

第3章

商標法（及び意匠法）からみた 不正競争防止法の保護領域

第1節 研究内容の要約

中国では反不正競争法（反法）が新たな改正を迎える段階にある。従前より、特定の営業上の標識、商品等表示、商品形態の保護に当たり、中国及び日本では、商標法や意匠法と不正競争防止法（不競法）が用いられてきたところ、これらの法律が相互にどのような関係性にあり、どのような役割分担がなされているかについては、体系的に比較整理する必要がある。この研究では、日中両国の研究者が各自の切り口により、商標法或いは意匠法といった産業財産法と不競法の保護領域について研究を行った。

当該研究テーマについて、中国側の研究者は、共通する保護客体を「ビジュアルコンポーネント」と定義し、当該保護客体に対する知的財産法と反法の重疊的な保護の在り方に焦点を当て、知的財産法と反法による保護の重疊、共存と抵触の問題があると指摘した。同研究者によれば、中国の司法実務において、権利客体の同一性基礎と差異的な権利付与の要件の問題、同一主体が同一客体に対する複数の権利による第三者侵害時の請求権の行使及び認定の問題、異なる主体が同一客体における権利享有による権利の享受や対応状態の認定及び処理の問題が存在するとされ、ビジュアルコンポーネントの権利競合問題の解決は、立法価値の目標の確定と司法政策の立場の選択の過程であり、その目標は当事者間の利益関係の均衡と協調である。知的財産保護の側面における現代の反法は、伝統的な法益の「補足的保護」と新興法益の「過渡的保護」が併存する局面を呈し、それによって反法と知的財産専門法の相互の補足的、交差的な「協同保護」の理想的な状態を構成するとした。

一方、日本側の研究者の研究によれば、知的財産保護の要件・効果・方法に鑑みると、不競法は、産業財産権法と一般不法行為法（日本の民法 709）の中間的な位置を占めるもので、不競法は保護だけでなく不保護の領域も定めていることから、不法行為法と不競法の重複保護は認められず、事業性、定型性、反復性ある行為を規制する場合には、不競法による保護がより望ましいことが明らかである。他方で、不競法と産業財産権法では重複（多角的）保護が当然に可能であるが、国（制度設営者）としては、侵害発生頻度が高く、許諾に馴染まない利益にかかわり、対価算定が容易な場合や、小さな/短期の利益を保護する場合には、産業財産権法よりも不競法による規制が望ましいことを明らかにした。

このテーマは、また商標法と不競法、並びに意匠法と不競法の観点からそれぞれ検討され、まず中国側の研究者は、中国における商標法枠組みでの悪意の抜け駆け登録や悪意の訴訟の問題を解決するためには、現行法における悪意の抜け駆け登録商標の強制移転制度と悪意の訴訟に対する反対賠償等の制度を維持する必要があり、反法における冒認禁止の内容は商標法に取り入れ、体系化された冒認法規を形成し、法適用の同一性と予見可能性を高め、先の権利者の権益が十分に保護されることを保証することを提案した。日本側の研究者は、不正競争訴訟における登録商標使用の抗弁について検討し、その具体的な内容としては、被告表示が被告登録商標と社会通念上同一であること、被告表示が被告登録商標の指定商品・役務の範囲内の商品・役務に使用されていること、及び原告表示の周知性が被告商標登録出願時において日本の商標法4条1項10号の広知性要件を充足する程度に至っていなかったことであり、被告がこれらの主張立証に成功した場合には、原告としては被告商標登録に無効理由があることか、被告商標権の行使が権利濫用に当たることか、商標法4条1項10号の趣旨が妥当しないような事情があることのいずれかについて主張立証できた場合には同抗弁の効果は否定されるべきことを提言した。さらに、もう1人の中国の研究者は、日中両国における商標法と不競法（中国の場合は反法）の立法、司法及び学術的な観点からの比較検討を行った。この研究者によれば、商標法と反法における保護法益はいずれも営業上の信用であり、2つの法による登録商標と未登録商標についての保護に抵触が存在して

いるわけでない。ただ具体的な制度設計において、登録によって全国的に統一した効力を有する登録商標制度と異なり、未登録商標は具体的に獲得した営業上の信用に基づく効力範囲が設定され、特に同一標識に対する商標権者と未登録周知標識の主体の間の取扱いにおいて留意する必要があると指摘した。

他方、意匠法と不競法上の商品形態模倣規制との異同について日本側の研究者が確認し、中国において商品形態模倣規制に対応する規定が存在しないことに鑑み、日本において両制度の適切な併存がなされているかという点を課題として検討がなされた。その結果、特に意匠登録に係る時期的問題の点と、仮想空間対応の点で、商品形態模倣規制の優位性が示された一方、商品デザインの一部を保護することや、具体的に規制できる行為の内容、保護期間等の関係で、意匠法による保護の優位性も示された。そのうえで、両制度は併存し得るものであり、また同時に、商品形態模倣規制の優位性が示された事項については、意匠法による対応の不足を検討すべき事項と扱えることを説明し、派生して、無審査の意匠保護制度を採用する中国法において、日本における商品形態模倣規制に対応するものが必要かどうかは明らかではないが、少なくとも日本において同制度が優位に働く場面について、同制度を有しない中国における検討が期待されとの指摘も行った。

なお、本章第2節及び第3章第2節における共同研究者の意見は、各研究者の個人的な見解に基づくものであり、日本国特許庁の見解を示したものでない。

第2節 中国の商標法・意匠法と反不正競争法

I. ビジュアルコンポーネントの知的財産権競合問題の研究

中南財經政法大学 知識産権研究センター 呉 漢東 教授

序論

商業分野におけるビジュアルコンポーネント (Visual Component) ¹とは、視覚要素の結合を通じて企業とその製品、役務のイメージを創り出し、表現する形で、ブランドの識別、情報の伝達、感情のつながり、市場の位置づけの確定などの商業的な効用を有する。商業のビジュアルコンポーネントは、「トレードドレス」 (Trade Dress) とも呼ばれる。つまり、事業者が提供する商品や役務において使用する外部効果 (製品の外観、企業の外観、ウェブサイトの外観など) が含まれる。中国の現行の法律において、これについて包括的な法律概念を形成していないが、装飾、商標、外観設計、美術の著作物などの具体的な呼称を見つけることができる ²。ビジュアルコンポーネントの基本的な構成要素には、独特性のある「ブランドロゴ」 (Logo)、伝染力のある「カラースキーム」 (Color Scheme)、個性的な「フォント選択」 (Typography)、観賞性のある「イメージスタイル」 (Imagery Style)、審美的価値のある「レイアウトデザイン」 (Layout Design) が含まれている。ビジュアルコンポーネントは、知的財産権と反不正競争との2つの領域にまたがっており、創造的な成果と経営性のある表示に関する法律制度に関連しており、異なる権利と法益を保護対象としており、その客体は以下の共通する特徴を持っている。①外観要素である。製品の「外観」とは、形状、色彩、図案、デザインなどを含む製品の視覚的特徴を指し、これらの要素は製品の見た目の面で共同で製品の独特なスタイルと全体的なイメージを構築し、消費者に視覚的な感覚と主観的な体験効果をもたらす。②審美的意義である。審美は、人々の美に関する物事や現象への感受、認識、評価である。審美的意義は、文化教育、知的活動、生活実践などの各面において広く存在する。諸知的財産権制度は、その保護対象に対して審美的な要求を持っており、例えば美術の著作物の「芸術的美感」、外観設計の「美感に富む」、図形商標の中に芸術形式のある具象的な図形と抽象的な造形、商業装飾の装飾性、美観性など、何れもビジュアルコンポーネントの内在的な審美的価値を反映している。③創造的価値である。創造性は、知的製品が法的保護を受ける条件であり、ビジュアルコンポーネントもその例外ではない。その価値は、このような客体が既存の製品の単純な重複ではなく、革新的で突破的でなければならない、アイデアに基づいて形成された新しい知的製品であることを示している。当該特徴は諸法において、「独創性」 (著作物)、「新規性」 (デザイン)、「識別力」 (商標)、装飾性 (装飾) と呼ばれている。商業のビジュアルコンポーネントは現代市場経済の発展において重要な価値を持ち、クリエイティブ経済、注意力経済、ブランド経済の産物と言える。日常的な消費品から高級な贅沢品、ヒットデジタル製品から伝統的文化製品、飲食・家庭の汎用役務から現代の新幹線・航空役務に至るまで、ビジュアルコンポーネントは企業が独特の視覚的アイデンティティを構築し、目標顧

¹ See Henderson P W, Cote J A, Leong S M, et al. Building strong brands in Asia: Selecting the visual components of image to maximize brand strength[J]. International journal of Research in Marketing, 2003, 20(4): 297.

² 王蓮峰『商業標識の立法体系化の研究』17頁～18頁 (北京大学出版社、2009年版)。

客と効果的にコミュニケーションを取ることを手助けし、それによって企業の市場における核心的な競争力を形成し、これらは知的財産権によって保護される無形財産である。

ビジュアルコンポーネントの多元の構成要素と多重の内在価値は、同一の知的製品を異なる部門法で規定する権利客体にする。権利の重複、交差は、しばしば企業が無形財産を争う訴訟合戦を引き起こし³、学術界の注目を集める重点問題となっている。今までの司法裁判と学術研究の成果を検討してみると、さらに注目しなければならない課題は以下のとおりである。商業のビジュアルコンポーネントが権利客体としての同一性の法的根拠と差異性の権利付与の条件や、同一主体が同一客体上に複数の権利を有する場合における第三者からの侵害を受けた時の請求権の行使及びその認定、異なる主体が同一客体上でそれぞれ異なる権利を所有する場合における当該権利が共有又は衝突の状態を示している際の認定とその処理などである。これは学者が論じた知的財産権の「権利の競合」、競合の場合の「権利の重複」、「権利の共存」、「権利の衝突」である。本稿は、商業のビジュアルコンポーネントの一体化保護の全体的な視点から、客体的要件、主体としての資格、本体の内容を要点として、知的財産法の異なる保護のメカニズムを研究し、さらに法的地位、制度的機能及びその調整範囲の面で反不正競争法と知的財産権専門法との相互関係を検討する。

1. 理論分析：ビジュアルコンポーネントの多元の客体属性と権利の競合

権利の競合は、当事者間の利益関係の衝突状態を表しており、それによって当該社会関係を協調・均衡する法的ニーズが生じる。ビジュアルコンポーネントが生み出す知的財産権の法的利益は、権利と利益を含み、以下の基本要素を持つ。①法定利益。この利益は、財産上の利益であり、知的財産法によって保護された専有権利と反不正競争法によって保護された利益を含む無形財産によって形成された利益である。前者は権利の名義で存在する利益であり、その誕生は利益に基づいて権利が生じる法的手続きと外見を有するが、後者はそうではない。後者について、保護された客体の法的性格は存在するが、その保護対象と範囲は、権利の確認を行う必要がある場合の個別な判断次第である。両者の法定利益には確定性と不確定性の区別がある。②意志の範囲。意志とは精神力、精神支配力であり、権利の主観的な特徴である。ヘーゲル氏は、「権利の基礎は精神であり、それらの確定的な地位と出発点は意志である。意志は自由であるため、意志は権利の実質であると同時に権利の目標であり、権利体系は既に現実となった自由王国である」と述べた⁴。ビジュアルコンポーネントの知的財産権体系において、法定の権利又は利益の存在は、その主体が一定の項目の範囲にある意志の自由を有していることを意味する。強保護の「権利の専有」と弱保護の「有限の法益」は異なる範囲・効力における権利者の意志の自由を表している。権利の間の相互の妨害を回避するため、異なる権利の類別は、各主体の意思の自由の境界を示していると考えられる。③法的保障。一般的に、知的財産権は法律で保障された強制力を持っており、これは他人に抵抗できるため、法律が権利者に与えた支配力、請求力、形成力及び抗弁力であり、これによって無形財産の権益への意志の自由の実現を保障する。直言すれば、法律で保障されていない権利は「裸の権利」であり、その場合、人の物に対する支配は事実状態にすぎず、権利行使の法的意義

³ 中国では、「王老吉」商標及び「赤缶」包装装飾の紛争が10年以上続き、「訴訟戦争」が行われ、「法治プロセスを推進する2017年10大事件」に入選された。米国では、2019年に連邦巡回裁判所が裁定した「アップル」と「サムスン」の携帯電話やパソコンのユーザーインターフェースのデザイン紛争は、専利の「世紀の大戦」と呼ばれている。

⁴ [独] G.W.F. Hegel 著、賀麟ほか訳『法哲学原理』10頁（商務印書館、1961年版）。

はない。ビジュアルコンポーネントの権利体系の中で、例えば商標権、外観設計、著作権は全ての法的支配力を備えた完全な権利であり、「一定の影響がある」商業装飾はただ一定の条件において、限られた範囲のみで保護され、その法的保障は主に請求力と抗弁力として表現される。上述の分析により、権利と利益には差異があり、知的財産法と反不正競争法はビジュアルコンポーネントに対して異なる権利規定（権利の属性、権利の範囲、権利の保護方式などを含む）を採用し、これにより同一種類の利益の内部又は二種類の利益の間での両立と対立が生じ、法学界が注目する権利の競合の問題となっている。

権利の競合は、権利の運営・実現過程における普遍的な現象であるが、一般財産権と知的財産権の分野では異なる法的表現がある。文言的には、競合とは「争って適格する」又は「同時に該当する」ことを意味する。「競合」の「競」の文字には競争、衝突、抵抗の意義があり、「合」の文字には重複、交差、両立という意味がある⁵。民法の分野で、競合とは、ある法的事実の出現によって2種又は2種以上の権利が発生し、これらの権利の間に「重複」又は「衝突」が生じる現象を指す。ドイツの学者ラーレンツの著述では、「同一事件の事実は複数の法条項に関わることができ、すなわち法条項の競合である」と指摘した。競合された法条項の法的効果が互いに適合している（「両立競合」）場合、2つの法的効果は並行して適用され得る。一方で、法的効果が互いに排斥されている（「対立競合」）場合、ある法的効果を排斥する運用が生じる可能性がある⁶。上述の学説の観点は、知的財産権の権利の競合及び多重競合の状態を分析するために重要な分析ツールを提供してくれた。

複数の権利が同一事実に係わっていることは、立法者と裁判者が直面しなければならない法的難題である。「権利の競合は、法的設計上の抜け穴ではなく、法的体系化による避けられない現象である」⁷。一般的に言えば、権利の競合が発生する原因は、主に2つの面がある。①法的体系の複雑さである。知的財産法は、開放的で、動的で、革新的な制度体系であり、その体系の構築過程において、異なる法律分野の交差規定及び新旧法律制度の衝突が存在している。②法律の適用の論理性である。知的財産権の保護対象は、非物質的な知的財産であり、「一物一権」の絆にこだわらず、同一客体上に複数の権利の類型が規定されている可能性があるため、法律を適用する際に、選択し難い問題となる。ビジュアルコンポーネントの知的財産権の権利の競合は、以下のとおり、一般権利の競合とは異なる法的特徴を有する。

1) 同一レベルでの権利の競合。相互競合の法律規範の中で、憲法に規定された基本的な権利は、知的財産法によって与えられた権利よりも高くなければならない。これらの権利は、人が主体として不可欠な自由、或いは人の生存と発展の必要条件である。現代の人権理論の中で、表現の自由権、公共の健康権、環境権、発展権などの基本的人権は、「憲法の基本的価値」の優越的地位を持っている⁸。民事権利の体系の内部では、基本価値及び公共利益に合致することを基準として権利のレベルを確定し、民法に規定された人格権は知的財産権を含む財産権よりも高い⁹。法律の実践の中で、二種類の権利が衝突した場合、法益のレベルでの分析方法を採用して優先に保護される法的価値を確定しなければならない。つまり「法益優先の保護原則」である。確かに、権利衝突の協調メカニズムについては、まず優先順位を持つ法的価値を保護するとともに、衝突状態にある各種権利が協調によって均衡状態に達することが

⁵ 李永明、張振傑「知的財産権の競合の研究」法学研究 2001 年第 2 期、90 頁を参照。

⁶ [独] Karl Larenz 著、陳愛娥訳『法学方法論』146 頁～149 頁（商務印書館、2003 年版）。

⁷ 竜衛球『民法総論』134 頁（中国法制出版社、2002 年版）。

⁸ 吳漢東「知的財産領域の表現の自由：保護と規制」現代法学 2016 年第 3 期を参照。「知的財産権 vs. 人権：衝突、交差と協調」中国台湾法令期刊 2003 年第 8 期。

⁹ 王利明編『民法典・人格権法の重大な難問の研究』600 頁（中国法制出版社、2007 年版）を参照。

できるように、「利益の均衡」の原則を採用しなければならない。「利益の均衡」は、民法精神と社会的公の道徳に基づく求めであり、「人権思想と公共の利益の原則」を反映している¹⁰。ビジュアルコンポーネントの知的財産権の権利の競合については、同一レベルの権利の競合であるため、「利益の均衡」は協調メカニズムの重要な原則である。当該客体が生み出す専利権、著作権、商標権及び商業装飾利益は、平等性、独立性、自主性、訴え可能性などの一般的な特性を有し、上述の権利が行使・実現される際に、権利の共存、私権の自治、合理的な回避（権利重複の状況において適用）と先行権利の保護、瑕疵権利の排除（権利衝突の状況における適用）などの原則・規格的を採用することができ、それによって権利の競合関係を協調状態にすることができる。

2) 同一客体の権利の競合。民法学者は、権利の競合について述べる際に、権利の競合の存在を同一の事実に帰結する場合が多い。例えば、賃貸関係が終了した後に、賃借人が賃借物を返却しない場合、権利者の立場から物の請求権と債権請求権との競合関係が生じる。ビジュアルコンポーネントの権利の競合は、同一の客体に基づいて複数の権利が発生しているという法的事実に基づいており、学者らは権利の競合の状態を客体の同一性に帰結する場合が多い¹¹。ビジュアルコンポーネントは、一定の物質に付随する記号、色彩、様式からなる知的財産であり、その多元の構成要素と表現される財産的利益は、知的財産権の関連制度に受け入れられ、それによって伝統的所有権とは異なる多様な権利付与の形態を示す。上記の客体の同一性の基礎は、3つの面に現れている。①非物質の形態である。財産の所有権制度では、「一物一権」主義の原則に基づいて、同一物件に幾つかの同じ内容の所有権を設定することはできない。知的財産権制度は、非物質的な知的製品に権利を付与し、有体の占有、使用、物理的な処分を必要とせず、それによって「一体多権」の法的様相が現れる。②法律による認めである。客体としての財産は、主体から独立したもの、すなわち対象性を備えている。それと同時に、主体が権利を所有する客体でもあり、すなわち可支配性を備えている。ビジュアルコンポーネントは、次第に各知的財産法の権利対象として、その商業化、財産化の過程、すなわち知的財産法の範囲で新しい客体を発見し、認める過程である。③価値の存在である。客体は主体が利用すべき物質的利益又は精神的利益のものであり、知的財産権が指向する対象は概して非物質的財産である。ビジュアルコンポーネントが示す商業装飾、図形商標、工業品設計、及び美術の著作物は、多様の経済的価値を有している。知的財産権は、価値のあるものの分配のメカニズム及び分配結果によって形成された財産権の保護を表しているにすぎない。ドイツの学者は、「金銭的価値を持つ権利であってこそ財産に該当する」と述べた¹²。同一客体の多元的価値に基づいて多元的権利の保護を生成されることは、ビジュアルコンポーネントの権利の競合が形成された基礎的な論理であると考えられる。

3) 異なる法益の権利の競合。中国の現行民法典は、「合法的權益」の名義の下で、民事権利と利益を明確に区別している。民法典1条において「民事主体の合法的權益を保護する」と規定している。また、126条において「合法的權益」を法律で規定する「民事権利と利益」に分けると規定している。指摘すべきことは、民事権利と利益（この利益は法益であり、すなわち法律によって保護される利益である）は、権利内容、対抗効力、保護メカニズムなどの面で明らかな差があり、これは民事分野の権利の競合

¹⁰ [米] Audrey R. Chapman「知的財産権を人権とみる：15条1項3号に関する義務」版權公報2001年第3期を参照。

¹¹ 曹新明「知的財産権における衝突を協調する原則」法学研究1999年第3期、73頁。

¹² [独] Karl Larenz 著、王曉晔ほか訳『ドイツの民法通論』110頁（法律出版社、2003年版）。

を分析する法的基礎である。一般的に、民法上の権利の競合は、人格権と財産権の競合であれ、所有権と債権の競合であれ、多くは複数の権利の間の衝突である。知的財産権の分野には専有権利の保護と特別法益の保護との2つの法的メカニズムが存在し、「すなわち、知的財産権専門法は、通常、専有権を付与する方式で権利を保護するが、反不正競争法は不正競争行為を抑止する方式で利益を保護する」¹³。本稿の研究対象として、ビジュアルコンポーネントにおける登録商標、外観設計、美術の著作物などは何れも法定の権利であり、商業装飾の保護は法における利益である。民法典が発行される前に、最高人民法院の司法解釈において「周知商品の特有包装又は装飾の使用権」という言い方を採用し¹⁴、地方裁判所の判決において概括的に「周知商品の特有の包装・装飾の権益」と称し¹⁵、上述の呼称は明らかに商業装飾の利益を独占的な効力を持つ一般知的財産権と区別している。反不正競争の司法実践の中で、裁判所は保護される商業装飾に対して、「一定の影響」（知名度の要求）を形成しており、「標識」機能（識別力の要求）を有し、市場の混同（保護条件の要求）の禁止を求めている。知的財産権の分野において、「一定の影響がある」商業装飾は、「未登録の周知商標」と類似する地位を有しており、事業者の商業活動における「投資の成果」であり、法律で保護されるべきであるが¹⁶、保護には条件と制限がある。指摘すべきことは、民事権利の本質は「特定の利益」と「法の強制力」の結合であり、知的財産権専門法は上記2つの面から権利構造の設計を行っている¹⁷。商業装飾の法益配置は、専有権利の設定と異なり、うちに「特定の利益」があるが、確定的ではなく、事後に個別事件の認定を行わなければならない。他方、一定の「法の強制力」を備えており、一定の範囲の使用利益を除いて、主に他人からの権利行使を阻止し、権利侵害の訴訟に対抗する抗弁権に限られている。上記状況により、ビジュアルコンポーネントの権利の競合は、複数の法的利益の衝突及び特別な協調メカニズムを呈している。

4) 多元状態の権利の競合。前述したように、法律上の競合には2つの状況がある。すなわち「両立の競合」は、権利の重複や共存を招き、「対立の競合」は、権利の衝突を招く。民法の分野において、一般的な財産権の重複した保護はあまり見られないか、厳しい制限がある。物権法上の「一物一権」の原則は、このような制限を行っている。一つの物の上には一つの所有権しか設定できず、一物一主（ただし、同一物権の共有状態を排除しない）である。物の一部は、独立した所有権を設定してはならない（ただし、集合物はそれぞれの物の独立性に基づいて物権を設定しなければならない）、一つの物の上に二つの内容が競合する物権は存在し得ない（ただし、所有権と他の物権が共存することを例外とする）¹⁸。直言すると、民法分野の権利の競合は、異なる主体がそれぞれの権利の行使と実現について生じた衝突に該当する場合が多い。知的財産権は、民法の特殊な分野であり、多元的な状態の権利の競合が存在し、ある学者はそれを以下3つの類型に分類した。例えば、「同一の主体で共存する形態」は、すなわち同一客体に根ざした各権利が同一主体に帰属すること、「異なる主体で共存する形態」は、すなわち同一客体

¹³ 孔祥俊「商品の名称、包装、装飾の法益の属性と帰属」知識産権 2017 年第 12 期、8 頁。

¹⁴ 『最高人民法院による専利紛争案件の審理における法律適用の問題に関する若干の規定』（2020）12 条において、「専利法 23 条 3 項でいう合法的権利には、著作物、商標、地理的表示、氏名、企業名称、肖像、及び一定の影響のある商品名称、包装、装飾等について享有する合法的権利又は権益をいう。」と規定している。

¹⁵ 広東省高級人民法院（2003）粵高法民三終字第 212 号民事判決。

¹⁶ 米国の学者は、特許法、著作権法で保護されている「知的投資の成果」と異なり、商標法で保護されているのは「投資の成果」であり、商標創作の投資、商標に関連する商品の広告・宣伝投資、製品に関連するその他の投資を含むと考えている。[米] Merges Robert P. 著、齊筠ほか訳『新たな技術時代の知的財産法』438 頁～441 頁（中国政法大学出版社、2003 年版）を参照。

¹⁷ 吳漢東『知識産権法』551 頁～552 頁（法律出版社、2022 年版）を参照。

¹⁸ 馬俊駒、余延滿著『民法原論』275 頁（法律出版社、2007 年版）。

に根ざした各権利が異なる主体に帰属するが、かかる権利は両立しており、「異なる主体で対立する形態」、すなわち同一客体に根ざした各権利は異なる主体に帰属し、互いの権利が対立しており、衝突を引き起こすことが挙げられる¹⁹。したがって、ビジュアルコンポーネントを含む知的財産権の権利の競合には以下3つの場合があると考えられる。①権利の重複である。すなわち、権利の重合、或いは権利の多重保護である。同一主体がビジュアルコンポーネントに商業装飾の利益及び図形商標権、美術の著作物の著作権、外観設計専利権を同時に所有することは、知的財産法が他の財産法と異なる特別な状況である。その主要な法律問題は、侵害行為が発生した時、権利者が侵害責任者に対して同じ事実について複数の損害賠償請求権が発生した際に、請求権の規範化された競合によって1つの請求権を選択して適用するしかないというものである。②権利の共存である。複数の主体が特定の物に対してそれぞれ独立した権利を持ち、衝突しない状態で共同で合法的に存在することを意味する。これらの権利は、知的財産権分野における異なる種類の権利であり、「溝理論」(channeling doctrine)に従い²⁰、ビジュアルコンポーネントにおける異なる知的財産権には、それぞれの法的境界がある。著作権法における芸術思想の表現、専利法における美感に富む工業デザイン、商標法によって保護された図形標章は、権利の行使と実現の中でそれぞれの利益を得るべきである。以上が専有権の共存状況である。ビジュアルコンポーネントでの権利共存には、先に使用された商業装飾が後に登録された商標に対して「先の使用権」を構成し²¹、つまり「一定の影響」を持つ商業装飾が未登録商標に類似した「一定の影響を与える」地位を得て、元の範囲内で継続した使用できるという特殊な類型があり、制限のある「権利共存」になる。③複数の主体が特定の物件に対して所有しているそれぞれの権利が衝突状態にあることであり、瑕疵のある権利が消滅に帰結する法的結果が生じることである。権利の衝突は、知的財産権の司法実践が直面する最も重要な権利の競合の問題である。ある学者は、知的財産権の権利衝突の構成要件を、同一知的製品において異なる知的財産権が競合し、競合する知的財産権がすべて法に基づいて発生し、異なる主体によって所有され、競合する知的財産権が相互に対抗する法的効果を生むことであるとまとめた²²。ここで、さらに議論する必要がある2つの問題がある。①権利衝突の法的原因である。異なる主体が同一客体の上に競合する異なる権利をそれぞれ有し、「権利の限度」²³を遵守した上で、それぞれの権利を行使し、「権利共存」状態にあることができる。その反対に、権利者が権利行使を行う行為に違法性があり、権利の相互抵触が生じる。この場合、法律の限度を超えて権利を行使する側は、往々にして民事責任を負わなければならない。②互いに衝突する権利の基礎である。法理学者はたいてい権利の衝突を「合法性、正当性のある権利間の衝突」²⁴と解釈する。知的財産の学者の中には、「瑕疵のない知的財産権の権利衝突」という当分野の権利の衝突を厳密な意味で表現するものもある。一般的な民事権利の衝突とは異なり、知的財産権分野には幾つかの瑕疵のある「権利」が存在し、「権利」の形式という外見を持って

¹⁹ 曹新明「知的財産権における衝突を協調する原則」法学研究 1999 年第 3 期、73 頁。

²⁰ 「溝理論」は、異なる知的財産権の保護の対象の区分であり、異なる知的財産権の保護の範囲の境界を分けるもので、知的財産権制度の均衡と効率を維持することを強調している。米連邦最高裁は、Marketing Displays 社が TraFix Devices を訴えた事件で、同理論を適用した典型的な例とされる「溝理論」を支持した。See Marketing Displays, Inc. v. TraFix Devices, Inc., 532 U. S. 23 (2001)。

²¹ 先に使用された商業装飾は、先行の権利と認められた場合、後に付与されたそれぞれの権利に対して異なる対抗効果がある。商業表示と異なり、外観設計専利の出願は、上述の先行の法益と衝突すれば、その新規性が失われたと考えられる。呉漢東『知識産権法』188 頁(法律出版社、2022 年版)を参照。

²² 梁志文「知的財産権の規範的競合とその解決経路」法商研究 2006 年第 2 期、117 頁を参照。

²³ 法理学理論において、「権利の限度」とは、権利を取得した主体がその権利を行使する際に制約されるべき範囲を指す。劉作翔「法治社会における権力と権利の位置付け」法学研究 1996 年第 4 期、72 頁を参照。

²⁴ 劉作翔「権利衝突のいくつかの理論的問題」中国法学 2002 年第 2 期。

いるが、法に基づいて取り消されたり、無効と宣告されたりすることができる。瑕疵のある権利の衝突は、下記 2 つの面に現れている。①当事者が他人の先行の権益を侵害した上で、「後の権利」を発生させ、それによって衝突が発生する。②国家機関の重複の権利付与に関わる。2 つ以上の権利が互いに抵触しても付与された場合である²⁵。この場合、瑕疵のある「権利」は、法に基づいて取り消されたり、無効と宣告されたりする結果に直面することになる。

2. 司法考察：ビジュアルコンポーネントに関する権利の競合事件の法律の適用

ビジュアルコンポーネントの権利の競合は、経営的標識権と創造的成果権との交差領域で発生する可能性があり、上述のような特殊な権利領域の内部に現れる可能性もあり、知的財産権専門法と反不正競争法の複数の法域に関連する。以下は、商業装飾の利益を中心に、司法判断を対象に、ビジュアルコンポーネントの権利の重複、共存、衝突紛争における法律の適用の問題を検討してみる。

（1）商業装飾の利益と登録商標権の競合

商業装飾と登録商標とともに商業的標識の分野に属し、それぞれ反不正競争法と商標法の保護対象に属し、両者は密接なつながりを持っている。商業活動において、事業者は商業装飾と登録商標を一体化して使用し、独特性と全体性のある外観のイメージを示すことが多い。商業装飾は、反不正競争法により保護される利益だけでなく、「一定の影響があり、出所識別機能を有する」商業装飾が「未登録の周知商標」として、商標法に規定する「先行使用」と「抜けかけ登録の禁止」の権益を享受できる場合がある²⁶。司法実践において、商業装飾の利益と登録商標権の競合には主に以下の問題がある。

1) 商業装飾における登録商標の構成要素。反不正競争法における商業装飾は、商品を識別し、美化して、商品やその包装に付加される文字、図案、色彩、及び配列の組み合わせを含み、その範囲は非常に広い。最高人民法院の司法解釈によると、営業場所の装飾、営業用具の仕様、従業員のユニフォームなどからなる「全体的なイメージ」を「装飾」と認定することができる²⁷。過去の判例について、裁判所は以下のような立場を示していた。まずは、商業装飾の構成要素の不確実性である。実務において、包装装飾の文字部分は一般的に商品名や商標を指しており、言い換えれば、登録商標は必ずしも商業装飾の構成要素とはならない場合がある。学者が指摘したように、包装装飾の構成要素は固定化されておらず、かなりの可変性と柔軟性を持っている。装飾の構成要素を分析することは、権利の範囲（登録商標、外観設計の要素分析の目的と異なる）を特定するためではなく、商品の出所を識別する機能を有す

²⁵ 周詳「知的財産権の衝突を論じる」知識産権文叢、第 10 巻 93 頁（中国方正出版社、2004 年版）。

²⁶ 商業装飾について反不正競争法と商標法が並行して保護を提供するのは、大陸法系の国家の一般的なやり方である。日本の「不正競争防止法」2 条において、他人の周知商標、商号、商品包装及び容器と同一又は類似の標識を使用し、商業混同を引き起こした場合、商業利益が損なわれた者はその権利を主張し、侵害者に侵害の差止及び損害賠償を請求することができる規定されている。日本の商標法 32 条において、未登録商標が需要者に広く知られている表示機能を有し、登録商標と区別できるように適切に表示される条件の下で、従来の範囲内で使用を継続できると規定されている。このような商品に付着する未登録周知商標の範囲は広く、表示意義のある商品名、包装、装飾などを含む。[日]紋谷暢男編、魏啓学訳『商標法 50 講』233 頁（法律出版社、1997 年版）を参照。

²⁷ 最高人民法院『「中華人民共和國反不正競争法」の適用における若干問題に関する解釈』法釈（2022）9 号 8 条を参照。

るか否かを判断するためである²⁸。これは、装飾が利益となる重要な条件である。広葉集団社と加多宝社の「赤缶」装飾紛争事件で、最高裁の最終判断によれば、商業装飾における商標要素の構成の有無は、装飾の設計自体や使用者自身の意思にかかっている。文字商標が装飾において際立って使用されているか、客観的に装飾と隔離されていない場合は、商標は装飾の構成部分であると認定することができると判断した²⁹。また、商標は装飾要素として固定性がなければならない。商業装飾は、多元要素によって形成された一体化された外観イメージでなければならない、法律によって保護される対象は、その中の商標の要素（商標法）であるかもしれないし、識別性のある他の要素であるかもしれないし、或いは各種要素が共同で形成された全体的なスタイル、イメージ（反不正当竞争法）であるかもしれない。「茶顏悦色」商業装飾の紛争事件において、裁判所は、確定された多元要素の配置の組み合わせを装飾と商標法益の関係を処理する基礎として判断した³⁰。具体的には、すべての商標が他の元素と、確定された配置の組み合わせを形成し、全体のイメージで出所識別の役割を果たしている場合、法律で保護された客体は商業装飾の利益である。商標が他の元素と確定された配置の組み合わせを形成せず、他の元素の組み合わせから一定の影響がある装飾を構成する場合、商標と装飾それぞれに基づく独立した利益を形成する。

2) 商業装飾と登録商標権の併存における請求権の選択。同一商品に商業装飾の利益と登録商標権を同時に載せることができる。上述の権益が第三者に侵害された場合、被疑者の違法行為は、同時に商標権侵害行為及び不正競争行為を構成し得る。そのため、権利者は当該行為者に対して、同一の事実について異なる2つの請求権を有する。請求権の競合について、各地の裁判所は異なる司法の方向性を持っている。一部の判決において、請求権競合の事件の中で、権利者は明確に1つの法律関係を選択して事件における関連する侵害行為を主張することができると考えている³¹。数多くの判決において、権利者は商標権の侵害と不正競争訴訟を同時に提起することができ、裁判所はそれぞれを判断し、賠償を重複して計算しない原則（すなわち「一重効果原則」）に従って賠償額を確認しなければならないと判断している。司法実践の中で、裁判所はたいてい同一事件の中で2つの権利（権益）が両立する状況を認め、「商標権の侵害及び不正競争紛争」を事由として審理を行った³²。これに対し、最高人民法院は上海「帕弗洛」文化用品の不正競争事件の判決で、商標法と反不正当竞争法にはそれぞれ独立した適用条件と保護対象があり、それぞれ処理し、独立して判断すべきであると指摘した。権利者は法に基づいて法律によって保護された商業標識に対してどのように法的救済を求めるかを選択する自由がある³³。当該事件で原告は、周知商品の特有名称、包装、装飾の権利に基づいて主張したため、裁判所はもちろん反不正当竞争法に基づいて関連事件の事実を審理しなければならない。被告は、双方がそれぞれの商品に強い識別性を持つ商標を使用しており、紛争が発生した場合はまず商標法の規定を適用しなければならないと弁明した。裁判所は最終的に権利者が選択した請求権に基づいて、反不正当竞争法の規定を適用して裁判を行った。同事件の判決において、裁判所は2つの裁判ルールを採用した。①請求権が関連しない

²⁸ 孔祥俊「商品の名称、包装、装飾の法益の属性と帰属」知識産権 2017 年第 12 期、10 頁。

²⁹ 最高人民法院[2018]最高法民終 589 号民事判決を参照。

³⁰ 湖南省長沙市中級人民法院[2021]湘 01 民終 7221 号民事判決を参照。

³¹ 「新百倫貿易（中国）有限公司の不正競争紛争事件」浙江省杭州市中級人民法院（2017）浙 01 民終 3893 号民事判決を参照。

³² 欧平鳳、林俊宇「商標法と反不正当竞争法の権利保護の衝突と解決」中華商標 2023 年第 11 期、37 頁～39 頁。

³³ 最高人民法院（2011）民申字第 623 号民事裁定を参照。

原則である。つまり、競合する各権利は互いに独立し、互いに依存しない。ある権利が消滅したり、訴訟の時効が満了したりしても、他の権利の存在と行使に影響を与えることはない³⁴。②請求権選択の自由の原則である。すなわち、権利者は所有する請求権について併せて又は単独で行使する権利を有する。権利の性質の違いと時効の期間の違いに基づいて、その権利の行使には有利か不利かの違いがあるため、法律により権利者が複数の請求権について選択し、意思の自由に基づいて救済を求めることができる³⁵。

3) 商業装飾と登録商標の権利が衝突した法的結果。ここでいう権利衝突は、異なる主体がそれぞれの権益の主張について衝突したものであり、先行の法益（装飾）が後の法益（商標）に対抗して発生した衝突であり、対立する権利の競合に該当する。関連判決の中で、裁判所は、「一定の影響がある」商業装飾には「先行の権利」という法的地位があると判断し、権利衝突を処理する以下の裁判ルールを形成した。①商業装飾は、先行の権利として、後の商標に対し登録の障害になり得る。「抜け駆け登録の障害」は、商業装飾の手續上の権利である。ニューバランス社の「N」文字装飾紛争案で、裁判所は、原告が中国で「N」表示をスニーカーの両側に際立って使用し、一定の規模で宣伝と使用を続け、商業装飾の先行権益を形成していると判断した。被告が後に登録した係争商標は、原告の「N」表示と比べて文字構成及び全体的な視覚効果の面で類似し、原告の先行権益を害している³⁶。裁判所が判決した後、商標主管部門は、係争商標の無効を裁定した。②商業装飾は、他人が商標登録を取得したことによって使用権益を失うことはない。「継続使用」は、商業装飾の使用に対して事実上の法的認可である。「栄華」月餅の商標権侵害と不正競争紛争事件で、裁判所は、香港栄華社による月餅の特有名称、装飾が保護されるべきであり、他人が「菓子、ケーキ」商品に取得した登録商標によって継続して使用する権益を失うことがないことを確認した。同様に、登録商標の権利者は、関連文字を正しく使用して商品を記述し、紹介する権利も有する³⁷。③商業装飾と登録商標とは使用において適宜互いに回避すべきである。「混同の禁止」は、上述の権利の競合を認める前提である。表示の識別機能を持ち、「一定の影響がある」先行の商業装飾は、未登録の周知商標と見なされ、他人の登録商標と同一商品や類似商品に共同で使用する場合は、消費者の誤認を防ぐために、市場分割（すなわち、商業装飾を元の範囲に限定して使用する）又は追加の説明（すなわち、商業装飾の使用者と登録商標の所有者が商品にそれぞれの身分を表示する）を通じて行わなければならない³⁸。

4) 登録商標所有者と使用者が商業装飾に対する権益主張。商標使用に基づく商業装飾権益の帰属論争は、実質的に異なる主体間の権利衝突である。「赤缶」包装装飾紛争案では、広薬グループと加多宝社が、それぞれ「王老吉」商標の所有者と被許諾者である。「赤缶」の装飾には、黄色の「王老吉」の文字、赤色の地色、関連図案とその配列の組み合わせなどによる全体的な外観イメージが含まれている。裁判所は、「王老吉」の文字は加多宝社が広薬集団の許諾を得て使用した登録商標であり、その他の色、図案とその組み合わせは、加多宝社により創作されたと判断した。商標許諾契約が終了した後、商標所有者

³⁴ 竜衛球『民法総論』135頁（中国法制出版社、2022年版）を参照。

³⁵ 日本では、商標権侵害と不正競争行為に基づく請求権が競合する場合、権利者は請求権の主張の順序を決めることができる。或いは順序を決めず、裁判所により判断を委ねることができる。日本知的財産高等裁判所元所長高部真規子「商標法からみる不正競争防止法の保護領域」2004年度日中共同研究における研究者会議でのご報告を参照。

³⁶ 最高人民法院（2019）最高法行申13660号行政裁定を参照。

³⁷ 最高人民法院（2017）最高法民再197号民事判決を参照。

³⁸ 上海知识产权法院（2020）沪73民終327号民事判決を参照。

と元使用者とも自社より「赤缶」の装飾を所有すべきであると主張した。これに対して、学界には2つの観点がある。1つは、「商標付随の理論」であり、すなわち被許諾者が商標に付着した商業的信用（商品装飾の利益を含む）は、許諾者である商標権者に属する。もう1つは、「誠実貢献の理論」であり、すなわち「投資した方がより収益を享受する」という法則に従って商品装飾の権利を確定することである³⁹。同事件の一審判決において、「商標付随の理論」から出発し、「王老吉」商標の権利者が「赤缶」の装飾権益を所有すると判決した⁴⁰。二審判決において「誠実貢献の理論」を維持し、「利益公平の原則」を兼用し、双方の当事者はいずれも係争包装装飾の形成、発展、名誉の構築に重要な貢献をしたと認定し、共に権益を所有することを判断した⁴¹。二審の判決後、学界においては疑問が残されている。主な問題は、商品包装装飾の権益の共有対象の範囲、共有権利の類型、共有権利の行使のルールにある。筆者は、同事件を考慮せず、商業装飾の帰属紛争の中で、次の裁判ルールを構築することを考慮すべきだと考えている。①独立性の原則。すなわち、装飾要素の配列組み合わせには、登録商標と商品装飾のそれぞれの法的利益が存在しなければならない。②協議優先の原則。商標権者と被許諾者が商標の使用によって形成された装飾権益の帰属について明確な約束がある場合には、協議の規定に従って処理すべきである。③投資貢献の原則。装飾権益の帰属について、約束がない又は約束が不明な場合、投資又は創作貢献に基づいて決定する。④合理的な回避の原則。商業装飾の権益が異なる主体により共有されている場合、商標権者以外の主体が装飾を使用する際、他人の登録商標と区別され、商品の出所が混同されないようにしなければならない⁴²。

（2）商業装飾の権益と外観設計専利権の競合問題

商業装飾と外観設計は、何れも商品の外観に関連する装飾性の設計であり、その違いは以下のとおりである。外観設計は製品に付着しなければならない。すなわち製品の外観に委ね、或いは製品を媒体とし、製品とデザインの組み合わせを構成する。一方で、商業装飾は商品の外見に集中する「外観要素の組み合わせ」であることが多く、商業活動における「全体的なイメージ」も含まれており、「製品に付着する」ことを必要としない。法律は上述2種類のビジュアルコンポーネントに対して異なる保護のメカニズムを提供した。「顕著性」のある商業装飾に対して、反不正当竞争法は「行為規制」、「事後救済」の個別判断の方法を採用し、同種類の利益に対して間接的な保護を提供する⁴³。一方で、「新規性」を備えた外観設計については、専利法において、「権利の法定」「権利の専有」の財産権付与のモデルを採用し、同種類の権利について他人に対抗する強制力を直接に付与する。ビジュアルコンポーネントの保護において、商業装飾と外観設計が生み出す法的利益には利益と権利の区別があるだけでなく、経営的表示権

³⁹ 劉潔「商標使用許諾制度におけるインセンティブメカニズムの導入」知識産権 2013 年第 1 期、53 頁を参照。王蓮峰「商標の使用許諾契約の使用者の利益保護」社会科学 2013 年第 4 期、94 頁～95 頁を参照。崔国斌「商標の使用許諾終了後の営業上の信用の分配」知識産権 2012 年第 12 期、12 頁～14 頁を参照。

⁴⁰ 广东省高级人民法院（2013）粵高法民三初字第 1 号民事判決を参照。

⁴¹ 最高人民法院（2015）民三終字第 2 号民事判決を参照。

⁴² 最高人民法院は、「赤缶」装飾における「王老吉」商標が共有の対象であるか否か、判断に至らず、手落ちに該当するかもしれない。法理的には、商標の使用許諾の契約が満了した後、加多宝社が使用している「赤缶」装飾に「王老吉」文字を含んではならない。これに基づいて、一方が権益を享有し、もう一方が相応の補償を受けるように判決することができると提案した学者がいる。刁舜、陳家宏「添付理論に基づく商業標識の保護についての研究」商業研究 2018 年第 3 期、23 頁を参照。

⁴³ 謝曉堯『経験と制度の間：不正当竞争法事案の類型化研究』160 頁（法律出版社、2010 年版）。

と創造的成果権の違いがあるため、互いに相容れる権利の競合の状態である。一方で、外観設計権と美術の著作物の著作権は、何れも知的創造の分野の専有権利であり、対立の権利の競合に対して、法律はしばしば選択的保護の立場を取り、権利の重複保護を認めてこなかった⁴⁴。ビジュアルコンポーネントは、客体構成において「顕著性」（商標法、反不正競争法）、「新規性」（専利法）、「独創性」（著作権法）の区別があり、法的保護メカニズムの異なる態様を決定付けていると考えられる。それでは、商業装飾と外観設計の権利の競合について以下のとおり分析する。

1) 商業装飾の利益と外観設計の保護メカニズムの連結。設計の図面は同時に外観設計と商業装飾として権益を得る可能性がある。専利法において、新規性を「新規又はオリジナルの設計に該当し、既存の設計と明らかに区別されなければならない」と解釈されているが、反不正競争法によって保護されている商業装飾は商標と同じで、「識別可能」の程度に達することができればよい。そのため、新規性のある外観設計であると同時に、顕著性のある商業標識の要件を満たすことができる。法律実践における一般的な問題は、外観設計権を受けたビジュアルコンポーネントが、外観設計権が満了した後、反不正競争法に基づいて保護され続けることができるか否かである。これに対して、学界には「平行保護説」と「補充保護説」との異なる見方があり、前者は複数の権利が共存できることを主張し、1つの権利が期限切れになったり失効したりしても他の権利の存在に影響しないことを主張している。後者は、知的財産権専門法に規定されていない場合のみ、反不正競争法によって保護を提供することができると考えている⁴⁵。「晨光」ブランド K-35 型押動式中性ペン特有装飾紛争事件で、最高人民法院は、係争商品の外観設計が商品包装又は装飾を同時に構成する可能性がある。専利権の満了は、他の権利が同時に効力を失うことになるわけではない。しかし、権利者は当該形状構造が商品の出所を識別できる役割を果たしていることを証明しなければならない。その基準は、設計構造がよく見られる一般的な設計と区別できる顕著な特徴を持つべきであり、需要者は、同形状構造を特定の事業者に関連付けている（標識化されている）と判断した⁴⁶。まとめると、「晨光」案において、同一のビジュアルコンポーネントの権利の競合を肯定し、客体利益はそれぞれ独立して存在し、法律によって保護を受けられることを認めた。

2) 先行の商業装飾の利益と後の外観設計権との権利衝突。産業財産権制度である専利法と商標法の分野において、先行の権益の存在を尊重し、公平と効率の原則を両立させ、権利法定（すなわち出願、登録を通じて権利を受ける）原則の不足を補うことを目的としている。反不正競争法によって保護された商業装飾は、権利の外見と専有効力を有しないが、法律により保護された「特定利益」として、か

⁴⁴ 歴史的には、イギリスは外観設計に対して著作権と「独占権」（専利）の保護を提供し、それぞれ「外観設計版権法」と「外観設計登録法」を適用した（上記の法律は、その後「装飾的外観設計法」と「実用外観設計法」に置き換えられた）。1988年、イギリスは『著作権、外観設計と専利法』を可決し、外観設計保護のモデルの選択に対して明確な規定を行った。未登録の外観設計権は、独創的な形状を持つ著作権である（その形状が機能的設計に該当するか否かにかかわらず）。登録外観設計権は、新規性のある「独占権」である。一般的には、外観設計は芸術作品として自動的に著作権の保護を受けることができる。しかし、外観設計は一旦、産業の応用に移されると、従来の著作権が失われ、「特別産業著作権」（専利）の保護を受けるようになる。応振芳『外観設計研究』36頁～46頁（知识产权出版社、2008年版）を参照。

⁴⁵ かかる観点について、馮曉青「知的財産権の行使の正当性の考量：知的財産権の濫用及びその規制の研究」知識産権2022年第10期、12頁を参照。馮述傑「“ただ乗り”の競争法規制」清華法学2019年第1期、190頁を参照。盧純昕「反不正競争法の一般条項が知的財産権保護における適用の位置付け」知識産権2017年第1期、60頁を参照。

⁴⁶ 最高人民法院（2010）民提字第16号民事裁定を参照。

つ先行の権益に該当するため、外観設計と衝突した場合、次のような法的結果が生じる。①外観設計の出願の障害とする先行権益に該当する。2020年の最高人民法院の「専利事件の審理に適用される法律規定」によれば、他人が先に「すでに取得した合法的権利」には、「一定の影響がある商品名、包装、装飾などに該当する合法的権利又は権益」が含まれる。従来設計は、特許における「従来技術」と同様の法的意義を有し、新規性排除の認定基準である。先行権益は、設計案の公開、すなわち公衆に知られていることを意味し、それによって外観設計の新規性が失われる。つまり、後の外観設計出願に外観設計権を付与してはならない。2) 先行権益として他人による「外観設計権」の濫用に対抗する。商業装飾の利益と外観設計権との衝突について、紛争解決の基本原則は、権益の位階の優先性ではなく、権利の存在の優先性にある。つまり法律が優先的に存在している装飾の利益を保護し、後に付与される外観設計ではない。「詩仙太白新花磁酒」包装装飾不正競争紛争事件で、被告は原告の周知商品の特有装飾を模倣し、外観設計権を取得した。最高人民法院の判決において、被告のボトル包装箱の外観設計の出願前に、原告の商品はすでに知られており、特有の包装・装飾が先行の権利を構成している。被告はある「合法的」権利を持っているが、その行為の本質が他人の先行の商業装飾を模倣することにある限り、不正競争の認定には影響しない。また、被疑不正競争行為者が外観設計権を有している場合、その外観設計権は無効と宣告されるか否か、当該外観設計権への使用が不正競争を構成するか否かと裁判所より判断する先決条件ではないと判示した⁴⁷。

3) 商業装飾の利益と外観設計権とを侵害する民事責任。ビジュアルコンポーネントは知的財産権によって重疊的に保護されている状態であり、特定の不法行為が同時に2種類以上の知的財産権を侵害する可能性がある。侵害者にとって、侵害形態が多様であることによって実体的利益がより多く得られるわけではなく、民事賠償の「填補賠償の原則」に基づいて、侵害者は同時に又はそれぞれ2種類以上の損害賠償責任を負う必要はない⁴⁸。権利者としては、自分に有利な保護方法を選択することができるが、2種類又は2種類以上の損害賠償を同時に主張できるわけではない。言い換えれば、一重の効果以上の利益は、すなわち民法上の「不当利得」を構成する⁴⁹。実務の中で、権利者は保護の主張を選択する自由があるが、一般的には、外観設計の侵害に基づく賠償責任を主張する方が便利である。①立証責任の分配。侵害行為に基づく損害賠償を主張する際に、立証が必要な法的事実には、権利基礎の事実、侵害の事実、損失の事実が含まれる。専利権の保護は「権利規定」を実行し、権利者は権利付与の証書、使用許諾の契約、侵害品の実質的な類似の証明などを権利主張の証明とすることができるが、商業装飾の利益の保護は「義務規定」を採用しており、権利者は相手の義務違反の状況を立証して侵害行為の被害範囲を確定させなければならない。両者を計らい軽い側を取るのであれば、専利権の主張がより望ましい。②法的責任の性質。現行の法律において、侵害行為と不正な侵害行為に対して、それぞれ負うべき民事責任と行政責任を規定し、専利法において深刻な専利侵害行為に対して、「専利侵害罪」の刑事責任も規定している。両者を計らい軽い側を取るのであれば、より高いレベルの保護を受けるための専利侵害の責任を主張した方がよい。

⁴⁷ 最高人民法院（2012）民申字第627号民事裁定を参照。

⁴⁸ 劉平「知的財産権の重疊的保護と侵害責任」政法論壇2010年第3期、133頁。

⁴⁹ 竜衛球『民法総論』135頁（中国法制出版社、2002年版）。

（3）商業装飾の利益と美術の著作物の著作権との競合

商業装飾と美術の著作物、特に実用的な芸術作品は、何れも物品（前者は、物品包装及びそのビジネスも含む）が表す芸術的なデザインであり、ビジュアルコンポーネントの主観的な愉悦感と客観的な浸透力を持ち、経営的表示権と創造的成果権の保護対象に該当する。両者において保護される客体の属性の認定は、次の手順で順次行うことができる。①「法の選択」、すなわち実体物品のデザインに付された利益の属性を識別し、反不正当竞争又は著作権、専利権の保護対象を確定する。②「法の濾過」、すなわち実体物品の芸術的要素と機能的特徴を分離し、機能的なデザインをビジュアルコンポーネントの保護対象から除外する⁵⁰。③「法の比較」、すなわち保護を求めるビジュアルコンポーネントと他人の既存のビジュアルコンポーネントと比較し、商業装飾において「商業標識の混同」の比較であり、美術の著作物において「実質的な類似」の比較を行い、客体の顕著性や独創性の構成要素を決定する。まとめると、商業装飾と実用美術の著作物は独立存在の価値と相互分離の特性を持っており、その権利の競合に以下の問題がある。

1）単一の法的利益による独立の権利主張の問題。同一ビジュアルコンポーネントの上に、2 つ又は2 つ以上の法的利益を付することができるが、ビジュアルコンポーネントは異なる法律で規定された客体としての構成要件を満たす必要がある。権利付与可能性の条件には「独創性」（著作物性）、「新規性」（専利可能性）、「顕著性」（識別可能性）が含まれる。したがって、あるビジュアルコンポーネントが複数の法的利益を有して、重複の保護を得るのは当然ではない。「率土の浜」というゲーム製品の著作権侵害及び不正競争紛争事件において、被告が開発した「率土の浜シミュレータ」が、前記ゲーム著作物の文字内容及び画像を盗作し、裁判所は被疑侵害作品が著作権侵害に当たると判断した。また、裁判所はゲームの中の機能モジュールについて反不正当竞争法の保護を求める原告の主張を支持せず、裁判理由を「法的根拠がない」とまとめた⁵¹。著作権法により規制される侵害行為が、また反不正当竞争法によって規制されるか否かは、一概には言えない。鍵となるのは、同一の不法事実が複数の権益を侵害しているか否かであり、まさに権利主張の前提は複数法益の事実が存在しているか否かにある。本件について言えば、「率土の浜」という作品は、関連製品の装飾デザインを構成していないため、権利者は公平な競争秩序を乱すという理由で別途主張を提出することはできない。

2）複数の法益が併存する場合、それぞれの権利行使の問題。著作権法と反不正当竞争法が保護する利益は重複しておらず、前者は著作物の創作と流通における専有権を保護し、後者は経営における競争利益を保護するので、異なる請求権を同時に適用することができ、裁判所はそれぞれ判断する。数多くの裁判所は、当該裁判ルールを採用している⁵²。「テンセントお年玉」著作権侵害と不正競争紛争事件に

⁵⁰ 機能性と装飾性（又は芸術性）の区別は、発明、実用新案専利とビジュアルコンポーネントの権利保護範囲（外観設計、著作物、登録商標、商業装飾などを含む）を定義する基本基準である。潘瑋瑋、姫徳訳「外観設計専利の後続的な保護及びその制限」知識産権 2016 年第 7 期、78 頁を参照。

⁵¹ 杭州ネットワーク法院（2019）浙 0192 民初 8128 号民事判決を参照。

⁵² 「北大法宝」、「威科先行」データベースを通じて検索し、「不正競争紛争」と「著作権侵害紛争」を同時に含む判決書を抽出し、原告が同一侵害行為について 2 つの権利を主張した状況を分析した。その分析結果によれば、裁判所が判決においてそれぞれ判断し、2 つの主張を同時に支持したのは 60%以上を占めていることが明らかになった。汪文琦、徐文婷「著作権法と反不正当竞争法の二重保護の類型化及び適用ルールの研究—125 件の事案に基づく実証研究」を参照。

において、裁判所は、テンセント社が創作した「ウィーチャットお年玉 2017 年新春版」に対して美術の著作物の著作権を有し、被告が開発運営している「吹牛」アプリは前記著作物と実質的に類似すると判断した。同時に、原告の「ウィーチャットお年玉」関連ページはビジネスの全体像として、大量に使用され、すでに「一定の影響がある装飾」を構成しており、権利者は著作権の救済と同時に反不正当竞争法の保護を求めることができる⁵³。

3) 複数の法益が併存する場合、主張の補足の問題。前述の「個別権利主張」の場合、裁判所は権利者の主張を支持するために、著作権侵害と不正競争の行為の構成をそれぞれ判断する。ここで議論する問題は、ビジュアルコンポーネントが複数の法益に関与しているにもかかわらず、法的保護に順序があるという点である。これに対して、著作権法と反不正当竞争法はそれぞれ役割を果たしている。すなわち、専門法によって専有権利への保護を行った場合、届いていない法益は反不正当竞争法によって補充保護を提供することができる。上記の状況は、反不正当竞争法において関連法益に重複の保護又は拡張の保護を与えるのではなく、専門法が届いていない他の法益に対して追加保護又は包括的保護を提供することを示しており、当該保護メカニズムは知的財産権専門法の立法政策に抵触していない。楊麗萍の「月光」舞踊出演イメージ紛争事件において、一審裁判所は、被疑行為が原告ダンスの静止画をレストラン装飾品にコピーし、著作権侵害を構成すると認定したが、反不正当竞争法を適用して他の利益を保護することはしなかった。二審裁判所は、「月光」舞踊の作品が表現した出演イメージは著作物を構成していないが、実際に「一定の影響がある」商業標識に該当し、反不正当竞争法により保護される法益を形成しており、被告は相応の民事責任を負うべきであると判断した⁵⁴。

3. 法的構想：ビジュアルコンポーネントの権利競合の解決ルート

ビジュアルコンポーネントの分野では、権利の競合は注目すべき法律現象である。権利の競合問題の解決は、実質的に当事者間の利益関係の均衡と協調である。「権利は主体間に利益を配置するための法的ツールである。」⁵⁵権利主体が自分の利益の獲得を追求する中で形成した法的関係は、共進、共益、共助の協力関係（利益追求における統一性）と表現することができ、相互に衝突し、矛盾し、衝突する対立関係（利益追求における対立性）になる可能性もある⁵⁶。これは、権利の競合問題である。権利の競合問題の解決は、合法的な利益の保護と様々な利益関係の調整の過程であり、立法価値の目標の確認と司法価値の立場の選択の過程でもある。知的財産権の競合問題を解決するには、法益順序優先の原則、先行権利保護の原則、誠実信用の原則、利益平衡の原則、及び非重複性の原則、非混同性の原則、合理的回避の原則などを含む一定の紛争解決の原則に従う必要があると一般的に考えられる。上述の原則的規範は、一般の原則的規定として、普遍的な指導・制約機能を持っているものがあり、具体的な法律規則として、権利の競合の具体的な類型、具体的な事件と結びつけて適用しなければならないものもある。

“利群律師事務所”購読アカウントに掲載、2022年7月22日、<https://mp.weixin.qq.com/s/vI1Y1oJfc4rwsM0t1cbV8w>。
[最終アクセス日：2025年3月17日]

⁵³ 北京互联网法院（2019）京0491民初1957号民事判決を参照。

⁵⁴ 北京市海淀区人民法院（2018）案0108民初32020号民事判決を参照；北京知识产权法院（2022）京73民終1387号民事判決を参照。北京市高級人民法院（2023）京民申1039号民事裁定を参照。

⁵⁵ 朱謝群『創造的な知的成果と知的財産権』12頁（法律出版社、2004年版）。

⁵⁶ 劉作翔「権利衝突のいくつかの理論的問題」中国法学2002年第2期、59頁を参照。

ビジュアルコンポーネント知的財産権の競合関係の法的調整は、法律観念の再構築、法律制度の再構築、司法ルール調整などの各方面に関連し、法律原則、ルールの確立とその適用から出発して、その解決ルートは以下の面で展開することができる。権利重複の現象を制限し、権利の配置を合理的に行うこと、権利共存状態を認め、それぞれの権利行使を規範化すること、権利衝突紛争を解決し、「形式上合法」な権利の法的結果を明確にすることが挙げられる。以下のとおり分析する。

（1）権利の重畳：区別保護、分類保護と限定保護

著作権法、外観設計法、商標法、反不正競争法において、ビジュアルコンポーネントの保護に幾つかの共通点がある。すなわち、それぞれの客体の構成要件に基づいて非機能性のビジュアルコンポーネントを保護するが、機能性製品設計を保護しない。言い換えれば、このような外観性のイメージデザインの保護は、機能性の革新的な成果（発明又は実用新案）の保護と重要な区別がある。機能性原則の制度的価値は、実用的な専利権と他の知的財産権が技術的な機能を有する内容についての同一の設計に対して重畳的な保護を提供することに反対することにある⁵⁷。上記の場合とは異なり、非機能性の基準は、ビジュアルコンポーネントの知的財産権の重畳的な保護に可能性を提供している。例えば、美術の著作物の独創的な表現、外観設計の新規性の構図、図形商標の顕著な標識と商業装飾の装飾的なデザインは、技術的な機能性とは関係がなく、同時に権益保護の関連性と交差性の現象が発生する。

ビジュアルコンポーネントの分野において、権利の重畳的な保護は、同一主体が同一事物について多重の知的財産権による保護を受ける可能性があることを意味する。形式的な面からみて、このような権利の重複は、権利の競合における「相容れる競合」の状況に属し、その法的効果は並行可能であるように思われる。しかし、実質的には、重複保護の強力な排他的な結果は、権利者と非権利者との間の事実上の衝突と矛盾を引き起こす可能性がある。権利の重複保護について、学界には明らかな相違が存在する。「重畳的な保護の現象は、知的財産権の均衡の政策目標から乖離し、知的財産権の全面的な拡張の副産物であり」、その結果として、公衆がある具体的な制度の下で享受すべき合法的な権益を失ったり、知的製品の共有領域の縮小を招いたりするため、「知的財産権の重畳的な保護を原則として禁止すべき」と主張する声がある⁵⁸。異なる知的財産権が同一の客体の上で競合する場合、（同一主体における）権利の重複と表現したり、（異なる主体の間の）権利の衝突と表現したりする。権利の重畳的な保護にはメリットとデメリットがあり、立法により統一的に規定されることは難しい。現行制度の枠内では、「原則上、知的財産権の重畳的な保護は、法律によって禁止されていない」と主張する学者もいる⁵⁹。ビジュアルコンポーネントの権利の重畳的な保護については、全面的に否定又は絶対的に肯定する価値観を取るべきではない。筆者は、権利融合による競合問題の検討とは、「同一主体が独占する」権利の形態を対象として、多種の権利の付与（正当性の問題）を承認するか否か、どのような権利の構造（合理性の問題）を選択するか、どのように権利行使（実行可能性の問題）を規制するかをめぐって、区別して保護、分類して保護、限定して保護という政策的立場を取り得ると考える。

⁵⁷ 梁志文「デザイン保護の機能性原則の検討」現代法学 2019 年第 3 期、140 頁～141 頁を参照。

⁵⁸ 何煉紅「知的財産権の重畳的な保護の問題」法学研究 2007 年第 3 期、59 頁。

⁵⁹ 劉平「知的財産権の重畳的な保護と侵害責任」政法論壇 2010 年第 3 期、128 頁。

1) 権利の重畳状態の成因について。知的財産権体系における異なる権利が、同一の事物に基づいて重複して発生するのは、知的製品の無形化によって決定付けられたもので、知的財産専門法の類型化によって発生したものでもある。民法理論において、知的財産権の分類は、権利が体现される異なる利益を基準としており、客体の違いは財産権の分類の基礎である。ビジュアルコンポーネントは、多様性のある財産的な価値形態を有し、異なる無形財産の価値は各権利の客体の構成要素に決定される。そのため、知的財産専門法及び反不正当竞争法は、権利の対象、権利の内容、権利の保護方式及び期間などの面で異なる規定を制定し、権利を区別して保護する法的基礎となる。客体に基づき発生する権利は、各自に存在し、法律によって保護されていると言える。しかしながら、各ビジュアルコンポーネントは、内生する財産的な価値と外在する表現的な形式の統一性を持っているため、権利保護の重複と交差の問題が発生し、具体的な状況によって解決方法を見つける必要がある⁶⁰。

2) 権利の重畳的制度の証成について。知的財産権は、巨大な法律制度の体系であり、権利が重なることは避けられないが、これについては各種の状況によって分類して保護する原則を取るべきである。国際知的財産権保護協会の東京会議において、知的財産権を創造的成果権と識別的表示権の2種類に分類したことがある⁶¹。これに基づいて、ビジュアルコンポーネントについて言えば、権利の重複は3つの類型を生む可能性がある。1) 創造的成果権の分野において、美術の著作物の著作権と外観設計権の重複である。両者は知的創造分野において、一般的には「重畳の禁止」の原則を遵守しなければならない。英国法では、構図のデザインは美術の著作物として自動的に著作権を有するとみなされるが、外観設計として登録されると元の著作権を失うと規定されている⁶²。日本の司法実践は、たいてい選択的保護の制度を取っている。2000年の「ファービー」事件において、芸術性と実用性を同時に持つ作品の主な用途が工業デザインであれば、「意匠法」を優先的に適用して保護すべきであるという重要な裁判の立場を確立した。同事件は、1つのデザイン製品が著作権と意匠権について同時に二重に保護を受けることはできないという日本の「二重保護の回避」に対する姿勢を反映している。同原則は、設計者が複数の知的財産権を通じて同一製品を同時に保護し、過度な独占や法律上の衝突を引き起こすことを防ぎ、それによって法律体系の合理性と公正性を保障するのに役立つ。しかし、最新の資料によると、日本の著作権と意匠権に対する選択的保護の態度は、近年緩んでいるようである⁶³。2) 識別的表示権の分野における登録商標権と商業的装飾権益の重複である。両者は産業経営活動において、一般的には「重畳の認容」の原則を採用する。「商標+商業装飾」のマーケティング方式は、事業者の識別性表示権の有効な行使に該当し、一般的には他の事業者の利益に対する妨害は生じない。同時に、消費者層にも受け入れられている。そのため、同一主体が2種類の異なる権益を付したビジュアルコンポーネントを使用して、

⁶⁰ 権利の重複現象の発生については、異なる権利が同一客体に重なると呼ばれている学者がいる。(馮曉青：『论知识产权权利重叠、权利冲突及其解决』、鄭勝利主編：『北大知识产权评论』(第1卷)、法律出版社2002年版第111-129頁)を参照。)異なる種類の権利には異なる種類の客体があり、権利の重複は異なる知的財産権が同一対象(事実として存在する知的成果)上の重複と定義できると考える学者もいる。(陶鑫良、袁富真：『知识产权法总论』、知识产权出版社2005年版、第264頁を参照)。筆者は、財産価値形態の多様性と財産価値基礎の同一性は、現代財産権客体への全体的な認識である。権利客体が関与する財産利益を基準とし、知的財産権の権利の重複が様々な客体が指向する客観的な事物、すなわち同一性の価値基礎とイメージ外観を有する知的製品に決定される。(呉漢東：『财产权的类型化、体系化与法典化』を参照、『现代法学』2017年第3期)。

⁶¹ 鄭成思著：『知识产权论』、法律出版社2003年版、第6-7頁。

⁶² 同注44。

⁶³ 日本仙台高裁 H14.7.9 平成12年(う)63・177案件を参照。

共同で識別可能性のある表示の作用を発揮することは、法律の範囲内に認容されるはずというものである⁶⁴。3) 創造的成果権と識別的表示権が交差する分野における外観設計権又は美術の著作物の著作権と登録商標権又は商業装飾権益との重複は、一般的に「制限的重畳」又は「条件付き重畳」の原則を適用すべきである。つまり、同一主体が自分の美術の著作物や外観設計図案について商標登録や商業装飾として出願・使用することができ、ビジュアルコンポーネントの権利の保護範囲を事実上拡大することができるということである。しかし、このような権利の重複には要件がある。例えば、商標権の客体は「表示の顕著な特徴」（「商標法」9条、11条）、3次元表示の「非機能性」の要件（「商標法」12条）を含む適格的要件を満たす必要がある。同時に、表示に関する権利保護も制限され、著作権、専利権と商標権が並立していても、その権利行使はフェアユース、強制許諾、消尽など、各専門法によって制限されなければならない。

3) 権利の重畳的請求権の適用について。権利の重畳が存在する状態では、ある侵害行為が2種類又は2種類以上の知的財産権を同時に行使する可能性がある。法的レベルが同一の場合、2種類の侵害責任の法的効果は重複し、請求権の規範的競合が生じる。これにより、権利者は自分に有利な保護方式を選択することができるが、2種類以上の損害賠償の給付を同時に主張することはできない。これは有限保護の原則の規範的な適用といえる。言い換えれば、損害賠償の民事責任の範囲内で、侵害者は2種類以上の財産の給付責任をそれぞれ又は同時に負うことはない。つまり、ドイツの学者が「一重効果の原則」と呼んでいるもので、権利者は1回の給付しか受けられず、「一重効果」以上の利益の満足を得ることは許されない⁶⁵。

（2）権利の共存：合法的な権利行使と合理的な注意義務

民法上の権利共存とは、人格権における知る権利とプライバシー権、財産権における物権と債権など、異なる民事主体が、一定の条件の下で、同一の客体に対して異なる権利を同時に所有することができることを指す。上述の権利には明確な法的境界があり、その共存状態は、民法において異なる民事主体の多元的利益に対する尊重と保護を体現している。ビジュアルコンポーネント分野における権利の共存は、同一の無形財産の利益をシェア又は共有する特別な法律現象であり、通常、複数の主体が同一の知的製品に対してそれぞれの権利を持ち、それらが両立している状態を指す。知的財産権の理論における権利の共存は、権利の独占の反対定義である。一般的に、専有性は知的財産権の基本的な特性であり、その重要性は以下の点に表現されている。まず、知的財産権は知的製品を独占的に利用する権利である。法律の範囲内で、権利者は知的製品の使用方法、使用範囲及び使用価格を「独占」することができる。客体の公開性と権利の専有性は、知的財産権の権利属性の基礎を構成する。また、知的財産権は特定の知的製品に対する専有権である。同一の知的製品に対して、法律では2つ以上の同一知的財産権が併存することを許さない。知的財産権の機能の核心は、他人が自分の知的製品の違法な利用を排斥することにある⁶⁶。ビジュアルコンポーネントの権利共存の制度は、知的財産権の専有性の特徴の是正と補足であり、その構成要件は以下のとおりである。1) 競合する権利は、複数の主体に属する。これは権利重複に

⁶⁴ 同注 27。

⁶⁵ [独] D. Medicus、邵建東訳『ドイツ民法の総論』68頁～70頁（法律出版社、2000年版）を参照。

⁶⁶ 吳漢東『知的財産法』22頁（法律出版社、2022年版）を参照。

おける同一主体が多重権利を独占する場合と異なり、「異なる主体で共存する」権利主体の関係は、主に異なる権利出願人（又は所有者）間の関係、先行の権利者と後の権利者との関係、許諾者と被許諾者との関係などである。2) 競合の権利は、同一の対象を指す。同一対象に複数の権利を付与することは、権利共存のための基礎である。同一対象は、完全に同一の客体の構成要件を有する同一性客体である可能性があり、例えば同一商標は、2 つ以上の登録者がそれぞれ使用する。また、同一又は類似する外部表現を有する同一性のある客観的なものに該当する可能性もあり、例えば、商業装飾と他のビジュアルコンポーネントを異なる主体によってそれぞれ使用される。3) 競合の権利は、法により発生する。共存状態にある権利は、相応の法的根拠又は契約根拠を有する合法的な権利でなければならない。権利衝突に瑕疵がある「権利」が取り消されたり無効と宣告されたりする可能性がある場合とは異なる。競合する権利の合法性の基礎、及び権利間の両立の有無は、権利紛争を解決する際の異なるルートを決する⁶⁷。

国際の立法例として、一部の国は知的財産権の共存状況を条件付きで認めている。識別的表示の分野で、日本法は、実際に混同が発生しない場合、権利者は権利を受ける際に信義則に従えば、異なる法律に基づいて同一又は類似の客体に対して発生した権利の共存を認めることを規定している⁶⁸。日本の商標法 29 条は、権利者が所有する商標権と、その商標出願日の前に他人が提出した発明、実用新案、外観設計と衝突した場合、又は他人がその出願日の前に効力を発した著作権と衝突した場合、権利者又は許諾者は、衝突した商品又は役務の区分においてその商標権を行使してはならないと規定されている。日本の意匠法 26 条は、権利者が所有する意匠権と、その意匠出願日の前に他人が提出した発明、実用新案、商標出願と衝突した場合、又はその出願日の前に発効した著作権と衝突した場合、権利者又は許諾者は、商業的方法で同意匠を実施してはならないと規定されている。以上の規定は、法律で「同一分野での競争的使用」と「商業化方式の使用」を制限しているほか、一定の条件において後の権利と先行権利との共存を認めることを示しているようである。

知的財産権の権利共存の関係は、物権法の所有権共有関係とは異なり、実質的には「異なる主体-同一の対象-複数の権利」の法的構造で表現されている。このような両立の権利の競合について、実際に権益紛争が多発することもある。その法的解決策は、以下のとおり考えられる。まず、立法の整備である。法律は利益を分配し、財産権を配置する制度ツールであるため、かかる法律規範を制定し、健全化し、かかる権利の境界を明確にし、法律に基づいて権利を取得した民事主体に対して平等な保護を与え、知的製品の規模効果を発揮させなければならない。次に、司法の均衡である。均衡の思想は、司法裁判における核心的な原則であり、異なる利益関係を調和させる重要な指導である。そのため、司法活動は、権利者の各合法的利益の実現を保障するために、権利共存における不確定、不安定な要素の削減に力を入れなければならない。ビジュアルコンポーネントの権利共存の法的規制について、立法者と裁判者は次の問題にも注目しなければならない。1) 権利行使を規制することである。「民事主体は、民事権利を濫用して国家利益、社会公共利益又は他人の合法的利益を害してはならない」（民法典 132 条）の規定に従い、権利者はその客体を規範的に使用し、権利を濫用してはならず、他人の権能範囲を合理的に回避し、権利衝突の発生を防止し、権利共存が「権利制限」の状態での運行を保証する。2) 義務の履行を促すことである。「民事主体が権利を行使する場合、法律の規定と当事者が約定した義務を履行しなければ

⁶⁷ 権利共存の中で、法律紛争の主な問題はどのように競合の権利を合理的に回避させるか、すなわち権利関係の均衡である。権利衝突において、争議が発生する主な問題は、競合の権利が合法的に存在するか否か、すなわち侵害行為の認定にある。

⁶⁸ 劉紅：『中国知识产权权利冲突解决途径探析』、『知识产权』2004 年第 6 期、第 42 頁を参照。

ばならない」（民法典 131 条）という規定により、権利者は法定又は約定した義務に違反した場合、例えば、商標権者が商標使用の義務を履行せず、先行の権利者が既存の使用範囲を超えた権益での利用など、義務不履行の民事責任を負うことになり、権利終了の法的結果を含む。

（3）権利の衝突：先行権利の保護と後の権利の無効

権利の衝突とは通常、同一客体に基づいて法により派生した 2 つ以上の権利が互いに矛盾したり抵触したりする現象を指し、知的財産権の分野では先行の権利と後の権利との間で同一客体について発生する権利の衝突として表れる⁶⁹。司法実践において、「知的財産権民事紛争事件における権利衝突の争いとは、一方の当事者が所有する知的財産権に基づいて相手に訴訟請求を提起し、相手の当事者が自分の所有する知的財産権を行使することを理由として抗弁して成る争いである」⁷⁰。数多くの権利衝突の争いの中で、権利を主張する請求側は先行の権利者であり、訴えられる抗弁側は後の権利者である。少数の場合、後の権利者は合法的に存在する権利を理由に、先行の権利者に対し知的製品を使用している事実状態が侵害を構成するという理由で権利を行使する。上述の知的財産権の権利紛争を解決するには、以下の原則とルールを維持しなければならない。

先行権利保護の原則がある。当該原則は、権利衝突の紛争を解決するための最も重要な原則である。知的財産権の分野において、権利の付与は「既存の先行権利を損なってはならない」（知的財産権協定 16 条 1 項）。ビジュアルコンポーネントの権利衝突について言えば、「登録出願する商標には顕著な特徴があり、識別しやすく、他人が先に取得した合法的な権利と衝突してはならない」（商標法 9 条 1 項）、「専利権を付与する外観設計は、出願日以前に他人が取得した合法的権利と衝突してはならない」（専利法 23 条 3 項）。先行権利の保護の原則の正当性の証明について、物権法における物権優先の原則から進化したものであり、知的財産権の「先着先得」の方針⁷¹を表しており、物権取得における「先占」に類似していると考えられる学者がいる。先行権利の保護の原則の法律適用について、ある国において「絶対保護の原則」を採用しているが、つまり、いかなる条件の下でも先行権利を保護する。また、ある国において、権利が実質的に侵害された場合にのみ保護され、保護期間の制約があるという「相対的保護の原則」を採用している⁷²。筆者は、ビジュアルコンポーネントの権利衝突の争いにおいて、知的財産法は状況によって適用ルールを規定することができる。先行の権利が存在する美術の著作物、外観設計に対して不法な複製と使用を禁止し、他人の著名商標に対して自分の名義で登録・使用をしてはならないなど、上述の状況は「絶対的保護の原則」を適用する。一方で、先行の商業表示類の権利については、混同をもたらすことを侵害判断の基準又は権利無効の事由とし、後の権利を排斥する。このような状況に「相対的保護の原則」を適用する。

利益均衡の原則がある。当該原則は、先行権利の保護原則に対する有益な補足であり、同時に専利の出願制、商標の登録制に対する重要な是正でもある。すなわち、後の権利者は専利又は商標の権利が付与されたとしても、先行の使用者は元の範囲内で専利製品と同じ製品を製造することができ、登録商標

⁶⁹ 馮曉青、張澤吾「知的財産権の衝突の解決方法の反省」上海市政法管理幹部学院学報 2002 年第 4 期、15 頁。

⁷⁰ 最高人民法院 2005 年 11 月 8 日『知的財産の権利衝突に関する民事紛争案件の審理に適用する若干問題の解釈』（意見募集稿）を参照。

⁷¹ 孔祥俊『WTO 知的財産協定及びその国内の適用』353 頁（法律出版社、2002 年版）。

⁷² 李永明、張振傑「知的財産権競合の研究」法学研究 2001 年第 2 期、101 頁。

と同じな商標を使用することができる。利益均衡の原則は、権利衝突の例外的な状況に適用される。すなわち、後の権利者の権利が善意で取得されなければならない、他人の合理的権益に対する損害（実質的要件）をもたらさず、同時に、法に基づいて取得し、法律に規定された権利付与の手続き（形式的要件）に従わなければならない。この場合、後の権利者はその合法的な権利を行使することができるが、先行の権利者は一定の範囲内で元の権益を利用することもでき、双方は識別的表示を付差なければならない。

誠実信用の原則がある。当該原則は、民法で定められた基本原則である（民法典7条）。知的財産専門法と反不正当竞争法は、権利者が権利を取得して行使する過程で、「誠実信用の原則に従い、誠実をもって、約束を厳守する」と明記している（特許法20条、商標法7条、反不正当竞争法2条）。誠実信用の原則は、民事主体が民事活動に従事する行為の準則であり、裁判所が知的財産権紛争を解決する裁判ルールであり、後の権利者が権利を取得する過程で不正な意図を持ってはならず、他人の先行の権利に対して回避義務を果たすことを要求する。権利を行使する過程で、先行の権利を尊重し、十分な認容と保障を与えるものとする。同時に、先行の権利者が規範的で合法的に権利を行使し、権利を濫用してはならず、その先行地位を利用して不当な利益を得てはならないことも要求されている⁷³。

知的財産権の権利衝突の紛争を解決するには、上述の各原則に基づいて導き出すほか、関連する専門制度の規範を適用しなければならない。その中で、主に専利の無効宣告制度と登録商標の取消、無効制度である。外観設計に対して、権利付与の条件に合致しない場合、専利法における無効宣告の手続が設けられており、専利出願人以外の者により監督権を行使し、誤って権利付与された場合に専利の是正審査を行う。登録条件を満たさずに登録を取得した商標に対し、商標法は登録商標の無効宣告・取消制度を設けている。前者は登録要件を備えていないのに登録を取得した商標に対し、法律により利害関係者と商標主管機関が当該過誤登録に対する事後的救済（すなわち無効宣告手続）に該当する。後者について、かかる登録商標自体に権利としての瑕疵はないが、商標所有者による不適切な使用又は不使用行為によって、商標機関がその効力を取り消す（すなわち取消手続）ことになる。以上により、権利衝突の紛争において、後の権利者の権利取得と権利行使の法的結果には2つの可能性があることが明らかである。1つは、権利の出所が合法で、権利の行使が正当である場合であり、すなわち先行の権利と前述の権利が共存を構成する。もう1つは、権利の取得に瑕疵があったり、又は権利行使が不正であったりした場合に、権利の終了や侵害になる虞があるということである。

4. 余論：反不正当竞争法と知的財産法との関係

民法学の理論において、権利の競合は法条項の競合であり、本稿の研究内容について言えば、法条項の競合の問題は反不正当竞争法と知的財産法との関係に関わっている。

反不正当竞争法と知的財産法の関係进行分析し、両者の私法分野におけるそれぞれの地位と相互関連性に関し、その法律的品格（すなわち制度的性格の確定と機能的位置づけ）は今回の研究問題の基点である。

知的財産法は、「基本権利法」であり、すなわち専有権を中心として、権利の主体、客体、内容、取得、行使、制限及び救済の規範体系を構成する。知的財産権は、特定の主体が知的財産権に対して有する専

⁷³ 北京市第一中級人民法院知識産権法廷リサーチグループ「知的財産権の衝突の司法解決」人民司法2009年第1期、87頁。

有権であり、その制度機能は以下のように表される。①知的財産権は、国がイノベーションを奨励し、知的財産の成長を促進するために創設した制度であり、権利自体は競争法の領域の例外とし、すなわち、知的財産権を合理的な独占権と見なし、不正競争を防止する規制対象ではない。②知的財産権は、知的創造の成果に基づいて付与される私権であり、権利主体が知的労働又は投資を行うのは、競争の目的又は競争の過程で知的成果を生み出すからであり、知的財産権の保護は権利主体の市場競争力を強化するのに役立つ⁷⁴。

反不正当竞争法は「行為規制法」であり、市場競争の秩序の保護を核心として、知的財産権の利用を含む各種経営行為を規範化し、類型化された「不正競争行為」と制裁的な「反不正当竞争行為」の規範体系を構築する。当該認識から、反不正当竞争法は次のような位置づけの分析を行うことができる。①私法の重要な構成⁷⁵。反不正当竞争法は、知的財産法と同様に、総合的な法的規範、多様性のある法的制裁の手段を特徴とするが、私法の基本的な属性を持ち、その調整対象は事業者（平等な民事主体）間の市場競争の関係である。②民法の特別分野。反不正当竞争法は、簡単に特殊な不法行為法に分類することはできず、民法の特別分野として、その基本的な任務は平等な経営主体間の競争関係を調整するだけでなく、消費者の利益を保護し、市場経済の秩序を維持することにある。他の私法制度とは異なり、反不正当竞争法は「私法公法化」「私法社会化」の法律変革の傾向を反映している。

知的財産法と反不正当竞争法とは密接で複雑な関係があり、立法枠組みの制度配置と司法実践の規範的な適用の2つの問題に関連している。前者は知的財産権の法律体系における反不正当竞争のための地位付けの問題であり、後者は反不正当竞争法における知的財産権保護の機能的問題に関連する。これらについて、以下のとおり説明する。

全体的に、知的財産法と反不正当竞争法はいずれも民法典以外の専門法である。すなわち、上位法の下の下位法、基本法の下の特例法であるため、民事特別法と民事一般法の相互関係ではない⁷⁶。中国の「立法法」の規定において、特別法は一般法の適用を排斥する。両法に対して特別法と一般法の解説を行うと、反不正当竞争法に比べて知的財産権専門法の優先適用の問題が生じる。学者が言うように、特別法と一般法の枠組みの下の両法は、包容関係であり、特別な法律の競合であり、法律の適用において特別法に優先性がある。言い換えれば、知的財産法と反不正当竞争法は相互補完の関係であり、一般的な意味での法律競合であり、法律の適用においては相互に優先されない⁷⁷。ビジュアルコンポーネントの権益紛争では、両法における交差・重畳する規定について、司法実践において一般法の競合ルールを採用している。すなわち、特別法が一般法より優先しているルールではなく、当事者より自主的に選択して適用される。

知的財産権の保護は、知的財産法と反不正当竞争法が共同で構築した制度の基礎である。知的財産権保護は、法律構造の面で体系性と協同性の立法要求を持っており、両法は本来の権利（財産付与）と救済権利（行為規制）の区別を持ち、強い保護（専有権）と弱い保護（法益）の区別もあるが、機能的目

⁷⁴ 王源弘「知的財産権に関連する不正競争行為及びその法的コントロールに関する一考察」政法論壇 1996年第4期、66頁を参照。

⁷⁵ 中国では、広義の競争法（反壟断法と反不正当竞争法を含む）は、「マクロコントロール法」と区別される「市場規制法」、いわゆる「経済法とは競争法を核心として発展してきた法律規範である」と見なされている。種明釗編『競争法』35頁（法律出版社、1997年版）を参照。

⁷⁶ 反不正当竞争法が知的財産権の保護に対して包括的で補完的な性質を持っていることは、専門的な知的財産法との関係が、一般法と特別法であることを決定付けていると考える学者がいる。王先林『競争法学』41頁（2023年版）を参照。

⁷⁷ 劉麗娟「知的財産法と反不正当竞争法の適用関係」知識産権 2012年第1期、28頁を参照。

標と保護対象の面で交差し、相通じるところがある。知的財産権の法律体系において、反不正当竞争は専利、商標などの知的財産権のテーマと並ぶ専門制度である。産業財産権の保護に係るパリ条約において「不正競争の抑止」と知的創造成果と産業商業標識を産業財産権の保護対象に組み入れる（1条の2）。

「世界知的所有権機関設立条約」において、「不正競争の抑止に関する権利」を含む知的所有権の範囲を列挙している（2条8項の7）。世界知的所有権機関が規定した「不正競争防止モデル規定」において、同法の適用が専利、商標、著作物などの知的所有権を保護するテーマの立法規定に「依存する必要がなく」「補足になるべき」であることを強調している。上記公約の規定から見れば、反不正当竞争法と知的財産法が立法の具体例と機能的規範において同位性、平行性、相補性の関係を持っていることを示している。知的財産権保護の体制の名義の下で、反不正当竞争法と専利法、商標法と平行する「3番目の産業財産権法」に分類する学者がいる⁷⁸。

反不正当竞争法には独自の調整対象、規制方式、効力範囲があり、これはその法的地位の独立性の当然の現れである。制度機能についていえば、反不正当竞争法は知的財産権保護に対して補完性、基盤性、協同性の特徴を持っている。

現代国家の不正競争に対する立法の実例の中で、同法は市場競争の秩序を規制する多くの分野に広がっているが、知的財産権の保護は依然としてその立法の重点である⁷⁹。

まず、反不正当竞争法は伝統的な知的財産に補完的な保護を提供する。知的財産権専門法が行き届いていない知的成果と商業表示からなる「空白の領域」は、しばしば反不正当竞争法によって補完的に法的機能を発揮する。すなわち、「知的財産権」の名義を持たない知的財産に対して有限の保護を提供する。ここで、伝統的な知的財産は往々にして確定性のある法的利益であり、反不正当竞争法には類型化された規定がある。1994年に世界知的財産権機関の文書において、「発明又は表示に産業財産権の保護がない場合、反不正当竞争法に基づく保護は、専利法、商標法などの産業財産権の保護に対する有効な補足である」とした⁸⁰。知的財産権の保護体系において、法的競合は主に3つの状況がある。①反不正当竞争法と商標法である。両者の関係は最も密接であり、最も重要であり、商業表示の分野で協同で保護体系を構成している。その中で、商標法は登録商標に対して混同禁止の保護を提供し、著名商標に対して希釈化禁止の保護を提供する。反不正当竞争法は、主に商業標識の混同行為を規制することであり、その調整範囲はより広く、商標法が行き届いていない商業標識の混同はいずれも反不正当竞争法によって処理することができる。②反不正当竞争法と専利法である。両者の技術成果についての保護は、異なる機能を有する。同じく技術的成果の権益として、専利法は「公開を代償として保護」というルールに則り、反不正当竞争法は情報の「未公開性」を保護の要件としている。また、反不正当竞争は、発明出願後に、権利が付与される前の技術成果に対して「臨時的な保護」を与えることができ、専有権が満了し顕著な製品外観を得られたものについては「継続的保護」を提供することもできる。③反不正当竞争法と著作権法である。両法の関連性は上記の場合には及ばないが、反不正当竞争法は著作権に関する利益に対して、著作物の名称やタイトル、著作物の中の架空のイメージなどの著作物性の要素を「拡張保護」する機能を有しており、数多くの国では「著作権化可能性」はないが、不適切な利用行為に対しては著作権に関する反不正当竞争の規制範囲に入れることができる。

⁷⁸ 李順徳「反不正当竞争法の客体と法的属性に関する一考察」知識産権第8巻（中国方正出版社、1999年版）。

⁷⁹ 呉漢東「反不正当竞争法における知的財産権問題の一考察」現代法学 2013年第1期を参照。

⁸⁰ WIPO, Protection against unfair competition: analysis of the present world situation, WIPO PUBLICATION, No. 725(E), 1994, p.10.

また、反不正競争法は、新しい種類の知的財産について「過渡的な保護」を行うこともできる。新分野、新業態、新技術によって形成される新しい種類の知的財産について、法律は知的財産権を付与できないが、当該「新興分野」は反不正競争法によって「類権利的」な法的利益を享受することができる。伝統的な知的財産と異なり、新興分野の知的財産は、開放的、新生的、裁量的な法益であることが多く、反不正競争法はこれに対して「インキュベーター」、「実験室」、「促進剤」式の「過渡的な保護」を提供する⁸¹。このような間接的な保護、受動的な保護、事後的な保護の知的財産法益が成熟すると、立法によって新しい知的財産専有権が形成される可能性がある。

中国の司法実践において、反不正競争法の包括的条項⁸²は、新しい種類の知的財産の法益保護の適用根拠である。その適用要件は、知的財産権専門法が同法益の保護に対して明文化していないこと、反不正競争法における列举規定が当該法益に関わる不正競争行為に対して明確な規制を加えていないこと、反不正競争法の包括的条項が当該法益を調整の範囲に入れることができることが含まれる。「新興領域」の知的財産法益は、一部の学者の間では「インキュベーション」法益と呼ばれ、既存の権利と伝統法益以外の新しい法益の類型である⁸³。新興の知的財産の法益に対する「過渡的な保護」は、反不正競争法の独特で重要な制度機能であると言える。近年、数多くの判例において反不正競争法を適用して新しい種類の法益を侵害した行為を規制している。例えば、「他人のドメイン名の案内機能を破壊又は弱体化させた行為」、「他人のネットゲームのルールを模倣又は盗用した行為」、「他人のデータ製品を無断で取得し、使用した行為」などについて、不当行為を制裁し、間接的に法益を保護する司法的立場を取っている。上記のやり方は、反不正競争法の独特な制度的優位性を表している。つまり、財産の権利付与を前提とせず、「法益」の名義で市場主体の要求を満たし、専有権の付与を必要とせず、低いレベルでの「弱い保護」を提供し、法定権利の種類を参照せず、競争行為の正当性と合理性を重点的に判断することである。

総じていうと、知的財産権保護の面で、現代の反不正競争法は伝統的な法益の「補足的な保護」と新興法益の「過渡的な保護」の両立局面を呈し、それによって反不正競争法と知的財産権専門法の相互補完性、交差性の「協同保護」のあり方を構成している。

⁸¹ ドイツの学者は、反不正競争法に対し新しい種類の財産権を生み出す「インキュベーター」と呼んでいる（an incubator for new rights）, See Annette Kur, What to Protect, and How? In Nari Lee, Guido Westkamp, Annette Kur & Ansgar Ohly eds. *Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*. Cheltenham Edward Elgar Publishing limited, 2014, p. 19.

⁸² 中国の反不正競争法2条1項において、「事業者は、生産・経営活動において、自由意思、平等、公平、信義誠実の原則を遵守し、法律及び商業道德を遵守しなければならない」と規定している。

⁸³ 孔祥俊「反不正競争法が知的財産権保護における補足的保護の限界」中国法律評論2023年第3期、29頁。

II. 悪意の抜け駆け登録及び関連する悪意訴訟の商標法規制ルートの整備

－反不正競争法の適用との関係の検討を兼ねて

中国社会科学院 知識産権センター 管 育鷹 教授

はじめに

商標は、実際に使用してこそ財産価値を生み、法律により与えられた所有権の保護を受ける。一方で、商標の登録は公示性があり、既に使用されている標識が登録エリアにおいて専用権を享有していることを確認でき、或いは使用しようとする標識のために専用権の形成に必要な空間を留保することができる。登録は更に、使用許諾、譲渡、融資においても便利であり、且つタイムリーで効果的な法的救済を受けやすい。そのため、商標が出願され、一連の法定手続を経て、権利証明書を受け取り、登録商標専用権を確認・維持することは、世界で通用する商標登録の法律制度となっている。同時に、できるだけ不備が現れないように、登録制には、拒絶、取消又は無効などの事前又は事後の是正手続が含まれる。これをもって、関連する法定条件に合致しない、又は違反した商標出願又は登録の特殊な状況进行处理する。しかし、中国の商標法の実施状況から見れば、事業者に協力すべき商標登録制度は、実務において悪質化する現象が生じている。例えば、法律の規定に違反して商標の買い占め・転売や悪意の抜け駆け登録などの違法行為がしばしば発生することや、登録制度を濫用して、他人の正当な経営活動を妨害したりして、商標を真面目に使用している事業者に損害を与えることが挙げられる。2013年と2019年の2回の法改正において、それぞれ商標の登録及び使用における信義誠実原則、悪意の登録の禁止との条項を追加したが、商標法の中に設けられている責任規範が不明瞭であるため、理論上、商標分野における悪意行為の侵害属性と規制ルートに対する認識があいまいである。実際には、悪意の行為により合法的権益が害された当事者が救済を求める際に適切な根拠を見つけることが困難であり、裁判所が法律を適用する考え方及び結果にも不確実性がある。よく見られるのは、訴訟上の請求を解体してそれぞれ商標法又は反不正競争法を適用することであり、同時に両者を引用したりして、すなわち「商標法+反不正競争法」を採用して互いに補充し、時には直接に民事訴訟法又は民法典を適用することもある。本稿はこれらの悪意の行為の性質及び規制の難点を分析し、最適化した商標法の規制方案の実施を推進するために参考となることを期待する。

1. 商標法の侵害に関する悪意行為の概念及び規制のニーズ

検討する上で、まずは悪意の抜け駆け登録及び関連する悪意の訴訟の概念を明確にする必要がある。先願主義を取っている国又は地域における商標、国際ドメイン名などの登録体系において、抜け駆け登録そのものは必ずしも法律により禁止又は処罰される行為ではない。しかしながら、信義則又は商道德に違反するような場合、例えば、地域性、時間差、情報障壁などの要因を利用して、他人が有する周知性のある商標やその他の標識であることを知っていながら、登録制度を利用して自分の名義で抜け駆け登録をした場合には、法律の規制を受けるべき悪意の抜け駆け登録に該当する。言い換えれば、主観的悪意と客観的周知性は、抜け駆け登録の悪意の有無を判断する鍵である。悪意の抜け駆け登録行為を法律で明確に規制して先行権利を保護するという理念は、パリ条約6条の2における馳名商標の規定に由

来する。つまり、加盟国は馳名商標と認定された標識について、他人がそれと同一又は類似の標識を抜け駆け登録したり、使用したりすることを禁止しなければならない。1994年のTRIPS協定16条において、このような特別な保護規定を馳名な役務商標にまで及ぶとするとともに、その範囲を非類似の商品や役務において馳名商標と同一又は類似する標識の使用も禁止するところまで拡張した。悪意の登録は、中国商標法の実務における長期にわたって非難されてきた問題であり、行政主管部門もこれに対して治め抑制を図った¹。本稿では、悪意の登録の全てのタイプについて検討するのではなく、その中の最も典型的な1つの種類を検討する。すなわち、他人が先に使用しているが登録されておらず、馳名又は一定の影響のある（周知）商標であることを知っていながら抜け駆け登録をした行為について検討する。非類似の区分において他人の馳名商標を抜け駆け登録して使用するか、或いはそのような商標を使用して公衆を誤認・混同させる行為は、実務において登録された馳名商標の区分を超えての保護が受けられることが大多数であるため、本稿において詳しく展開しない。簡単に言えば、本稿における主な着眼点は、悪意の抜け駆け登録の対象が商標法13条、32条が指す未登録の馳名・周知商標である。これらは、実務の中で最も難しい権利付与・確認の事案であり、商標の周知性、抜け駆け登録者の主観的な状態、登録理由及び商標の具体的な使用状況などの要素を考慮して悪意の抜け駆け登録に該当するか否かを判断する必要がある²。

商標分野における信義則の違反及び先行権利に対する侵害行為は、悪意の抜け駆け登録のほか、抜け駆け登録を行わずに先行権利を有する他人の標識を無断で使用し、誤認・混同やその他の損害をもたらした場合もあるが、商標法において、このような「抜け駆け登録をせずに使用する」行為の規制力は、標識の性質の違いにより異なる。具体的には、抜け駆け登録を行わずに無断で他人の馳名商標を使用することは、13条によって禁止される侵害行為であるが、立法条項及び司法解釈から見れば、未登録の馳名商標の権利者は「侵害の停止」の救済しか請求できない。それに対し、登録された馳名商標の権利者は、57条7項でいう「その他の損害」に基づいて非類似の区分における使用に対し侵害を主張し、賠償を求めることができる³。また、商標法において、未登録の周知商標への保護が相当に不足し、悪意の抜け駆け登録の禁止（32条の後半、且つ45条に基づく無効請求を5年以内に提出しなければならない）と条件付きの先使用权（59条3項）にのみ関連している。抜け駆け登録をせずにこのような商標を無断で使用する行為については、その性格を確定した上で先行権利者及び利害関係者（「先行権利者」と略す。）への救済を提供していない。そのため、商標法において、未登録の馳名商標又は周知商標への保護が不十分であり、もし、先行権利者が「登録せずに無断で使用」した行為者の不法行為を追及する場合には、反不正当竞争法（「反法」と略す。）を援用しなければならない。本稿において、上記2種類の未登録商標が「登録せずに無断で使用」された時にどのように先行権利者への救済を最適化することができるかを特に検討しない。なぜならば、先行権利者はこの状況下で抜け駆け登録を無効にするためにコストをかけて複雑で冗長な商標の権利確認手続を完了させる必要はなく、使用者は「登録商標専有権」

¹ 「商標登録出願行為の規範化に関する若干の規定」3条によって、悪意の登録には、商標法4条、13条、15条、32条又は44条にいう「詐欺又はその他の不正な手段による」という規定に違反し、又はその他の信義則に違反し、公序良俗に違反し、或いはその他の悪影響を与える商標出願登録行為が含まれる。国家市場監督管理総局令17号を参照、2019年12月1日に施行。

² 原文における表現は、「最高人民法院による商標の権利付与・権利確定に係る行政案件の審理における若干問題に関する規定」（法釈〔2017〕2号）の23条、25条を参照。

³ 「最高人民法院による商標民事紛争案件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」1条、2条を参照。法釈〔2002〕32号、2020年12月23日に修正。

を濫用して先行権利者に「権利行使」することもできないからである。しかし、注意してほしいことは、先行権利者が直面する問題は、後述する「登録して無断で使用」の状況とは本質的な区別はない。「登録せずに無断で使用」の場合は、通常、先行権利者が能動的に「商標法+反法」に基づき侵害を主張して救済を求め、「登録して且つ使用している」場合は、往々にして先行権利者は「権利行使」されたため、権利濫用の禁止などその他のルートを通じて救済を受動的に求めざるを得ない。

「悪意の訴訟」とは何かについて、学术界と法曹界においては、事実無根や正当な理由なく故意に民事訴訟を提起し、訴訟相手に訴訟による損害をもたらせる行為を指すと広く認めている⁴。現在、中国の知的財産単行法と訴訟法には、悪意の訴訟とは何か、どのように規制するかに関する明文規定はなく、法曹界において、「権利の濫用」と分類し、「個別の知的財産権利者が、その権利が正当な根拠を欠如することを知りながら、当該知的財産権を行使する名義で訴訟を提起し、不当な利益を図り、他人の合法的な権益を侵害することを目的とする」と解説している⁵。実際、2011年に最高人民法院が「民事事件の事由規定」を改正する際に、合法的権益が悪意の訴訟行為によって害される侵害を受けた者を救済するために、特に「悪意の知的財産権訴訟の提起による損害責任の紛争」を追加した⁶。しかし、実際には、訴権とは「国家の法制度が当事者に与える一種の権利」であり⁷、また「悪意」についての判断も一定の主観的要素が含まれるため、裁判官は、悪意の訴訟の性質の判断において比較的に慎重である。他方で、現段階では法律の抜け穴を利用した違法行為が珍しくないことは否めない。特に商標分野では、その存在量が膨大で掩蔽的であり、歴史が複雑で、手続が冗長であるなどの要素によって、悪意の訴訟の問題がかなり顕著である⁸。具体的に、本稿において検討する悪意の訴訟とは、ライセンス料、譲渡費用などの対価を得ることを目的として、悪意の抜け駆け登録をした商標権に基づき、「権利行使」の名義で先行権利者に対し訴訟を提起して「侵害の救済」を主張する侵害行為と指す。近年、司法部門は、公共利益に関わる悪意の知的財産権関連訴訟への規制を強化している⁹。しかしながら、悪意の抜け駆け登録の行為者と先行権利者との間で生じる民事紛争は、通常、司法機関が積極的に監督すべき範疇の公共の利益要素に関わる悪意の訴訟として定義することが困難であるため、先行権利者に対する私法的な救済を強化することが課題解決の方向である。

本稿において、悪意の抜け駆け登録及びその商標の使用、並びに関連する悪意の訴訟の規制の難点に着目し、現行制度の実行に存在する問題を分析し、商標法及び反法の完備の方向性と結び付け、法改正を通じて悪意の抜け駆け登録及び/又は使用、並びに関連する悪意の訴訟への規制ルートを最適化し、先行権利者に便利で効果的な救済方法を提供することを求めて研究する。

⁴ 楊立新「悪意の民事訴訟侵害行為と損害賠償責任」を参照、上海政法学院学報 2024 年第 1 期 32-52 頁。また、「最高人民法院民事第三法廷の悪意の訴訟の問題に関する研究報告」（2004 年）を参照、ウェブサイト（2024 年 11 月 20 日にアクセス）：<https://china.findlaw.cn/info/qinquanzerenfa/qbqqzr/eyss/20100829/130950.html>。

⁵ 林広海、李劍、張玲玲「“知的財産権侵害訴訟における被告が原告の権利濫用を理由に合理的な支出を賠償するという問題の返答”の理解と適用」を参照。人民司法 2022 年第 16 期 34 頁～36 頁、42 頁。

⁶ 最高人民法院「修正後の「民事事件の事由規定」に関する発布通知」法發[2011]第 42 号、155 項。

⁷ 劉家興、潘劍鋒編『民事訴訟法学テキスト』（第五版）28 頁（北京大学出版社、2019 年）。

⁸ 楊静安ほか「悪意の訴訟制度に関する研究報告」を参照、中華商標 2024 年第 6 期 33 頁～44 頁。

⁹ 例えば、最高人民検察院は、2024 年 10 月 29 日に「検察機関は法に基づき監督し、知的財産権の悪意の訴訟を是正し、イノベーション駆動型の発展戦略の実施を保障」を発行し、「悪意の知的財産権訴訟の提起」を専門的な監督事由として掲げた。

2. 悪意の抜け駆け登録及び関連する悪意の訴訟に対する規制の現状の分析

悪意の抜け駆け登録が頻発したことは、中国の市場経済発展の歴史がまだ短く、事業者が企業の知的財産権戦略にあまり熟知せず、適時に実施できないこととは関係があるが、これらの制度以外の要素は本稿の研究内容ではない。一方で、営業標識の概念と保護制度の角度から考察すると、原因を探し、抜け穴を発見し、適時に整備することに役立つ。

(1) 商標法における未登録の営業標識に対する保護の不足及び反法適用の拡張

混同・誤認の禁止は、営業標識の法的保護制度の在り方である。実際に市場の主体（事業者）がビジネス活動において、出所を識別するために使用する標識は多種多様であり、商標法に基づいて登録され、使用されている¹⁰のは、広義の営業標識の1種にすぎない。商品・役務やその経営主体などの混同・誤認を招きやすいのは、未登録の商標や反法6条における商品名称、包装、装飾、企業名称（略称、屋号などを含む）、ドメイン名の主体部分、ウェブサイトやソフトウェア名、ウェブページなど識別力のある複数の営業標識も含まれる。簡単に言えば、広義の営業標識には、市場主体の名誉価値になるすべての識別力のある情報を指し、例えば、登録商標、未登録の馳名商標又は周知商標、及び商業活動で使用するその他の標識が含まれる。民法の公平や信義則の原則に基づいて、これらの営業標識を合法に使用し、それに基づいて名誉を積み重ねた主体は、混同させる虞があり、公衆を誤解させる模倣・侵害行為から法的に保護を受けるはずである。国際的な産業財産権制度の確立当初、パリ条約10条の2においてすでに明確に規定しているが、加盟国は商標、商号、産地などの標識について、混同を招くような使用による不正競争行為を禁止できる有効な保護を提供すべきである。歴史上、民事主体がパッシングオフ（Passing-off）の侵害訴訟を通じて救済を求める実践は、17世紀にはすでに英国で生まれており、関連標識の使用を禁止して保護を受ける要件は、営業上の信用の存在、虚偽の陳述、損害の結果を証明できることである¹¹。標識への冒用行為が侵害になる制度は、商標登録制度の誕生前に生まれた¹²。本質的には、いかなる営業標識の偽造・冒用行為は侵害になるが、登録商標は権利付与・確認の法定手続の審査と公示を経て、登録地域内で予想できる安定的な保護をより効率的に受けることができる。しかし、商業活動の多様性と複雑さを考慮して、すべての事業者に対し商標を使用する前に登録しなければならないことを要求するのは現実的ではない。これは世界各国の商標法制度が現在商標登録制を採用していると同時に、他の未登録で使用されている周知の営業標識の合法的権益を保護している理由でもある。

現段階では、中国の事業者がタイムリーに商標登録を受けられないことは珍しくなく、特に商慣習に基づいて商標登録をしなくても使用できる標識、あるいは他の便利な情報登録システムを利用すれば使用できる営業標識が挙げられる。例えば、反法6条における商号、商品又は役務の名称、ドメイン名などの文字記号類の標識である。登録制において広く適用される先願原則は、同一又は類似の営業標識が異なる登録システムにそれぞれ登録及び/又は使用されることを可能にした。また、最初は顕著性など

¹⁰ 商標の使用の定義について、商標法48条の規定を参照。

¹¹ See P. Charleton, S. Reilly: “Passing Off: An Uncertain Remedy”, “23rd Annual Fordham Intellectual Property Law & Policy Conference 2015”, available at: <https://fordhamipinstitute.com/wp-content/uploads/2015/08/7B-4-Charleton-Peter-PDF.pdf>, 2025年3月17日にアクセス。

¹² 最初の国際条約は、1891年の「マドリッド協定」で、1883年の「パリ条約」に遅れている。

の商標登録の要件を満たしていなかったが¹³、未登録商標の状態で使用され続け、顕著性を得て馳名・周知商標になった後に他人にこれを抜け駆け登録されたり、使用されたりする標識もあるかもしれない。条文の文面から見れば、1993年の反法5条が2017年の反法6条に改正された際、元々の「不正手段」を他人の商品と誤認させ、又は他人と特定の関連がある「混同行為」と具体的に定義し、「混同の虞」¹⁴との商標権侵害の判定基準とほぼ一致している。同時に、同条に挙げられた混同行為は、いずれも「一定の影響がある」（元の条文は「明らかに知っている」という言葉を採用している）各種の営業標識を指しており、これは明らかに商標法32条の「一定の影響がある」との用語と一致することが見て取れる。

ビジネスにおいて、悪意の抜け駆け登録は、他人の馳名・周知の未登録商標、商号、商品又は役務の名称などを自分の商標として登録するということがよく見られる。もちろん、他人の馳名・周知（登録・未登録とも含む）の商標と同一又は類似する標識を、自分の商号、商品や役務の名称、ドメイン名の要部などとして使用する場合もある。このように、2つの法律において保護される営業標識は、高度に交差しており、特に登録されていないが「一定の影響がある」各種の標識である。法律の実施効果から見ると、「知的財産法が行き届かないところについての包括条項」¹⁵という反法の役割が依然として発揮されているが、両法間の関係が「限られた付加/補充」¹⁶なのか、それとも「それぞれの役割を担う」¹⁷のか、各界には疑問が残っている。実証研究によると、2017年の反法改正の前から、同法の5条を適用して混同行為を規制した案件の数は年々増加傾向にあり、その中で2008年から2015年の間の案件の総件数の増加幅が最も大きいという¹⁸。ここ数年において、インターネット経済の発展に伴い、営業標識の司法保護の範囲も拡大している。例えば、裁判所がAI音声製品に使用されていた原告の呼び起こしキーワードの「小爱同学」を抜け駆け登録して使用した行為が反法2条、6条、8条における不正競争行為を構成すると認定した事案¹⁹や、「高佣联盟」アプリとウェブサイト名を無断で使用した行為に対し、反法6条に基づく差止めをくだした事案²⁰、周知のAI製品名である「文心一言」を抜け駆け登録した行為が企業名称である商号に対する侵害であると判断した事案²¹が挙げられる。興味深いことに、オンラインショップでの商品購入のリンクのタイトルに「XXX 非五常大米 [XXX は、五常米でない]」「不低于五常 [五常米以上の品質]」（「五常米」は、原告が登録した地理的表示団体商標である）などの文字を使用した行為について、各地の裁判所の判断は異なっている。馳名商標の侵害を構成するとした裁判所²²もあれば、「トラフィック増し」に該当し、反法2条における不正競争行為に該当すると判断した裁判所²³もある。

¹³ 顕著性とは「顕著な特徴を有し、識別しやすい」ことである。商標法9条、11条を参照。

¹⁴ 孔祥俊『商標と不正競争法：原理と判例』280頁（法律出版社、2009年版）を参照。

¹⁵ 「鄧成思が反不正競争法の国内外における新たな発展を語る」工商行政管理1997年第11期11頁。

¹⁶ 孔祥俊『反不正競争法のイノベーティブな適用』231頁～242頁（中国法制出版社、2014年版）。

¹⁷ 劉銀良「知的財産権法と反不正競争法の関係の新たな検討」中国法学2023年第6期182頁～200頁。

¹⁸ 何丹、李炳録「市場における混同行為の認定と規制—新たに修正された反不正競争法の適用についての検討を試みる」法制与社会2019年第1期（上）68頁～73頁を参照。

¹⁹ （2023）浙03民初423号判決を参照。

²⁰ （2020）浙0110行保4号裁定を参照。

²¹ 劉洋、李麟「他人の周知AI製品名称を企業の商号として抜け駆け登録して使用—企業が他人の一定の影響のある商品名称を無断で使用し不正競争と判決される」人民法院報2024年12月6日、第3版。

²² （2021）魯民終1664号判決、（2020）浙0108民初2699号判決を参照。

²³ （2021）閩民終900号判決を参照。また、上海の裁判所が下した判決における観点と類似したものとして、張星、蘇亜博「他人の商標を使用して商品タイトルを設置する行為が不正競争行為を構成」人民司法2023年9月第26期88頁～91頁を参照。

（２）悪意の抜け駆け登録行為の是正手続きが長期化、且つ侵害責任が不明確

悪意の抜け駆け登録の違法性は疑う余地がなく、商標法 7 条の「商標の出願登録及び使用は、信義則に従うべき」という規定や、9 条の「出願する商標は……他人が先に取得した合法的な権利と衝突してはならない」という一般的な規定に違反するほか、更に 13 条と 32 条の具体的な規定に違反する。違法行為を是正するために、現行の商標法において、抜け駆け登録の禁止条項を規定し、先行権利者に異議申立て（33 条）、無効申立て（45 条）を提起し、自らの商標が抜け駆け登録されることを阻止したり、「三年不使用取消し」（49 条 2 項）で抜け駆け登録された商標を無効にしたりなどの手続的な救済措置を請求する権利を付与している。しかし、現実的には、先行権利者が 3 か月以内に随時に抜け駆け登録の状況を監視し、適宜に異議申立てを提起することが些か難しく、三年不使用取消や無効申立てなどの手続には遅れや期限的な制約（馳名商標の権利者だけが 5 年後でも救済される機会を得る）がある。また、理論的に、現行の商標法、行政訴訟法及び民事訴訟法の関連規定に基づいて、これらの権利確認紛争、特に侵害紛争と並行・交差する際には、民事・行政の「二元体制」により、それぞれ行政・司法機関で長年にわたって争い続ける可能性がある。通常、民事訴訟では、裁判所は抜け駆け登録の違法性・不法行為の問題を自発的に評価するのではなく、反射的に先行権利者に何らかの保護を与える。例えば、「新百倫」などの商標が 2004 年にすでに抜け駆け登録され、かかる権利確認の一連の紛争が長期化されている中で、最高人民法院は「新百倫」という商号が強い周知性を有し、後からの「新百倫」関連商標の登録であるとしても、「新百倫」を要部として企業名称を登録してはならないと判断した²⁴。

先行権利者の商標が悪意の抜け駆け登録後に、「登録したが使用せず」と「登録し、且つ使用」という 2 つの状況に分かれ、状況によって先行権利者の合法的権益及びもたらされる損害が異なる。一般的に、「登録したが使用せず」の場合は、先行権利者に高値で転売したり、「権利行使」をしたりする。一方で、抜け駆けの登録者が、実際に使用していないため、先行権利者に商業的な利益面での損害を与えていないが、先行権利者が抜け駆け登録による各種手続（異議申立て、取消し、無効を含む）に対応するために支出した合理的な費用を補償すべきであり、「登録し、且つ使用」の場合は、損害賠償額の計算及び判断という細かい問題に関連する。悪意の抜け駆け登録が最終的に拒絶され、取消され、又は無効と宣告されると、元の権利の合法的な存在及び悪意の抜け駆け登録及び/又は使用行為の侵害行為を反証することができる。しかし、現行の商標法では、抜け駆け登録が拒絶され、取消され、又は無効と宣告されるなどのような手続上の制限を除いて、悪意の抜け駆け登録者が不誠実で違法な侵害行為に相応する民事責任を負うべきか否かを明確に規定しておらず、これにより、先行権利者が行政手続に従って抜け駆け登録者の悪意行為を是正するために支払った費用を取り戻すことが困難である。特に、13 条により「登録と使用ともに禁止」をされる未登録の馳名商標について、権利者は、長期間の「商標の権利付与・確認紛争」に対応し、抜け駆け登録を無効にした後、別の出願手続を経てから登録を得ることができる（また、第三者が同一又は類似の商標を別途に出願し、前の抜け駆け登録を無効してから、先行権利者が第三者の出願にまた対応する場合も排除できない）。悪意の抜け駆けの登録者の侵害行為がもたらした損害について賠償を主張するためには、「商標法+反法」又は「民法典」（旧「不法行為法」）の救済を別途求めなければならない。まとめると、現在のような商標の権利確認手続と侵害訴訟の「二元体制」という伝統的な考え方及び実践は、未登録の馳名・周知商標の先行権利者に重い悩み・負担をもたらす

²⁴ （2022）最高法民終 146 号判決を参照。

ており、直接に抜け駆け登録者から「買い戻す」やり方がまだましであり、後者の場合、ある程度の登録費用や訴訟費用を負担するに過ぎない。

実務において、先行権利者が長期間にわたって抜け駆け登録や侵害紛争に対応するため多くのコストを払わなければならないことは珍しくないが、商標の抜け駆け登録は商標法 57 条で規定する登録商標専用権に対する侵害行為に該当しないため、法的責任を追及する際、法律適用の支障が存在する。なお、司法解釈に基づいて、登録された馳名商標の場合に 57 条の適用を拡張することができ、損害賠償を求めることができるが、未登録の馳名商標については、最もよい結果が 13 条に従って侵害の差止めを求めるしかなく、未登録の周知商標といえ、32 条に従って抜け駆け登録の差止めの他にいかなる救済も得られない。一般的には、商標法における救済が不足しているため、抜け駆け登録をされた未登録の馳名・周知商標の先行権利者は「商標法+反法」に基づき訴訟を提起する必要があるが、侵害訴訟では、抜け駆け登録のみを主張し、反法 6 条の「無断使用」を主張しなければ、裁判所は抜け駆けの登録者に対し、最大で侵害の差止めのみを認め、賠償まで認めることが困難であり、先行権利者が抜け駆け登録による損害を取り戻すことは困難である。例えば、被告が複数の商品や役務の区分に原告の標識と同一・類似する「碧然徳」商標などの標識を 21 件も出願し、裁判所に異議申立て手続を濫用して先行権利者の商標登録の取得を妨害した事案で、裁判所は反法 2 条に違反した不正競争行為に該当すると判断した。しかし、判決において、被告に対し抜け駆け登録行為の差止めなどを命じ、原告の経済的損害を賠償することを命じなかった²⁵。ここ数年において、「厳格な保護」という司法政策の下で²⁶、裁判所は抜け駆け登録者の不法行為に対し賠償事項を増やし始め、且つ、その賠償も事件の状況によって大幅に引き上げた。例えば、反法 2 条を適用した「爱适易」事件では、4 つの商標が悪意の抜け駆け登録され、これについて賠償された金額が 160 万元にもぼり²⁷、10 年にわたって「鸽皇」と「鸽牌」との商標侵害・行政の一連紛争において、原告は最終的に 1000 万元の賠償を受けた²⁸。

（3）悪意の抜け駆け登録に関する悪意訴訟の規制の難点

中国の商標法は、21 世紀以来、先行権利への保護条項を明文化しており、2013 年の改正時には「商標を出願・使用するには、信義則に従うべき」という規定も追加され（7 条）、実務において悪意の抜け駆け登録などの行為に対して商標法と反法を同時に適用する対策もしばらく実施された。しかしながら、実践中の関連状況と事件数は依然として増加している。典型的な事例は、毎年のように幾つも選出でき、その理由は反省に値する。「登録し、且つ使用」という侵害行為による損害について、少なくとも反法 6 条を通じて、更に反法 17 条に基づいて法定賠償（実際の損害や侵害利得に比べて立証責任が軽い）を主張できることに比べて、先行権利者が「登録したが使用せず」の場合でも悪意を持って「権利行使」する行為による損害の救済を求める際に、裁判結果はさらに予測できない。なぜならば、当事者と裁判所は正確な法的根拠が見つからない場合、通常、反法の包括条項である 2 条に基づき主張するからである。つまり、個別事件において民法上の「帝王条項」という信義則を解釈し適用することになるが、同

²⁵ （2017）沪 0112 民初 26614 号判決を参照。

²⁶ 最高人民法院は、以下のとおり指摘した。「工商稅務部門、第三者の商業プラットフォーム、侵害者サイト又は上場文書から示す関連データ及び業界平均利益率などを十分に運用し、法に基づいて侵害利益の状況を確定する」。法発〔2020〕11 号、12 条を参照。

²⁷ （2021）閩民終 1129 号判決を参照。

²⁸ （2021）渝民終 166 号判決を参照。

条は法定賠償を適用できない。

事実上、法曹界において、最初、信義則である「空白規定」²⁹を用いて悪意の抜け駆けの登録者の侵害行為を判断し、先行権利者に賠償を与えることを望んでいなかった。最高裁判所は「歌力思」事案³⁰から始まり、抜け駆けの登録を濫用して悪意訴訟を起こすことを禁止する司法政策を強化したが、同事案において登録者の提訴行為が権利の濫用を構成するため、その侵害主張を支持しないと判断しただけで、悪意の抜け駆けの登録者の責任を論及しなかった。歌力思社の別途提起した悪意の抜け駆け登録に関する商標権侵害及び商号権侵害の不正競争の紛争において、最高人民法院は一審、二審の裁判所の意見を認めた。すなわち、商標の悪意の抜け駆け登録の問題に関する「行政紛争」は、本件で解決すべきものではなく、これに対し商標法において比較的完備した救済方法が規定されている。しかし、被告の行為は明らかに歌力思社による周知の商品名及び商号の合法的権益を侵害する不正競争を構成するもので、相応する民事責任を負わなければならない³¹。「ユニクロ」事件において、裁判所は、両原告が不正な方法によって商標権を取得した後、ユニクロ社に高値で譲渡しようとしたが、失敗し、ユニクロ及びその関連店舗を被告として一連の侵害訴訟を起こした。裁判所は、原告の主観的悪意が明らかであり、信義則を反していると判断し、法律に基づいて原告の訴えを支持しなかった³²。この段階で、裁判所は悪意の抜け駆け登録及び訴訟提起の侵害行為に対する性格の確定及び救済への認識が相対的に保守的であり、簡単に信義則を反するという理由で直接、先行権利者に損害賠償の救済を与えず、抜け駆け登録者の悪意の訴訟請求を支持しなかったにすぎない。先行権利者は、悪意の行為による損害賠償を請求するために別途提訴しなければならない。知的財産権紛争の「民事-行政」手続の二元体制の伝統によって、行政訴訟においても、先行権利者は、悪意の抜け駆け登録者に直接、権利侵害の救済を求めることができない。具体的なルートにおいて、抜け駆け登録された先行権利者は、「歌力思」事件のように商号権の侵害を理由として不正競争の訴訟を提起するほか、「登録商標専用権の非侵害確認訴訟」を提起した例もあり、原告の非侵害確認の判断を通じて被告が権利濫用を構成し、賠償責任を負うべきであると判定した「宝拉珍选」事件³³が挙げられる。また、先行権利者は悪意の抜け駆け登録及び悪意の訴訟行為について、「悪意で知的財産権訴訟の提起」を理由として損害賠償を請求することができる。例えば、「TELEMATRIX」事件で、裁判所は被告がかかる商標権を所有すべきでないことを知っていながら、原告の周知商標に対し悪意の抜け駆け登録をして提訴し、その後、訴訟を取り下げたが、原告に損害を与えたため、民訴法と不法行為法に基づいて原告の賠償請求を支持した³⁴。

また、法曹界において、反法が具体的に挙げている行為については、関連条項を直接適用して認定することができ、具体的に挙げていないが信義則と商業道徳に違反し、競争相手に損害を与えた行為については、2条に基づいて認定することができるとの見方³⁵がある。ここ数年において、先行権利者が悪意の抜け駆け登録や悪意の「権利行使」行為について、直接、自発的に「不正競争」の訴訟を提起し、

²⁹ 梁慧星『民法総論』270頁（法律出版社、2011年版）。

³⁰ （2014）民提字第24号判決を参照、同事件は最高人民法院の第82号指導的事案である。

³¹ （2016）最高法民申1617号裁定を参照。

³² （2018）最高法民再396号判決を参照。

³³ （2017）沪0115民初66480号判決を参照。

³⁴ 具体的には、民事訴訟法13条で「民事訴訟において誠実信用原則に従わなければならない」と規定し、不法行為法6条で「行為者が過失によって他人の民事権益を侵害した場合、侵害責任を負担しなければならない」と規定していることを指す。（2019）最高法民申366号裁定を参照。注意すべきことは、当該不法行為条項は、現行の民法典1165条になる。

³⁵ 于曉白、邵中林、夏君麗、羅霞「知識産権民事判決理由の理解と適用」を参照。出所：曹建明編『最高人民法院民事案件の事由規定の理解及び適用』105頁（人民法院出版社、2008年版）。

裁判所が反法2条を柔軟に適用して保護を与えた例が増えている。悪意の抜け駆け登録や悪意の関連訴訟を提起され、特に営利性の「登録したが使用せず」の行為に悩まされる先行権利者にとって、事後的に「悪意で知的財産権訴訟の提起」を理由として悪意の登録者に対し不法行為を追及するしかなく、裁判所が反法2条に基づいて救済を与える³⁶という今までの実務のやり方とは異なる。例えば、「小爱同学」事件において、原告のAI製品の音声呼びかけキーワードについて66件の商標を抜け駆け登録し、更に原告に弁護士書簡を送付して権利行使を行った被告の行為に対し、裁判所は反法2条に反していると判断した³⁷。「爱适易」事件において、裁判所は以下のとおり認定した。被告が複数の商品の区分に原告の関連商標を悪意の抜け駆け登録を行い、且つ、他人の周知のブランドに類似した数百件の商標を出願・登録していると判断し、不正競争を構成するとした³⁸。「古北水镇」事件において、被告は酒、服装・靴・帽子などの観光地の人気商品に原告の企業名「古北水镇」及び酒類などの周知の製品名と一致する商標を出願・登録し、原告に警告状を送付し、主管部門に摘発を申立てるなどの行為を行い、原告の正常な経営活動に影響を与え、信義則に厳しく違反し、商標権を濫用する不正競争行為を構成したと認定した³⁹。類似の事件として、「黎珏」、「华凌」などの事案もある⁴⁰。

悪意の抜け駆け登録をされたときから、法に基づいて実体的権益を所有している先行権利者が、行政や司法手続の迷宮に入り、対応に苦労していると言える。これは誠実に経営している実業家にとって友好的ではなく、真の商標権者にとって法的保護の力は実際には不足している。そのため、多くの裁判所は商標法と反法を併用して処理したり、別途提出された権利濫用の訴えを受理したりする。最近では、さらに反法の訴えを直接認め、悪意の抜け駆け登録及び関連権利行使の提訴行為が信義則に違反したと認定し、合法的な権益が損なわれた先行権利者が賠償を受けることを確保する。このように、商標法の信義則と先行権利を尊重する原則（7条、9条）に違反する悪意の抜け駆け登録、それに関連する悪意の訴訟を含み、その司法上の規制は一回りして反法2条、つまり「帝王条項」という信義則の解釈の適用に戻った。もちろん、前述の「宝拉珍选」事件のように「商標法」7条、32条、59条と不法行為法2条、6条などの立法を共同で適用して救済しようとする裁判所もある。

3. 悪意の抜け駆け登録及び悪意の関連訴訟に関する商標法の規制ルートの最適化

現在、中国法曹界において、より効果的な措置を取って悪意の抜け駆け登録及び関連手続・訴権を濫用する行為に対して抑制すべきであると、共通の認識を持っており、論争されているのは、関連法律の立法目的と適用ルートへの理解が異なることにある。前述のとおり、中国において未登録の馳名・周知商標への保護が不十分である現実に基づいて、本稿は、商標権に対する狭義上の理解を固守する必要がなく、反法2条の拡張又は不法行為条項などの他の法律の適用ルートを避け、合法的権益が悪意又は不正行為による侵害を受けた先行権利者に対して、直接に商標法に従って便利で合理的で合法的な救済をタイムリーに提供すべきであると考ええる。

³⁶ (2018) 浙 01 民終 4546 号判決を参照。

³⁷ (2023) 浙 03 民初 423 号判決を参照。

³⁸ (2021) 閩民終 1129 号判決を参照。

³⁹ (2021) 京 73 民終 4553 号判決を参照。

⁴⁰ (2023) 浙 0212 民初 4045 号判決、(2023) 粵 20 民終 895 号判決を参照。

(1) 営業標識の保護における商標法と反法との関係の整理

中国において、商標法に基づいて登録商標を保護し、未登録の馳名・周知の商標を限定的に保護すると同時に、反法を通じて商号、商品又は役務名などのその他の広義の営業標識を保護している。両法において関連標識の使用による誤認・混同を禁止する規制という理屈が似ており、あるいは両法には明らかな「交差・重複」があると言うべきである⁴¹。実際、海外の経験から見ると、広義の営業標識の保護を同一の立法で処理することは、法理のロジックと司法実践の中で説明しにくい点や実行の妨げになる点はない。例えば、米国商標法（すなわちラナム法、Lanham Act）は、登録商標と未登録商標の保護を同時に含む。ドイツ商標法の名称は「商標及びその他の標識保護法」であり、広義の営業標識、例えば、商号や著作物のタイトルなどが同法により保護すべき対象として明文化されており、同法は先行権利の保護についても詳細に規定している⁴²。もちろん、未登録の馳名・周知の営業標識に対する救済方法は地域によって異なる。例えば、フランスは「知的財産権法典」711-4条において先行権利を保護しているが、不法行為条項は登録商標権のみを保護する。不正競争を禁止する専門的な立法がないため、模倣品による侵害についての救済は一般民事法に基づいて賠償を主張する必要がある⁴³。日本は中国と非常に類似しており、登録商標権を保護する商標法と、著名な「商品等表示」の保護を通じて商業的混同・希薄化を規制する不正競争防止法（2条1項1号、2号）が並行しており、実践においても一部の事例が蓄積されている。他方で、その難点も周知性、混同・誤認又は希薄化、賠償額の判断であり⁴⁴、日本の紛争事案は中国に比べてはるかに少ない。中国の商標分野における悪意の抜け駆け登録と悪意の関連訴訟が一定の期間にわたってしばしば発生する特殊な状況を鑑み、中国の商標法において未登録商標の侵害に対する救済が欠如するため、反不正競争法の包括条項の拡張適用で補う前記の実施モデルに対して科学的な改善が必要であり、できるだけ公正と効率を兼ね備えたモデルで紛争を解決する必要がある。

具体的には、中国の商標法において、登録商標以外の広義の営業標識の先行権利者に十分な保護を提供していないため、反法を利用して救済を求めるのが常態化している。両法は、識別力のある標識についての保護、混同とフリーライトの阻止における目標と手段が一致している以上、なぜ営業標識間の抜け駆け登録及び/又は不正使用による混同・誤認の問題を商標法に組み入れて一緒に解決しないのであろうか。各種の営業標識間の侵害を規制するために反法を拡張適用することは、簡便に見えるが、実際には遠回りの弊害がある。両法間の境界をあいまいにし、商標登録制度の役割を弱体化させ、登録商標専用権による保護よりも反法の方が簡便で効果的なイメージをもたらす可能性があるほか、先行権利者の怠慢を誘発する可能性があり、知的財産権を積極的に有効に管理し、運用する能力を高めるのに不利である。一方、中国の反法の立法位置づけについては、理論界であれ実務界であれ、そもそも経済法学者が主張する「経済憲法」なのか⁴⁵、民法上の特殊な不法行為法なのか⁴⁶、理解の相違がある。反法

⁴¹ 鄭成思「反不正当竞争法と商標法の交差と重畳に関する一考察」中国専利と商標 1998年第4期3頁～8頁を参照。

⁴² 米国商標法 1125条 a 項の「虚偽標記と希薄化」、ドイツ商標法 1条、5条、6条等の条項を参照、かかる法律の最新バージョンについて、世界知的財産権組織（WIPO）の公式サイトを参照：
<https://www.wipo.int/en/web/wipolex/index>、2025年3月17日にアクセス。

⁴³ Ansgar Ohly: “Trademark Law and Advertising Law in the European Union: Conflicts and Convergence”, in I Calboli & JC Ginsburg (eds), *Cambridge Handbook on International and Comparative Trademark Law*, Cambridge University Press 2020, 325.

⁴⁴ 林 いづみ「原・被告の周知・著名性と混同のおそれの相関関係」パテント 72巻4号（別冊21号）、105頁～127頁を参照、リンク：<https://jpaa-patent.info/patent/viewPdf/3343>、2024年12月15日にアクセス。

⁴⁵ 黄積虹「中国の反不正当竞争法の性質を分析」雲南大学学报（法学版）1997年第1期、64頁～68頁。

⁴⁶ 謝曉堯「反不正当竞争法の性質を論じる」政法論叢 2022年第6期、63頁～75頁を参照。

が権益保護法か行為規制法かとの公私法の争いは、法律施行後の20年間は諸説あったが⁴⁷、これらの見解の相違や法執行の考え方は今も明らかになされていない。このような公私法の混じり合いの立法モデルによる困惑は、最近の改正過程でさらに明らかになった。国家市場監督管理総局が2022年11月22日に発表した反法の改正意見募集稿の説明において、同法は「市場の競争行為を規範化する基礎的な法律」であり、市場監督管理と法執行の強化が重点的な法改正の内容であることを強調した。悪意の取引行為を大量に規制し、監督管理を強化し、行政処罰を強化する条項を加えたほか、これまで法改正によって取り除かれた独占禁止概念を再び組み入れ⁴⁸、反法が経済秩序の管理ツールである公法の位置づけという主管部門の考え方を示した。立法機関が最新に発表した改正草案では、不正競争防止と独占禁止を並べて経済法とみなす理念が弱まっている（例えば、原案47条「相対的優位性」の定義と13条、17条、19条などの関連条項を削除⁴⁹）が、最新の改正草案において、反法と商標法との関係の把握について依然として矛盾して困惑される。まず、両法が重複して保護される可能性が引き続き増加しており、例えば7条1項は3号でメディアアカウント名、アプリケーション名又はアイコンなどの新タイプの営業標識の保護を増加し、商標法58条においては同4号を新設し、2項の侵害行為の幫助に関する責任の規定を行い、これらの改正はいずれも今後未登録商標（たとえ馳名・周知になっても）の営業標識の冒用紛争が反法を通じて解決される傾向を示す可能性がある。また、新たに追加された5号はまた、元市場監督総局の草案の中で他人の「営業標識」をキーワード検索の対象として使用することの禁止を、「商品名、企業名（略称、屋号などを含む）」に限定し⁵⁰、こうすれば、商標をキーワードとして検索する行為に適用されないことを意味し、それでは商標法において明示されていない場合、関連紛争はまた反法2条によってはじめてその性質を確定できる。

本質的には、すべての商標権侵害は商業道徳に違反する不正競争とみなすことができる。知的財産権法と反法の関係について、学界と実務界の多くの観点は知的財産権法が反法より優先して適用されると考えている。例えば、最高人民法院は「星河湾」事件において以下のとおり指摘した。商標法と反法との間の専門法と一般法の関係に基づいて、ビル名の使用が商標権を侵害すると認定した場合、周知商品の特別名称への重複保護を与えない⁵¹。上記補充保護の考え方は司法解釈による確認を得ている。実践の中で、司法者が反法における標識の使用、顕著性、同一又は類似、一定の影響や周知性があること、混同・誤認や特別な関係の有無、正当使用など多くの核心的な概念及び要件への理解と把握は、商標類似性の判断方法とは異ならない⁵²。そのため、未登録の営業標識の権利者にとって、反法6条は、自分の利益を守るのに最も簡単で使いやすい。しかし、未登録の周知商標の場合、同条が適用されることが困難であり、同条に挙げられた他の営業標識には商標法32条が指す商標が含まれていることを拡張解釈する必要がある。現在、ある標識の登録の有無を意図的に区分して両法を区別して保護する立法モデルは、商業実務とはあまり一致していない。例えば、月餅箱に「榮華月餅」と表示するのは商標として

⁴⁷ 朱崇実、盧炯星主編『中国の経済法学部門における5年の研究総論2007-2011』689頁～720頁を参照。

⁴⁸ 向文磊「相対的に優位な地位の濫用の規制の“復活”？—反不正当竞争法（意見募集稿）関連条項の改正についての議論を兼ねて」競争政策研究2023年第6期、60頁～71頁を参照。

⁴⁹ 国家市場監督管理総局『中華人民共和國反不正競争法（改正草案意見募集稿）』の意見募集に関する公告を参照、リンク（2024年12月アクセス）：https://www.gov.cn/xinwen/2022-11/27/content_5729081.htm。

⁵⁰ 全人大常務委員会「反不正競争法（改正草案）が意見募集」を参照、リンク（2024年12月アクセス）：<http://www.npc.gov.cn/flcaw/userIndex.html?lid=ff808181927f0e7b0193fcb2fb3a74e1>。

⁵¹ （2013）民提字第3号判決を参照。

⁵² 当該司法解釈において、反法2条を適用して判断する場合は、特許法、商標法、著作権法等の専門法の規定以外であると規定されている。法釈〔2022〕9号、1条を参照、その他の標識に関する条項は4条から15条を参照。

なのか、それとも商品名としてなのか。このような営業標識の保護方法を分けて保護するモデルは必要ではなく、当事者が念のため二重救済の訴えを提起することを招きやすい。また、裁判所に対していずれかの方を単独で適用すべきか、同時に適用すべきかをしばしば論証させてしまう。そのため、反法 6 条で保護される標識を一括して商標法に置くことで、これらの標識についての保護がより簡単で明瞭であり、適用上の差異をもたらすこともない。両法の改正の機会を借りて、体系化された営業標識の保護規範を明確にすることは、悪意の抜け駆け登録及び関連する悪意の訴訟への規制ルートを効率的で便利に構築することに有益である。本稿は商標法の改正において、広義の営業標識を先行権利の概念に組み入れる方法に同意し⁵³、同様の論理に従い、現行法 58 条に基づいて商標を商号としてなどの使用方式の侵害について反法に基づき救済を求める規定も削除すべきであると考え。現在、両法のそれぞれによる「標識共存」と相互の境界を越えて衝突する現象は一時的に解消できない可能性がある。利益側は常に自分に最も有利な法律武器を使い分け、相手を制することに力を注ぎ、これは誠実で秩序あるビジネス環境全体の構築に不利である。例えば、「栄華月饼」の周知商品名/包装や「丸に囲まれた栄華」などの一連の登録商標の行政訴訟が挙げられる。更に登録商標の所有者が「丸を削除して文字を残す」などさまざまな方法で使用していたため、長年にわたり中国各地で多くの民事紛争が発生し、最高人民法院だけでも複数の判決が下された⁵⁴。「登録商標」と反法における一定の影響のある「標識」の共存により繰り返し引き起こされた紛争は数多く存在する。

「包括条項の補充」であるか「平行保護」⁵⁵であるか、また或いは「行為規制」であるか⁵⁶、各種の学説は理論的に登録商標とその他の営業標識の保護のために立法分野の根拠を見つけようとしている。しかし、中国の反法の公法の規制機能が絶えず強調されている状況において、実践中に多発する営業標識による侵害紛争は依然として反法で解決されており、このような状況において、公権力の法執行の強化によって登録商標よりも反法における標識の保護力が強いという常識に反する現象が発生し、ひいては商標登録制度の意味を失わせる可能性がある。反法の公法化の傾向の下で、米国、ドイツのように他の営業標識と商標の保護を同一の法に置くのがより適切であり、従来の両法の分治又は共治モデルを固持する必要はない。そこで、本稿は 2023 年初に公表された商標法改正草案の意見募集稿 23 条において周知の商号、略称などを先行権利の保護範疇に入れることに同意し、同条に反法 6 条の周知の商品名、ドメイン名などの他の営業標識も組み入れることを提案する。反法の混同条項の包括的な役割は、悪意の抜け駆け登録され難く、あるいは天然に顕著性を欠き登録されにくい情報、例えば、包装装飾や製品の全体的な形態、商業的外観などの保護において役立つべきである。

(2) 先行権利の保護原則を実行し、異なる種類の営業標識の保護措置を細分化

現行の商標法 9 条は、すでに先行権利の尊重の原則を明確にし、7 条で明らかにした信義則と結びつ

⁵³ 国家知識産権局『中華人民共和国商標法改正草案（意見募集稿）』23 条を参照、

https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html、2024 年 12 月 18 日アクセス。

⁵⁴ 最高人民法院（2012）民提字 38 号の裁定、（2017）最高法民再 197 号判決、（2020）最高法行再 178 号判決、（2021）最高法民再 265 号判決、等を参照。

⁵⁵ 鄭友德、万志前「商標法と反不正当竞争法の商標権益に対する並行保護を論じる」法商研究 2009 年第 6 期、93 頁～100 頁を参照、黄匯「反不正当竞争法の未登録商標についての有効な保護及びその制度の再構築」中国法学 2022 年第 5 期、83 頁～102 頁を参照。

⁵⁶ 吳漢東「反不正当竞争法における知的財産権問題についての検討」現代法学 2013 年第 1 期、37 頁～43 頁を参照。

け、登録、使用及び過誤登録の是正に関する条項（13条、32条、33条、45条）に先行権利の保護を規定している。商標法の改正において広義の営業標識を組み入れることを考慮すると同時に、法律責任の部分で未登録の馳名・周知の商標の権利者への救済措置を増やし、実践の中で先行権利の尊重という原則を実行する必要がある。商号、商品名などのその他の標識は、法定登録手続による事前審査を経ていないため、先の使用による保護を受ける法理的基礎は周知性（すなわち現行の立法における「馳名」又は「一定の影響がある」）であり、登録商標又は未登録商標を商号や他の営業標識として使用する場合、侵害の構成要件も主観的な悪意であり、客観的には商標の周知性であるべきである。そのため、58条の指す状況は、直接に商標法における商標権侵害によって処理することができるが、「他人の馳名・一定の影響がある商標であることを知っていながら商号として使用し、需要者を誤解させる行為」に修正することが望ましい。

混同行為の禁止という観点から全ての営業標識の法的保護の共通性を理解することができるが、立法と実践の中で、法定手続に基づいて保護される登録商標の専用権と使用による周知性を得た広義の営業標識の専用権は、保護方式、侵害判断の基準、法的結果、救済手段などの面で異なる。登録商標にとっては、実際に使用されていなくても、実際の使用意図があれば法定手続と要件に基づいて事前に出願することができ、承認されて専用権を獲得し、その後の実際の使用によって相応の周知性を得ることができるが、登録された商品や役務上の専用権は周知性を証明する必要がなく、同様に法律で保護される。未登録の営業標識としては、商標法における登録と使用が禁止される絶対的な理由に属さない限り、使用により一定の影響があれば、同類の商品や役務における他人の抜け駆け登録行為を阻止することができる。馳名商標を構成すれば、周知性に相応しい区分を跨ぐ特別な保護を受けることもできる。

実際には、周知性の証明は、未登録商標の保護範囲を定義する上で非常に重要である。一般的に、標識自体の天然の顕著性が高いほど、その保護も強くなるに違いない。例えば、「海尔（ハイアール）」、「百度（バイドゥ）」などの造語やよく見ない文字の組み合わせ、テスラ社のアイコン、アップル社のアイコンなど、入念に設計され、周知性の高い標識について、悪意の抜け駆け登録や使用（区分を跨ぐ抜け駆け登録、又は商号、商品・役務名、ドメイン名、包装など、混同・誤認を招きやすいいかなる方法を含む）される場合、抜け駆けの登録者の悪意や当該行為の侵害判断は難しくない。一方で、常用語、あるいは長期の使用を経て識別力を得た商標であれば、その文字が無関係な区分に登録され、及び/又は使用される場合、悪意の抜け駆け登録・使用に該当するか否かの判断は複雑である。例えば、「百度焼肉」「微信食品」を使用する行為は、裁判所によって「百度」「微信」の馳名商標の顕著性を希薄化したり、原告が提供する役務や商品との唯一の対応関係を破壊したりしたと判断された⁵⁷。一方で、「今日油条[揚げパン]」は、「今日头条[本日のトップニュース]」の馳名商標の登録専用権を侵害せず、不正競争を構成しないとされた⁵⁸。「小熊」事件においても、裁判所は原告の商標に一定の影響力があるにもかかわらず、「小熊」はよく見られた固有語であるため、他人の一連の登録行為が悪意の抜け駆け登録を構成する証拠が不足していると判断した⁵⁹。

もちろん、「百度」「微信」は文字自体がよく見られる語彙ではないほか、すでに登録されている馳名商標になるので、非常に高い周知性により、区分を跨ぐ幅広い保護となり、保護範囲の拡張は希薄化の

⁵⁷ (2020) 最高法民申 4068 号裁定、(2019) 京民終 332 号判決を参照。

⁵⁸ (2020) 粵 73 民初 2332 号判決を参照。

⁵⁹ (2023) 苏民終 1062 号判決を参照。

抑制の理論⁶⁰を通じて説明することができる。しかし、実際には、より多くの未登録の馳名・周知の営業標識は、このような周知性に達しておらず、その主体が救済を求める際により多くの立証責任を果たさなければならない。例えば、馳名・周知商標として保護されるに相応しい周知性、侵害者の悪意及び不当な行為によりもたらされた実際の損害などが挙げられる。その保護過程は、一層難しく、最終的な結果は更に不確定で、保護の強さは、登録商標に比べて弱い。また、現在の立法によると、未登録の馳名・周知商標に対する不法行為には懲罰的な損害賠償が含まれておらず、訴訟前や訴訟中の仮差止めを主張することもできない⁶¹。商標法改正草案において、23条の広義の先行権利の保護に広義の営業標識の一部が追加されたにもかかわらず、法的責任の条項はこれに応じなかった。これに対して、現行商標法の第8章において「登録商標専用権」のみ、各条項においても登録商標の保護のみを規定している現行法を改正し、「商標権の保護」の大見出しの下で相応な条項を修正又は追加し、未登録の馳名・周知商標に対する侵害の救済措置、特に未登録の馳名商標に対して非常に重要な侵害の差止め、損害賠償責任を明確にすることが考えられる。

(3) 異なる種類の営業標識が共存する場合のそれぞれの権利範囲の確定

営業標識の最も基本的な機能は、商品又は役務及びその主体の出所を示すことであり、つまり、ある市場主体による商品又は役務と市場における数多くの他の主体による同一の商品又は役務とを区別し、混同・誤認を避けることである。商標登録によって、情報検索コストを節約し、特定の商品や役務に登録商標が1件しか存在しないことを確保し、需要者に商標情報を通じて確定された唯一の事業者との対応関係を認識させるようにすることができる。登録商標にとっては、実際に使用されていなくても、実際の使用意図があれば法定手続や要件に基づいて事前に出願し、審査されて専用権を獲得することができ、登録された商品や役務における専用権が周知性を証明する必要なく法に保護され、その後実際に使用されて生じた元の査定区分の範囲を超えた周知性を証明しやすくなることができる。しかし、実際には、中国の商標登録制度は適切な効率的で便利な情報指示の役割を發揮できず、悪意の抜け駆け登録の証明の難しさと5年間の無効請求期間の制限により、当時の周知の営業標識が抜け駆け登録をされた後、様々な原因で無効にできず、同一又は類似する営業標識が異なる事業者に属する「共存 (Coexistence)」⁶²現象が形成された。

しかし、営業標識の本質的な役割は出所の識別であり、各種の原因により相対的な公平に共存を許すためにも、需要者が異なる主体を区別できることを前提としており、同一又は類似する営業標識の異なる主体それぞれの権利範囲を明確にし、その権利行使の境界又は標識の具体的な使用方法を厳しく限定する必要がある。共存状態では、異なる主体間でしばしば紛争が発生しているが、主な原因は、自分の営業標識の権利の「禁止」と「行使」の具体的な範囲が不明であるためである。中国の典型的な老舗論争の中で、裁判所はいずれも時代の変遷や証拠の欠落などの原因により、馳名商標を認定して他の競争者を完全に市場から排除するのではなく、悪意のない使用者の間でバランスを取るべきであるとしてい

⁶⁰ 「希薄化 (Dilution)」という概念は、米国が1995年に発行した『FEDERAL TRADEMARK DILUTION ACT』から由来する。希薄化には「希薄化 (あいまい)」と「汚染」が含まれる。米国商標法 (米国法典15巻22章) 1125条 (c) を参照。

⁶¹ 反不正競争法の第四章、「法律責任」の部分を参照。

⁶² See Tamara Nanayakkara: *IP and Business: Trademark Coexistence*, WIPO Magazine, Issue 6, 2006, pp18-19.

る。区別可能な条件の下で、それぞれが元の範囲で正当な使用を続けることを認めることは、中国の商標法 59 条の先使用の例外に対する規定にも合致する⁶³。実際、馳名商標に関する他の紛争も同様で、先使用者が他人の登録や使用に悪意があることを証明できず、自分の商標がすでに馳名であることを証明できなかった場合、共存原則が適用される。例えば、フランスとシンガポールの「クロコダイル」商標が挙げられる⁶⁴。しかし、商標共存にはそれぞれの権利範囲を明らかにする必要がある、実際の使用者の名誉範囲と市場状況の確定との対応関係を反映しなければならないが⁶⁵、現在では関連紛争の裁判結果の違いが大きい⁶⁶。

異なる種類の営業標識の衝突は、主に登録商標と未登録の馳名・周知の営業標識の間で発生しうる。悪意の抜け駆け登録及び/又は使用の有無を判断するには、「悪意」の判断に主観性が強すぎるため、周知性や混同の虞に関する客観的な証拠が鍵となる。司法経験から見ると、異なる主体の営業標識の衝突紛争の裁判規則も絶えず総括し、細分化している。例えば、信義則に基づいて具体的な使用行為が正当であるか否かを認定し、老舗と登録商標が並行して使用できるルールを明確にすることは、このような紛争の処理に示唆を提供している⁶⁷。同様に、市場主体は経営活動において大量の異なる種類の登録商標以外のその他の標識を使用し、その使用と保護などのルール及び登録商標との関係において、実践においても商標法の原理に従うべきである⁶⁸。商標管理の観点から見ると、広義の営業標識の共存によって生じうる衝突紛争と需要者の利益の損害を減らすために、共存する営業標識は「元の使用範囲」と「区別する標識の追加」の限定条件を厳格に実行しなければならない。それぞれの権利と行使範囲を明確にし、相手が相応の商品や役務において正当に使用できる合法的権益を相互に尊重してこそ、共存標識の衝突を減らすことができる。これで、共存する営業標識について、登録商標であっても、全国における独占的な専用権を獲得することにこだわらず、互いに区別できるようにし、例えば異なる顕著な標識を付加することでそれぞれの専用権の範囲を形成し、同時に故意に混同させたり、故意に相手をけなしたりしないようにする必要がある。例えば、「北京稻香村」と「蘇州稻香村」は、長期に亘り「稻香村」の3字を争っていたが、実際には地名を付加して完全に区別して使用することができ、両社も登録時のままそれぞれの登録商標を際立て使用することができる。蘇氏栄華社も商標を正確に使用するものとし、繁体字で書道の特徴が一致している「栄華」文字を使用することではない。先に「栄華月餅」という周知商品名を使用していた香港の会社でも、さらに「香港栄華月餅」を使用して区別することができる。北京の「無印良品」は、日本の「無印良品」と混同又は関連させるような表示方法を積極的に避ける必要がある。

（4）悪意の抜け駆け登録及び関連する悪意訴訟の規制ルートの最適化

理論的には、登録商標でも反法上の広義の営業標識でも、法に基づいて使用されて財産価値を得た特定の標識情報についての知的財産権であり、「禁止」と「行使」はその両面である。現在、「商標法」は

⁶³ 杜穎、李凌祺「老字号商業標識の保護経路、法的判断及び焦点となる問題」中華商標 2023 年第 5 期、44 頁～53 頁を参照。

⁶⁴ 最高人民法院（2009）民三終字第 3 号民事判決を参照。

⁶⁵ 孔祥俊『商標法適用の基本問題』110 頁～111 頁（中国法制出版社、2012 年版）を参照。

⁶⁶ 胡剛等「商標共存の問題の研究（上）」中華商標 2020 年第 10 期、75 頁～77 頁を参照。

⁶⁷ 最高人民法院指導事例第 58 号を参照、2016 年 6 月に発表。

⁶⁸ 法釈[2022]9 号（反不正競争法の適用における若干問題に関する解釈）、7 条、12 条、13 条、24 条を参照。

未登録の馳名・周知商標に禁止権を与えており、「登録と使用とも禁止」（周知商標には5年間の制限がある）と解釈すればよい。そのため、悪意の抜け駆け登録は実際に「登録禁止」という禁止権を侵害する。それで、商標法において登録の無効宣告手続を規定すると同時に、悪意の抜け駆け登録によって受けた損害を補うために、先行権利者に相応の侵害救済ルートを規定することが望ましい。これによって、権利確認の長い行政手続を経てから民事訴訟手続を別に提起させる必要はない。また、「商標法」において一連の条項を通じて信義則や未登録の馳名・周知商標の保護を明確にした以上、悪意の抜け駆け登録及び/又は使用の行為は、先行権利者の合法的利益を害したと推定すべきであれば、別途反法2条に基づいて提訴し、侵害の判断、救済などを求める必要はない。これに基づいて、本稿は新しい商標法改正において設けられる予定の「商標移転」と「悪意の抜け駆け登録の民事賠償」制度⁶⁹に賛同する。

商標移転の概念は、パリ条約6条の7の代理人による抜け駆け登録に対する規定に由来し、その意義は、「代理人/代表者の登録を無効にし、さらに自分の名義で登録を再提出するよりも、譲渡は商標の先行権利者をより優れた地位に置くことができる。譲渡によって、より早い出願に基づく登録を獲得し、これは第三者に対抗するために特に重要」⁷⁰ということである。商標移転を救済手段とし、無効宣告手続において登録商標を悪意をもって抜け駆け登録した者から先行権利者に直接に移転することを認めれば、第三者に比べて先行権利者をより優先的な地位に置き、先行権利者の利益の最大化の保障を実現することができ、同時に重複の審査を避けることもでき、最も効率的である。もちろん、登録商標の移転制度を無効宣告制度に取り入れることは、既存の商標登録の秩序に揺らぎをもたらすことはない。無効宣告の請求人が元々、悪意の抜け駆け登録された商標の先行権利者であり、無効理由が成立すれば無効という結果が生じるので、登録商標の譲受けを許すことは、登録商標専用権を受けるための手続を簡略化したにすぎず、実体的な権利に対する当然の保護を歪めることはない。

実際には、中国において悪意の抜け駆け登録を規制する実際のニーズに基づいて、登録商標の移転のほか、広義の営業標識の登録主体を直接変更するという救済も必要であり、これに対して、法曹界はその職責の範囲内で有効な措置を講じる試みを始めている。例えば、「巴黎貝甜 [パリバケット]」事件において、一審・二審の裁判所とも「巴黎貝甜」を未登録馳名商標と認定し、被告による各種の侵害や不正競争行為の全面的な差止めを命じた。うち、「巴黎貝甜」を含む企業名の使用中止や抹消を含む。これで、権利行使の手続を効果的に簡略化し、原告の負担を軽減し、その合法的な権益を強力に保護した⁷¹。関連措置として、悪意の抜け駆け登録を効果的に抑制し、未登録馳名商標を保護するために、主管部門は事後の「三年不使用取消」や無効手続において、立法司法機関の動きに実行・対応しており、これ以外に、事前において自主的にふるいにかける措置を取ることができる。例えば、技術的な手段を利用して、ある期間内に集中的に発生し抜け駆け登録された後に馳名商標として認定された情報を適時にまとめ、重要な馳名商標に関する保護のタイムリーなリストを構築することが挙げられる。当該データベースは、登録の一環として馳名商標の権利者への侵害となる不正な出願を自主的に審査して拒絶するのに役立つほか、企業名の登録、ドメイン名の登録の機構及び司法機関などの関連部門に参考として提供することができる。

⁶⁹ 国家知識産権局『中華人民共和国商標法改正草案（意見募集稿）』、45条、83条を参照、
https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html、2024年12月18日アクセス。

⁷⁰ See G. H. C. Bodenhausen : *Guide to the Application of the Paris Convention: as revised at Stockholm in 1967*, BIRPI, 1969, p. 126.

⁷¹ 北京市高級人民法院（2021）京民終438号民事判決を参照。

悪意の抜け駆け登録の民事賠償については、現在、商標法であれ反法であれ、先行権利者が救済を求める明確な根拠は見つからないようだ。しかし、悪意の抜け駆け登録自体（実際に使用されていなく、先行権利者の市場利益に損害を与えていなくても）が、必ず先行権利者自身で商標を出願するのに制限をもたらすことは否定できない。例えば、悪意の抜け駆け登録の商標が存在するため、先行権利者自身が出願した場合、31条に違反して直接拒絶される可能性があり、抜け駆け登録者はまた、先行権利者の出願に異議を申し立てることができる。従って、先行権利者は、不服審判、三年不使用取消しの提起、無効宣告などを含む一連の手続を提起せざるを得なく、最終的に登録を受けるには時間、お金、人的資源などのコストがかかる。明らかに、商標法7条、9条、13条、32条に違反した悪意の抜け駆け登録行為に対して、抜け駆けの登録者は相応の法的責任を負う必要があり、少なくとも先行権利者が是正手続のために支出された合理的な費用を補填しなければならない。もし、更なる悪意の行為があれば、例えばビジネスで使用されていないが商標登録証を利用して先行権利者に「権利行使」する場合、登録商標の「買い戻し」をするためにより多くのコストを払わせた場合、相応する損害賠償責任も負わせるべきである。しかし、先行権利者は悪意の抜け駆け登録者が自分に与えた損害に対してどのように救済を主張できるかは、立法上の規定がないほか、司法の中でも明確なガイドラインが欠けている。商標法47条2項後半において、「商標登録者の悪意により他人に与えた損害は、賠償しなければならない」と規定されているが、文言解釈から見ると、同項の「悪意についての賠償」とは、無効宣告される前であり、商標権が有効であり、商標権が執行された侵害事件の判決、裁定、調停書及び行政処理の決定、並びに履行された商標譲渡・使用許諾の契約について遡及効がないという規定の例外的な状況であり、悪意の抜け駆け登録行為による損害についての賠償は含まれない。悪意の抜け駆け登録が幾度禁止しても無くなるのは、登録コストが低すぎて、是正コストが高く、先行権利者自身がより多く負担するしかないことと関係しており、商標法の改正において、悪意の抜け駆け登録行為が利害関係者に実際の損害を与えた場合、登録者が相応する民事賠償の責任を負うことを明らかにすることが必要であり、これは公平な原則に合致し、当該行為の性質と法律の結果に対する期待に応えることにおいて役立つ。

悪意の抜け駆けの登録者が悪意で権利行使又は訴訟を提起し、先行権利者に損害を与えた行為について、中国の裁判所は早くから「悪意の知的財産権訴訟の提起に関する損害責任紛争」の事由を専門に設けているが、同事由はただ裁判所がこのような事件を受理できることのみを示し、悪意の訴訟行為がどのような具体的な法律規定を反しているのかを示していない。そのため、裁判文書の論理部分が統一されていない可能性がある。悪意の抜け駆け登録に基づいて訴訟を提起することは本質において、侵害行為に属することは間違いないため、不法行為法の規則を適用して処理することができる。すなわち、「行為者が過失により他人の民事的な権益を侵害して損害を与えた場合、不法行為の責任を負わなければならない」（不法行為法6条、民法典1165条）という声がある。「TELEMATRIX」事件において、裁判所は不法行為法6条と民事訴訟法13条（信義則）を同時に援用した⁷²。この種の意見のメリットは、悪意の抜け駆け登録や関連する悪意の訴訟行為の性格を詳細に論証する必要はない。一方で、特別法である商標法自体に信義条項（7条）と先行権利の保護条項があるにもかかわらず、なぜ一般法の原則的な条項を優先的に適用するのかという疑問も残る。また、悪意の登録、権利行使、訴訟が権利の濫用に該当するというもう1つの意見もある。典型的な表現は、「歌力思」事件における「商標権が善意で受けたものでなくても歌力思社の正当な使用行為に対して侵害訴訟を提起したことは、権利の濫用を構成する」とい

⁷² （2019）最高法民申366号裁定を参照。

うものである。先行権利者より提起するものではなく、商標権侵害訴訟を提起した抜け駆け登録者の訴えに対して、これを裁判所が支持しない理由（「ユニクロ」事件も同様）としているが⁷³、権利濫用の観点も同様に悪意の訴訟を事由とする侵害事件に現れている。すなわち、「悪意を持って登録商標権を取得し行使する」ことは侵害行為に該当し、例えば「CPU」事件が挙げられる⁷⁴。全体的に言えば、法曹界において知的財産権分野の「悪意の訴訟の本質は侵害行為」⁷⁵であり、一般的な侵害行為の「4つの要件」という判断基準を適用することに賛成するという観点が多く、もちろん、侵害行為であり、訴権の濫用行為でもあるという見方もある。

権利濫用の禁止は、中国の民法典において否定的な観点から民事行為に対して遵守すべき信義則と公序良俗の原則の釈明である⁷⁶。しかし、「権利濫用」の概念は抽象的であり、どのような場合に権利濫用を構成するかは、実務上、事実と結びつけて具体的に判断する必要がある⁷⁷。悪意の抜け駆け登録と関連する悪意の訴訟行為は、直感的には確かに権利濫用のようなものである。しかし、悪意の抜け駆け登録の商標は、形式的に登録証を獲得したにすぎず、「登録商標専用権」が後に無効と宣告された場合、商標法47条に従って「最初から無効」とすべきである。つまり、登録者による悪意の権利行使や訴訟などの行為は商標権の濫用ではないことを意味し、形式的に記載された登録商標専用権は実際には最初から発生しなかったからである。一方で、悪意の権利行使と訴訟は、訴権の濫用とみなされる可能性がある。民事訴訟法も信義則に従うべきことを明確に規定している（13条）。しかし、手続法の意味での訴権の基礎は、実体法における相応する民事権益があることであり、実体法の意味での商標権が存在しなければ、なぜ悪意の訴訟の行為者が訴権を濫用しているのかを説明することが難しい。

そこで、悪意の訴訟に対する規制に関する全ての法律の適用の観点の中で、悪意の抜け駆け登録と訴訟は、特殊な侵害行為であるという意見が最も現実に近いと考えられ、一部の裁判所が直接民法典1165条に基づいて抜け駆けの登録者に侵害の損害賠償の責任を負わせるように判決した原因である。しかし、事後的な救済として、不法行為条項は賠償問題のみを解決し、侵害の差止め（今後、抜け駆け登録された商標やその他の営業標識の使用を差止めることを含む）の発令に適用できるか否かは疑問である。もちろん、悪意の抜け駆け登録や訴訟も信義則に違反しており、当該原則は民法典、商標法、反不正当竞争法、民事訴訟法の中で体现されており、特別法優先の適用原則によれば、商標法で規定された信義則と先行権利の尊重原則を適用するのが最も合理的である。また、現在の「悪意の知的財産権訴訟の提起」という単独の事由から分かるように、これは先行権利者が別途訴訟を提起して事後的に是正する必要がある手続であり、訴えられた登録者が悪意の訴訟行為を実施しないと提起できないという使いにくい制度設計となっている。そのため、先行権利者は自ら訴訟を提起し、裁判所も受理しやすい方法として、同時に「商標法+反法」に基づく訴訟を提起し、反法2条（「登録したが使用せず」の情状で）の適用を目指し、悪意の抜け駆け登録及び訴訟の行為に対し損害賠償を求め、直接的に悪意の登録や訴訟などを併せて解決しようとするのが現状となる。しかし、手続法の救済に実体法のサポートがないため、適用根拠の面での困惑を招きやすい。商標法のほか、裁判所は反法、民法典、民訴法を適用して論理的な

⁷³ （2014）民提字第24号判決、（2018）最高法民再394号判決を参照。

⁷⁴ （2018）最高法民申3243号判決を参照。また、宋健「商標権濫用の司法規制」知識産権2018年第10期、33頁～39頁を参照。

⁷⁵ （2021）最高法知民終1353号判決を参照。

⁷⁶ 即ち、132条「民事主体は民事権利を濫用して国家の利益、社会公共の利益又は他人の合法的権益を損害してはならない。」

⁷⁷ 彭誠信「権利濫用を禁止する法律適用を論じる」中国法学2018年第3期、252頁～258頁。

判決を下す可能性があり、異なる法律の適用理念が不明という各種の予期できない要素の影響により、先行権利者の合法的な利益の保護に不利になる可能性がある。特に反法の拡張適用（2条の一般条項の解釈）である。同じく信義則と商業道德に関する法律適用である以上、商標法にはより明確で的確な規定（7条、9条）があるが、なぜ反法の包括条項を適用するのであろうか。悪意の抜け駆け登録及び訴訟が先行権利者にもたらした損害について賠償責任を負うべきであり、使用を差止め、抜け駆け登録をされた商標を返却すべきである以上、司法論点はすでに相応の経験を蓄積しており⁷⁸、理論的にも重大な異見はないことに鑑み、商標法において相応する法律責任を追加するのが理にかなっている。そのため、商標法の改正草案に「悪意訴訟の賠償」制度を追加することは合理的である⁷⁹。明確な立法が法律適用のルールの一貫性に役立ち、司法実務において固有の思考を打破し、反訴の受理理由の範囲を拡大すべきであり⁸⁰、訴訟手続において反訴の提起を認めれば、悪意の抜け駆けの登録者の全ての訴訟請求を棄却すると同時に、先行権利者がこれらの行為によって受けた損害についての賠償請求を支持することができる。これで、明らかに先行権利者の救済の手続の効率を大幅に高め、悪意の抜け駆け登録と訴訟行為を確実に効果的に制約することができる。

おわり

商標法と反不正競争法について、立法趣旨と法律が調整する対象に重複と交差があり、いずれも混同を禁止する立法政策といえる。実践の中で、両法の機能及び営業標識の保護の方式に対して関連理念を明確にする必要がある。商標法は、知的財産権法の重要な一部として、その重点は一連の手続の設計を通じて専用権の保護制度を構築し、商標登録と使用に関連する民商事活動における平等な主体の間での権利と義務関係を明確にし、規範化することにある。反法は、ますます国家の経済活動に対する管理を強調しており、構築された正当な商業競争と経済秩序を維持する行為規範のガイドラインの中で、混同行為の禁止に関する法律規範は需要者を保護し、公平な競争を維持すると同時に、もちろん事業者を規制する目的もある。情報財産の保護の共通性の特徴から出発し、知的財産権法の「保護の対価は公開」の基本理念に基づき、営業標識の保護にとって、商標法に基づいて商標を出願して登録するのは最も効率的で理想的であり、現代国家の市場経済管理の方向にも合致している。反法について、限られた客観的要素の影響を受けて適時に登録されていない馳名・周知標識、或いは商標法によって登録が制限された広義の営業標識が周知性を得てから無断で使用された特殊な情況のみに適用される。そのため、救済を請求する際、使用による周知性、相手が無断で使用する際の悪意などについての立証責任は商標法の規定より厳しい。そうしないと商標法の機能の衰退と反法を適用する司法紛争の膨張をもたらすためである。現行の商標法において、信義則、先行の権利者の合法的利益を保護する原則を明らかにしている

⁷⁸ 被疑侵害者が悪意の訴訟により受けた損害について、最高裁が2021年6月に発行した『最高人民法院による知的財産権侵害訴訟において被告が原告の権利濫用を理由として合理的な支出を請求することに関する意見付回答』において以下のとおり指摘した。悪意によって登録された商標に基づいて提起した侵害訴訟において、被疑侵害者が、商標の登録者に対し当該訴訟により支払った合理的な弁護士費用、交通費、食事・宿泊費等の支出の賠償を請求した場合、人民法院は法に基づいて、これを支持する。

⁷⁹ 国家知識産権局の『中華人民共和國商標法改正草案（意見募集稿）』84条を参照：「悪意の商標訴訟に対し、人民法院は法に基づいて処罰を与える。相手側の当事者に損害を与えた場合、賠償しなければならない。賠償額には、相手側当事者が悪意による商標訴訟を阻止するために支払った合理的な支出を含めなければならない。」

https://www.cnipa.gov.cn/art/2023/1/13/art_75_181410.html、2024年12月28日にアクセス。

⁸⁰ 賓岳成「“悪意の知的財産訴訟の提起による損害責任紛争”の目下の困難及び対応を論じる」法律適用2023年第8期、134頁～144頁を参照。

が、同原則に違反する悪意の行為についての的確な責任条項が不足しており、未登録の馳名・周知商標への保護が不足している。一方で、登録の利便性と低コストは、抜け駆け登録のリターンや費用対効果などが適宜にし、悪意の抜け駆け登録と訴訟を通じて利益を獲得することを可能にし、現行法において事後的な是正手続は、時間と労力がかかり、更にコストも先行権利者が負担せざるを得ない制度設計となっており、悪意の抜け駆け登録と訴訟の現象の抑制、先行の権利の保護に不利である。

そのため、中国の商標法の新たな改正において、法律適用における具体的な解釈の不一致を軽減するために、実務における共通認識を立法に組み入れることを提案する。具体的には、登録制を強調し、「登録商標専用権」を保護すると同時に、信義則条項及び先行権利の尊重原則の責任条項と処罰措置を設け、悪意の抜け駆け登録及び偽造・模倣、悪意の訴訟などの侵害行為を効果的に禁止し、先行権利者が迂回して反法やその他の法律による救済を求める必要がないようにする必要がある。同時に、悪意の抜け駆け登録をされた未登録の馳名・周知商標に関するより簡略化された移転制度を新設すべきであり、無効手続で直接に登録商標を名義変更して先行権利者に譲渡することを認め、手続の負担とコストを削減することを目的とすべきである。簡単に言えば、商標の悪意の抜け駆け登録と訴訟を規制するには、商標法と反法の「両法分治」から商標法の「一法根治」に調整すべきであり、悪意の抜け駆け登録や訴訟が伝統的な商標権の侵害行為とは異なるため、商標法から取り除いておくことにこだわる必要はない。立法技術の面から見ると、民法典の人格権編において、姓名権、肖像権の商品化権の保護問題に対しても、人格権の侵害の概念の範囲を超えている。商標法、著作権法における他人の商標を置き換えての再販売の禁止、他人の署名の偽造の禁止（偽絵の製造販売の禁止）や技術措置への破壊の禁止などは、伝統的な知的財産権侵害行為にも属さず、特別法において規定されても違和感がない。しかし、現行法第8章の「登録商標専用権の保護」のタイトルを「法的責任」に変更し、登録商標専用権の侵害と未登録の馳名・周知商標の先行権利の侵害に関する法的責任など、本法の規定に違反する全ての行為の責任条項に組み入れる必要がある。手続法の適用において、本訴と反訴との関係、訴訟の合併への理解の拡張も同様である。悪意の抜け駆け登録と商標権侵害の訴訟に関わる法律関係を統合して処理することができるか否かについて、本訴と反訴とは法律の同一性を有しないという法理上の障害がある⁸¹。今後の商標法の理解及び適用について、司法解釈又は政策においてさらに明確にし、「悪意の知的財産権訴訟の提起に関する損害責任紛争」、「登録商標専用権の侵害及び不正競争紛争」、「登録商標専用権の非侵害確認紛争」、「混同紛争（反法）」などの事件に対し、併合審理をし、又は改正後の法の条項に基づいて「悪意の抜け駆け登録の賠償」、「悪意訴訟の賠償」の紛争を直接に受理できることを認めることが望ましい。

⁸¹ 現在、中国において裁判所は反訴を受理せず、別件起訴を要求する状況もある、(2019)皖01民初964号裁定を参照。

Ⅲ. 商標法と反不正競争法における同一標識で主体が異なる場合の調整

一日中の比較を視座として

中国社会科学院 知識産権研究センター 張 鵬 専任研究員

反不正競争法の下で保護される未登録商標は、使用を通じて具体的な信用を得ることであり、商業標識を法律で保護する趣旨から、登録主義の究極の目標も具体的な信用形成を促進することであるため、商標法と反不正競争法のそれぞれの登録商標と未登録商標に対する保護に矛盾はない。しかし、具体的な制度設計において、登録によって全国的に統一的な効力を得る登録商標制度とは異なり、未登録商標は発生する具体的な信用によって異なる効力範囲を設定すべきであるため、未登録商標の異なる具体的な信用区間では後の登録商標に対する異なる対応の態度が生じる可能性がある。特に、同一の標識の商標権主体と周知な未登録標識の主体とが異なる場合の取扱いには特に重要である。具体的な適用において、登録商標権者が登録されていない周知標識の主体に権利を行使する際の調整と、登録されていない周知標識の主体が登録商標権者に権利を行使する際の調整という2つの状況が更に含まれる。本研究では、この2つの状況における中日の関連立法、司法と学説の検討を中心に比較研究を行い、この問題に対処するための妥当な道を探る。

1. 登録商標権者が未登録の周知標識の主体に権利を行使する場合の調整

(1) 日本法

① 商標登録出願日までに未登録標識が使用を通じて周知性が生じる場合の調整

まず、日本の商標法32条の規定によると、商標登録出願日までに、日本国内で不正競争目的でなく、当該商標登録出願に関わる指定商品又は役務と同一、又はそれに類似する商品又は役務の商標、又は類似商標を使用し、その使用により商標登録出願時に当該商標が需要者の間で広く認識されていた場合、当該使用者は引き続き当該商品又は役務に当該商標を使用する権利を有する。この規定は、即ち先使用抗弁であり、その中で先行使用が周知に該当するかどうかの判断時点は登録日ではなく出願日であると定められている。登録商標権者の立場から見ると、登録を受ける行為は出願するところを起点とする。一方、登録に要する時間の長さは、商標局内部の審査によって決まるもので、他人が出願日以降に周知性を形成するためのビジネス活動を始めた場合、商標権者は他人の商標局の審理中に蓄積された信用を尊重しなければならない、これは商標権者にとって不公平である。他方、先使用抗弁を確立するための周知性に対する要求は低く、先行使用の法的地位を取得することはそれほど困難ではない。取得しやすい法的地位に対して、この程度の保護を与えるべきかどうかは疑わしい¹。そのため、立法では登録日ではなく登録日時点の制度設計がとられている。未登録標識が達成すべき周知性の程度については、学説的に同一性解釈と非同一性解釈が存在する。前者とは、先使用抗弁の規定が商標法4条1項10号と表裏一体の規定であり、本来商標法4条1項10号で無効にすべき商標について、除斥期間になった後は無効を主張できないことを解決するために、例外的に先使用主体が権利侵害訴訟で抗弁を主張できると

¹ 玉井克哉「商標権と周知表示」特許研究18号(1994)、14頁。

いうものである。したがって、先使用の抗弁の使用は、4条1項10号の周知性要件を満たす必要がある。このような周知性の程度は、広い地域範囲での周知に達するべきである²。後者とは、先使用の抗弁であり、使用によって形成された具体的な信用を保護するため、狭い地域での周知でよい³。

次に、日本法には権利侵害訴訟における無効の抗弁がある。商標法39条により特許法104条の3の規定を準用することで、権利侵害訴訟における被疑侵害者が権利侵害訴訟で商標権無効の抗弁を提起することができ、別途無効行政手続を提起して登録商標権者の権利侵害主張を阻却する必要はない。その中で登録商標出願日までに先使用主体の使用が商標法4条1項10号の規定を満たす場合、無効抗弁を提起することができる。しかし、商標法4条1項10号の規定に基づいて提起された無効行政手続は、商標法47条の規定によると、不正競争目的のある商標登録を除き、5年間の除斥期間の制限を受けることになっており、除斥期間を過ぎた商標について、先使用者は無効の行政手続を提起する権利を持たないことに注意する必要がある。このような場合、先使用主体は無効行政手続を経ずに権利侵害訴訟で無効抗弁を提起することができるか。後述のEemaX事件⁴の判示によれば、この場合、権利侵害訴訟における被告としての先使用主体が無効抗弁を提起する権利を持たない。

最後に、5年以内に無効の行政手続を提起しなかったために除斥期間が経過したとしても、先使用主体が権利侵害訴訟で無効の抗弁を主張することはできないが、権利濫用の抗弁を主張することはできる。当該抗弁の提出時期は、商標登録日から本件訴訟で当該抗弁を主張する弁論準備手続き日までとなっている。この抗弁は、最高裁判所のEemaX事件によって確立されたため、EemaX抗弁とも呼ばれる。この事件でX（米国ブランドの日本での代理人）が、Y（自ら輸入して日本で販売し、日本で登録商標を取得した）に対して、不正競争防止法に基づいて、登録されていない周知商標を侵害したと主張した。Yは反訴を提起して、Xが日本で登録商標を侵害したと主張した。一審、二審ともXの主張を支持し、Yの反訴に対してXの登録商標無効の抗弁を支持した。最高裁判所は、再審で次のように指摘した。商標法4条1項10号に、商標登録出願の際、出願商標が需要者に広く知られている商標又は類似商標である場合、その商標に登録を査定することはできないと規定している。当該規定は、需要者が商品や役務の出所を混同することを防ぎ、先使用者と商標登録出願主体の利益を調整することを目的としている。したがって、商標登録がこの規定に違反した場合、登録商標権者は、特別な事情がない限り、すでに広く知られている先使用主体に対して商標権侵害を主張してはならない。登録商標権者が、その商標が需要者に広く知られている商標又は類似商標であることを知っているにもかかわらず、訴訟を起こし、他人にその商標の使用を禁止するよう求めた場合、その行為は権利濫用とみなされるべきである。しかし、同事件の判決では、「被上訴人の具体的な販売状況などについて十分な審理が行われていなかった場合、原審が指摘した状況のみに基づいて、被上訴人が使用している商標が不正競争防止法2条1項1号にいう「需要者の間に広く認識されている」商標であることを直接認定し、さらに上訴人が被上訴人が使用している商標と同じ商標を使用する行為が上記の規定に適合していることを認めるという、原審のこの判断は法律適用において間違いがあるとみなされるべきである。」とし、不正競争防止法2条1項1号に基づき、XからYに対して提起した要求は、当該条項における「需要者の間に広く認識されている」という要件を満たしていないため、却下される可能性が高い。一方、Yが商標権侵害に基づくXへの請求については、Xが「需要者の間で広く認識されている」という商標法4条1項10号を満たすことに基

² 玉井克哉「商標権と周知表示」特許研究18号(1994)、13頁。

³ 田村善之『商標法概説（第二版）』79頁（弘文堂、2000年）。

⁴ 最判平29・2・28民集71巻2号221頁〔エマックス〕。

づく抗弁（例えば、Eemax 抗弁や、商標登録を受けた際に不正競争の目的を持っていることに基づいて提起した無効抗弁）が否定される可能性も高い。

抽象論的には、不正競争目的がある場合、5 年間の除斥期間の規定は適用されないため、不正競争目的がない場合、除斥期間経過後の商標に対して権利侵害の訴訟での無効抗弁の行使は支持されず、さもないと除斥期間の制度を設置する目的に反することになる。判例によって創設された EemaX 抗弁と無効抗弁とはどのような違いがあるのか。EemaX 抗弁は、先行標識の使用主体のみが主張することができ、商標権者は先使用主体以外の主体に権利を行使することができる。EemaX 抗弁は、商標権者に不正競争の目的があることを証明する必要はなく、商標登録日までに周知性があることを証明すればよい。もちろん学説には EemaX 抗弁に対する疑問も存在する。つまり、このような状況でなぜ先使用抗弁を主張しないのか。本来は、既存の先使用抗弁を通じて調整できるが、別途創設された EemaX 抗弁は、その正当性に疑問が残る⁵、当該抗弁を主張するには先使用抗弁の一連の要件を回避したことが合理的でない。

結論として、5 年間の排斥期間が経過した商標について、日本の既存の実務は分割的な調整が採用される。つまり、先に有名になった地域の範囲内で、先行未登録の周知標識の主体は、商標権者に権利を行使することができるが（不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に基づく）、商標権者は先行権利者に権利を行使することができず（EemaX 抗弁に基づく）、このようにして全国市場において当該標識は、先行権利者と登録商標の主体により分割的に使用されることになる。

② 登録商標出願日以降に、未登録標識が使用を通じて周知性が生じた場合の調整

登録商標出願日までに一連の制度を通じて、先使用主体と後の登録主体との間の関係を調整することができるほか、登録商標出願日までに先使用主体に周知性が生じ得る使用行為が存在せず、登録商標出願日以降の使用行為によって周知性が生じた場合であっても、登録商標主体の権利侵害訴訟における主張に対して抗弁することを認める。このような事後的な救済は、田村教授が最初に主張されているものであるが⁶、登録制度の濫用を徹底的に防止するためには、登録商標出願時点の不正目的だけでなく、商標権の行使時の状況にも着目しなければならないということである。登録時点で瑕疵がなくても、その後、長期にわたって使用されなかった買い占め商標は、ちょうど類似範囲内で他の主体がすでに使用を開始している場合には例外的に後の使用者が商標権者に対する権利濫用の抗弁が認められる。司法実務には、この学説を支持するケースがある⁷。例えば、「ウイルスバスター事件」⁸で、原告 X は「ウイルスバスター」の登録商標を持っており、被告 Y がコンピューターウイルスチェッカーを含むメディアを製造、販売した行為が商標権の侵害に当たると主張し、Y が被告商標の使用を禁止するよう裁判所に求めた。裁判所は、Y の商標が X の登録商標に類似していると認定し、Y の商標が X が商標出願した時にまだ周知でないことを理由に、先使用抗弁の成立を否定した。しかし、権利濫用の抗弁を受けて、X の訴訟請求を却下した。理由は以下の通りである。アンケートの結果により、ウイルス対策ソフトウェアの中には、Y 社の「ウイルスバスター95」、「ウイルスバスター5」、「ウイルスバスターPOWER PACK」のユーザーが総数の約 60%であることが明らかである。ある記事によると、この割合は 56%であり、Y 社の

⁵ 田村善之「批判」知的財産権法政策学研究、52 号、272 頁。

⁶ 田村善之『商標法概説[第2版]』108 頁（弘文堂、2000 年）。

⁷ 司法実務の詳細な整理は、朱子音「のれん分けの事業者に対する商標権の行使が権利濫用に該当すると認めた事例」知的財産法政策学研究、61 号、154 頁～157 頁（2021 年）をご参照ください。

⁸ 東京地判平成 11・4・28 判時 1691 号 136 頁「ウイルスバスター」事件。

「ウイルスバスター97」は、すべてのコンピュータソフトウェアの中で4位を占め、「VirusBuster POWER PACK」のユーザー総数は約60%に達していた。Y社の「VirusBuster 97」は、すべてのコンピュータソフトの販売ランキングで4位を占めていると記載した文章もある。上記のことから、「VirusBuster」は、Y社がコンピュータユーザーの中で販売しているウイルス対策ソフトのCDを表す有名商標であると認定された。一方、裁判所は、この商標がコンピュータウイルスを表す「virus」と、人（物）を破壊することを表す「buster」で構成されているため、「この商標は一般的に顕著性の低い商標であり」、また、Xはこの商標を一切使用しておらず、将来もこの商標を使用する具体的な計画がないため、この商標は「Xの信用を示すものではない」と判断した。その上で、「この商標は全般的に識別力が強くなく、Xの信用を示すものではない。そのため、Yがウイルス対策ソフトCDに当該商標に類似したY標識を使用したとしても、当該商標の識別機能を損ねることなく、Y商標は係争商標登録出願前から継続的に使用されており、現在、Y商標の知名度は一般公衆が一目でY商品と識別できる程度に達し、係争商標権に基づいてY商標の使用を禁止することは、Y商標が実際の取引で商品の出所を識別する機能を著しく損なうことになり、XがYに対して商標権を行使する行為は、商標権の濫用に該当するため、受け入れられない」、と指摘した。この事件において標識自体が識別性が弱い商標であると同時に、被告は出願日までに使用行為があり、その使用行為が先使用抗弁の程度に達していないにもかかわらず、裁判所は権利濫用を適用していた。

「melonkuma 事件」⁹において、原告のXは、被告のYが「メロン熊」という名前でキャラクターを作る前に「melonkuma」の商標を出願して登録し、「メロン熊」の標識をYが製造・販売している製品に付した行為が商標権侵害に当たり、Yに対して損害賠償を請求した。裁判所は、Yが創作した「メロン熊」のキャラクターがすでに全国的に知名度と名声を有しており、このキャラクターが全国的に様々なイベントに参加したこと、当該キャラクターを使った製品が全国的なクレーンゲームで賞品として使われていたこと、当該キャラクターが全国的に受賞していたことなどを踏まえて、「メロン熊」は係争アニメのキャラクターを指すことで有名かつ名声ある地位を獲得していた一方、Xの商標がYの商標が著名になる前にフルーツメロンと動物熊を組み合わせた具体的なイメージを考案していたことを十分証明できる証拠がなく、これまでYの商標以外にも、そのイメージを使った商品が市場で流通していたことを十分証明できる証拠もないとした。裁判所は、X商標とY商標の間に混同が生じるリスクは極めて低いとした。にもかかわらず、XはX商標権をもとに損害賠償を主張しており、この行為は係争キャラクターのイメージがすでに知名度と名声を持ち、かつ顧客の高い注目度を得ているという事実を利用して、本件における権利を行使したとみるべきであり、裁判所はXが権利を行使する行為が権利濫用に当たると認定した。

反面、当該抗弁を否定するケースもある。例えば、「ASUKA 事件」¹⁰において、原告Xは登録商標「ASUKA」を持っており、「ASUKA」の商標を使用した被告Yに対して商標侵害訴訟を起こした。Yが、Yは全国的に経営活動を展開しており、使用した商標はすでに広く知られているから、Xが当該商標に対する使用は虚偽の使用であり、Xがその権利を行使することは権利濫用に当たると反論した。必要な知名度について、裁判所は、商標所有者がその権利を行使する行為は権利濫用とみなされるように、Yの商標がYの標識がYのみに由来すると識別されるような商標使用に達していなければならないと解することができ

⁹ 大阪地判平成26・8・28判時2269号94頁〔melonkuma〕事件。

¹⁰ 大阪地判平成12・4・11平9（ワ）10750〔ASUKA〕事件。

るが、Yの商標はその知名度を得ていないとした。「INAIL 事件」¹¹において、原告Xは登録商標「INAIL」を持っており、被告Yに「INAIL」商標の使用の禁止を求めた。Yは、Xがその権利を行使することは権利濫用になると反論した。その理由は、Xの商標には出所を識別する役割がほとんどないが、Xの商店が開業した時、Yのいくつかの商店はすでに開業し、Yの商標は完全にYの商業努力によって出所を識別する役割を有するようになった。裁判所は、商標登録出願時に、YがすでにYの商標を使用し、2つの店舗を経営していたことを認め、この事実に基づいて、Xの信用だけでなく、Yの商標がすでに使用されていることを認めることができるとした。しかし、裁判所は、Yの商標の使用に不当な目的がなくても、Yの商標の商品の出所を識別する役割がXの商標の商品の出所を識別する役割に比べて識別性があるとは考えられないとして、権利濫用の訴訟上の請求を棄却した。この2つの判例のうち、裁判所は登録商標の識別性が低く、商標権者の信用を示すことができないことを考慮し、さらに被告の標識が使用によって全国的範囲で周知になっており、商標権者が当該被告に対して権利を行使することは権利濫用になると判断した。

（2）中国法

① 登録商標出願日までに未登録標識が使用を通じて周知性が生じた場合の調整

中国の商標法にも先使用抗弁が存在し、商標の先使用者がその使用行為によってすでに形成した具体的な信用を確保するため、商標法 59 条 3 項は先使用商標の継続使用の抗弁制度を規定している。この制度は 2013 年に商標法を改正した時に新しく追加した。立法解釈において、この規定の目的は、すでに市場で一定の影響があるが登録されていない商標の使用者の権益を保護することであると指摘している¹²。制度的には先使用商標と後登録商標の共存が認められているが、その地位は商標登録者に比べて劣っており、先使用者は法定の要件を満たし、混同防止の義務を負う必要がある。例えば、立法解釈では、「わが国の商標制度は、登録主義に基づいて構築されており、先使用の未登録商標に一定の保護を与える必要があるが、登録主義の基盤に衝撃を与えないように保護水準を高くしてはならない」¹³としている。

学説的には、先使用抗弁制度は商標権登録主義制度の欠陥を補い、商標の冒認出願現象を阻止することを目的としているとの観点もある¹⁴。つまり、後の商標登録者に悪意をもって、本来登録を受けるべきではない商標は、登録を受けても、被疑侵害者は無効手続きを提起せずに商標を引き続き使用することができる。しかし、要件設計上、先使用抗弁を満たす先使用者は、商標法 13 条 2 項、32 条後段に基づいて、後の商標の登録を阻止することができるとは限らない。つまり、先使用商標の知名度が商標法 13 条 2 項、32 条後段の程度に達していないが、先使用者の具体的な信用が結集されている以上、その使用者に登録商標権者の権利侵害の訴えに対する抗弁権を与える¹⁵。商標の冒認出願を阻止する機能が発揮される可能性があるのは、本来商標法 13 条 2 項、32 条後段などに基づいて後の商標の登録を取り消すことができる場合だけであるが、商標法 45 条 1 項の 5 年間の排斥期間の規定になったため、後の

¹¹ 東京地判平成 24・9・10 平 23(ワ)38884 [アイネイル] 事件。

¹² 郎勝編集『中華人民共和国商標法解釈』113 頁（法律出版社、2013 年版）。

¹³ 郎勝編集『中華人民共和国商標法解釈』114 頁（法律出版社、2013 年版）。

¹⁴ 曹新明「商標先使用権の研究」法治研究 2014 年第 9 期、17 頁に記載。

¹⁵ 李揚「商標先使用抗弁の研究」知識産権 2016 年第 10 期、8 頁。

登録商標が取り消し不可能な権利となった場合、権利侵害訴訟で継続使用の抗弁権を与えることはある程度の救済を提供することができる。しかし、このような機能の発揮は、先行商標の継続使用抗弁の主な規範の意図ではない。

先使用商標に一定の影響があるという判断は、主に異なる条項に現れた同じ概念が同一性解釈をするかどうかという問題にかかわる。すなわち、「一定の影響がある」という概念は、商標法 32 条後段、反不正競争法 6 条 1 号にも同時に現れており、3 つの規定のうち「一定の影響がある」という体系的な解釈によって、商標法 59 条 3 項の「一定の影響がある」の正確な意味を探るのに役立つ。その中で、商標法 32 条後段は、法律結果において、異議事由と無効事由に基づいて商標登録を取り消すことができることを示しているので、32 条後段は他人の登録を阻止する請求権の基礎である。その中で、地域の観点から見ると、商標法 32 条後段の「一定の影響」に対する理解は、広い地域や全国的に周知ではなく、ある狭い範囲で周知であるというだけで、他人の商標登録を阻止できると、商標登録者にとって公示メカニズムが欠けている場合、狭い範囲での商標使用行為の有無を調査することができず、登録商標の取り消しは商標登録者が商標に具体的な信用を蓄積させるインセンティブがなくなり、登録主義の趣旨に反する。そのため、「一定の影響がある」ことに対して高いハードルを設定すべきということになる。そのため、「一定の影響」に対して高いハードルを設定する。この問題に対して、筆者は商標法 32 条後段の抵抗効果は少なくとも地域範囲で隣接数省又は重要な経済圏内で広く知られている程度に達するべきであるとした¹⁶。

一方、反不正競争法 6 条 1 号は、未登録商標が他人の利用を禁止する効力の規範の基礎として、すでに形成された具体的な信用を不競法によって保護することを目的としている。商標法が登録主義によってこの機能を実現することとは異なり、不競法は直接に具体的な信用を保護し、使用者が標識を登録する必要がなく、有名な地域の範囲内でのみ排他的な保護を提供する。商品経営が所在する業界の特徴により、その営業が正常に行われる最小の地域範囲内で信用が形成されていれば、その地域内の不競法の保護を認めることができる。

上記の 2 つの同様に「一定の影響がある」という異なる規範の規範意図を検討すると、商標法 32 条後段と商標法 59 条 3 項に同様に現れた「一定の影響がある」は、異なる意味を持つべきであることがわかった。つまり、他人が登録した「一定の影響がある」を阻止するには隣接の複数省又は重要な経済圏の程度に達する必要がある、先使用抗弁の「一定の影響がある」は小さい地域に限られて良い。つまり、商標登録を阻止する事由である先使用商標は、先使用抗弁における先使用商標よりも影響の程度と範囲が強いはずである。

不正競争防止法 6 条 1 号と商標法 59 条 3 項における「一定の影響がある」は、同じ解釈をしなければならない。未登録商標使用者は、商標法 59 条 3 項の先使用抗弁を主張し、当該地域の範囲内で引き続き使用することができる。当該知名な地域内で未登録商標使用者は、他人に対して反不正競争法 6 条 1 号の禁止権を行使することもできる。先使用者は、後の商標登録者が先使用者の周知性が生じた地域範囲内に入って商標の使用活動を行うことを阻止できるかどうかは、規範上明確ではなく、特に反不正競争法の下で登録商標の正当使用抗弁は存在しない。学説では肯定的な見解を持っているので、両者はある地域の範囲内で共存現象が必ず現れ、そのために先使用者が区別表示を付する必要がある¹⁷。

¹⁶ この部分の詳しい論述は、張鵬「わが国の未登録商標効力の体系化解説」法律科学 2016 年第 5 期、142 頁をご参照ください。

¹⁷ 羅莉「情報時代の商標共存規則」現代法学 2019 年第 4 期、79 頁。

司法実務においても、反不正競争法 6 条 1 号と商標法 59 条 3 項の「一定の影響がある」とを原理的に結び付けて判断する。「アリの引っ越し」事件¹⁸に指摘したように、「商標法は 59 条 3 項の適用条件を細分化していないが、中国の法律が商業活動において出所識別の役割を果たす未登録標識に対する保護は主に反不正競争法 6 条 1 号に規定され、すなわち周知商品特有の名称、包装、装飾に対する保護に示されている。従って、反不正競争法と商標法の適用を調和的に統一し、登録商標の保護と未登録商標の保護とのつながりとバランスを実現するため、商標法 59 条 3 項で保護される未登録商標の認定は、反不正競争法が周知商品特有の名称、包装、装飾に与える保護と適応すべきである。」。

また、条項の文言から、先使用抗弁は「二重先行」を要件とし、先使用者の使用は「商標登録者が商標登録を出願する日までに」と「商標登録者が実際に使用するまでに」の両方を要求する。立法沿革でも、このように認識されている。すなわち、2012 年に国务院が全国人民代表大会常務委員会に審議を提出した商標法改正案草案では、当該条項に対して次のように規定している。「商標登録者が商標登録を出願する前に、他人がすでに同一の商品又は類似の商品に登録商標と同一又は類似の商標を使用していた場合、…」¹⁹。パブリックコメントで募集された意見の中で、「他人が先使用を構成するかどうかを判断する際には、双方の使用時間で比較しなければならない。商標登録者が一番先に当該商標を使用した場合、他の登録前に当該商標を使用する行為は保護を受けるべきではない」²⁰と指摘した専門家がいる。その上で「商標登録者の使用が後である場合、先行使用した他人が善意でその商標を引き続き使用することを禁止する権利を持たない」と修正することが提案された。これに対して、立法機関は最終的に「善意」の要件の代わりに「商標登録者より先に使用する」という現行の案²¹を採用した。この規定によると、商標権者 X は登録前に a 地域でのみ使用し、先使用者 Y が商標権者が a 地域で使用した後、a 地域から離れた b 地域で使用し、b 地域での使用は X の商標出願日より早いと仮定する。不競法の規定によると、X は a 地域での使用に基づいて Y に権利を行使する権利がなく、つまり Y は引き続き b 地域で商標を使用する権利がある。しかし、X の後の商標登録行為のために先使用抗弁の権利を失うのは合理的であるかは疑問である。

原理的には、商標登録者が登録する前に先使用行為があった狭い地域でのみ発生し、かつ先使用者の使用行為が商標登録者の使用地域と交差しない範囲で発生した場合、後の使用者が不正競争目的を持っていることを証明できない限り、反不正競争法では両者は互いに侵害しない。先使用者の使用行為が商標登録者の使用時点より遅れていただけで、先使用者が先使用抗弁を主張することを排除してしまうと、先使用者が本来の範囲内で蓄積した営業上の信用が無駄になり、先使用抗弁を設けた制度趣旨に反する。

これに対して、学説では先使用者に「善意」の要件を課することが主張されている²²。本条項に対する権威ある政府機関の解釈では、先使用者が「善意」²³又は「無過失」²⁴に言及した。司法実務の中には、条項自体のタイミングの前後に関する文言や用語にこだわらず、先使用が「善意」によるものかどうか

¹⁸ 湖南省長沙市中級人民法院（2015）長中民五初字第 00757 号民事判決書。

¹⁹ 郎勝編集『中華人民共和国商標法解釈』206 頁（法律出版社、2013 年版）。

²⁰ 郎勝編集『中華人民共和国商標法解釈』242 頁（法律出版社、2013 年版）。

²¹ 汪沢『中国商標法律現代化』231 頁（中国工商出版社、2017 年版）。

²² 汪沢『中国商標法律現代化』231 頁（中国工商出版社、2017 年版）。

²³ 郎勝編集『中華人民共和国商標法解釈』113 頁（法律出版社、2013 年版）。

²⁴ 袁曙宏編集『商標法と商標法実施条例改正条文解釈』72 頁（中国法制出版社、2014 年版）。

を重要な考慮要素とする判例がある（例えば、「出航」事件）²⁵。

反不正競争法による未登録商標の保護の趣旨から、ある主体が特定の未登録商標を一定の地域で使用し、当該地域と干渉しない地域で使用されていることを知っているか、又は知るべきであったとしても、不正競争の目的でない限り、異なる地域で自由に使用することは不競法による未登録商標の保護の本来の意義であるはずである。そのため、先使用者の使用時点が後に登録された商標の実際の使用時期よりも遅い場合についても、先使用抗弁を構成する可能性を一概に否定することはできず、先使用者が「善意」であるかどうかをさらに判断しなければならない。証明責任において「善意」の要件については、実務において、推定の判断方法が採用され、即ち後の登録商標の先使用日以降に使用された場合に限り、悪意を構成すると推定する。「環球」事件において指摘したように²⁶、番禺雅思センターの設立日が係争商標の登録出願日より早い、現有の証拠がグローバル天下会社の「環球」標識の使用時期が番禺アイエルツセンターの設立と「環球」標識の使用時期より早いことを示しており、番禺アイエルツセンターはアイエルツ英語研修業界の同業経営者として、知っているべきだと指摘した。しかし、ここで「善意」の要件を課す証明責任は商標登録者にあるべきであり、推定的な判断方式をとることはできないと考えられる。先使用者の使用行為が商標登録出願日より早かったことを証明した場合、商標登録者が先使用者の使用が商標登録者の使用の後であり、不正競争の目的を持っていたことを立証できた場合にのみ、先使用者の抗弁権を否定することができる。ここでの不正競争の目的の証明は、知っている、又は知っているべき基準よりも高く、具体的には競争を妨害する行為が存在することを要求する。司法実務では、証明責任の分配問題について、「古木タ羊」事件で、先行使用の要件があっても、登録商標権者が先使用者より先に使用したことを証明する必要がある、逆に先使用者が後の登録者より先に使用したことを証明する必要があると指摘した。

学説では、立法論上「商標登録者の出願日」を判断時期とすることに疑問もあり、判断時期を登録商標の予備査定公告日に設定することがより科学的であると指摘している²⁷。比較法から見ると、同様に「先行商標の継続使用抗弁」規定が存在する日本法では（日本商標法 32 条）、確かに「商標登録出願日」を判断時期としている。しかし、日本の商標法の特別なところは商標登録出願の時に公告を発行することであり（日本商標法 12 条の 2）、中国のように商標法で予備査定後に公告を発行するものはないため（商標法 28 条）、商標出願時点と予備査定公告時点との間に、公報が発行されていないため、先使用者は商標登録出願行為の有無を調べることができず、これにより、先使用抗弁を援用することができないという現象は生じない。この意味で、当該立法論の提案には一定の合理性がある²⁸。

区別するための標識を付することは、先使用抗弁制度の中で後の商標登録者に与えられた法定請求権であるが、その効力は絶対的ではない。実務において、商標登録者が混同防止の表示を付することを請求を支持しなかった判例がある。例えば「御皇匯」事件で商標登録者の法定代表者が被告の会所で何度も消費し、「御皇匯」が他人が先に使用した商業標識であることを知っていながら、「御皇匯」の商標を登録した後、実際にその商標を使用したことがないだけでなく、他人が合法的に「御皇匯」標識を使用

²⁵ 学説にもこのような観点がある。例えば、芮松艷、陳錦川「商標法 59 条 3 項の理解と適用—啓航案を視点とする」知識産権 2016 年第 6 期、30 頁；佟姝「商標先用権抗弁制度若干問題研究」法律適用 2016 年第 9 期、66 頁。

²⁶ 北京知識産権法院（2017）京 73 民終 991 号民事判決書。

²⁷ 羅莉「情報時代の商標共存規則」現代法学 2019 年第 4 期、85 頁。

²⁸ もちろん、登録時ではなく出願時を選択する目的は、商標をできるだけ早く登録するように社会公衆に誘導することであるとの考え方もある。芮松艷、陳錦川「商標法 59 条 3 項の理解と適用—啓航案を視点とする」知識産権 2016 年第 6 期、30 頁。

していることに対して、民事訴訟を起し、誠実信義の原則に反し、支持されなかった。被告が「御皇匯」の標識を使用しても原告の登録商標と混同されないことに鑑み、今後も被告が引き続き「御皇匯」の標識を使用することができ、区別するための標識を付する必要性がないと強調した。具体的な表記方式において、司法実務では、工場名、工場の所在地、電話番号の異なる表記はすでに区別するための表示としての役割を果たしていると指摘された（「玉兔峰」事件²⁹）。類似の判断として、例えば「老米家」事件³⁰で指摘したように、営業店舗の看板に「西羊市 127 号」が際立って使用されていないが、店内の複数の場所で「西羊市」、「西羊市 127 号」の標識が際立って、区別的に使用され、出所を区別して使用されていた。「十分愛」事件³¹で、係争公証実物の包装にすでに「VICTORIA& SECRET」の標識があったことに鑑み、ヴィクトリアズ・シークレット社は他の区別標識を付する必要性がないと、裁判所が判断した。

「澳門豆撈」事件³²で、「一哥」はまさに葉俊詩が経営している店舗の屋号で、葉俊詩は「澳門豆撈」という四文字を使用する時に他の店舗の屋号を付して区別的標識の役割を果たしていた。「鹿港新鎮」事件³³において、被告は屋号名の使用を規範化すべきであり、屋号に「鹿港新鎮」という文字を際立って使用することを停止すべきであると指摘された。学説上でも適切な区別化標識を付する主な目的は、先使用者が使用した商標と登録商標とを明確に区別し、先使用者と登録商標権者の商品出所や法律と経済関係の表示を混同しないようにするためであり、先使用者に不合理な経済的負担を与えないことを限度とすると指摘された³⁴。

中国法において、商標権侵害の訴訟における無効抗弁は認められておらず、被訴侵害者は別途無効宣告を請求する行政手続を提起するしかないが、司法実務では権利濫用の抗弁が普遍的に認められている。これはある程度で権利濫用の抗弁が無効抗弁の機能を果たしているといえる。商標法 7 条で登録商標に基づく差止請求権に対する制限は、主に冒認出願を理由とした権利濫用の抗弁があるが、典型的なケースは指導判例である「歌力思」事件である³⁵。この事件で裁判所は、以下のように指摘した。信義誠実の原則は、すべての市場活動の参加者が従うべき基本的な基準である。一方で、誠実な労働を通じて社会的財産を蓄積し、社会的価値を創造することを奨励・支持し、それに基づいて形成された財産的権益と、合法的、正当な目的に基づいてその財産的権益を支配する自由と権利を保護する。他方で、市場活動において信用、誠実・正直を重視し、他人の合法的利益、社会公共利益と市場秩序を損ねることなく自分の利益を追求することが求められる。民事訴訟活動も信義誠実の原則に従わなければならない。当事者が法律で定められた範囲内で自分の民事権利と訴訟権利を行使し、処分する権利を保障する一方、他人や社会の公共利益を損ねることなく、善意をもって慎重に自分の権利を行使することを当事者に求めている。法律の目的と精神に違反し、他人の正当な権益を損なうことを目的として、悪意を持って権利を取得して行使し、市場の正当な競争秩序を乱す行為はすべて権利濫用であり、それに関連する権利主張は法律の保護と支持を得てはならない。既存の司法実務の中で、商標法 7 条の権利行使過程における信義誠実原則には、通常、以下 4 種類の権利濫用の抗弁が存在する。即ち他人の先行権利の冒認出願

²⁹ 浙江省金華市中級人民法院（2016）浙江省 07 民終 4865 号民事判決書。

³⁰ 陝西省高級人民法院（2017）陝民終 33 号民事判決書。

³¹ 重慶市第五中級人民法院（2015）渝五中法民初字第 919 号民事判決書。

³² 広東省仏山市中級人民法院（2015）仏中法知民終字第 34 号民事判決書。

³³ 新疆ウイグル自治区巴音郭楞モンゴル自治州中級人民法院（2016）新 28 民初 41 号民事判決書。

³⁴ 李揚「商標先使用抗弁研究」知識産権 2016 年第 10 期、15 頁。

³⁵ 最高人民法院民事判決書（2014）民提字第 24 号。指導事例 82 号。

の抗弁、悪意を持って冒認出願の抗弁、内部分裂時の抗弁及び OEM 輸出抗弁³⁶である。

日本の判例法で形成された EemaX 抗弁について、中国の商標法における除斥期間の規定は、13 条、32 条などの相対的な無効事由について 5 年間の除斥期間の制限を受けているが、その中で例外として悪意を持って登録されたものについて、馳名商標の所有者は 5 年間の時間制限を受けないというものである。これに対して、「悪意」を拡大解釈すべきだという見方があり、13 条 2 項の未登録馳名商標の阻止要件に達していれば、悪意と認定すべきであるため、未登録馳名商標に対する除斥期間の規定は実質的に否定される³⁷。2017 年に最高人民法院が公布した「商標権利付与・権利確定の行政事件の審理に関する若干問題の規定」³⁸25 条によると、引用商標の知名度が高く、係争商標の出願人が正当な理由がない場合、人民法院はその登録が「悪意の登録」を構成すると推定できると定められている。そのため「悪意」の証明に対してハードルを下げ、推定する形をとっている。そして、「復旦陽光」事件³⁹において、上記の推定的な見方を取り、「賽神炉機械工場は、引用商標がすでに関係公衆に広く知られている場合、引用商標の存在を知っていると推定すべきであるが、その商標の顕著な識別部分として復旦を使用しており、主観的にただ乗りの故意があったことを排除することができない」と指摘した。一方、標章自体が弱い標章である場合は、「悪意」の認定を排除する可能性がある。「アップル」事件⁴⁰では、係争商標がアップルという客観的によく見られているものに対する一般的な表現であり、識別力が弱い標識であるため、「悪意」は存在しないと強調した。しかし「威仕達玉蘭」事件⁴¹で最高人民法院は、商標がすでに馳名なレベルに達しているかどうかだけを考慮するのではなく、馳名商標であれば、登録出願者に悪意があると推定すべきではなく、事件の具体的な情状に基づいて、主観的意図、客観的表現などの面から総合的に判断すべきであると主張した。しかし、具体的な認定において、同事件の適用上、同業者である事実だけを強調し、さらに、ただ乗りの悪意を認定した。そのため、最高人民法院が提起した抽象的な判決の趣旨では、総合判断法への適用のハードルも高くないかもしれない。「錦竹」事件⁴²では、同じ四川省に位置する事実も考慮され、引用商標に対する模倣、ただ乗りの意図を表明することができる。下級裁判所の司法実務においては、主観の悪意とは登録時の状態であり、登録後の譲受行為などは考慮されていないことが強調されていた。「夢特嬌」事件⁴³では、係争商標の登録を出願する際に主観的な悪意があることを強調し、除斥期間の規定が明確に登録行為を対象としており、商標の悪意の譲受行為を含めてはならず、本件は係争商標の譲受人が悪意があるかどうかを評価する必要はないと判断した。しかし、上記の「錦竹」事件の判決の趣旨では、係争商標の譲渡状況と異なる時期の権利者の行為から見れば、係争商標が登録出願時に善意でないことを証明できると指摘した。

除斥期間中の商標は、一般に争えない商標権と呼ばれ、その商標権者が未登録商標の使用に対して権利を主張する場合、権利濫用の抗弁の一種類として扱われることが多い。逆に、未登録商標の使用が争えない商標権者に対して権利を主張する場合、2009 年の「現在の経済情勢における知的財産権裁判

³⁶ 具体的な判例の整理は、管育鷹編集『知識産権裁判の論理と判例（商標巻）』法律出版社、2022 年版をご参考ください。

³⁷ 張鵬「わが国の未登録商標効力の体系化解説」法律科学 2016 年第 5 期。

³⁸ 最高人民法院『商標権利付与・権利確認の行政事件の審理における若干問題に関する規定』（法積〔2017〕2 号）。

³⁹ 北京知識産権法院行政判決書（2016）北京 73 行初 334 号。

⁴⁰ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第 3344 号。

⁴¹ 中華人民共和國最高人民法院行政判決書（2016）最高法行再 13 号。

⁴² 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第 3359 号。

⁴³ 北京市高級人民法院行政判決書（2010）高行終字第 1126 号。

サービスの大局の若干問題に関する意見」⁴⁴9条の規定により、他人の著作権、企業の名称権などの先行財産権と衝突する登録商標が、商標法で定められた争いの期間を超えて取り消すことができなかつた場合、先行権利者が訴訟時効の期間内に権利侵害の民事訴訟を提起することができ、先行権利者が争議期間を超えて商標登録者に対して民事侵害訴訟を提起した場合、裁判所は当該登録商標の使用停止の民事責任を負うよう命じない。

② 商標登録出願日以降に未登録標識が使用を通じて周知性が生じた場合の調整

中国法では一般的に事後的な権利濫用の対策は認められておらず、その主な理由は、例えば使用者が検索を通じて登録商標を発見できたにもかかわらず、使用を選択したこと、事後的な使用行為自体が違法行為であり、違法行為は保護される利益などを生むべきではないなどである。例外として、登録商標出願日から登録商標予備審査公告日まで、4-6 か月の時間差があり、予備審査公告後にこそ公衆は商標出願に関する情報を知ることができる。商標の登録日には、未登録標識の使用主体は、自らが使用している商標がすでに登録されているとは知ることができず、登録商標の予備審査公告日以降にのみ登録状況を照会することができる。この場合、出願日の後、予備審査公告日の前に、未登録標識の使用者の集中的な使用行為によって形成された周知性が保護される可能性がある。例えば、「微信」商標事件⁴⁵において、2010年11月12日に、創博アジア太平洋公司是商標局に第8840949号「微信」商標の登録出願を提出し、第38類の「情報伝送、電話業務、電話通信、携帯電話通信」などの役務に使用することを指定した。2011年8月27日に異議申し立てられた商標は、商標局の初歩的な査定により公告された。テンセント公司是、異議申し立てられた商標の予備審査公告を受ける前に正式に「微信」ソフトウェアを発売し、ユーザー数は急速に増加し続け、2013年7月現在テンセント公司的「微信」の登録ユーザーは少なくとも4億人に上り、多くの政府機関、裁判所、学校、銀行などが微信公共サービスを発表し、関係公衆はすでに「微信」とテンセント公司と密接に結び付けていた。

他人の登録商標（商標権侵害行為）を使用することで得られた知名度を保護するのか。実務においては異なる見方がある。最高人民法院の「「栄華月餅」が周知商品特有の名称に該当するかどうかなどの問題に関する書簡」において以下のように指摘した。中国の商標登録制度によると、商標は登録を受けると専用権を持ち、他人が同一、類似の商品に同一、類似の商標を使うことを拒否する。反不正当竞争法による周知商品特有の名称の保護は、本質的に未登録商標に対する保護であり、商標法による登録商標の保護に対して補完的なものである。商標登録が査定された後、その指定商品の範囲内で、登録商標と同一又は類似した標識は、実際の使用行為によって未登録商標権又は周知商品特有の名称権を発生させることができなくなる。さもないと、商標登録制度の基本的価値を損なうことになる。「栄華月餅」に関する別の事件⁴⁶において以下のように指摘されている。当該先行商標登録者が使用行為を追及すると明示した場合、当該使用行為こそ登録商標の専用権を侵害する行為となり得る。登録商標専用権を侵害した商標の使用行為は、通常、合法的權益を生じない。しかし、先行商標が登録を受けた後、長期間にわたって合法的かつ有効な実際の使用が行われていなかった場合、当該先行商標の登録者は、他人が同一又は類似の商品又は役務にその登録商標と同一又は類似の商標を使用することを知っていたか、又は知

⁴⁴ 最高人民法院『現在の経済情勢における知的財産権裁判サービスの大局の若干問題に関する意見』（法釈〔2009〕23号）。

⁴⁵ 北京市高級人民法院行政判決書（2015）高行知終字第1538号。

⁴⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2014）高行終字第2010号。

るべきである。また、このような使用は、ある程度の正当性がある場合、例えば、当該使用が先行登録商標のただ乗りに基づくものではなく、国外での長期的な実際の使用によって得られた評判や、そのような使用が中国国内に及ぼす影響などの客観的事実に基づいて使用されていたが、先行商標登録者が長い期間において、その使用行為を追及する意図がなかったり、又は追及することを怠ったりしていた場合において、後の商標使用者がその商標の使用に対して客観的に同様に安定した消費者グループを集め、比較的安定した市場秩序を形成し、何らかの合法的権益を形成し得る。このような場合、後の商標の実際の使用行為に対してある程度の関心と保護を与えるべきである。

2. 未登録周知標識の主体が登録商標権者に権利行使を行う際の調整

(1) 日本法

① 先使用抗弁

日本の不正競争防止法 19 条 1 項 4 号の適用除外の規定によると、他人の商品等表示が需要者の間に広く認識される前からその商品等表示と同一若しくは類似の商品等表示を不正の目的でなく使用する行為である。また同法 19 条 2 項 3 号により、先使用主体が混同を防ぐために適当な表示を付す義務がある。商標法上の先使用抗弁と比較して、不正競争防止法では広く知られていることを要件としていない。つまり、狭い地域での周知を要件としていない。少量的な使用があっても、周知商標の使用により周知性が生じる前に、先使用抗弁の要求を満たすことができる。

2 つの未登録商標がいずれも使用を通じて異なる地域で周知性が生じた場合、両者の関係をどう処理するかが問題である。

1 つは、X は 2020 年に a 地域で使用され周知になり、Y は 2021 年に a 地域から離れた b 地域で使用されたとする。X が全国規模で業務を展開しようとして、2023 年に b 地域に進出したとき、Y は先使用抗弁を主張することができる。逆に、Y は、b 地域での使用による周知性に基づいて、X が b 地域に進出して営業を開始することを阻止することができる。そのため、X は全国的な事業展開が阻害されることを避けるため、2020 年の時点で商標登録を出願すべきである。これにより、当時 a 地域でのみ商標を使用していたとしても、b 地域での Y の使用を阻止することができる。この場合、Y は商標法上の先使用の抗弁を主張できない。同時に注意すべきことは、商号の登録は商標登録と同じ目的を果たすことはできない点である。日本の商号登録は、同じ市町村内でのみ排除効果があり、商標登録による全国的な排除効果はないからである⁴⁷。

もう 1 つは、X は 2020 年に a 地域で使用され周知になり、Y は 2019 年に a 地域から離れた b 地域で使用したとする。Y は b 地域での先使用抗弁を主張することができるが、Y が全国的に業務を展開し、a 地域に進出しようとしたとき、b 地域での先使用に基づいて a 地域での先使用抗弁を主張することはできない。つまり、a 地域では X だけが引き続き使用できる⁴⁸。このように 2 つの主体が不正競争防止法に基づいて互いに権利を主張する場合、それぞれの周知地域で、事実上分割的な調整が形成される。

⁴⁷ 田村善之「商号等の不正使用行為に対する規律(商法 12 条・会社法 8 条)をめぐる一考察」大塚龍児古稀『民商法の課題と展望』6 (信山社、2018 年版)。

⁴⁸ 関連する論述については、田村善之『不正競争防止法概説(第二版)』111 頁～113 頁(有斐閣、2003 年)をご参照ください。

② 登録商標使用の抗弁

1993年の不正競争防止法の改正までは、同法6条の規定により、商標権のいかなる行使も不正競争防止法の違反とみなされず、登録商標は不正競争の権利侵害の主張に対抗することができる。しかし、多くのケースで、この規定は登録商標権者に濫用されているのが実情である。よくあるパターンは、商標権登録者が登録商標を保有しているが、実際には他人が使用している商標に類似した標識を使用しており、他人が本法上の権利を主張したとき、商標権者は同法上の登録商標使用の抗弁を主張するという場面である。この抗弁は、裁判所に権利濫用と認定され、支持されない。この規定が削除された後も、学説上、この抗弁を依然として認める観点がある。その理由は、全国規模で業務を展開できる登録商標権者が、先使用者がいることによる虫食いを防ぐためである。また、先使用抗弁における商標権者が先使用者に混同防止表示を付するよう要求する権利を有する規定は、両者が先使用の狭い地域範囲内で共存できることを示している⁴⁹。

このような規定により、以下の具体的な処理方法が存在する⁵⁰：

1つは、Xが2021年にa地域で使用し周知になり、Yが2020年に商標登録を出願したと仮定する。Xが不正競争防止法に基づいてYに権利を行使しようとするとき、Yは登録商標使用の抗弁を主張することができる。反面、Yは登録商標権に基づいてXの使用行為に対して商標法に基づいて差止命令救済を提起することができる。Xの使用時点はY登録日以降であり、先使用の抗弁を主張できないため、Yは全国的に独占的に権利を行使することができる。

もう1つは、Xが2020年にa地域で使用し周知になるが、その時の使用が商標法4条1項10号の広く認識されているという要件を満たしておらず、Yが2021年に商標登録を出願したと仮定する。Xが不正競争防止法に基づいてYに権利を行使しようとするとき、Yは登録商標の使用抗弁を主張することができる。反面、Yは登録商標権に基づいてXの使用行為に対して商標法に基づいて差止命令救済を提起することができる。Xの使用時点は、Y出願日の前にあり先使用の抗弁を主張できるため、Xは周知の範囲内で使用し続けることができ、このようにXとYはa地域で併存する。

3番目の状況は、Xが2020年にa地域で使用し周知になり、その時の使用が商標法4条1項10号の広く認識されているという要件を満たし、Yが2021年に商標登録を出願したと仮定する。Xが不正競争防止法に基づいてYに権利を行使しようとしたとき、Yは登録商標使用の抗弁を主張できない。逆に、Yが登録商標権に基づいてXの使用行為に対して差止命令救済を提起した場合、Xは無効抗弁を主張することができる。除外期間になっても、Xが無効抗弁を行使できないにもかかわらず、EemaX抗弁を主張することができる。もちろんYの登録行為自体も不正競争の目的があると認定され、排斥期間規定の制限を受けない可能性が高い。

(2) 中国法

① 先使用の抗弁

中国の反不正競争法の下では、2つの未登録周知商標の優先関係処理する先使用の抗弁制度が存

⁴⁹ 田村善之『商標法概説（第二版）』91頁～93頁（弘文堂、2000年）。

⁵⁰ 関連する論述については、田村善之『不正競争防止法概説（第二版）』226頁～227頁（有斐閣、2003年）をご参照ください。

在せず、改正前の反不正競争法の司法解釈⁵¹に規定されているように、「異なる地域の範囲において、周知商品特有の名称、包装、装飾と同一又は類似の名称、包装、装飾を使用した場合であっても、後の使用者がその善意の使用を証明できるときは、不正競争行為を構成しない。その後の事業活動が同一地域の範囲に入ることにより、その商品の出所に対して混同を生じさせ、後の使用者に商品の出所を区別するに足るその他の表示を付することを命じるよう先使用者が請求した場合には、人民法院はこれを支持しなければならない。」。この規定の理解と適用において、起案者は以下のように理解している⁵²。「本来は異なる地域範囲での善意の使用であったが、一方又は双方の営業範囲が拡大するにつれて、本来互いに交差して重なり合うことのない適用範囲が重なり合って交差した。このような交差重複に対して適切に対処しなければ、市場の混同と市場競争の秩序の混乱を招き、当事者自身の正常な営業にも不利である。当事者が善意で使用している実態により、このような後の使用者による区別するための表示の付加規定は、民事責任ではなく法律上の負担であり、客観的に市場の混同を生じさせるに足る商品は、別途付される顕著な区別するための表示によって区別できるようにすることで、正常な市場競争と購入者の合法的な権益の保護に有利にすることを目的としている。このような区別するための表示は、別途付加した目立つ文字表記、図形などでいい。」

このような規定とその公式な解釈によると、Xは2020年にa地域で使用され周知になり、Yは2021年にa地域から離れたb地域で使用されたとする。XはYに権利を主張し、Yは先使用の抗弁を主張することができる。Xが全国規模で事業を展開しようとし、2023年にb地域に進出したとき、YはXに区別するための表示の付加を要求することができる。反面、Yが事業を拡大しようとし、2023年にa地域に進出したとき、XはYに区別するための表示の付加を要求することができる。

しかし、「最高人民法院による「反不正競争法」の適用の若干問題に関する解釈」（法釈〔2022〕9号）では、この規定が削除された。このときどう処理するかが問題である。反不正競争法の未登録商業標識を保護する規定に従い、分割の調整の理念を取るべきであるようである。

Xが2020年にa地域で使用し周知になり、Yが2021年にa地域から離れたb地域で使用していると仮定する。XはYに権利を主張し、Yはb地域での先使用の抗弁を主張することができる。Xが全国的に事業を展開しようとし、2023年にb地域に進出したとき、YはXのb地域への進出を阻止することができる。同様に、Yが事業を拡大しようとし、2023年にa地域に進出したとき、XはYのb地域への進出を阻止することができる。

② 登録商標使用の抗弁

中国の反不正競争法には登録商標使用の抗弁の規定がなく、学説上、この抗弁を導入すべきであると主張する観点がある⁵³。被告が登録商標の使用についてどのように処理するかは、司法解釈と司法実務によると3つの状況がある。

1 つ目は、2 つの前後で登録した登録商標間の紛争である。司法解釈の規定によると、原告が他人が査定商品に使用した登録商標がその先行の登録商標と同一又は類似であることを理由に訴訟を起こし

⁵¹ 『最高人民法院による不正競争民事事件の審理における法律の適用の若干問題に関する解釈』（法釈（2020）19号）。

⁵² 蔣志培、孔祥俊、王永昌「「不正競争民事事件の審理における法律の適用の若干問題に関する解釈」の理解と適用」人民司法（応用）2007年第5期、26頁。

⁵³ 王太平「自己登録商標権侵害の抗弁に関する研究」現代法学2020年第1期、59頁。

た場合、原告に関係する行政主管機関に解決を申し立てるように通知する⁵⁴。登録商標が無効宣告された後、行為者の商標無宣告前の商標の使用行為は依然として商標権の侵害行為に当たる。この規定の例外として、原告が他人が査定商品の範囲を超えたり、顕著な特徴の変更、分割、組み合わせなどの形態で使用了登録商標が、その登録商標と同一又は類似していることを理由として訴訟を起こした場合、人民法院はそれを受理しなければならない（同規定の1条2項但書）。

2つ目は、先行の馳名商標と後に登録された商標との紛争を処理することである。被告が使用した登録商標が商標法13条の規定に反し、原告の馳名商標を複製、模倣、又は翻訳して商標権侵害となった場合、人民法院は原告の請求により、法に基づき被告が当該商標を使用することを禁止するとの判決を下さなければならない⁵⁵。当該規定の例外として、被告の登録商標が以下の状況のいずれかに該当する場合、人民法院は原告の請求を支持しない。その一つが商標法45条1項に定める無効宣告の請求期限が経過した場合である。もう一つは、被告が登録出願をした時、原告の商標が馳名でない場合（同解釈1条但書）である。

その3つ目は、未登録商標と登録商標の紛争である。原告が他人の登録商標が使用している文字、図形などがその著作権、意匠権、企業名称権などの先行権利を侵害していることを理由として訴訟を提起した場合、人民法院は受理しなければならない⁵⁶。ここで、「等」の字には、不競法で保護されている未登録の商業的標識が含まれている。

しかし、上記の場合は、裁判所がこのような紛争を受理できることを示しているだけであり、登録商標権者が登録商標の使用抗弁を主張できるかどうかについては明確な規定がない。司法実務では、どのような状況で登録商標権者が権利侵害を構成すると認定されるかが明確に指摘されている。「M-150 事件」⁵⁷に指摘したように、「第6345852号「M-150」登録商標が現在も有効である場合、徳恒裕公司是「M-150」エナジードリンクの商品名で当該商標の権利者が合法的にその登録商標を正当に使用することを阻止することはできないが、当該商標の権利者が自社商標の査定使用の商品カテゴリを超えて、登録商標の形態を著しく変え、法に基づいて登録商標を規範的に使用していない場合、関連行為は依然として不正競争を構成し得る。本件では、力宝精公司が自分の権利の境界を突破し、すでに違法行為を構成している場合に当たり、その行為が不正競争を構成すると認定しても合法的な権利間の衝突問題を招くことはない」。当該解釈に反対する観点から見れば、商標権登録者は、上記状況が存在しない場合、引き続き登録商標を使用できる。この時は基本的に日本の両立性調整モデルに類似している。つまり、Xが2020年にa地域で使用し周知になるが、この時点での使用は商標法32条に定めた一定の影響の要求を満たしていないと仮定し、Yは2021年に商標登録を出願した。Xが不正競争防止法に基づいてYに権利を行使しようとするとき、Yは登録商標の使用の抗弁を主張できる。反面、Yは登録商標権に基づいてXの使用行為に対して商標法に基づいて差止命令による救済を請求することができる。Xの使用時点はY出願日の前にあり先使用の抗弁を主張できるため、Xは周知の範囲内で使用し続けることができ、このようにXとYはa地域で併存する。

⁵⁴ 最高人民法院『登録商標、企業名称と先行権利の衝突の審理における若干問題に関する規定』（2020）1条2項。

⁵⁵ 最高人民法院『馳名商標保護にかかわる民事紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈』（2020）11条。

⁵⁶ 最高人民法院『登録商標、企業名称と先行権利の衝突の審理における若干問題に関する規定』1条1項。

⁵⁷ 浙江省高級人民法院民事判決書（2024）浙民終295号。

3. 初步的な結論

以上の整理により、登録商標の出願日までに未登録標識が使用を通じて周知性が生じた場合の両者の関係を調整する際に、中日両国は類似した面、すなわち両立の調整を示していることが分かる。つまり、先行商標の周知地域の範囲内で登録商標権者と先行商標使用者は共に当該地域内で標識を使用することができるとともに、先使用者は混同を防止するための表示を付する義務がある。同時に、除斥期間が経過し、争えない登録商標に対して、日本は分割的な調整の方法を取っている。つまり、Xが2020年にa地域で使用し周知になり、その時の使用は商標法4条1項10号の広く認識されている要求を満たすと仮定し、Yは2021年に商標登録を出願した。Xが不正競争防止法に基づいてYに権利を行使しようとしたとき、Yは登録商標の使用抗弁を主張できない。反面、Yが登録商標権に基づいてXの使用行為に対して差止命令救済を提起したとき、Xは無効の抗弁を主張することができる。除斥期間が経過したとしても、Xが無効抗弁を行使できないにもかかわらず、EemaX抗弁を主張することができる。もちろんYの登録行為自体も不正競争の目的があると認定され、除斥期間の規定の制限を受けない可能性が高い。このとき、広く認識されている地域では、先使用者だけが標識を使用することができ、先使用地域の範囲外で登録商標権者は登録商標を使用することができ、全国市場は先使用者と登録商標権者によって分割される。中国は両立の調整を採用した。即ち先使用の知名地域の範囲内で、先使用者と登録商標主体も共存できるという方法である。

登録商標の出願日以降に未登録標識が使用を通じて周知性が生じた場合、両者の関係を調整する場合、中日両国には大きな違いがある。特に田村教授が提起した事後的な権利濫用の対策は、中国の既存の枠組みの下では支持を得にくい。また、田村教授が提起した商標登録の行為を公示機能の発生とみなすのではなく、制度の趣旨から制度的な権利濫用を採用する考え方は、説得力があると考えられる。

登録商標の出願日以前の未登録標識が使用を通じて周知性が生じた問題の処理について、日本法では、不正競争防止法で周知標識間の紛争が発生した場合、それぞれの周知となった地域で周知標識が独占的に使用されているという分割的な調整が取られている。しかし、不正競争防止法における周知標識と登録商標の紛争を処理する際に、登録商標の使用の抗弁を支持する見解をとると、周知標識の周知となった地域内で周知標識と登録商標が共存するように調整されている。中国法では、反不正競争法に明確な規定はないが、司法解釈と司法実践から、基本的に日本と同じ理解を採用していることが分かる。

第3節 日本の商標法・意匠法と不正競争防止法

I. 不正競争防止法の保護領域——産業財産権法・不法行為法との関係を中心に

神戸大学大学院法学研究科 島並 良 教授

概要

知的財産保護の要件・効果・方法に鑑みると、不正競争防止法（不競法）は、産業財産権法と一般不法行為法（民法709条）の中間的な位置を占める。本研究では、隣接する産業財産権法・不法行為法と比較して、それらの間に位置する不競法がどのような客体・利益の保護に適しているのかについて、総論的な検討を加えた。

その結果、不競法は保護だけでなく不保護の領域も定めていることから、不法行為法と不競法の重複保護は認められないこと、および特に事業性、定型性、反復性ある行為を規整する場合には、不競法による保護がより望ましいことが明らかにされた。

他方で、不競法と産業財産権法では重複（多角的）保護が当然に可能であるが、国（制度設営者）としては、侵害発生頻度が高く、許諾に馴染まない利益にかかわり、対価算定が容易な場合や、小さな／短期の利益を保護する場合には、産業財産権法よりも不競法による規整が望ましいことが明らかになった。

Ⅱ. 日本の不正競争訴訟における登録商標使用の抗弁

立命館大学法学部 宮脇 正晴 教授

1. はじめに

（1）本報告の趣旨

不正競争防止法（以下、不競法という）2条1項1号の規制と商標法は相互補完的な関係であるといわれる。もっとも、同一ないし類似の商品等表示（不競法2条1項1号）について、一方が周知表示（一定地域において出所識別機能を発揮している商品等表示）、他方が登録商標で、それぞれ別の主体に帰属しているような場合、両者の市場が重なるのであれば、いずれの主体が優先されるべきなのか等について調整が必要となる。不競法にも、商標法にもこのような場合の調整ルールについて明文の規定が設けられているが、特にそのような規定によらず法解釈によって調整がなされることもある。本報告には、そのような不文の調整ルールの一つである不正競争訴訟における登録商標使用の抗弁について紹介し、その望ましい運用の仕方について検討し、もって日中の標識法に関する議論の発展の一助とすることを目的とするものである。

（2）周知表示主体と登録商標権者が異なる場合の調整ルールの概観

登録商標使用の抗弁についての検討に入る前に、日本における周知表示主体と登録商標権者が異なる場合の調整ルールについて概観し、同抗弁の位置づけについて確認しておきたい。周知表示主体 A と、その表示と類似する商標について登録商標権を有している B とがあり、A の商品は B の商標権の指定商品と同一であるとする。このような場合に、両者の関係がどのようなものになるのか、以下説明する。

（i）商標権者から周知表示主体への権利行使の可否

B が A に対して商標権侵害訴訟を提起した場合、A の表示がいつ周知になったのかが問題となる。仮に B の商標登録出願時に既に周知であったのであれば、A は先使用权（商標 32 条 1 項）を有していることとなるので、A の行為は B の商標権を侵害するものではない（ただし B は商標 32 条 2 項により、A に対し混同防止表示付加請求をすることができる）。

B の商標登録出願時点だけでなく、その商標登録査定時点でも A のマークが周知であったのであれば、B の商標は商標法 4 条 1 項 10 号に反して登録された可能性がある（判断基準時について、商標 4 条 3 項参照）。同号は他人の商標として需要者の間に広く認識されている（この要件を「広知性」という）商標と同一又は類似の商標であって、その他人の商品・役務と同一又は類似の商品・役務に使用するものの登録を認めないための規定である。先使用权については狭い範囲での周知（たとえば、ある県の一地方）であっても認められるという見解¹が有力だが、4 条 1 項 10 号の広知性要件を満たすためには少

¹ 東京高判平 5・7・22 判時 1491 号 131 頁 [ゼルダ]。

なくとも数県程度に知れ渡っている必要があるとされている²。

Bの商標権に商標法4条1項10号違反の無効理由（同法46条1項1号）がある場合、AはBの商標登録から5年以内であれば（Bに不正競争の目的があった場合は5年以上経過していてもよい）、無効審判を提起してBの商標権を無効にすることができるし（商標47条1項）、仮にBから商標権侵害訴訟を提起されたとしても、AはBの商標権に無効理由があることを主張・立証すれば、Bの請求は棄却されることになる（商標39条の準用する特許104条の3第1項。この場合、Bは混同防止表示付加請求をすることもできない）。

上記の無効審判請求の5年の除斥期間が経過した後には、無効審判請求はできず、無効の抗弁の主張もできないが、この場合でも商標法4条1項10号の「他人」に該当する周知表示主体に対する商標権の行使は権利濫用となることが判例³上認められている（エマックス抗弁）。

Aの表示がBの商標登録出願時に狭小地域においても周知でなかった場合、Aには先使用の抗弁も認められず、Bの商標には4条1項10号違反の無効理由は無いことになる（登録査定時に広知性要件を満たす状態になったとしても、出願時に広知でなければ商標法4条3項により同法4条1項10号は適用されない）。この場合、Bの商標に4条1項10号とは別の（無効審判請求の可能な）無効理由があるか、Bの商標の出願から現在に至るまでの諸事情を考慮してBの商標権の行使が権利濫用といえる⁴などの事情がない限り、Aによる表示の使用行為は商標権侵害となる。

（ii）周知表示主体から商標権者への権利行使の可否

まずBがその商標を使用している地域においてAのマークが周知でなければ、Bの行為は不正競争に該当しない。またAのマークが周知であったとしても、Bがその商標をAのマークが周知となるより前から使用していたのであれば、先使用の成立（不競19条1項4号）により、AはBに対し差止めや損害賠償の請求はできない（ただしAは不競19条2項により、Bに対し混同防止表示付加請求をすることができる）。それ以外の場合については、不正競争防止法上特に規定が置かれていないものの、解釈上認められているのが、本報告で扱う登録商標使用の抗弁である。

2. 登録商標使用の抗弁についての議論状況

（1）旧不競法の調整規定とその削除に至る経緯

旧不競法（昭和9年法律第14号）6条においては、不正競争とそれに対する救済を定める諸規定については、「特許法、實用新案法、意匠法又ハ商標法ニ依リ権利ノ行使ト認メラルル行為」には適用されない旨定められていた（以下この規定を「旧6条」という。）。その趣旨としては、同法の法案が審議された貴族院商標法中改正法律案特別委員会における政府委員（村瀬直養）の説明によれば、商標権や意匠権等については国が正当な権利を一応認めていることから、不競法によってその商標の使用や意匠の実

² 東京高判昭58・6・16判時1090号164頁[DCC]、知財高判平26・10・29平成26(行ケ)10118[とっとり岩山海]。学説につき、田村善之『商標法概説』（弘文堂、第2版、2000年）54頁など。

³ 最判平29・2・28民集71巻2号221頁[エマックス]。

⁴ 最判平2・7・20民集44巻5号876頁[ポパイ]。

施を直ちに禁止するのは躊躇されること⁵、及び、これらの権利が不当に成立している場合には法の定める審判手続によって消滅させてから不競法を適用すべきであること、の2点が挙げられていた⁶。しかしながら、このような理由付けに対しては、工業所有権各法に不競法が劣後するということの理由の説明になっているとはいえないとの批判が学説上は強かった⁷。

裁判例を見ると、不正競争訴訟の被告側による旧6条の援用は、ほとんどの場合失敗に終わっていた。例えば、大阪地判昭32・8・31昭和29年(ワ)3380〔三国鉄工〕においては、周知な原告の表示と類似する商標についてあえて商標権を取得した被告による旧6条の主張は、「信義に従った誠実な商標権の行使とは云い難」く、同条の「権利の行使」に該当しないとして排斥されている⁸。最高裁判決の中にも、商標権者が登録商標と類似する標章を使用することは、同条の「権利の行使」に該当しないとした最判昭56・10・13民集35巻7号1129頁〔マックバーガー〕や、形式的には意匠権の行使と認められるものであっても、それが権利の濫用にあたるものであるときには、同条の「権利の行使」に該当しないとした最判昭59・5・29民集38巻7号920頁〔フットボール・シンボルマーク〕がある。

旧6条の適用除外が認められた例としては横浜地判昭63・6・17昭和58年(ワ)1294〔樂陽軒〕及び東京高判平1・7・27昭和63年(ネ)3175〔マリンゴールド〕の2件が存在するが、いずれも従前一定の関係を有していた当事者間の紛争に関するものであった。すなわち、前者は被告会社の代表者は原告会社の元営業部長であり、その被告から商標使用の許諾を受けていた原告が不正競争訴訟を提起したという事案に関するものであり、後者は原告による販売契約の一方的破棄への対抗手段として被告が商標権を取得したという事情が認められる事案に関するものであった。これら2件はいずれも、現行法制定過程においては「不正競争防止法における訴権の濫用と解されるケース」⁹として整理されている。

このような状況を受けて、現行法においては旧6条は削除されることとなった。その理由として現行法の制定過程において挙げられていたのは、①裁判例としては、旧6条の「権利の行使」を否定したものが多く、事案ごとにケースバイケースで判断するという運用が完全に定着していること、②調整規定を削除しても、工業所有権法と不競法との調整は権利濫用論によってなされることとなり、工業所有権の正当な行使となるケースについては従前と扱いが異なるような事態とならないこと、及び③旧6条については学説上批判が強く、パリ条約の不正競争の防止に関する義務（同条約10条の2）に違反する疑いも指摘されている¹⁰こと、の3点であった¹¹。

この結果、現行法は登録商標権との調整規定を欠くこととなり、登録商標使用の抗弁については、解釈に委ねられることとなった。

⁵ 日本の特許法等の産業財産権分野の実務においては、特許庁で成立した特許権等の産業財産権の有効性を侵害訴訟の裁判所が判断することはできないと長らく解されてきた（最判平12・4・11民集54巻4号1368頁〔キルビー〕によりこのような考えは打破され、その後の法改正により無効の抗弁が整備されることとなった）ことからすると、これらの権利について、特許庁の手続きによって消滅させられない限りは不正競争の訴訟においても尊重すべきとの考えは当時としてはむしろ自然であったのであろうと推測される。

⁶ 第65回帝国議会貴族院商標法中改正法律案特別委員会第1号5-6頁（昭和9年3月19日）〈<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/simple/detailPDF?minId=006501631X00119340319&page=1>〔最終アクセス：2025年1月〕〉。

⁷ 豊崎光衛『工業所有権法』（有斐閣、新版増補、1980年）473-474頁、豊崎光衛ほか著『不正競争防止法』（第一法規、1982年）361頁〔渋谷達紀〕など。詳細な批判として、渋谷達紀『商標法の理論』（東京大学出版会、1973年）289-291頁。

⁸ 他の例として、東京地判昭41・8・30判時461号25頁〔ヤシカ〕など。

⁹ 産業構造審議会知的財産政策部会「不正競争防止法見直しの方向」（平成4年12月14日）44頁（国立国会図書館デジタルコレクション<https://dl.ndl.go.jp/pid/12750755>〔最終アクセス：2025年1月〕）。

¹⁰ そのような指摘をするものとして、豊崎ほか前掲注7・361-362頁〔渋谷〕など。

¹¹ 産業構造審議会知的財産政策部会・前掲注9・44頁。

(2) 現行不競法下の登録商標使用の抗弁

(i) 学説

上述した現行法立法過程で旧 6 条が削除された理由の一つに、「工業所有権の正当な行使となるケースについては従前と扱いが異なるような事態とならない」ことが挙げられている¹²ことから、同過程においては同条は確認規定であるとの理解が前提とされていたものと思われる。このことからすると、登録商標の使用や登録意匠の実施等については権利濫用にならない限り不競法上許されるというのが現行法の立法趣旨であると捉えるのが自然である。しかしながら、他方で、同条に関する学説が指摘していたように、一般論として登録商標権等の産業財産権の行使が不競法に優越するとの理由が見いだしがたいため、明文の規定なしにいかなる根拠でそのような抗弁が正当化されるのかは上記立法過程の議論からは全く明らかでない。

しかしながら、今日においても、その必要性を疑問視する見解¹³はあるものの、学説上有力なのは現行法においても(権利濫用にならない限り)登録商標使用の抗弁を認める説である。その根拠としては、後掲東京地判「マイクロシルエット」と同様に、商標権者が登録商標を指定商品・役務に使用する権利を専有する旨商標法 25 条が規定していることに求めるもの¹⁴と、登録商標の全国的な商標統一化促進の機能の保護に求めるもの¹⁵とがある。

後者について詳細に主張しているのが、田村善之である。それによれば、全国的に同一商標を用いた営業展開ができることを認めることが商標制度の趣旨であり、地域ごとに虫食いのように登録商標を使用できない箇所ができることを認めるべきではないため、登録商標使用の抗弁が正当化される¹⁶。田村説は、同抗弁を認めるべきことのより具体的な根拠として、①商標法 4 条 1 項 10 号の趣旨と、②同法 32 条 2 項を挙げる。①の根拠は、商標法 4 条 1 項 10 号の広知性要件を充足しない程度の周知性を取得している主体の不競法上の請求を否定しないと、全国的に同一の商標を使用したい者は全国の狭小地域における周知商標を調査しなければならなくなり、同号で高度な広知性を求めている趣旨が没却されるというものである。②の根拠は、商標法 32 条 2 項(先使用者に対して、商標権者が混同防止表示を付加することを請求できる旨の規定)は、周知表示の存在にもかかわらず商標権者の登録商標の使用が可能であることを前提としているように読める、というものである¹⁷。

この説の特徴は、旧 6 条の立法趣旨とは異なり、登録商標制度の具体的な趣旨を根拠に登録商標使用の抗弁を正当化している点にある。同説によれば、登録商標使用の抗弁が認められるためには、被告登録商標の出願後に、原告が周知性を獲得したか、被告登録商標の出願時に原告表示が 4 条 1 項 10 号の

¹² 産業構造審議会知的財産政策部会・前掲注 9・44 頁。通商産業省知的財産政策室監修『逐条解説不正競争防止法』(有斐閣、1994 年) 118-119 頁にも同様の記述がある。

¹³ 高部真規子『実務詳説 商標関係訴訟』(金融財政事情研究会、第 2 版、2023 年) 123 頁。

¹⁴ 松川充康「周知性の地理的範囲及び先使用表示等との関係」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系Ⅱ ―特許法・実用新案法(2)、意匠法、商標法、不正競争防止法』(青林書院、2014 年) 402 頁。

¹⁵ 本文で紹介する田村説のほか、登録商標の全国的な商標統一化促進の機能を説くものとして、玉井克哉「商標権と周知表示」特許研究 18 号 12 頁(1994 年)(ただし、登録商標の使用の抗弁の根拠としては旧 6 条の削除の際に現状を大きく変える趣旨ではなかったことに求めているようである。同 22-23 頁注(60)参照)、土肥一史「商標法、意匠法その他の知的財産権に基づく商品等表示の使用と不正競争行為」斉藤博・牧野利秋編『裁判実務大系 27 知的財産関係訴訟法』(青林書院、1997 年) 613-614 頁。

¹⁶ 田村前掲注 2・92 頁、田村善之『不正競争法概説』(有斐閣、第 2 版、2003 年) 225 頁。

¹⁷ 以上につき、田村前掲注 2・92-93 頁、田村・前掲注 16・226-229 頁。

広知性を充足しない程度の範囲で周知性を獲得していたことのいずれかを要し、このいずれかが充足される場合であっても、被告登録商標権が不正目的で獲得されたものであるか、原告請求時において、原告表示が全国的に著名であるといった事情がある場合には被告商標権の行使は権利濫用となり、登録商標使用の抗弁は成立しないことになる¹⁸。

（ii）裁判例

① 登録商標使用の抗弁の成立範囲を旧法下に比して限定的に解したうえで同抗弁を不成立としたもの

裁判例を見ると、登録商標使用の抗弁が主張された例自体が少ないが、一般論として同抗弁を否定するものは見当たらない。ただし、同抗弁の成立範囲を相当に限定的に解しているとみられるものとして、富山地判平 8・6・12 平成 7 年(ワ)273 [越乃立山]（控訴棄却：名古屋高金沢支判平 9・3・19 平成 8 年(ネ)120、上告棄却：最判平 10・12・18 平成 9 年(オ)1391）がある。同判決は、被告による登録商標の抗弁の主張に対し、旧 6 条が削除されたことから「ある登録商標の出願前から周知性のある商標を使用してきた場合は、その商標の周知性は右登録商標の商標権を侵害して得たものでないから、周知商標の使用人は、不正競争防止法に基づき、右登録商標の使用差止めを求めることができるというべきである」との一般論を示し、被告商標の出願時において原告商標に周知性があったとして、被告の抗弁を排斥している¹⁹。また、東京地判平 16・7・2 判時 1890 号 127 頁 [ラ ヴォーグ南青山] は、被告の登録商標の使用の主張に対して、これが登録商標の使用であるとしても、現に無効審判が請求されていることと、原告表示との間で広義の混同が生ずることを指摘したうえで当該主張を排斥している。

ただし、これらの判決は、登録商標使用の抗弁の成立範囲を限定的に解さなくとも、前掲富山地判 [越乃立山] については被告商標登録に無効理由があるか、被告商標権の行使が権利濫用であるとして²⁰、前掲東京地判 [ラ ヴォーグ南青山] については 4 条 1 項 15 号違反の無効理由があるとして、いずれにせよ登録商標使用の抗弁を不成立にできた事案であると思われる。

② 登録商標使用の抗弁の成立範囲を特に限定的に解することなく、同抗弁を不成立としたもの

一般論として同抗弁が認められるべきことを詳細に述べた判決として、東京地判平 15・2・20 平成 13 年(ワ)2721 [マイクロシルエット] がある。同判決は旧 6 条が削除されたことに触れたうえで、「改正後の不正競争防止法（現行法）の下においても、権利の行使はそれが濫用にわたるものでない限り許されとの一般原則の適用として、商標法上、商標権の行使と認められる行為であれば、それが権利の濫用に該当するものでない限り、不正競争行為該当性が否定されるものというべきである」と述べ、商標法 25 条を根拠として、その専用権の範囲での使用行為につき登録商標の抗弁が認められるとの一般論を示している²¹。その上で、本件においては原告表示が周知であることを認識しながら、その周知性にただ

¹⁸ 田村前掲注 2・95--96 頁、田村・前掲注 16・226-229 頁。

¹⁹ 富山地決平 8・6・12 平成 8 年(モ)30（差止め仮処分異議申立事件）においても同様の判断が示されている。

²⁰ 本判決では原告商標の富山県内の周知性のみ認定されているが、原告商標を付した商品の出荷高が全国で約 30 位以内で、富山県内の酒造業者の中では最大の出荷高であることが認定されていることからして、原告商標が商標法 4 条 1 項 10 号の広知性要件を充足するものであった可能性が高い。また、同号違反が認められる場合には、今日においては権利濫用の抗弁（エマックス抗弁）も成立するであろう。

²¹ このほか、商標法 25 条を根拠に一般論として登録商標使用の抗弁が認められる旨述べたものとして、（被告の商標権の行使が権利濫用に当たるとして、結論としては抗弁不成立）。

乗りする意図で商標登録出願をした者から商標登録を受ける権利を被告が譲り受けて商法登録に至ったという事情等が認められるため、被告商標権の行使が権利濫用に当たるとして、登録商標使用の抗弁を不成立とした。

この判決のように、登録商標使用の抗弁が主張された事件の多くで、同抗弁が一般論として認められることを前提としつつ、結論としては権利濫用を理由に同抗弁が不成立となっている^{22・23}。

③ 登録商標使用の抗弁の成立を認めたもの（FUKI 事件）

不競法 2 条 1 項 1 号の請求に対して登録商標使用の抗弁を認めたものとしては、東京地判平 26・1・20 平成 25 年(ワ)3832 [FUKI] がある。本件においては、原告被告ともに、合鍵製作用のキーブランク（合鍵作製の鍵母材）を含む鍵、合鍵複製機を製造販売しており、原告代表者は被告創業者の弟、被告現代表者は被告創業者の子であった。もともと被告創業者が「F U K I」と刻印したキーブランクを製造しており、原告の代表者は被告創業者の指導の下、合鍵複製業を営むようになり、被告創業者から納入された F U K I 印キーブランクや合鍵複製用の機械を用いて合鍵複製を行っていたところ、この協力関係解消後に、原告が不競法に基づき訴訟を提起した。本件で問題となった標章の一部（被告の登録商標）は下表の通りであり、原告は被告から被告の商標権につき使用許諾を受けるという関係にあった。下表の標章のうち、被告が昔から使用していたのは本件標章 3 であった。

（表：FUKI 事件において問題となった標章の一部）

	本件標章 1	本件標章 2	本件標章 3
標章			
被告の商標登録の指定商品	第 7 類「金属加工機械器具」、第 6 類「鍵」など	第 6 類「金属製金具」、第 14 類「キーホルダー」など	第 6 類「金属製金具」など

判決は、本件標章 3 については、原告はキーブランクの販売業者として、被告は製造業者としてそれぞれ信用を蓄積しており、被告にとって本件標章 3 は「他人の商品等表示」に該当しないとして、原告の請求を棄却した。本件標章 1、2 については、被告がこれらの標章を登録商品の指定商品の範囲内で使用することは権利濫用に当たらないとして登録商標使用の抗弁を認め、指定商品に含まれない商品へ

²² 東京地判平 10・1・30 判時 1648 号 130 頁 [ギフトセゾン]、東京地判平 10・11・27 判時 1678 号 139 頁 [ELLECLUB]、東京高判平 16・3・15 平成 15 年(ネ)831 [ピーターラビット]、東京地判平 30・9・27 平成 29 年(ワ)6293 [マリカー一審]。不競法 2 条 1 項 2 号の不正競争に関して同様の判断をしたものとして、知財高判令 1・5・30 平成 30(ネ)10081 [マリカー中間]。

²³ なお、商標権侵害訴訟においても登録商標使用の抗弁が主張されることがあるが、被告の使用が登録商標と社会通念上同一の範囲にはないこと（東京地判令 4・1・31 令和 2 年(ワ)1160 [ケントブロス]）や、権利濫用に当たる（東京地判平 31・2・22 平成 29 年(ワ)15776 [moto 一審]）ことを理由に排斥されている。商標権侵害訴訟において登録商標使用の抗弁を認めたと解するものとしては、知財高判平 25・1・24 平成 24 年(ネ)10019 [KAMUI] があるが、本件は、控訴人（原告）が標準文字「KAMUI」の文字列からなる商標権の侵害を主張したのに対し、判決は被控訴人（被告）の使用する商標が登録商標「KAMUIPRO」と社会通念上同一であるとして商標法 25 条により被控訴人が当該商標を使用できたものであるが、登録商標「KAMUIPRO」については控訴人と被控訴人とで共有していたという事情のある特殊なケースでの判断であり、権利濫用論で解決すべきであった事案のように思われる。

の使用については不正競争とした。

判決が登録商標使用の抗弁を認めるにあたり、次のような事情が認められている。すなわち、①本件商標登録出願時は原告の設立の翌日であり、その時点において本件標章1及び2が、原告の営業等を表示するものとして周知であったとは認められないこと、②本件標章1及び2は、本件標章3について相当程度の信用が蓄積されていたことから、本件標章3に由来するものとしてデザインされ、その使用が開始されたものであって、原告代表者と被告創業者とで信義に反するような点は見受けられないこと、③本件標章1及び2が、現在、原告の商品等表示として周知となっていることは認めることができるものの、それを超えて全国的に著名となるに至っているとまで評価することはできないこと、④本件標章1及び2に蓄積されている出所及び品質に関する信用のうち一部は、被告に由来するものであると解することができるものであるから、被告が、本件商標権1及び2の指定商品の範囲内で本件標章1及び2を使用したとしても、商標法の趣旨に反する結果が招来されるということとはできないこと、の4つである。

3. 検討

（1）登録商標使用の抗弁の成立範囲

（i）登録商標使用の抗弁の根拠

登録商標使用の抗弁は、現行法上は明文の根拠を欠くものであり、上述の通り、旧6条の削除に当たり「従前と扱いが異なるような事態とならない」と立法過程において考えられていた理由も不明である。旧法下の学説が述べるように、一般的に不競法が商標法・意匠法等に劣後するような理由は見いだしがたい以上、現行法下において同抗弁を認めるためには単に登録商標権が存在するということにとどまらない、具体的な理由が必要である。確かに商標法25条は、商標権者の登録商標を使用する権利を「専有」と規定しているが、これのみを理由として同抗弁を正当化することは、不競法が商標権等の権利付与型の知的財産権に劣後することの言い換えに過ぎず、不正競争によって混同のおそれが生ずるのにも関わらず登録商標の使用を認めるべき具体的な根拠たり得ていないと思われる。

そのような具体的な根拠としては、田村説が述べるように、商標法4条1項10号や同法32条に求めるほかないであろう。商標登録出願時において4条1項10号の広知性要件を充足しなかった他人の商標や、出願時には充足していたが査定時²⁴には充足しない状態になった他人の商標については、その存在にも関わらず商標登録出願をする者の利益（商標登録を得て全国的に事業展開する利益や狭小地域の周知商標の調査負担の軽減）を優先しようというのが同号の趣旨²⁵であり、そのような他人と需要者が重なる地域に商標権者が進出する場合には、32条1項によって当該他人の使用の利益を保護しつつも、同条2項により混同を回避する義務を当該他人側に課するというのが同条の趣旨であると考えられるからである。

²⁴ 「査定時」の意義につき、最判平16・6・8判時1867号108頁〔LEONARD KAMHOUT〕。

²⁵ 田村前掲注2・52-54頁など。前掲最判〔エマックス〕は、商標法4条1項10号の趣旨につき、「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」と述べている。

上記のような商標法の制度趣旨を前提とすることではじめて登録商標使用の抗弁が正当化されるのであり、そうである以上、その趣旨が妥当する範囲でのみ同抗弁の成立を認めるべきこととなる。

(ii) 当事者が主張立証すべき事項

上記のことから、登録商標使用の抗弁として不正競争訴訟の被告たる商標権者が主張立証すべきなのは、(a)被告表示の使用が、登録商標と社会通念上同一の商標の当該登録に係る指定商品・役務についての使用にあたること、及び、(b)原告表示の周知性が被告商標登録出願時又は登録時のいずれかにおいて商標法4条1項10号の広知性要件を充足する程度に至っていないこと、の2点であるといえる。

(a)は、登録商標使用の抗弁として旧法の時代から要求されてきたものである。その趣旨としては、商標法は25条の定める専用権の範囲に類似を含めていないことから、同法はあくまで権利者による登録商標と同一の商標をその指定商品・役務について使用することを促進するものであり、権利者自身が類似商標を使用することはむしろ望ましくないと考えられるためである²⁶。もっとも、厳密な意味で同一でなくとも、不使用取消審判の場合と同様に(商標法50条1項及び38条5項)社会通念上同一といえる範囲であれば商標の変更は許容されるべきであろう²⁷。

(b)は、4条1項10号の趣旨に同抗弁が根拠付けられることから要求されるものである。これに関しては、商標権者が(a)のみ主張立証すれば、原告(周知表示主体)側に商標登録に同号違反の無効理由があることの主張立証責任を負わせるとの考えもありえようが(「登録商標使用の抗弁」という名称からはむしろこちらが自然であろう)、すでに述べた通り、登録商標の使用であること自体は同抗弁を認めることの理由として不十分なのであるから、被告による不競法2条1項1号該当行為によって市場に生じている需要者の混同のおそれを放置すべき積極的な事情を被告の側で示させるほうが妥当であるように思われる。

被告が(a)(b)の両方の主張立証に成功した場合、原告としては(c)被告の商標登録に無効審判請求の可能な無効理由があること、(d)被告による商標権の行使が権利濫用に当たることのいずれかを主張立証すれば、同抗弁は不成立となるのは従来の学説や裁判例が述べるところであるが、これらのほか、被告の使用を許すことが同抗弁を認める趣旨から実質的に正当化できない事情が認められるのであれば、同抗弁は不成立とするべきである。すなわち、上述の通り、同抗弁は4条1項10号の広知性要件を充足しない程度の周知表示の存在によって登録商標の全国的な使用が妨げられることを防ぐ必要があるために認められるのであるから、被告の不正競争が問題となる時点において実質的にそのような必要性に乏しい場合には、権利濫用とまではいえない場合であっても抗弁の成立を認めるべきではない²⁸。

具体的にそのようなケースとしては、例えば、現時点(不正競争の差止請求の場合は、事実審の口頭弁論終結時)において、(e)原告周知表示が全国的に著名となっている、(f)原告周知表示が商標法4条1項10号の広知性を充足する程度に周知になっており、かつ被告商標に独自の信用が化体していない、

²⁶ 前掲最判[マックバーガー]など。

²⁷ 田村前掲注2・94頁注(3)。

²⁸ 小野昌延＝松村信夫『新不正競争防止法概説 上巻』(青林書院、2020年)54-55頁は、旧6条が削除されたことにより、権利濫用の状況でなくとも、他者による商標使用を知悉しながら商標登録出願をしたとの一事をもって登録商標使用の抗弁は許されなくなった旨述べている。他者による商標使用を知悉していても、その周知の範囲が4条1項10号の広知性を充たさないのであれば、商標登録出願は当然許されるべきであるから(田村前掲注2・53頁参照)、このような事情のみをもって同抗弁を不成立とすべきではないが、現行法において権利濫用にこだわる必要はないとの指摘自体は正当であろう。

又は(g)被告商標の示す出所に原告も含まれる場合が考えられ、これらのいずれかに当てはまる場合にも登録商標使用の抗弁は不成立とすべきである²⁹。

(e)は田村説と同旨である。同説が指摘するように、原告表示が全国的に著名となっている場合には、もはや商標権者に信用を蓄積させる余地はなく、かえって混乱を招くことになるのであるから、被告による登録商標の使用を差し止めるべきであろう³⁰。同説によれば、このような場合には商標権者から周知表示主体への権利行使は権利濫用として認められないことになるが³¹、相手方が全国的に著名であるとの一事をもって権利濫用を肯定してよいかについては議論のあるところである³²。仮に他の事情を含めて考慮しないと権利濫用にならないのだとしても、登録商標使用の抗弁が問題となる場面においては、この一事をもって、同抗弁を不成立とする十分な根拠となると考える。

(f)は、現時点で商標登録出願する場合には4条1項10号違反となるようなケースである。このようなケースで被告商標が不使用であるか不使用も同然の状態であるのであれば、現時点から被告商標の信用構築を促しても広範囲に混同が生ずるのであるから、被告商標権の行使が権利濫用になるかはともかく³³、同号の趣旨から登録商標使用の抗弁を正当化するのは無理があるように思われる。このような状態であれば、むしろ異なる商標を被告が使用すべきであろう。

(g)は商標に蓄積する信用の主体に原告も含まれるというケースである。商標法4条1項10号は、全国に潜在的に存在する一定地域での周知表示主体と（全国での使用が想定される）登録商標権者との調整のための規定であり、もともと一体的に事業を行っていた複数事業者が分裂した場合の調整についてはこれらの規定の目的とするところではない。すなわち、このような「仲間割れ」のケースにおいて、登録商標使用の抗弁に調整機能を求めることは、同抗弁の趣旨から正当化できない。したがって、このようなケースでは同抗弁は一律に否定し、他の不競法の規律や権利濫用論に委ねるべきであろう。

（2）私見を採用する効果

上記の私見によれば、周知表示主体に対する商標権の行使が許されるような場合（無効の抗弁や権利濫用により否定されないような場合）であっても登録商標使用の抗弁が不成立となることがありうることになる。このような帰結については一見奇異に感じられるかもしれないが、上記の私見は、要するに商標法4条1項10号及び32条の趣旨が妥当しない場合には不競法の規律に委ねるべきというものであり、商標権の存在それ自体をもって登録商標使用の抗弁が正当化されるわけではない以上、上記の趣旨が妥当しない場合にまで調整機能を同抗弁に持たせるべき理由はないというべきである。また、上記の

²⁹ 2025年1月12日に実施された本研究プロジェクトの意見交換会での筆者の報告においては、筆者は（(a) (b)が認められるにも関わらず）登録商標使用の抗弁が不成立となる理由として権利濫用と登録無効のみを挙げており、これらにあってはまらない仲間割れのケースなどは同抗弁を認める方向性を示していた。しかしながら、その後の意見交換において、筆者が従前していた主張との関係では（後注35参照）このようなケースでも同抗弁を不成立とすべきではないかとの指摘がなされ、これを受けて再考した結果、本文で述べた解釈論が妥当との結論に至った。上記の指摘をいただいた田村善之教授をはじめ、当日議論いただいた方々に感謝申し上げる。

³⁰ 田村前掲注2・93頁。

³¹ 田村前掲注2・90頁。

³² 東京地判平11・4・28判時1691号136頁「ウイルスバスター」は、全国的に著名となった周知表示主体に対する商標権の行使が権利濫用として許されないと判示しているが、権利濫用を肯定するに当たり、登録商標が不使用であることや原告が将来にわたって使用する計画もないという事情も考慮されている。蘆立順美「判批」『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣、2002年）71頁は、このような事情を考慮することについて肯定的に評価している。

³³ もっとも、このようなケースではほとんどの場合に権利濫用となるように思われる。

私見を採用した帰結についても次に述べるように不当なものとは思われない。

まず登録商標使用の抗弁が成立して、周知表示主体から商標権者への不競法2条1項1号を理由とする差止請求が棄却された場合について考えてみよう。この場合、商標登録に無効理由はなく、商標権の行使が権利濫用にもならないのであるから、周知表示主体の表示の使用については、先使用权（商標法32条1項）が認められない限り、商標権者から周知表示主体への差止請求は認められることになる。差止めが認められた場合、商標権者のみが問題の表示（登録商標）の使用を継続できる。先使用权が認められた場合、周知表示主体が混同防止表示を施して（同法32条2項）、両者の表示は併存できることになる。このような帰結は、商標法4条1項10号及び32条の趣旨にまさに沿うものといえよう。

登録商標使用の抗弁が不成立で、周知表示主体から商標権者への差止請求が認容されたとする。抗弁不成立の理由が、商標登録に無効理由があることか、商標権の行使が権利濫用に該当するというものであった場合、商標権者から周知表示主体への差止請求は棄却されることになるため、周知表示主体のみが問題の表示の使用を継続できる。この帰結については従来の学説・裁判例と変わるところがない。

商標登録に無効理由がなく、商標権の行使が権利濫用にもならないが、商標法4条1項10号・32条の趣旨が妥当しないという理由で登録商標使用の抗弁が不成立となったのであれば、商標権者から周知表示主体への差止請求が認容されることになる。このような場合、両者とも表示の使用継続ができない状態となる。この状態は、混同のおそれが完全に解消されている反面、これまで一定の信用が蓄積されていた周知表示や登録商標のいずれもが全く使用されない事自体は両当事者にとってだけでなく、需要者にとっても不利益といえる。このような状態よりも、いずれか一方のみが表示の使用を継続できている状態や、いずれかが混同防止措置を施したうえで両表示が併存している状態のほうが社会的に望ましいということは十分考えられる。

しかし、どのような状態が望ましいかは、個別のケースによって、より具体的には各表示が果たしていた識別力の程度や表示の変更や変更後の表示を浸透させるコストの大きさ等の事情に応じて、変化しうるものであり、法により一律に定めるのは困難であり、またそうすべきでもない。個別の状況に応じた望ましい状態の実現については、当事者の協議に委ねるべきであろう。お互いにお互いの許諾がなければ表示を使用できないという状況においては、少なくとも一方にとって表示を継続使用する利益が十分大きければ、その利益が誘因となって相手方との協議がなされ³⁴、社会的に望ましい状態が達成される可能性がある。

筆者は以前から、もともと一体的に事業を行っていた複数事業者が分裂した場合で、同一の表示の示す出所が複数になってしまった場合には、お互いが不競法2条1項1号の「他人」に該当するため、双方の同号に基づく差止請求が認められることがありうる。及び、このような帰結が当事者の競技による解決を促すためのデフォルト・ルールとして妥当なものであることを主張してきている³⁵。本稿で

³⁴ 商標登録については継続して3年間不使用であれば不使用取消の対象になるため（商標法50条1項）、周知表示主体としては差止請求が認容されてから最長3年待てば不使用取消審判を提起できる。このことは周知表示主体にとって商標権者に対して優位な要素ではあるが、他方で不使用取消審判の審決確定までは長期間を要し、その間周知表示が使えないとなると、周知性自体が認められなくなる可能性があるため、周知表示主体が一方的に優位になるとは限らない。

³⁵ 宮脇正晴「FUKI 事件判批」L&T69号89頁（2015年）。この論文において筆者は、田村善之「分業体制下における不正競争防止法2条1項1号・2号の請求権者-対内関係的アプローチと対外関係的アプローチの相剋-」知的財産法政策学研究40号100-101頁（2012年）の唱える「他人」要件の解釈に賛同しつつ、一方の帰属主体が分裂前に販売されていた商品と実質的に同一の品質管理に服した商品を販売等している場合には、混同のおそれを否定することで、販売継続を認めるべきである旨主張した。ただし、不競法2条1項1号に関する裁判例の趨勢は、当事者双方とも出所といる場合にはお互い同号の「他人」に該当しないためお互いに不正競争とならない（東京高判平17・3・16平成16（ネ）2000〔アザレ化粧品Ⅱ〕など）というものであることに留意されたい。

述べた上記の解釈論は、筆者のこの従来の主張と整合するものである。

（3）裁判例の評価

以上の私見を前提に、これまでの裁判例を評価すると、次のとおりとなる。まず、登録商標使用の抗弁の余地を相当限定的に解したとみられる前掲富山地判〔越乃立山〕と前掲東京地判〔ラ ヴォーグ南青山〕については、一般論のレベルでは私見と異なるものを前提としていると思われるが、すでに述べた通り、結論としては商標権の行使を否定できる事案と思われるので、特に異論はない。登録商標使用の抗弁を否定したその他の判決群についても、結局のところ商標権の行使を権利濫用等によって否定できるものばかりであるから、結論については異論はない。

次に、登録商標使用の抗弁を認めた前掲〔FUKI〕について検討する。本件においては、被告商標登録出願時において原告は設立直後であるため、原告表示が商標法4条1項10号の広知性を充足している状態でなかったことは明らかであるため、上記(b)を充足する。このため、被告登録商標と社会通念上同一の商標をその指定商品・役務の範囲で使用する行為（上記(a)）については、登録商標使用の抗弁が原則として認められることになる。

この場合、私見によれば、被告の商標登録に無効審判請求の可能な無効理由があること（上記(c)）、被告による商標権の行使が権利濫用に当たること（上記(d)）、又は被告の使用を許すことが同抗弁を認める趣旨から実質的に正当化できない事情が認められること（上記(e) (f) (g) その他）のいずれかが肯定されれば同抗弁は不成立となる。これらのうち、判決は権利濫用については明確に否定しており、被告商標登録に無効理由があったとの事情も認められていないから、問題は同抗弁を認める趣旨から実質的に正当化できない事情が認められるかどうかである。

本件では、もともと一体的に事業を行っていた当事者間に関する紛争についてのものであるから、上記(g)に該当するため、同抗弁は不成立とすべきであったように思われる。判決は、本件で被告が登録商標の指定商品の範囲内で本件標章1及び2を使用したとしても、「商標法の趣旨に反する結果が招来されるということとはできない」と評しているが、ここで問題とすべきは商標法の趣旨に反するかではなく、商標法の趣旨（同法4条1項10号及び32条の趣旨）から積極的に正当化できるかということであったように思われる。

Ⅲ. 商品形態模倣規制と意匠法

大阪大学大学院法学研究科 青木 大也 准教授

1. はじめに

本稿は、ともにデザインを保護するための制度と目される、日本における意匠法と不正競争防止法上の商品形態模倣規制（不正競争防止法2条1項3号）とを対比しつつ、両制度の併存の状況や課題等を探るものである。このような研究自体は、筆者自身によるものを含め¹、既に様々に行われているところであるが²、特に両制度における近時の改正を踏まえたうえで改めて検討しておくことは、無駄ではないと思われる。

ことに、本プロジェクトが日本と中国の研究者による共同研究であるところ、中国における反不正競争法においては、日本における商品形態模倣規制に相当する個別の規制が（少なくとも明示的には）設けられていないことから、日本の商品形態模倣規制に関する本稿での紹介・検討が、中国において今後議論するに際して、多少なりとも裨益するところがあればと思う次第である。そして、検討に向けては、直接的な商品形態模倣規制と意匠法の併存の在り方だけではなく、その内容を、日中両国に共通して存在する意匠法（中国にあっては、専利法のうち外觀設計専利に関連する制度）に係る立法上、解釈上の示唆にも落とし込むこととした。

なお、本稿は意匠法と商品形態模倣規制に注目した実体面の比較及び実体的なメリットを検討するものであり、知的財産権ないし知的財産法と不正競争防止法の理論面での兼合い一般については、先行する本共同研究の成果³のほか、本共同研究における島並良教授及び呉漢東教授の論文を参照されたい。

2. 商品形態模倣規制の概要

（1）日本における不正競争防止法

日本には、特許法や著作権法といった権利付与型の制度を採用した知的財産法のほかに、特定の行為を不正競争としたうえで、それを規制する、行為規制型の不正競争防止法が存在する。

不正競争防止法は、2条1項にて、不正競争に該当する行為を列挙しており、一方で概括的な条項（一般条項）は規定されておらず、特定の規制対象行為の類型をリスト化して規定する仕組みになっている

¹ 青木大也「不正競争防止法におけるデザインの保護—2条1項3号と意匠法との対比を中心に」NBL1020号（2014）30頁。

² 杉光一成「『規制立法』としての知的財産法—デザイン保護における意匠法の役割に関する試論」NBL1020号（2014）37頁、外川英明「不正競争防止法2条1項3号について—意匠法との関係を中心に」別冊パテント11号（2014）81頁、五味飛鳥「不正競争防止法2条1項3号による保護と意匠法による保護—デッド・コピー規制を非登録型デザイン保護制度としてみた場合の可能性と課題」別冊パテント14号（2016）6頁、宮脇正晴「商標法、意匠法及び不正競争防止法における同一性と類似性」同15頁、田村善之「意匠登録がない商品デザインの保護の可能性—著作権法・不正競争防止法の交錯」コピライト676号（2017）2頁等。なお「不正競争防止法2条1項3号によるファッションデザイン保護」有斐閣ONLINEロージャーナルL2305003以下も参照。

³ 李明徳「中日における不正競争防止法に関する比較研究」平成27年度知的財産に関する日中共同研究報告書（2015）84頁。

(限定列举主義)。したがって、ここに掲げられていない行為については、不正競争に該当しないことになる⁴。

不正競争に該当する場合、それによって営業上の利益を侵害される者等による差止請求(3条1項)、損害賠償請求(4条)といった民事上の救済のほか、一定の場合には刑事罰(21条)の対象にもなる。

(2) 商品形態模倣規制

不正競争防止法2条1項3号は「他人の商品の形態(当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。)を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為」を不正競争と定める。

ここでいう「商品の形態」とは、「需要者が通常の用法に従った使用に際して知覚によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光沢及び質感をいう」とされている(2条4項)。また、模倣することについては、「他人の商品の形態に依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう」とされている(2条5項)。

これらの規定の趣旨としては、以下のように説明されている。すなわち、「模倣品・海賊版を放置すると、模倣者は商品化のためのコストやリスクを大幅に軽減することができる一方で、先行者の市場先行のメリットは著しく減少し、模倣者と先行者との間に競争上著しい不公正が生じ、個性的な商品開発、市場開拓への意欲が阻害されることになり、公正な競争秩序を崩壊させることにもなりかねない」。「個別の知的財産権の有無にかかわらず、他人が商品化のために資金・労力を投下した成果を、他に選択肢があるにもかかわらずことさら完全に模倣して、何らの改変を加えることなく自らの商品として市場に提供し、その他人と競争する行為は、競争上、不正な行為として位置付けられる」というものである⁵。

なお、「日本国内において最初に販売された日から起算して三年を経過した商品について、その商品の形態を模倣した商品を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為」については、規制の対象から除外されている(適用除外。19条1項6号イ)。この条文の解釈をめぐる諸説あり、文言からすると、「最初に販売された日」はあくまで保護の終期の起算点を定めるもので、保護の始期については別途のものと考えられる⁶。ただし、近時の裁判例にあってはこれを統一的に運用するかのような事例もある点に留意する必要がある⁷。

3. 商品形態模倣規制と意匠法の対比

以上のような商品形態模倣規制は、ある種のデザイン保護法制としての役割を担っているところ、同

⁴ なお、不正競争に該当しない行為について、全く規制が及ばないとも限らない点には留意する必要がある。本稿との関係で言えば、他人の成果物へのフリーライドについては、民法上の不法行為(民法709条)という形で規制の対象となる可能性がある。この点については、従来最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁平成21年(受)602号等[北朝鮮映画]の影響のもと、認められにくいものと思われていたが、商品形態に係るものではないものの、不法行為の成立を認めた近時の事例として、東京高判令和6年6月19日令和3年(ネ)4643号[バンドスコア]がある。

⁵ 経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法(第3版)』(2024、商事法務)88頁。

⁶ 田村善之『不正競争法概説(第2版)』(有斐閣、2003)312頁、経済産業省知的財産政策室・前掲注5)254-255頁注5等。

⁷ 知財高判平成28年11月30日判時2338号96頁平成28年(ネ)10018号[スティック型加湿器]。同判決の評価について、比良友佳理「[スティック型加湿器]判批」知的財産法政策学研究49号(2017)383頁参照。

じくデザインの保護を主目的とする意匠法との関係で、どのような違いがあるのか、本稿の目的に鑑み、以下で簡単に対比することとする。

（１）保護に係る時期的な問題

（i）保護の開始時点

既に述べたように、商品形態模倣規制の保護の始期について、明文の規定はないものの、「取引の対象とし得る商品化は、客観的に確認できるものであって、かつ、販売に向けたものであるべきであり、量産品製造又は量産体制の整備をする段階に至っているまでの必要はないとしても、商品としての本来の機能が発揮できるなど販売を可能とする段階に至っており、かつ、それが外見的に明らかになっている必要がある」とする裁判例がある⁸。具体的には、商品展示会への出品で保護が開始されたと判断している。

一方、意匠法にあっては、意匠の創作後、意匠登録出願を行い、審査を受けて、意匠権設定登録がなされることで初めて意匠権が発生し、保護が開始される。このため、意匠の創作から保護の開始までにタイムラグが生じてしまう（現在の権利化までの期間は、2023年度は6.8か月とのことである）⁹。

例えばファッション業界のデザイン保護については、このタイムラグの影響を受けやすいとされる¹⁰。ファッション業界は、商品のサイクルが非常に早いため、意匠権も設定登録がされた頃には、もうシーズンや流行が終わっていたり、あるいは展示や販売を意匠権設定登録前から行った場合には、すぐに模倣品が出現し、一方で意匠権設定登録される頃には、すでに模倣品が売り切られてしまっていたりするといった状況が生じる。

これに対して、商品形態模倣規制については、商品化を完了すれば、それ以降自動的に保護が開始される点で、上記のような業界においては、意匠法よりも使い勝手が良い場面もあろう。

（ii）販売後の保護

また、同じくファッション業界等にありがちな問題として、多くの種類の商品を一気に市場に投入し、その中からヒットした商品について保護を行いたいというニーズがある。

この点、意匠法にあっては、もちろん最初からすべての商品について意匠登録を備えておくことも考えられるが、コスト面で現実的ではないとされている¹¹。そうすると、実際にヒットした商品に係る意匠について、その販売後に、新規性喪失の例外（意匠法S4条2項）を活用して、意匠登録を受けることが考えられる。ここで問題となる新規性喪失の例外は、自らの行為に起因して公開された意匠について、その公開から1年の間に意匠登録出願をした場合に、一定の手続を行うことで、当該公開について引例

⁸ 前掲注7) [スティック型加湿器]。

⁹ 特許行政年次報告書2024年版20頁。

¹⁰ ファッションにつき、以下、五味・前掲注2) 7頁、中川隆太郎「ファッションデザインと意匠法の「距離」」日本工業所有権法学会年報43号(2019)99頁、関真也「アパレルデザインの不正競争防止法2条1項3号による保護-「流行」の生成プロセスから見た商品形態の実質的同一性の捉え方の検討」特許研究68号(2019)53頁等を参照。

¹¹ 中川・前掲注10) 103頁。

から除外することが可能となるものである¹²。しかし、新規性喪失の例外は、あくまで上記の範囲で自らの公開した意匠について引例から除外するものであり、例えば第三者が独自に類似する意匠を公開したり、意匠登録出願したりしてしまえば、それが引例として機能することで、結果として意匠登録を受けられないことは十分にあり得る¹³。

他方、商品形態模倣規制にあっては、市場に投入された商品については、各々保護が与えられ得ることになる。意匠法におけるように選択をする必要はない点で、有用であろう。

（iii）販売前の保護

これに対して、商品の販売前におけるデザインの保護は、意匠法によらなければならない。確かに商品形態模倣規制における保護の始期については争いがあるが、それでも限界はある。デザインをストックしておきたいケースや、デザインから市場投入までに時間がかかるようなケース¹⁴にあっては、意匠法による保護が有効となろう。

なお、早めに意匠登録出願をすると、場合によっては、出願人にとって予期せぬタイミングで、自らの意匠が意匠公報により公開されてしまう可能性がある（意匠法 20 条 3 項）。しかし、このような事態に対応して、秘密意匠制度（14 条）が用意されており、意匠権設定登録後も、一定期間意匠公報に掲載されないままにしておくことができる¹⁵。

（2）保護の対象の問題

（i）「意匠」と「商品の形態」

商品形態模倣規制における「商品の形態」については、先述の 2 条 4 項の定義に含まれる限りは、有体物、無体物問わず、その形態が保護の対象となる。特に 2023 年（令和 5 年）改正後は、規制行為に電気通信回線を通じた提供が追加されたことにより、結果として、商品に無体物が含まれ、その形態も保護されることが明確になった¹⁶。

一方、意匠法は 2019 年（令和元年）改正の結果、現在は 3 つの種類の意匠を保護の対象としている。すなわち、物品の意匠、建築物の意匠、画像の意匠である（意匠法 2 条 1 項）。そして画像の意匠については、条文からも明かなように、「機器の操作の用に供されるもの」（操作画像）と「機器がその機能を発揮した結果として表示されるもの」（表示画像）のみを対象としている。

この差異から、仮想空間上のオブジェクトなど¹⁷、意匠法による保護が難しい（操作画像にも表示画

¹² 新規性喪失の例外をめぐっては、2023 年改正により、さらに使い勝手が向上している。その意義や課題について、さしあたり、青木大也「意匠法における新規性喪失の例外をめぐり一考察—令和 5 年改正を踏まえて」民商法雑誌 159 巻 5 号（2023）587 頁参照。

¹³ 山本真祐子「デッドコピー規制による現代衣服デザインの法的保護の現状と在り方—イギリス法と日本法の比較検討」日本工業所有権法学会年報 47 号（2023）2 頁、17 頁注 10 も参照。

¹⁴ この場合、第三者による意匠権取得を阻止する点でも重要となろう。

¹⁵ 秘密意匠制度については、さしあたり、青木大也「秘密意匠制度に関する一考察—その効果をめぐって」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂、2020）187 頁参照。

¹⁶ 経済産業省知的財産政策室・前掲注 5）42 頁注 5。

¹⁷ 意匠法における仮想空間上のオブジェクトの保護余地につき、さしあたり、関真也「メタバースにおけるオブジェクトのデザイン保護と創作活動への影響—意匠法及び不正競争防止法 2 条 1 項 3 号を中心に」特許研究 75 号（2023）31 頁、田村善之「メタバースにおける「実用品」の利用をめぐり各種知的財産法の交錯」情報通信政策研究 7 巻 1 号（2023）101 頁、青木大也「画像の意匠の可能性と限界—仮想空間を念頭に」別冊パテント 31 号（2025）掲載予定等参照。

像にも該当しない）デザインも、商品形態模倣規制により保護することが可能となっている¹⁸。

さらに、商品の形態については、「光沢、質感」も、商品の形状と結合する限り、その要素として含まれることが条文上明らかにされているが¹⁹、意匠の定義にこれらは含まれていないことから、その保護が困難となるおそれがある²⁰。

（ii）特殊な保護対象・方式

意匠法においては、特別な保護対象・方式として、①部分意匠（意匠法2条1項カッコ書き）、②組物の意匠（意匠法8条）、③内装の意匠（8条の2）が用意されている。①は、物品等の一部の意匠を保護対象とすることを可能とするものである。また、②は、経済産業省令により列挙された物品等の組合せ（意匠法施行規則8条、別表）に限り、そのセットとしての意匠を保護するものである。③は、2019年改正で導入されたものであり、店舗等の内装の意匠を保護するものである。

一方、商品形態模倣規制にあつては、上記はいずれも「商品の形態」の解釈問題となろう。①に対応して、商品の形態の部分の保護することについては、独立して取引の対象となるものは保護するが、そうでない場合は、全体模倣に匹敵するような例外的な事情がある場合を除いて、その保護を否定する運用が裁判実務において採用されている²¹。また、②セットものの商品の形態については、保護の対象となりえるが²²、その配置等の影響も受け得る点に留意する必要があるだろう。一方で、組物の意匠と異なり、セット物を構成する物品等について限定されない利点はあると思われる。最後に、③店舗等の内装については、実例が乏しいものの②と同様のこととなると思われるが、後述の通りその規制行為との関係で、内装そのものを譲渡等することは想定しにくいとの指摘がある²³。

以上の点からすると、特に商品の一部のデザインを保護したい場合には、部分意匠制度を擁する意匠法の重要性が指摘できよう²⁴。

（3）保護の仕組みの問題

既に述べたように、不正競争防止法は特定の行為を不正競争として規制する、行為規制の方式を採用しており、権利を付与する意匠法とは異なる。

特に、意匠法にあつては、意匠権を有する者が、差止請求（意匠法37条）や損害賠償請求（民法709

¹⁸ これらの点につき、産業構造審議会知的財産分科会第16回意匠制度小委員会資料1「意匠制度に関する検討課題について」19頁等を参照。https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/isho_shoi/document/16-shiryu/03.pdf（2025年1月20日最終閲覧、以下URLについてすべて同じ）

¹⁹ 裁判例としても、光沢及び質感が実質的同一性の判断に影響を与えたものとして、例えば、大阪地判令和5年10月31日令和4年（ワ）6582号「パール付き衣服」。

²⁰ ただし、光沢については、これを色彩の一種として取り込む見解（寒河江孝允＝峯唯夫＝金井重彦編『新版意匠法コンメンタール』（勁草書房、2022）56-58頁「五味飛鳥」）が、また質感についても、これを意匠の構成要素として取り込んでいるように読める裁判例（大阪地判平成21年11月5日平成21年（ワ）2726号「長靴」）がある。

²¹ 東京地判平成17年5月24日判時1933号107頁平成15年（ワ）17358号「マンホール用足掛具」、東京地判平成25年4月12日平成23年（ワ）8046号等「キャディバッグ」。学説上、商品の一部の形態を商品形態と捉えることについて肯定的なものとして、例えば、小野昌延編著『新・注解不正競争防止法（第3版）上巻』（青林書院、2012）483頁「泉克幸」、否定的なものとして、例えば、茶園成樹「物品の部分の形態に対する意匠法等による保護」三村量一先生古稀記念論文集『切り拓く-知財法の未来』（日本評論社、2024）658頁以下参照。

²² 大阪地判平成10年9月10日知財集30巻3号501頁平成7年（ワ）10247号「小熊タオルセット」。

²³ 中川隆太郎「空間デザイン」茶園成樹＝上野達弘『デザイン保護法』（勁草書房、2022）161-162頁参照。

²⁴ 五味・前掲注2）10頁参照。

条)を行うことが想定されるが、商品形態模倣規制にあっては、営業上の利益を侵害される者等とのみ定められているため、請求権者をめぐって争いが生じやすい²⁵。例えば、①他人の商品を模倣した商品の販売者、②仲間割れした開発者同士、③(独占的)販売権者等について、各々請求権者となれるのかといった点で、議論がある²⁶。

(4) 保護範囲の問題

(i) 依拠の要否

意匠法における意匠権は、相手方の依拠を要件としていない。第三者のいわゆる独立創作の場面であっても、意匠権は及ぶ。

対して、商品形態模倣規制は、模倣を要件とするところ、ここでいう模倣とは、「既に存在する他人の商品の形態をまねてこれと同一または実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいい、客観的には、他人の商品と作り出された商品を対比して観察した場合に、形態が同一であるか実質的に同一といえる程に酷似していることを要し、主観的には、当該他人の商品形態を知り、これを形態が同一であるか実質的に同一といえる程に酷似した形態の商品と客観的に評価される形態の商品を作り出すことを認識していることを要する」とする判示²⁷にも見られるように、依拠性を要求する²⁸。

(ii) 類似性と実質的同一性

① 広狭について

意匠権は登録意匠と同一の意匠だけでなく、類似の意匠にも権利が及ぶとされている(意匠法23条)。ここでいう意匠の類似について、近時の裁判例では、一般論として「登録意匠と対比すべき相手方の意匠とが類似であるか否かの判断は、需要者の視覚を通じて起こさせる美感に基づいて行う」(意匠法24条2項)ものとされており、意匠を全体として観察することを要するが、この場合、意匠に係る物品の性質、用途及び使用態様、並びに公知意匠にはない新規な創作部分の存否等を参酌して、取引者・需要者の最も注意を惹きやすい部分を意匠の要部として把握し、登録意匠と相手方意匠とが、意匠の要部において構成態様を共通にしているか否かを重視して、観察を行うべきである」と述べるものがある²⁹。

一方、商品形態模倣規制においては、他人の商品の形態と実質的に同一の商品の形態に係る各種行為に規制が及ぶ(不正競争防止法2条5項)。ここでいう実質的同一の範囲については、「作り出された商品の形態が既に存在する他人の商品の形態と相違するところがあっても、その相違がわずかな改変に基づくものであって、酷似しているものと評価できるような場合には、実質的に同一の形態であるといえるべきであるが、当該改変の着想の難易、改変の内容・程度、改変による形態的効果等を総合的に判断して、当該改変によって相応の形態上の特徴がもたらされ、既に存在する他人の商品の形態と酷似しているものと評価できないような場合には、実質的に同一の形態とはいえない」とするものがある³⁰。

²⁵ 外川・前掲注2) 92頁参照。

²⁶ 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法(第3版)上巻』(青林書院、2012) 517頁以下[泉克幸]。

²⁷ 東京高判平成10年2月26日知財集30巻1号65頁平成8年(ネ)6162号[ドラゴンキーホルダー]。

²⁸ 依拠性に関する詳細は、小野昌延編著・前掲注26) 488頁以下[泉克幸]参照。

²⁹ 知財高判平成28年7月13日判例時報2325号94頁平成28年(ネ)10001号[道路橋道路幅員拡張用張出し材]。

³⁰ 前掲注27)[ドラゴンキーホルダー]。

この両者の具体的な広狭については、そもそも事例ごとに様々な運用がされる上、理論的にも（趣旨が異なることもあって）その広狭がはっきりと指摘されることはあまりないが、意匠の類似の方がより広いと整理されることが多いように思われる³¹。また、両者とも、技術的・機能的形態については、その保護が制限されることが窺える³²。

② 判断主体について

続いて、意匠の類似性に関する判断主体について、意匠法においては（少なくとも登録意匠の権利範囲に関しては）需要者を基準とすることが明示されている（意匠法 24 条 2 項）³³。

一方、商品形態模倣規制においては、明文の規定はないものの、先述した商品の形態の定義に係る不正競争防止法 2 条 4 項における「需要者が……知覚によって認識することができる……」との記述からすると、その実質的同一性の判断においては、少なくとも需要者を取り込んだ基準とせざるを得ない状況と思われる³⁴。

③ 物品/商品の共通性について

最後に意匠法にあっては、意匠の類似の要件として、その物品等の類似も要求されると考えられている³⁵。例えば、自動車に係る意匠の意匠権を有していたとしても、同様のデザインの自動車の玩具について権利を及ぼすことはできないし、当該自動車と同様の無体物のデザイン、例えば、そのデザインを模したアイコンのような操作画像や、仮想空間上のオブジェクトについても、類似するとは言えない。対して、商品形態模倣規制においては、従来、実質的同一性の前提として商品の同種性が要求されるとの整理もあり得るところであるが³⁶、後述するように、2023 年改正において、有体物と無体物の商品の形態の間でも模倣、すなわち実質的同一性を認めることになったことからして、上記は追加投資の要否に含まれるものと整理されているようである³⁷。

（5）規制される行為の問題

（i）規制される行為

³¹ 意匠法における類似の方が保護範囲が広いと指摘するものとして、外川・前掲注 2) 90 頁、小倉秀夫＝高瀬亜富＝金井重彦＝山口三恵子編著『新版不正競争防止法コンメンタール』（第一法規、2025）105 頁〔伊藤真＝平井佑希〕。一方で、杉光・前掲注 2) 42-43 頁も参照。

³² 意匠法につき、例えば、茶園成樹編『意匠法（第 2 版）』（有斐閣、2020）107-108 頁等、商品形態模倣規制につき、例えば、小倉＝高瀬＝金井＝山口編著・前掲注 31) 110-114 頁〔伊藤真＝平井佑希〕等を参照。

³³ その意味に関する近時の論考として、横山久芳「意匠権侵害訴訟における意匠の類否判断に関する考察」学習院大学法学会雑誌 55 巻 1 号（2019）233 頁、茶園成樹「意匠の類否判断の判断主体」清水節先生古稀記念論文集『多様化する知的財産権訴訟の未来へ』（日本加除出版、2023）847 頁。

³⁴ ファッション IP ロー研究会「不正競争防止法 2 条 1 項 3 号によるファッションデザイン保護（1）」有斐閣 ONLINE L2305003（2023）1051〔山本真祐子発言〕、「同（2）」有斐閣 ONLINE L2305004（2023）1006〔田村善之発言〕。両者併用の余地を示唆するものとして、青木・前掲注 1) 35 頁、小倉＝高瀬＝金井＝山口編著・前掲注 31) 368 頁〔伊藤真＝平井佑希〕等も参照。また、蘆立順美「ファッション・デザイン」茶園＝上野編・前掲注 23) 112 頁も参照。

³⁵ 最判昭和 49 年 3 月 19 日民集 28 巻 2 号 308 頁〔可撓伸縮ホース〕。その意義等については、青木大也「意匠の類似と物品の類似-知的財産権の範囲と物品等の意義」日本工業所有権法学会年報 40 号（2017）19 頁。

³⁶ 青木・前掲注 1) 35 頁、宮脇・前掲注 2) 20 頁。

³⁷ 麻生典「デジタル空間における形態模倣行為の防止」ジュリスト 1590 号（2023）42 頁、田村・前掲注 17) 118 頁注 50 も参照。

意匠法においては、意匠権により独占される、すなわち第三者が規制される行為について、実施概念を用いて、意匠の類型ごとに規定している（意匠法 2 条 2 項各号）。例えば物品の意匠であれば、物品の製造、使用、譲渡等を実施行為としており（同項 1 号）、それを業として行くと、意匠権侵害となる（23 条）。また画像の意匠であれば、その画像の作成や電気通信回線を通じた提供等を実施行為とする（2 条 2 項 3 号イ）。加えて意匠法においては、意匠権侵害の予備的行為を対象とした、いわゆる間接侵害も規定されている（意匠法 38 条）。こちらも 2019 年改正により整理・強化されている。

一方、商品形態模倣規制により規制できる行為には、譲渡等が規定されるに留まり、商品の製造や使用は含まれていない。その趣旨としては、「試験研究のための模倣行為まで規制対象とされるなど規制が過度になり、妥当ではない」³⁸ことを理由としている。

そのため、単純に見る限り、意匠権による規制対象行為の広さは、注目されるように思われる³⁹。

（ii）仮想空間との関係

ところで、商品形態模倣規制については、2023 年改正により、電気通信回線を通じた提供も規制行為に追加されることとなった。これは、仮想空間における商品の形態も保護の対象とするとともに、リアル・バーチャルの交錯する模倣についても、規制を及ぼすことを目的としたものであった⁴⁰。

一方、意匠権については、先述の通り、その規制対象となる行為は、物品、建築物、画像のそれぞれの意匠によって異なり、各々に対応した実施行為しか規制することができない⁴¹。そのため、例えば、自動車に係る意匠の意匠権によっては、当該物品、すなわち自動車等の製造等について規制できるに留まり、当該自動車と同様の無体物のデザイン、例えば、そのデザインを模したアイコンのような操作画像や、仮想空間上のオブジェクトについて、権利を及ぼすことはできないことになる。また先述のように、物品の意匠と画像の意匠が類似する余地もほとんど想定されておらず、その観点からも、物品等の意匠に対応するデザインの仮想空間上での保護は、相対的に手薄と言わざるを得ない状況となる。

（6）保護期間の問題

意匠権に係る保護期間は、出願日から 25 年間とされている（意匠法 21 条 1 項）。この期間は、2006 年（平成 18 年）改正前までは登録日から 15 年であったところ、2006 年改正により 20 年に延長され、さらに 2019 年改正によって出願日基準となりつつも、25 年へと延長されることとなった。これらの延長は、デザインの長期保護のニーズ等が理由として挙げられている⁴²。

他方、商品形態模倣規制は、日本国内において最初に販売された日から起算して 3 年とされており、短期の保護に留まる⁴³。あくまで先行者が享受すべき投資回収に必要な期間に限ってその独占を認める

³⁸ 経済産業省知的財産政策室・前掲注 5) 94 頁。

³⁹ 筆者としては、意匠法が意匠に係る物品等の使用を規制対象としている点について、より深い検討が必要であるように感じているが、これは他日を期したい。

⁴⁰ 経済産業省知的財産政策室・前掲注 5) 94 頁。

⁴¹ 以下につき、さしあたり、青木・前掲注 17) 「画像の意匠の可能性と限界-仮想空間を念頭に」参照。

⁴² 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第 22 版）』（発明推進協会、2022）1310-1311 頁参照。

⁴³ ちなみに、モデルチェンジ等、少しずつ商品の形態を変えた商品を市場に投入していくことで、実質的にそれらに共通する商品の形態の保護期間を延長しようとすることも考えられるが、このような潜脱を許さないのが、現在の裁判実務である。東京高判平成 12 年 2 月 17 日判時 1718 号 120 頁平成 11 年（ネ）3424 号〔空調ユニットシステム〕等を参照。

制度とされているためである⁴⁴。なお、3年間とされる理由については、1993年改正当時、参考とされた欧州共同体意匠制度における非登録意匠に係る保護期間が3年間とされていたこと（ただし当時は案の段階）⁴⁵等の理由が指摘されている。もっとも、この保護期間をめぐっても議論があり、商品種別によっては、3年間では投資回収に不足する場合も考えられる⁴⁶。実際、2023年改正時には、産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会にて、保護期間の延長も議論されたが、最終的には、保護の終期の起算点について、なるべく後ろ倒しに解釈する形で、ひとまずの決着を見たところであった⁴⁷。

いずれにせよ、今のところ保護期間に注目する場合には、意匠法が有力な選択肢となろうかと思われる。

4. 検討

（1）両制度の併存

日本において、意匠法と商品形態模倣規制は、いずれも異なる趣旨から導かれた法制度と整理され、現行法においては特段の調整規定なく、両立するものと考えられているようである⁴⁸。

そのうえで、もちろん、両者が重複する場面はあり、ファッションのような、意匠法による保護がうまく機能しない場面や、仮想空間上のオブジェクトに関する保護の場面等にあつては、手続を必要としない商品形態模倣規制のほうが有利な場面すら存在するところである。

しかし、だからといって、意匠法の存在意義が失われるということもないように思われる。実際、1993年の商品形態模倣規制の導入後、意匠登録出願が大きく減少するなど、素直に見る限りは、意匠制度に対する影響があったようには見受けられないように思われる。

⁴⁴ 経済産業省知的財産政策室・前掲注5) 252頁。

⁴⁵ 経済産業省知的財産政策室・前掲注5) 252-253頁。

⁴⁶ 規制範囲に配慮しつつ5年間の保護を示唆するものとして、山本真祐子「デッドコピー規制による現代衣服デザインの法的保護の現状と在り方-イギリス法と日本法の比較検討」日本工業所有権法学会年報47号（2023）16頁。

⁴⁷ 産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会「デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競争防止法の在り方」（2023）9頁。

⁴⁸ さらに進んで、商品形態模倣規制を、意匠法との関係で、補完的な「非登録型デザイン保護制度」と位置づけ、その方向で調整していくべきかどうかにつき、五味・前掲注2) 14頁参照。

<図1：意匠出願件数・登録件数の推移>⁴⁹



また、理論上も、意匠法における保護は、権利の形で付与であり、（譲渡可能性等に係る有用性については疑義もあるが）⁵⁰請求権の有無に紛れや立証負担がないことや、規制対象行為として、製造や使用等をも規制の対象とできること、リバイバルや再流行を見据えた長期の保護期間等、意匠法ならではの有効なポイントもある。

そういった点で、日本においては、現在の意匠法と商品形態模倣規制は、使い分けることに重点の置かれる関係にあるものと整理されよう。

（2）本稿における比較の実益—意匠法について

以上のように、意匠法と商品形態模倣規制を比較してきたうえで、両者は少なくとも今のところは併存をよしとされ、使い分けが期待される関係にあるものと位置づけた。そのうえで、以下では、商品形態模倣規制の在り様が、意匠法に対してどのような示唆を与えうるか、すなわち本稿における比較の実益について、簡単に検討する。

（i）立法論のベンチマークとして

既に検討したように、意匠法と商品形態模倣規制の差異に注目すると、意匠法における保護の相対的な不足部分が見えてくる。すなわち、実際上の影響として、意匠法による対応を進めるべきか検討すべき論点の候補が抽出できることになる。商品形態模倣規制は、意匠法にとっての、いわば立法上のベン

⁴⁹ 特許庁行政年次報告書 2001 年版 28 頁。

⁵⁰ 杉光一成『意匠法講義』（発明推進協会、2023）318 頁参照。

チマークとしての立ち位置を指摘することができるだろう。

実際に見受けられる例として、例えば、意匠登録出願を受けての審査期間の短縮が挙げられよう。この期間の長さは、商品形態模倣規制の有用性にして、そのまま意匠法による保護を選択する際の弱点に対応するものであった。もちろん商品形態模倣規制を意識して短縮されてきたわけではないであろうが、結果として、審査期間が約半年まで短縮されてきたことは、すでに紹介したとおりである。

また、意匠法においては、その製品等の販売後に意匠登録を受けることについて、ハードルがある旨説明したが、2023年改正においては、新規性喪失の例外に係る手続の簡素化が達成された（意匠法4条3項但書）。この改正では、主にクラウドファンディング等の場面を念頭に、意匠登録出願前に当該意匠やそのバリエーションの意匠を何度も公開してしまうケースにおいて、各公開ごとに新規性喪失の例外に係る証明書を提出する必要はないこととし、最先の公開についてのみ対応すれば足りることを明示した⁵¹。さらに、2024年から議論の始まった、AIの生成するデザインについて、これを新規性、創作非容易性に係る引例としてよいかという問題に関連して、新規性喪失の例外を拡充することで対応すべきか否かという検討も始まっている⁵²。このように、意匠法は新規性喪失の例外を拡充することによって、本稿でいう時期的な問題に関する対応を進めてきているところである。

加えて、同じく2024年から、仮想空間上のオブジェクトの意匠法による保護の可否につき、立法的な検討が行われている⁵³。先述のように、商品形態模倣規制による保護があるうえで、なおしかし、意匠法による保護の必要性・許容性について検討を加えることとなっている。

また、現在はまだ検討がされていないものの、例えば、意匠の要素について、「形状、模様若しくは色彩若しくはこれらの結合」に限るべきか、また、意匠に係る実施概念について、現行法のように、製造、使用等、フルセットの実施行為を規制の対象とすべきか⁵⁴、といった議論も、これまでの対比からすると、可能であるようにも思われる。

（ii）解釈論のベンチマークとして

上記の立法論のベンチマークに加えて、商品形態模倣規制の存在は、意匠法に係る解釈論のベンチマークにもなり得る。すなわち、両者で扱いが異なる場面における、解釈論に関する検討の視座にもなり得る。

例えば、商品のデザインについて、不正競争防止法2条1項1号の商品等表示該当性（や商標法3条2項の全国周知性）における使用による周知性獲得を検討する際に、過去に意匠権で保護されていた期間の識別力獲得をカウントしない、とする一部裁判実務⁵⁵の運用がある。この点については、様々な議

⁵¹ 特許庁総務部総務課制度審議室編『産業財産権法の解説—令和5年特許法等の一部改正』（発明推進協会、2024）35頁以下参照。

⁵² 前掲注18）「意匠制度に関する検討課題について」42頁参照。

⁵³ 前掲注18）「意匠制度に関する検討課題について」4頁以下参照。

⁵⁴ 産業構造審議会知的財産分科会「創造的なデザインの権利保護による我が国企業の国際展開支援について」（2014）24頁。https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/isho_shoi/h26houkokusho.html

⁵⁵ 東京高判平成15年5月22日平成15年（ネ）366号〔PCフレーム〕、知財高判平成30年2月28日平成29年（ネ）10068号等〔不規則充填物控訴審〕、知財高判令和5年10月4日令和5年（ネ）10012号〔シムビコート〕、東京地判令和6年7月5日令和2年（ワ）28384号〔ソリッドステーキ〕等。

論があるところであるが⁵⁶、その一つの考え方として、商品形態模倣規制による保護とのバッティングについては考慮しないのに、意匠法による保護とのバッティングについては考慮するのはなぜなのか、という視座を提供することがあり得る⁵⁷。

5. 中国において

以上のような我が国における検討が、中国における意匠法や反不正当竞争法との関係で何か役に立つところがあるか、簡単に検討したい。ただし、筆者は中国法について全く不案内であるため、誤りがあればお許し願いたい。

(1) 中国における反不正当竞争法

中国における反不正当竞争法にあっては、日本における商品形態模倣規制に相当する特別な規定は用意されていない。しかし、だからといって、日本における商品形態模倣規制により規制される行為が、中国において規制されないことは意味しない。

まず、反不正当竞争法2条は、いわゆる一般条項としての役割を果たしている⁵⁸。この一般条項については、近時その活用が取り沙汰されているとのことで、商品形態模倣規制との関係では、ファッションに関する模倣事例につき、適用された事例もあるとのことである⁵⁹。ただし、例えば日本法にあっては、個別規定が用意されていることに伴い、定義規定や適用除外といったある程度詳細な調整が明文で行われているが、一般条項による対応となると、明文規定を有していない関係で、これらの点はすべて解釈に任されることになるものと思われ、この点で関係者にとっては予測可能性の面で難しい状況にあるのかもしれない⁶⁰。

なお、反不正当竞争法6条による対応も考えられるが、こちらは素直に考えれば、日本の不正競争防止法における2条1項1号に相当するものと見受けられるところ、ここでいう「一定の影響力」は、識別力に相当するものと推察されるため⁶¹、本稿で話題とした商品形態模倣規制とは異なるものとも思われる。ただし、それに尽きるものなのか、必ずしも明確なところはわからない。

⁵⁶ なお、中国法について、反不正当竞争法の2018年改正前のものであるが、黄暉＝馮超＝佐藤辰彦「商品自体の形状は『反不正当竞争法』の保護を受けることができる—中華人民共和国最高人民法院（2010）民提字第16号民事裁定書についての分析」『パテント』64巻7号（2011）14頁参照。またこの問題に関連して、中国においては、近時CASIOの有名な耐衝撃ウォッチについて、意匠権による保護が満了した後に、なお「一定の影響力を持つ商品の装飾」に該当するとして、おそらく反不正当竞争法6条1号に係る請求が認められたケース（[GA-110]）があるという。

<https://www.casio.co.jp/release/2024/1212-ga110/>

⁵⁷ 商品形態模倣規制に関する処理について、長谷川遼「[不規則充填物]判批」茶園成樹＝田村善之＝宮脇正晴＝横山久芳編『商標・意匠・不正競争判例百選（第2版）』（有斐閣、2020）163頁参照。

⁵⁸ 日本への紹介として、魏啓学＝王洪亮「中国の「不正競争防止法」一般条項について」『パテント』72巻13号（2019）37頁。

⁵⁹ 近時のファッションデザインに係る事例として、（2023）沪73民終1217号「歌莉娅」（https://mp.weixin.qq.com/s/X9PFR8evtyyulC7oF_GcHg）。この点は、張鵬専任研究員（中国社会科学院）からご教示いただいたものであり、記して御礼申し上げる。

⁶⁰ なお、さらなる一般法に相当すると思われる中国民法典上の不法行為を用いることは、研究会にて、稀であるとのコメントを受けた。

⁶¹ 馮超＝光安徹『中国知的財産法—法解説と実務ハンドブック』（オーム社、2022）308頁参照。

（2）反不正競争法と商品形態模倣規制

中国の反不正競争法において、日本における商品形態模倣規制と同様の規制を設けるべきか、という点については、すでに先行研究において、外観設計専利との兼合い等から、否定的な指摘がなされているところである⁶²。実際に、中国における外観設計専利については、無審査主義を採用しており、実際の登録要件充足はともかく、意匠権の獲得自体は容易であり、その分、保護の開始時期等の面で、日本よりも使い勝手が良い可能性はある。ただし、最近はいわゆる初歩的審査（予備審査）が強化され⁶³、無審査主義ではありつつも、実際には意匠権の設定登録までに、ある程度時間がかかるようになっていくとの指摘もある⁶⁴。

また、デザインの保護法制という観点から見た場合に、もう一つ、中国において、著作権法によるいわゆる応用美術の保護が（日本におけるよりも相対的に⁶⁵—理由があるとすれば、一つには、著作権法による保護をした場合の影響の大きさに差異があるためかもしれないが）緩やかに認められる可能性にも留意すべきであろう⁶⁶。同じ模倣を規制する著作権法による保護が相当程度可能なのだとすれば、短期間のより弱い保護を志向する商品形態模倣規制を導入すべきかどうかという議論は、日本におけるものとは異なる意味合いを帯びることになる。

以上の通り、中国の反不正競争法において、商品形態模倣規制に相当する内容を盛り込むべきかどうかは、一概に言うことができない問題となる。ただし、中国において、仮に商品形態模倣規制が無効だとしても、なお本稿で論じたような、外観設計専利の制度設計における一種のベンチマークにはなるかもしれない。例えば、先に見たように、外観設計専利に関して無審査主義が採用されているとはいえ、意匠登録までにかかる時間が日本に並びつつあるということであれば、中国における外観設計専利のユーザーの、新規性喪失の例外に対する期待も、相応に膨らんでいる可能性もある。新規性喪失の例外を認める期間や、手続の緩和は、このような点からも検討の余地が生じるように思われる。

6. おわりに

以上、雑駁ではあるが、日本における商品形態模倣規制を意匠法との関係で検討し、そこからの示唆の抽出を試みた。本稿の帰結としては、両者の使い分けの重要性と、一方でその異同から見えるより良い制度に向けた調整余地につき、適切に対処していくことの重要性を挙げることができよう。対応する明示の制度を有しない中国法にあって、日本のこの経験が参考になることがあれば幸いである。

⁶² 李・前掲注3) 91-92頁。

⁶³ JETRO 香港事務局「国務院、専利法実施細則（2024年1月20日施行）を公表」（2023年12月）。https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/pdf/report_20231222.pdf

⁶⁴ 梁熙艶「第四次改正専利法に伴う実施細則改正のポイント解説」（2024）（https://www.ondatechno.com/jp/ip_info/patent/p6611/）では、出願から約6か月で登録公告になると記載されている。

⁶⁵ 日本にあっては、応用美術の著作権法による保護については、いわゆる分離可能性説を採用するものが主流となっているが、具体的な当てはめに関する限り、著作物性が肯定される例は相当に限定されていると思われる。知財高判令和3年12月8日令和3年（ネ）10044号〔タコの滑り台〕、知財高判令和6年9月25日令和5年（ネ）10111号〔TRIPP T RAPP〕等参照。

⁶⁶ 雷亜芸「応用美術著作物の著作権による保護」（2018）。<https://www.law-wei.com/jp/publish/paper/20180828/128.html>