、との規定がある。さらに、権利者は、意思表示又は沈黙により、侵害者に対して権利行使をしないと侵害者に信じさせた後に侵害訴訟を提起した場合、その権利行使は明らかに信義則に反するとき、提訴の日までの侵害行為に対して損害賠償を請求することができず、差し止めを請求することもできない、と規定されている。

特許権の効力が及ばない範囲に関して、ボラー条項の導入は注目されている。即ち、専ら薬品又は医療機器に係る行政認可に必要な情報を取得及び提供するために、特許薬品又は特許医療機器を製造、使用、輸入する行為、及び他人がそのために特許薬品又は特許医療機器を製造、輸入しかつ販売する行為に対して、特許権の効力が及ばない。

注意して頂きたいのは、以上の内容は確定されたものではなく、最終特許法改正案に更なる変化があると予想される。筆者は、今後とも引き続き中国の新しい動向を日本の実務家に伝える。

## profile

劉 昕(りゅう しん)

### 略歴

1989年 中国北京大学卒業(専門:物理)  
1992年 北京大学 大学院終了(修士、専門:物理)  
1997年 筑波大学 博士課程終了(博士、専門:物理)  
1997年~2000年 東京大学/理化学研究所研究員  
2000年~ 特許事務所勤務  
2003年 中国弁理士合格(2006年登録)  
2004年 日本弁理士登録  
2007年 特定侵害訴訟代理業務試験合格

電話: 03-5424-2511 (代表) Email: liuxin@itohpat.co.jp

### 論文

『中国特許権侵害紛争における「不要限定除外の原則」  
—最高人民法院の重要判決についての考察—』  
『知財管理』、2006年10月号  
『中国特許審査基準の改訂要点』  
『知財管理』、2007年1月号

