

第3章

外国著名商標の保護の在り方に関する研究

第1節 研究内容の要約

近年、グローバル化に伴う情報通信技術の発展、交通手段の発達による移動の容易化、市場の国際化が進み、人、物材、情報の国際的移動が活性化し各国が相互に依存しあい他国や国際社会の動向を無視できない状況になっている。また、国際競争や地域間競争における知的財産の保護の在り方も大きく変化し始めており、このような状態において、商標法の下で商標にどのような保護が与えられるべきか各國で難しい問題が提起されている。

この共同研究では、日中両国の研究者が自国の法制度を踏まえ、外国で既に著名だが自国ではまだ著名になっていない商標（以降「外国著名商標」と呼ぶ）の保護の在り方にについて問題点を分析・検討した。この共同研究を通じて、外国著名商標の保護の在り方を概括し、問題点を分析し提言を行った。

まず、「外国著名商標の保護の在り方」について、パリ条約、TRIPS協定を出発点として日中両国のそれぞれの方向から比較研究した結果、日中両国の属地主義の考え方や理解を整理し、問題が生じる構造を明確にすることが必要との指摘がなされた。共同研究により、日中両国の共同研究者は、属地主義を原則としつつ、外国の著名商標を保護する必要性から環境の変化に対応すべく、外国の周知商標についても保護を広げるべきだという共通認識を得た。

日本側は、商標登録の局面と、商標権利行使の局面に関する問題点を検討して報告を行った。商標登録の局面について、日本の商標法における外国著名商標保護の過去と現在について、明治17（1884）年の商標条例制定から、平成8（1996）年の商標法改正により、「外国における需要者との間に広く認識されている商標」と同一又は類似の商標の登録を拒絶する規定が導入されるまでの経緯の報告がされた。そして外国著名商標の保護は、商標法が追求するいくつかの政策目標の間でバランスをとりながら、さまざまな利害を考慮された結果与えられているという理解が、最も正確なのではないかとの指摘がなされた。

商標権利行使の局面では、外国著名商標と同一又は類似の商標について外国の商標権者（ないしそれと同視される者）と異なる者が日本で商標権を取得しているケースを念頭に、そのような商標権が、外国商標権者によって外国で適法に商標が付された商品の輸入・譲渡行為に対して行使できるかについて研究を行った。その結果、そのような商標権の侵害が主張された場合の防御方法として考えられるのは、無効の抗弁、並行輸入の抗弁及び権利濫用の抗弁の3つであるとされた。このうち、並行輸入の抗弁については、判例上、内外権利者の同一人性が求められているため、上記のケースでは原則として認められない可能性が高いとの見解が示された。不正目的で商標登録出願がされたケースの場合は、無効の抗弁で対処が可能であるが、商標権取得後の事情が問題となる場合には、権利濫用の抗弁で対処するとの報告があった。

中国では属地主義の立場から、関連商標の中国市場における周知性と影響力に基づいて、関連商標が著名かどうかを認定し、登録の拒絶、登録の取消し、使用禁止の保護を受けるべきかどうかについて判断している。中国の商標法には日本の商標法第4条第1項第19号に相当する規定がなく、外国で高い周知性を有する商標が中国国内で実際に使用されていないため、該外国商標とは関係のない第三者により先取り登録された場合もある。

報告書では著名商標の保護について、初めに中国の法律、実務の状況を踏まえた著名商標の3つの保護の在り方について整理・分析して報告した。次に登録管轄や裁判所がどのような変遷を経て現在の判断基準に至ったか、パリ条約の規定に基づき日中双方で外国著名商標をどのように保護するのか比較し、

さらに外国の判例などを用いて分析し結果を報告した。最後に日中の比較研究に重点を置き、中国では日本の4条1項19号のような条文を作るのは難しく、中国ならではの解決方法として比較研究の観点から中国は解釈論を採用したほうが良いと報告した。

なお、本共同研究の実施期間が終盤にさしかかった2019年12月に、北京市高級人民法院は、「無印良品」をめぐる商標侵害の訴訟で判決を下した。その内容は、日本の良品計画及びその子会社に対し、北京棉田紡織品の北京無印良品登録商標権に対する侵害を停止するとともに、損害賠償金と諸費用を支払うよう命ずるものである。この判決が出されてから、“外国著名商標の保護の在り方”は、日中両国の実務界や学術界からより多くの関心を集めようになっている。このような問題についてタイムリーに本共同研究の結果を報告できたことは日中両国にとって非常に重要である。そしてこのような共同研究事業の有効性を強く強調したい。

第2節 中国における外国馳名商標の保護の在り方

I. 外国馳名商標保護のルート

中国社会科学院 知識産権センター 李 明徳 教授

外国馳名商標とは、外国の市場で馳名だが、自国の市場ではまだ評判と影響力のない商標をいう。外国馳名商標の保護は、既存の馳名商標を保護する枠組みの下で、解釈論の方式で解決でき、立法論の枠組みの下で、特別立法によって解決することもできる。本文では中日両国の関連するやり方を例にして、外国馳名商標に対する保護のルートを検討する。

1. 中日両国の馳名商標の保護に関する概要

馳名商標とは、市場で一定の評判と影響力を持つ商標や、消費者に広く認識されている商標のことである。ある意味で、商品や役務に使用されているすべての商標は、ある程度消費者又は社会公衆の承認を得ている限り、パリ条約6条の2にいう馳名商標（公衆のよく知る商標 well-known trademark）に属する。この用語は、中国の1993年商標法実施細則では「公衆によく知られている商標」と翻訳されたが¹、日本の商標法と不正競争防止法では、「消費者に広く認識されている商標」と翻訳された²。

商標が実際に使用され、一定の評判と影響力があるとの観点から、登録許可の有無にかかわらず、必要な法的保護を受けるべきである。例えば、商品又は役務の出所に対する消費者の混同を防ぐため、他人が同一又は類似の標章を使用するのを差止める。但し、商標登録制度が出現して以来、未登録の馳名商標は更に保護する必要がある。これは、世界各国の商標登録制度では、登録商標の所有者は、他人が同一又は類似の商標を登録することを防げるし、他人が同一又は類似の商標を使用するころを差止められるからである。実際、商標登録制度の目的は、商標を登録によって保護することで、商品や役務の出所に対する消費者の混同の虞を防ぐためである。同様に、商標登録制度の枠組みの下で、未登録の馳名商標に特別な保護を提供する必要がある。

未登録の馳名商標については、パリ条約の1925年のハーグ文書において、加盟国が保護を提供すべき要求を提起した。その後、パリ条約1958年のリスボン文書において、未登録の馳名商標の保護を更に規定した。現行のパリ条約（1967年ストックホルム文書）6条の2においては次のように規定している。

「(一) 同盟国は、1の商標が、他の1の商標でこの条約の利益を受ける者の商標としてかつ同一若しくは類似の商品について使用されているものとしてその同盟国において広く認識されるとその権限のある当局が認めるものの複製である場合又は当該他の1の商標と混同を生じさせやすい模倣若しくは翻訳である場合には、その同盟国の法令が許すときは職権をもつて、又は利害関係人の請求により、当該1の商標の登録を拒絶し又は取り消しとし、及びその使用を禁止することを約束する。1の商標の要部が、そのような広く認識されている他の1の商標の複製である場合又は当該他の1の商標と混同を生じさせやすい模倣である場合も、同様とする。(二) (1)に規定する商標の登録を取り消しとすることの請

¹ 中国1993年の商標法実施細則25条には、「信義誠実の原則に反し、複製、模倣、翻訳などの方式で他人の既に周知されている商標を登録する場合」は、詐欺の手段や他の不正の手段で登録を取得する行為に属すると規定している。また、同48条には「周知されている役務商標」についても言及している。

² 日本の商標法4条1項10号、同19号、不正競争防止法2条1項1号を参照。

求については、登録の日から少なくとも 5 年の期間を認めなければならない。同盟国は、そのような商標の使用の禁止を請求することができる期間を定めることができる。(三) 悪意で登録を受け又は使用された商標の登録を取り消しとし又は使用を禁止することの請求については、期間を定めないものとする。」上記規定によると、パリ条約の加盟国は、国内の法律に基づき、一部の未登録商標を馳名商標と認定し、他人の登録を防止し、他人の登録の取り消し、他人の使用を差止という保護を与えなければならない。また、TRIPS 協定 2 条によると、世界貿易機関の加盟国は 1967 年のパリ条約 1967 年ストックホルム文書の 1 条から 12 条まで及び 19 条の規定を遵守する。これは、パリ条約 6 条の 2 の馳名商標保護に関する規定が、既に TRIPS 協定に組み入れられたことを示す。このように、パリ条約の加盟国であろうと、世界貿易機関の加盟国であろうと、未登録の馳名商標に対して他人の登録の防止、不正の登録の取消し、その使用を禁止するという保護を与えなければならない。

中日両国はいずれもパリ条約と TRIPS 協定の加盟国であり、それに応じた立法において未登録商標への保護を行ってきた。まずは、中国の関連制度について考察する。前述のように、中国では 1993 年に制定した商標法実施細則において、具体的に「公衆によってよく知られた商標」と「公衆によってよく知られた役務商標」という概念が提起されている。商標法実施細則 25 条によると、「信義誠実の原則に反し、複製、模倣、翻訳などの方式で他人の既に公衆によって知られている商標を登録する場合」は、詐欺の手段や他の不正の手段で登録を取得することに該当し、取り消されるべきである。この規定は、明らかにパリ条約 6 条の 2 の未登録の馳名商標の保護に由来している。2001 年に中国の商標法が改正されたが、13 条 1 項に「同一又は類似の商品に登録出願をした商標は、他人が中国で登録していない馳名商標を複製、模倣又は翻訳し、混同を惹起しやすい場合、登録を拒絶し、使用を禁止する。」と規定している。また 2001 年の商標法 41 条によれば、既に登録されている商標は、上記規定に反した場合、商標の登録日から 5 年以内に、商標所有者又は利害関係者は商標審査委員会に当該登録商標の取消を請求できる。悪意のある登録に対して、馳名商標の所有者は 5 年間の期間の制限を受けない。この規定によれば、中国は未登録の馳名商標に対して、登録の拒絶、登録の取消及び使用の禁止による保護を与えている。また、2001 年の商標法 31 条にはさらに、「商標登録出願は、先に存在する他人の権利を侵害してはならない。他人が先に使用し一定の影響力の有する商標を不正の手段で抜け駆け登録してはならない。」と規定している。その中の「他人が先に使用し一定の影響力の有する商標」は、明らかに未登録の馳名商標を指す³。

次に、日本の規定について考察する。日本の現行商標法 4 条 1 項には 19 種類の商標登録を受けることができない場合について規定している。そのうち、少なくとも 3 種類は未登録の馳名商標[日本の制度の基では“著名商標”であるが、この論文全体の用語統一の観点から原文とおりに記載]の保護に関連する。例えば 10 号には、他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標又はこれに類似する商標であつて、その商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするものは、商標登録を受けることができないと規定している。また 15 号には、他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標（十号から前号までに掲げるものを除く）は、商標登録を受けることができないと規定している。さらに、日本の商標法 4 条 1 項 8 号には、他人の肖像又は他人の氏名若しくは名称若しくは著名な雅号、芸名若しくは筆名若しくはこれらの

³ 中国「商標法」は 2013 年に改正されたが、上記規定は修正されていない。違いは、元の第 13 条第 1 項を第 13 条第 2 項と改め、元の第 41 条を第 45 条と改め、元の第 31 条を第 32 条と改めたことにある。

第3章 外国著名商標の保護の在り方に関する研究

著名な略称を含む商標（その他の人の承諾を得ているものを除く）は、商標登録を受けることができないと規定している。つまり、上記の規定は未登録の馳名商標について登録拒絶の保護を与えている⁴。また、商標法46条と47条の規定及び後続条項の規定により、登録された商標が他人の一定の影響力のある未登録商標に属する場合、特許庁の審判と必要な司法手続きを経て、登録を取消ことができる⁵。

未登録の馳名商標の保護は、日本の商標法の登録の拒絶及び登録の取消に関する規定に加え、日本の不正競争防止法2条1項1号に、次のように規定している。「他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。以下同じ。）として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」は、不正競争行為に該当し、差止めるものとする。そのうちの「商品等表示」は、括弧内の解釈によれば、一般に商品の商標、役務の商標と商号を含む。未登録の著名商標に対して、不正競争防止法が使用禁止の保護を与えていることが分かる⁶。

初期の商標冒認行為において、通常、同一又は類似の商標を同類又は類似の商品に使用し、商品の出所について消費者に混同を生じさせた。これに応じて、1857年のフランス商標法も、1875年のイギリス商標法も、主要国のその後の「商標法」も、混同の可能性を防止する前提で、登録商標と未登録商標に対する保護を与えてきた。しかし、ビジネスモデルの変遷と激化する市場競争について、他人の馳名商標を登録したり、非同一や非類似の商品や役務に使ったりする現象が徐々に生じてきた。このような使用は、商品や役務の出所について消費者に混同を生じさせないが、他人の馳名商標が商品や役務を表示する機能を希釈化するとして、同時に不正な競争により他人の馳名商標の評判を利用したと評価される。商標の希釈化理論は、米国の学者のSchechterより最初に提案された。1927年に発表された「商標保護の理論的基礎」では、全く関係のない商品に特定の商標が使われ、混同、誤認、販売の移転などの要素がなくても、商標所有者に損害を与えると指摘した⁷。Schechterの商標の希釈化理論に基づき、あるいは主に馳名商標の保護の必要に基づき、米国的一部の州の裁判所は関連する判決で他人の馳名商標の希釈化を差し止める規則を提示した。また、ヨーロッパ大陸の一部の国においても、馳名商標の保護の必要性から、他人が持つ馳名商標の評判を不正に利用してはならないという理論を提起した。この面では、欧州連合理事会が1988年12月に採択した「加盟国商標法協調の1号指令」も、4条3項に馳名商標に対する希釈化防止保護を規定している。具体的には、先に登録した商標が高い評判を持つ商標であれば、他人がそれを非類似の商品又は役務に登録し、消費者に混同の虞が生じないとしても、他人の商標の顕馳性又は評判を不正に利用する限り、登録を拒絶し、登録を取消さなければならない⁸。欧米諸国の上記探索を基に、世界貿易機関1995年の「TRIPS協定」には第16条第3項で馳名商標に対する希釈化防止の保護を規定している。具体的には、他人の登録商標を非類似の商品又は役務に使用し、当該商品又は役務が登録商標所有者と何らかの関係があることを暗示し、かつ同時に登録商標所有者の利益を害する可能性がある場合、使用してはならず、登録を受けてはならない。

⁴ 日本の商標法4条1項10号、19号及び8号を参照。

⁵ 日本の商標法46条、47条及び50条、51条、52条、53条、54条及び55条を参照。

⁶ 事実上、日本の商標法の登録の拒絶と登録の取消に関する規定は、関連商標の使用を禁止する意味も含まれる。

⁷ Frank Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harvard Law Review 813 (1927).

⁸ See First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, article 4(3).

馳名商標の希釈化防止の保護について、中日両国は商標法と関連規定の中で規定している。例えば、中国は2001年に商標法を改正し、13条2項で「同一ではない、又は類似しない商品について登録出願をした商標は、他人が既に中国で登録された馳名商標を複製、模倣又は翻訳した商標であり、公衆に誤認を惹起させ、馳名商標登録者の利益が害される可能性がある場合、登録を拒絶し使用を禁止する」と規定した⁹。また、最高人民法院は2002年10月に「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」を発表し、1条2項に次のとおり規定している。「他人の登録された馳名商標又はその主要部分を複製、模倣又は翻訳し、非同一や非類似の商品について商標として使用し、公衆に誤認を惹起させ、馳名商標登録者の利益が害されるおそれがある場合」は、他人の登録商標に損害を引き起こす行為であり、差止るものとする。

また、日本は1996年に商標法を改正し、4条1項19号において、「他人の商品又は役務に使用され日本国内又は外国において広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的をもつて使用をするもの(前各号に掲げるものを除く。)は、商標登録を受けることができない」と規定している。この中の「不正の目的」には、不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的、その他の不正の目的をいう。その中の「広く認識されている商標」とは、他人の業務に係る商品又は役務を表示する馳名商標及びそれと同一又は類似の商標をいい、日本国内に広く認識されているか、外国に広く認識されているかを問わない。日本特許庁が編纂した商標法逐条解説によると、19号を制定する目的は、10号と15号を基に、広く認識されている商標に対してより広範な保護(希釈化防止の保護を含む)を与えるためである。具体的にいえば、他人に広く認識されている商標に損害を加える場合には、いかなる商品又は役務においても他人の商標と同一又は類似の商標を登録し、ひいては他人の商標が商品又は役務を表示する機能を損なったり、他人の商標が持つ評判を貶めたりすることを含む。また、関連登録が異なる商品や役務においてなされ、消費者の混同を生じさせなくても、法律において禁止される行為に属する¹⁰とされている。

TRIPS協定16条3項に規定されている希釈化防止の保護は、登録商標にのみ適用されることに注目すべきである。これに対応して、中国の商標法と最高人民法院の「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」も、登録済みの馳名商標に対し希釈化防止の保護を与えている。ただし、日本の商標法4条1項19号は、登録された馳名商標だけでなく、未登録の馳名商標に対しても希釈化防止の保護を与えている。少なくとも19号の規定では、広く認識されている商標を、既に登録された商標として限定していない。この点で、日本の不正競争防止法2条1項2号は、企業名にも希釈化防止の保護を与えている。規定によれば、自己の商品の商標として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し、又は他人の著名な商品等の表示と同一若しくは類似の商標を使用した商品を譲渡し、引き渡し、展示、輸出若しくは輸入のために提供する行為は、不正競争行為に属する。そのうちの商品等の表示は意味が広く、商標も含み、商号も含む¹¹。

以上のように、中日両国の商標法は、どちらもパリ条約の混同防止の規定に基づき、未登録の馳名商標に対して登録の拒絶、登録の取消し、使用の禁止を含む保護を与えている。しかしながら、TRIPS協

⁹ 中国は2013年に商標法を改正し、元の13条2項を13条3項に調整したが、具体的な規定は変更されていない。

¹⁰ Industrial Property Laws, section by section summary, 16th edition edited by JPO, Part of Trademark Law, 2001 (IIP translation 2004).

¹¹ 日本の不正競争防止法2条1項2号を参照。また、同2条1項1号によると、当該法律でいう「商品等の表示」は人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。

定の馳名商標の希釈化防止の保護に関しては、中国は登録された馳名商標にのみ希釈化防止の保護を与えており、日本は登録された馳名商標に希釈化防止の保護を提供するだけでなく、未登録商標と商号にも希釈化防止の保護を与えている。

2. 日本の外国馳名商標への保護

知的財産権は、属地主義の性質を有する権利である。特許権、著作権、又は商標権と不正競争を差止める権利、いずれの権利も、保護を受ける条件は地域的な国家によって決定される。また、権利侵害が発生した場合、権利者は主権国家の司法機関に提訴し、必要な法的救済を求めるしかない。例えば、被告に権利侵害の差止と必要な損害賠償の支払いを命じる。この意味において、同じ技術発明、意匠、著作物、商標は、異なる国で保護されるが、権利者が異なる国で享有する権利は、互いに独立している。実際、パリ条約やベルン条約にせよ、TRIPS協定などの知的財産権に関する国際条約にせよ、知的財産権の地域性と相互に独立性が基本的な原則とされている。

パリ条約とTRIPS協定の規定と一致して、馳名商標の保護は、未登録の馳名商標に関する混同防止の保護も、登録商標に関する希釈化防止の保護も、同様に際立った地域的な特徴を有する。例えば、パリ条約6条の商標保護に関するタイトルは、「商標の登録の条件、各國の商標保護の独立」である。同規定によれば、商標の登録出願及び登録の条件は、各同盟国において国内法令で定める。いずれかの同盟国において正規に登録された商標は、他の同盟国において登録された商標から独立したものとする¹²。これを基に、6条の2には、未登録の馳名商標に対する保護を規定している。具体的には、同盟国は、1の商標が、他の1の商標でこの条約の利益を受ける者の商標としてかつ同一若しくは類似の商品について使用されているものとしてその同盟国において広く認識されているとその権限のある当局が認めるものの複製である場合又は当該他の1の商標と混同を生じさせやすい模倣若しくは翻訳である場合には、その同盟国の法令が許すときは職権をもつて、又は利害関係人の請求により、当該1の商標の登録を拒絶し又は取消し、及びその使用を禁止する。1の商標の要部が、そのような広く認識されている他の1の商標の複製である場合又は当該他の1の商標と混同を生じさせやすい模倣若しくは翻訳である場合も、同様とする。注目すべきことは、ここでいう馳名商標の認定機関と、登録を拒絶、登録を取消し、使用を禁止する機関は、いずれも加盟国の主管機関である¹³。

TRIPS協定2条の規定により、世界貿易機関の全体の加盟国は、パリ条約1条から12条までと19条の規定を遵守しなければならない。これは、TRIPS協定が既に馳名商標の保護に関する規定を自分の範囲に組み入れたことを示す。その上に、16条2項には、ある商標が馳名商標であるかないかを決定するにあたり、関連する公衆の有する当該商標についての知識（商標の普及の結果として獲得された当該加盟国における知識を含む。）を考慮する。TRIPS協定の上記規定に基づいて、パリ条約の関連規定を加えて、ある商標が馳名かどうかは、いずれも地域的な国家の主管機関により、該商標が本加盟国の地域内での認知度に基づいて認定される。同様に、商標保護の地域性の原則により、ある加盟国において商標が馳名であるかどうかは、該商標が他の加盟国において馳名かどうかに關係ない。

歴史的な発展の観点では、日本の商標の保護（未登録の馳名商標の保護を含む）は、地域性の原則に

¹² パリ条約6条参照。

¹³ パリ条約6条の2参照。

基づいて与えられている。これは、世界の大多数の国と同じやり方である。しかし、1996年に日本は商標法を改正し、TRIPS協定の希釈化防止の保護に関する規定を設け、また同時に外国の馳名商標への保護を与える規定を設けた。このように、日本における馳名商標の保護は、日本国内での馳名に限らず、外国における馳名も含む。この点は、日本の商標法4条1項19号で、「他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的をもつて使用をするものは登録を受けることができない」と規定していることから明らかである。そのうち不正の目的には、不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的、その他の不正の目的を含む¹⁴。注意すべき点は、この規定は日本国内の馳名商標に関するものだけでなく、外国の馳名商標にも係り、馳名商標について混同防止の保護に関するだけでなく、馳名商標の希釈化防止の保護にも係る。外国だけで馳名である（日本では馳名でない）商標に対しても、日本の商標法は混同防止の保護を与えるだけでなく、希釈化防止の保護も与えていることが明らかである。この規定は日本の不正競争防止法2条1項2号の未登録の馳名商標に関する希釈化防止の保護と一致する¹⁵。

1996年に日本が商標法4条1項19号を設けて以来、これを根拠に、外国の馳名商標に対して保護を与えた典型的なケースがある。例えば、2003年の「Manhattan Portage」の事件¹⁶において、出願人は米国の法人で、1983年4月から手提げ鞄などの製品を対象に、ビル群の図形と「Manhattan Portage」の文字からなる商標を使用してきた。1997年には該商標は米国特許商標局の登録を受け、国際分類表第18類の鞄と旅行バッグ製品に使用、及び国際分類表第22類のハンドバッグ製品に使用を指定した。商標の実際の使用では、ビル群の地色は赤色や緑色である。米国で、出願人は大量の鞄類の商品を販売するだけでなく、広範に広告宣伝していた。これにより、ビル群の図形と「Manhattan Portage」の文字からなる商標は、米国で広く認識されている商標となった。本件の被申立人は、日本のバッグ類製品の製造・販売する会社であり、その従業員は米国で業務に従事する際に出願者の商標を知っていた。事件内容によると、日本企業の従業員は、米国会社と製品代理の件を相談したことがあるが、明確な結論に達しなかった。1988年10月に、日本企業は米国会社の同意を得ず、日本特許庁に2件の類似商標を出願した。1件はビル群の図形と「Manhattan Portage」の文字からなり、もう1件はビル群の図形からなり、文字はない。2件の商標は、どちらもバッグ類の製品に使用を指定し、1991年に登録が許可された。違いは、日本企業のビル群の地色が白いということである。

2001年に、米国企業は日本の商標法4条1項19号（外国馳名商標に関する規定）と46条1項（商標登録無効審判に関する規定）に基づき、日本特許庁に商標の取消審判を提起し、日本企業が無許諾で米国で広く認識されている商標を登録したと主張した。特許庁審判部は、審理を経て、被申立人は係争商標を登録した行為が、商標法4条1項19号の規定に反したと認定し、被申立人の商標登録を取消す決定を下した。日本企業は不服とし、東京高等裁判所に提訴した。東京高等裁判所は、申立人の米国会社のビル群の図形と「Manhattan Portage」の文字からなる商標は、米国で広く認識されている商標に該当すると認定した。被申立人の日本企業は許諾を得ることなく、日本において無断で類似商標の登録出願をした。また、被申立人の日本企業の商標は、申立人の米国企業の商標と比べ、図形が類似し、発音が類似し、消費者に混同を惹起させやすい。東京高等裁判所はまた、被申立人が米国企業と日本での代理

¹⁴ 日本商標法4条1項19号参照。

¹⁵ 日本不正競争防止法2条1項2号参照。

¹⁶ 東京高等裁判所「Manhattan Portage」事件、平成15・11・20平成14年（行ケ）第514号、第515号、審決取消請求事件。

を交渉したことを主張したが、双方が合意に達した明確な証拠がないと認定した。この場合、被申立人は許諾を得ずに日本で酷似した商標の登録出願をし、当該酷似した商標を付したバッグ類製品の販売には不正の目的がある。最後に、東京高等裁判所は判決を下し、特許庁の登録取消しの審決を維持した。注目すべきことは、「Manhattan Portage」事件で、日本企業が1988年に係争商標の登録出願をし、1991年に登録が許可されたが、米国企業は2001年になってから登録取消しを申請したことである。十数年の間に、日本企業は明らかに係争商標に対しある程度の投資をした。しかし、特許庁審判部も東京高等裁判所もこれについてはコメントしていない。被申立人が係争商標の登録出願をした際に、商標法4条1項19号の規定に反し、不正の目的を持っている限り、米国企業の取消し審判の提起が10年後でも、最終的な結果に影響を与えないことが分かる。

日本において、商標登録部門と裁判所は、商標法4条1項19号により外国の馳名商標に対し登録の拒絶、登録の取消しの保護を与えるほか、商標法4条1項のその他の規定により、外国商標に対する保護を与えることができる。例えば1999年の「DUCERAM」事件¹⁷において、申立人はドイツの企業で、人工歯の材料を開発・製造し、「DUCERAM」商号と商標を保有した。1985年12月、ドイツ企業はドイツ特許商標局に「DUCERAM」商標の登録出願をし、1986年9月に登録が許可された。このほか、ドイツ企業は複数の国に「DUCERAM」商標の登録出願をした。本件の被申立人は日本企業で、歯科の材料を市場で提供していた。1986年2月に日本企業はドイツに人を派遣し、その人工歯の材料の日本での代理についてドイツ企業と相談した。ただし、日本企業の担当者が帰国後、同社は1986年3月に特許庁に「DUCERAM」及びそのカタカナの商標の登録出願を行い、1989年7月に登録が許可された。1987年4月になって、ドイツ企業は日本特許庁に「DUCERAM」商標の登録出願をしたが、特許庁は1989年6月に拒絶通知を出した。被申立人の日本企業は既に類似商標の登録出願をしたからである。1994年2月に、ドイツ企業は日本企業の「DUCERAM」及びそのカタカナの商標の登録を取消すよう特許庁に申し立てた。1998年4月、特許庁は被申立人が商標法4条1項7号に違反したとして、日本会社の商標を取消した¹⁸。具体的に、被申立人は許諾を得ることなく他人の商標に類似の商標を抜け駆け登録し、国際信義に違反し、公共秩序を害し、商標法4条1項7号の規定に反した。商標法46条1項に基づき、被申立人の商標登録を取消すべきである。被申立人は特許庁の決定を不服とし、東京高等裁判所に提訴した。東京高等裁判所は審理を経て、特許庁の登録取消しの審決を維持した。

この事件で、日本企業が「DUCERAM」とそのカタカナの商標の登録出願をした時、申立人の「DUCERAM」商標はまだドイツで広く認識されているほどではなかった。具体的には、ドイツ企業が開発したばかりで、人工歯材料「DUCERAM」のドイツでの販売量はとても少なかった。また、「DUCERAM」に関する名称も関連科学技術文献に記載されていなかった。1986年3月に、日本企業が係争商標の登録出願をした時、「DUCERAM」商標は日本でもドイツでも広く認識されている商標ではないことが明らかである。この意味で、ドイツ企業はパリ条約6条の2と日本の商標法4条1項10号の未登録の馳名商標の保護に関する規定¹⁹や日本の商標法4条1項19項の外国の馳名商標の保護に関する規定に基づいて、日本企業の商標登録の取消しを主張できない。それがゆえに、申立人は商標法4条1項7号の規定により、登録商標は

¹⁷ 東京高等裁判所「DUCERAM」事件、平成11・12・22判時1710号147頁。

¹⁸ 日本商標法4条1項7号の規定は、以下のとおりである。「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」は、商標登録を受けることができない。

¹⁹ 日本の商標法4条1項10号の規定は、以下のとおりである。「他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標又はこれに類似する商標であつて、その商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの」商標登録を受けることができない。

「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」に該当し、日本企業の不正の登録を取消すよう要求した。特許庁の審判部と東京高等裁判所は、10号と19号の規定を考慮せず、7号の規定に基づいて日本企業が国際信義に違反し、商標登録の公の秩序を害すると判断した。これは、外国商標の所有者は、未登録の馳名商標の保護に関する規定によらなくても、他人の不正の登録を取消す目的を達成できることを示している。

この事件では、日本企業がドイツ企業を代理して日本で関連の人工歯材料を販売した。そして許可なく「DUCERAM」及びそのカタカナの商標を登録した。このため、申立者のドイツ企業はさらに、商標法53条の2の規定により、日本企業の商標登録が取り消すべきと主張した。具体的には、商標法の53条の2には、代理人若しくは代表者は、被代理人若しくは被代表者の商標又はこれに類似する商標を、自分の商標として登録してはならないと規定している。この規定はパリ条約6条の7に由来し、世界貿易機関の加盟国と商標法条約の加盟国に適用される。また、商標法53条の3により、代理人又は代表者が関連商標を登録した場合、利害関係者は5年以内に取り消し審判を請求できる。しかし、商標権の設定の登録の日から5年を経過した後は、取消し審判を請求できない²⁰。この事件について、日本企業は1989年7月に「DUCERAM」及びそのカタカナの商標登録を許可されたが、ドイツ企業は1994年2月に取消し審判を請求し、5年の期限を超えていない。しかし、特許庁審判部も東京高等裁判所も、商標法53条の2の規定には潜在的なリスクがあり、正常な商標登録秩序の維持には不利であると認めている。例えば、商標登録が5年を経過した場合、被代理人又は被代表者は登録の取消しを請求できない。又は、法定期限内に関連する商標登録が取り消されても、その効力は未来に適用され、過去には適用されない。以上の理由により、特許庁審判部も東京高等裁判所も、商標法4条1項7号に基づき判断を下し、日本企業は許諾なく「DUCERAM」及びそのカタカナ商標の登録出願をした行為は、国際信義に違反し、公の秩序を害し、最初から不法状態にある。明らかに、商標法4条1項7号に基づいて判決を下すことは、商標登録と商標使用の秩序の維持に更に有利である。

注目すべきことは、この事件の審理の過程で、被申立人の日本企業はあくまでドイツ企業の人工歯材料を代理する時、ドイツ企業の製品及びその商標の「DUCERAM」は市場に進出したばかりで、知名度はあまりなかったと強調した。対応する広告宣伝を含め、自社の代理活動を通じてこそ、「DUCERAM」商標及びその表示された製品が日本で知名度を得られるようになった。これに応じて、日本企業が投入した多額の広告宣伝費は、保護されるべきである。しかし、特許庁審判部も東京高等裁判所もこれについて言及がなかった。明らかに、商標法4条1項7号の規定から見れば、日本企業が最初の商標の登録出願をした時に国際信義に反し、商標登録秩序を害した場合、違法な前提での投資は保護されるべきではない。

3. 外国の馳名商標に対する中国の態度

中国は馳名商標に対し、未登録の馳名商標に対する混同防止の保護であろうと、登録商標に対する希釈化防止の保護であろうと、パリ条約とTRIPS協定の地域的原則を遵守する。前述のとおり、中国の商標法13条1項には「他人が中国に登録していない馳名商標」に対して、混同防止の保護を提供することを規定している。13条2項には「他人が既に中国で登録した馳名商標」に対して、希釈化防止の保護を与えることを規定している。中国には日本の商標法に比べ、4条1項19号の外国だけで馳名な商標に対

²⁰ 日本の商標法52条の2、52条の3を参照。

第3章 外国著名商標の保護の在り方に関する研究

して、混同防止と希釈化防止の保護を与える規定に類似する規定がない。中国には日本の不正競争防止法2条1項2号に比べ、未登録の商標と商号に対する希釈化防止の保護も提供していない。

馳名商標の保護に関し、中国の商標法は14条に馳名商標を認定する際に考慮すべき要素を規定している。(1)関連公衆の当該商標に対する認知度。(2)当該商標の持続的な使用期間。(3)当該商標のあらゆる宣伝業務の持続期間、程度及び地理的範囲。(4)当該商標の馳名商標としての保護記録。(5)当該商標が馳名なその他の要因。明らかに、上記規定はTRIPS協定16条2項の規定によるもので、即ち加盟国は、ある商標が馳名商標かどうかを決定する際、関連公衆の有する当該商標の認知度(商標の普及の結果として獲得された当該加盟国での認知度を含む)を考慮する。

パリ条約は、商標保護の地域的原則を定め、TRIPS協定も地域的な観点から馳名商標の認定の要素も定めるが、「馳名」や「公衆に認識されている」(well known)に関する理解は、依然として広い解釈空間を有する。具体的には、「公衆に認識されている」という理念に基づいて、関連する商標は関連公衆の間で広く認識されれば良い。この広い認識は、商標の所有者が関連する加盟国での経営活動に関連する必要はない。また、関連公衆はある商標について多種多様なルートを介して認識でき、例えば、広告宣伝、海外旅行、インターネットなどである。また、この「認識」は、関連商品の販売だけを通じて認識する必要はない。

一般的には、19世紀と20世紀初頭の市場経済の条件下で、ある商標が関連社会公衆に認識されるルートは、主に商品の販売とそれに関連する新聞雑誌の広告宣伝とを介してであった。しかし、放送、テレビ、インターネットなどの新しいマスメディアの出現につれ、鉄道、道路、航空輸送の急激な発展及び大規模な人員の流動に伴い、社会公衆のある商標に対する認識は、ある加盟国における商品の販売及びそれに関連する新聞雑誌の広告宣伝に限られなくなった。事実、TRIPS協定16条2項に規定される「関連公衆の当該商標に対する知識」は、明らかに「当該加盟国における商標の普及の結果として関連する公衆の知識」に限定されていない²¹。この点で、中国の商標法14条に規定される馳名商標の認定要素は、商品の販売とそれに関連する新聞雑誌の広告宣伝に限らず、もっと広範な「この商標が馳名であることのその他の要因」までも含む²²。

しかし、中国の現在の商標登録の実務と司法実務では、商標が馳名かどうか、公衆に広く認識されているかどうかの認識は、未だに19世紀から20世紀初頭のレベルにとどまっているようである。例えば、未登録の馳名商標の保護では、外国の商標に関する場合、商標の所有者が中国で一定の生産経営活動に従事した後、或いは中国で関連製品を提供した後に限って、当該製品を表示する商標を馳名商標として認定される可能性がある。ある商標が海外でのみ馳名であるが、関連する商標が製品とともに中国市場に進出していないと、馳名商標として認定できない。極端な場合には、中国企業や個人が国外で馳名である商標を登録することさえ許される。二つの典型的なケースを見てみよう。

まず2012年の「栄華月餅」事件を見よう²³。原告は香港の栄華公司で、1950年に設立され、1966年以降「白蓮蓉月餅」を製造販売し、「栄華」商標を使用し、独特の「花好月圓」の商品包装を設計した。関連する証拠によると、原告は自分の「白蓮蓉月餅」と「栄華」商標、「花好月圓」の包装を、香港、マ

²¹ TRIPS協定16条2項の規定は、以下のとおりである。「ある商標が馳名商標であるかしないかを決定するにあたって、関連する公衆の有する当該商標についての知識(商標の普及の結果として獲得された当該加盟国における知識を含む)を考慮する」。このような規定によって、ある加盟国における商標の普及の結果として関連する公衆が当該商標を認識することは、もっと広い「公衆の有する当該商標についての知識」に含まれる。あるいは、ただその一つの方法である。

²² 前文に引用された中国商標法14条参照。

²³ 最高人民法院「栄華餅家公司對蘇國榮」2012年民提字第38号、2012年8月28日。

カオ、台湾、イギリス、オランダ、シンガポール、米国などのメディアで広く宣伝し、上記の国や地域で大量に販売していた。中国大陸では1978年から改革開放政策が実施され、広東省と香港地区の人の往来は次第に頻繁になり、少量の「栄華」ブランドの月餅が大陸地区に流れ込んだ。しかし、栄華公司は正式なルートで大陸地区に自分の月餅を輸出せず、工場を設立し「栄華」ブランドの月餅を生産してはいなかった。2001年に、原告は国家工商行政管理総局商標局に「花好月円」の図形商標の登録出願をしたが、「栄華」の文字商標の登録出願をした時に拒絶査定された。菓子、月餅などの商品について「栄華」商標が既に他人に登録されたからである。

この事件の被告蘇国栄は、広東省東莞市の個人商工業者で、1983年からパン、菓子（月餅も含まれている）の加工、販売業務を始めた。被告は開業以来、企業商号「栄華」を使用し、製造・販売する月餅に「栄華」の名称を使用した。被告の企業名は、最初は「栄華餅食店」で、1996年に「栄華パン工場」に変更され、2004年に「栄華食品工場」に変更された。また、第三者、山東省沂水県の永楽菓子工場は、1990年11月に「栄華」商標（第533357号）の登録が許可され、国際分類表第30類の「キャンデー、菓子」に使用した。第三者が1990年に「栄華商標」を登録した理由は具体的には不明である。1997年に、被告蘇国栄の栄華パン工場は、第三者の「栄華」登録商標を譲り受けた。1998年4月、栄華パン工場は「栄華」の二文字を国家工商行政管理総局商標局に登録出願し、指定商品は国際分類表の第30類のコーヒー、キャンデー、菓子であり、そのうち月餅が含まれた。商標局が公告した後、香港栄華公司は異議を申し立てた。その後、商標局、商標評審委員会、北京市第一中級人民法院、北京市高級人民法院はいずれも決定又は判決を下し、香港栄華公司の異議は成立せず、蘇国栄の栄華パン工場（食品工場）は「栄華」商標の登録を受けうると認定した。理由の一つは、香港栄華公司が1997年以後に中国大陸に進出し、「白蓮蓉月餅」の制作と販売活動に従事し、蘇国栄が商標登録出願をした当時（1998年4月）、まだ公衆に認識されている商標（又は未登録の馳名商標）に該当しなかった²⁴。さらに、当時の商標法により、商標登録は先願の原則に従う。

この事件で、香港栄華公司は2006年10月に広東省東莞市中級人民法院に訴訟を提起し、今明公司、世博公司が許諾を得ることなく生産、販売した月餅商品は、自社の「花好月円」シリーズの登録商標、「栄華」未登録の馳名商標及び「栄華月餅」周知商品に特有の名称権益を侵害したと主張し、被告に侵害の差止、100万元の損害賠償、マスコミでの謝罪を要求した。被告会社は、自ら月餅に使用した登録商標「栄華」は、蘇国栄から許諾を受け、原告の「花好月円」のシリーズ登録商標を侵害していないと主張した。被告の許諾の取得に関する証拠が不明なため、法院は被告が権利侵害になると判定し、香港公司の「栄華」は未登録の馳名商標と認定した。本件の二審では、蘇国栄を被告に追加したが、蘇国仁はその製造・販売した月餅に「栄華」の登録商標を使用し、原告の有名な商品の固有名称「栄華月餅」を侵害していないと認定した。一審裁判所は、原告の「栄華」月餅が未登録の馳名商標と認定したが、二審は「有名な商品の固有名称」に変更したことは注目に値する。これは、当時の中国反不正当競争法5条の規定と一致する²⁵。

²⁴ 中国は2001年10月に商標法を改正し、始めて13条において未登録の馳名商標の混同防止の保護と登録商標の希釈化防止の保護を規定した。

²⁵ 1993年中国の反不正当競争法5条2項の規定、「無断で周知商品特有の名称、包装もしくは装飾を使用したり、周知商品と類似する名称、包装もしくは装飾を使用したりして、他人の周知商品との混同をもたらし、購入者に当該周知商品であると誤認させる」行為は、反不正当競争行為に該当する。2017年に改正された反不正競争法6条の規定、「経営者は、次の各号に掲げる混同行為を行い、他社の商品か、他人と特定の関係があるものと誤認させてはならない。

(1) 無断で一定の影響力を持つ他人の商品の名称、包装もしくは装飾等、同一又は近似のラベルを使用する。…」

最高人民法院はこの事件を再審理し、2012年8月に最終審の判決を下した。最高人民法院は、以下のとおり認定した。第三者の永楽菓子工場は、1990年11月に「栄華」商標の登録が許可され、1997年12月に蘇國榮及びそのパン工場に譲渡し、その後更新し有効に維持している。また、被告の今明公司、世博公司は蘇國榮の許諾を得て月餅に使用した。これに対応し、蘇國榮も今明公司も世博公司も、原告の「知名商品に特有の名称」を侵害していない。

「栄華月餅」事件の判決、特に最高人民法院の判決によれば、被告の蘇國榮及びその食品工場は「栄華」の登録商標権を保有している。その理由は、蘇國榮の「栄華」商標が1990年に既に登録されたからである。香港栄華公司の「栄華」商標は、当時既に香港・マカオ地区で馳名か、他の国で馳名かにかかわらず、「栄華」商標の登録の合法性に影響を及ぼさない。同様に、蘇國榮のパン工場及びそのライセンシーが経営活動に香港栄華公司の信用（「栄華」商標の信用も含む）を利用したかどうか、裁判所は考慮していない。

次に、2019年11月北京市高級人民法院が判決した「無印良品」事件を見てみよう²⁶。本件の被告は、株式会社良品計画と無印良品上海公司である。良品計画は日本企業であり、各種のタオルと寝具を生産・販売し、日本と東南アジア地区で高い知名度がある。良品計画は、更に日本、米国、中国の台湾、香港で「良品計画」商標の登録出願をした。2000年4月6日、海南南華貿易実業公司という中国企業は、国際分類表第24類（織物、シーツ、テーブルクロスなど）について、国家工商行政管理総局商標局に「无印良品」商標の登録出願をした。2001年4月「无印良品」商標の登録が許可され、国際分類表第24類の「綿織物、タオル、バスタオル、枕カバー、バスマット、シーツ、枕カバー、布団、布団カバー、カバー、座布団カバー」などの商品への使用が許可された。南華貿易公司が商品登録を出願する過程で、日本の良品計画は異議を申し立てたが、商標局、商標評審委員会、北京市第一中級人民法院、北京市高級人民法院、さらには最高人民法院もこれを否定した。例えば、2012年6月に最高人民法院が最終判決を下し、良品計画が提供した証拠は、2000年4月6日までに日本企業の無印良品の商標が日本、中国香港などで宣伝使用された状況及びこれらの地域での知名度しか証明できず、その「無印良品」商標が中国大陸で実際に第24類のタオルなどの商品に使用され、一定の影響力があるとの事実を証明できない²⁷。南華貿易公司が「无印良品」商標の登録出願をした事件では、国家工商行政管理総局商標局、商標評審委員会、又は北京市第一中級人民法院、北京市高級人民法院と最高人民法院のいずれも、良品計画が織物に使用する「良品計画」商標は、2000年4月6日までに日本、中国香港地区で知名度があることを認めたが、中国大陸で実際に使用されたことがないため、商標法が要求する中国大陸地域での影響力はないと認定した。この場合、商標登録の先願の原則により、当然に南華貿易公司の登録が許可され、商業活動で使用される。

2019年の「無印良品」事件で、原告は北京棉田公司とその傘下の北京无印良品公司である。「无印良品」の商標登録と日本の良品計画が登録無効を求める過程で、南華貿易公司は2004年7月に商標局の許可を経て、「无印良品」の登録商標を北京綿田公司に譲渡した。2011年には、北京綿田公司が出資して北京无印良品公司を設立し、「无印良品」の登録商標の使用を許可した。本件に至るまで、北京綿田公司の「无印良品」の登録商標が有効期間にあり、北京无印良品公司が取得した使用許可も有効期間にある。事件の具体的な事実では、被告の日本の良品計画は2005年8月、中国に無印良品上海公司を設立

²⁶ 北京市高級人民裁判所「無印良品」事件、(2018)京民終172号、2019年11月4日。

²⁷ 最高人民法院「無印良品」商標行政事件、(2012)行提字第2号行政判決、2012年6月29日。

し、生活雑貨などの商品を主に扱っている。この間、無印良品上海公司は必然的に日本語の「無印良品」商標を使用し、タオル、毛布、布団などの商品を販売する。

そこで、原告は2015年に北京知識産権法院に訴訟を起こし、日本の良品計画と無印良品計画上海公司が自分の登録商標専用権を侵害し、そして主観的に悪意があり、権利侵害を停止し、損失を賠償する責任を負うべきと主張した。被告は、自身で作成した日本語の「無印良品」商標を使用し、消費者の混同を生じさせないと抗弁したが、北京知識産権法院は2017年12月に判決を下して、日本良品計画と無印良品上海公司が権利侵害になると認定した。法院は、判決で更に次のように指摘した。被告が自社の製品に「無印良品」、「MUJI 無印良品」、「無印良品 MUJI」などの標章を使用したが、原告の登録商標「无印良品」と比べ、違いは「无」と「無」であり、「MUJI」の有無だけである。これに対応して、2件の商標は同一又は類似の商標を構成し、両者は同時に毛布、ベッドカバーなどの同一種類又は類似の商品に使用され、関連する公衆に商品の出所に対して誤認を生じさせやすい。法院は更に、被告の良品計画は第20、21、27種類の商品に「無印良品」の登録商標を保有するが、上記商標の使用指定の商品はいずれもイ号製品に関するものではなく、合理的な抗弁事由にならないと指摘した²⁸。被告は一审の判決を不服とし、北京市高級人民法院に控訴したが、控訴法院は2019年11月4日に最終審の判決を下し、一审法院の判決を維持した。

「無印良品」の事件で、2000年4月南華貿易公司が「无印良品」商標の登録出願をした際に、本件の最終審の判決は既に事前設定された。中国の商標法に基づく商標登録の先願主義の原則により、日本の良品計画ではなく、南華貿易公司が最初に「无印良品」の商標の登録出願をした。また、中国の馳名商標に対する認定基準に基づき、南華貿易公司が「无印良品」商標の登録出願をした時、良品計画の「無印良品」商標は中国大陸でまだ「馳名」の程度に達していない。しかし、2000年4月に南華貿易公司が「无印良品」商標の登録出願をしてから、2019年11月北京市高級人民法院は良品計画が北京棉田公司的登録商標を侵害したという判決を下すまで、偽物は本物に変わって、「模倣無印良品」は「正規版無印良品」に変わった。その理由を深く反省すべきである。これは少なくとも、未登録の馳名商標の認定と関連する商標登録には、解決すべき問題が存在することを示している。

4. 外国馳名商標の保護：立法論と解釈論

商標は商品や役務に使用される表示であり、商品や役務の出所を示す役割を果たす。初期の市場経済の条件では、商標は商品に使用すれば必要な法的保護を受けられる。例えば、イギリスは早期に詐欺禁止と偽造禁止の形で商標を保護し、フランスもかつて権利侵害の責任を追及する（tort）形で、使用された商標を保護した。国内市場経済の一体化に伴い、異なる業者が同一又は類似の商標を使用する可能性が出てくる。これに対応して、商標登録制度が生まれた。登録公示の方式によって同一又は類似の商標の衝突を防止し、市場主体が商標を採用するリスクを低減するだけでなく、消費者の利益を保護できる。

商標登録と商標保護は際立った地域性を有する。登録出願を受理、審査し登録許可する機構は、必然的にある主権国家又は独立関税区の管轄機関である。同様に、被告が他人の登録商標を侵害し、かつ一定の法的救済を与えたかどうかを認定するのも、当然ながら、ある主権国家又は独立関税区の司法機関

²⁸ 北京知識産権法院「無印良品」事件、(2015)京知民初字第764号、2017年12月25日。

である。事実上、商標登録と登録商標の保護は、際立った地域性を有するだけでなく、未登録商標の認定と保護も同様に際立った地域性を有する。これに対応して、異なる国や独立関税区は、ある商標が馳名かどうかの認定基準や馳名商標の保護の方式に、あれこれと違いがある。

未登録の馳名商標に対する保護で、日本は未登録の馳名商標を二つの種類に分けている。即ち日本国内で馳名な未登録商標と外国で馳名な未登録商標である。日本の商標法4条1項19号には、他人が商品又は役務に使用する商標は、日本国内や外国で広く認識されている商標に属する場合、不正の目的でこれと同一又は類似の商標の登録出願をしてはならないと規定している。また、この規定は混同防止の保護に適用するだけでなく、希釈化防止の保護にも適用する。日本商標法4条1項19号は1996年に制定され、その後、裁判所はこの規定に基づいて、「Manhattan Portage」などの事件で、外国だけで馳名な未登録商標に対して保護を与えた。

一般的に、日本は立法論の観点から外国の馳名商標の保護を規定している。しかし、筆者が把握している資料では、世界の大多数の国は商標法や不正競争防止法に日本のような規定が存在しない。明らかに、これは他の国が外国の未登録の馳名商標に対して保護を与えない意味ではない。なぜなら、他の国は「馳名」の方式や「well known」の意味の解釈を通じて、外国の未登録の馳名商標に対して保護を提供できるからである。例えば、パリ条約の6条の2には、未登録の馳名商標に対する保護を規定し、特定の加盟国で関連する商標が馳名（to be well known in that country）であることは要求されるが、関連する商標が表示された商品が既に当該加盟国に進出したことや商標権者が当該加盟国で一定の商業活動に従事したことは要求されていない。また、TRIPS協定16条2項に、加盟国は、ある商標が馳名かどうか確認する際に、関連公衆の有する当該商標の認知度（商標の宣伝の結果として獲得された当該加盟国における認知度を含む）を考慮すると規定している。この規定によれば、関連する商標の表示される商品や役務が既に当該加盟国に進出したことは同様に要求されず、関連公衆の有する当該商標の認知度は考慮すべきである²⁹。

この点については、中国の商標法14条に規定されている商標が馳名かどうかを認定するための5つの要素も、外国だけで馳名な未登録商標を含むと解釈できる。例えば、第1の要素「関連公衆の当該商標に対する認知度」、第3の要素「当該商標のあらゆる宣伝業務の持続期間、程度及び地理的範囲」、第4の要素「当該商標の馳名商標としての保護記録」は、いずれも馳名の要素を関連する商標が具体的な商品又は役務に使用されることに限定していない。第2の「当該商標の持続的な使用期間」でも、「使用」の場所を中国大陸に範囲を明確に限定していない。第5の「当該商標が馳名なその他の要因」では、明らかに商標登録部門と法院が外国の未登録の馳名商標を保護するために広く解釈する余地を与えている³⁰。

一般的には、より広い視野で未登録商標の「馳名」を理解すれば、香港で生産された「榮華」月餅は既に旅行者によって中国大陸に持ち込まれ、既に一部の人に認識されている時、該商標は既に中国大陸で馳名になり、保護されるべき評判やビジネス価値を有すると認定できる。これに対応して、他人が許諾を得ることなく「榮華」の商標を登録し使用する場合は、悪意のある登録を理由として、登録を拒絶し、登録を取消し、使用を禁止しなければならない。また、日本で生産・販売されている無印良品の織物は、中国人旅行者を通じて中国大陸に持ち込まれ、中国大陸の関係者に認識されている場合、「無印良品」の商標は中国大陸で既に馳名であると認定すべきで、他人は抜け駆け登録や使用してはならない。

²⁹ パリ条約6条の2、TRIPS協定16条2項参照。

³⁰ 中国の商標法14条参照。

実際には、パリ条約 6 条の 2、TRIPS 協定 16 条 2 項と中国の商標法 14 条に基づいて、商標の「馳名」を広く解釈する以外に、中国商標法の一部の条文を解釈論の角度から検討する価値がある。例えば、商標法 7 条 1 項は、「商標の登録出願及び使用は、信義誠実の原則に従わなければならない。」と規定している。また、商標法 44 条 1 項は、「登録された商標が…欺瞞的な手段若しくはその他の不正の手段で登録を得た場合は、商標局は当該登録商標の無効宣告を行う。その他の単位又は個人は、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。」と規定している³¹。外国で馳名になった商標を中国で登録する行為は、明らかに信義誠実の原則に違反すると共に、欺瞞的な手段若しくはその他の不正の手段で登録をした行為に該当する。

中国の商標法では、15 条 2 項を直接引用し、外国の未登録の馳名商標に対して登録防止と登録取消しを提供するだろう。商標法 15 条 1 項では、「権利付与されていない代理人又は代表者が自らの名義により被代理人又は被代表者の商標を登録し、被代理人又は被代表者が異議を申し立てたときは、その登録をせず、かつその使用を禁止する。」と規定した。この規定は、明らかにパリ条約 6 条の 7 の被代理人、被代表者の商標の保護に関する規定に由来する。2013 年に中国の商標法が改正され、これを基に、「同一又は類似の商品について登録出願された商標が、他人により先使用されている未登録商標と同一又は類似し、出願人は、当該他人と前項の規定以外の契約、業務関係又はその他の関係を持っていることにより、当該他人の商標の存在を明らかに知っていて、当該他人が異議を申し立てたときは、その登録を受けることができない。」が追加された³²。この規定に従い、商標登録の出願人は、他人と業務関係又はその他の関係があり、当該他人の商標の存在を明らかに知っている場合、当該他人が異議を申し立てば、その登録を受けることができない。他人の不正の商標登録を阻止し、取り消すという観点から、商標法 15 条 2 項の規定は、外国の未登録の馳名商標を保護する役割を十分果たすことができる。

一般的に言えば、中日両国はある商標が馳名であるかどうかを認定する時、関連する商標を表示した商品や役務が自国に進出したかどうか、これにより関連公衆に認識されたかどうかを、過度に考慮している。このような狭い理解のため、日本は商標法 4 条 1 項 19 号を制定し、未登録の馳名商標を日本国内の馳名商標と外国の馳名商標に分類した。同様に、このような狭い理解から、中国はいまだに馳名商標の認定上の誤りから抜け出しておらず、ひいては外国の馳名商標に必要な登録防止と使用禁止の保護を提供することを断固拒否している。

外国の馳名商標の保護において、日本は立法論をとり、直接商標法に外国の馳名商標に対する保護を規定した。筆者の考え方では、中国は解釈論の観点から、より広い国際的な視野で商標の馳名の要素を考慮することが考えられ、更に国内の馳名商標であろうと、国外の著名商標であろうと、必要な保護が与えられる。

³¹ 中国の商標法 7 条、44 条 1 項参照。

³² 中国の商標法 15 条 1 項、2 項参照。

II. 中国における外国馳名商標に対する保護の研究

中南財經政法大学 知識産権研究センター 曹 新明 教授

1. 問題の提出

ここ数年、中国の外資系企業（日本企業を含む）はよく馳名商標[日本の商標制度における“著名商標”に相当する概念であるが、これと区別される側面があり、原文で“馳名商標”という名称を用いたこともあり、用語の統一化を図るために“馳名商標”という用語に統一する。]を巡り紛争を起している。

例えば、本田技研工業株式会社と江蘇本港投資有限公司との間で登録商標「好達 HAODA」を巡る無効審判不服事件において、商標「HONDA」に対する馳名商標の認定が問題になっていた¹。本田社は糾余曲折を経て、最終的には勝訴を迎えた。また、例えば日本YKK株式会社の商標「YKK」に係る多区分保護の紛争は、商標の異議不服審判、一審、二審と再審までの法定手続を経て前後して10年間（2005-2016）も掛かり、最後に中国最高人民法院で再審された²。同様に、中国の商標「同仁堂」、天津老舗の商標「狗不理」などの馳名商標も、日本で抜駆け登録される困惑に直面したことがあった。日本の抜駆け登録者は、日本で中国の馳名商標を抜駆け登録した後、逆に中国から日本へ進出する企業に法外な金額を吹っかけ、中国企業に一定費用を支払って抜駆け登録された商標を買い戻すよう求めていた。現在、日本で中国の馳名商標を抜駆け登録するような事件は、既に業界内の人々の注目を浴びており、中国企業が日本への投資を図る前に、日本で商標登録・配置を手配し、遅滞なく出願及びそれに関連する事務を推進することにより、商標の抜駆け登録に起因するトラブルを回避し、進出時に遭遇するリスクを最小限に抑え、更に商標を抜駆け登録した者への巨額費用の支払いを回避するよう提案する。

上記のように、日本企業の馳名商標の中国での保護は、多くの問題に直面する一方、中国企業の馳名商標も日本で同様に多くの困難に遭遇していることが分かる。早くも2009年、筆者が中国政府代表団の一員として日本を訪問した際、日本のある有名ブランド企業との座談会で、同社の役員は特に「馳名商標の中国での保護」で幾つかの問題に遭遇し、中国側がこの対応に協力を提供して欲しいと述べていた。

本年度の中日連携研究プロジェクトには、丁度「外国馳名商標の保護」のテーマが入っており、筆者もこの機会を借りて、「中国の外国馳名商標に対する保護」をテーマとして研究を行なった。当該テーマには次に掲げる三つの内容を含める。(1) 外国企業の商標が中国に進出する前に既に馳名商標になっている場合、中国で保護を受けられるか否か。(2) 外国企業の商標が中国に進出する前に既に馳名商標となり、中国に進出後、中国の法律に基づき、馳名商標として認定されるか否か。(3) 外国企業の商標が中国に進出した後で認定された馳名商標は、どんな特殊保護を受けられるか。これら三つの内容が本文で研究する主な内容である。

2. 中国の馳名商標保護の発展経緯

中国の商標制度は1904年から始まり、当時の清の政府工商部門が公布した「登録商標試弁章程」をそ

¹ 北京市高級人民法院判決書(2017)京行終1675号を参照。

² 「曆時十年日本YKK打贏商標戰」、資料の出典 <http://www.nipso.cn/onews.asp?id=34412>、アクセス期日 2019年8月11日日曜日。

のシンボルとしている³。その後、1930年に中国第一部の商標法⁴（中華民国商標法）が公布された。中国での1982年の商標法（現行法）の公布、施行は、中国の現代的な商標制度の誕生を象徴している。しかし、諸原因により、1982年の商標法には馳名商標の保護に関する規定がなく、2001年の商標法の第二改正案に至ってはじめて、正式に馳名商標に対して特別な保護を与える規定を定めた。1982年の商標法の公布からその施行は、2019年の商標法の第4回改正まで、中国の馳名商標の保護はランダムな保護から規範化された保護を経由し、自発的な認定から受動的な認定に至り、単一の認定から多次元化された認定に至り、曖昧な保護から明確な保護に至るまでの発展プロセスを経た。

（1）馳名商標のランダムな保護段階

上述のとおり、1982年8月23日の第五期全国人民代表大会常務委員会の第24回会議で可決された商標法は、中国の現代商標制度の構築の証となっている。しかし、当該法には馳名商標の保護に関する規定がなかった。1985年に中国は「工業所有権の保護に関するパリ条約」（以下「パリ条約」という）に加盟し、当該条約のメンバーになった。パリ条約（1967年ストックホルム文書）6条の2の規定に基づき、中国は同盟国の国民の馳名商標のために、法的保護を与えなければならない⁵。この規定に基づき、1985年に中国の元国家工商行政管理局は、米国（パリ条約の同盟国）のデュポン社の商標「FREON」を馳名商標として保護を与えた⁶。1987年8月、特定の紛争事件で、中国の元国家工商行政管理局は、米国のピザハット社の商標「PIZZA HUT」及び屋根図形商標が馳名商標であると認定し、かつオーストラリア鴻団社が同一商品に抜駆け登録した同一商標に対してその登録を拒絶した⁷。その後の1989年、中国老舗の商標「同仁堂」は、日本で抜駆け登録されていたため、当該老舗企業は「同仁堂」が馳名商標であることを理由に、日本特許庁に抜駆け登録された商標「同仁堂」の取消しを請求した。これに対して、日本特許庁は当該老舗企業に、商標「同仁堂」が中国の馳名商標であることを証明できる文書の提供を求めた。このような特殊な状況の下で、中国工商行政管理局は広範な社会調査をした上、1989年11月18日付で正式に商標「同仁堂」が中国の馳名商標であると認定し、日本においても馳名商標として保護

³ 1904年8月4日、光緒皇帝が欽定公布し、中国史上の第一部の商標法規になっている。商標登録試弁章程2条において、商部が登録局一所を設立し、専門的に登録事務を取り扱うと定めた。津滬の両地方にある税関が商標出願支局となり、出願者の近所での出願の便宜を図った。同法3条において、出願者は直接登録局又は出願支局に転送することが可能であると定め、税関が商標出願を代行できるとの任務を明確にした。尷尬<商標登録試弁章程>から引用、資料の出典 <https://www.baidu.com/s>、アクセス期日 2019年7月4日木曜日。

⁴ 1930年5月6日、中華民国政府が商標法を制定公布したが、これは中国史上制定された第一部の商標法である。

⁵ 「工業所有権の保護に関するパリ条約」（1967年ストックホルム文書）6条の2〔商標 馳名商標〕、「（1）本聯盟の加盟国は、仮に本国の法律が許可すれば、職権又は関係当事者の請求に基づき、商標登録又は使用国の主管機関が当該国で既に本条約の利益を享有できる権利を有する者が所有することにより馳名となり、かつ同一又は類似の商品に用いる商標が複製、模倣若しくは翻訳に該当し、混同をもたらすおそれがある商標について、その登録を拒絶又は取消し、かつ使用を禁止しなければならないことを承諾する。当該規定では商標の要部構成が上述の馳名商標に対する複製又は模倣に該当し、混同をもたらすおそれがあるときに対しても運用すべきである。（2）登録日から少なくとも五年の間に当該商標取消請求を提出することを許可すべきである。本聯盟国ではそれぞれ一つの期間を定めることにより、当該期間内に使用禁止に係る請求を提出しなければならないことを規定できる。（3）悪意で登録又は使用する商標については、登録の取消又は使用の禁止に係る請求を出し、時間の制限を定めるべきではない。」

⁶ 国家工商行政管理局「商標事例」知識産権 1991年4期 32頁を参照。

⁷ 1985年、オーストラリアのある会社は、商品区分表第33類において、PIZZA HUT商標を出願登録し、公告期間内に米国ピザハット社は異議を申し立てたが、1987年8月17日商標局はピザハット社が異議を申し立てた理由が成り立つと裁定し、裁定書の中でピザハット社の商標「PIZZA HUT 及び図」が馳名商標であると認定した。「国家工商总局商標局が認定した第1件馳名商標期日はいつか」を参照。

資料の出典 <https://zhidao.baidu.com/question/1768774161432463100.html>、アクセス期日 2019年4月21日。

された。中華老舗の商標「同仁堂」と米国の商標「PIZZA HUT」が中国で馳名商標として認定されたことは、中国の馳名商標保護の道を開いた。当時に、この道は特殊な背景下での迅速な識別のために構築された革新への道でもあり、開拓への道と探索への道となったと言える。

(2) 馳名商標の積極的な認定+行政認定の段階

馳名商標のランダムな認定方法を変えるため、1996年8月14日、中国の元国家工商行政管理局は「馳名商標の認定と管理試行規定」⁸を公布し、中国の馳名商標に「自発的な認定+単一の行政認定」を採用するモデルを確立した。暫くして、中国ではこの特殊なモデルに基づき、馳名商標に対する一括集中して認定した結果、馳名商標の数量が急増し、1996年の20件から1999年の100件以上にまで増えた。

当該規定に基づき、中国の元国家工商行政管理局は、定期的に馳名商標評議審査公告を発表し、企業が馳名商標の認定を申請すると、商標局が一括して集中認定を行った。このモデルを採用した馳名商標の認定は、積極的な役割と消極的な影響が並存していた。積極的な役割の観点から、商標局が自発的に馳名商標を集中して認定することは、第一に、当時の中国企業の商標意識、特に馳名商標の意識（この意識は当時の中国企業では多いに欠如していた）の促進に有効であった。第二に、中国企業の商標がその他の国で抜駆け登録される問題の解決を図るのに有効であった。当時、中国では馳名商標の認定に関する法律・制度もなければ、馳名商標の認定に関する法律・規定と具体的な制度もなかったため、中国企業の商標が海外で抜駆け登録された後、その権利を保護できない苦境に陥っていた。自発的な馳名商標の一括集中認定を採用し、馳名商標のない空白を急速に充填できた。第三に、外国の馳名商標を中国市場に誘致するのに役立ち、これに外国の商品、役務及び資金も伴う。最も顕著に表れたのは、20世紀1990年代に、数多くの外国大手ブランドが中国市場に進入し、馳名商標として認定され保護を受け、これらのブランドが中国市場の創造性を良い条件で占めることができた。例えば、当時の中国市場に参入した日本企業は非常に多く、パナソニック、日立、三洋、東芝、シャープなどが挙げられる。消極的な役割の観点から、「自発的+一括集中+行政認定」の馳名商標の認定モデルは、当初の積極的な効果があったものの、その潜在的な弊害が直ぐ投機家に利用され、馳名商標の認定が投機を求める手段に変わり、市場競争秩序を破壊するツールになってしまった。

2001年10月27日付の商標法第2回改正後の新法では、馳名商標の内容を明確に定め、馳名商標に法的保護を提供し、かつ馳名商標の認定に関して具体的に定めた。2003年4月17日、中国の元国家工商行政管理総局は、「馳名商標の認定と保護規定」を発布すると同時に、「馳名商標の認定と保護試行規定」を廃止した。しかも、最高人民法院は2001年6月と2002年12月に二つの司法解釈を公布し⁹、それぞれドメイン名侵害紛争案件と商標侵害民事紛争案件に対する審理過程で、馳名商標を認定するための具

⁸ 1996年「馳名商標の認定と管理試行規定」3条では「国家工商行政管理局商標局が馳名商標の認定と管理業務を担当する。いずれかの組織と個人が認定したり、又はその他の代替の方法を取って馳名商標を認定したりしてはならない。」と定めている。また、同4条では「商標登録人が自己の馳名商標の権益に対する保護を請求する場合は、国家工商行政管理局商標局に馳名商標の認定に関する申請を提出しなければならない。国家工商行政管理局商標局は商標登録と管理業務の必要に応じて馳名商標を認定することができる。国家工商行政管理局商標局に認定された馳名商標は、認定期間が未だ三年を経過していない場合、改めて認定申請を提出してはならない。」と定めている。

⁹ 2001年6月に最高人民法院が施行した「コンピュータードメイン名に関する民事紛争案件審理における法律適用の若干の問題に関する最高人民法院の解釈」において、「法院はドメイン名紛争案件の審理時において、登録商標が馳名であるか否かについて認定することができる。」と定めている。2002年12月に最高人民法院が施行した「最高人民法院商標民事紛争案件の法律提要の若干の問題に関する解釈」では、「法院は商標紛争案件を審理するとき、登録商標が馳名であるか否かについて認定することができる。」と定めている。

体的な規定を明確化した。商標局の規定及び最高人民法院の司法解釈では、いずれも馳名商標の認定に係る四つの基本原則を確立した。(i) 必要に応じての認定原則、(ii) 受動的な認定原則、(iii) 個別案件での認定原則、(iv) 事実認定の原則である。事実上、元の馳名商標に係る自発的な認定、ランダム認定、一括的集中認定及び行政認定の方法を否認した。

(3) 馳名商標の多次元認定の段階

上述のとおり、1996年に当時の中国国家工商行政管理局が公布した「馳名商標の認定と管理試行弁法」で構築されたのは、馳名商標の単一行政認定モデルであり、すなわち、中国の元国家工商行政管理局商標局のみが馳名商標を認定する権原を有し、その他の如何なる団体と個人は、いずれもこのような認定権を有しないことである¹⁰。2001年10月27日に商標法の第2回改正案が可決された後、2001年、2002年と2003年に、前後して最高人民法院が司法解釈を発布し、国家工商行政管理総局が「馳名商標の認定と保護規定」を発布することにより、元国家工商行政管理総局商標局と商標審判委員会は、どちらも対応する手続で馳名商標の認定が可能となり、商標権侵害民事案件又はインターネット権利侵害案件を受理する法院は、事件のニーズと当事者の請求により、受動的に係争商標が馳名商標に該当するか否かを認定できると定めた。したがって、中国の馳名商標の認定に係る多次元認定段階に入り始めた。

つまり、中国の元国家商標局は商標登録の出願を審査し、かつ初步的な査定と同時に公告した商標の異議期間中に、誰かが当該公告に掲載の商標に関して、商標局に異議を申し立てた場合、商標局は法律に定める手続に基づき、当該異議申立を審査しなければならない。この過程で、仮に異議申立人自身の引用商標が馳名商標と認定されてはじめて、被異議商標の登録を阻止できる場合は、馳名商標の認定手続を開始しなければならない。事実上、この手続で馳名商標の認定手続を開始することは、正に商標局が法律規定に基づき、引用商標が馳名商標に該当するか否かを認定することになる。これは馳名商標認定の第一種のルートである。馳名商標認定の第二種のルートは、商標権付与・権利確認の手続が商標審判委員会に入った後であり、この段階で引用商標が馳名商標に該当するか否かの認定が必要となる。言い換えれば、仮に引用商標が馳名商標と認定された場合、その合法的な権利は保護される。馳名商標認定の第三種のルートは、商標民事侵害訴訟で、事件の必要に応じて、当事者が事件を受理した法院に対して、係争商標が馳名商標であると認定を求めることがある。

現在、中国の馳名商標の認定には三種類のルートがあり、複数の認定主体があるものの、どの種類のルートで、誰が馳名商標を認定するかに関係なく、いずれも必要に応じた認定、受動的な認定、個別案件の認定と事実認定の原則を守り、法律で定める認定基準に厳密に従って認定しなければならない。さもなければ、その認定は無効にとみなされる。

(4) 馳名商標の明確な保護段階

20世紀1980年代に、当時の中国商標法には馳名商標保護に関する規定がなかったが、中国政府ではパリ条約に定めた加盟国の馳名商標に関して果たすべき義務を履行するために、商標出願の審査過程で、

¹⁰ 1996年の「馳名商標の認定と管理試行弁法」3条において、「国家工商行政管理局商標局は馳名商標の認定と管理業務を担当する。いずれかの組織と個人は馳名商標を認定したり、又は他の代替的な方法を取って馳名商標を認定したりしてはならない。」と定めている。

外国企業の係争商標が馳名商標に該当するか否か司法認定を行ない、かつ内国民待遇を超えた保護を与えた¹¹。2001年12月1日、中国は正式にWTO（世界貿易機関）に加盟し、同時に貿易関連のTRIPs協定も中国でその効力を発生し、中国政府も馳名商標に対する保護義務を履行しなければならなくなつた¹²。したがつて、2001年10月27日、中国は商標法に対する第2回改正を行い、馳名商標の保護に関する規定を追加し¹³、正式に法律上の馳名商標の保護制度を構築した。これに対応して、2002年10月12日に、最高人民法院は（法釈【2002】23号）「商標民事紛争案件の審理における法律適用の若干の問題に関する最高人民法院の解釈」を発布し、それぞれ馳名商標侵害による損害と認定請求の手続で司法解釈を行ない、各級法院が馳名商標に係る侵害事件の審理で適用するために便宜を図つていた¹⁴。

この司法解釈22条は、法院が馳名商標に係る侵害事件を審理する際に、馳名商標の認定時に守るべき基本原則を初めて確立した。（i）受動的認定の原則、つまり、法院での商標紛争事件の審理過程で、当事者の請求により、係争登録商標が馳名か否かを、法に従つて認定しなければならない。特に、法院は自発的に被侵害商標が馳名商標か否かを認定できず、当事者の請求に応じて、消極的認定するしかない。

（ii）必要に応じた認定原則、つまり、法院が商標紛争案件を審理するとき、事件の特定の状況に基づき、係争登録商標が馳名か否かを法により認定できる。ここに定める「事件の特定の状況」とは、法院が商標侵害案件を審理する際、仮に被侵害商標が馳名商標に該当するか否かを認定せずに、商標法の関連規定に基づき、正確な判決を言い渡し、商標権者の合法的な利益を保護できれば、被侵害商標が馳名

¹¹ 1987年8月、国家工商行政管理局商標局（以下「商標局」という）は、商標異議申立案件において米国ピザハット社の商標「PIZZA HUT」及び屋根图形の商標が馳名商標であると認定し、オーストラリア鴻団社が同一商品について、同一商標を先取り登録することを認めなかつたため、登録を許可しないと判断した。これは中国がパリ条約に加盟した後で認定された初めての馳名商標案件である。その後、商標局及び商標審判委員会は、複数の商標紛争案件において馳名商標を認める裁定を下した。1988年から1991年までの間、商標局、商標審判委員会はそれぞれイギリスのユニーパ社の商標「LUX 及び力士」、米国フィリップモリス社の商標「Marlboro 及びマールボロ」、中国北京同仁堂社の商標「同仁堂」、米国の商標「SHERWOOD」と上海協昌縫紉機社の商標「蝴蝶」が馳名商標であることを認定した。「中国馳名商標保護通覧」を参照、資料の出典 http://blog.sina.com.cn/blog_c1655927010193c9.html。アクセス期日 2019年4月24日。

¹² TRIPs協定の16条において、「二、パリ条約（1967）6条の2では詳細について必要な修正を経て役務に適用すべきである。一つの商標が馳名であるか否かを確定するとき、各メンバーは当該メンバーの中で当該商標の販売促進を行うことにより得た理解程度を含む関係部門、公衆が当該商標に対する理解程度を考慮すべきである。三、パリ条約（1967）6条の2では、当該商標がそれらの貨物又は役務の使用において、それらの貨物又は役務と当該登録商標の所有権者との間に関連が存在することさえ表明すれば、かつこののような使用は当該登録商標の所有権者の利益を損害するおそれがあれば、詳細について必要な修正を経て登録済み商標の貨物又は役務に類似しない貨物又は役務に適用すべきである」と定めている。

¹³ 商標法（2001年版）13条、「同一又は類似する商品について出願登録した商標が、中国で登録されていない他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したものであつて、混同をもたらしやすい場合は、その登録を拒絶し、その使用を禁止する。同一又は類似する商品について出願登録した商標が、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あつて、公衆に誤認させ、当該馳名商標権者の利益に損害を与えるおそれがある場合は、その登録を拒絶し、その使用を禁止する。」と定めている。14条「馳名商標の認定時には、次に掲げる要素を考慮しなければならない。（一）当該商標に対する関連公衆の認知度、（二）当該商標を使用した継続期間、（三）当該商標のいづれかの宣伝業務の継続期間、程度及び地理的範囲、（四）当該商標が馳名商標として保護された記録、（五）当該商標が馳名であるその他の要素。」と定めている。

¹⁴ 2002年10月12日、最高人民法院が公布した「商標民事紛争案件審理における法律適用の若干の問題に関する最高人民法院の解釈」1条は、「次に掲げる行為は、商標法52条5号に定める他人の登録商標専用権にその他の損害をもたらした行為に該当する。（二）他人が登録した馳名商標を複製、模倣又は翻訳したものであり、又はその主な部分が非同一又は非類似の商品上に商標と使用し、公衆に誤認させ、当該馳名商標の登録人の利益が損害を受けるおそれがある場合。」と定めている。22条は、「法院は商標紛争案件審理において、当事者の請求と案件の具体的状況に基づき、係争登録商標が馳名であるか否かについて法により認定することができる。馳名商標を認定する際には、商標法14条の規定に基づいて行なうべきである。当事者がかつて行政主管機関又は法院により認められた馳名商標に対する保護を請求した場合、相手方当事者が係争商標の馳名であることについて異議を申し立てない場合、法院は審査しないものとする。異議を申し立てた場合、法院は商標法14条の規定に基づいて審査する。」と定めている。

商標か否かの認定が必要ではなくなる。(iii) 個別案件の認定原則、つまり、法院は商標紛争事件を審理するとき、当事者の請求と案件の特定の状況に基づき、係争登録商標が馳名か否か法により認定できる。これは正に個別事件の認定原則に係る法的根拠である。この特定の事件で、被侵害商標が馳名商標か否かを認定することは、個別事件の認定にあたり、一括集中認定には該当しない。(iv) 法による認定原則、つまり、馳名商標を認定するとき、商標法 14 条の定めに基づいて行なうべきである。中国商標法（2001 年版）14 条では、馳名商標の認定時に参考すべき基準を非常に明確に定めており、計 5 項ある。この基準の前 4 項は特定の基準であり、第 5 項は柔軟な基準又はボトムアップ基準になっている。言い換えれば、法院又は行政機関は係争商標が馳名商標か否かを認定するかどうかにかかわらず、いずれもこの項目の基準を参考しなければならない。ただし、これらの項目の基準は参考基準に過ぎず、単独で適用できるし、同時に適用することもできる。同時にこれらの項目を適用してもよく、同時に第 5 項に含まれる内容を適用することもできる。(v) 事実認定の原則、すなわち、当事者はかつて商標行政主管機関又は法院に認定された馳名商標に対する保護を請求した場合、相手当事者より係争商標が馳名であることについて異議を申し立てない場合、法院はこれを審議しないものとする。異議を申し立てた場合、法院は商標法 14 条の定めに基づき審理する。この条項の定めでは法的手続を経て認定された馳名商標を肯定し、一件の法的事実として特定の事件に適用し、普遍的な拘束力は有しない。以前に認定された馳名商標は、当然、それ後の事件に法的拘束力を有しない。しかし、このような先行する認定事実は、その後の事件で被告側に認められた場合は、適用できる。

中国の最高人民法院の司法解釈（法释【2002】23 号）で確立した馳名商標認定の五項原則は、中国の馳名商標に係る司法認定に、固い基礎を打ち立てるとき同時に、中国の馳名商標に係る司法認定規範の根拠を構築していた。この段階で馳名商標の明確な保護段階と言えるのは、当該五項の認定原則が確立されたからである。馳名商標の行政認定で、商標局と商標審判委員会はそれに対応する認定規則を有するものの、依然としてこの五項基本原則を守らなければならない。したがって、中国の馳名商標の認定と保護は、規範化された軌道に乗った。2013 年改正を経た商標法は、13 条に適切な改正を行い、1 項「関連公衆によく知られた商標」を追加し、中国の馳名商標保護に係る重要な基礎を構築した。中国商標法（2013 年版と 2019 年版）のこの規定は、日本の商標法 4 条 1 項 19 号の規定と基本的に同一であり、違いは、日本法では「日本国内又は外国」の言葉を使用しているが、中国法で「関連公衆」の地域範囲を規定しておらず、つまり、「国内外」の関連公衆との理解も可能な点である。第 2 の違いは、中国法では出願商標の登録を禁止するだけでなく、当該商標の使用も禁止しており、日本法では登録のみ禁止し、その使用は禁止されていない点である。したがって、中国の現行商標法は馳名商標に十分な保護を与えている。中国の最高人民法院が発布した司法解釈と商標行政主管部門が発布した認定規定では、「関連公衆」の範囲は「中国」又は「中国国内」に限定していることは注目に値する。このような司法解釈又は認定規定は、外国馳名商標の保護に影響を与えるか否かは、本文の後部で検討する。

3. 中国での外国馳名商標の保護

中国の商標関連法律規制には、通常、中華人民共和国商標法（各バージョン）、中華人民共和国商標法実施条例（各バージョン）、商標侵害紛争案件の審理における法律適用に関する中華人民共和国最高人民法院の司法解釈（商標法の適用に関する司法解釈）、馳名商標の認定に関する中華人民共和国商標行政主管部門の規定及び中華人民共和国政府が加入した商標国際条約（パリ条約、TRIPs 協定など）が含まれ

る。

中国の現行商標法は、1982年8月23日第五期全国人民代表大会常務委員会第二十四回会議で可決された。この商標法には馳名商標の保護に係る規定がない。1993年2月22日、第七期全国人民代表大会常務委員会第三十回会議で可決された「〈中華人民共和国商標法〉の改正に関する決定」で、1982年の商標法に第1回目の改正がされた。この改正後の商標法（1993年版）には、依然として馳名商標に係る規定がなかったものの、1993年7月15日に国務院が公布した中華人民共和国商標法実施条例25条2項では、「真偽誠実の原則に反し、複製、模倣、翻訳などの不法により、既に公衆に熟知されている他人の商標を登録した」行為¹⁵が商標法（1993年版）27条に定める「詐欺手段又はその他の不正手段により登録した」行為に該当し、その登録商標は取り消される場合があると述べた。1993年実施条例25条は、中国商標法で初めて馳名商標（既に公衆に熟知している商標）の保護のために法的根拠¹⁶を提供したと言える。2001年10月27日、中華人民共和国第九期全国人民代表大会常務委員会第二十四回会議では、商標法第2回改正案を可決し、2001年版商標法を発表した。この版の商標法13条は、初めて馳名商標の概念を明示的に使用し、これは中国商標法が正式に馳名商標のために法的保護¹⁷を与えることを表明した。

したがって、中国の現行商標法、即ち1982年商標法（以前の商標法）は、中国で改革開放を始めた頃に制定したもので、商標保護のために基本的な枠組みを構築し、比較的簡単でありながら非常に実用的なものである。中国の旧版商標法には馳名商標の保護に関する規定はなかったものの、中国では早くも1985年3月19日にパリ条約に加盟し、この条約のメンバーとなり、パリ条約6条の2¹⁸に基づき、パリ条約同盟国の国民のために、馳名商標に係る保護を与えてきた¹⁹。中国商標法で正式に馳名商標の保護を定める前に、米国、日本などの国の馳名商標に保護を与えていた。例えば、初めて中国で馳名商標として保護を受けた商標は、「氟利昂」（フレオン）である。1984年、当時の国家工商行政管理局商標局は、

¹⁵ 中華人民共和国商標法実施条例25条は、「次に掲げる行為は商標法27条1項に言う欺瞞手段又はその他不正手段により登録を取得した行為に該当する。(1) 事実の真相を虚構、欺瞞し、又は出願資料及び関連文書を偽造することにより登録した場合、(2) 信義誠実の原則に反し、複製、模倣、翻訳などの方法により、既に公衆に熟知されている他人の商標を登録した場合、(3) 許諾を得ずに、代行者がその名義で非代行者の商標を登録した場合、(4) 他人の合法的な先行権利を侵害することにより登録した場合、(5) その他の不正手段により登録した場合。」と定めている。

¹⁶ 1996年、広東省工商管理局は、商標「三菱」が広東企業に企業名称として登録され、使用された紛争を取り扱う際に、1993年商標法27条と1993年の商標法実施条例25条の定めに基づき、日本の商標「三菱」が馳名商標であり、特殊保護を提供し、企業名称の登録を取消すべきであると裁定した。鄭紅駿「馳名商標の中国における認定」中国專利与商標、1997年3期70-72頁。

¹⁷ 中華人民共和国商標法（2001年版）13条は、「同一又は類似の商品について出願登録した商標が、中国で未だ登録されていない他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳し、混同をもたらすおそれがある場合は、その登録を拒絶し、その使用を禁止する。非同一又は非類似の商品について出願登録した商標が、既に中国で登録された他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳し、公衆に誤認させ、当該馳名商標の登録者の利益に損害を受けるおそれがある場合、その登録を拒絶し、その使用を禁止する。」と定めている。

¹⁸ パリ条約（1979年10月2日改正）6条の2 商標・馳名商標(1)本聯盟各國は次のとおり承諾する。仮に本国法律が許可する場合、職權又は利害關係人の請求に基づき、商標登録国又は使用国の主管機関が同国で既に馳名であると認められ、本条約利益を享有する権利を有する人に所有され、かつ同一又は類似の商品に用いる商標が複製、模倣又は翻訳に該当し、混同をもたらすおそれがある商標については、その登録を拒絶又は取消し、その利用を禁止するものとする。かかる定めは、商標の主要部分が上述の馳名商標に対する複製又は模倣に該当し、混同をもたらすおそれがある場合にも適用できる。(2)登録日から少なくとも五年までの間において、当該商標に対する取消請求を提出することを許可すべきである。本聯盟の各國では一つの期間を定め、当該期間内に使用禁止に係る請求を提出することを許可すべきである。(3)悪意で登録し、又は使用する商標に対して、登録取消又は使用禁止に係る請求を提出した場合は、期間制限を定めるべきではない。

¹⁹ 1985年、中国の当時の商標法（1982年版）には馳名商標の保護に関する規定がなかった。しかし、中国はパリ条約のメンバーであったため、米国の商標「Pizza Hut」を馳名商標として特殊保護を与えた。当時、米国のピザハット社の商標は中国で登録されてもいなければ、中国で使用もされておらず、関連公衆に熟知されていたに過ぎない。国家工商行政管理局「商標案例」知識産権1991年4期32頁。

米国デュポン社の商標 FREON(氟利昂)の出願を受理した際、当時の氟利昂が中国で既にフッ素冷媒の一般名称となっていたが、この商標が国際的な馳名商標である事実に基づき、同局は依然として出願人の出願を受け入れた。これは中国で使用されていない馳名商標に保護を与えた早期事例である²⁰。この事例では次に掲げる事項を確認した。第一、中国商標法（1982年版）で馳名商標を保護していなかった当時、中国はパリ条約の定めに基づき、同盟国の国民の馳名商標を確認し、かつ特殊な保護を与えた。第二、当該商標は中国で登録されていない商標であり、中国の商標行政主管部門はそのために馳名商標に対する特殊な保護を与えた。第三、当該商標が当時の中国で既に冷凍剤商品の一般名称であり、中国の商標行政主管部門は、依然として同商標を馳名商標と認定し、かつ特殊な保護を与えた。第四、当該商標は商標として中国国内で関連公衆に熟知されておらず、関連公衆もフレオンを一種の冷凍剤と考えていたが、中国の商標行政主管部門は、依然として馳名商標として特殊な保護を与えた。

2001年版商標法で馳名商標を明確に定めた後、中国商標行政主管部門は、商標侵害民事紛争、ドメイン名紛争又は商標関連のその他の紛争で馳名商標を認定する場合、外国企業の商標を馳名商標と認定することは、より注目を集め、より十分な保護を与えた。例えば、2016年9月に最高人民法院は、その判決で日本のYKK株式会社の商標「YKK」を馳名商標と認定し、多区分の保護を与えたので、市場事業者の注目を集めた。各主要メディアは、迅速にこの判決を詳細に報道し解釈した。同事件は2006年から商標局に異議を申し立て始め、異議申立不服審判、一審、二審と再審と10年に渡る司法手続を経て、波瀾曲折の結果、YKK株式会社はついに2016年に最高人民法院から再審事件の勝訴判決を言い渡され、再び「YKK」を馳名商標と認定された。これはYKKブランドの保護の歴史上で画期的な出来事である²¹。この事例は中国商標行政主管部門と司法機関が、多くの紆余曲折があったものの、外国企業の馳名商標に法に基づく十分で有効な保護を与えていたことを示している。

4. 中国で馳名商標を認定する際の地理的基準

上述のとおり、中国の2001年版商標法は馳名商標に特殊な保護を与えることを明確に定めていた。しかし、当該版の商標法では馳名商標の定義を定めていなかった。さらに、2002年9月15日、中国国务院が公布した中華人民共和国商標法実施条例にも馳名商標に係る定義がなかった。したがって、馳名商標に関する定義は、中国の元国家工商行政管理総局局務会議が審議採択した「馳名商標の認定と保護規定」（以下「認定規定」（2017年版））2条と2009年4月22日に最高人民法院審判委員会第1467回会議で可決した「馳名商標保護に係る民事紛争案件の審理における法律応用の若干の問題に関する解釈」（法釋〔2009〕3号）1条²²に基づいて規定した。

2017年版の認定規定2条は、馳名商標とは中国で関連公衆に熟知されている商標のことを指すと定めている。この規定は、中国商標行政主管部門が商標登録審査手続（主に異議申立手続を指す）と不服審

²⁰ 国家工商行政管理局「商標案例」知識産権 1991年4期 32頁。

²¹ 甘夢然、胡剛「YKK商標から見る多国籍の中国でのブランド保護の道」を参照。

資料の出典 <https://www.ccpit-patent.com.cn/zh-hans/node/5580>、アクセス期日 2019年6月30日日曜日。

²² 2017年7月3日、元国家工商行政管理総局局務会議で審議可決された「馳名商標の認定と保護規定」2条では、「馳名商標とは中国で関連公衆に熟知されている商標のことを指す。」と定めている。更に2009年4月22日に最高人民法院審判委員会第1467回会議で可決された「馳名商標保護に係る民事紛争案件の審理における法律応用の若干の問題に関する解釈」（法釋〔2009〕3号）1条は、「本解釈に言う馳名商標とは、中国国内で関連公衆に広く知られている商標のことを指す。」と定めている。

判手続（無効審判請求手続を含む）の中で馳名商標を認定する重要な根拠である。この規定と中国商標法（2013年版と2019年版を含む）14条に定める馳名商標の認定基準²³は、共に中国商標行政主管部門が馳名商標を認定する基準になっている。2019年版商標法14条の規定に比べ、この認定規定は馳名商標を認定するための地理的範囲を定めている。つまり、認定規定は馳名商標を「中国で」関連公衆に熟知されている商標と定義していた。この規定で定義した「中国で」は、次の三つに分けて理解できる。第一に、馳名商標の認定を請求された商標が、認定請求の提出前に既に中国市場に参入し、かつ中国の関連公衆に熟知されていること。第二に、馳名商標の認定を請求された商標が、認定請求の提出後に始めて中国市場に参入し、かつ認定手続を開始した後、当該商標が既に中国の関連公衆に熟知されていること。第三に、馳名商標の認定を請求された商標が、認定請求を提出された後、依然として中国市場に進出していないが、早くも既に中国の関連公衆に熟知されていること。なお、中国商標法及び認定規定によれば、上記のどの種類においても、当該商標は馳名商標と認定される。

したがって、筆者は中国商標法及び認定規定は、商標出願で馳名商標を認定する次に掲げる状況のみを除外していると考える。第一、中国以外のある国又は地域だけで関連公衆に熟知されているが、中国の関連公衆には熟知されていない商標は、中国で馳名商標と認定されない。第二に、商標登録審査手続又は商標侵害民事訴訟手続の過程で、馳名商標の認定を請求した商標は、中国又はその他の国と地域のいずれにおいても関連公衆に熟知されない商標に該当する。

しかし、中国最高人民法院の法解釈〔2009〕3号1条に定める馳名商標は、中国国内で関連公衆に広く知られている商標を指す。この司法解釈での馳名商標の定義は、中国法院が商標民事紛争案件を審理し、馳名商標を認定するための法的根拠と基準である。具体的には、中国の司法審判実務で、馳名商標を認定する時は、必ず同時に中国の商標法の関連規定及び当該司法解釈1条に定める基準を適用する必要がある。この司法解釈1条と認定規定の2条の馳名商標の定義を比べると、両者の間には幾つかの違いがある。(1) 馳名商標の認定に関する地理的範囲が異なり、司法解釈に定める地理的範囲は「中国国内で」であり、認定規定で強調する馳名商標の認定での地理的範囲は「中国で」である。(2) 馳名商標の認定を請求する商標の知名度は、司法解釈では関連公衆に「広く知られている」と定め、認定規定では関連公衆に「熟知されている」と定めている。事実上、関連公衆に広く知られていることと関連公衆が熟知することの間には本質的な違いがないため、司法解釈と認定規定の違いは、被認定商標に対する関連公衆の知得度「中国国内」と「中国」での発生が同じ意味を有するか否かの問題である。

筆者は「中国国内で」では有形地域の範囲を指し、「中国で」で強調するのは無形地域の範囲を指すと考える。特定の商標が、中国で馳名商標と認定されるには、「中国国内で」関連公衆に熟知されている基準に基づき、この商標は必ず中国国内で使用されており、かつ知名度を生じ、中国の関連公衆に熟知されている必要がある。この基準では商標が広告宣伝又はその他のルートを経て、中国関連公衆に熟知され、かつこの状況を根拠に馳名商標と認定する状況を排除している。特定の商標について、仮に「中国で」を関連公衆が熟知する基準に採用した場合、当該商標が実際に中国国内で使用されていたか否かにかかわらず、広告宣伝又はその他のルートを通じて、中国の関連公衆に熟知されていれば、馳名商標と認定できる。

²³ 商標法（2019年版）14条は、「馳名商標を認定するときは次に掲げる要素を考慮しなければならない。（一）当該商標に対する関連公衆の知得程度、（二）当該商標を使用した継続期間、（三）当該商標のいずれかの宣伝業務の継続期間、程度と地理範囲、（四）当該商標が馳名商標として保護された記録、（五）当該商標が馳名であるその他の要素。」と定めている。

上記の分析により、具体的な実務で、中国商標行政主管部門は、中国商標法の関連規定及び認定規定に定める基準と原則に基づき馳名商標を認定し、採用する地理的基準が「中国で」関連公衆に熟知されていることである場合は、馳名商標と認定できる。しかし、中国の法院は中国商標法の関連規定及び司法解釈に定める基準と原則に基づいて馳名商標を認定し、採用する地理的基準は正に「中国国内で」関連公衆に熟知されて始めて馳名商標として認定できる。中国でこのモデルを採用して認定した馳名商標に矛盾又は競合が発生したか。特に、中国で国家商標行政主管部門が認定した馳名商標と司法機関が認定した馳名商標が矛盾するような問題が発生したか否かを判断する。事実上、中国の現行商標法の規定には、馳名商標の認定には4つの基本原則がある。必要に応じた認定、個別案件における認定、受動的な認定と事実的な認定である。したがって、国家商標行政主管部門又は司法機関による馳名商標の認定は、一事件で一回認定、一商標で一回認定であり、かつ以前認定された馳名商標は、行政部門又は司法機関が認定したかどうかに係らず、その他の者やその他の紛争にいざれも当然効力はなく、せいぜい一つの事実の表明に過ぎない。このような事実の表明は、相手側当事者が同意した場合は、改めて認定又は再認定する必要はない。仮に相手側当事者が同意しない、又は反対の態度を明確に表した場合は、再認定する必要がある。正にこのような制度設計に基づいており、国家商標行政主管部門が認定した馳名商標、又は司法機関が認定した馳名商標は、いざれも係争中の事件に対してその効力を有するに過ぎず、普遍的な適用性はない。例え同じ司法機関が前に認定した馳名商標の場合でも、次の紛争で再認定又は改めて認定する必要があり、当然、効力もない。実務上、先行認定した馳名商標は、たとえ同じ法院又は行政機関が認定したとしても、決して当然に再び又は改めて馳名商標に認定されるとは限らない。したがって、国家商標行政主管部門が中国商標法及び認定規定に定めた基準に基づいて認定した馳名商標と、法院が中国商標法及び司法解釈に定める基準に基づいて認定した馳名商標との間には、矛盾又競合は存在しない。

事実上、中国商標法（2013年版）13条1項では「関連公衆所に熟知されている商標について、所有者がその権利が侵害されたと主張する場合は、本法の定めにより馳名商標の保護を請求することができる。」と定めている。文字の解釈又は字面の解釈の観点から、本条項には次に掲げる幾つかの内容が含まれる。
①馳名商標の定義。本条項に定める馳名商標とは、関連公衆に熟知されている商標を指し、関連公衆による地域的制限はない。
②ある商標が関連手続の中で、一般商標がその合法的な権益を保護できないときは、馳名商標の認定を請求し、かつ当該認定の結果は、当該事案のみ拘束力をもたらし、拡散効果がない。
③ある商標が救済を求めるため、馳名商標に該当するか否か認定が必要な場合、商標権者は必ず商標法の定めに基づき、中国商標行政主管部門又は法院に認定請求を提出する必要がある。当該条項の定めに基づき、中国国外の一つの又は若干の国の関連公衆に熟知されている商標、すなわち、中国国外の馳名商標も中国で特殊な保護を受けるべきである。具体的には、ある商標が日本国内だけで関連公衆に熟知されている場合は、日本で馳名商標の保護を受けることができる。中国商標法13条1項の規定によれば、当該商標は中国でも馳名商標として保護されるべきである。しかし、上述の文字の解釈の③から、当該商標に、中国で馳名商標として保護を求める場合は、関連手続で中国商標行政主管部門又は法院に、当該商標を馳名商標と認定するよう請求を提出する必要がある。本商標権者の請求後、請求を受理した部門は、中国商標法14条の定めに基づき、当該商標が馳名商標に該当するか否か判定すべきである。具体的な認定手続と方法は、商標紛争の種類に応じて、商標権者が各状況に合わせ、中国商標行政主管部門又は法院に請求し、請求を受理した部門が認定規定又は司法解釈の定めに基づいて認定するものとする。これにより、なぜ認定規定と司法解釈が、馳名商標を中国又は中国国内で関連公衆に熟知さ

れていると限定する主旨を理解できる。この目的は、正に商標権の地域的原則を協調し、中国で認定する馳名商標は必ず中国又は中国国内で関連公衆に熟知されていることを強調するためであり、決してこの商標が中国市場で実際に使用されていることを強調するためではない。例えば、イギリスの百周年の老舗リツ社（RITZ）が上海麗池社（RITS）を訴えた商標侵害事件²⁴で、当該紛争に及んでいるイギリスの百周年の商標 RITZ は、中国で単独に使用したことがなかったが、依然として馳名商標と認定され、保護されていた。

勿論、仮に商標権者が馳名商標の認定を請求する時に、中国国内で使用され、かつ中国の関連公衆に熟知される効果をもたらした証拠を提供できれば、もっと望ましい。例えば、2016年5月19日、中国最高人民法院が再審した「宝潔社（P&G） VS. 国家商標審判委員会」行政訴訟事件は、正にその商標「玉蘭 OLAY」を馳名商標と認定した紛争事件である。この紛争は前後して北京市第一中級人民法院と北京市高級人民法院がその一審と二審を審理し、両法院はどちらも商標審判委員会が馳名商標の認定請求を棄却した裁定を維持し、宝潔社はこの判決を不服として再審を請求した。最高人民法院の再審過程で、宝潔社は1989年から中国市場に進入して以降の、広告宣伝、販売使用、営業地域、普及範囲、収益などの証拠を提出し、最終的に最高人民法院により馳名商標として認定された²⁵。この判決で、法院が馳名商標の認定に適用したのは、最高人民法院の司法解釈に定められた馳名商標の定義であり、馳名商標の認定のための事実の証拠は、いずれも中国国内で発生したもので、中国国外で発生した証拠はなかったことを示した。更にこの判決は中国の法院が馳名商標と認定するとき、実際に中国国内で馳名商標を育成した事実を考慮しただけではなく、中国国外で馳名商標を育成した事実も考慮したことを説明した。

したがって、元国家工商行政管理総局が制定した認定規定と最高人民法院が公布した司法解釈の馳名商標の認定における地域的制限は、商標法（2013年版、2019年版）13条1項と矛盾するように見えるが、実際には中国商標法（2013年版、2019年版）の全体規定と一致し、かつパリ条約6条の2の規定とも矛盾しない。

5. 中国で外国馳名商標が取得可能な特殊な保護

ここで言う外国馳名商標とは、中国以外の国が当該国の法律に基づいて保護する馳名商標ではなく、専ら外国人（自然人、法人又はその他の組織を含む）が使用し、又は登録した商標が中国法律に基づいて中国商標行政主管部門又は法院により認定された馳名商標を指す。中国商標法では、外国人の馳名商標は中国で内国民待遇を受けることができる²⁶。

馳名商標の保護に対して、世界各国が与える保護は異なっている。一部の国では非多区分の保護（相対的保護）原則を採用し、他的一部の国では多区分の保護（絶対的保護）の二種類のモデルを採用してい

²⁴ 「馳名商標の特殊保護の「特」は「多区分」で、「類似への制限」ではない」を参照。

資料の出典 <http://www.maxlaw.cn/z/20150313/812974830514.shtml>、アクセス期日 2019年7月2日火曜日。

²⁵ 最高人民法院行政判決書（2016）最高法行再13号を参照。

²⁶ 商標法（2019年版）17条は、「外国人又は外国企業が中国で商標を出願登録した場合、その所属国と中華人民共和国との間で締結した協議又は共同で参加した国際条約に基づいて取り扱い、又は対等原則に基づいて取り扱うものとする。」と定めている。

るが²⁷、中国で馳名商標に提供する保護は混合性モデルである。特に、中国の現行商標法（2019年版）13条では、中国で登録されていない馳名商標に非多区分の保護原則を採用し、既に中国で登録されている馳名商標には多区分の保護原則を付与できると定めている。ここで言う多区分の保護と非多区分の保護とは相対的であり、登録馳名商標の多区分の保護は、多区分の全体か、それとも部分的な多区分かの問題を含み、未登録馳名商標の非多区分も絶対的ではない²⁸。登録馳名商標の多区分の数は、必ず商標の知名度の程度や、その他の商標の先行登録、先行使用など諸々の種類の状況に応じて決めるものである。

例えば、清華大学が仏山聚陽新能源社、駱達栄を訴えた「清華」商標権侵害紛争事件で、広州市中級人民法院は、一審で次のように判決した。清華大学の商標「清華」の指定役務の項目は第41類であり、同大学は主に「学校（教育）、教育、訓練」などの役務に従事しているが、仏山聚陽新能源社の登録商標「清華」の指定商品は第11類、つまり、熱湯器などの商品に用いる商標であり、両者は製品の性質、機能などにおいて、かなり大きな違いがあり、それぞれ異なる経済分野に属し、従事する業界の距離も大きく離れているため、通常、関連公衆は係争商標「清華」を付した被疑侵害製品を清華大学が製造し、又は同大学との何らかの関連性を有すると連想することがなく、清華大学の利益を損害することもないと判断した。その上で、仏山聚陽新能源社が製造した被疑侵害製品に標章「清華」を用いる行為は、清華大学の本件登録商標「清華」の専用権を侵害していないとし、清華大学の全ての訴訟上の請求を棄却する判決を言い渡した²⁹。広東省高級人民法院は二審判決で、「清華」は清華大学の略称として、「学校（教育）、教育、訓練」などの役務分野で、一般公衆に広く知られており、かつ極めて高い名誉を享有していると判断し、被告が無断で標章「清華」を使用した行為は、正に清華大学の馳名商標の名誉を不正利用したことによる該当し、清華大学の利益を損害したと判断した。仏山聚陽新能源社が被疑侵害標章「清華」を使用し、駱達栄が被疑侵害製品を販売したことは、清華大学の登録馳名商標の専用権を侵害するもので、法により相応な民事責任を負わなければならない³⁰。このアプローチでは、中国の現状に合致するだけではなく、国際条約も配慮した判断であると言える。馳名商標に關係する対象について、中国商

²⁷ 非多区分保護原則（相対的保護）とは、他人が馳名商標と同一又は類似の商標を商標の所有権者の同一又は類似の商品に登録又は使用することを禁止することを指す。パリ条約は、相対的保護主義の原則を選択した。多区分保護原則（絶対的保護原則）とは、他人の馳名商標の商品と非同一又は非類似の商品を含む如何なる商品において、馳名商標と同一又は類似の商標を登録又は使用することを禁止することを指す。TRIPS協議は、絶対的保護主義の原則を選択した（但し、実際、このような絶対的保護も一定の条件を必要としている。すなわち、非同一又は非類似の商品に商標を使用し、馳名商標との間に何らかの関連性があるかのようなヒントを与えるおそれがある場合、登録商標の所有者の利益が損害を被るおそれがある場合である）。尚武知識産権「馳名商標の保護原則」により。

資料の出典 <http://www.86sb.com/news-info-14706.html>、アクセス期日 2019年6月30日曜日。

²⁸ 中国基で既に複数の未登録商標に保護を与えたケースがある。例えば、元国家工商行政管総局商標局は、かつてイタリアのフェレロ社の請求に応じて、張家港市乳品一廠が同一商品（チョコレート）に先取り登録した商標「金莎及び図」を取り消した。フェレロ社は世界四大チョコレート製造者の一社として、その商標「FERREOROCHER 及び図」は、世界中（中国を含む）で比較的高い知名度を享有している。1986年、当該商標は中国で登録されており、その製品も中国市場に進入し始め、かつその製品には中国語「金莎」文字及び図を用いていたものの、出願されていなかった。張家港市乳品一廠は、1992年に商標「金莎及び図」を第30類「チョコレート、キャンディー」商品について抜駆け登録した。商標局は、フェレロ社の商標が馳名商標に該当し、当該商標が他人により同一又は類似の商品について登録し、使用する場合、消費者に混同と誤認をもたらすおそれがあると判断し、パリ条約に基づき、張家港市乳品一廠の商標「金莎及び図」の登録を拒絶した。同案件に類似する未登録馳名商標の保護関連事例として「フレオン」、「ジープ」関連案件などもある。尚武知識産権「馳名商標的保護原則」より。

資料の出典 <http://www.86sb.com/news-info-14706.html>、アクセス期日 2019年6月30日曜日。

²⁹ 広州市中級人民法院（2014）穗中法知民初字第138号を参照。

³⁰ 広東省高級人民法院（2016）粵民終1734号を参照。

標法で保護している馳名商標は、登録商標でもよいし、未登録商標でもよい³¹。中国のこの保護規定とパリ条約、TRIPs協定の規定は一致している。

なお、地理的範囲に関して、馳名商標は国内馳名商標³²と国際馳名商標³³の二種類の状況に分けられ、これは特定の商標に対する関連公衆の識別の判断基準に基づいている。一部の国の商標法は本国の馳名商標のみを保護し、外国のみで本国で関連公衆に熟知されていない商標には保護を与えない。この商標体系下で、国際馳名商標は本国の馳名商標に変化して始めて法的に保護される。具体的な方法は、ある国際馳名商標が本国内で保護を求める場合も、本国商標法の規定で馳名商標と認定されて初めて特殊な保護を受けられる。中国の現行商標法（2019年版）は、このような保護体系を採用している。例えば、2017年7月3日、元国家工商行政管理総局局務会議で審議可決された「馳名商標の認定と保護規定」2条と2009年4月22日に最高人民法院審判委員会第1467回会議で可決された「馳名商標保護関連民事紛争案件の審理における法律応用の若干の問題に関する解釈」（法釋〔2009〕3号）1条³⁴である。当該両規定では中国法律で保護を受ける馳名商標は、当該商標が国外でどれ程有名でも、中国国外の関連公衆に熟知されていても、必ず中国で関連公衆に熟知されて初めて、馳名商標と認定され、特殊保護を受けられることを肯定した。しかし、元国家工商行政管理総局の「馳名商標の認定と保護規定」2条に定める馳名商標は、「中国で」関連公衆に熟知されている必要性を特に強調し、当該商標が馳名商標になった客観的事実が中国国内で発生することは強調していない。当該規定により、仮にある外国商標が中国市场に参入しておらず、既に「中国の関連公衆に熟知されている」と、直ちに中国の馳名商標と認定され、特殊な保護が受けられる。

外国人が中国で登録していない商標が、中国商標行政主管部門又は法院で馳名商標と認定された場合、中国では次に掲げる幾つかの面で特殊な保護を受けられる。①法により同一商品又は役務における他人の抜駆け登録を阻止する。具体的には、同一又は類似の商品について出願登録した商標が複製、模倣又は中国で登録されていない他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳であって、混同をもたらしやすい場合は、その登録を拒絶し、かつその使用を禁止することを含める³⁵。②他人が馳名商標を希釈化することを

³¹ 商標法（2019年版）13条は、「関連公衆に熟知されている商標について、所有者がその権利が侵害されたと主張する場合は、本法の規定に基づき、馳名商標の保護を請求することができる。同一又は類似する商品について出願登録した商標が、中国で登録されていない他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したものであって、混同をもたらしやすい場合は、その登録を拒絶し、その使用を禁止する。非同一又は非類似の商品について出願登録した商標が、既に中国で登録された他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したものであって、公衆に誤認させ、当該馳名商標権者の利益に損害を与えるおそれがある場合は、その登録を拒絶し、その使用を禁止する。」と定めている。2017年7月3日に元国家工商行政管理総局局務会議で審議可決された「馳名商標の認定と保護規定」2条と2009年4月22日に最高人民法院審判委員会第1467回会議で可決された「馳名商標保護関連民事紛争案件の審理における法律応用の若干の問題に関する解釈」（法釋〔2009〕3号）1条の定めに基づき、中国の登録商標と未登録商標は、いずれも馳名商標として認定され、特殊保護を受けられることを推知することができる。

³² 本国馳名商標とは、主に本国の関連公衆に熟知されている商標のことを指す。例えば、2017年7月3日に元国家工商行政管理総局局務会議で審議可決された「馳名商標の認定と保護規定」2条では、「馳名商標とは関連公衆に熟知的商標」と定めている。更に2009年4月22日に最高人民法院審判委員会第1467回会議で可決された「馳名商標保護関連民事紛争案件の審理における法律応用の若干の問題に関する解釈」（法釋〔2009〕3号）1条は、「本解釈に言う馳名商標とは、中国国内で関連公衆に広く知られている商標のことを指す。」と定めている。

³³ 国際馳名商標とは、主に国内だけでの関連公衆に熟知されている商標でもあれば、又は外国だけでの関連公衆に熟知されている商標でもあれば、同時に国内外の関連公衆に熟知されている商標でもあることを指す。

³⁴ 2017年7月3日、元国家工商行政管理総局局務会議で審議可決された「馳名商標の認定と保護規定」2条は、「馳名商標とは中国で関連公衆に熟知されている商標のことを指す。」と定めている。更に2009年4月22日に最高人民法院審判委員会第1467回会議で審議・可決された「馳名商標保護関連民事紛争案件の審理における法律応用の若干の問題に関する解釈」（法釋〔2009〕3号）1条では、「本解釈に言う馳名商標とは、中国国内で関連公衆に広く知られている商標のことを指す。」と定めている。

³⁵ 商標法（2019年版）13条2項の定め。

阻止する。企業名称登記管理規定³⁶13 条は、既に認定された馳名商標（登録馳名商標と未登録馳名商標を含む）について、他人は当該馳名商標を企業名称として使用してはならないと明確に規定している。具体的な実務上、一部の企業は故意で他人の馳名商標と同一又は類似の文字、アルファベット又は符号を自己の企業名称として使用することで関連公衆にその商品又は役務の出所に対する混同又は誤認をもたらしていた。中国法律での当該規定の目的は、正に他人のただ乗り行為が馳名商標の名誉の希釈化をもたらすことを防ぐためである。また、中国法律では更に他人が不正手段で馳名商標を毀損、過小評価又は中傷化（登録馳名商標と未登録馳名商標を含む）することを禁止し、他人が馳名商標を商品の普通名称などに使用することを禁止している。

中国で外国人の登録商標が馳名商標と認定された後で与えられる保護には、法により同一又は非同一の商品又は役務における他人の抜駆け登録の阻止が含まれる。特に、非同一又は非類似の商品についての出願商標が、他人が既に中国で登録した馳名商標を複製、模倣又は翻訳であり、公衆に誤認をもたらし、当該馳名商標の登録者の利益が損害を被るおそれがある場合、その登録を拒絶し、かつその使用を禁止すること³⁷などを含める。ここで言う抜駆け登録には、同一商品又は役務における抜駆け登録と非同一の商品又は役務における抜駆け登録を含める。馳名商標の所有者が法により、このような抜駆け登録を禁止する権利は、いわゆる登録馳名商標に対する多区分保護に該当する。この条項が定める文字どおりの理解から、全ての登録商標が馳名商標と認定された後、いずれも制限のない多区分保護が与えられる。すなわち、登録馳名商標のために、全方位の多区分保護を付与できる。事実上、中国商標法（2019 年版）13 条 3 項に対する理解では、個別の状況に分けて扱う必要がある。①馳名商標の周知性が高ければ高いほど、同商標に提供する保護も強くなり、45 区分の全部に跨る可能性もある。その反対に周知性がそれほど高くなければ、多区分の全部に跨る保護を得ることはできなくなる。例えば、日本の商標「HONDA」と商標「HONGDA」の間の異議申立不服行政紛争事件で、中国の最高人民法院は被異議商標の指定商品である鋼材などと本田技研工業株式会社の引用商標の指定商品である自動車、オートバイなどがその機能、用途、消費対象、販売ルートに、比較的大きな違いがあり、本田技研工業株式会社が提出した証拠資料では、引用商標が自動車、オートバイなどの商品で、既に関連公衆に一定の知名度を有することを証明できるが、被異議商標の出願前に、引用商標の影響力は、未だ公衆がこれら二種類の製品を混同、誤認し、又は関連性を持たせるのに足りない³⁸と判断した。②馳名商標の独創性が高ければ高いほど、提供される多区分の保護が一層多くなる。例えば、日本 YKK 株式会社の商標「YKK」は造語であり、それ自体が特徴的であり、ファスナー商品における商標 YKK は、既に極めて高い知名度がある状況において、「車輛内装飾品」と「ファスナー」は、上流工程製品と下流工程製品の関係にあるため、2 つの製品間には強い関連性があると認定できる。したがって、中国の最高人民法院は商標 YKK が「ファスナー」商品で著名である事実は「車輛内装飾品」で保護を得られると³⁹判断した。独創性に欠ける馳名商標は、比較的少ない区分の保護しか得られない。また、登録馳名商標の多区分保護は、更に多くの要因が関係しており、

³⁶ 「企業名称登記管理規定」は、1991年5月6日に国务院に批准され、1991年7月22日に国家工商行政管理局令第7号として公布されている。2012年11月9日の中華人民共和国国务院令第628号「国务院による部分の行政法規の改正と廃止に関する決定」改正13条では「当事者が、他人が自己の馳名商標を企業名称として登録し、公衆を欺瞞し、又は公衆に誤解をもたらしていると主張する場合は、企業名称登記主管機関に当該企業名称登記取消請求を提出することが可能であり、企業名称登記主管機関は企業名称登記管理規定に基づいて処理しなければならない。」と定めている。

³⁷ 商標法（2019年版）13条3項の定め。

³⁸ 最高人民法院（2015）知行字第254号行政裁定書を参照。

³⁹ 最高人民法院（2016）最高法行再67号行政判決書を参照。

特定の事件に応じて、異なる方法で取り扱う必要がある。登録馳名商標が得られるその他の特殊な保護は、未登録馳名商標と同一である。

6. 馳名商標の特殊保護における弊害

世界各国で馳名商標に提供する保護の実務は、既に馳名商標に特殊な保護を与えており、企業ブランドのイノベーション、競争力の向上に有効なだけでなく、他人のただ乗り、消費者の利益に対する損害、市場競争秩序の妨害に有効であり、最終的に国家の競争力を高める効果を果たすことを証明している。

(1) 関連公衆の知能指数と智慧の弱体化

商標出願の審査、審判又は商標侵害訴訟手続において、係争商標又は被疑侵害商標と引用商標、若しくは被侵害商標が同一又は類似であるか否かを認定する必要があるとき、商標登録審査機関、商標審判機関又は法院は、いずれも非常に緩い基準を採用している。通常、係争商標と引用商標又は被疑侵害商標が類似するか否かの認定では、「商標+商品」基準又は「商標+商品+混同」基準を採用する必要がある。しかし、仮に引用商標が馳名商標であり、又は被侵害商標が馳名商標である場合、商標登録審査機関、商標審判機関又は法院は、大まかに「商標+商品」に対するスクリーン式の判断を行なった後、ビッグキラー「混同」の基準を取り出して、直ちに無断で係争商標又は被疑侵害商標を使用した商品又は役務が、侵害された馳名商標の商品又は役務と必然的に混同をもたらすと認定し、消費者に誤認をもたらし、更に登録拒絶査定又は権利侵害判決を言い渡すに違いない。最も典型的な判例は、商標「GUCCI」と商標「双C」との間の紛争である（下図）⁴⁰。



この判決について、筆者は「貴方は左側の商標と右側の商標が似ていると思うか？混乱を引き起こすか？」との質問のアンケート⁴¹で、700部以上の回答を集め、左側の商標と右側の商標が相互に類似し、混乱を引き起こすと判断した者は1人もいなかった。しかしながら、法官はなぜ左側の商標と右側の商標が相互類似すると判断したのだろうか。実際に法官が手に握る自由裁量権を利用して消費者又は関連

⁴⁰ イタリア知名高級ブランドGucciは商標「双G（ダブルG）」の知的財産権を守るために戦いにおいて、一つの重要な勝利を勝ち取った。情報によれば、イタリア最高裁判所は、Gucci社がLorenzoを名称とする中国皮革製品製造者（持主名称Zhou Shaolin）の商標冒認行為を訴えた上訴について、第26000号判決を言い渡し、Gucci社及びその親会社フランス高級品大手ケリンググループが勝訴とした。被告会社は、製品製造過程において、Gucciの代表的な商標「双G」に酷似する逆向き商標「双C」を商品に使い、消費者に混淆・誤認をもたらしていたが、当該状況について、フローレンス上訴法院は相異の意見を表し、被告製品の品質が正規Gucci製品と同様な品質ではなく、被告の行為がGucciを模倣したものではなく、Gucciと類似すると判断した。しかし、イタリア最高裁判所は、Gucciの商標が被告会社の商標より先行して存在し、かつ同社商標に対する影響が即時的、かつ長期なものと判断した。被告会社の商標が現在及び将来における使用は、Gucciに与えるリスクを増大させると同時に、Gucci社の企業名誉にも悪影響を与える恐れがあると判断した。「高級ブランドも権利行使する。Gucci商標権利行使案件勝訴」より。

資料の出典 <http://dy.163.com/v2/article/detail/DV1ITCS80518VGH2.html>、アクセス期日 2019年7月3日水曜日。

⁴¹ 筆者は特別に「馳名商標保護（アンケート）」を設計し、計1000部以上を配布した後、729部を回収したが、当該アンケートには計10問を設定し、参加者はいずれも自ら選択した。

公衆の知能指数、智慧又は知能を弱めたわけである。アンケートデータの統計から、高級ブランド又は馳名商標を好む消費者が商品又は役務を購入する際、殆どの場合、購入したいブランドに特別な注意を払い、現在購入しようとするブランド商品又は役務が正に正規ブランドであることを確認できた場合のみ、その購入を決めることが分かる。アンケートの統計では、分別無く馳名商標の商品又は役務を直接購入する者はほとんどいなかった。最も典型的な方法は、高級ブランド又は馳名商標の商品又は役務の購入者は、道端の屋台や一般商店では決して購入せず、高級ブランド店又は高級ブランドの商業施設（ショッピングモール）で購入する。稀に消費者が高級ブランド店やショッピングモール以外の場所で購入するとしても、馳名商標又は高級ブランドに対して十分な注意を払い、だまされないようにしている。しかし、馳名商標商品又は高級ブランド商品の模倣商品に対する防御能力は比較的弱いのである。

統計分析によれば、比較的緩い基準で係争商標又は被疑侵害商標が馳名商標と同一又は類似するか否かを認定することは、消費者の知能指数、智慧又は智能を弱め、逆に巨大な幼児と化した馳名商標への溺愛となり、間違なく市場競争の意味では好ましくない。恐らく一部の人は、商標の連想理論、希釈化理論又は関連性理論に基づき、仮に比較的緩やかな基準で係争商標又は被疑侵害商標と馳名商標との間の同一又は類似を認定せず、他人のただ乗りを禁止する場合は、馳名商標の顕著性を希釈化させ、馳名商標の商品又は役務を購入する消費者に馳名商標との連想又は両者間の関連性を生じさせてしまう。アンケートの統計分析を通じ、筆者は消費者が初めて馳名商標の商品を聞いた時にいずれも好奇心を持つことを非常に明確に分かった。この好奇心を具体的な行動に変えるとき、通常、殆ど常連の消費者の指導下で行ない、決して盲目的に購入するようなことはしない。一部の人々にとって、消費能力は限られているので、馳名商標の商品又は役務を買うことはめったにないが、類似商標を誤認するようなこともない。著名な高級品の購入の高度注目度理論⁴²により、馳名商標の商品又は役務は、必ずしも完全に高級品と同等であるとは限らないが、比較すると、馳名商標の商品又は役務の値段が一般商品又は役務より必ず高いことは、購入者の注目を集め。馳名商標の商品又は役務が消費者の高い注目を集めることこそ、健全な知性を備えた普通の人にとって、馳名商標と類似する商標へのただ乗り、又は消費者に誤認をもたらす可能性は比較的小さく、混同をもたらす可能性も比較的少ない。

典型的な事例は、正に商標「頭朝左的鰐魚（左向き頭のワニ）」と商標「頭朝右的鰐魚（右向き頭のワニ）」商標が市場の中で並存しているながら関連公衆に混同をもたらさないことであるが、これは関連公衆が高級品に対して高度に注目しているからである⁴³。

もう一つの典型的な事例は、日本企業の商標「 HONDA」と韓国現代自動車の商標「 HYUNDAI」であり、両者とも英語文字「H」に自社商標を組み合わせたものである。しかし、関連公衆の高度注目により、現在に至るまでに混同をもたらしていない。

⁴² ブランド忠誠度について、74%の消費者はある特定なブランドに対する忠誠度を持つと表明した。去年に比べて1%向上し、人々が高級品ブランドを選ぶとき、最も注目する三大要素は、依然として「製品の細工と品質」(79%)、「製品の価格対効果比」(53.1%)、「ブランド歴史と文化」(51.9%)である。その内、「製品の細工と品質」も高級品消費者が認めた中国本土ブランドと海外ハイレベルブランドとの間の最も主な距離であり、比率は68.2%にも達する。「2017年中国高級品報告」より、資料の出典 https://www.sohu.com/a/153433652_465299、アクセス期日 2019年5月3日。

⁴³ 「長年の紛争を経て、商標「鰐魚」につき、今日再度最高人民法院と対峙」

資料の出典 https://www.sohu.com/a/252653019_221481、アクセス期日 2019年7月3日水曜日。

(2) 馳名商標の所有者による「公地占有」に対する獎励

現在、馳名商標に対する保護を与えるには、(i) 登録馳名商標の多区分保護、(ii) 未登録馳名商標の同区分保護、(iii) 馳名商標類似認定での緩やかな基準の適用、(iv) 馳名商標が悪意に抜駆け登録された場合の期限の無制限、(v) 馳名商標の希釈化防止などが含まれている。このような特殊な保護措置では、いずれも「公地占有」の状況が生じ得る。

(i) の場合、馳名商標が比較的に高い周知性と信頼度を有するため、そのカバー範囲がその周知性と信頼度の高低と関係する可能性がある。すなわち、商標の周知性と信頼度が高ければ高いほど、当該商標を熟知する関連公衆の範囲が広くなり、当該商標の商品又は役務の品質に対する関連公衆の信頼度も高くなることを表明している。当該商標がカバーする商品又は役務がその指定商品又は役務の同区分の範囲に限られているか否かも当該商標の周知性と信頼度に関係している。したがって、法律に基づいて登録された馳名商標に多区分の保護を提供することは正当であり、当該商標の周知性と信頼度は非常に高いからである。もっと重要なのは、当該高度では多区分保護の区分の数で決まる。すなわち、周知性と信頼度が高ければ高いほど、カバー区分も多く、ひいては全部をカバーする可能性もある。その目的は正に他人が当該馳名商標と同一又は非常に類似した商標を使用することにより、消費者又は関連公衆が商品又は役務の出所に対し混同することを防いでいる。しかしながら、その力点は同一又は基本的に同一の商標にある。馳名商標に類似する商標では、多区分保護に慎重に扱うべきであり、勝手に類似度が極めて低い商標まで拡大してはならない。例えば、商標「SORRY」と商標「SONY」の場合、前者は「索力」に翻訳し、後者はオフィシャルに「索尼」と翻訳できるが、英語自体でも翻訳された中国語であろうと、確かに類似している。しかし、いずれかの「索尼」商品の購入者、消費者又は関連公衆にとって、ほとんど混同をもたらしていない。多区分保護で、我々は商標「SONY」をあらゆる区分の商品と役務への登録を禁止できる。また、許諾を得ずに、商標「SONY」をいずれかの区分商品又は役務に使用することに対して、いずれも権利侵害として判断できる。他方、商標「SORRY」を電子製品に登録することは不当行為になる可能性はあるが、商標「SORRY」を穀物、米、紙、文房具に登録・使用することは、適切である可能性もある。この場合、仮に多区分保護を適用すると、「公地占有」の状況に該当する。

(ii) の場合は、正当な合理的保護であり、「公地占有」の問題はない。

(iv) の場合、悪意で馳名商標を抜駆け出願するのは、正に故意に他人の馳名商標（登録有無に係らず）と同一又は基本的に同一の商標を抜駆け出願する行為を指す。ここで、①他人の馳名商標と同一の商標を同一区分のその他の商品又は役務に抜駆け出願した場合、②他人の馳名商標と同一又は基本的同一の商標を非同一区分の商品又は役務に抜駆け出願した場合、③他人の馳名商標と相互類似する商標を同区分の商品又は役務に抜駆け出願した場合、④他人の馳名商標と相互類似する商標を非同区分の商品又は役務に抜駆け出願した場合、に分けられる。これらの場合、①、②の状況は、他人のただ乗りと故意により、馳名商標との混同をもたらすことを防ぐ正当性を当然に有し、③の状況は、混同をもたらすおそれがある状況での正当性を有し、混同をもたらすおそれがないために「公地占有」が生じる状況があり、④の状況は「公地占有」の案件が発生する可能性がある。上述のアンケートにおいて、馳名商標の関連公衆が馳名商標の商品又は役務を購入するとき、通常、高度に注目し、このような類似性により誤認をもたらし、誤って導き、最終的に誤った買い物や、混同をもたらすようなことは少なく、又は基本的ないのである。したがって、この状況は必然的に「公地占有」の現象が発生する。

(v) の状況は、馳名商標に対する希釈化防止の保護である。希釈化防止の概念は、最初 1995 年に米

国が公布した連邦商標反希釈化法に現れている。通説では、連邦商標反希釈化法の公布と適用は、米国の商標希釈化防止に法的根拠⁴⁴を与えたと言われている。馳名商標に希釈化防止の保護を提供し、第三者の登録又は使用により、当該馳名商標の名誉と顕著な特徴を汚したり、又は貶したりすることを防ぐ。馳名商標に希釈化防止の保護を与える場合は、商品出所の混同の可能性を考慮する必要がないことに注目に値する。禁止される希釈化の行為は、正に行行為者が馳名商標と同一、基本的同一又は類似の商標を商品に使用し、たとえ消費者に実際製品に対する混同をもたらさなくても、商標権者は依然として当該行為を禁止できる権利を有する。それは、仮に当該製品の品質が不良又は低劣である場合、消費者が商標権者に対し悪い見方を持つ可能性があり、かつ商標権者が将来的に商標を異なる市場で用いることを妨げる可能性も生じる。したがって、希釈化防止保護の根本的な目標は、競争者が他人の名誉を借りて不正に利益を得ることを禁止することであるが、その論理的な根拠は商標の信用の価値である⁴⁵。この種の特殊な保護は、「公地占有」の状況をもたらすおそれがあるが、主に「商標の希釈化」は一種の主観的な判断であり、一部の非希釈化商標の使用が、商標の希釈化と誤った認定をされやすく、馳名商標の所有者に不正な利益をもたらすことになる。

(3) 馳名商標のために超過利益を追求する機会の創出

2007年1月12日、韓国大法院はスターバックス社が韓国Elpraya社を訴えた商標「starpreya」侵害事件で終審判決を言い渡し、二審判決を維持し、両社の商標は名称と外觀が非同一であり、Elpraya社は権利を侵害していないと認定した。早くも2003年12月、スターバックス社は韓国特許庁に訴え、Elpraya社が使用する商標「starpreya」の名称及び図と商標「starbucks」が酷似し、Elpraya社が「starbucks」の知名度を借りて不正競争を行なっていたため、相手側会社の商標登録の取消しを請求した。当該請求は拒絶され、スターバックス社は、直ちに特許法院に訴訟を提起した。2005年3月、韓国特許法院は二審判決で、両商標名称の中の「star」は一般用語に過ぎず、他の商標と区別するための要部にならないと言い渡した。つまり、スターバックス商標には人魚の図を使用しているのに対し、商標「starpreya」の中で使用したのは、女神の右顔の図であり、両商標は明らかに異なると判定した。したがって、法院はElpraya社が権利侵害をしていないと判断し、原告の起訴を棄却した。スターバックス社は、引き続き韓国大法院に上訴を提起したが、韓国大法院は審理を経て、スターバックス社が韓国で商標「starbucks」を使用して事業活動を行なった期間、広告掲載方法、回数などの状況に基づき、商標「starpreya」の登録前に商標「starbucks」が韓国で既に周知商標になっていたことを確認できないと判断した。確かに、両商標はどちらもグリーンをメインカラーとする円形で、その文字と図の位置も同一だが、その内容が明らかに異なるため、類似商標と認定できない。韓国大法院は、最終的に二審判決を維持する判決を言い渡し、スターバックス社は敗訴した⁴⁶。当該案件で、スターバックス社は米国で登録し設立された会社であり、商標「STARBUCKS」は同社が複数の多国家で登録した商標である。スターバックス社は韓国で、韓国Elpraya社が商標「starprya」を使用することで、自社の商標「STARBUCKS」の

⁴⁴ 何青青「米国商標反希釈化制度の商標保護の役割」法制博覧 2018年2期 171頁。

⁴⁵ 「反希釈化立法の根本は何か?」を参照。資料の出典 <https://www.66law.cn/laws/330711.aspx>、アクセス期日 2019年5月3日。

⁴⁶ 林姜「馳名商標と企業名称の権利衝突」資料の出典 <http://www.110.com/ziliao/article-461139.html>、アクセス期日 2019年5月3日。

権利を侵害したと訴え、「star」という非独創的な英語言葉を独占し、超過利益を勝ち取ろうとした。仮に韓国法院が商標「STARBUCKS」を馳名商標として強い保護を与えると同時に、韓国 Elpreya 社がスターバックス社の商標「STARBUCKS」の権利を侵害したと判決を言い渡した場合、過剰な利益を得られたはずである。しかし、この韓国の事例とほぼ同時に審理された上海の商標「STARBUCKS」は、両者の経緯が似ているにも係らず、判決結果は全く異なり、スターバックス社は過剰な利益を得ることができた⁴⁷。

本質的に、馳名商標は確かに比較的高い周知性を有し、かつ比較的高い信用を有し、関連公衆又は消費者に対して吸引力を有している。法律は馳名商標のために特殊な保護を与えると同時に、形式的にも馳名商標の所有者の正当な利益を保護しており、実質的には最大限に消費者の合法的な権益を保護し、公平な市場競争秩序を守っている。中国の馳名商標の保護制度は、2001年商標法改正から始まったが、事実上、早くも20世紀1980年代から馳名商標の保護、特に海外馳名商標の保護を始めていた。

7. おわりに

中国の現代の商標制度は1982年から始まり、旧商標法では馳名商標の保護を規定していなかった。しかし、改革開放のニーズに応えるために、中国は1985年にパリ条約に加盟し、パリ条約の同盟国となり、かつパリ条約に従い、その他の加盟国の国民の馳名商標に保護を与えた。外国馳名商標は、1985年から中国で特殊な保護が与えられている。2001年に中国がWTO加盟後、再び商標法を改正し、馳名商標の保護を明確にした。第三回改正を経た商標法（2013年版）13条1項は、「関連公衆に熟知されている商標」に馳名商標の認定を請求した場合、特殊な保護が与えられると明確に定めており、中国で関連公衆に熟知されている商標に限られていない。その後、中国では外国馳名商標に非常に良好な保護を与え、最大限に国内外で関連公衆に熟知されている商標に保護を与えつつある。中国の馳名商標の実務で、外国馳名商標に提供する保護が本国国民の馳名商標に対する保護を超えている可能性もあると考える人もいる。このため、馳名商標の保護を調査研究で、多くの回答者は馳名商標の保護、特に類似判断基準の拡大により、明らかに馳名商標と類似しない数多くの商標に類似と判定することになり、実質的に一般消費者の智能、智慧又は知能指数を弱体化させ、馳名商標にその馳名商標を利用して大いに「公地占有」を行い、過剰な利益を得られるようにしたと考えていた。今後、馳名商標の保護に関する研究では、強化と弱体化、最適化と浄化の複数の観点からの研究を同時に展開すべきであり、一方的に馳名商標の保護を強調し、強化することは、くれぐれも忌まなければならない。

⁴⁷ 同上。

第
3
章

III. 外国馳名商標の保護

中国社会科学院 知識産権センター 張 鵬 専任研究員

1. 前書き

中国商標法下の外国馳名商標保護の問題自体は伝統的なトピックであり、中国はパリ条約¹に加盟し、関連条約義務を履行している間、外国馳名商標の保護の境界を、立法と司法の観点から継続的に定めてきた。MUJI 商標権侵害紛争事件に関する北京市高級人民法院の最終審の判決で、このトピックは再び焦点となった。判決は、良品計画、上海無印良品に、棉田社、北京 MUJI の登録商標専用権の侵害を直ちに停止すると共に、Tmall の「無印良品 MUJI オフィシャルフラッグショップ」及び中国本土の実店舗で声明を発表し侵害の影響を排除し、50 万元の経済的損失と 12.6 元以上の合理的な費用を補償するよう命令した²。この侵害訴訟に先立ち、両当事者は北京 MUJI が登録した 24 種類の商品に関する「MUJI」商標の有効性に関する行政訴訟も起こした。良品計画は、北京無印良品は悪意のある抜駆け出願の疑いがあり、その登録商標は取り消されるべきと主張した。しかし、最高人民法院は原告の主張を支持しなかった³。

当該侵害判決は、ビジネス環境を最適化し⁴、知的財産保護を強化しよう⁵とする中国の取り組みの背景のもと、さまざまな分野に強い反響を呼んだ。この判決は、外国馳名商標の所有者と中国国内の商標登録者との間の利益調整に関し、中国商標法に基づいてどう対処するかを反映した。日本の商標法に注意を向けると、1990 年代には早くも日本の商標法が、外国の馳名商標が日本で先取登録される状況を規制するために、4 条 1 項 19 の規定を導入したことがわかる。したがって、中国商標法に基づく外国馳名商標の保護に関する争論は既に、日本の商標法では立法で適切に解決されている。このような状況下で、実際には、中国の学界と実務者の間には、中国は日本の立法経験から学び、外国で非常によく知られているが、実際には中国で使用されていないため、この外国商標と全く関係のない第三者に先取出願される問題の解決を推奨する声がある。

この点に関して、この報告では、中国でまだ実際に使用されていない外国馳名商標を先取りする問題に対する中国商標法の下での既存の解決法を調査し、既存の保護が完全であるか、どの程度の修正が必要かを分析する。

結論として、本報告は最終的に次のとおり指摘する。外国馳名商標権の所有者が、既存の規制（中国商標法の 13 条 2 項、32 条後半、15 条など）で他人が商標を先取することの防止が不可能な主な原因是、中国の商標法の規範を適用する際に司法機関が厳格な属地主義に従う傾向があり、特に中国の領土での外国馳名商標所有者の実際の使用に重点を置いて、その周知性が実際に中国の領土に及ぼしたかどうかを包括的に検討することがない。実際、パリ条約 6 条の 2 (1) は、「商標の所有者は、その商標を馳名

¹ 第六回の全国人民代表大会常務委員会第八回会議の決定により、中国は 1985 年 3 月 19 日にパリ条約に加盟した。詳しく述べは『全国人民代表大会常務委員会公報』1984 年をご参照

² 無印商品（上海）商業有限公司などと北京無印良品投資有限公司などとの商標権紛争事件二審民事判決書（北京市高級人民法院民事判決書（2018）京民終 172 号）。

³ 最高人民法院行政判決書（2012）行提字第 2 号。

⁴ 2019 年 10 月 8 日国务院第 66 回常務会議では、「ビジネス環境を最適化する条例」（国务院令第 722 号）が採択され、2020 年 1 月 1 日より施行される。

⁵ 中共中央弁公庁国务院弁公庁「知識財産権の保護を強化する意見」新華社、2019 年 11 月 24 日。

商標として保護することを商標が登録または使用されている国に要求する場合、商標が登録または使用的国において馳名であることを証明しなければならない」としか規定せず、「その国において実際に使用された」ことを要求していない。一方、誠実信用の原則の観点から見れば、実践における様々な悪意のある行為を規制する一般条項が存在しないため、現実には悪意の抜け駆けを行う主体が存在し続ける状況である。上記の2点をまとめて、本報告書は、「馳名」の意味が正しく理解されていれば、日本商標法4条1項19号の規定を立法に導入する必要はない結論付ける。しかし、「不正競争の目的」(悪意のある)の問題については、中国の商標法には柔軟性のある抜け穴防止条項が必要であり、今後の商標法のより包括的な改正では、誠実信用の観点から審査、異議申立、無効審判、侵害訴訟などの商標権の取得と行使のすべての段階を貫く一般条項を設ける必要がある。

2. 現行中国商標法に基づいた対応

現在の中国の商標法には、日本の商標法の4条1項19号と同じ規定ではなく、当該規定が対象とする主な適用場面で、中国の商標法には対応する救済ルートがない。しかし、これらの救済ルートは、異なる規範に散在し、具体的な司法実践に反映されている。むろん、この分散型規制のパターンは、既存理念の制約もあるため、外国馳名商標の中国での保護に抜け穴をもたらす可能性もある。よって、日本の経験から学び、立法を通じて外国馳名商標の先取りを早急に規制する必要があるかとの提案が出てくる可能性がある。以下、このような立法上の議論の前提条件として、筆者は、外国馳名商標の先取り問題への現在の中国での司法実践の対応現状を客観的に提示し、この実践状況を生み出した理念を分析する。外国馳名商標の保護問題は、登録段階と権利行使段階に関するため、以下でそれぞれ説明する。

(1) 登録段階における外国馳名商標保護

(i) 未登録商標の保護

登録主義が重視され、この制度が採用されていることは、未登録商標が効力を持たないことを意味しない。未登録商標は、使用により具体的な信用を取得する。商業標章を保護するとの法律趣旨から見れば、登録主義の最終目標も具体的な信用の形成を促進することであるため、両者の間に矛盾はない。ただし、具体的な制度設定に関しては、登録を通じて全国統一の効力を取得する登録商標制度とは異なり、未登録商標は、その生成した具体的な信用により効力範囲が異なるので、未登録商標の具体的な信用範囲により、後の登録商標への対処が異なる可能性がある。

出願前に具体的な信用を形成した未登録商標と後願商標登録との関係を対処する際、(a)後の商標の登録を阻止するには、登録主義の制度優位性を保護すべく、未登録商標が一定の影響力を有した場合のみその効力が認められる。(b)後願登録商標の使用を排除するとき、具体的な信用の形成を重視すべく、具体的な信用の存在により混同状態が生じる場合にのみ排他的な権利の行使が認められる。(c)未登録商標の効力法定主義の原則を遵守することである。その効力は、明確な根拠がある場合にのみ主張できる。登録主義の制度機能が相殺を防止し、未登録商標の効力に対して開放的な解釈をしてはならない、という三つの原則に従って関連解釈を行う必要がある。中国商標法の対応する規範を具体的に言うと、13条2項「未登録馳名商標は他者の抜け駆け出願を阻止」及び32条後半の「他者によって使用され、一定の影響を有した商標」があげられる。したがって、以下、外国馳名商標の保護における上記の2規

定の適用について説明する。

①商標法13条2項

筆者が検索で取得した、外国馳名商標が中国で他人に登録された後、外国馳名商標の権利者が商標法13条2項を適用し当該登録を阻止することを主張する案件を見る限り、既存の司法実践はいずれも否定的な見解である。その主な理由は、外国馳名商標の実際の使用は中国の国境外で発生し、海外の実際の使用が中国国内の関係者に広く知られるようになったとしても、それは13条2項に基づいて評価しないためである。例えば、「熱刺」⁶の案件において、法院は、「TOTTENHAM HOTSPUR LIMITED」が、「熱刺」商標は中国で登録されていないサッカークラブ又はスポーツ分野の馳名商標であると主張したが、提出した証拠の一部が国外で形成されたものである」と指摘した。「MONTAGUT」案件⁷で、法院は、「この案件の審判段階で提出された使用の証拠のほとんどが中国本土以外の地域での使用・宣伝の証拠である」と指摘した。「YES」案件⁸において、裁判所は、「ブランド「YES」のチャック商品は流通分野に入り関連公衆に知られたのは中国本土以外で発生したので、当該証拠は、商標「YES」が中国本土範囲内において既に馳名商標になっていた又は一定の影響を有していたことを証明できない」と指摘した。「Dr. fresh」案件⁹において、「二つの証拠は、「DR. FRESH, INC.」の商標が中国以外の他の国や地域での登録が認められていることを証明できるだけであり、中国本土での「DR. FRESH, INC.」の商標の使用と周知性を証明することはできない」と指摘した。「NFL」案件¹⁰において、法院は、「中国の関連公衆が1996年6月の前にテレビ、ラジオ、インターネット、雑誌などの媒体や、海外旅行を通じて、原告の商標に関する情報を容易に入手できるという原告の主張は、事実根拠がなく、本法院は認めない」とした。

むろん、実際の使用事実の評価が中国本土での発生に限定されず、周知性の範囲から案件を検討する事例もあるが、13条2項の保護を求めるには、高い周知性が要求されるので、外国の馳名商標の権利者の請求は結論として依然として拒否されることになる。例えば、「金沙」¹¹案件で指摘されているように、「原告が提出した証拠から見れば、証拠のほとんどは香港、台湾及びその他の国や地域における原告の商標の使用・宣伝の証拠である。商標権の地域原則で、香港、台湾及びその他の国や地域での使用・宣伝の証拠は、中国本土での宣伝と同一視できない。上記の証拠の一部をまとめると、係争中の商標が出願される前に、原告が使用した「金沙」商標は中国本土で一定の人気があったが、馳名商標のレベルに達しなかったことが証明できる」とある。

一部の案件では、外国馳名商標の権利者は、中国でのOEM生産後に外国に輸出する場合があるので、中国での生産及び輸出活動は、中国における外国馳名商標の実際の使用行為に該当し、当該行為は13条2項の評価の基礎とすべきであると主張する。しかし、司法実務では、当該主張に否定的な意見が持たれている。例えば、「J·Lindeberg」の案件¹²で指摘されているように、「J社はその図形商標の中国本土での周知性を証明したい場合、中国本土の消費者がその図形商標を知っていることを証明する必要がある。消費者が市場段階にいることは異論がない。J社が提供した証拠は、そのブランドの製品の加工と

⁶ 北京市高級人民法院行政判決書(2015)高行(知)終字第1435号。

⁷ 北京市第一中级人民法院行政判決書(2010)一中知行初字第38号。

⁸ 北京市高級人民法院行政判決書(2010)高行終字第1067号。

⁹ 北京市第一中级人民法院行政判決書(2010)一中知行初字第873号。

¹⁰ 北京市第一中级人民法院行政判決書(2005)一中行初字第1108号。

¹¹ 北京市第一中级人民法院行政判決書(2012)一中知行初字第108号。

¹² 北京市第一中级人民法院行政判決書(2011)一中知行初字第1017号。

生産が広東省で行われたことを証明できるが、この段階とつながる販売市場は中国ではなく、中国本土の消費者と接触していない。中国の消費者はこれを知ることができない。したがって、その図形商標が中国消費者に知られており、中国で一定の影響があり、そして高い周知性が形成できたことを証明できない」とある。

②商標法 32 条後半

商標法 32 条の後半の規定は、効果としては、異議申立事由（33 条）と無効審判の相対的事由（45 条）となっているため、他人の登録を阻止する請求権の基礎となる。要件から見れば、32 条の後半は、「一定の影響を有する」 + 「不正な手段」である。「一定の影響を有する」という要件は、もし比較的に大きい地域又は全国で知られるのではなく、とある地域だけで知られれば、他人の商標登録を阻止できると規定されたら、商標登録者は狭い地域での標章の実際の使用の有無を調査できず、未登録商標であれば公示公告もないため、他人が営業標章を選択する自由を妨害する可能性が高い。もちろん、当該条項の後半では、狭い地域での「一定の影響」に加えて、「不正な手段」の要件が追加されているが、「不正な手段」を構成するものの判断は商標登録者の主観状況にある。「一定の影響」の下で、一定の地域内で使用されている先行未登録標章は、後願の商標登録者に主観的な悪意がある限り、特にこの先行未登録標章の存在を知っている、または知り得る場合、後願の登録は阻止されるべきである¹³。しかし、司法解釈の作成者は、「一定の影響」の判断基準は案件の状況に依存し、全体として基準を高くするのは妥当ではないが、抜駆けされた商標は登録者に事前に知られたことだけで、一定の影響があるとの判断は妥当ではないと考える¹⁴。一定の地域で一定の影響力を持たない未登録商標は、たとえ他の人が不正な手段を持っているとしても、他の人の後願の登録を除外すべきではない。

外国馳名商標の保護における 32 条後半の適用で、最も価値のある先行事例は「MUJI」行政訴訟事件である。当該事件では、最高人民法院は、32 条の後者の段落の適用に関する三つの課題に対して明確な回答をした。一つ目は、「一定の影響」の判断は「中国国内の実際使用」を基準とすることである。本件では、良品計画は、行政手続き及び訴訟手続きで一連の証拠を提出し、「MUJI」商標が被異議申立商標の申請日（2000 年 4 月 6 日）前に、中国本土で第 24 類の商品で使用され、一定の影響がある証明しようとしたが、提供された証拠は、2000 年 4 月 6 日以前に良品計画の「MUJI」の日本、中国香港などの地域での宣伝と使用、及びこれらの地域での周知性しか証明できず、「MUJI」商標が実際に中国本土で第 24 類のタオルなどの商品に使用され、一定の影響を有することを証明することができない。

二つ目は、OEM 形式の中国国内での生産及び輸出行為は、一定の影響を形成する商標の使用行為としないことである。判決によれば、商標の基本的な機能は、商標の識別性、つまり異なる商品または役務の由来を区別することにあるため、商標は商品の流通においてのみその機能を果たせる。二審法院は、良品計画が輸出のために中国本土のメーカーに第 24 類の製品の生産加工を委託し、宣伝や報道などはいずれも中国本土外にあるため、これらは商標法で規定された「既に使用され、一定の影響力を有する商標」に該当せず、商標法の立法の初心に合致すると指摘した。

三つ目は、32 条の後半に記載の「一定の影響力を有する」 + 「不正な手段」の二つの要件の関係に関し、悪意の程度に関係なく、中国国内での使用により「一定の影響」を形成したことが要求されること

¹³ 最高人民法院「商標権利授与、権利特定に関する行政事件の審理に関する若干問題の意見」（法發（2010）12 号）18 条。

¹⁴ 孔祥俊、夏君麗、周雲川「「商標権利授与、権利特定に関する行政事件の審理に関する若干問題の意見」に対する理解及び適用」人民司法 2010 年 11 期。

である。判決において、「他人に既に使用され、かつ一定の影響を有した商標を、不正な手段で先取出願してはならない」という商標法の規定の立法目的は、悪意のある抜駆け出願を禁止することにあるが、すべての未登録商標を対象としているわけではない。本条項の抜駆け禁止の範囲に該当するのは、先行使用があり、かつ一定の影響を持つ商標のみである。良品計画の「MUJI」商標は、強い顯著性と創造性を有するが、その提供した証拠は、当該商標が中国本土で第24類の商品で使用され、かつ一定の影響を有したことを見証するのに十分ではない。よって、棉田社の対象商標の登録出願に主観的悪意があるかどうかを判断する必要もなくなっている。

判決の一点目、つまり外国馳名商標が中国国内で実際に使用されている場合にのみ「一定の影響」があると判断を下すことに関し、実践では判決の最初の段落の厳密な属地主義とは異なる判決がある。例えば、「モス」案件¹⁵で指摘されているように、係争商標の出願日前に、第三者が運営する「モスバーガー」や「MOS BURGER」などのチェーン事業は、中国の台湾地域で一定の周知性があった。「モスバーガー」は、中国本土と台湾地域との経済貿易交流の日々の頻繁化に伴って、関連報道により多くの関連公衆に知られている。原告と第三者の居住地は共に台北の中山区にあり、二つの場所は遠くない。第三者は、原告が台湾地域でハンバーガーなどの商品に「モス」ロゴを使用し、一定の影響を有したことを知るはずである。それに、第三者及びその会社は海峡两岸の経済貿易活動に積極的に参加しており、中国本土における係争商標の登録出願は主観的悪意を有すると判断されるべきである。「NUXE」案件¹⁶で指摘されているように、被異議申立商標の登録出願日前に、既に欧米及び香港で高い周知性を得ており、「NUXE PARIS 及びツリー図形」商標は、NUXE社の使用・宣伝により、高い商業的価値及び一定の影響力を有していた。化粧品は注目度の高い日常用品であるという事実を考慮すると、これらの商品に対する関連公衆の認知程度は他の商品とは異なり、客観的には、海外から購入して国内で使用する中国の関連消費者が確かに多数いる。上記の要素を総合的に判断すると、本件の場合、被異議申立商標の登録出願日より前に、NUXE社の「NUXE PARIS 及びツリー図形」商標は、化粧品などの商品において中国本土の関連公衆に知られており、そして、一定の周知性を形成したことが判断できる。なお、既存の厳格な属地主義の理解をある程度突破する状況は、上記の二つの案件にのみ反映されている。32条の後半が適用される大多数の案件では、「MUJI」行政訴訟事件と同じ見解が保持されている。

判決の二点目は、中国国内でのOEM行為が商標的使用に該当するかの問題である。それ以降の司法実践を見れば、同じく否定的な見方が持たれている。「MELISSA」案件¹⁷では、「ADEXI社が提出した証拠及び関連する陳述は、同社が中国本土のメーカーに外国への輸出用の「MELISSA」商標を付けた製品の生産を委託し、中国本土で販売または宣伝されていないことを証明するだけである。」とある。「GANZ」¹⁸において、「GANZ社は、中国本土のメーカーに輸出用の玩具製品の製造加工を委託したが、「GANZ」商標が中国本土で玩具製品に先行使用され、かつ一定の範囲内の関連公衆に知られていることが証明できない」とある。「Euro-pro」案件¹⁹において、「掃除機などの商品は中国本土で加工されているが、ケベック州の企業に販売されている、つまり関連製品が中国本土で販売されていないため、「Euro-pro」が中国本土で商標として使用され一定の周知性を有することを証明できない」と判断した。「hunkemöller」案件²⁰で

¹⁵ 北京知識産権裁判所行政判決書(2015)京知行初字第04000号。

¹⁶ 北京市第一中级人民法院行政判決書(2012)一中知行初字第1053号。

¹⁷ 北京知識産権裁判所行政判決書(2015)京知行初字第6581号。

¹⁸ 北京市高級人民法院行政判決書(2016)京行終879号。

¹⁹ 北京市高級人民法院行政判決書(2013)高行終字第922号。

²⁰ 北京知識産権裁判所行政判決書(2015)京知行初字第1874号。

は、「HUNKEMOLLER 社が提出した「hunkemöller」商標の使用の証拠には、中国本土と関連するものは OEM 生産のみであり、しかも関連商品はすべて海外販売である。関連製品が中国本土の流通地域に参入していないため、商標が商品の出所を識別する役割を果たせない。よって、当該 OEM 行為は、商標の使用行為と見なすべきではない」とした。「CAPLE」案件²¹において、「中国で OEM 行為しかなく、すべての製品は輸出され、中国で販売されていないため、その「CAPLE」商標は中国国内では商標法の意味で使用されてしまう、一定の影響を形成することもない。原告は、その生産者は関連公衆であると主張したが、特定の市場主体の間で発生した委託加工関係は、商標の識別作用を通じて確立されるものではないため、当該商標が商品の出所を区別する役割を果たしたと判断し難く、商標法の意味での使用行為に該当しない」と法院は判断した。

(ii) 誠実信用原則の視点から悪意の抜け出願を防ぐ

2013 年に改正された商標法の 7 条 1 項では、「商標の登録及び使用は誠実信用の原則に従うものとする」と規定されている。商標法のこの改正により、立法機関が商標の登録と使用過程でのあらゆる不正行為を重要視していることが明確になった。しかし、この規範は、誠実信用をコアとする商標登録・使用体系が既に中国の商標法で確立されていることを意味するものであるか。答えが肯定的である場合。次のタスクは、どのように誠実信用原則自体の規定に従って必要な場合にそれを示し、商標登録・使用が有効かどうかを判断及び評価するための基礎とするか、どのように商標法の原理における登録と使用との二つの永遠のトピックをめぐって、誠実信用原則の地位を探求するか、及び、どのように 7 条 1 項以外の、誠実信用原則を利用し正当性を取得する関連規範を体系的に適用するかにある。

歴史的観点から、1982 年の商標法では、登録及び使用の過程での不誠実な行為に対する規制はなく、悪意のある登録行為は、1993 年に改正された商標法で立法の視野に初めて入った。27 条には、8 条の登録商標に関する実質的な条件と、抜け穴防止の性質を持つ「欺瞞手段またはその他の不正な手段で登録を受けたもの」が絶対的な理由として記載されている。「欺瞞手段またはその他の不正な手段で登録を受けたもの」に関する解釈は、「現在、商標登録の管理で直面している問題は一部の人が欺瞞の行為を働いて商標登録を詐取するほか、他者によって長い間使用され、一定の名誉を有する商標を不正な手段で先取出願し、不当な利益を図る人もいる。現行の商標法には、そのような欺瞞性の登録に対応する規定が欠如する。この状況に対応して、一部の国のやり方を参考して、草案は現行の商標法に、「商標登録が欺瞞手段またはその他の不正な手段によって取得された場合、当該商標は商標局より取り消される。」という新しい段落を追加した」であり、修正案（ドラフト）の注記「30」に記載されている。

1993 年の商標法に付随する商標法実施細則の 25 条では、商標法の 27 条 1 項に記載の欺瞞またはその他の不正な手段によって登録を取得する行為について説明した。つまり、(a) 事実真相を虚構・隠し立てし、または出願書類及び関連書類を偽造して出願すること。(b) 誠実信用原則に反し、複製、模倣、翻訳などの方法により、公衆によく知られている他人の商標を出願すること。(c) 代理人は、許諾を受けることなく、その名義で被代理人の商標を登録出願すること。(d) 他人の合法的先行権利を侵害し出願すること。(e) その他の不正手段で登録を取得すること。

上記の五つの条項は、現行の商標法の個別の条項になっている。その (a)、(e) は、現行の商標法の 44 条 1 項に対応し、(b) は現行の商標法の 13 条 2 項に対応し、(c) は現行の商標法の 15 条 1 項

²¹ 北京知識産権裁判所行政判決書(2015)京知行初字第 4151 号。

に対応し、(d)は、現行の商標法32条の前半に対応する。中国商標法13条2項の馳名商標が他人登録を阻止する規定は、中国で使用され、かつ馳名レベルに達した商標に限られているため、中国国内で使用され、かつ馳名レベルに達した未登録商標が他人による抜駆けの後願商標登録を阻止できるという13条2項の規定は、登録主義の下にある具体的な信用に対する保護の角度から把握されるべきである。

①商標法15条（代理人などの先取出願）

立法の沿革をみれば、中国において、代理人などによる先取出願に関する規制の適用範囲は徐々に拡大してきた。1993年の商標法に付随する商標法実施細則の25条では、適用範囲は「代理人」に限定されている。2001年の商標法の15条では、その範囲を「代理人または代表人」に拡大し、商標出願登録の仲介である代理人に限定されない。2013年の商標法15条では、元の1項に加えて2項が追加され、権利授与・権利確定に係る16条の「その他の関係」について、親族関係、労使関係、最寄りの営業住所、代理店又は代表者の関係及び契約・取引関係まで拡大解釈した。これにより、この規定の適用範囲は大幅に拡大された。そのため、一部の学者は、商標法15条2項は、外国馳名商標の先取出願を規制する抜け穴防止条項と呼べると指摘している²²。ただし、当該規定に対応する司法実践を見れば、15条1項の「代理人または代表人」による先取出願状況に関し、被代理人の中国における実際の使用は要求されないが、代理又は代表関係に関する判定は依然として厳しく、15条2項などの「その他の関係」の判定は証明要求を大幅に削減したが、中国での先行使用が必要とされる。

②商標法44条1項（欺瞞手段又はその他の不正手段による商標登録の取得）

商標法の44条1項に規定されている無効理由のうち、10条のほとんどは公序良俗、国際的な信義を損なう商標に対応し、11条はほとんど識別性不備または独占されるべきではない商標に対応し、12条は三次元商標に対応している。これらは、従来の商標法上の他者の登録を阻止する絶対的な理由であり、請求を提起する主体は、利害関係者などの制約や5年間の除外期間の制約を受けない。この規定について議論の余地があるのは、「その他の不正な手段」の解釈方法である。商標審査及び審理基準²³では、審査段階で、44条1項の規定は、他人の顯著性の高い商標、商号、企業名称などと同一又は類似する商標を複数出願すること、又は明らかに真の使用意図を有しない商標を大量に出願することを阻止する。そのため、学者は、44条1項の「その他の不正な手段」の各手続きで適用は、使用意図のない大量出願を阻止する機能を果たし、「不正な手段」の唯一の用件となる一般条項の機能を初めて有するようになった²⁴と指摘する。

ただし、この規定の適用には、実務でまだ多くの問題がある。一つ目は、「その他の不正な手段」は、商標登録の秩序を乱し、公共の利益を損ない、公共の資源を不正に占有する行為である（権利授与・権利特定²⁵24条）と強調し、特定民事主体の権益保護を調整対象外とすることである。ただし、実際には、この段落の規定が特定の主体の権益に適用される場合もある。「クレヨンしんちゃん」²⁶の案件において、

²² 藏宝清「商標法15条2項の適用に関するいくつかの課題」

出典 https://mp.weixin.qq.com/s/nPiLADaVXvAYrvbXR-_Rzw .

²³ 国家工商行政管理総局商標局「商標審査及び審理指南」の最新改定版の発表に関する公告」2017年1月4日、http://sbj.saic.gov.cn/tzgg/201701/t20170104_233075.html . アクセス時間2020年1月11日。

²⁴ 張鵬「悪意のある商標先取り出願を防止する規範の体系化に対する解説」知識産権2018年7期。

²⁵ 最高人民法院「商標権利授与・権利特定に関する行政案件の審理問題に関する規定」（法釈〔2017〕2号）。

²⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2011）高行終字第1428号。

「クレヨンしんちゃん」シリーズの漫画及びアニメは、係争商標の出願日より前に日本、中国香港、中国台湾で広く配信及び放送されており、高い周知性を得ていた。係争商標の元の申請者である「誠益」社は、香港と隣接する広州に位置し、「クレヨンしんちゃん」の周知性を知っているはずであった。「誠益」社は、「クレヨンしんちゃん」の文字またはキャラクターを商標として登録出願し、主観的な悪意が明らかである。同時に、「誠益」社は、他人の商標を大量かつ大規模で抜駆け出願し、利益のために転売を行う行為を有することも考慮される。特定主体の権益は、多くの場合、他者の登録を禁止する商標法の他の規定（13条2項、32条など）に対応するが、両者の主な違いは請求主体と除外期間の設定にある。除外期間外にあり、特定の権益に従って無効審判手続きを請求できない場合、「不正な手段」を証明することによってのみ、他人の登録行為を阻止できる。

二番目は、「大規模、大容量」が適用可能とみなされる範囲である。実際には多くの不安定性がある。そして、量の観点から一律の結論を出すことは難しいと思われる。したがって、総合的な測定のために悪意のある観点に戻る必要がある。もちろん、これは一般条項の使用において必然的に発生する予測可能性を損害する問題でもある。

③商標法4条(使用を目的としない悪意の商標登録出願)

中国の商標法では「使用意図」に関する要件がない。商標法4条の「生産及び経営活動」における使用、及び商標法7条の「登録申請の際に誠実信用の原則に従う必要がある」は、「使用意図」の要件の役割を果たす法的解釈のツールになる可能性があるが、この二つの条項は、審査、異議申立、無効審判手続きで法的効力を有しないため、規範的な役割を果たすことは困難である。

この状況に対応して、2019年4月23日、第13回全国人民代表大会常任委員会の第10回会議は、「中华人民共和国の商標法の改正に関する決定」²⁷を審議し、採択した。この修正と、2013年の3回目の商標法改正との時間的間隔が短い期間での改正の背景は、近年、中国で商標登録出願の件数が増え続けており、それらの多くが悪意を持って登録されていることがある。現在、申請中及び登録した商標のうち、相当数の商標は、実際に使用されたことはなく、使用されることさえ意図されていない。したがって、このますます深刻な商標制度の疎外に対処するために、商標法の修正が急務となった。これも、商標法の今回の改正で最も注目すべき点である。この改正は、4条1項を「生産及び事業活動において商品又はサービスの独占的な商標権を取得する必要がある自然人、法人、並びにその他の組織は、商標登録局に商標登録を申請する。使用を意図しない悪意のある商標の登録申請は拒否される。」と改正した。同時に、代理機構について、19条3項を、「商標代理店は、クライアントによる登録に適用される商標が本法4条、15条、及び32条で指定された状況に属することを知っている、又は知っている必要がある場合、委託を受け入れない。」と改正した。また、4条の事由を33条の異議申立事由に追加し、4条の事由を44条1項の無効審判事由に追加した。紛争の焦点は、4条での使用を意図していない悪意のある商標登録申請を構成するものにある。この点について、市場監督管理総局は、その適用範囲を明確にするための詳細な規則も発行している²⁸。つまり、今回の立法は、「使用を目的としない悪意のある商標の登録申請」を、審査、異議申立、無効審判手続きにおいて法的効力を有する規範と見なしている。

ただし、使用を目的としない悪意のある商標出願に関する規定は、悪意のある商標出願のみを対象と

²⁷ 中華人民共和国主席令第29号 2019年4月23日に公表、2019年11月1日施行。

²⁸ 「商標登録出願行為を規範する若干の規定」（国家市場監督管理総局令第17号）2019年10月17日。

する。つまり、使用を目的としないことは、あらゆる種類の悪意のある出願をカバーするにはまだ十分ではなく、その制度の影響はまだ見られない。

④商標法32条前半（先行権利により他者の登録を禁止）

商標法の32条の前半は、「商標登録出願は、他者の先行権利を害するものではない」と規定しており、その立法目的は、権利の衝突を回避すること、具体的には商標登録後の使用行為が他人の先行権利又は権益を害することの防止である。この規範は実務でも外国馳名商標の権利者に利用されており、先行権利である著作権または商号権に基づいて中国での抜駆け出願の無効を主張する。ただし、具体的な案例では良好な禁止効果が得られないことが多く、その主な理由は、この規範は外国の有名な商標が先取られていることに対して、特に規定されているわけではないためである。

外国の有名な商標（文字または図形）が中国の著作権法上の作品を構成すると主張する場合や、著作権の享受を主張し後の抜駆け出願を禁止する場合、最高人民法院が下した「雄獅商標」事件²⁹では、特に次のように指摘した。「著作権は特殊な権利タイプとして、権利の保護期限が長く、範囲が広い。ただし、著作権が商標法の先行権利として保護されている場合には、厳格に制限され、その保護範囲を限定すべきであり、先行著作権に馳名商標のような保護範囲と保護力を獲得させるべきでなく、そうでなければ、商標法の権威、厳格、優先的な権利を優先的に保護する立法の本意と一致しない。」この法令の下で、アルファベット又は簡単な商標類図形からなる外国の有名商標は、32条の先行権利と認定することは困難である。「ja 図形」の事件³⁰で指摘されているように、本件の「ja 図形」は単純な黒色の太い線で簡単に構成されていて、この知的成果は独創性を要求される基本的な知的創作の高度に達しておらず、著作権という専有権の保護を与えると、公共資源が不当に占有される可能性があり、著作物の創作を奨励する目的の達成も困難である。

外国馳名商標の権利者は、中国国内でその商号を使用していない場合、先行権利としての商号権を享有できない。先行権利の一つである商号権の場合、中国で登録しなかった商号については、商号権は中国本土で登録することを要件（“HISHINUMA”事件³¹）としないと主張されているが、司法実践の中で、中国国内での使用で一定の周知性を持ったことを証明した後で、企業名などの権益（“遠藤”事件³²）を享受できる。つまり権利の基礎は、中国本土での商号の使用行為である。

（2）権利侵害段階における外国馳名商標に対する保護

（i）外国馳名商標の権利者は他人の商標使用行為に対して救済を主張可能か

日本の法律では、外国馳名商標の商標権者による、他人の日本での商標の不正使用に対する救済を主張する主な根拠は、不正競争防止法2条1項1号（商品など主体混同行為）、2条1項2号（著名標章の不正利用行為）、及び2条1項22号（代理人等による商標の使用行為）である。

これに対応して、中国法では、主に商標法13条2項（先行使用されていた未登録の知名商標は他者による使用が禁止される）、商標法15条（被代理人などの他人による使用が禁止される）、反不正当競争法

²⁹ 最高人民法院行政判決書(2017)最高法行再11号。

³⁰ 北京市第一中級人民法院行政判決書(2012)中知行初字第598号。

³¹ 北京知識産権裁判所の行政判決書(2015)京知行初字第4398号。

³² 北京市高級人民法院行政判決書(2018)京行终122号。

6条（商品などの主体混同行為）である。

上記の要件から判断すると、代理人などによる他者の使用を禁止する規制に加えて、中国と日本でのその他のルールの適用は、排他的権利が周知性のある地域範囲内に限定されることを引き続き強調している。したがって、外国馳名商標が中国で実際に使用されていないが、中国でよく知られている場合、周知性の及ぼした範囲内で権利侵害の救済を行うことができる。

ただし、外国での存在を広く認識しているが、中国で周知性がない場合、侵害段階での救済は拒絶されるべきである。司法実務を観察すれば、中国と日本はそれぞれの商標法や不正競争防止法が領土外で適用される場合があり、これにより自国の商標法や不正競争防止法が結果的に外国馳名商標の権利者の利益を保護することができた。

単純に外国で生じた周知性が、その主体が日本国内で周知性を生じた外国への輸出を禁止する権利を有しているかどうかを例にとると、日本の「SPARK-S」事件³³で裁判所は、日本国内では周知性の要件を満たさず、差止請求を棄却したにもかかわらず、被告にサウジアラビアへ侵害品の輸出を禁止した理由は、サウジアラビア内で周知性を生じているためと指摘している。つまり、同案には日本不正競争禁止法が適用され、サウジアラビアで生じた周知性を保護している。中国の司法実践でも同様の判断をしている。“春光食品”案件³⁴で、中国の法院は、侵害された製品が輸出の一環でアラブ首長国連邦という単一の外国市場でしか販売されていないことについて、請求された保護地の法律の規定により、原告はまずその国外市場で有名な商品に当たることを立証しなければならないと指摘した。この事件において、請求された保護地の法律はアラブ首長国連邦の法律を指しているが、事件の特殊性は双方の当事者が共同で中国の反不正競争法を使用することを選択したため、最終的には中国の反不正競争法が適用された。すなわち、結論的には日本の実践と同様に、自国の法律により外国の有名な商標に対して輸出の一環で保護を与える。

（ii）外国馳名商標の商標権者が冒認出願主体からの侵害訴訟に対して抗弁を主張できるか

侵害の対応で、外国馳名商標の商標権者は、中国国内の冒認出願人による侵害主張に対して抗弁する余地がある。ここで司法手続きにおける2つの状況を明らかにする。一つは、悪意による冒認出願のための権利濫用に基づく抗弁であり、もう一つは、OEM加工輸出の不侵害抗弁である。

これらのうち、悪意による冒認出願による権利濫用に基づく抗弁は、最高人民法院が「歌力思」事件³⁵で明らかにしたものである。当該判決において、法院は以下の趣旨を示した。誠実信用原則は、すべての市場活動の参入者が遵守すべき基本規則である。一方で、人々が誠実な労働を通じて、社会的財産の蓄積、社会的価値の創造を奨励・支援し、また、これに基づき形成された財産権益、ならびに正当な目的に基づく財産権益の支配に関わる自由と権利を保護する。一方、人々が市場活動において、信用を守り、他人を欺かないように、誠実で他人の正当な利益、社会的公共利益、市場秩序を損なうことがないことを前提にし、自分の利益を追求することが求められる。民事訴訟活動も同様に誠意信用の原則に従わなければならない。他方では、当事者が法律で定められた範囲内で自身の公民権及び訴訟権行使・処分する権利を保証し、さらに、当事者が他人及び公共の利益を損なうことがないことを前提に、善意、慎重に自分の権利行使することが要求される。他人の正当な権利と利益を損ない、悪意による権利を

³³ 大阪地判平成12年(ワ)第2435号；http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/015/013015_hanrei.pdf .

³⁴ 海南省高級人民法院民事判決書（2018）琼民終552号。

³⁵ 最高人民法院民事判決書(2014)民提字第24号。

獲得し、行使し、市場の公正な競争の秩序を乱すことを目的として、如何なる法的目的と精神に違反する行為は権利の濫用であり、それに関わる主張も法律に基づいて保護、支持されるべきではない。

外国の馳名商標の適用について、「PHILLIPS」の商標案件³⁶において以下のとおり指摘した。Philip 社は、法に基づき「PHILLIPS」、「菲利普」、及び「獅子図形」のシリーズの商標権を保有する。この一連の商標の指定商品には共に「電気自動車」などの製品が含まれ、且つ「PHILLIPS」シリーズ商標は、悠久な歴史があり、且つ長年に亘る使用により一定の周知性と営業上の信用を累積した。Philip 社は、他社に「PHILLIPS」ブランドの専用電池の OEM 製造を許諾し、許諾を受けた会社が、その製造した電気自動車の部品のバッテリーに「PHILLIPS」、「菲利普」及び「獅子図形」のシリーズの商標を使用することは、正当性と合理性を有する。一方、菲迅社は、一軒の電動自動車の製造企業として、複数の「PHILLIPS」、「菲利普」及び「獅子図形」を出願する行為は、明らかに「PHILLIPS」、「菲利普」ブランドの「電気自動車」へのフリーライドする行為である。この行為は、誠実信用な原則に反する。菲迅社は、第 10967672 号商標を登録した後、侵害訴訟を提起する行為は正当とは言えず、その登録商標専用権濫用に属する。OEM 加工品の輸出における非侵害抗弁は、主に次の状況を指す。中国国内では、かかる外国の馳名商標が冒認出願されたが、外国の馳名商標の商標権者は、中国国内で OEM 加工企業に依頼して商品を製造し、仮にその生産された商品をすべて外国に輸出した場合、法院は基本的に OEM 加工企業に対する国内の商標権者による侵害の主張を支持しない（「iska」事件³⁷などは、共にこのような見解を示した）。既存の司法実務で、OEM 加工生産及び輸出行為は商標権侵害を構成しないとの判断が主流である。そのため、国内企業が外国の馳名商標を冒認出願し、かつその権利行使による悪影響も顕著ではないため、それを一種の抗弁と呼ぶことはあまり意味がない。

なお、最近、OEM 加工輸出について、商標権侵害を構成するか否かの司法判断は、一定の変化がある。最高人民法院はが「HONDA」事件³⁸において、権利侵害の判断を示した状況では、外国の馳名商標の商標権者が国内企業に依頼して、加工された商品のすべてを外国に輸出したことを強調し、非侵害の一種に該当すると抗弁する必要があると示した。このように、ある程度、外国の馳名商標への保護を実現できていると言えよう。

3. 立法の角度から検討の必要性

上述で整理したように、中国の司法実務では厳格な属地主義の制限がある。中国の法院は、中国大陸での実際の使用で生じた一定の影響力又は周知性についてかなり厳格な態度を取る。パリ条約 6 条の 2 (1) では、「商標所有者はその登録国又は使用国で馳名商標として保護を受けたい場合、その商標がその登録国又は使用国で既に広く認識されている商標であることを証明しなければならない」と要求するが、「登録国での実際の使用」を要求していない。中国の司法実務で、商標法 13 条 2 項と 32 条の後半について、中国国内での実際の使用は必須と理解している。この理解自体が、パリ条約の要件に対する誤解の可能性がある。特に、「馳名商標保護規定に関する共同提案」³⁹の中でも、次のように指摘した。「当

³⁶ 浙江省寧波市中級人民法院民事判決書(2017)浙 02 民終 2164 号。

³⁷ 福建省高級人民法院民事裁判書(2012)閩民終字第 378 号。

³⁸ 最高人民法院民事判決書 (2019) 最高法民再 138 号。

³⁹ パリ条約大会と WIPO 大会は、1999 年 9 月 20 日～29 日に開催された WIPO 加盟成員大会第 34 回シリーズ会議で採択、掲載された。<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/zh/marks/833/pub833.pdf>.

該商標は既に当該加盟国で使用され、又は当該商標は当該加盟国にあり、或いは当該加盟国で登録又は出願をした」ことを他の加盟国は要求してはならない。

仮に、このように正確に「馳名」の意味を理解すれば、立法上で日本の商標法4条1項19号の規定を法律に導入する必要がないと思われる。馳名の程度という観点から外国の馳名商標の影響力が中国国内に及ぶか否かを考慮すればよく、外国の商標権者が中国で実際に使用したか否かを考慮する必要がない。上記に列挙した行政訴訟で元の理解を変えた判例の他に、民事侵害事件でも、インターネット環境で、中国大陸内の使用に対する拡大解釈の事例もある。例えば、「匹克」案件⁴⁰で以下のことを強調した。中国国内で販売していないくとも、国内の消費者がさまざまなeコマースやWebサイトを通じて海外に輸出された商品とその標識に接触することを避けるのは困難である。この状況で、商品に付した標識がその商品の出所を特定する役割を果たす。このような法的解釈は、もし商標の登録出願手続きに反映する場合、外国で有名だが、中国ではまだ実際に使用しておらず、電子商取引などを通じて消費者に知られた商標への冒認出願を規制する役割を果たす可能性がある。

誠実信用原則の具体化について、中国の商標法はより広範な救済を提供している。実務部門のフィードバックから、2013年の商標法改正での誠実信用の原則の体現とその適用について肯定的な評価がなされた。ただし、既存の個々の規範に基づいて、「不正競争の目的」（悪意のある）の問題では、中国の商標法は柔軟な一般条項⁴¹を作成する必要がある。逆に、誠実信用原則の具体的な条項への予測可能性を改善し、その任意な拡大解釈による登録主義の機能への損害を防ぐことは、今後対応すべき課題である。一方で悪意の冒認出願に直面し、不正行為を防ぐために一般条項を設けて、適用する必要がある。同時に冒認出願行為による侵害の利益を分類し、他の条項で規制できる場合、一般条項の適用を除外することにより、一般条項の適用範囲が可能な限り明確になり、予測可能性が高まる。

⁴⁰ 上海知識産権法院民事判決書（2016）沪73民終37号。

⁴¹ 田村教授は1996年の改正審議会議で、「周知性があることは独立な要件とする必要がなく、周知性は不正競争の目的の有無を考察する要素の一つとするべきである」と指摘した。また、不正競争の目的は要件として、日本商標法4条1項19号の規定に適用すべきである。〔〔日〕田村善之『商標法概説〔第二版〕』106頁（有斐閣、2000年）〕。最終改正案はこの提案を実施できなかったが、誠実信用の角度から見れば、このような一般条項を設置する必要性は、現行中国商標法上は依然として存在する。

第3節 日本における外国著名商標の保護の在り方

I. 日本の商標法における外国著名商標保護の過去と現在

学習院大学 小塙 莊一郎 教授

1. 問題の所在

外國著名商標の保護という問題は、商標法の体系の中で、簡単ではない問題を提起する。一方では、商標法を含む知的財産法が国際的な経済活動を支えるインフラストラクチャーとして機能するためには、各国が、相互に他国企業の知的財産権を尊重し、自国内において保護を与えなければならない。他方で、企業のブランド戦略がますます重要になっている今日では、企業は、現実の事業活動を開始する前に商標の保護を必要とする。この両面の要請を満たすためには、他国で著名になった商標のブランド価値が損なわれないような制度が必要となる。

とりわけ、国内でまだ使用されていないが、既に知られるようになった外國の商標をどのように取り扱うかという問題が、従来にも増して、重要になってきている。インターネットが日常生活において必須のツールとなり、SNSなどによって一般人も海外の事情について情報発信を行うことが当たり前になつたため、商品や役務の提供が現実に行われる前に、外國商標が、容易に広く知られるようになったからである。そして、そのようにして外國商標がひとびと知名度を獲得すると、それを使用する商品や役務の提供を開始することも、インターネットによる遠隔地取引の一般化、さらには機械翻訳の技術の向上によって、比較的簡単にできるようになってきている。こうして、外國著名商標の保護は、今日の商標制度においては、喫緊の課題となっていると言える。

しかし、商標法制には、商標選択の自由を確保し、適正な競争環境を実現するという任務もある。ブランド価値の実現という観点から、著名商標の保護をはじめとする商標権の効力を強化することは、そうした商標選択の自由との間に緊張関係を生み出す。とりわけ、一方では、現実に使用する意図のない商標（いわゆる不使用商標）の排除が商標制度の大きな課題となっているときに¹、外國の著名商標について、国内で現実に使用されていない場合にも保護を与えることは、外國の商標権者に対して例外的に強い保護を与えているように見える。抽象的に言えば、独占適応性がある範囲でのみ商標の効力を認め、ブランド価値を実現するために必要とされる著名商標の保護と、商標選択の自由の確保との間に「適正なバランス」を図ることが求められるのであるが、その均衡点を具体的に見いだすことは、容易ではない。

このような背景の下で、日本の商標法制も、他の主要国と同様に、外國著名商標に対する適切な保護の実現のため、模索を重ねてきた。以下では、まず、日本の商標法において外國商標がどのような位置づけを与えられてきたかについて、理論的な側面（内国民待遇、属地主義の原則との関係）及び現実的な側面（日本における商標制度の発展史）の両面から振り返る（2.）。次に、現在の商標法の下で、外國著名商標が、どの規定に基づき、どの範囲で保護を与えられているかについて検討する（3.）。その上で、最後に、簡単なまとめを述べる（4.）。

¹ 不使用商標については、2016（平成28）年度の『知的財産に関する日中共同研究報告書』〔2017〕第3章（筆者の考え方については、小塙莊一郎「不使用商標に関する効率的な制度設計の探求——日本の経験を踏まえて——」同報告書〔2017〕162頁）参照。

2. 商標法における外国商標

(1) 内国民待遇

国際的な商標制度は、言うまでもなく、工業所有権の保護に関する 1883 年 3 月 20 日のパリ条約（パリ条約）その他の世界知的所有権機関（WIPO）が所管する国際条約と知的所有権の貿易関連の侧面に関する協定（TRIPs 協定）とによって形成されており、その基本的な原則は、内国民待遇の保障である。各国の商標法は、外国の商標権者に対して、「内国民と同一の保護」及び「内国民と同一の法律上の救済」を与える義務を負っている（パリ条約 2 条（1）、商標法条約 15 条、シンガポール条約 15 条、TRIPs 協定 3 条）。したがって、外国の著名商標を有する者は、国内で著名商標を有する者と同じ水準まで保護を与えられなければならない。これが、外国著名商標の保護に関する最も基本的な原則であると言える。これに対して、国内で登録も使用もされていないが著名（または周知）になった外国商標に対して保護を与えるか否かという問題は、内国民待遇の原則からは、当然には導かれないと。外国での事情を考慮しなければ、登録も使用もされていない商標に対して保護が与えられないことは、当然だからである。

そのため、伝統的には、国内で使用されていない外国商標に対して保護を与えることに対しては、慎重な考え方がとられてきた。パリ条約は、「広く認識されている」（notoirement connu, well-known）商標を、同一又は類似の指定商品について、保護することを同盟国に義務づけているが（パリ条約 6 条の 2）、この規定は、保護を求められる国で使用されていない周知商標の保護を義務としたものではないと解されている。1958 年のリスボン改正会議において、保護を求められる国における使用の有無を問わず周知商標の保護を導入すべしという提案が否決されたという経緯があるためである²。ただし、そのような保護を与えることが禁止されているわけではなく、それは、各同盟国の政策判断に委ねられたと理解されている。

TRIPs 協定 16 条 2 項及び商標法条約 16 条は、パリ条約 6 条の 2 が定める周知商標の保護を、役務（サービスマーク）にも拡大した。TRIPs 協定は、それに加えて、登録された周知商標については、指定商品・指定役務と非類似の商品・役務との関係でも、「登録商標権者との関連性を示唆」することによって権利者の利益を害する場合には保護が与えられなければならないとした（16 条 3 項）。このように、外国の周知商標に与えられる保護範囲は少しずつ拡大してきたが、それでも、保護を求められる国で登録も使用もされていない周知商標についてまで保護の義務を明示した国際条約は、まだ作成されていない（ただし、後述（2）参照）。

² 茶園成樹『知的財産関係条約』〔有斐閣、2015〕51 頁、佐藤俊司「周知商標保護的確要件としての保護を求める国における『使用』」パテント 72 卷 4 号〔2019〕2 頁。もっとも、この規定を導入したハーグ改正議定書の趣旨は、外国で周知となった商標について先回り的な出願や、高値買取りを意図した濫用的な出願等を排除するところにあったとされており（後藤晴男『パリ条約講話〔第 13 版〕』〔発明協会、2007 年〕335 頁）、また本文に述べた経緯も、わずか 2 か国の反対によるものであった（土肥一史「周知商標と無断登録」『商標法の研究』〔中央経済社、2016 年〕95 頁）。

(2) 属地主義

パリ条約に基づく商標権の保護については、属地主義の原則が妥当だと考えられている。商標権独立の原則（パリ条約6条(3)）という形で明示的に示されているとおり、各国の商標法に基づく商標権は、それぞれの国の領域内でのみ保護を与えられ、他国がその国の制度に基づいて保護を与える商標権とは相互に独立した存在とされているのである³。その例外は、本国で登録された商標についてそのまま登録を認めるテル・ケル商標の保護制度（パリ条約6条の5）である。

このような属地主義の理解は、それを実質法上の原則（ある国の商標法が適用されることを前提として、その下で認められる商標権の効力範囲に関する原則）として位置づけるものと言うことができる。これに対して、知的財産権に関する抵触法のルールとして「属地主義」が提起される場合もある。A国の領域内で行われた行為が知的財産権の侵害を構成するか否かについては、A国の知的財産権法を適用するという考え方である。これは、実質法上の属地主義とは、一応、別の問題であると言えよう。狭義の知的財産権ではなく、不正競争法の事案であるが、サウジアラビアなど日本国外で周知の商品等表示に類似した表示の使用に対して、日本の不正競争防止法2条1項1号を適用し、差止めを命じた裁判例がある⁴。原告の営業等表示は、日本国内では周知ではないと認定されたため、不正競争防止法を「域外適用」したように見えるが、抵触法の問題として、日本の不正競争法が適用されると判断した（その意味で、不正競争防止法による保護の属地性を否定した）ものと解すべきであろう。

ところで、実質法上の属地主義に関連して、各国の商標権が独立であるとしても、その独立した制度の中で、外国における事実を考慮することが認められるか否かは、また別の問題である。日本の裁判例では、商標品の並行輸入に関する事案において、日本の商標法に基づく商標権の効力について判断する際に、外国で生じた事実（例えば、外国ではその商標が著名であるという事実）を考慮することは、商標権の属地性に反するものではないとしている⁵。それは結局のところ、著名商標の保護（ブランド価値の制度的支援）と商標選択の自由とのトレード・オフに対して、各国が、自国の商標制度においてどのような均衡点を適切と考えるかという政策判断の問題に帰着するのである。

そうだとすれば、出願商標の審査においても、出願商標が外国で著名な商標と同一又は類似であることや、外国の著名な商標と混同を生ずるおそれがあることなどを考慮することも、商標法の属地主義とは矛盾しないと考えられる。さらに、WIPOでは、1995年に周知商標に関する専門家会合が設置され、4年の審議の後、「周知商標の保護に関する共同勧告」が採択されたが、の中では、パリ同盟またはWIPOの加盟国は、商標が周知であるか否かの判断に際して、①その商標が当該国において使用され、又は登録若しくは登録のため出願されていること、②その商標が当該国以外の国において周知であり、又は登録され若しくは登録のため出願されていること（自国以外の1か国以上の法域において周知であること

³ 属地主義という概念自体に批判的な見解もあり、また、日本では、実質法上の権利の範囲を定める原則としての属地主義と、抵触法上、保護が求められる国の商標法を適用するという意味の属地主義とが混在したまま議論されているという指摘もなされている。これらの点については、金彦叔『知的財産権と国際私法』〔信山社、2006年〕83~97頁。

⁴ 大阪地判平成12・8・29裁判所ウェブサイト。

⁵ 本共同研究における宮脇正晴教授の研究参照。なお、特許権についても、同様の考え方だとされている（櫻田嘉章=道垣内正人編集代表『注釈国際私法 第1巻』〔有斐閣、2011年〕632頁（道垣内正人執筆）。裁判所も、並行輸入と特許権の関係に関する最判平成9・7・1民集51巻6号2299頁は、「我が国の特許権に関して特許権者が我が国の国内で権利を行使する場合において、権利行使の対象とされている製品が当該特許権者等により国外において譲渡されたという事情を、特許権者による特許権の行使の可否の判断に当たってどのように考慮するかは、専ら我が国の特許法の解釈の問題というべきである。右の問題は、パリ条約や属地主義の原則とは無関係であって、この点についてどのような解釈を探ったとしても、パリ条約四条の二及び属地主義の原則に反するものではない」と判示する。

を条件とすることは妨げられない)、③当該国的一般公衆の間で周知であること、を条件としないものとされた⁶。その意味で、現在では、外国で著名な商標について、国内では知られていない段階から著名商標として保護を与えるという考え方は、国際的に望ましいものとされているようになっているとすら言えそうである⁷。

(3) 日本の商標法形成と外国商標の保護

ところで、歴史的に見れば、外国の著名商標の保護に対する要請が、商標法を発展させてきたという面は大きい。とりわけ、日本の場合、19世紀後半に、開国とともに近代化を進めようとした際に、欧米列強との間で、いわゆる不平等条約の締結を余儀なくされ、その改正が明治期の外交における大きな課題となっていた。近代的な法制度の整備は、そのための前提条件として要求された点の一つであり、一般論として言えば、知的財産権制度の整備も、その中に含まれていたと言える⁸。そのため、既に1875(明治8)年には、米国人フルベッキ(Guido Herman Fridolin Verbeck)に対して、商標制度に関する質問を行っていた。しかし、その当時は、商標が持つ顧客吸引力の保護というよりも、商品の大きさや分量等の詐欺を防ぐために標識を利用する意図されていたと言われる。

とはいえ、日本における商標法の形成は、著名商標の保護を求める諸外国の圧力により起草がなされたというような簡単なものではない。明治初期に商標法制の必要性を強く説いた論者は、後に首相、蔵相等を歴任することとなる高橋是清であったと言われている⁹。高橋是清は、文部省の「お雇い外国人」であった米国人モーレー(David Murray)博士の通訳を務めており、同博士から、発明制度、商標制度及び版権(著作権)制度の必要性を説かれた。モーレー博士は、「外国人は日本人が大変器用で、直ぐに外国品を真似たり、商標を濫用したりして模造品を舶来品のようにして売り出してゐるのを非常に迷惑がってゐる。」と聞かされたというから¹⁰、背景に、外国著名商標の保護の必要性が存在したことは事実であろう。しかし、それは、当時の日本政府に対して外交的に求められたものではなく、あくまでも一外国人の発言に、通訳を務めていた青年が触発されたということにすぎなかった。当時、高橋是清は、まだ20代の青年であった。

高橋是清の見解は政府内部の山岡次郎によって取り上げられ、明治14年に、高橋是清は、農商務省で商標登録規則の調査に従事する。ところが、当時、日本の産業界は商標制度の導入を時期尚早としていた。高橋是清の調査開始に先立つ明治12年には、東京商工会議所が、商標条例の制定に反対する回答を政府に対して行っている¹¹。そして、こうした産業界の意見を転換させたきっかけは、群馬県の蚕卵紙業者が、偽造の商標を付された製品の輸出によって信用を害され、商標保護を嘆願したという事件であった¹²。すなわち、商標制度の整備は、外国著名商標ではなく、国内の商標権を(海外の需要者に対して)保護するために導入されたといえる。法制度の発展は、少なくとも日本においては、決して単線的には

⁶ Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Well-known Marks, adopted by the Assembly of the Paris Union for the Protection of Industrial Property and the General Assembly of the World Intellectual Property Organization (WIPO) (1999), Article 2 (3).

⁷ 佐藤・前掲〔註2〕・4頁。

⁸ 豊崎光衛「高橋是清と商標条例」学習院大学法学部研究年報8号〔1973〕193頁、197頁。

⁹ 豊崎・前掲〔註8〕・193頁、飯田幸郷「商標制度の夜明け前」発明77巻3号〔1980〕18頁。

¹⁰ 豊崎・前掲〔註9〕・196頁。

¹¹ 特許庁商標問題研究会「商標制度のあけぼの——先覚者たちの活躍——」発明71巻1号〔1974〕28頁、29頁。

¹² 特許庁商標問題研究会・前掲〔註11〕・30頁。

進まなかつたのである。

(4) 日本による商標関連条約の締結

以上のような経緯を経て、1884（明治17）年に、最初の商標条例が制定され、日本にも近代的な商標制度が導入されることとなった。そして、制定の契機は、外圧というよりも内発的なものであったといえ、その後一貫して、日本政府は、商標制度を国際的な水準に合わせていくことに意を用いてきたように思われる。このことは、商標関係の条約が成立すると、日本は比較的早期にこれを批准してきたという点からうかがわれる。

日本は、国際条約の批准に対して、概して慎重である¹³。民事法の分野では、最も成功した条約の一つといえる国際物品売買に関する国際連合条約（CISG）についてさえ、締結はなかなか実現せず、条約の採択から28年（発効からは30年）を経た2008年に、ようやく66番目の当事国となった。第一次世界大戦後の1924年に採択されて以来、国際海上運送の基本的なルールとなってきた船荷証券統一条約（いわゆるハーグ・ルールズ）についても、戦争による混乱をはさんだとはいえ、第二次世界大戦後の1957年になって、ようやく締結に至った。これらは、日本経済が、19世紀後半以来、一貫して国際貿易に大きく依存してきたことを考えると、意外な事実である。民事法の統一において最も長い歴史を持った国際機関であるハーグ国際私法会議には、日本は、英国や米国よりも早く1904年の第4回会議から参加しているが、そこで採択された基本的な条約である民事訴訟条約の締結は、採択から16年を経た1970年であった。このように、条約の作成には関与しようとするが、締結に対しては慎重に時間をかけて検討するということは、日本の条約締結に関する大きな特徴であると言ってよい（表1参照）。

表1. 民事法分野の基本的な条約の採択と日本の批准

	国連物品売買条約	船荷証券統一条約	ハーグ民事訴訟条約
採択	1980	1924	1954
日本の締結	2008	1957（註1）	1970
採択から日本の締結までの年数	28年後	33年後	16年後
日本の締結順	66番目	22番目	22番目
現在の当事国数	93	71（註2）	49
採択した機関	国連国際商取引委員会（UNCITRAL）	海事法国際会議	ハーグ国際私法会議

（出典：UNCITRAL ウェブサイト、ベルギー政府（船荷証券統一条約の寄託者）ウェブサイト、ハーグ国際私法会議ウェブサイト上の情報をもとに、筆者及び筆者の研究グループで作成）¹⁴

¹³ 国際公法の分野の条約について、Chesterman Simon Chesterman, ‘Asia’s Ambivalence about International Law and Institutions: Past, Present and Futures,’ 27 (4) *European Journal of International Law* (2017) 945 参照。私法分野の条約については、Hiroo Sono, ‘Going Forward with Uniform Private Law Treaties: A Study in Japan’s Behavioral Pattern’ , 60 *Japanese Yearbook of International Law* (2017) 10 参照。

¹⁴ 筆者の研究グループとは、曾野裕夫教授を代表者として私法統一の研究を継続して行っているグループであり、（独）学術振興会より科研費（課題番号15H01917）の支給を受けている。研究成果の使用の許諾につき、曾野教授をはじめとする同グループの構成員に謝意を表する。

註：

1. 船荷証券統一条約については、1968年及び1979年に改正議定書が採択されており、日本は、1993（平成5）年に1979年改正議定書を締結するとともに、1957年の原条約を廃棄している。
2. 船荷証券統一条約の現在の当事国には、独立前に宗主国が条約を締結し、当該地域への適用を宣言していたものを承継した国が含まれる。しかし、それらの地域は、日本の締結順を算出する上では考慮していない。

これと比較するとき、商標関係条約の批准については、日本は、比較的短期間で実行してきた。1886年に採択されたパリ条約への加入は、1899年に実現しており、その後、1911年のワシントン改正議定書を、2年後の1913年には、他の15か国とともに最初に批准したことを探り、パリ条約とは独立に採択された商標法条約やシンガポール条約も、おおむね採択から10年以内に締結している（表2）。例えば第二次世界大戦後、社会情勢がやや落ち着いた1964年には、里斯ボン改正議定書を締結する必要性が特許庁の関係者によって指摘されていることなどに照らすと¹⁵、このような早期の国際条約締結は、自覺的に選択された政策であったと考えられる。

表2. 日本による商標法関係条約の締結

	パリ条約	ワシントン改正議定書	ハーグ改正議定書	里斯ボン改正議定書
採択	1883年	1911年	1925年	1958年
日本の締結	1899年	1913年	1934年	1965年
採択から日本の締結までの年数	16年後	2年後	9年後	7年後
日本の締結順	16番目 (16か国のうちの1)	1番目 (16か国のうちの1)	26番目	32番目 (2か国のうちの1)
現在の当事国数	177か国	36か国	33か国	52か国

	マドリッド協定議定書	商標法条約	シンガポール条約
採択	1989	1994	2006
日本の締結	2000	1997	2016
採択から日本の締結までの年数	11年後	3年後	10年後
日本の締結順	42番目	9番目	43番目
現在の当事国数	105か国	54か国	50か国

（出典：WIPO ウェブサイト上の当事国情報をもとに筆者作成）

このような背景の下で、1990年代半ばには、採択されたばかりの商標法条約を締結することが、商標法分野における大きな課題となった。それが、1996（平成8）年の商標法改正となって実現するのである。

¹⁵ 平石尚「商標の自由化と官民協調体制」発明61巻12号〔1964〕18頁。

3. 日本の商標法制における外国著名商標

(1) 不正目的による冒用出願

(i) 1996年改正の経緯

現在、日本の商標法には、「他人の業務に係る商品または役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標」について、商標登録を拒絶する規定がある。ただし、そうした商標のすべてが拒絶されるわけではなく、「不正の目的（……）をもつて使用する」場合に限られている。この規定は、1996（平成8）年の商標法改正によって新設されたものである。

もっとも、1996年の商標法改正において、著名商標の保護は、主たる目的ではなかった¹⁶。この改正は、何よりも、商標法条約の批准を目指し、その国内法化を意図したものである。そのことは、当時の文献では、しばしば「商標制度の国際的調和」と表現された¹⁷。また、日本に固有の課題としては、不使用商標の抑制が大きな課題であり、不使用取消制度の改善策が議論された¹⁸。

そのような中で、著名商標の保護は、やや周辺的な課題として議論されていた。背景として、1993（平成5）年に、不正競争防止法が改正され、著名な商品等表示と同一又は類似の商品等表示の使用が不正競争行為に追加されたばかりであった。この改正は、従来、混同行為から保護されてきた周知表示（「需要者の間に広く認識されている」商品等表示）と区別して、著名表示（「著名な商品等表示」）の概念を導入し、その著名表示に対して、フリーライド、稀釈化（ダイリューション）、汚損（ポリューション）など出所の混同を惹き起こさない形態で不利益を与えるような不正使用を、新たな不正競争行為の類型として追加した。不正競争防止法の解釈として、「周知表示」は、限られた地域や限られた層の需要者に知られていれば足りるとされてきたので、それよりも高い水準の著名性（広く日本全国で知られていること）を要件として、より強い保護（混同を前提としない保護）を導入したことは、画期的であった。そのような中で、商標法にも同様な考え方を取り入れ、高い水準の著名性を有する著名商標について、強い保護を与えるべきではないかという考え方方が提起されたことは、自然であったと考えられる。

商標法にいう周知商標（「需要者の間に広く認識されている商標」）は、パリ条約6条の2にいう「同盟国において広く認識されている」商標（well-known mark）に対応する概念とされているが、日本では、不正競争防止法の周知表示と同様に、周知商標と認められるための条件が緩く、限られた範囲の需要者に知られていれば足りると解釈してきた。そこで、より高い水準の著名性を持つ商標について保護の範囲を拡大し、著名商標と同一又は類似の商標出願は、指定商品・役務の同一性・類似性にかかわらず拒絶するという改正が提案された。その理由としては、不正競争防止法の1993年改正が1994年に施行された結果、一方では著名な商品等表示を不正競争行為として禁止しながら、商標法上は、著名商標を

¹⁶ 改正をめぐる議論の初期に書かれた文献には、著名商標の保護についてまったく触れないものすらある。松尾和子「商標法改正の動向」自由と正義46巻4号〔1995〕49頁。

¹⁷ 松尾和子「商標法の1996年改正」自由と正義48巻11号〔1997〕48頁、51頁、久保次三「国際的調和と商標法改正の方向」知財管理45巻8号〔1995〕1265頁、後藤晴男「商標法の一部改正について」法政論叢33巻〔1997〕211頁、井上由里子「商標法改正の動向」知財研フォーラム23号〔1995〕12頁。

¹⁸ 法改正に向けた工業所有権審議会（当時）の議論に先立って、財団法人知的財産研究所（当時）に研究会が設置され、検討が行われていたが、その報告書の題名が『商標に係る国際的動向を踏まえた商標権の迅速な付与及び不使用商標対策のあり方に関する調査研究報告書』となっていたことは、本文に述べた点をよく表している。1996（平成8）年改正における不使用取消制度の改善については、小塙・前掲〔註1〕参照。

冒用出願して商標登録をすることは整合性を欠くと主張された¹⁹。

それと並行して、外国の周知・著名商標が国内では周知でない（まして国内で著名でもない）場合に、それと同一又は類似の商標が出願された場合の取扱いも論点として取り上げられた。これを外国の著名商標の問題とみれば、著名商標に対して、より広い保護を与えるという考え方の一環としても理解することができる。指定商品・指定役務を問わず、著名商標と同一又は類似の商標出願を排除することが、いわば商品・役務に関する保護範囲の拡大であるとすれば、日本国内では周知でない外国著名商標と同一又は類似の商標出願の拒絶は、地理的な保護範囲の拡大と言えるからである。

このような著名商標に対する保護の拡大は、直接的には商標法条約によって義務づけられる事項ではなかったが、国際的な動向にも沿うものと認識されていた²⁰。1995年には、米国で、著名商標をダイリューション（希釈化）等から保護するための連邦商標法改正が成立した。また、欧州では、1988年に欧州共同体（当時）加盟国の商標法をハーモナイズするECディレクティヴが制定され、それに基づいて、各国の商標法が改正され、著名商標の保護規定が取り入れられていった²¹。更に言えば、商標法の国際化という文脈の中で、防護標章制度を廃止する可能性も議論されており²²、仮にこれを廃止するのであれば、著名商標の保護をどのようにして図るべきかという問題意識も抱かれていた。そのためには、従来よりも直接的な形で、国内外の著名商標に強い保護を与える必要性があるようにも思われたのである。

しかし、興味深いことに、検討が進む中で、議論の枠組みは次第に変化していった。外国の商標については、著名商標だけではなく外国で周知の商標も含め、外国の商標権者の日本への展開を阻止したり、代理店契約の締結を強要したりするといった出願者の不正な意図に着目し、そうした不正な意図を伴う出願（最近の表現で言えば「悪意の出願」）こそが規制されるべきではないかという観点の議論が提起されるようになった。当時の商標審査実務でも、外国の周知・著名商標をまったく考慮していなかつたわけではなく、国際信義という観点から、公序良俗の反する出願の拒絶（商標法4条1項7号）という規定を通じて悪意の出願を規制していたので²³、不正な意図に着目することは、むしろ、改正前の商標審査実務と整合的であった。そして、問題が出願人の不正な意図であるとすれば、外国でのみ周知・著名であって日本国内では周知ではない商標の場合に問題は深刻であるとしても、国内の周知・著名商標に対しても、同じように不正な意図による出願はあり得ると認識されるようになった。

その結果、工業所有権審議会商標問題検討小委員会の報告書では、①「商品・役務の分野を問わず、全国的に知られている」という意味で「著名」な商標と同一又は類似の商標の出願を拒絶すること²⁴、②「外国著名商標の保護」として「不正（競争）目的による出願」を拒絶することが提言された²⁵。ところが、工業所有権審議会の総会による審議を経て採択された「商標法等の改正に関する答申」では、①と②の主従が逆転し、「著名商標等の保護」という項目の中で、国内商標をも含めた不正目的の出願を排除する規定を置くことがまず提言され²⁶、次いで、「著名商標と同一又は類似のものの出願排除」について

¹⁹ 松尾・前掲〔註17〕・53頁、井上・前掲〔註17〕・18頁参照。

²⁰ 松尾・前掲〔註17〕・54頁。

²¹ 土肥・前掲〔註2〕・96頁。

²² 松尾・前掲〔註16〕・55頁。

²³ 公序良俗規定を利用した悪意の商標出願については、2017（平成29）年度の「知的財産に関する日中共同研究」において詳しく論じた（小塚莊一郎「悪意の商標出願と商標法の基本理念」『知的財産に関する日中共同研究報告書』〔2018〕126頁。なお、小塚莊一郎「悪意(bad faith)の商標出願をめぐる制度論と実質論」商標懇116号〔2018〕7頁参照）。

²⁴ 『工業所有権審議会商標問題検討小委員会報告書』（平成7年5月18日）90頁。

²⁵ 『工業所有権審議会商標問題検討小委員会報告書』〔前掲・註24〕91頁。

²⁶ 工業所有権審議会『商標法等の改正に関する答申』（平成7年12月13日）26頁。

ても、不正目的の出願の場合に限定して規定することが提言された²⁷。①について、不正目的という要件を追加すると、不正競争防止法の1993年改正に比較して、著名商標の保護が後退するように見えるが、当時の議論に関与した論者は、不正競争防止法においても、著名標章と類似した商品等表示の使用がすべて差止めの対象となるのではなく、「営業上の利益が害されるおそれ」という要件によって商標選択の自由との調整が図られているという理解を提示し、それが支持を得るようになったものであると主張している²⁸。なお、防護標章制度については、海外にはあまり残っていない制度であることを認識しつつも、廃止せず、維持されることとなった。

工業所有権審議会の提言を受けて、改正法の立案作業が進められたが、その過程で、②の内容が①と異なるのではないかという点が問題となつたようである。たしかに、①について不正目的による出願の場合に限定し、他方、②の要件を不正競争目的ではなく不正目的とするのであれば、両者の間に実質的な違いはないことになる。こうして、①と②の双方を受けた規定として現在の商標法4条1項19号が成立したのである。特許庁による改正法の解説書には、ことさらに、著名商標の保護について「不正の目的をもって使用をするもの」の規定で対応することとした理由を説明する項目が設けられ、「著名商標と同一・類似の商標の登録を一律に排除することとすると、逆に一般の表示選択の自由を過度に制限することとなる懸念」があると記述され、具体例として、「朝日新聞」、「アサヒビール」、「あさひ銀行」（現在のりそな銀行）の併用が不可能になる可能性が指摘されている。また、不正競争防止法においても、「営業上の利益が侵害されるおそれ」の要件を通じて、著名標章の名声にフリーライドしたり、稀釈化を生じさせたりする場合に限って規制がなされるという解釈にも言及されている²⁹。

(ii) 現在の運用

商標法4条1項19号の規定は、以上のような経緯を経て成立したものであるが、特許庁における現在の運用は、立法当時の議論からやや変化してきているように思われる。それぞれの要件についての認定や推認を通じて、実質的には、外国の周知・著名商標について広い範囲の保護を与えているからである。

まず、商標審査基準によると、外国商標の周知性については、「我が国以外の一の国において周知」であれば足りる。我が国における周知性は問わないこと、複数の国において周知であることを要しないことが明記された³⁰。周知商標と認められるための水準は、従来と同様に、それほど高いものではない。バッグ類の製造、販売を行う米国の事業者が、第18類「原革、原皮、なめし皮、革ひも、かばん類、袋物、携帯用化粧道具入れ、傘」を指定商品として登録された図形と文字の組み合わせからなる商標について、登録無効審判を請求した事案で、特許庁の審決では、米国における周知商標と認められるためには「米国内の国民のすべてに広く認識されていることまでを必要とするものではなく、当該商品の取引者の間に広く認識されていれば足りる」として、資料に基づき周知性が肯定された。審決取消訴訟における裁判所も、米国で発行されたアイテム紹介誌の記事を根拠として、「少なくとも米国内のバッグ類を取り扱う業界及び当該商品の需要者の間で広く認識されていた」と認めている³¹。

²⁷ 工業所有権審議会『商標法等の改正に関する答申』〔前掲・註26〕28頁。

²⁸ 田村善之『商標法概説〔第2版〕』〔弘文堂、2004〕78頁。

²⁹ 特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成6年改正 平成8年改正 平成10年改正 工業所有権法の解説』〔発明協会、2002〕144～145頁。

³⁰ 『商標審査基準〔改訂第14版〕』4-1-19.1(2)。

³¹ 東京高判平成15・11・20裁判所ウェブサイト。

さらに、商標審査便覧では、主要国が作成した資料（表3参照）に掲載されていれば周知性を推認するという取扱いが行われている³²。「周知性」の推認という位置づけになっているが、各国の資料に掲載されるための条件は、ある程度厳しいものであろう。その意味では、外国の商標について周知商標と著名商標を区別し、著名商標には、本号の要件の一つ（周知性）について、証明の負担を軽減していると見ることもできる。著名商標に対して、実体法上の意味で強い保護を与えるという立法提案は退けられたものの、審査実務の運用においては、手続的に、より有利な取扱いがなされているわけである。

表3. 周知商標に関する外国資料の取扱い

資料の種類	資料の取扱い
外国周知商標 ドイツ編【「ドイツ産業連盟」BDI (Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.) 作成】 フランス編【「フランス工業所有権庁」作成】 イタリア編【「イタリア商標模倣品対策協会」 INDICAM (Istituto di Centromarca per la lotta alla contraffazione) 作成】 中国編【「中国国家工商行政管理局商標局」作成】 韓国編【「AIPPI・KOREA」 作成】 この資料は、当該国で周知な商標として、その国（外国政府又は外国政府に準ずる公益法人）から情報提供されたものである。 今後、情報提供があった場合は逐次追加する。	掲載されている商標については、原則として当該国における需要者の間に広く認識されている商標と推認して取り扱うものとする。 （関係条文） 第4条第1項第19号

商標法4条1項19号に定められたもう一つの要件は「不正の目的」であるが、主観的な「目的」の認定は、容易なことではない。そのため、具体的な事案の中では、さまざまな間接事実から目的を認定するという手法がとられる。バッグに付された図形と文字の結合商標に関する前記の裁判例は³³、米国の周知商標が付された使用品の輸入を交渉していた出願人が、交渉の挫折直後に、その米国周知商標と類似した商標（裁判の対象となった本件商標とは別の商標）を出願した行為について、そのような経緯からただちに「不正の目的」を認定することは慎重に回避しながら（米国周知商標の所有者から商品の発送ができないことを知らせてきた書簡が、類似商標の出願の「契機になった可能性も否定することができない」と書かれてはいる）、「米国内で広く認識されているに至っていた標章を使用する許諾を得ていないことを認識しつつ、日本でこれと外観において……類似する本件商標の登録出願をした」ことから、不正の目的を肯定した。ここでは、米国商標の周知性、出願人による米国での周知性の認識、米国商標と出願された商標の類似性に加え、米国周知商標を知った時期と出願時期との近接性といった間接事実から、不正の目的が認定されている。その上で、それから数年後に出願された本件商標についても、不正の目的による出願とされた商標と商標の文字構成・図形が類似しているという事実から、不正の目的

³² 『商標審査便覧』42.119.01 「『需要者の間に広く認識されている商標』に関する資料の取扱い」。

³³ 東京高判平成15・11・20裁判所ウェブサイト。

が認められた。時期的には、周知商標を知った時期からやや間隔があるものの、同じ「不正の目的」が継続しているという判断であると解される。

当事者主義の原則に基づいて運営される訴訟においては、「不正の目的」の判断が容易ではないとすれば、特許庁における審査では、困難は一層大きいであろう。そのため、商標審査基準は、考慮されるべき間接事実を、商標自体の特徴（広く知られている事実、顕著な特徴を有する事実など）や、関係者間に存在する事実（周知商標の所有者の事業拡大計画、出願人による商標買取り要求行為など）といった類型に分けて掲げたうえで、それらを「十分勘案する」ものとして、判断基準の明確化、判断の透明化を図っている³⁴。特に、出願された商標が、①一以上の外国において周知な商標又は日本国内で全国的に知られている商標と同一又は極めて類似するものであること、及び、②その周知な商標が造語よりなるものであるか又は構成上顕著な特徴を有するものであること、の双方に該当する場合には、出願人が不正の目的をもってその商標を使用するものと推認される³⁵。①は、周知商標と区別された著名商標を指すと解することができるので、このような推認は、著名商標に対して、（実体法上の）より強い保護を与えるという提案を、構成上顕著な特徴を持つ商標（いわゆるストロング・マーク）に関する限り、不正目的の推認という運用上の工夫によって、事実上、導入したともいえるであろう。同時に、顕著な特徴を欠く商標（いわゆるウィーク・マーク）であれば、著名商標であっても当然には「不正の目的」を推認しないという点で、商標選択の自由を確保する必要性という立法過程で提起された問題にも考慮が示されている。このような運用は、1996年改正において重視された「不正の目的」という要件が、問題の本質を示すものではなく、諸事情を考慮するための規範的な要件（いわば調整弁）であったということを意味しているように思われる。

（2）他の登録拒絶事由との関係

（i）商標法4条1項各号の相互関係

商標法4条1項15号は、他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標の出願を拒絶すると定めている。この規定は、括弧書きに「第10号から前号〔第14号——引用者〕までに掲げるものを除く」と書かれているとおり、いわゆるバスケット・クローズである。すなわち、商標法4条1項10号～14号（ただし、13号は現在削除されている）は、いずれも、混同を生ずるおそれがある商標出願を定型的に規定したものであり、それらのいずれにも該当しないが、個別的な事情によって混同を生ずるおそれが認められる商標について、同項15号で規定しているわけである³⁶。

他人の周知商標と同一又は類似の商標の出願は、商標法4条1項10号によって拒絶される。周知商標と同一でも類似でもないにもかかわらず混同を生ずるおそれが認められる場合として、典型的には、いわゆる広義の混同を生ずる場合が指摘されている。周知商標と出願商標が同一又は類似であれば、商品・役務の出所が周知商標の所有者と同一であるという誤信を需要者に生じさせるであろうが、出願商標と周知商標が類似しているとは言えない場合であっても、両商標の所有者が親子会社や系列会社等の緊密な営業上の関係にあるとか、商品化事業を営むグループに属するといった誤信を生むことはあり、

³⁴ 『商標審査基準〔改訂第14版〕』4-1-19.3(1)。

³⁵ 『商標審査基準〔改訂第14版〕』4-1-19.3(2)。

³⁶ 知財高判平成21・5・12判例時報2055号133頁、小野昌延=三山峻司編『新・注解商標法』上巻〔青林書院、2016〕479頁（工藤莞司=樋口豊治）。

そうした誤信は、広義の混同として、商標法4条1項15号にいう「混同を生ずるおそれ」に含まれると解されているのである³⁷。このことは、現在では、商標審査基準にも明示されている。

もっとも、商標法4条1項15号が適用される事例は、狭義の混同を否定した上で広義の混同を認めるという場合に限られるわけではない。裁判例には、ステッチが入ったジーンズのポケットの形状からなる商標について、周知商標と出願商標が類似するという表現は用いないまま、「両者は相当程度近似する形状である」と認定し、さらに出願商標の指定商品と周知商標の所有者の業務に係る商品との関連性の程度が高いとして、商品の出所について、周知商標の所有者であるか、または関係のある営業主であると誤信させるおそれがあるとして本号を適用したものがある³⁸。これは、狭義の混同か広義の混同かの少なくともいずれかは成立するという判断である。そのような判断を可能にするところに、バスケット・クローズとしての本号の有用性が見いだされる。

狭義の混同であれ広義の混同であれ、具体的な事実関係の下で混同のおそれを認定することは、対象となる商標の周知性が、ある程度高い場合でなければ難しいであろう。そのため、本号は、実質的には著名商標を保護した規定であると主張する文献もある³⁹。そのように言えるとすれば、著名商標の保護を背景として立法がなされた商標法4条1項19号との関係が、問題となり得る。商標法4条1項19号は、「前各号に掲げるものを除く」という括弧書きを伴っているから、条文上は、この点は明確であり、15号の適用が優先し、同号が適用されない場合にはじめて、19号の適用が問題となるはずである。しかし、商標審査基準は、あえてこの問題に言及し、同項10号・11号との関係も含めて、整理している。それによれば、「他人の著名な未登録商標と類似であって、当該商標の使用に係る商品等と同一又は類似の商品等に使用すると認められるとき」は10号を、「他人の著名な登録商標と類似であって、当該商標登録に係る指定商品若しくは指定役務と同一又は類似の商品等に使用すると認められるとき」は11号を、それぞれ適用する。また、「他人の著名な商標と類似しないと認められる場合又は他人の著名な商標と類似していても商品等が互いに類似しないと認められる場合において、商品等の出所の混同を生ずるおそれがあるとき」には15号に該当すると判断し、「他人の著名な商標と類似していても、商品等が互いに類似せず、かつ、商品等の出所の混同を生ずるおそれないと認められる場合において、不正の目的をもって使用をするものであるとき」には19号に該当すると判断するとされている⁴⁰。

商標審査基準に置かれたこの記述は、商標法の条文をそのままなぞっているように読めて趣旨がわかりにくいが、次のように理解することができるであろう。第一に、商標と指定商品・指定役務がともに同一又は類似であれば、商標法4条1項10号・11号の問題となる。同項15号は、前述のとおりバスケット・クローズであるから同項10号・11号の方が優先し、他方で、同項19号との関係では15号の方が優先するのであるから、10号・11号が適用される限り、同項15号や同項19号の適用が問題となる余地はない。次に、商標又は指定商品・指定役務のいずれかが非類似の場合、同項15号のバスケット・クローズが問題となり、混同のおそれを要件として同号が適用される。すると、日本国内で著名な商標との関係では、同項19号を適用する余地は、ほとんどないように思われる。ただし、論理的には、混同のおそれすら存在しないが、商標が類似している場合であって（したがって、指定商品・指定役務は非類似である）、出願人に「不正の目的」が認められるときに、同項15号の適用はないが同項19号が適用さ

³⁷ 最判平成12・7・11民集54巻6号1848頁。

³⁸ 知財高判平成21・5・12判例時報2055号133頁。

³⁹ 小野=三山・前掲書〔註36〕・479~480頁。

⁴⁰ 『商標審査基準〔改訂第14版〕』4-1-15.2(2)。

れるという可能性が、一応、存在する。上記の商標審査基準の記述は、そのことを述べているわけであるが、実際には、そのような状況を想定することは、かなり難しい。

これに対して、商標審査基準の上記の部分には書かれていないことであるが、日本国内では周知でなく、海外でのみ周知の商標との関係では、商標法4条1項19号の意義が大きい。同項10号や同項15号とは異なり、同項19号は、海外でのみ周知の商標に適用されることが、明確になっているからである。最近の裁判例にも、韓国企業がコンクリートポンプ、コンクリートポンプ車、コンクリートミキサー車並びにその部品及び附属品について使用していたが日本国内では知られていない商標について、「韓国におけるコンクリートポンプ車を取り扱うコンクリート圧送業者等の需要者の間で」周知であったと認定し、それときわめて類似した商標を日本で出願した行為について、日本進出時の販売代理店となろうとした等の「不正の目的」を認定して同項19号を適用し、登録を拒絶した事例がある⁴¹。

(ii) 専ら海外で使用されている商標

このように商標法4条1項19号は、専ら海外で周知となった商標の保護規定として大きな意味を持つのであるが、同項10号や同項15号が、海外でのみ周知の商標との関係で適用されないのかという点は、実は、必ずしも明確ではない。商標審査基準には、周知性が肯定されるための要件について、「主として外国で使用されている商標については、外国において周知であること、数か国に商品が輸出されること、又は数か国で役務の提供が行われていること」という記述があるからである⁴²。一般的には、海外でのみ周知性のある商標の冒認出願は、専ら同項19号の問題であると解釈されているが⁴³、そのことと、商標審査基準の上記記述とは、どのような関係に立つかという問題を検討しておく必要がある。

専ら外国で使用されている商標であっても、その需要者には日本国内の者が多く含まれているという場合は想定できる。商標審査基準も、そのような場合を念頭において、商標法4条1項15号の適用に際し、「外国において著名な標章が、我が国内の需要者によって広く認識されているときは、その事實を十分考慮して判断する」と記述している⁴⁴。裁判例には、ハワイに所在するビーチウエア、カジュアルウエア等のショップで、日本国内への商品輸出やライセンスを行っていないが使用する商標について、日本人観光客向けの雑誌や日本国内で発行されている旅行雑誌等で紹介されていたという事實を認定し、「我が国のカジュアルウエア、スポーツウエア及びアクセサリーの取引者・需要者の間で広く知られていた」としたものがある⁴⁵。

このように、海外でしか使用されていないが、国内の需要者の間で周知となった商標と、日本で出願された類似商標とが混同する可能性は、広義の混同以外には考えにくいであろう。その周知商標が日本国内では使用されていないことも、国内の需要者にはよく知られていると思われるからである。前記の裁判例でも、裁判所は、指定商品がハワイの周知商標が使用されている商品と密接な関連性を有することを指摘した上で、周知商標の所有者又はその関係者と「何らかの関係を有する者の業務に係る商品と混同を生ずるおそれがあった」としている。

商標法4条1項10号との関係でも、同号にいう周知商標には、「主として外国で商標として使用され、

⁴¹ 知財高判令和元・5・30裁判所ウェブサイト。

⁴² 『商標審査基準〔改訂第14版〕』4-1-10.1(2)。

⁴³ 小野=三山・前掲書〔註36〕・339頁。

⁴⁴ 『商標審査基準〔改訂第14版〕』4-1-15.1(3)。

⁴⁵ 東京高判平成11・12・14裁判所ウェブサイト。

それが我が国において報道、引用された結果我が国において『他人の業務に係る商品を表示するものとして需要者の中に広く認識され』るようになった商標を含む」と述べた裁判例がある⁴⁶。この事案では、米国で発行されていた専門業界紙について、日本での発行部数は少なかったという事実を前提としつつ、米国ではそのような新聞が発行され、業界で権威を持っているという報道が日本の専門雑誌や刊行物においてなされていたことを理由に、米国の専門業界紙の商標が日本国内の需要者の中で周知になっていたと判断された。ハワイを訪れる観光客が、現地で商標を付した商品を実際に購入していたという事案と比較しても、日本国内の需要者層との関係は一段と希薄であるが、それでも、国内の需要者層にとっての認識に結び付けた判断が行われている。

そうだとすれば、「外国において周知であること、数か国に商品が輸出されること、又は数か国で役務の提供が行われていること」を問題とする上記の審査基準の記述は、従来の裁判例とはまた異なる状況について述べているように読める。日本の事業者による商品の輸出又は海外向け役務との関係で、日本の商標法が準拠法として用いられた場合（前述2.（2））に関するものと理解するべきであろうか。

4. 結語

欧米列強との不平等条約の改正を国家目標として國の近代化を進めた19世紀後半以来、日本にとって、外国著名商標の保護は、常に大きな課題であった。とはいえ、それは、外国著名商標の保護を図るために商標法の改正、運用改善を継続するといった単線的な歴史ではない。最初の商標条例の制定が、結局は国内の事業者による要望を契機として実現したように、外国著名商標の保護は、常に、国内の利害との調整の上で法制化されてきた。商標法4条1項19号という特徴的な規定を導入した1996（平成8）年改正にしても、その立法に至る議論の過程を見ると、著名商標の保護と商標選択の自由の議論がせめぎ合う中で、いわば折衷的に規定が作られたという経緯が明らかである。そして、そこには、直前に行われた不正競争防止法の改正という国内的な文脈が、米国や欧州共同体（当時）で進む国際的な著名商標保護の動向と交錯し、独自の力学を形成していたことがうかがわれる。

こうした中で、属地主義という商標法の国際的な原則も、硬直的ではない形で解釈されてきた。属地主義の原則は、日本法に基づく登録によって成立した商標権の効力が日本国内にのみ及ぶという地理的な効力範囲に係る原則と理解され、準拠法上の判断に基づいて外国での事情に日本の標識法を適用する余地を排除するものではなく、また、日本の商標法の解釈に際して、海外における事実（ある商標が海外で周知又は著名であるという事実）を考慮する上でなんら妨げとなるものでもないと解されている。

ところで、立法は条文の採択に終わるものではなく、裁判所による解釈や、特許庁の審査実務を通じて、法は継続的に発展していく。現在の商標審査基準は、裁判例による解釈をふまえて作成されているが、著名商標に一段と強い保護を認めるという1996年改正がとらなかった考え方を、事実上、実現しているように思われる。それは、外国の商標を含む著名商標の保護が世界的な潮流となり、また、その冒認出願や濫用的な出願は「悪意の商標出願」として規制されるべきことに関する国際的なコンセンサスが形成してきたという最近の情勢の中では、きわめて適切な方向性である。今後も、国際的な動向を見きわめつつ、商標の保護と自由な使用の均衡点を模索する試みが、米国や欧州、中国などの主要国とともに、日本でも継続されていくことであろう。

⁴⁶ 東京高判平成4・2・26 知財集24巻1号182頁。

II. 外国著名商標の主体と日本の商標権者が同一人でない場合の商標権行使の許否

立命館大学 宮脇 正晴 准教授

1. はじめに

(1) 本研究の趣旨

商標法は商標を使用する者の信用を保護するものである一方(商標法1条)、登録主義(同18条1項)を採用し、未使用段階から商標権を付与することが可能な構造となっている。ただし、現に日本の市場で使用され、一定の認知を得ている商標については、そのような商標の主体以外の者が商標権を取得できないように規定が整備されている(商標法4条1項10号や同19号など)。外国で使用されているものの、日本の市場では認知されていない商標が、その外国商標の主体と無関係な者によって出願された場合についても、かつては商標法上このような出願にかかる商標登録を阻却する規定が存在しなかつたが、1996年の改正により4条1項19号が新設されたことによって、明文の規定である程度対処が可能となっている。

しかしながら、このような出願を完全に阻止することは不可能であるし、後述のように商標権が譲渡されたことによって外国商標の主体と日本の商標権者等の間に法的・経済的なつながりがなくなってしまうことや、意図せずして外国著名商標と類似する商標が出願されて商標登録がなされてしまうようなケースも存在する。このようなケースでは、侵害訴訟においてどのような場合に侵害を否定すべきなのかということが問題となり、このことについては中国の商標法学や実務上の関心も高まっているように見受けられる¹。

そこで本稿では、このような様々な理由で外国著名商標の主体と日本の商標権者が同一人でない事案において、前者を出所とする商品を輸入販売等する者(以下これらの者を「外国著名商標使用者」という)の登録商標と同一ないし類似の商標を登録商標の指定商品と同一ないし類似の商品に使用する行為が非侵害となる場合について日本の状況を概観し、一定の評価を加えることとしたい。

(2) 外国著名商標使用者側の防御方法

外国著名商標使用者が日本の商標権者から商標権侵害訴訟を提起された場合、防御方法²としては次の三種が考えられる。

その一つ目は、無効の抗弁(商標法39条の準用する特許法104条の3第1項)である。次に考えられるのは、並行輸入の抗弁である。3番目に挙げられるのは、権利濫用の抗弁である。以下これらの抗弁について順番に紹介・検討していくこととする。

¹ 最近、中国で特定の指定商品分野において「無印良品」の商標について日本で「無印良品」を運営している良品計画とは無関係な者によって商標権が取得され、当該商標権者から商標権侵害訴訟を提起された良品計画が敗訴したことが報じられている(2019年12月14日日本経済新聞朝刊13面など)。2020年1月4日から5日にかけて開催された本研究プロジェクトの研究者会議では、同判決が中国の研究者や実務家の強い関心を集めていることが確認された。

² 以下に「防御方法」として紹介するものは、いずれも侵害訴訟においては抗弁となるものであるが、外国商標権者が商標権者に対して差止請求権等の不存在確認訴訟を提起する場合には、請求原因となる。

2. 無効の抗弁

(1) 概要

商標法 39 条の準用する特許法 104 条の 3 第 1 項は、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、当該特許が特許無効審判により…無効にされるべきものと認められるときは、特許権者又は専用実施権者は、相手方に対しその権利を行使することができない」と規定しており、一般に同規定に基づく抗弁は「無効の抗弁」と呼ばれている。

この規定は、「特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されない」とする権利濫用論（後述の「キルビー抗弁」）を示した後掲最判〔キルビー〕及びその後の裁判例を受けて 2004 年の特許法改正及び商標法改正で新設されたものである³。問題の商標権が登録要件に違反して登録されたものである場合には、無効の抗弁の主張が可能である。特に外国著名商標との関係で問題となりうる登録要件としては、4 条 1 項 7 号（公序良俗違反）、同 10 号（他人の広知商標との類似）及び同 19 号（不正目的出願）等が考えられる。

例えば、無効の抗弁が認められた例として、東京地判 2007・10・25 平成 19(ワ)5022 [mosrite]（控訴棄却：知財高判 2008・8・28 平成 19(ネ)10094）を挙げることができる。この事件において原告は、エレキギターの著名商標“mosrite”について、外国の“mosrite”ブランドの主体とは無関係に商標権を取得したものであり、同商標を付したギターを“mosrite”ギターの復刻品などと称して販売していた。判決は、原告の商標権には 4 条 1 項 10 号違反の無効理由があるとして、無効の抗弁を認めている⁴。

(2) 無効の抗弁に関する商標法固有の問題（無効審判請求の除斥期間制度との関係）

商標法は、一部の無効理由を除き、無効審判請求できる期間を商標登録から 5 年に限っている（商標法 47 条。ただし、4 条 1 項 10 号等を理由とする無効審判請求については、不正競争の目的で商標登録を受けた場合にはこの除斥期間の適用はない。）。そこで、商標法固有の論点として、除斥期間の経過により無効審判請求ができなくなった無効理由に基づく無効の抗弁が認められるかが問題となる。

この点につき、学説の多数は、除斥期間経過後には無効の抗弁を主張できないとしていた⁵。そのように解しないと、登録査定時の瑕疵よりも既存の継続的な状態の保護を優先するという、除斥期間制度の趣旨が没却されることになるというのが理由である。最高裁も、最判 2017・2・28 民集 71 卷 2 号 221 頁〔エマックス〕において同様の立場を採用している。したがって、今日では、無効審判の除斥期間経過後には無効の抗弁の主張は認められることとなる（ただし、後述のとおり権利濫用の抗弁が認められる余地はある）。

³ ただし、法改正に関する議論は専ら特許法が念頭に置かれたものとなっており、商標法においてこのような規定を必要とする状況があったのかどうかについては疑問がある。詳細は、宮脇正晴「商標法におけるキルビー抗弁・権利行使制限の抗弁（特 104 条の 3 抗弁）に関する問題点」パテント 63 卷別冊 2 号 24 頁（2010 年）参照。

⁴ このほか、外国商標との関係で無効の抗弁が認められた例としては、東京地判 2018・6・28 平成 29(ワ)12058 [KCP]（控訴棄却：知財高判 2019・1・29 平成 30(ネ)10057。4 条 1 項 19 号違反の無効理由があるとされた）がある。

⁵ 森義之「判批」商標・意匠・不正競争判例百選 67 頁（2007 年）、宮脇・前掲注 3・246 頁など。除斥期間制度の趣旨につき、最判平 17・7・11 判時 1907 号 125 頁 [RUDOLRH VALENTINO]。

もっとも、問題の登録商標が登録後5年経過している場合であっても、問題となる無効理由が4条1項7号や同19号違反であれば、そもそも除斥期間の適用が無いため、無効の抗弁の主張は可能である。また、4条1項10号違反が無効理由であれば、不正競争の目的で登録を受けたものである場合には、除斥期間の適用が無いため、この場合も無効の抗弁の主張は可能である⁶。

3. 並行輸入の抗弁

(1) フレッドペリー事件最高裁判決の示した3要件

今日の日本の裁判実務においては、並行輸入（ないし並行輸入した商品の販売等）が商標権侵害を構成するか否かについては、最判2003・2・27民集57巻2号125頁〔フレッドペリー〕の示した三要件を充足するか否かで判断がなされている。すなわち、同判決によれば、並行輸入が形式的には商標権侵害の要件を充足する場合であっても、①相手方（輸入者）の使用する商標が外国における商標権者又は当該商標権者から使用許諾を受けた者により適法に付されたものであること（適法性要件）、②当該外国における商標権者と我が国の商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同一人と同視しうるような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであること（同一人性要件）、及び③我が国の商標権者が直接的に又は間接的に当該商品の品質管理を行いうる立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないこと（品質の実質的同一性要件）、の三つの要件をすべて充足する場合には、当該行為は商標権侵害の実質的違法性を欠くものとして許される。

この判決は、大阪地判1970・2・27判時625号75頁〔パーカー〕以来、我が国の下級審裁判例が採用してきた商標機能論を最高裁として初めて採用することを明らかにしたものである。商標機能論とは、商標法の保護法益を商標の機能として、そのような機能を害さない行為については商標権侵害を構成しないという考え方である⁷。保護法益となる商標の機能については、裁判例はほぼ一貫して出所表示機能と品質保証機能を挙げており、最高裁もこの立場を採用している⁸。すなわち、上記の三要件のうち、①及び②の要件は出所表示機能に、③の要件は品質保証機能に、それぞれ関係する要件である⁹。

(2) 同一人性要件

外国著名商標の主体と無関係な者が当該商標と同一ないし類似の商標について商標権を取得している場合、商標権侵害訴訟において外国著名商標使用者が並行輸入の抗弁を主張しても、今日ではそれが成功する見込みは低いと言わざるを得ない。そのような場合には、最高裁の示した上記三要件のうち、同

⁶ キルビー抗弁を認めた例であるが、東京地判2001・9・28判時1781号150頁〔mosrite〕（控訴棄却：東京高判2002・4・25平成13(ネ)5748）は、原告の商標権が不正競争の目的で取得されたものであることを認定して、登録から5年以上経過した後も無効審判請求が可能であることにも言及している。

⁷ 詳細については、宮脇正晴「商標機能論の再検討」日本工業所有権法学会年報30号5頁（2007年）など参照。

⁸ 宮脇正晴「商標機能論の具体的内容についての一考察」立命館法学290号896頁（2003年）など参照。ただし、品質保証機能が商標法の保護法益なのかどうかについては学説上争いがある。詳細については、宮脇・前掲注7・9頁以下を参照。

⁹ 高部眞規子「判解」曹時57号1624頁（2005年）。

一人性要件を充たさない可能性が高いからである。

この同一人性要件は、リーディングケースである前掲大阪地判〔パーカー〕においては挙げられていないかった。この要件を初めて採用したのは、同事件後に出された大蔵省関税局通達¹⁰であり、その後、多くの裁判例に採用されるところとなった¹¹。しかしながら、学説上は、同一人性要件は並行輸入を許容するための必須の要件ではないとする立場も有力であった¹²。例えば、外国著名商標の主体と無関係な者が当該商標について日本で商標権を取得して、その登録商標を専ら当該外国著名商標の付されている商品を輸入販売する際にしか使用していないようなケースを考えると、その登録商標が表示している出所は実質的には（日本の商標権者ではなく）外国著名商標の主体の方であるのだから、商標権者以外の者が外国著名商標の主体に由来する商品を輸入等する場合には出所表示機能は害されていないこととなる。このようなケースはまさに本稿の想定しているケースであるが、このような場合に並行輸入を許容すべきことを、上記の有力説は主張していた。前掲最判〔フレッドペリー〕は、同一人性要件を求めることで、上記のケースを並行輸入の抗弁が認められる対象から外し、これらについては権利濫用論等の他の法律構成による解決に委ねたものと考えられる¹³。

上記は、「同一人性」が認められない場合でも出所表示機能が害されていない場合がありうることについての議論であったが、これとは逆に、「同一人性」が認められる場合でも出所表示機能が害されている場合もありうる。それは、日本の商標権者が外国著名表示の主体とは異なる品質管理の下で製造された商品を日本で流通させるなどの、独自の信用（グッドウィル）を築いている場合である。このような場合、たとえ外国著名表示主体と日本の商標権者との間にこれらを同視しうる関係があったとしても、異なる品質管理に服している外国商品を日本で流通させると、日本の商標権者の信用が害されるおそれがあるため、出所表示機能が害されていると評しうる。このような「独自のグッドウィル」論の観点からも、（前掲最判〔フレッドペリー〕が出される前の時代においても）「同一人性」要件は批判されていた¹⁴。

以上要するに、外国著名商標の主体の商品の輸入等が問題となる場合に、日本の商標権者が独自の信用を築いておらず、日本の需要者にとって日本の商標権者の商品の実質的な出所が外国著名商標の主体と評しうる場合には商標の機能は害されていないのであるから両者に法的・経済的な関係が認められなくとも侵害を否定すべきであるし、独自の信用を築いている場合には両者に法的・経済的な関係が認められる場合でも侵害を肯定すべきこととなる。このような考え方からすれば、法的・経済的な関係の有無よりも、日本の商標権者の独自の信用構築の有無に着目したほうが、より実質的な判断が可能となるように思われる。前掲最判〔フレッドペリー〕の規範を前提にこのような実質的な判断をするためには、同一人性要件を出所表示機能が害されているか否かという観点から実質的に判断することとなるが¹⁵、そのような立場は同最判の規範の文言からの乖離が甚だしいため、同最判を前提とする限り困難であるようと思われる。

¹⁰ 昭和47年8月25日蔵関1443号。この要件のルーツについて深く考察するものとして、石黒一憲「真正商品の並行輸入の適法性要件としての『内外権利者の一体性の要件』について」財団研究報告書『国際商取引に伴う法的諸問題(11)』(財団法人トラスト60, 2003年)1頁。

¹¹ 東京地判昭48・8・31無体集5巻2号261頁〔マーキュリー〕、名古屋地判昭63・3・25判時1277号146頁[BBS]、大阪地判平8・5・30判時1591号99頁[クロコダイル事件]他多数。

¹² 木棚照一『国際工業所有権法の研究』(日本評論社, 1989年)302頁、川島富士雄「判批」ジュリ992号137頁(1991年)、茶園成樹「判批」発明100巻2号100頁(2003年)など。

¹³ 高部・前掲注9・1625頁。

¹⁴ 中山信弘「判批」村林隆一還暦記念『判例商標法』(発明協会, 1991年)770頁、田村善之『商標法概説(第2版)』(弘文堂, 2000年)474-475頁など。

¹⁵ これに近い主張をするものとして、田村善之「判批」知的財産法政策学研究30号296頁以下(2010年)がある。

裁判例においても、並行輸入の抗弁の成否の判断において、日本の商標権者の独自の信用（グッドウイル）構築の有無に言及する裁判例は多いが¹⁶、日本の商標権者と訴訟の相手方の輸入等する商品の出所との間に法的・経済的な関係が存在しないにもかかわらず並行輸入の抗弁が認められた例は存在しない。もともと日本の商標権が外国著名表示の主体（ないしそれと同視される者）により取得されていたところ、日本の商標権が他の者に譲渡されたような事案において、同一人性を否定するにあたり、日本の商標権者が独自の信用を築いていることに言及する裁判例¹⁷はあるものの、その後に出された別の裁判例¹⁸においては、日本の商標権者が独自の信用を構築している必要は無いなどとして、同一人性を否定している。

（3）小括

以上のように、前掲最判〔フレッドペリー〕の三要件、とりわけ同一人性要件は、商標の出所表示機能や品質保証機能が害されていないかを直接問題としておらず、これら機能が害されていないケースの一部を念頭に、定式化を図ったものと評しうる。このような定式化は、特定のケースについては予見可能性を高め、効率的に紛争処理を図ることができるという点でメリットがある¹⁹。最高裁は、商標の出所表示機能や品質保証機能が害されていないケースをもれなくカバーすることよりも、一部のケースを定式化する上記のメリットのほうが大きいと判断したのであろう。その結果として、外国著名商標の主体と日本の商標権者とが異なるケースについては、同最判以前では並行輸入の抗弁（商標機能論）によって侵害を否定できる余地があったが、同最判以後はそのような余地はほぼなくなったといえる。

4. 権利濫用の抗弁

商標法分野においては、商標権の行使を権利濫用（民法1条3項）とする裁判例が多く存在している。比較的古くからみられる権利濫用論は、権利者・被疑侵害者双方の行為態様や、権利者の意図等の諸事情につき勘案した上で、権利者による商標権の行使が（競争秩序に反するものとして）権利濫用に当たるか否かにつき判断するというものである。このような判断枠組みが用いられている権利濫用論を、ここでは「従来型」の権利濫用論と呼ぶこととした。

これに対し、権利濫用となる要件が定式化されている権利濫用論もみられるようになってきた。このような定式化された権利濫用論の中にも、いくつかの類型がある。以下では、定式化された権利濫用論と、従来型の権利濫用論を順に検討していくこととした。

¹⁶ 代表的なものとして、大阪地判1996・5・30判時1591号99頁〔クロコダイル〕。その他の裁判例については、蘆立順美「商標機能論の検討」日本工業所有権法学会年報42号102頁以下（2019年）参照。

¹⁷ 大阪地判2004・11・30判時1902号140頁〔ダンロップ〕。同判決は日本の商標権者（原告）が「独自に発展し」、日本においては「その商品出所を原告とするとの認識が形成されるに至った」との認定の下、同一人性を否定している。

¹⁸ 知財高判2010・4・27平成21(ネ)10058〔コンバース〕。

¹⁹ 恐らくはこのような観点から同一性要件を適切なものと評するものとして、蘆立順美「フレッドペリー最高裁判決における商標機能論の検討」パテント64巻5号（別冊5号）19頁（2011年）。

(1) 定式化された権利濫用の抗弁

(i) キルビー抗弁

最判 2000・4・11 民集 54巻 4号 1368 頁 [キルビー] は、「特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されない」と判示した。この判決の示した権利濫用の抗弁は「キルビー抗弁」と呼ばれている。この最判自体は特許権侵害が主張されていた事案について出されたものではあるが、その後、商標権侵害の事案においてもキルビー抗弁を採用する裁判例²⁰が登場することとなり、さらにその後、前述のとおり、特許法と商標法に無効の抗弁が新設されることとなった。

今日では無効の抗弁があるため、キルビー抗弁を主張する実益は無くなっている。もっとも、以前は、無効審判の除斥期間経過により無効審判請求ができなくなった場合に、無効の抗弁は認められないものの、キルビー抗弁は認められるとする学説²¹があり、裁判例²²にもこの立場を前提とするとみられるものがあった。しかし、前掲最判〔エマックス〕が、除斥期間制度の趣旨が没却されることを理由に無効の抗弁を否定していることからすると、キルビー抗弁についても同様に否定しているものと解されるため²³、やはりこのような場合でも無効の抗弁に代えてキルビー抗弁を主張する実益は無くなっている。

(ii) 不使用の抗弁

上記のとおり、キルビー抗弁は登場後しばらくして商標権侵害訴訟においても採用されることとなった。前掲最判〔キルビー〕が、キルビー抗弁を採用すべき理由として述べられていることが、商標法分野でも当てはまるところである。その理由とは、次のようなものである。「(一)〔無効理由の存在することが明らか〕特許権に基づく当該発明の実施行行為の差止め、これについての損害賠償等を請求することを容認することは、実質的に見て、特許権者に不当な利益を与え、右発明を実施する者に不当な不利益を与えるもので、衡平の理念に反する結果となる。また、(二)紛争はできる限り短期間に一つの手続で解決するのが望ましいものであるところ、右のような特許権に基づく侵害訴訟において、まず特許庁における無効審判を経由して無効審決が確定しなければ、当該特許に無効理由の存在することをもって特許権の行使に対する防御方法とすることは許されないとすることは、特許の対世的な無効までも求める意思のない当事者に無効審判の手続を強いることとなり、また、訴訟経済にも反する。さらに、(三)特許法168条2項は、特許に無効理由が存在することが明らかであって前記のとおり無効とされることが確実に予見される場合においてまで訴訟手続を中止すべき旨を規定したものと解することはできない。」

商標法は無効審判制度だけではなく、取消審判制度も有しており、特に不使用取消制度(商標法50条)は頻繁に活用されている。キルビー抗弁が採用されるべき上記理由は、一見すると取消審判によって商標登録が取り消されるべきことが明らかな商標権の行使にも妥当するようにみえる。後述する従来型の権利濫用論においては、商標が不使用であるという事情は重要な考慮要素となっているものの、不使用という事情単独では従来型の権利濫用の抗弁は認められない。しかし、商標権は使用の意思があること

²⁰ 東京高判 2003・7・16 判時 1836 号 112 頁 [ADAMS] など。

²¹ 高部眞規子「特許法 104 条の 3 を考える」知的財産法政策学研究 11 号 135 頁 (2006 年) など。

²² 東京地判 2005・10・11 判時 1923 号 92 頁 [ジェロヴィタール化粧品]。

²³ 清水知恵子「判解」L&T 76 号 67 頁 (2017 年)、鈴木將文「判批」L&T77 号 65 頁 (2017 年) 他多数。

を前提に登録がなされるものであり（商標法3条1項）、3年間継続して使用されていない商標権については消滅させる制度（50条）があることに鑑みれば、そのような制度によって消滅することが確実に予見される商標権の行使を認める理由に乏しいように思われる。現にそのような主張をする学説²⁴も存在するところである。

裁判例においても、商標登録の取消審判請求がされ、当該商標登録が取り消されるべきことが明らかな場合には、その商標登録にかかる商標権の行使を権利濫用とするものがある²⁵。このうち、外国著名商標が関係するものとして、東京地判2019・2・22平成29(ワ)15776[moto]がある。この事件は、「時計」を指定商品とする“moto”の文字列からなる商標権を保有し、少なくとも置時計については当該商標を使用しているXが、モトローラ社のスマートウォッチ“moto”を販売するYに対して侵害訴訟を提起したというものである。判決は、指定商品「腕時計」について不使用取消審判が請求されているX商標権について、これが不使用取消審判により取り消されるべきものであるとして、Xによる差止請求を権利濫用とする一方、損害賠償請求については対象期間が不使用取消審判請求登録日より前のものであったため（一部）認容した。

これら裁判例の示す権利濫用の抗弁と、キルビー抗弁との最大の差異は、前者が不使用取消審判が現に請求されていることを求めているのに対し、後者においては被疑侵害者が実際に無効審判請求することは求められていない（上記のキルビー抗弁の理由（二）参照）という点である。この差異は、特許の無効理由は出願時点という既に過去にあった事情のみを問題とするものであるのに対し、商標の不使用取消の場合は商標権者ないし使用権者による使用がなされれば取消理由が解消されうるものであることに起因する。

不使用取消審判においては、3年間の判断基準となる時点は、不使用取消審判の請求の登録日（商標法51条2項）となっており、その登録日以降に商標権者が駆け込み的に使用しても不使用取消を免れないようになっている。侵害訴訟でもこのような基準日を設けないと、訴訟において被疑侵害者が不使用の主張をした後に（事実審の口頭弁論終結時までに）商標の使用がなされば不使用の抗弁は成り立たなくなってしまう²⁶。また、商標権は未使用段階でも発生するものであり、不使用登録が認められるのもあくまで3年間継続して使用していない場合に限られるのであるから、単に不使用であるという事情をもって商標権の行使を否定することは、商標制度の趣旨に反することとなろう²⁷。これらを考慮すると、上記裁判例が現に不使用取消審判請求がなされていることを要件として、その請求の登録日を基準に不使用の判断をしていることは妥当であるように思われる。

²⁴ 渋谷達紀『知的財産法講義III〔第2版〕』（有斐閣、2008年）参照。光石俊郎「不使用登録商標に基づく権利行使について」日本工業所有権法学会年報20号117頁（1997年）は、商標権侵害訴訟と並行して不使用取消審判が請求されている場合には、商標権者から登録商標が使用されている事実を立証しない限りは、差止請求権の行使が権利濫用となる旨の主張をしている。

²⁵ 後述のmoto事件のほか、東京地判2014・10・30平成26(ワ)768[PITAVA一審]。また、不使用取消審決が既に確定している状況において、その商標権の消滅日前の3か月間なされていた被告商標の使用に対する商標権の行使を権利濫用としたものとして、大阪地判2013・10・17平成25(ワ)127[RAGGAZZA]。

²⁶ 茶園成樹「諸外国と我が国における不使用登録商標対策の比較考察」（財）知的財産研究所『各国における商標権侵害行為類型に関する調査研究報告書』（2007年）113頁など参照。

²⁷ なお、商標法の1996年改正の議論の際には、不使用の抗弁の導入の是非が議論されたが、商標権が不安定なものとなるおそれや、不使用取消審判と侵害訴訟の不使用の抗弁とで判断齟齬が生じるおそれがあることなどが懸念され、導入は見送られている。特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編『平成8年改正 工業所有権法の解説』（発明協会、1996年）68頁参照。これらの理由付けが必ずしも説得的なものとはいえないことにつき、茶園・前掲注26・113頁参照。

(iii) エマックス抗弁

前掲最判〔エマックス〕は、上記のとおり無効審判請求の除斥期間が経過した場合には無効の抗弁は認められない旨判示しているが、それと同時に当該商標権が4条1項10号に該当する無効理由を有しており、かつ権利行使の相手方が同号にいう「需要者の間に広く認識されている」商標（以下これを「広知商標」という）の主体である場合には、そのような商標権の行使は権利濫用となる旨、判示している。このような権利濫用の抗弁を、ここでは「エマックス抗弁」という。

このような抗弁が認められるべき理由として、前掲最判〔エマックス〕は、次のように述べている。「…商標法4条1項10号〔の趣旨〕は、需要者の間に広く認識されている商標との関係で商品等の出所の混同の防止を図るとともに、当該商標につき自己の業務に係る商品等を表示するものとして認識されている者の利益と商標登録出願人の利益との調整を図るものであると解される。そうすると、登録商標が商標法4条1項10号に該当するものであるにもかかわらず同号の規定に違反して商標登録がされた場合に、当該登録商標と同一又は類似の商標につき自己の業務に係る商品等を表示するものとして当該商標登録の出願時において需要者の間に広く認識されている者に対してまでも、商標権者が当該登録商標に係る商標権の侵害を主張して商標の使用の差止め等を求めるることは、特段の事情がない限り…権利の濫用に当たり許されないものというべきである…。」

この最判が従来型の権利濫用の抗弁を認めた後掲最判〔ポパイ〕を引用していることから、同最判はエマックス抗弁を従来型の権利濫用論を定式化したものと考えているようであり、同判決の山崎裁判官の補足意見もこのことを指摘している²⁸。しかし、従来型の権利濫用論においては、権利行使の相手方が商標登録出願時及び登録時²⁹に広知であったという事情のみをもって権利濫用を肯定したものは存在しないことから、エマックス抗弁を従来型の権利濫用の抗弁の一部として位置づけるには無理がある³⁰。また、同抗弁を従来型とは異なる新たな権利濫用の抗弁と位置付ける場合には先使用制度（商標法32条）の趣旨を没却しかねないことから、多くの批判がなされている³¹。とはいっても、このような最高裁判決が出た以上、実務上はこのエマックス抗弁は活用されることとなると思われる。

（2）従来型の権利濫用の抗弁

従来型の権利濫用の抗弁を認めた代表的な裁判例として、最判1990・7・20民集44巻5号876頁〔ポパイ〕が挙げられる。この事件で最高裁は、漫画「ポパイ」の主人公の人物像及び「POPEYE」の文字からなる商標を、同漫画の著作権者に無断で商標登録した商標権者が、同著作権者の許諾を得て「POPEYE」標章を付した商品を販売している者に対して当該商標権行使することを権利濫用に当たるとしている。従来型の権利濫用論においては、問題の商標権の取得経緯だけでなく、権利行使時点までに存在する様々

²⁸ この判決の調査官解説である、清水・前掲注23・67頁も同様の指摘をしている。

²⁹ 商標法4条1項10号の広知表示の判断基準時は出願時と登録時の両方であり、この両方の時点において広知であることを要する（商標法4条3項）。

³⁰ 宮脇正晴「エマックス事件最高裁判決の採用した権利濫用の抗弁に関する問題点」特許研究65号9頁以下（2018年）参照。

³¹ 鈴木・前掲注23・65-66頁、愛知靖之「判批」ジュリ1518号281頁（2018年）、田村善之「判批」知的財産法政策学研究52号272-273頁（2018年）、宮脇・前掲注30・11頁、蘆立順美「判批」小野昌延先生追悼『続・知的財産法最高裁判例評証大系』（青林書院、2019年）323-324頁。これに対し、本判決に一定の理解を示すものとして、今村哲也「判批」IPジャーナル3号40頁以下（2017年）、潮見久雄「判批」上記小野追悼23-24頁。

な事情が考慮される³²。

このような諸事情のうち、裁判例において特に重視されてきているとみられる事情は、登録商標が商標権者の独自の信用を化体するものとなっているかどうかという事情である³³。例えば、前掲最判〔ポパイ〕が権利濫用の抗弁を認めるにあたって特に重視していた事情は、問題の登録商標の文字列「POPEYE」から、「ポパイ」の漫画の主人公の人物像を直ちに連想するというのが、当該商標出願当時のみならず「現在」においても「一般的の理解」であり、「POPEYE」ないし「ポパイ」の語が漫画の主人公以外の何ものとも意味しないという事情であったと思われる。このことは、同最判の調査官解説において、「業務上の信用の化体していない未使用の商標」にかかる商標権の行使を権利濫用と評価すべき事例がある旨の言及があることからも裏付けられる³⁴。

そして、その後の裁判例には、登録商標に独自の信用が化体していないという事情をより明示的に問題にするものがある。例として、東京地判 1999・4・28 判時 1691 号 136 頁〔ウイルスバスター〕が挙げられる。この事案においては原告の商標は全く使用されておらず、したがって商標権者の信用を化体するものになっていない一方で、「ウイルスバスター」といえば一般需要者は被告の商品と認識するほど被告商品が著名となっているという事情があったことから、判決は、本件で原告商標権の行使を認めてしまうと、「被告商標が現実の取引において果たしている商品の出所識別機能を著しく害し、これに対する一般需要者の信頼を著しく損なうこととなり、商標の出所識別機能の保護を目的とする商標法の趣旨に反する結果を招来するものと認められる」として、当該商標権の行使を権利濫用としている³⁵。外国商標が関連する例としては、大阪地判 1993・2・25 知財集 25 卷 1 号 56 頁〔JIMMY' Z〕を挙げることができる。この事件は、衣類にかかる登録商標「ジミーズ」の商標権者 X が、米国商標「JIMMY' Z」を付され、米国内で拡布され我が国に輸入された衣類を販売する Y に対して差止め等を求めたというものであるが、X は使用料を得て「JIMMY' Z」商品の輸入販売を他の業者に許諾し、自らも店舗で米国商標商品を販売していたという事情が存在した。判決は、このような X の行為を「本件商標の出所表示機能等の諸機能を自ら毀損し、商標を商品選択の指標とする需要者の利益をも害する行為」であって、商標法の目的に反する行為であるなどとして、権利濫用を認めている。この判決も、実質的には X の商標に独自の信用が化体されていない点を重視したものと評することができよう³⁶。

³² 例えば、前掲東京地判〔ジェロヴィタール化粧品〕は、4 条 1 項 10 号その他の無効理由に基づく無効の抗弁及びキルビー抗弁についていずれも不成立とした上で、前掲最判〔ポパイ〕を引用しつつ、別途従来型の権利濫用の抗弁について判断しており、その考慮要素として、「登録商標の取得経過や取得意図、商標権行使の態様等」を挙げている。

³³ 西村一路「商標権侵害訴訟における権利濫用の判断」パテント 72 卷 3 号は、従来の裁判例が権利濫用を認めるにあたり重視してきた要素を、「①商標権の取得に不正の意図があったか、②対象者に取引の実情等の面から考慮すべき事情があるか、③信用の帰属は商標権者にないか、」という 3 点」であると分析している。

³⁴ 塩月秀平「判解」曹時 44 卷 3 号 281 頁(1992 年)。その引用する、小島庸和「商標と競争」日本工業所有権法学会年報 9 号 42 頁(1996 年)も参照。

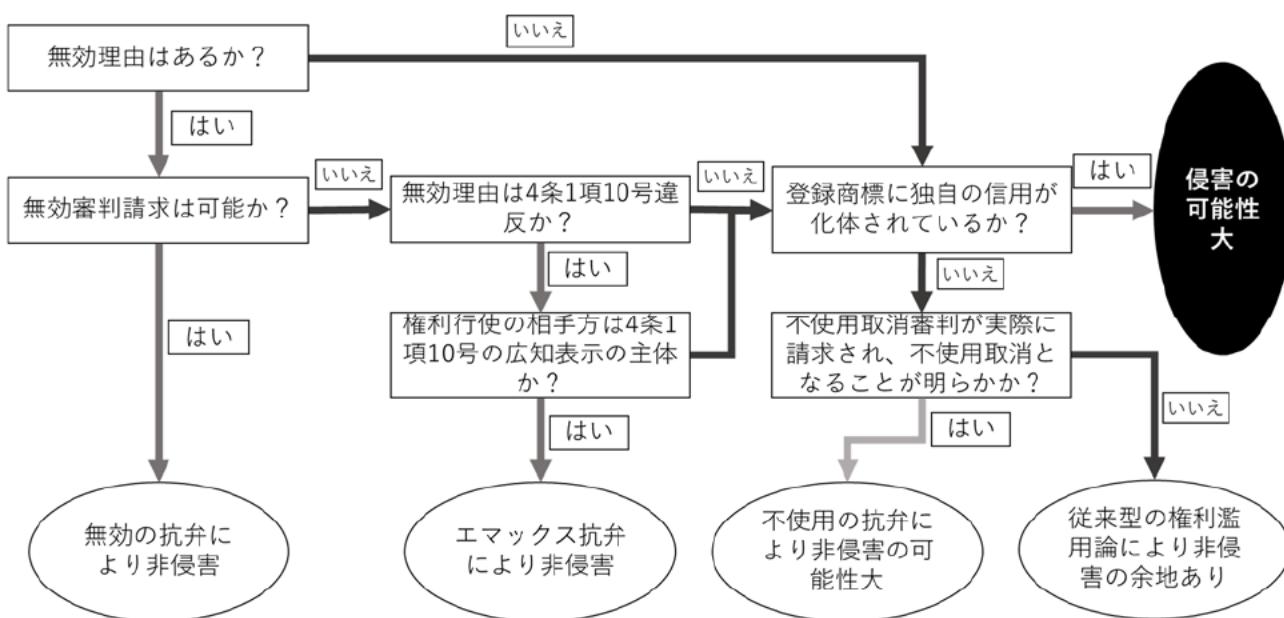
³⁵ そのほか、登録商標に独自の信用が化体していないことを考慮して権利濫用の抗弁を認めた例として、東京地判 2002・1・26 平成 22(ワ)32483〔KAMUIPRO 一審〕、大阪地判 2004・8・28 判時 2269 号 94 頁〔melomkuma〕。

³⁶ 光石俊郎「商標法において権利濫用とされた裁判例の再構築(試論)」牧野利秋先生拿寿記念論文集『知的財産権 法理と提言』(青林書院、2013 年) 875 頁参照。

学説においても、独自の信用を化体していない商標権の行使であることが、権利濫用の抗弁を認めるにあたり重視されてきている³⁷。もちろん、実際の裁判例において考慮されている事情はこれにとどまるものではないが³⁸、独自の信用を化体していないということは、問題の商標が商標権者を出所として表示するものとして機能していないことであり、商標機能論でみられた、商標の機能の保護を商標法の保護法益とする立場からは、このような事情を勘案して権利行使を否定すべき事情として再重視すべきことには理由があるといえよう。とりわけ、外国著名商標が問題となる点においては、このような事情が問題となると思われる。前掲東京地判〔ウイルスバスター〕のように問題の登録商標が全く使用されていない場合や、前掲大阪地判〔JIMMY' Z〕のように専ら外国商標の主体の商品について（類似商標を）使用するのみであったという場合においては、独自の信用が無いとされる可能性が高いであろう。

5. 日本法についての総括

以上のような日本法の状況をまとめると、外国著名商標の主体と日本の商標権者の主体とが異なる場合に、前者を出所とする商品の輸入販売等をする者が侵害訴訟において主張して認められる可能性があるのは無効の抗弁と権利濫用の抗弁ということとなる（並行輸入の抗弁は、同一人性が認められないため、成立しない可能性が高い）。より詳細には、次のようなフローチャートで表すことができる³⁹。



もともと商標法には、不正目的で取得された商標権の行使や、独自の信用を化体しない商標権の行使に対処する明文の規定を有しておらず、商標機能論と権利濫用論で対処していた。その後、キルビー抗弁が登場し、無効の抗弁が立法化され、上記のような権利行使の一部は立法的に対処が可能となった。

³⁷ 田村・前掲注14・90頁、光石・前掲注36・874-877頁。

³⁸ 西村・前掲注33・95頁以下参照。武生昌士「判批」特許研究62号40-41頁（2016年）は、従来の裁判例において用いられていた権利濫用論を「濫用的意図に着目した権利濫用論」と「出所識別機能の保護という法目的に着目した権利濫用論」とに分類し、前掲東京地判〔ウイルスバスター〕を後者に属するものとしている。

³⁹ 不使用の抗弁について「非侵害の可能性大」としているのは、これについては最高裁判例が存在せず、裁判例も今のところ少数にとどまっているため、確立された裁判実務とは評しがたい面があるからである。

他方、フレッドペリー判決によって並行輸入の抗弁が定式化されたため、並行輸入の抗弁（定式化された商標機能論）での対処は困難となり、これの対処は権利濫用の抗弁に委ねられることとなった。その権利濫用の抗弁についても定式化が進んでおり、従来型の権利濫用の抗弁についても、裁判例の積み重ねにより、ある程度予見可能性は高まっているといえる。

このような日本法の状況は、不文の権利制限についての予見可能性を高めるための裁判所の努力の結果であり、その結果形成された法理にはエマックス抗弁のように批判されるべきものが含まれているものの、定式化を試みる姿勢自体は高く評価できる。法理のみならず、このような法理の形成過程についても、中国法の参考となれば幸いである。