

第3章

悪意の商標に関する研究

第1節 研究内容の要約

日本と中国は、ともに商標制度において、権利の安定化のため登録主義を採用する。登録主義は、実際に商標を使用していなくとも一定の要件さえ満たせば商標登録を受けられる法制であり、商標に化体する商業上の信用について、商標の使用によって現実に存在する信用のみならず、商標の将来の使用による未必的に可能性として存在する信用をも保護の対象としようとする制度である。商標の将来の使用によって蓄積される信用を、事前に商標登録をすることで保護するため、その後一定期間使用されない場合は、その商標登録を事後的に取り消すことによって、第三者の商標選択の余地を担保している。

しかしながら、日中両国ともに、かかる登録主義を奇貨として、使用する意思がないにもかかわらず他人に商標権を売りつけることを目的とする商標登録出願や、他人の営業活動を妨害することを目的とする商標登録出願、又は、他人の著名性を利用して先取的に商標登録出願を行うなど、不正な目的で商標登録出願をする、いわゆる「悪意の商標登録出願」が存在する。具体例として、日本において、周知商標「PUMA」にフリーライドした標章「KUMA」が商標登録された事例や、中国において、個人によって香川県産の「讃岐うどん」を示す「讃岐烏冬」が商標登録出願された事例がある。このような悪意の商標登録出願は、他人の正当な営業活動を害するのみならず、第三者の商標選択の範囲を狭め、さらには商標登録に関わる行政負担を生じさせるなど、公共的な利益を害するものであり、日中両国ともに問題視するものである。

この共同研究は、日中両国の研究者がそれぞれ自国の制度の現状をふまえ、登録主義の欠陥、とりわけ悪意の商標登録出願に関する問題点について研究を行ったものである。

この共同研究を通じて、まず悪意の商標登録出願の類型を概括し、悪意の商標登録出願の問題の背景をより詳細に分析する。また、日中両国の商標法の構成の差異にも言及し、悪意の商標登録出願に対する規制のための枠組みを提示する。

さらに、悪意の商標登録出願の典型例となりうる、地名や地理的表示、著名人の名称などのパブリシティ権、映像・ゲームなどにかかる商品化権について個別に検討する。

地名や地理的表示にかかる悪意の商標登録出願について、日本では、例えば、青森県五所川原市金木町の地名「かなぎ」を含む「激馬かなぎカレー」なる商標が「食材に馬肉を用いたカレー料理を主とする飲食物の提供」を指定役務として、抜け駆け的に出願、登録され、その後日本商標法4条1項7号（公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標）に基づく異議申立が認められて取り消された事例がある。日本における地名を含む商標登録出願の取り扱いに関する条文・判例・審査基準の現況について整理・分析するとともに、中国における地名を含む商標登録出願の取り扱いに関するルールにも触れつつ、問題の提起と対策について提言を行う。

パブリシティ権や商品化権について、中国は日本の法理論の影響を強く受けている。パブリシティ権について、中国では氏名権や肖像権などの制度によって一定の保護を与えているが、商品化権についての規定が存在しない。日本はパブリシティ権については明確な規定はないものの人格権の観点から保護を受けるが、有名な映像作品やアニメのキャラクター名称、イメージなどについて商品化権を用いて保護せず、裁判においては著作権や公序良俗の法理で解決しようとする傾向がある。かかる日中両国の実情をもとに商品化権の適用や保護基準について検討を行い、パブリシティ権や商品化権という側面から悪意の商標の関連制度整備について検討し、提言する。

第2節 中国の制度現状から

I. 商標の抜け駆け登録抑制問題における商品化権

—中日の学説と制度の比較

中南財經政法大学 知識産権研究センター 彭学龍 教授

1. 商品化及び商品化権の概要

商品化とは、分かりやすく言うと、著名なキャラクター名称、イメージ及びその他のマークの公衆への吸引力及び親近感で商品を販促することである。歴史を振り返ると、販促手段としての商品化は長期にわたって継続されている。早くも18世紀のイギリスでは、商人が化粧品にその名前を付けることを許可する対価として、許諾費用を受け取る名門の貴婦人が現れている。1904年、ヨーロッパとアメリカで人気がある子供アニメのキャラクター、バスター・ブラウンは様々な商品での使用が認められている。1913年、アメリカ大統領を務めたセオドア・ルーズベルトもぬいぐるみのクマに自らのニックネームである「テディ」の使用を許諾していた¹。20世紀30年代、アメリカのディズニー社は、その文学作品と漫画キャラクターの二次的商業的開発に取り組んだ。すなわち、Tシャツ、おもちゃ等の商品生産者がミッキーマウス、ドナルドダック、白雪姫等の漫画イメージを使用するように許可した²。ディズニー社は、この時点から商品化販促のリーダーとなっている。同様に、前世紀30年代、子役スターであるシャーリー・デンボは人形やぬいぐるみでのその名前とキャラクターの使用を許諾し、その販売量は600万件に達していた。70年代に、商品化は既にアメリカエンターテインメント業界の重要な部門となり、映画業界で活躍し、当時、パラマウントピクチャーズが「スターウォーズ」三部作を撮影する際、必要な資金を主に商業化によって調達していた。同じ時期、ファッションブランドであるディオール、イヴサンローラン、グッチ及びルイヴィトン、ジーンズ、車、メガネフレーム、時計のメーカーの製品にけるブランド名の使用を有償で許可し始めた。80年代の最初、商品化はアメリカで急成長し、主な経済部門となり、ロックスターとポップ歌手は商品化の許諾に取り組んでいた。博物館、劇院からコンサートホールまで、大学、展覧会からその他の活動まで、全てにおいて、そのロゴ、アイコン又はその他の識別特性が付けられたメダリオン、Tシャツ及びバッジを販売することにより融資していた³。

ヨーロッパのドイツでは、1910年代、グラフト・ツェッペリンは法廷を通じてその氏名や肖像のタバコ製品での使用を禁止する。1960年代、ドイツが設計した車両モデルにはジェームズ・ボンドや黄色い潜水艦に由来するブロックバスター映画の人物イメージを用いた。1978年、女優のファラ・フォーセットは、テレビドラマ「チャーリーズ・エンジェル」での優れた演技をきっかけに、ドイツで有名になり、玩具会社であるメゴ (Mego) は150万ドルのライセンス料でその名前とイメージを用いて様々な型番やサイズの人形を生産する許諾を受け、時価総額は1千万ドルに達した⁴。アジアの日本では、広告業界の

¹ Christian Schertz, *Merchandising-Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis*, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1997, Rn. 15.

² 郭玉軍・甘勇「キャラクターの商品化権の法律性質について」知識産権 (2000年6期)、馬俊駒『人格及び人格権理論講義』307頁 (法律出版社、2009年)。

³ Schertz, *supra* note 1.

⁴ Schertz, *supra* note 1, at Rn. 16.

発展に伴い、販売を促進するために、歌手、映画、スポーツスターをモデル又はイメージキャラクターとする広告が現れ始めた。1976年に、「マーク・レスター」事件は、とうとう商品化権を法律の表舞台に押し出した。該事件において、テレビ広告がイギリスの著名な子役スターであるマーク・レスターの氏名と肖像を無断で使用したため、レスターが映画の輸入業者と菓子の生産メーカーに損失賠償を求めた。東京地方裁判所は、判決において「商品化権」の文言を明確に言及していないが、事実上積極的に認めていた⁵。このような背景において、日本においていち早く「merchandising」を「商品化」に訳し、これに対応する権利「merchandising right」を「商品化権」と訳し、中国語の「商品化」と「商品化権」はいずれも日本語から派生したものである⁶。

それでは、商品化とは一体何なのか？世界知的財産権組織の「架空キャラクター」に対する定義によると、商品化とは、著作者又は許諾された第三者が特定キャラクターの親近感に基づいてその本質的な特徴に対し、消費ニーズの創出を目的とする二次的利用である⁷。少し修正を加えると、上記定義は、完全に様々な商業標識を代表とするその他の客体に適用可能である。一般的に、商品化はその客体のオリジナル分野以外で行われ、即ち、最も広範な二次的利用として表現される。ほとんどの客体にとって、最初の利用は、常に注目されるエンターテインメント、スポーツ又は宣伝業界に現れ、二次的利用の価値は最初の利用により得られた人気と評判をもとに構築される⁸。そのため、商品化の基本的な特徴は以下のようにまとめられる。1) その客体は、最初の利用により得られた評判に基づき、一般的な消費者に対して極めて高い吸引力と親近感を有する。2) 商品化は、客体を最初に利用する商品又はサービスに援用することである。3) 屋烏の愛のように、消費者の特定の客体に対する好感、信頼又は好みは新しい商品又はサービスに移り、更に購買及び消費の欲望を生じさせる。以上から分かるように、事実上、商品化は販促と宣伝活動である。そのため、「merchandising」と「character merchandising」に対する正確な理解は「販促」と「キャラクター販促」であると中国の学者が提案している。言い換えれば、「商品化」と「商品化権」は、実際は誤訳である⁹。単にオリジナルの意味からすれば、このような指摘も理に適ってないとは言いきれない。しかしながら、既に慣用されている以上、以下のような理解をすれば、人々の関連制度に対する誤解も避けることができるであろう。すなわち、商品化とは、「特定客体の消費者に対する吸引力と親近感を利用して、商品を販促する」というものである。事実上、「商品化権」を「販促権」に変えてしまうと、ストレートになり過ぎて、権利内容において有すべき弾力性や網羅性に欠けてしまう。中国の著名な民法学者である馬俊駒教授の「化」と「商品化」に対する解釈によると、「化」とは変化、転化の意味であり、「商品化」とは元の商業分野に属しない物を商品又は商品の一部に変えることである¹⁰。このように、「商品化」の文言に「販促」の意味が含まれないというわけでもない。

商品化の客体は非常に広く、主に一般市民に好まれた様々な「イメージ」であり、特に、架空キャラクター、実際の人物イメージ、名称／氏名、タイトル、商業標識、その他の標識、装飾的な要素、デザインや画像を含む。商品化は、上記のイメージに対して最初の利用外で行う二次的なマーケティングであり、即ち、権利者又は許可された第三者のオリジナル分野以外でこれらのイメージに対する開発や利

⁵ 五十嵐清著、鈴木賢・葛敏訳『人格権法』143頁（北京大学出版社、2009年）。

⁶ 鄭成思『知識産権論』74頁（法律出版社、2007年）。

⁷ See WIPO, Character Merchandising, WO/INF/108, December 1994, page 6.

⁸ Schertz, supra note 1, at Rn. 13.

⁹ 劉銀良「キャラクタープロモーション：商品化権の別の解釈」法学2006年8期22-33頁。

¹⁰ 馬俊駒『人格及び人格権理論講義』307頁（法律出版社、2009年）。

用であり、目的は販促と宣伝を含む商品の販売及びサービスの提供である¹¹。商業標識のシステムにおいて、作品のタイトルのマーケティング又はキャラクターの商品化は固有のものと言える。適切な広告宣伝によれば、作品とキャラクター名称はいずれも極めて短い時間内で予想外の人気を得ることができ、ブロックバスター映画、ヒットドラマ、ベストセラー、人気ソフトウェア及び電子ゲームは全てこのとおりである。この場合、作品のタイトルとキャラクター名称は、巨大な商業的な価値を有し、法律による効果的な保護が必要である。同時に、スケジュールとその他の商業周期の制限を受けるため、これらの作品のタイトルとキャラクターは、集中的に開発・利用され、周期は一般的に短い、高い利益をもたらす。そのため、組織された市場の海賊にとって非常に魅力的である。一般的に、作品に緊密に関連するため、タイトルは常にその内容の本質を十分に洗練し、濃縮し、凝縮しており、注目され、心地よい雰囲気の中で覚えられ、相当な程度で情熱のある想像や期待、及び美しい「イメージ」をももたらす。これらの全てはいずれも、合理的なマーケティングによって作品以外の商品に転化することができる。作品タイトルが不正に利用される場合、これによりもたされた評判やイメージは破壊されやすくなる¹²。このように、映画名称やキャラクター商品化の商業的価値と、これについて法的な保護を与える必要性を、成否二つの側面から十分に示している。ドイツにおいて、著名な商業標識に対する保護制度は、識別性や、名声に対する合理的な解釈により実現し、連想的な関連、スポンサー、ライセンス理論を援用する。事実上、商標法の枠組みにおいて絶対多数の作品の名称の商品化問題を解決することができ、商品化権という専門制度に頼る状況はめったにない。アメリカもほぼ同じ状況である。映画キャラクターや名称商品化の許諾が益々普及している背景において、消費者は、映画名称やキャラクターイメージを使用した商品と映画権利者との間に許諾関係が存在するような考えることに慣れている。このように、スポンサー、同盟、許諾、承認及び連想的な混同の適用は、実際に商標権者として認められた作品の名称の権利者のタイトルに対する様々な商品化マーケティングを効果的にコントロールできるようにしていると言える¹³。

この時点で、「商品化権」に緊密に関連する別の文言「パブリシティ権」の内容や特徴に対して簡単にまとめなければならない。アメリカの学者であるニマーの定義によれば、パブリシティ権とは、人々が自分の身分を商業的に利用する権利である。ここでの身分は、氏名、肖像及び声等を含む¹⁴。言い換えれば、他人が広告や販促活動を含む商業活動で使用する記号、標識は人々に特定の自然人を連想させる場合、このような行為は該自然人の身分を商業的に利用することとなり、パブリシティ権を侵害する行為に当たる。アメリカでは、パブリシティ権はプライバシー権により由来する。二者の英語の原文である「The Right of Publicity」と「The Right to Privacy」は明らかに異なり、「プライバシー権」と比較する意味において、「The Right of Publicity」は「公開権」に訳された方がより正確であるかもしれない。アメリカの学者であるウォーレンとデウスの著作「プライバシー権の研究」によれば、普通の法律はプライバシー権を認めなければならない、他人の私生活、習慣、行為及び私生活に関連する情報を勝手に公開することは禁じられている。これらの情報は、事実であるかもしれないが、無断での公開は他人の通常の生活を妨害し、迷惑や不安をもたらす。プライバシー権を論証する過程において、二名の学者

¹¹ Schertz, supra note 1, at Rn. 13.

¹² Ingerl / Rohnke, Markengesetz Kommentar, C. H. Beck Verlag, 2010, 3. Auflage, § 15 Rn. 213.

¹³ 2 J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 10:18--21 (4th ed. 2006).

¹⁴ Melville Nimmer, The Right of Publicity, Law & Contemporary Problems 203(1954)、李明徳『米国知的財産権法』691頁（法律出版社、2014年）。

はさらに大陸法律制度のいわゆる「一人での権利」を引用する¹⁵。以上から分かるように、パブリシティ権は財産権であり、個人のイメージを積極的に利用し、その価値を取得することを強調するものであり、プライバシー権は人権、人格権の範囲に属し、個人情報への無断での利用を禁止することを重点とし、侵害される場合、権利者は差止請求による保護と精神的な損害賠償を主張することができる。

普通の人々がプライバシー権を強調することと異なり、長年にわたって公衆の目にさらされている芸能人やスポーツスター、政治及び商業有名人にとって、重視するものはプライバシー、一人の空間及び精神的賠償ではなく、他人が自分の氏名、肖像及び写真を商業的に利用することを許諾することにより得られる報酬である。「有名人はその肖像が公開されたため、感情的に被害を受けるのではない。有名人にとって、他人が広告で自分のイメージを使用する許諾を与えることができず、自分のイメージを新聞、雑誌、バス、列車又は地下鉄に公開することができず、それにより金銭的報酬を得ることができなければ、何かを奪われたと苦痛を感じるであろう。」¹⁶。理論上、プライバシー権とパブリシティ権は、簡単に分けることができるように見えるが、司法実践において、二種類の権利は常に絡まっている。伝統的に大陸法系のドイツでは、法理においてパブリシティ権の独立した地位を認めているが、事件を審理する手続きにおいて、往々にして元来人格権の範疇に属する氏名権、肖像権や、憲法判例により発展してきた一般的な人格権法理の適用により、紛争を処理する¹⁷。日本と中国では、同じ状況が存在する。日本では、自然人のパブリシティ権保護は常に氏名権や肖像権に絡まっているが、中国では、権威的な民法学者も人格的な利益が経済的な利益を含むと主張し、パブリシティ権とは人格権の枠組みの中で完全に合理的に保護されると主張している¹⁸。他人の悪意の先行登録を阻止する視点から考慮すると、人格権性質に基づく氏名権、肖像権であっても、経済的な価値を重視し、氏名、肖像を客体とするパブリシティ権であっても、予想の結果を達成することができる。

作品の名称、漫画イメージ及び架空キャラクターにとって、商品化の許諾は、映画派生産業の発展を支える重要なファクターとなっているが、実際のところ、法院は法理上の商品化権に保護の根拠を求めることはまれであり、往々にして伝統的な知的財産法から法的な根拠を求める。商品化が最も進んであるアメリカを例とした場合、架空キャラクター、漫画イメージに対する保護は、主に著作権法、商標法及び不正競争防止法に依拠する。まず、著作権法による保護について、文学作品のキャラクター、漫画イメージ及び映画作品のキャラクターの3種類に分けられる。1) 文学作品のキャラクターは、完全に言語によって説明される架空キャラクターである。その保護基準は2つある。一つは、「十分な説明」基準であり、具体的には、説明が十分であり、特徴の抽出が深くなるほど、キャラクターが著作権法により保護されやすくなる。もう一つは、「物語を伝える」基準であり、物語を伝えるための道具であるキャラクター自体ではなく、「伝えられている物語」となる場合のみ、著作権法により保護される。2) 漫画キャラクターについて、それ自体が独立した表現を構成するため、作品のキャラクターと認められる場合のみ、著作権法により保護される。3) 映画作品のキャラクターの保護は、文学作品のキャラクターと漫画イメージの両者の保護基準を採用する。次に、商標法保護にとって、関連するキャラクター、名称が商標法の意味でのセカンダリミーニング、即ち識別性を得た場合のみ、保護される要件を満たすこ

¹⁵ Warren & Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol.4, No.5. (Dec.15, 1890), page 193、李・前掲注(14) 691頁。

¹⁶ Haelan Laboratorie, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866(2d Cir. 1953)、李・前掲注(14) 694頁。

¹⁷ Schertz, *supra* note 1, at S.126-162.

¹⁸ 王利明「人格権商品化について」法律科学2013年4期54-61頁。

とになる。最後に、不正競争の枠組みにおいて、出所を混同する可能性が存在し、又は他人の既に消費者に認められた成果を不当に利用することが証明される場合にのみ、保護される可能性がある¹⁹。ドイツでは、その法律のパブリシティ権以外の商品化権に対する保護は、同様に著作権法、隣接権法、意匠法、商標法及び不正競争防止法に頼る²⁰。上記から分かるように、商品化の実際の運用、商品化権の基本的な法理及び商品化権の私法による保護は、互に深刻に外れている。

2. 中国：商標登録を阻止する在先権益としての商品化権

現在の中国では、商品化現象が同様に普及している。テレビ、インターネット、地下鉄、シティスクエア及び団地のエレベーターホールでは、有名人による宣伝広告がよく見られる。これに対応して、様々な形式により有名人の氏名を含む標識を商標として登録することは、中国では「流行」となり、ブロックバスター映画の名称やキャラクターの商標の抜駆け登録も激化している。上記の状況を考慮して、中国の商標局と商標評審委員会、商標権の確認の行政案件を審理する北京知的財産法院と北京市高等人民法院及び最高人民法院は、商標権確認の手続きにおける氏名権、肖像権及び在先著作物、キャラクター名称の商品化権利に対する保護を強化している。更なる分析を行う前に、ここで中華人民共和国商標法（以下、中国商標法と略す）32条の内容、即ち、「商標登録出願は、他人の既に存在する在先権利を害してはならない。」を引用する必要がある。ここで、「在先権利」とは、「当事者の係争商標の出願日前から享有する民事上の権利又はその他の保護すべき合法的な権益を含む。」²¹。

（1）在先権利としての氏名権と肖像権：自然人のパブリシティ権

自然人の享有するパブリシティ権にとって、その客体は主に氏名、肖像、声等の身分、イメージを確認可能な特徴や標識を含む。商標登録において、最も抜駆け登録される可能性があるのは自然人の氏名と肖像である。中華人民共和国民法通則（以下、民法通則と略す）99条及び100条によれば、「市民は氏名権を享有し、自分の氏名を決定し、使用し、さらに規定により変更する権利があり、他人による干渉、盗用、偽造を禁止する。」「公民は肖像権を享有し、本人の同意がない場合、利益の取得を目的として公民の肖像を使用してはならない。」。2017年に定めた中華人民共和国民法総則（以下、民法総則と略す）110条によると、「自然人は…氏名権、肖像権…を享有する」。伝統的な人格権であろうとも、経済的利益を含む新しい類型の人格権として解釈されとも、氏名権と肖像権は他人による商標の抜駆け登録を阻止することにおいて十分に効力を果たしている。

さらに、中華人民共和国広告法2条5項、33条及び69条の規定によると、「本法における広告イメージキャラクターとは、広告主以外で、広告の中で自身の名義又はイメージにより商品、サービスの推奨、証明を行う自然人、法人又はその他の組織をいう。」広告主は、「広告の中で他人の名義又はイメージを使用する場合、事前にその書面による同意を得なければならない。」「広告主が本法の規定に違反して、次の各号に掲げる権利侵害行為のいずれかに該当する場合は、法により民事責任を負う。（四）広告の中

¹⁹ 劉亜軍・曹軍婧「架空キャラクターの商品化権法律保護意見」当代法学2008年4期53-59頁。

²⁰ Schertz, supra note 1, at S.126-162; Matthias F. Meyer, Charakter Merchandising—Der Schutz fiktiver Figuren als Marke, Peter Lang GmbH, 2003.

²¹ 最高人民法院による商標権の付与、帰属確認に関する行政案件の審理における若干の問題についての規定（法積【2017】2号）（2016年12月12日最高人民法院審判委員会1703回会議により承認され、2017年3月1日から実施される）（以下、「法積【2017】2号」と略称する）18条。

で同意を経ずに他人の名義又はイメージを使用する。」上記条項は、事実上、自然人のその名義又はイメージに対して支配権を賦与し、他人がその名義又はイメージを利用して製品を宣伝することを許諾するか否かを自ら決定することができるというものである。他人の氏名又はイメージを含む標識を商標として登録し、商業活動に使用することは、事実上、他人の名義又はイメージで販売又は経営する商品、サービスを推奨し、証明することと認められるため、広告宣伝となる。広告法の上記規定は、自分の氏名又は肖像が他人に商標として抜駆け登録されることを阻止するために、保障を提供している。

法釈【2017】2号20条によれば、「当事者が係争商標によってその氏名権を害されると主張する場合において、関係公衆に当該商標の標章が当該自然人を指すと認められ、当該商標を付された商品が当該自然人の許諾を受けたもの又は当該自然人と特別な関係があるものであると容易に認められるとき、人民法院は、当該商標が当該自然人の氏名権を害すると認定しなければならない。」「当事者がそのペンネーム、芸名、訳名等の特定の名称により氏名権を主張し、当該特定の名称が一定の知名度を有し、当該自然人と安定的な対応関係が確立され、関係公衆がそれらにより当該自然人を指し示す場合、人民法院はこれを支持する。」上記条項は、氏名、ペンネーム、芸名及び訳名が他人に商標として不法に抜駆け登録されないように権利維持の根拠を提供し、同時に自然人の肖像等のその他のイメージ的な特徴を他人により商標として抜駆け登録されないように防ぐために、参考となるガイドラインを提供している。

(2) 在先権益としての著名な作品の名称及びキャラクター名称：商品化権

中国では、著名な作品の名称及びキャラクター名称は、作品を構成する場合、著作権法により保護され、その著作権者は著作権という在先権利によって、他人が上記名称を商標として登録することを阻止することができる。さらに、上記名称は、著名な商品の特有する名称として認められる場合、未登録商標として法律により保護され、その権利者は、他人がその作品の名称を商標として同じ又は類似の商品又はサービスに登録することを阻止することができる。権利を維持しやすくするために、有名な映画やプログラムのプロデューサーは、そのタイトル又はプログラムの名称を様々なカテゴリーにおいて大量に商標として登録しなければならない。映画「狙った恋の落とし方」(1)が上映される前に、そのプロデューサーである華誼兄弟は15種類の商標において「狙った恋の落とし方」の商標を登録している²²。しかし法理から考慮し、事実上の効果から分析しても、商標の登録による権利の維持は万全な解決策ではなく、一時的な解決手段に過ぎない。まず、商標の登録は全てのカテゴリーを覆うことができず、華誼兄弟の考慮が不完全だったとは言えないが、映画のテーマ及び内容との関連性が高い結婚や結婚相談サービスは、他人により抜駆け登録された。これらの抜駆け登録者に対し、華誼兄弟がオープンに権利維持の行動をとっているようには見えない。次に、商標の効率的な登録を維持する場合、登録者は事実上商標を使用しなければならない。権利保護を目的として登録する商標を全て実際に使用することは、登録者の能力範囲をはるかに超え、他人に一方的に使用許諾を与えようも、権利の価値が大幅に値引かれる。以上から分かるように、作品の名称の商品化権が確実に保障されて始めて、権利者は現実的に権利を維持することができ、抜け駆け登録者も真に恐れを抱く。それでは、中国では、法律、商標権確認行政機関や法院は作品の名称の商品化に対してどのような態度を見せているのか？以下の事例からいくつかの手がかりを探る。

²² 彭学龍・郭威「プログラム名称の見出し性及び商標性の使用について」知識産権2016年1期7-21頁。

(i) 2003年「五朵金花」事件。本件は、著名な作品の名称の商品化権を認めた先駆的な事案である。中国国内で、映画「五朵金花」はよく知られており、そのタイトルは煙草の商標として登録され、同様に一時的に非常に人気があった。著作権者は、商標登録者を起訴したが、最終的には敗訴に至った。訴訟手続きにおいて、双方は再審法院の調停で和解し、商標登録者は脚本家に対して税別40万元を一括して補償することにした。このことは、原審の被告が原告の作品の名称を煙草の商標として登録し使用したことが、映画の評判や影響に対する不正な利用であると事実上示している。「五朵金花」煙草が市販されてから圧倒的な成功を収めたことは、ある程度において商標の影響力があるからでもある²³。明確に言えば、被告の行為は、原告の作品の名称に対する商品化利用である。法律には明示的に規定されていないが、被告は「理屈」により、合理的が対価を支払うことにしている。一定の支払をすることにより、商標登録者の不正な利用が合法的な使用と変わった。

(ii) 2014年「テレタビーズ(天線宝宝)」事件。本件は、著名なプログラム名称の「法益」の地位を認めた事案である。「テレタビーズ」は、国際的に有名な子供向けのプログラムである。そのプロデューサーの申請により、国家商標局商標評審委員会(以下、「商評委」と略す)は「その他の悪影響がある」を理由とし、3357976号「テレタビーズ」の登録商標を取り消した。これに対して、行政二審では、本件商標が明らかに他人の著名な作品の評判を不正に利用した故意があるとしても、誠実信用の原則に反し、プログラムプロデューサーの法的権利を害するが、公序良俗とは関係せず、「悪影響」と認定する理由がないと判断し、商評委の裁定を取り消した²⁴。4249617号「TELETUBBIES」登録商標の論争において、商評委は、著名なプログラム名称権が中国法律で保護すべき権利に属しないと判断した。最終判決は、プログラム名称の知名度が大量の労力や資本の投入により累積されたものであり、巨大な商業価値や経済的利益があり、他人がそれを商標として使用する場合、当該商品は著名なプログラムに関連するかのようによ公衆の誤認を引き起こしやすく、それにより他人の知名度を不正に利用することになり、誠実信用の原則に反するため、公正競争の秩序を乱すと判断した。これにより、著名なプログラム名称は合法的な権益として保護されるべきである²⁵。

(iii) 2015年「カンフーパンダ(功夫熊猫)」事件。本件は、著名な映画名称の商品化権を明確に認めた事案である。再審判決は、「商品化権」は、確かに現行法律により明確に定められた権利又は法益ではないが、映画名称は一定の知名度を有し、特定する商品又はサービスの商業主体又は商業行為に合わせて、関連する公衆が映画に対する認知及び情感を映画の名称へ投射し、それに結び付けられた商品又はサービスへ感情を移し、権利者がこれにより映画公開以外の商業価値及び取引の機会を取得した場合、該映画名称は商標法の意味における在先権利、即ち「商品化権」を構成すると言える。そのため、商評委及び原審の法院による「商品化権」の非法定権利又は法益に関連する認定は誤りであり、修正する必要があると判断した²⁶。

²³ 張曉寧・張洋「“五朵金花”事件：作品タイトルに関する保護」中国検察官2011年3期67-70頁。

²⁴ 北京市高等人民法法院行政判決書(2010)高行終字1237号。

²⁵ 「TELETUBBIES」即ち「テレタビーズ」という言葉の英文。当該判決の主な根拠は、中華人民共和國反不正競争法2条「事業者は、経済活動の中で自由意思、平等、公正、誠実信用の原則を遵守し、公認の商業道徳を遵守しなければならない」。北京市高等人民法法院行政判決書(2014)高行(知)終字2482号参照。

²⁶ 北京市高等人民法法院行政判決書(2015)高行(知)終字1973号。

(iv) 2016年「バトルスターギャラクティカ」事件。本件は、商評委が著名な映画名称の商品化権を明確に認めた事案である。商評委は、著名な映画作品の名称として、「バトルスターギャラクティカ／BATTLESTAR GALACTICA」が関連公衆によく知られ、高い知名度を有すると判断する。異議商標の文字「バトルスターギャラクティカ／BATTLESTAR GALACTICA」が出願者の公開された上記著名な映画作品の名称と同じであり、且つ異議商標の指定用途の「トランプ、チェッカーボードゲーム器具」等の商品は現在映画業界に一般的に関連する派生商品であり、異議商標が上記商品に使用される場合、上記商品は著名な映画作品「バトルスターギャラクティカ／BATTLESTAR GALACTICA」の公開者と関連し、又は公開者の授權を取得していると関連公衆の誤解を招きやすく、それにより異議商標を使用した上記商品に対する好感や信頼感を生み出す。出願人の同名シリーズの映画作品の名称に基づいて享有する商業評判を不正に利用し、出願人の該著名シリーズの映画作品の名称に基づいて享有する市場での優位性及び取引の機会を占有する。異議商標の登録出願は出願人の同名シリーズの映画作品の名称に基づいて享有する在先権利を害し、商標法 32 条の「他人の既に存在する在先権利を害してはならない」という規定に反すると判断した。以上から分かるように、異議商標は無効宣告されるべきである。

上記のように、前述した事件の期間において、即ち本世紀初めから現時点まで、紆余曲折があったが、全体的な傾向から、中国の法院、特に商標行政訴訟の終審法院である北京高等法院は、著名な作品の名称の商品化権を認める態度を益々明確にしてきている。商評委は、比較的保守的な立場をとっているように見える。しかしながら、少し分析してみれば、商評委の保守は表面上に過ぎないことがすぐに分かる。単に、「悪影響」の条項を適用について言えば、その本意は認定する傾向にあり、他人の著名なプログラム名称を商標として登録した場合、誠実信用の原則に反するというので、事実上、商品化権を形を変えた方法で適用している。言い換えれば、商評委の当初の「保守」は、商品化権の概念を明確には受け入れたくないことを表していただけかもしれない。この点に関して、商評委の「バトルスターギャラクティカ」事件における態度の大きな変化は、予想通りであると言える。

法釈【2017】2号22条2項は、司法解釈の形式により「商品化権」の概念を抽出している。「著作権保護期限内の作品に対して、作品の名称、作品におけるキャラクター名称等は、高い知名度を有し、商標として関連商品に使用される場合、権利者の許可を取得し又は権利者と特定の関係が存在するかのよう、関連公衆の誤解を招きやすくなり、当事者がこれにより在先権利として主張する場合、人民法院はこれを支持すべきである。」²⁷。ここで、作品の名称、キャラクター名称は、在先権利を構成するために、以下の要件を満たさなければならない。1) 著作物は、著作権保護期間内である。2) 作品の名称、キャラクター名称は、高い知名度を有する。3) 商標として関連商品に使用する場合、権利者の許諾を取得し又は権利者と特定の関係が存在するかのよう、関連公衆の誤解を招きやすくなる。容易に分かるように、上記規定は北京市高等人民法院の「商品化権益」に関する記載に比べると、似ても似つかない。用いられる文言は、依然として商標制度における用語であり、顧客吸引力、親近感、屋烏の愛、感情転移の作用等の商品化販促におけるキーワードに全く言及されていない²⁸。それにもかかわらず、商評委、北京知識産権法院及び北京市高等人民法院の商品化権に対する立場は、法釈【2017】2号の上記規定により、必ず著名な作品の名称及びキャラクター名称の悪意の抜け駆け登録を阻止する中で重要な役割を果たすであろう。言い換えれば、論理的に完璧であるか否かではなく、商標の抜け駆け登録を阻止す

²⁷ 前掲注(21)。

²⁸ 杜穎・趙乃馨「緩行における商品化権保護」法律適用 2017年17期2-8頁。

る実際のニーズが重要である。

3. 日本：パブリシティ権及び商品化権の商標抜駆け登録の阻止における異なる地位

日本で、「商品化権」という言葉は、ラジオ及びテレビ業界に由来する。前記のように、英語「Merchandising Rights」を訳したものである²⁹。司法実践において、商品化権概念の提案は、まず芸能人の氏名や肖像が他人により無断で商業的に使用されたことに対して展開され、その後、検討の範囲を物のイメージや名称の商品化及び架空キャラクター等の商品化の問題に徐々に拡大された³⁰。具体的には、氏名や肖像は経済的な価値を有する情報伝達手段として使用される際、商品化価値と呼ばれ、このような価値を制御するための権利は商品化権と呼ばれる。一般的に、商品化権は日本では独立した権利ではなく、氏名権又は肖像権のそれぞれの構成部分と考えるべきであり、さらに、人格権の構成部分とも言える³¹。検討しやすくするために、以下に実際の人物氏名や肖像等の人格特徴を客体とする商品化権をパブリシティ権とすることにより、作品、キャラクターの名称を客体とする商品化権と区別する。

日本の司法の歴史において、1976年の「マーク・レスター」事件は、パブリシティ権を認めた最初の典型事例である。当該事件において、テレビ広告は無断でイギリスの著名な子役スターであるマーク・レスターの氏名及び肖像を使用していた。当該事件を審理した東京地方裁判所は、氏名や肖像権を認め、この事件のような、公衆との接触を職業とする俳優に対し、その氏名又は肖像が無断で使用されたことを理由として、精神的な損害賠償を求めるとともに、特定状況に限定されると指摘した。「しかしながら、俳優等は、右のように人格的利益の保護が減縮される一方で、一般市井人がその氏名及び肖像について通常有していない利益を保持しているといいうる。すなわち、俳優等の氏名や肖像を商品等の宣伝に利用することにより、俳優等の社会的評価、名声、印象等が、その商品等の宣伝、販売促進に望ましい効果を取め得る場合があるのであって、これを俳優等の側からみれば、俳優等は、自らかち得た名声の故に、自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させようの利益を有しているのである。」³²。上記判決は、パブリシティ権又は商品化権の用語を使用していないが、実際はこの権利を認めている。

その後発生した俳優である藤岡弘の氏名及び肖像を無断でテレビ広告に用いたケース³³及びおニャン子クラブ訴訟事件³⁴において、裁判所は氏名及び肖像を客体とするパブリシティ権を認めただけでなく、さらに従来的人格権とは区別される財産権的な属性を明確にした。選手である中田英寿の成長履歴が記載された書籍の出版紛争において、裁判所はパブリシティ権の保護と出版自由化との間の関係を検討している³⁵。

総じて言えた、人の氏名及び肖像を客体とするパブリシティ権にとって、日本では明確に立法されていないが、司法判断では従来的人格権と区別される財産権的な属性を明らかにしている。日本の商標法は中国の商標法 32 条に類似する「出願する商標登録は他人の既に存在する在先権利を損害してはならない」に関する規定が存在しないため、日本の理論及び実務界が商標権の認定手続きにおける異議、又

²⁹ 牛木理一「商品化権と知的財産権との関係」知財管理 58 巻 4 号 (2008 年)。

³⁰ 張鵬「日本商品化権の歴史進化と理論的分析」知識産権 2016 年 5 期 104-115 頁。

³¹ 五十嵐・前掲注 (5) 141 頁。

³² 東京地判昭 51・6・29 判時 817 号 23 頁、五十嵐・前掲 (5) 143 頁。

³³ 富山地判昭 61・10・31 判時 1218 号 128 頁、東京地判平 2.12.21 判時 1400 号 10 頁、五十嵐・前掲注 (5) 144 頁。

³⁴ 東京高判平成 3・9・26 判時 1400 号 3 頁、判タ 772 号 246 頁。

³⁵ 東京地判平 12・2・29 判時 1715 号 76 頁、東京高判平 12・12・25 判時 1743 号 130 頁、五十嵐・前掲注 (5) 145 頁。

は無効理由を宣告する際に、パブリシティ権、商品化権が在先権利又は権益であるか否かの論争がめつたに発生しない³⁶。パブリシティ権の商標権認定行政手続きにおける地位の問題について、日本商標法において、4条1項8号の規定により、他人の肖像又は他人の氏名又は著名なニックネーム、芸名又はペンネーム、又は氏名、名称、著名なニックネーム、芸名又はペンネームの著名な略称を含む商標は、商標登録を受けることができないとしている。実際の生活において、同名者はよく見られ、特定する氏名、名称は関連公衆の心の中で特定する人を指す時のみ、当該特定する人は関連商標の登録を阻止する権利がある。さらに、ニックネーム、芸名及びペンネームは一定の任意性を有し、且つよく変化するため、法律適用において、特定するニックネーム、芸名又はペンネームの指向性をさらに強調し、具体的にはニックネーム、芸名、ペンネーム又は略称の著名性の要件が求められる。前述した商標登録出願に対して、審査手続きにおいて阻止する理由が発見されないため、登録が認められた場合、肖像、氏名、芸名、ペンネーム、ニックネーム及びその略称の指向する特定の人は異議及び無効手続きにおいて異議及び無効理由として提出することができる³⁷。

日本の事情をよく知っている人の話によれば、日本商標法4条1項8号の適用において、自然人の氏名、肖像等に対しては人格的な利益保護の観点から他人による商標登録を阻止する趣旨に基づく。言い換えれば、自然人の氏名、肖像に関しては、パブリシティ権を適用する余地がない。事実上、登録を阻止する方法による侵害性を停止させる救済において、人格権のみを根拠とすれば足りるものであり、まだ法理論的な概念であるパブリシティ権を用いる必要性がない。当然ながら、前述した他人の氏名、肖像を含む商標登録を認めれば、これが実際に使用された場合、当該他人は無効審判の請求を提出すると同時に、民事の侵害訴訟を提起することができるが、財産権としての氏名、肖像権に基づかない限り、当該自然人は十分な損害賠償を得ることができない。さらに、氏名、肖像の指向する自然人がなくなる場合、日本の司法実務において、一般的に、その商標法4条1項7号のいわゆる公序良俗の条項により、登録を阻止するか否かを判断する。日本の商標審査便覧(42.119.02)によれば、著名な死者の肖像若しくは氏名若しくは著名な死者の著名な雅号、芸名若しくは筆名若しくはこれらの著名な略称は、死亡時の配偶者が生存中であって、その配偶者の承認を得ていない場合等は、商第4条第1項第7号に該当するものとして拒絶する、と明確に規定している。

氏名、肖像外の作品の名称、キャラクター名称を客体とする商品化権益に対して、法律による保護において、常にそれぞれ著作権法、意匠法、商標法及び不正競争防止法によらなければならない。著作権による保護において、保護を求める客体は創作性の要求を満たさなければならない。意匠法及び商標法による保護の観点から見て、保護を求める客体は意匠法により十分に保護されていないなければならない。又は商標として登録されていないなければならない。不正競争防止法による保護において、同法の2条1項1号は広義の様々な混同を特に強調し、競争関係を適切に考慮されなければならない³⁸。このように、アメリカと同様に、エンターテインメント及び映画業界では、商品化が非常に一般的であるが、法律保護として、具体的な制度が依然として断片化を呈し、各具体的な知的財産権法及び不正競争防止法内に分散されていることが明らかである。

しかし、商標権認定手続きにおいて、日本の法律は映画、キャラクター名称を他人の登録を阻止可能

³⁶ 張・前掲注(30)104-115頁。

³⁷ 張・前掲注(30)104-115頁。

³⁸ 井上由里子「日本における顧客吸引力ある表示の法的保護」日本特許庁委託事業：平成29年度知的財産権保護共同推進事業(2017年10月13日)講演資料。

な事由として規定していない。その主な理由は、定められた法律が商品化権を法的権利ないし典型的な権益とする地位をまだ認めていないことであると考えられる。一般的に、商品化権は権利と呼ばれているが、実際には行動規範に表現されているに限らない。このように、その排他的な権利範囲は特定する行動のみに限られ、全ての特定の名称、イメージ等に関連する商業的な利用行動を一般的に支配する効力を備えているわけではない。この点に関して、商品化権の効力と十分に対立する利益のバランス問題が、表現の自由及び商業標識の自由な選択等の問題をも含む。登録段階において、商標審査部門にとって、主に書面形式に表現された近似な判定材料のみに向け、後続の市場主体に対してどのような方式により他人の氏名、イメージ等を使用するかは判断できないものである。このように、例えば、民法上の自然人の人格に対する保護のような明確な法定利益を見つける以外、商標法は権利認定手続きにおいてこのような問題又は紛争を処理することができない。日本では、他人の商品化権を侵害する標識が商標として登録可能であっても、行政手続きの意味のみで登録が許可されたことになる。登録者は、市場で如何なる積極的な効力を有すとも意味せず、その効力は依然として消極的である。即ち、他人の商品化権の侵害が疑われるロゴ、例えば「カンフーパンダ」は登録が許可されたとしても、商品化権者に許可されておらず、登録者は市場で実際に該登録商標を使用する権利を有さない。このような使用されていない状況が三年継続すると、登録された商標は継続して不使用により取消される。以上から分かるように、日本の商標権認定手続きにおいて、審査者は作品、キャラクターの名称を客体とする商品化権を統一的に判断しない。登録商標と商品化権との衝突は後続市場の実際の使用の段階において権利侵害訴訟及び抗弁により解決される³⁹。

4. 結論

昨今、映画スター、スポーツ選手及び政治家や商業有名人が商業広告の宣伝に関与する傾向がある。これに応じて、各国の法律は氏名、肖像等の人格的な側面を客体とするパブリシティ権を続々と認め、従来の氏名権及び肖像権等の人格権と区別している。パブリシティ権は、常に人格権と絡まっているが、氏名又は肖像を含む登録商標の他人による抜駆け登録を阻止することにおいて、財産的なパブリシティ権であっても、人格権に属する氏名権及び肖像権であっても、予期の役割を効果的に果たすことができる。言い換えれば、権利者はパブリシティ権又は人格権に基づいて商標登録に異議を提起し、又は既に登録された商標を取り消すことができる。

ところが、作品、キャラクター名称及び漫画イメージを客体とする商品化及び商品化権に対して、特に奇妙な現象が存在している。映画やエンターテインメント及び文化とスポーツ業界では、商品化運用及び関連する派生産業が常態となっている。商品化権の法理も日増しに成熟し、且つ従来の知的財産権と明らかに区別される。ところが、実際のケースの裁判手続きにおいて、作品の名称、キャラクター名称及び漫画イメージ等は、著作権法、商標法、意匠法及び反不正競争法により、それぞれの法理及び要件に従って適当な保護を与える。言い換えれば、商標化権の基本的な法理は、事実上の保護制度から遠く離れている。このような背景で、各国の法律の商品化権の客体に対する保護は、分散的、断片化である。そのため、「十分でなく、完全的でないものである」⁴⁰。商標の抜駆け登録を阻止する権利認定手続きに

³⁹ 張・前掲注(30) 104-115頁。

⁴⁰ 呉漢東「パブリシティの商品化及び商品化のパブリシティ権」法学2004年10期。

対し、悪意の抜駆け登録を阻止する実際のニーズから考慮すると、中国商標局、商評委、商標権確認の法院は、いずれも在先権利とする商標化権を認めている。中国最高人民法院が2017年3月に発行した商標権の付与、帰属確認に関する行政案件の審理における若干の問題についての規定は、在先権利とする作品及びキャラクター名称の商品化権に対して明確に規定している。このような規定は、明らかな商標保護の痕跡を有するが、作品及びキャラクター名称の商標の抜駆け登録の効果的な抑制に当たって、重要な役割を果たしている。日本では、作品、キャラクター名称の商品化権に対し、実際に法的権利として認められておらず、ある行動規範のみと見なされている。このように、商標権認定手続きにおいて、作品、キャラクター名称の商品化権は、登録を阻止する理由とならない。登録商標が他人の作品、キャラクター名称の商品化権を侵害するか否かは、権利侵害の民事訴訟手続きのみにおいて考察することができる。このことから、商品化権にとって、法理の完備や自己整合は決定的ではなく、商標の抜駆け登録を抑制する実際のニーズこそ、全ての法理を超えた徹底的な理屈であることが分かる。

今回の研究において、筆者は日本語に詳しくないため、日本の学説や制度に関する文献は全て二次的な情報源であり、数や由来は相対的に単一であり、研究する深さや結論の正確性を十分に保証することができない。ここで、筆者は2017年度知的財産保護包括協力推進事業が日本のデータ収集と翻訳における多大な支援に特に感謝し、井上由里子教授のワークショップでの日本の学説や制度に関する素晴らしい講演に感謝する。いうまでもなく、この分の責任は自ら負うものである。

II. 商標の悪意ある冒認出願規制の日中比較研究

中国社会科学院 知識産権センター 張 鵬¹ 助理研究員

前書

2017年1月～11月、中国の商標登録出願件数は511万件であった²。これに比べて、2017年1月～10月の日本の商標登録出願件数は約15万9,822件³で、2016年度は16万8,000件⁴であった。日本の1出願に含まれる平均区分数は約2.75⁵であることを考慮し、中国商標登録の統計に当てはめても、44万5,000件余りに過ぎない。以上から分かるように、両国の商標出願件数には大きな差が存在する。中国のこのような大量の商標出願には、商標登録を口実として実際は他人の正常な経営活動を妨害し、ビジネスモデルとして不正な利益を得るような問題が多く存在し、このような出願は中国において日に日に増え、社会問題として注目が集まっている。日本は経済・社会の発展段階が中国より成熟しているが、商標分野における冒認出願（抜駆け登録）事案の発生を防ぐことは依然としてできていない。一部の大規模な冒認出願事件が日本でも激しい議論を呼ぶ話題⁶となっている。

日中両国は共に登録主義制度を採用している国である。登録主義制度は、使用主義と比較して業務上の信用の商標への化体を促すうえでより有利に働き、これにより現代の市場取引の秩序への貢献度がより高いと、両国はいずれも認識しているが、両国がこの制度に存在する明らかな弊害に直面せざるを得ないことは否定できない。具体的には、他人の商業上の標章の選択の自由への妨害、他人の正当な経営活動への妨害、商標行政部門の負担増による審査の遅延などである。そのため、登録主義を採用するとともに、登録主義の優位性の発揮と弊害への対策がトレード・オフの過程にあり、国の具体的な現状に基づいて、制度の設計と運用を通じて調節することを認識しなければならない。

これに対して、本研究は日中両国の商標制度における共通する3つの登録主義の弊害への対策に関する枠組を比較対象として、その中から商標制度設計における悪意ある冒認出願行為を規制する参考となり得る有益な知見を探し求めるものである。日本と比べ、悪意ある登録の問題は中国ではより際たち、悪意ある登録を規制する理念と手段を中国は速やかに整備する必要がある。そのため、日本の学説と実践経験を参考にするとともに、中国の悪意ある商標登録規制に有益な手本を提供できるようにしたい。また、日中両国の商標法の規範構成には明らかな違いが存在する。これらの違いを整理し提示することは、日本に新たな比較法上の啓示を提供することもできる。特に同じ登録主義制度であるが、異なる国情、異なる市場経済発展段階のもと、商標制度に現れる多様性を検証することもできる。

¹ 張鵬、法学博士、中国社会科学院法学研究所助理研究員／講師、中国社会科学院知的財産権センター研究員。本稿の校正段階で、懇切丁寧なご指導を頂いた北海道大学法学研究科田村善之先生に、厚く御礼を申し上げる。

² 劉俊臣「商標ブランド戦略で企業価値を上げる」人民日報、2017年12月23日号。

³ 「特許出願等統計速報」（平成29年5月～平成29年10月）

http://www.jpo.go.jp/shiryoutoukei/pdf/syutugan_toukei_sokuho/201710_sokuho.pdf [最終アクセス日：2018年1月15日]

⁴ 「特許行政年次報告書2017年版」32頁 <https://www.jpo.go.jp/shiryoutouhin/nenji/nenpou2017/honpen/0101.pdf> [最終アクセス日：2018年1月15日]

⁵ 同上。

⁶ 「自らの商標を他人に商標登録出願されている皆様へ（ご注意）」

http://www.jpo.go.jp/tetuzuki/t_shouhyou/shutsugan/tanin_shutsugan.htm [最終アクセス日：2018年1月15日]

1. 登録主義制度上の悪意ある冒認出願の位置づけ

(1) 登録主義と使用主義

商業上の標章の法的保護の趣旨からみていくと、ある商品及び役務（以下、「商品」）提供者は商品の品質改善を通じて、一般公衆の間で商品の品質への恒常的な期待を実現し、この「信用」の蓄積への期待は、経営者にとって市場競争において一角を占めることができることを意味する。そのため、「信用」の範囲を維持、拡大するため、商品の出所を区分する識別標記を付け加えることが、経営者が商品品質を高めるインセンティブとなっている。しかし、他人が無断でこの商業上の標章を使用することを許せば、一般公衆は商品出所を混同して他人の商品を購入し、本来の経営者の財産的な利益の損失を直接的にもたらす。特に他人の提供する商品の品質が粗悪な場合、本来の経営者の積み重ねた具体的信用を傷つけることもある⁷。そのため、このような行為を規制しなければ、標章が商品出所を区別する機能は発揮できず、それによって標章を通じて信用を化体させるインセンティブ・メカニズムを損ねる⁸。

前述の行為規制モデルには登録主義と使用主義の境界が存在すると広く考えられている。登録商標の保護モデルでは、ある商業上の標章が使用を通じて具体的な信用を形成していなくても、商標登録制度を通じて最初に標章を登録しさえすれば、全国で他人が混同して当該標章を使用することを禁止する権利を有する。標章の法的保護の趣旨からみていくと、登録主義の使用を通じて具体的な信用を形成していない標章を保護する仕組みは、商業上の標章の法的保護の論理とは相反する。しかし、比較法からみていくと、商標制度の立法当初に登録主義を選択した実践国（ドイツ、日本、中国）が多く存在するだけでなく、最初は使用主義制度を採用していた国も徐々に立法を通じて登録商標制度を確立していった（英国、フランス）⁹。その理由は、使用主義に比べ、登録主義が独自の制度的優位性を備えていたことにある。特に登録主義の備える業務上の信用を商標に化体させることを促す機能は、権利の安定化及び使用前に安定した効力が得られるという2つの点から、現代の商業流通秩序の確立により大きく寄与することである。商標の選択段階において、商標権者は消費者の好みを調査する必要があり、商品を市場に投入後は、広告などを通じて大量の資金を投入する必要がある。使用を登録商標の権利発生要件とする場合、仮に既に投資を行った商標が、既に他人によって使用されていたものであれば、その他人の使用範囲において権利が制限され、先行投入が水泡に帰すことになる。これに対して、登録主義に基づく、使用していなくても商標登録を取得でき、商標権者は安心して商標に業務上の信用を化体させるための投資を行い、法律による商業上の標章の保護機能を実現することができる¹⁰。

しかし、登録主義は前述の制度優位性を発揮するとともに、多くの弊害が存在することも否定できない。そのうち際立ったものとしては、市場主体が登録方式で利益を得ようと企むことである。実際に使用する意図なく、他人への売却目的、他人の経営活動への妨害目的、又は他人の知名度をただ乗りする目的などで、商標を拔駆け登録することなどがこれに該当する。このような行為は、他人の正当な経営活動を妨害し、第三者の商標選択の範囲を制限するだけでなく、更に商標行政機関の負担を増やし、審

⁷ 田村善之『商標法概説〔第2版〕』1頁（有斐閣、2000年）。

⁸ 同上。

⁹ 比較法上の登録主義と使用主義の変遷と実践の詳細紹介は、渋谷達紀『商標法の理論』（東京大学出版社、1973年）を参照のこと。

¹⁰ 渋谷・前掲注（9）246頁。

査の遅延を招き、それによって商標制度の実現しようとする機能が正常に発揮できなくなり、一般公衆の商標制度に対する信頼を損ねてしまう。

中国の商標制度の沿革を見ていくと、中国商標史における最初の商標法規である「商標注冊試弁章程（商標登録試行手続規則）」（1904年）は、当時の日本の農商務省の職員が起草し、1899年の日本の商標法をモデルに登録主義の制度を継承していた¹¹。しかし、当時使用主義制度を採用していた英国を代表とするその他の列強にとって、登録主義制度は、英国が中国において既に使用し、一定の影響を持っていた商標を、他人が悪意をもって冒認出願することに有利に働いていた¹²。このような制度は、中国へ進出する英国企業に不利となるため、英国など列強の強い反対に遭った。その結果、「商標登録試行手続規則」は適用を延期せざるを得ず、中国では1923年の「商標法」の公布まで有効な商標制度が確立されなかった。これは、別の側面から、中国では商標制度の確立当初から登録主義が悪用される懸念が潜んでいたことを示している。

（2）登録主義における悪意ある冒認出願の意味

（i）悪意ある冒認出願の意味

国際条約では、「悪意ある」登録に関する明文規定が見当たらない¹³。国際条約の中で馳名商標〔著名商標に相当〕の冒認出願と代理人による冒認出願に関する規定が「悪意ある」冒認出願に対する規制であると見なすことができると考えられるとしても、著名と認められる程度に達していない標章の冒認出願及び代理人などの信義関係の存在しない冒認出願については規制することができない。「工業所有権の保護に関するパリ条約」には不正競争行為に対する規定（10条の2）が存在し、この規定を各締約国がある商標の拒絶又は無効判断の「包括的」理由（6条の5のB項）とすることができるとしているが、各締約国はまた「工業所有権の保護に関するパリ条約」6条の5における商標テルケル保護（*telle quelle* clause）義務に関する制限を受ける。すなわち、本国で正規に登録された商標は、他の同盟国でも本国での登録に基づいてそのまま出願が受け入れられ、保護され、この商標が出願国にて先に存在する第三者の権利を侵害する場合や、識別性を備えていない場合、又は道徳及び公共秩序などに反している場合にのみ、登録申請が拒絶される。加盟国が6条の5のB項の事由を拡大解釈して商標のそのまま（テルケル）条項を骨抜きにすることを防ぐため、条約の条文では1つの商標が加盟国の国内立法規定を満たしていないことを理由に公共秩序に違反していると考えてはならない旨を明記した。また、これにとどまらず、その政府当局の権威ある指針にて1つの標章が道徳及び公共秩序に反しているか否かを判断するとき、その標章の「個別的価値」（*individual merits*）¹⁴のみを考慮することができ、それ以外の要素は考慮すべきでないとした。このように規定することにより、公序良俗条項の過度な膨張から引き起こす商標のテルケル条項が骨抜きにされることを防いだ¹⁵。同様に、不正競争行為の判定についても過度

¹¹ 本野英一「光緒新政期中国の商標保護制度の挫折と日英対立」社会経済史学 74 卷 3 号（2008 年）。

¹² 本野英一「中國商標法（一九二三）施行前後の外國企業商標保護體制：中日・中英商標權侵害紛争を中心に」東洋史研究 74 卷 4 期 682-712 頁（2013 年）。

¹³ Annette Kur, Not Prior in Time, But Superior in Right—How Trademark Registrations can be Affected by Third-Party Interests in a Sign, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich 2013, p.804.

¹⁴ ヘオルフ・ボーデンハウゼン著、湯宗舜・段瑞林訳『工業所有権の保護に関するパリ条約ガイドライン』78 頁（中国人民大学出版社、2003 年）。

¹⁵ 魏立舟「“公共利益”が告げる：なぜ“微信”案は判断を誤ったか？」<http://zhihedongfang.com/article-8921/> [最

に開放的な観点を採用すべきではない。

悪意ある冒認出願の意味について、登録主義における「悪意ある抜駆け登録」概念は判断の結果に過ぎず、他人の登録を阻却するか否かの判断の出発点ではなく、商標制度の機能と保護法益をベースに制度設計と運用を行うべきであると指摘する学者もいる¹⁶。筆者もこのような機能主義の解釈方法に賛同し、事前に「悪意ある」となるか否かの判断基準（例えば、明らかに知っていた／知っていたはずであるという基準）を設定してはならず、登録主義の弊害を解決する各種制度設計を組み合わせ、ある登録に対してその登録を許可するか否かを具体的に考察すべきであるとする。

(ii) 悪意ある冒認出願行為の類型化

日本の実証調査からみていくと、冒認出願行為に関係する可能性のある類型は、業務妨害型、フリーライド型、無意識型と事務管理型の4種類を含む¹⁷。当然ながら、利害関係のある主体間の利益状況からそれを、第三者による周知商標の出願（通常、金銭利益の獲得などを目的とする）、共同で仕事をする関係の紛争と提携関係にある当事者間の紛争（代理人による商標の無断登録と事業パートナーの不仲による紛争を含む）、及び共有又は開放されるべき商標（地名、ある地域の人名など）の冒認出願の3種類に分ける学者もいる¹⁸。

中国の知財状況に関する基礎調査からみていくと、5種類の紛争形態に集中している¹⁹。すなわち、他人の先使用の未登録周知商標の抜駆け登録、信義関係にある当事者間での抜駆け登録、ブローカー性質の登録、他人の既得権に係る抜駆け登録、公共資源に対する抜駆け登録である。基礎調査の結果によると、在先権利に関する抜駆け登録によって発生する司法紛争の件数が最も多い。これが、中国の商標法32条前段の「在先権利」の問題が中国の商標法上の重要な命題となっている原因である。

また、ドメイン名登録に関する規範である「統一ドメイン名紛争処理政策」(UDRP) 4.b条に列記された4種類の悪意、すなわち譲渡目的、妨害目的、破壊目的、混同目的も、悪意ある抜駆け登録に係る紛争類型と利益関係に対する明晰な説明に大いに役立つ²⁰。

(3) 登録主義の弊害を補う制度的枠組²¹

(i) 商標不使用の制度的対策

登録主義において、商標が登録され財産的な権利を取得後に、商標権者がそれを使用しない現象に対して、商標法では一般的に登録時に「使用意図」があった証明、3年不使用による取消手続及び商標登録の費用によるコントロールにより対応している²²。3年不使用による取消手続は、2016年度の日中共

終アクセス日：2017年11月11日]

¹⁶ 小塚莊一郎「悪意の商標出願—理論的考察」TM5-悪意の商標出願セミナー資料、https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/pdf/bad_faith_seminar3/02.pdf [最終アクセス日：2018年1月15日]

¹⁷ 土肥一史「周知商標の保護」紋谷暢男教授還暦記念『知的財産権法の現代的課題』337頁（発明協会、1998年）。

¹⁸ 小塚・前掲注（16）。

¹⁹ 一般社団法人知的財産研究教育財団「中国の悪意の商標調査」『2017年知的財産保護包括協力推進事業：中国の実情に関する調査報告』119頁（一般財団法人 知的財産研究教育財団、2017年）。

²⁰ 土肥一史『商標法の研究』117頁（中央経済社、2016年）。

²¹ 田村善之氏の「登録主義の弊害を補う制度枠組」の構想（田村・前掲注（7）17-110頁を参照）に基づき、筆者は中国商標法上の登録主義の弊害を補う制度枠組を類型化し、これにより比較研究と制度分析の礎の構築を期した。

²² 田村・前掲注（7）17-51頁。

同研究の重点テーマであるため、日中専門家がこの制度について十分な比較研究を行っている。重複を避けるため、本年度の研究ではこの部分について割愛する²³。以下、使用意図の要件の証明と商標登録の費用によるコントロールについてのみ簡単な比較研究を行う。

使用意図の要件について、日本では商標法により厳格に運用されている。日本の商標法3条1項では、「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、次に掲げる商標を除き、商標登録を受けることができる」と規定されている。自己の業務に係る商品又は役務について使用する要件に違反した場合、登録審査時に登録を許可しない事由となり、その商標登録出願について拒絶査定をする（15条1項1号）。登録されても異議申立ての手續における取消事由を構成し、商標掲載公報の発行の日から2か月以内に限り、特許庁長官に登録異議の申立てをすることができる（43条の2第1項1号）。これとともに、無効審判における無効事由にもなる（46条1項1号）が、5年間の除斥期間の制限を受け、この無効事由で無効審判を請求した場合、商標権登録日から5年を経過していれば、この事由で無効手続を請求してはならない（47条）。司法実務では、「スピルリナ」事件²⁴において、石鹼、歯磨き粉、化粧品、香料などの生産・製造を業務内容とする原告は、前記の商品類別において「スピルリナ」商標を登録した。原告は、木製の容器類別上においても「スピルリナ」商標を登録しようとしたが、原告が生産した木製の容器は、自ら生産した商品の包装にのみ用い、その商標を独占して市場販売に用いるものでなかった。これにより、裁判所は、原告に対して業務内容としていない木製容器商品類別にて登録取得を再許可する必要はないと判断した。そのため、裁判所は出願人が指定商品（木製容器）にて使用していないことを理由に、登録の出願を拒絶した。「RC TAVERN」事件²⁵において、被告は原告が標章の宣伝広告を行うのと同様時期に原告の商標を出願し、またこのほかにも短期間に立て続けに44件の商標を出願し、それら全てに他人が業務上使用している標章を出願している状況が存在していた。そのため、被告の行為は使用の意図が欠けていると認定された。実際のところ、司法段階では「使用意図」を根拠にした判例は決して多くはないが、特許庁の審査段階ではかなり厳しくこの要件を判断している。原則として、区分表のある区分にて出願人が8つ以上の類似群にて登録出願している場合、日本の特許庁は出願人に拒絶通知を送付し、出願人に使用意図の証明資料を提供するように要求する²⁶。

これに比べて、中国商標法の実務においては「使用意図」を審査などの段階における重要な要素として考慮されておらず、異議申立て、無効審判請求などの段階にて大規模な冒認出願行為に対して商標法44条1項の規定を通じて規制しているだけである。

費用によるコントロールにおいて、日中両国の発展水準の違いにより、出願、登録、更新などの費用について絶対値上の比較を行うことにはっきりとした説得力はないであろう。しかし、両国の行政機関が、費用によるコントロールが不使用商標に対する有効なフィルタリングの手段であり、突出して適用すべきであるという点について、これを意識しているか否かは更に注目に値する。明らかに、この点において、中国の行政機関の一連のやり方は、その反対の理念に向かって発展しているところである。すなわち、商標出願の件数と保有件数などの指標を経済発展の重要な指標的データとし、このような考え

²³ 李明徳、彭学龍、小塚荘一郎「商標不使用に関する研究」『知的財産に関する日中共同研究報告書』112-174頁（一般財団法人 知的財産研究教育財団、2017年3月）。

²⁴ 東京高判平成2・4・26昭和63（行ケ）298号〔スピルリナⅡ事件〕。田村・前掲注（7）18頁。

²⁵ 知判平成24（行ケ）10019号、アールシータバーン事件。青木大也「無効審判請求不成立審決の取消訴訟において、「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」（商標法三条一項柱書）該当性の立証責任の負担を明らかにしたうえで、審決を取り消した事例〔知的財産高裁平成24.5.31判決〕」判例時報2196期、161-165頁（2013年）。

²⁶ 「商標の使用又は商標の使用の意思を確認するための審査に関する運用について」

http://www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/pdf/syouhyoubin/41_100_03.pdf [最終アクセス日：2018年1月15日]

方に基づき、より多くの商標登録の出現を奨励している。他方、改革開放から40年を経て、経済が急速に発展するとともに、近年の中国経済も未曾有の試練に直面している。高度成長を長期間に保持できない「新常态」のもと、いかにして革新型の発展を推進し、「公衆創業・万衆創新[公衆の起業、万人のイノベーション]」を促進するかが、政府の直面する重要任務となっている²⁷。そのため、政府も一連の革新企業・起業企業の負担を軽減し、行政コストを低減するうえで有利となる措置を相次いで打ち出している。商標登録分野においては、企業における登録商標のコスト低減²⁸と商標の審査周期のスピードアップ²⁹として現れている。このような政策環境において、費用によるコントロールで商標の悪意ある抜駆け登録を抑制する役割を強調することは不適切であろう。

(ii) 登録主義における具体的な信用の保護

登録主義の機能を重視し、この制度を採用していても、未登録商標がいかなる効力も有さないことを意味するものではない。登録主義制度の基において、未登録商標の効力についての理解は、登録主義の機能を損なわない前提においてその効力範囲を探し求めなければならない。

未登録商標は使用を通じて具体的な信用を獲得しているものであり、登録商標も商業上の標章の法的保護の趣旨からみて、その最終目標は同様に具体的な信用の形成を促進することである。そのため、未登録商標と登録商標の間に衝突が存在しない。しかし、具体的な制度設計において、登録を通じて全国統一の効力を獲得する登録商標制度とは区別して、未登録商標は発生する業務上の信用の違いから異なる効力範囲を設定すべきである。そのため、未登録商標の登録商標とは区別される具体的な信用の範囲において、未登録商標は後に登録された商標に対して異なる対応が生じる可能性がある。登録商標の出願日を基準に、その前と後に未登録商標に異なる信用の程度が形成される。そのうち、出願日前に係するのは、未登録商標の積極的な効力である。すなわち、登録商標の使用を排除する効力と登録商標の登録を阻却する効力である（当然のことながら、在先の未登録商標も先使用の抗弁をすることができ、この抗弁については消極的な効力である）。出願日後に係するのは、未登録商標の消極的な効力である。例えば、出願日後に著名になった未登録商標について、未使用先願登録商標に対する権利濫用の抗弁を認めるか否かである（中国の商標法7条の柔軟な解釈³⁰）。

出願日前に既に具体的な信用を形成していた未登録商標と後願商標登録に係る使用との関係の処理では、3つの原則に基づいて関連する解釈の問題を処理する。その一、後願商標登録を阻却する際に、登録主義の制度優位性を維持し、在先未登録の商標が一定の影響力を有した場合にのみ、その効力を認めることができる。その二、後願登録商標の使用を排除する際に、具体的な信用の形成を重視し、具体的な信用の存在が混同状態を招いているときのみ、その排他権の行使を認めることができる。その三、

²⁷ 「国务院の大衆創業・万衆創新[大衆の起業、万人のイノベーション]の大々的推進の若干の政策措置に関する意見」(国発[2015]32号)。

²⁸ 「一連の行政事業性費用徴収を整理・規範化する関連政策に関する通知」(財税[2017]20号)では、商標登録費用徴収基準は50%下がる。

²⁹ 「工商総局の商標登録の利便性改革の深化と商標登録の効率の確実な向上に関する意見」(工商標字[2017]213号)商標登録審査周期を6か月に短縮する(「商標法」28条の規定では法定義務は9か月)。

³⁰ 中国の近時の司法実務において、既に「権利濫用の抗弁」を認めた判決がある。例えば「歌力思[ELLASSAY]事件(最高人民法院民事判決書(2014)民提字24号)では、「王碎永が「歌力思」商標権を取得、行使する行為は、正当とはいえない」、「王碎永が非善意で取得した商標権に基づいて、歌力思会社の正当な使用行為に対して提起した権利侵害の訴えは、権利濫用を構成する」と指摘された。この判決の意義は、日本の「小僧寿し」事件と類似している(最判平成9・3・11民集51巻3号1055頁、詳細な解説は田村善之「著名なフランチャイズ名に対する商標権に基づく請求が棄却された事例—小僧寿しII事件」法学協会雑誌116巻2号、322-340頁(1999年)を参照)。

未登録商標の効力の法定主義原則を堅持し、明確な請求権の土台が存在する際にのみその効力が主張でき、未登録商標の効力における開放的な解釈を認めず、登録主義の制度的機能の没却を防ぐ。中国の商標法上の対応規範に具体的に当てはめると、商標法 13 条 2 項の「未登録馳名商標は、他人の冒認出願を阻却する」という規定、32 条後段の「他人が既に使用し一定の影響を有する商標」に関する規定を含む。そのため、下記の登録主義における具体的な信用の保護に関する内容では、前記 2 つの条項について論述し、日本の商標法において類似した機能を有する 4 条 1 項 10 号、「需要者の間に広く認識されている商標」、4 条 1 項 15 号の「他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずる」及び 4 条 1 項 19 号の「日本国内における広く認識されている商標」を組み合わせる予備的な比較を行う。

(iii) 登録主義における信義誠実の原則の具体化

2013 年に改正された商標法 7 条 1 項は、「商標の登録出願と使用は、信義誠実の原則を遵守すること」と規定している。今回の商標法の改正は、立法機関が商標登録と使用過程における、さまざまな信義則の違反行為を重視することを表明したが、この規範は信義誠実を核心とする商標登録と使用体系が既に中国の商標立法において確立されていることを意味しているのであろうか。回答が肯定的なものであれば、続いての任務は、いかにして信義誠実の原則の規定に基づいてそれを必要な場面で適用させ、これを商標登録と使用行為の効力について判断・評価する根拠とするのか、いかにして商標法の原理における登録と使用という二つの恒久命題の間で信義誠実の原則の地位を探し求めるのか、いかにして 7 条 1 項を除く、信義誠実の原則を援用しなければその合理性に係る規範的な体系化ができない場合に適用するのか、といったことである。

歴史の沿革から見て、1982 年の商標法には登録と使用過程での信義誠実の原則の違反行為についての規範は存在せず、悪意ある登録行為が最初に立法の視野に入ったのは 1993 年改正の商標法である。同改正法の 27 条にて、8 条の商標登録に関する実質的な条件及び包括的な性質を有する「詐欺手段又はその他の不正手段で登録を取得した場合」を絶対理由として挙げていた。その中で、「詐欺手段又はその他の不正手段で登録を取得した場合」に対する解釈について、改正案（草案）の説明では以下のようなされていた。すなわち、現在、商標登録の管理業務において遭遇している問題点は、虚偽を弄して商標登録を騙し取る者や、更に不正手段で他人が長期間に亘って使用し、一定の信用を有する商標を抜駆け登録し、違法な利益を手に入れようとする者がいるということである³¹。現行の商標法では、このような詐欺的な登録問題に対応する規定が不足している。このような状況を踏まえ、一部の国のやり方を参考に、草案は現行商標法の中に、「詐欺手段又はその他の不正手段で商標登録を取得した場合、商標局がこの登録商標を取り消す」という条項を新設する。

1993 年の商標法に付帯する商標法実施細則の 25 条では、商標法 27 条 1 項の指す詐欺手段又はその他の不正手段で登録を取得する行為について、次の内容を含む解釈が行われている。(1) でっち上げ、事実の隠蔽、又は出願文書及び関連文書を偽造して登録を行った場合、(2) 信義誠実の原則に違反し、複製、模倣、翻訳などの方式で、既に一般公衆が熟知している他人の商標を登録した場合、(3) 無断で、代理人が自らの名義で被代理人の商標を登録した場合、(4) 他人の既に存在する合法的在先権利を侵害して登録した場合、(5) その他の不正手段により登録を取得した場合。

³¹ 劉敏学『『中華人民共和國商標法修正案（草案）』に関する説明』1992 年 12 月 22 日第 7 期全国人民代表大會常務委員會第 29 回會議にて、全國人民代表大會公式サイト：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1992-12/22/content_1481237.htm [最終アクセス日：2018 年 1 月 15 日] 参照。

前記の5つの条項は、それぞれ現行の商標法では独立した条項に変わっている。そのうち、(1)、(5)は現行商標法の44条1項に対応し、(2)は現行商標法の13条2項に、(3)は現行商標法の15条1項に、(4)は現行商標法の32条前段に対応する。中国の商標法13条2項の馳名商標は、他人の登録を阻却することに関する規定では、中国にて使用し著名であると認められる程度に達した商標に限定しており、この点は日本の商標法4条1項19号の国内外の著名な商標を含む規定とは明らかに異なっている。そのため、国内で使用し著名であると認められる程度に達した未登録商標は、他人の後願冒認出願を阻却できるという13条2項の規定は、登録主義における具体的な信用の保護の視点から把握すべきである。このほか、司法実務ではしばしば商標法10条1項8号の「その他の悪い影響」に関する規定が拡大解釈・適用され、他人の信義誠実の原則に違反した登録行為を排除する一般条項として適用されている。そのため、下記の登録主義における信義誠実の原則の具体化という内容では、中国の商標法10条1項8号「その他の悪い影響」、15条「代理人などによる冒認出願」、32条前段「在先権利を冒認出願する」及び44条1項「不正手段による冒認出願」についてそれぞれ論述し、日本の商標法の類似した機能を有する4条1項7号「公の秩序又は善良の風俗を害する」、4条1項8号「他人の肖像、氏名、名称を冒認出願」、4条1項19号「外国における需要者の間に広く認識されている商標を冒認出願」及び53条の2「代理人等による冒認出願」を組み合わせて比較を行う。

2. 登録主義制度における具体的な信用の保護

(1) 未登録馳名商標は他人の冒認出願を阻却する

商標法13条2項は、「同一又は類似する商品について、登録出願した商標が、他人が中国で未登録の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したものであり、容易に混同を生じさせる場合、登録を認めず、使用を禁止する」と規定している。この要件からみると、未登録商標が「馳名」の程度に達していることを要求している。登録商標からすると、ある地域内で使用を通じて具体的な信用を形成していなくても、登録主義であるため、当該地域内の排他的な効力を有している。これは、商標保護の趣旨と相反するが、登録主義制度の所以であり、その合理性を有している。しかし、未登録商標にとっては、登録主義の庇護を受けられないため、使用を通じて具体的な信用を形成していない地域では排他的な効力を有さない。そのため、未登録馳名商標が登録商標と同じ効力範囲に達するには、少なくとも中国全土で一般公衆に熟知される程度にまで熟知されていなければならない。司法実務からみると、「馳名」に対する判断も十分に厳格なものであり³²、それによって前記の判断を裏付けている。

他人の登録を阻却する事由として、未登録商標が著名と認められる程度に達している場合、当該権利を行使することができる。使用を通じて著名と認められる程度に達している未登録商標からすると、市

³² 例えば「好記星」事件（貴州省貴陽市中級人民法院民事判決書（2008）築民三初字第3号）では、「好記星」の著名認定は全国範囲での宣伝と販売状況を参考にした。一方、「蘇富比」事件（最高人民法院民事判決書（2010）民申字1182号）では、蘇富比拍賣行は中国のオークション法、文物保護法などの法律の制限により中国大陸では実際に商業的オークション活動には従事していないが、チャリティバザー、チャリティオークション、内覧、広告宣伝などの活動を通じて関連大衆にオークション役務の提供者であることを知らしめているため、蘇富比拍賣行は中国大陸にて実際に「蘇富比」商標を使用していると認定するに十分であると認定した。反対に、「花花牛」事件（北京知識産権法院行政判決書（2015）京知行初字第5845号）では、原告の販売範囲及び広告宣伝範囲は河南省内に限られ、地域範囲が狭い、又は「花花牛」商品が全国販売量ランキングで上位に入っておらず、商標が河南省内では一定の知名度を有していることは証明できるが、著名商標となっていることは証明することができない。

場にて既に具体的な信用を築いており、更に商標の非類似の範囲内でも混同の可能性が存在する。原理的な観点から見ると、混同を招く場合を、形式的に類似していないことを理由に混同の状態を放置するのであれば、混同を排除し、具体的な信用の蓄積を推奨するという商標法の制度趣旨に反する。具体的に言うと、2つの商標が公衆に誤認され、取り違えされるほどの近似レベルに達していなくても、未登録商標の著名性により公衆において広義の混同を含む混同を生じさせる可能性がある場合、拡大して阻却効果を認めなければならない。

13条2項に係る未登録著名商標による他人の商標登録の阻却効力についてのもう1つの問題は、商標法45条1項により、「著名商標の所有者の他人の悪意ある登録に対する無効審判請求の期限は、5年の除斥期間の制限を受けない」という規定をいかにして適用するかである³³。これに対して、「悪意」を拡大解釈し、13条2項の未登録著名商標の阻却要件に達していれば「悪意」と認定すべきであるという考え方があり、そのため実質的に未登録著名商標に対する除斥期間の規定を否定している³⁴。2017年に最高人民法院が公布した「商標の権利付与・権利確定に関する規定」³⁵の25条は、引用商標の知名度が高く、係争商標出願人に正当な理由がない場合、人民法院はその登録が「悪意ある登録」であると推定できるとしている。そのため、「悪意」についての立証が緩和され、推定の形式を採用した。復旦陽光事件³⁶では、この推定の見解を採用し、「賽神炉機械廠は、引用商標が関連公衆に広く認識されている状況で、当該引用商標の存在を明らかに知っていたにもかかわらず、依然として復旦を自らの商標の顕著な部分として使用しており、主観的にフリーライドの故意を有していることを否定できないと推定すべきである」と指摘している。他方、標識自体が識別性の低い標識にあたる場合、「悪意」の認定を排除することができる。例えば、アップル事件³⁷では、係争商標がアップルという客観的によく見かける物事に対する一般的な表現であり、特別顕著性が低い標章にあたり、「悪意」は存在しないことを強調している。

しかし、威仕達玉蘭事件³⁸で最高人民法院は、商標が既に著名と認められる程度に達しているか否かだけを考慮してはならないとし、著名商標でありさえすれば、出願人に悪意があると推定してはならず、事件の具体的な状況に応じて、主観的な意図、客観的な表現などから総合的に判断すべきであるとした。しかし、具体的な認定の場面において、この事件の適用面では同業の事実のみを強調して、フリーライドの悪意を認定した。そのため、最高人民法院が提起した抽象的な判旨において、総合判断法の適用に対するハードルが高いものでないと言えよう。「錦竹」事件³⁹でも、同じ四川省に属する事実を強調して、引用商標を模倣、フリーライドする故意があったことを証明することができるとした。

下級法院の司法実務において、かつて主観悪意は登録時の状態であると強調し、登録後の譲受行為などを考慮しないとしていた。「夢特嬌」事件⁴⁰では、係争商標の出願時に主観悪意が存在していたことを強調するとともに、除斥期間の規定は明らかに登録行為を対象としたものであり、商標の悪意の譲受行

³³ 盧結華「『登録悪意』の認定：登録後の使用行為で登録時の心理状態を裏付ける」
http://mp.weixin.qq.com/s/cHmWoHk7_oqSk1SJ-X94w [最終アクセス日：2018年1月15日]

³⁴ 張鵬「中国未登録商標效力の体系化解説」法律科学5期(2016年)。

³⁵ 最高人民法院「商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する規定」(法積[2017]2号)。以下、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」とする。

³⁶ 北京知識産権法院行政判決書(2016)京73行初334号。

³⁷ 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。

³⁸ 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。

³⁹ 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。

⁴⁰ 北京市高級人民法院行政判決書(2010)高行終字1126号。

為を含むべきでないとし、本件では係争商標の譲受人に悪意が存在したか否かについて判断する必要がないと主張した。しかし、前記「錦竹」事件の判旨では、係争商標の譲渡状況及び異なる時期の権利人の行為から、係争商標の出願時に善意ではなかったことを証明できると指摘している。

(2) 他人が既に使用し一定の影響力を有する商標

「商標法」32条後段では、「出願商標登録は、不正手段で他人が既に使用し一定の影響力を有する商標を抜駆け登録してはならない」と規定している。32条後段の違反は、効果面で異議事由(33条)と相対的な無効事由(45条)として現れるため、32条後段も他人の登録を阻却する請求権の根拠とすることができる。要件から見ると、13条2項が使用しているのは「馳名」+「混同」であり、32条後段は「一定の影響力を有する」+「不当手段」であり、要件構成が明らかに異なっている。その中の「一定の影響力を有する」については、大きな地域又は全国で有名でなくても、ある地域でのみ有名であることで、他人の商標登録を阻却できるとすると、商標登録出願人は狭い地域内での標章の使用実情の存在について調査することが困難であり、かつ未登録の標章には公示公告が存在しないため、他人の営業標章の選択の自由を大いに妨害する可能性がある。当然のことながら、この条項の後段は狭い地域での「一定の影響力」のほかに「不正手段」という要件を追加しているが、「不正手段」とは何かという判断は商標登録出願人の主観的な情勢による。「一定の影響力」の範囲にて一定の地域内で使用する在先未登録標章については、具体的には在先未登録標章の存在などを知っている、又は知っていたはずであったなど、その後の商標登録出願人に主観的な悪意が存在すれば、その後の商標登録出願を排除しなければならない⁴¹。しかし、司法解釈の制定者は、「一定の影響力」を有するという認定基準について、事案の内容を見て定める必要があり、全体としてハードルを高く設定しないことが望ましいとしながらも、登録申請人が事前に抜駆け登録された商標を知っていたことだけで、当然にその商標が一定の影響力を有するものであったと判断することができないと述べている⁴²。一定の地域にて一定の影響力を有さない未登録商標については、他人が不正な手段を用いたとしても、他人のその後の商標登録出願を排除してはならない。つまり、不正手段の要件は裁量的なツールであり、一定の影響力に達して初めて、その後の商標登録出願人が不正手段を有していたと推定でき、一定の影響力に達していないとき、未登録商標の使用が他人の登録手段の不正性を証明したとしても、阻却の規範的な効果は及ばない。このような推定の解釈方法は、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」23条にて、先使用商標が既に一定の影響力を有し、商標出願人が当該商標を明らかに知っていた、又は知っていたはずである場合、「不正手段で抜駆け登録」であると推定できると規定している。

このとき、「一定の影響力」の要件がどの程度の範囲内で満足する必要があるかについては、更に考慮する必要がある。13条2項において、未登録「馳名」商標が他人の登録を阻却する効果を有すると規定しているため、32条が確認程度の規範にとどまらず、一定の排除効果を持つ規定とするには、「一定の影響力」の範囲は、必然的に「馳名」が指す全国より小さいものとなる⁴³。その下限については、ある

⁴¹ 最高人民法院「商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する意見」(法発[2010]12号)18条。

⁴² 孔祥俊、夏君麗、周雲川「“商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する意見”の理解と適用」人民司法11期(2010年)。

⁴³ 「哈啤」事件(北京市高級人民法院行政判決書(2013)高行終字667号)にて「哈啤」は使用を通じて一定の知名度があり、商品出所を表す役割を果たすことができるが、関連大衆内で広く知れ渡っている程度に達していることを証明するには不十分であるため、未登録著名商標であると認定でない。

狭い地域範囲だけでの影響力が「一定の影響力」となると認識するのであれば、商標登録出願人が当該商標の使用の存在を認識することが困難であるため、他人の商標登録行為を阻却してはならないということになろう。既に登録された商標について、異議申立て又は無効審判請求の手続で取り消せるとすれば、商標登録出願人が商標を登録し、当該商標に信用を化体させるための努力が水の泡に帰すことになり、登録主義の趣旨に背く。そのため、「一定の影響力」について、適切な範囲を定めなければならない。特に中国のような国土の広い国においては、「一定の影響力」の範囲をどのように定めるかは難問である。司法実務では、「北京鴨王」事件⁴⁴にて商号と商標として先使用していた「北京鴨王」は北京でのみ営業し、その影響は主に北京内にとどまり、馳名と認められる程度には達していなかったが、「一定の影響力を有する商標」にあたり、上海全聚徳が「上海鴨王」商標の登録出願を排除する権利を有すると認めた。つまり、少なくとも北京のような中核的な商業中心都市以上で影響力を有する未登録商標は他人の登録を阻却することができる。具体的に言えば、筆者は32条後段の阻却効果は少なくとも地域範囲では隣接する数省又は比較的重要な経済圏内で広い認知を有する程度に達していることをもって判断すべきであると提案する。その場合、商標法32条後段と59条3項にそれぞれ規定されている「一定の影響力を有する」は、体系的にこれらを解釈する際に、異なる意味を持たせるべきである。すなわち、他人の登録を阻却する「一定の影響力」は、隣接する数省又は比較的重要な経済圏レベルに達する必要がある、先使用の抗弁の「一定の影響力」は、鮮明な地域特性を有する必要がある。商標登録の阻却事由としての先使用商標は先使用抗弁における先使用商標より、影響力が強く、広範でなければならない⁴⁵。

他方、商標法32条後段は、商品類別を制限していないため、他人が似通った商標を登録出願するとき混同要件が必要か否かも規定していない。32条後段と13条2項との関係から見ると、13条2項が未登録馳名商標について類別を跨いだ排他的な権利行使と他人の登録阻却効果を与えていないため⁴⁶、周知程度が「馳名」より低い未登録商標について類別を跨いだ保護の効力を与えないのも当然である。32条後段が類似性又は混同可能性を要求しているか否かの問題については、13条2項との関係を考慮しなければならない。「馳名」の要件の加えて、更に混同の要件を求める目的は、形式的に非類似である商標であっても、広義の混同可能性の理論に基づいて他人の当該商標の使用を排除したり、その登録を阻却したり、することができるため、未登録馳名商標の効力を積極的に拡大することにある。関連公衆の間での認知度が「馳名」より低い「一定の影響力がある」未登録商標については、その類似性判断は抽象的な判断を土台としなければならない。つまり、2つの標章を付した商品を並べて置き、関連公衆が極めて高い注意を払わなければ、誤認により欲する商品を取り違えた場合、類似性の要件を満たしていると判断すべきである。例えば、「黒人」と「白人」歯磨き粉は、消費者にとって通常は取り違えないものであるため、両者は近似性を有していない。そのため、未登録商標の阻却効果を否定し、広義の混同可能性を有しているか否かを考察しない。

このほか、当該条項後段の未登録商標の阻却効果は、未登録商標の使用人が当該商標を実際に使用していることを前提にする必要がある。実際に使用していない場合、具体的な信用を形成できないか、あるいは具体的な信用を形成したとしても、それが未登録商標の使用者の努力によって形成したものでは

⁴⁴ 北京市高級人民法院行政判決書（2008）高行終字19号。

⁴⁵ 同様の観点、杜穎「商標先使用権解説—商標法59条3項の理解と適用」中外法学5期1373頁参照（2014年）。

⁴⁶ 統一法律適用標準 法に則り商標の権利付与の司法審査の職責を履行する—最高人民法院知的財産権法廷責任者が「商標の権利付与・権利確定の行政案件審理の若干問題に関する意見」について記者の質問に回答。

ないため、当該商標についてのインセンティブを与えるべきではない。そのため、商標の受動的な使用では、否定的な観点を持つべきである。最近の「広雲貢餅」事件⁴⁷では、原告が使用する「中茶」と「広雲貢餅」には近似性がなく、かつ、原告は「広雲貢餅」商標を実際に使用しているわけではなかった。しかし、法院は以下のように判断している。すなわち、広東茶葉会社の経営活動、及び広東茶葉会社とそのプアール餅茶という商品の間には「広雲貢餅」を通じて実際に強固な「繋がり」を確立している客観的な商業実践に基づき、「広雲貢餅」は広東茶葉会社が既に使用し、一定の影響力を有する商標にあたると認定できる。この観点は、主体の使用による具体的な信用の形成の保護と明らかに相反するが、事件の特殊性からの特別な事例であり、かつ、その妥当性も検討する必要がある。

(3) 日本商標法の対応する規定との比較

制度機能から見ると、日本の商標法4条1項10号の「需要者の間に広く認識されている商標」は、適用において中国の商標法32条の「一定の影響力を有する」商標にかなり近い。具体的適用では、日本の商標法4条1項10号も全国で著名と認められる程度に達していないが、地域範囲にて隣接する数県の範囲内で広い認知度を有していれば他人のその後の出願登録を阻却できるとしている（「DCC」事件⁴⁸）。日本の商標法4条1項15号の「他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずる」は、中国の商標法13条2項の馳名な未登録商標の広義の混同防止に関する規定にかなり近い。しかし、中国の商標法では登録段階に混同を防止する一般条項が存在しないため、馳名商標以外の商業上の標章に対して広義の混同を防止する規定を有していない。一方、日本の商標法4条1項19号では、「日本国内における需要者の間に広く認識されている商標」に対して、「混同のおそれ」を要件としないことができ、著名商標の使用が商標の希釈化と信用毀損を防止するという利益の保護が、中国の商標法では登録した馳名商標の類別を跨いだ保護の規定（13条3項）が存在するだけであり、未登録商標に対して全国で馳名と認められる程度に達しても類別を跨いだ保護を受けられるわけではない。

このほか、効果の面では、中国の商標法では13条2項、32条後段の規定を相対的な阻却理由とし、2つの側面の効果から規定されている。1つ目は、異議申立てと無効事由の提起主体を先使用者に限定し、先使用者のみ手続きを開始できる（33条）ことである。2つ目は、5年の除斥期間が設定されている（45条）ことである。そのうち、馳名商標の悪意の登録の除斥期間の適用のみが排除されている。

これと比較すると、日本の商標法では提起する主体という側面から見た場合、「何人も」（43条の2）提起することができ、除斥期間の側面から見た場合、不正目的の抜駆け登録の商標が排除されている（47条）。そのうち、4条1項10号と4条1項15号の不正目的は、拡大解釈を採用している⁴⁹。これにより、除斥期間の適用を排除する範囲は、著名商標に限られないものとなっている。

3. 登録主義制度における信義誠実の原則の具体化

(1) その他の悪影響

中国の商標法10条1項8号では、「社会主義の道徳の風潮に有害で、又はその他の悪影響のある標識

⁴⁷ 最高人民法院行政裁定書（2013）知行字40号。

⁴⁸ 東京高判昭和58・6・16無体裁集15巻2号、501頁。

⁴⁹ 田村・前掲注（7）296頁。

は、商標として使用してはならない」と規定されている。当該規定は、登録を禁止する絶対的な事由として、異議申立てと無効審判請求の手續において、いかなる主体も当該規定に基づいて手續を提起することができ、かつ5年の除斥期間の制限を受けない。また、当該規定も商標を管轄する行政機関の審査プロセスにおける重点調査が必要な条項でもある。当該規定の適用範囲について、特に「その他の悪影響」の解釈については、実務上2つの問題について極めて大きな争議がある。まず、当該条項の「悪影響」が指しているものは、標章あるいはその構成要素自体に存在する悪影響なのか、それとも標章を商標として登録することにより、商標として使用するときを生じる可能性のある悪影響なのかということである。もう1つは、特定の民事の権益を害する場合に、当該条項の規定を適用するか否かということである。

1つ目の論点について、「微信(WeChat)商標」事件の一審判決⁵⁰においては、標章自体の構成要素にいかなる悪影響があるかを単に調査したのではなく、標章を指定役務で使用した場合に生じる悪影響を調査した。当該事件において、「微信」とい商標は、登録日前に騰訊(テンセント)社が消費者に当該商標と製品との間に揺るぎない「つながり」を形成させられなかった。しかしながら、「微信」という商標登録出願から方式審査、出願公開までの期間において、騰訊社は短期間で大量に広告を打つことにより、「微信」という標章と、騰訊社が提供するインスタントメッセージング役務との間に揺るぎない1対1の対応関係を構築した。仮に、騰訊社以外の第三者が「微信」に対して商標登録の権利を有することを認めると、巨大な微信ユーザー・グループが既に形成した安定した知覚に変化を生じさせ、更にこの安定した知覚の変化が大きな社会的コストを発生させるおそれがある。これを鑑みれば、不特定多数の公衆の現実的な利益の保護を選択することがより合理性がある。そのため、このような利益は社会の公益に属するものであり、「その他の悪影響」の条項を適用して出願を却下しなければならない。当該事件は、学界で幅広い議論を呼び、特にある学者は、「悪影響」は標章又はその構成要素自体だけに限られるべきであり、標章の使用行為とは無関係であると指摘した⁵¹。これに対して、一般公衆に「微信」と騰訊に関連性があると広く認識されることは、「一般公衆の安定した知覚の利益」ではあるが、「安定した知覚の利益」とは商標法の体系が認める公共の利益ではなく、「悪影響」条項を適用すべきではないという見解もある⁵²。これに対し、「微信」商標事件の二審判決⁵³においては、引き続き、標章自体又はその構成要素に基づいて、「その他の悪影響」が存在するか否かを認定した。このような認定方法は、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」5条1項においても確認されている。すなわち、標章又はその構成要素は、中国社会の公共の利益と公共の秩序に消極的で、マイナスの影響を生む可能性があるということである。

2つ目の論点について、ある学者は司法実務の整理を通して「その他の悪影響」条項を拡大適用した事件を類型化した⁵⁴。具体的には、明らかに在先権利を侵害して商標を出願する場合や、既に亡くなった人又は昔の人の氏名若しくは名称を出願する場合、商品化権又は肖像権、パブリシティ権を侵害する商標を出願する場合、他人の一定の知名度を持つ商標を大量に登録出願する場合、公共の資源を商標と

⁵⁰ 北京知識産権法院行政判決書(2014)京知行初字第67号。

⁵¹ 鄧広光「商標の権利付与・権利確定手續における通知の利益と悪影響—『WeChat』を例として」知識産権4期、53-60頁(2015年)。

⁵² 馬一徳「商標登録『悪影響』条項の適用」中国法学2期、225-237頁(2016年)。

⁵³ 北京市高級人民法院行政判決書(2015)高知行終字1538号。

⁵⁴ 鐘鳴「商標法悪影響条項拡大適用の争議及びその解決」劉銀良編『北大知識産権評論2014/2015年巻』56-65頁(北京大学出版社、2016年版)。

して登録出願する場合、というものが含まれる。そのうち、明らかに在先権利・利益を侵害して登録出願した場合、商標法 32 条の在先権利の条項は、審査段階において商標局が適用できる拒絶事由に当たらないため、明らかに在先権利を侵害する可能性のある登録行為に対しては、係争商標が方式審査の公告がなされたとき、或いは登録査定が公告されて初めて、優先権の所有者若しくは利害関係者が異議を申し立て請求又は無効審判の請求を行う必要なく、「悪影響」の条項の適用を通して、審査段階における悪意のある出願を却下する目的を果たすことである。また、既に亡くなった人又は昔の人の氏名若しくは名称の登録申請の状況については、既に「商標の権利付与・権利確定に関する規定」5 条 2 項で規定されている。すなわち、政治、経済、文化、宗教、民族などの分野での公衆人物の氏名などを登録出願することは「その他の悪影響」に該当するということである。

この問題に対し、日本の商標法において主に関係する条文は、4 条 1 項 7 号の「公の秩序又は善良の風俗を害する」条項の適用である⁵⁵。近年、日本では当該規定の適用において同様に拡大解釈をする傾向にあり、学界と実務界での幅広い討論を引き起こしている。そのうち、私益の事由を当該条項の規制する範囲に組み込まれたことを批判する声がかなりある⁵⁶。法律効果から見ると、日本の商標法 4 条 1 項に列挙されている拒絶事由は、私益と公益に基づき 2 つに分けることが可能である。その意義は、法律効果において、裁判基準時と除斥期間の設定における明らかな違いがあることである。公益の事由について、その裁判基準時は、後発的な無効事由を類推する（46 条 1 項 6 号）が、私的事由についてその裁判基準時は商標登録出願時を基準とし（4 条 3 項）、かつ登録日から 5 年以内が無効手続を提起する除斥期間であると規定している。当然ながら、除斥期間の設定から見ると、私的利益の事由（例えば 4 条 1 項 19 号）について、仮に不正目的が存在すれば適用しない（47 条 1 項）。まさに上述の効果における明らかな区別があるため、私益事由に属する状況を「公序良俗」条項の規制の範囲に組み込まれるのであれば、設定効果において区別される立法趣旨が没却されてしまう。

司法実務において、商標自体の構成要素のほかに、「公序良俗」条項を通して規制されている。学者が整理した類型化⁵⁷には、公正な競争秩序の妨害（「母衣旗」事件⁵⁸）、輸入代理店が外国の商標を抜駆け登録する行為（ドゥーセラム事件⁵⁹、コメックス事件⁶⁰、クランツレ事件⁶¹）、歴史上の人物の氏名（ダリ事件⁶²）、他人の作品のキャラクターイメージと作品名（赤毛のアン事件⁶³）、資格試験関連の団体の分裂（日本漢字能力検定協会事件⁶⁴、日本数学検定協会事件⁶⁵）がある。このうち、日本の商標法において、外国の著名商標を抜駆け登録する（4 条 1 項 19 号）規定を導入（1996 年）する前に、「公序良俗」条項を適用して、不当な目的を前提とした剽窃的な商標の抜駆け登録を多く排除した⁶⁶。しかし、当該規定を導入後に、上述の類型化の判例のうち一部は、「公序良俗」条項を通して規制することを選択し

⁵⁵ この部分の討論は、井関涼子「公序良俗違反に基づく商標の不登録事由—米国「REDSKINS」商標登録取消審決を題材に」中山信弘先生古稀記念論文集『はばたき—21 世紀の知的財産法』826-834 頁（弘文堂、2015 年）を参考にしたものである。

⁵⁶ 小泉直樹「公序良俗を害する商標」日本工業所有権法学年報 25 号 6 頁（2002 年）。

⁵⁷ 井関・前掲（55）826-834 頁。

⁵⁸ 東京高判平成 11・11・29、判時 1710 号 141 頁。

⁵⁹ 東京高判平成 11・12・22、判時 1710 号 141 頁。

⁶⁰ 東京高判平成 17・1・31、平 16（行ケ）219 号。

⁶¹ 知財高判平成 18・1・16、平 17（行ケ）10668 号。

⁶² 東京高判平成 14・7・31、判時 1802 号 139 頁。

⁶³ 知財高判平成 18・9・20、平 17（行ケ）10349 号。

⁶⁴ 知財高判平成 24・11・15、平 24（行ケ）10064 号。

⁶⁵ 知財高判平成 25・2・6、平 24（行ケ）10274 号。

⁶⁶ 高尾豊、井関涼子「『日本漢字能力検定協会』事件：商標法四一条七号の解釈を中心に（知的財産高裁平成 24・11・15 判決）」同志社法学 66 巻 1 期、163-201 頁（2014 年）。

ない可能性がある。当然ながら、ある学者も、外国の著名商標を抜駆け登録する条項が包含できない不当手段による他人のまだ有名になっていない商標を抜駆け登録した場合には、引き続き適用が必要であると指摘している⁶⁷。「函館新聞」事件⁶⁸のように、函館市内に新しく設立された新聞からの競争を排除するために、先を争ってその発行予定の新聞である“函館新聞”の名称を抜駆け登録した行為は、独占禁止法という経済秩序に違反するものとして、この商標登録という法律行為は無効であると認定しなければならない。

(2) 代理人などによる抜駆け登録

立法の沿革から考えると、中国の代理人などによる抜駆け登録出願に関する規範は、しだいにその適用範囲を広げている。1993年の商標法に付帯する商標法実施細則の25条において、当該規範は「代理人」に限られていた。2001年の商標法15条において、これをいわゆる商標の登録出願の仲介的な性質の代理人だけではなく、「代理人又は代表者」へと拡大した。2013年の商標法の15条において、従来からあった1項のほかに「同種の商品又は類似の商品を登録出願した商標は、他人が先に使用した未登録の商標と同一又は近似したものであり、出願者と当該他人との間に前項規定以外の契約、業務上の関係又はその他の関係があることによって当該他人の商標の存在を明らかに知っており、当該他人が異議を申し立てた場合は登録しない」とする2項の規定が追加された。そのうち、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」(2017年)16条では、「その他の関係」について、拡大解釈が行われた。すなわち、親族関係、労働関係、営業地が近隣する関係、かつて代理や代表関係の成立に関する協議を行ったことがある関係、かつて契約関係や業務上の関係の成立に関する協議を行ったことがあるといった関係が含まれる。これにより、当該規定の適用範囲が大幅に拡大された。効果と側面から見れば、15条の違反は、異議事由(33条)と相対的な無効事由(45条)として現れており、無効申請は5年間の制限を受ける。すなわち、商標登録の日から5年以内のみ提出できるということである。

司法実務の観点から見ると、商標法15条の適用範囲も徐々に拡大する傾向にある。例えば、「頭孢西林」事件⁶⁹において、以下の考え方を明らかにした。すなわち、15条で規定している代理人は広義で理解すべきであり、商標登録の出願者又は商標登録者の委託を受け、委託された権限の範囲内で商標登録などの業務を代理する商標代理人、代表者に限られず、総販売元(独占販売)、総代理店(独占代理)といった特殊な販売代理関係の意味での代理人、代表者も含まれる。また、早期の「楷模」事件⁷⁰においては、「代理人又は代表者」について、適用する上で比較的厳格な2つの要件を提示している。1つは、当事者間に法律又は事実上の代理又は代表の関係が存在しているということである。もう1つは、依頼者などが係争商標の商標権者であることである。このうち、前者の関係には長期的で安定的な性質が備わっている必要があり、後者には依頼者が中国で商標登録を行ったことがあること、又は中国でのビジネス活動において商標の使用若しくは対応する経験があることが求められている。他人の登録を阻却できる商品又は役務の区分については、同一商品又は役務には限らず、類似の商品又は役務も含む。例え

⁶⁷ 田村・前掲注(7)106頁。

⁶⁸ 北海道新聞同意審決平成12・2・28、審決集46巻144頁。

⁶⁹ 最高人民法院行政判決書(2007)行提字2号。

⁷⁰ 北京市高級人民法院行政裁定書(2006)高行終字197号。

ば「亀博士」事件⁷¹において、「車両に潤滑油を差す、車両の修理をする」役務と、「自動車のつや出し、洗浄液」という商品が類似商品又は役務に属するものである判断した。また、「代理人又は代表者が商標登録を出願する前に、被代表者又は被代理人の商標が商標登録出願されていない状況の下、はじめて代理人又は代表者の登録出願行為が抜駆け登録行為を構成する」ということを求めておらず、被代理人又は被代表者が既にその商標を登録出願したとしても、他人の類似商品又は役務における登録を阻却することができる判断した。しかし、被代理人は分類を跨いで他人の登録を阻却する役割を果たすことはできない⁷²。

その後の事件の中で、「楷模」事件で提起された 15 条 1 項の適用における 1 つ目の要件について、「DomsLift」事件⁷³では、わずか 2 回の商取引では代理販売の関係を結ぶ意図を表すには不十分であり、商品を実際に販売したことも証明できないとした。既になされた証明は、代理人又は代表者の関係を証明することに足りない。「新東陽」事件⁷⁴においては、法律規定から代表者は会社の株主である必要があったが、「代表関係」を「関わり合いのある関係」へと拡大し、家族が共同で設立した企業の構成員を代表者として認定した。

2 つ目の要件においては「Lehmanbrown」事件⁷⁵の中で、次のように指摘している。係争商標の登録出願日前、雷博公司はまだ設立準備中であったが、2 人の創立者は既に当該会社の将来の名称や商号、及び会社のブランドの商標出願について合意していた。そのため、たとえ実際には使用していても、係争商標である「Lehmanbrown」は設立準備中の雷博公司の商標であることを確認した。代理又は代表依頼人が、既に当該商標をビジネスに使用したか否かは、15 条の適用条件とはならない。

2013 年の改正商標法により追加された 15 条 2 項の規定について、「雅琪」事件⁷⁶では、「雅琪」は先に使用した未登録の商標であることを証明したうえで、「契約、業務取引の関係」の証明については比較的低い敷居を採用した。例えば、同業としての競争関係が存在することや、かつて業界の普及展覧会と一緒に参加したこと、間接的な取引が存在する等の場合には、知っていたことだけを求めた。「MEGAPULSE」事件⁷⁷においても、間接的な業務取引において上海秦嶺酒業の「MEGAPULSE」商標を知っているはずと認定し、当該条項を適用可能とした。

上述の立法と司法実務に関する整理から見ると、15 条 1 項における「代理人又は代表者」による抜駆け登録出願の状況について、代理依頼人が中国で実際に使用していることは求められていないものの、代理又は代表の関係の認定についてはやはり比較的厳格である。15 条 2 項の「その他の関係」などの認定については、立証に関するハードルが大幅に低くなっているものの、中国での先使用行為の存在を求めている。日本の商標法 53 条の 3 における、代理人などが抜駆け登録したことに関する取消審判の規定の中で、代理人などは商標申請日より 1 年以内に指定された代理人であることを厳格に規定している。さらに、代理人などの証明においても、比較的厳格な姿勢をとっており、例えば「casite」事件⁷⁸においては、アメリカの輸出卸売り業者から商品を輸入する業者だけでは、この条項における「代理人」を構成しないとしている。この中でも、取引の継続性又は持続的な取引によって相互信頼関係が形成さ

⁷¹ 最高人民法院行政判決書（2015）行提字 3 号。

⁷² 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字 1306 号。

⁷³ 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字 1127 号。

⁷⁴ 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字 1196 号。

⁷⁵ 最高人民法院行政判決書（2014）行提字 3 号。

⁷⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2017）京行終 2497 号。

⁷⁷ 北京知識産権法院行政判決書（2015）京知行初字 352 号。

⁷⁸ 東京高判昭和 58 年 12 月 22 日無体集 15 卷 3 号 832 頁。

れたことも強調されている⁷⁹。

日本の類似した規定と比べて、中国の商標法 15 条の適用範囲がより広い。しかし、一方では中国において、代理人などが自由に商標を選定し経営活動を行うことに対して更に多くの制限が加えられている。特に商標の抜駆け登録の行為は、多くの場合、商標代理機関の協力のもとで完了する組織的な行為である。そのため、中国では商標代理機関の設立のための行政許認可の制約をなくしてから、代理機関が他人の商標を抜駆け登録して利益を得る現象が大量に出現し、代理市場の秩序を混乱させていた。この問題を解決するために、2013 年の商標法においては、商標代理機関の登録活動を制限する規定を追加した。例えば、商標法 19 条 4 項では「商標代理機関では、その代理役務に基づいた商標登録出願ができるが、その他の商標の登録を出願してはならない」と規定している。「上専及図」事件⁸⁰においては、係争商標が指定する役務が 42 類の「技術研究、技術プロジェクト研究」などの役務であり、商標法 19 条 4 項で規定されている「代理役務」には属しないとし、「黄金智慧」事件⁸¹においては、文字とおりの解釈に基づいて「商標代理機関」についての認定の核心は、商標代理業務に従事しているか否かであるとした。また、商標代理機関が、自己使用のために商標を出願したのか、それとも利益を得ることを目的に商標登録の出願をしたのかについては、当該条項において区別しない。当該事件において、商標出願の際に指定した 35 類の、商品の展示、公告、コンピューターネットワーク上のオンライン広告、小売を目的とした通信媒体上の商品展示、経営管理のサポート、フランチャイズ経営のビジネス管理、公共関係、マーケティング、他人に代わっての販売及び人事管理コンサルティング役務は、明らかに商標代理役務の内容ではない。

(3) 在先権利の抜駆け登録

(i) 中国商標法上の「在先権利」

商標の権利を確定する行政手続における在先権利の位置付けの問題は、中国商標法における独特のテーマである⁸²。最近では「カンフーパーンダ」事件⁸³において、「商品化権」という概念を商標法 32 条前段の「在先権利」に明確に列挙し、実務界と学術界のさらなる幅広い議論を呼んだ。中国商標法の「在先権利」の概念は、「工業所有権の保護に関するパリ条約」6 条の 5 の B 項に列挙されている 3 つの拒絶（無効）理由に始まる。そのうち、侵害された第三者の既得権は、関連国で既に保護されている商標権、メーカーの名称に対する権利又は著作権などの権利である。1 つの商標が人格的な権利を害した場合には、本項規則も適用することができる⁸⁴。「商標の権利付与・権利確定に関する規定」18 条において、「在先権利」は、当事者が係争商標の申請日前に得た民法上の権利又はその他の保護されるべき合法的な権益が含まれると定義されている。それをいわゆる絶対権に限らず、合法的な権益もその中に組み込まれると拡大解釈した。実務において、商標法 32 条前段の「在先権利」に関する論争のうち比較的に大きな問題は、2 つの側面に集中している。1 つ目は、自然人の氏名、肖像及び及び法人名称などとの関係であ

⁷⁹ 小野昌延＝三司峻司編『新・注解 商標法（下巻）』1545 頁（木柵照一）（青林書院、2016 年）。

⁸⁰ 北京市高級人民法院行政判決書（2016）京行終 2985 号。

⁸¹ 北京市高級人民法院行政判決書（2016）京行終 2034 号。

⁸² 関連学説の争議詳細は、李揚「商標法中在先権利的知識産権法解釈（商標法における先行権利の知的財産権法解釈）」法律科学 5 期、41-50 頁（2006 年）。

⁸³ 北京市高級人民法院行政判決書（2015）高行（知）終字 1969 号。

⁸⁴ ボーデンハウゼン、前掲注（14）76 頁。

る。2つ目は、テレビ番組の名称、キャラクターの名称やイメージなどとの関係である。以下ではそれぞれについて論述する。

① 自然人の氏名及び法人名称などとの関係

「在先権利」の1つとしての自然人の氏名の権益において、中国商標法上で表れる最大の特徴は、他人の登録を阻却する権利は、人格権の理論から生じるものではなく、標章法の理論から生じるものであるということである。これについて、「喬丹（ジョーダン）」事件⁸⁵において、最高人民法院は次のとおり指摘している。商標法 32 条を適用して他人の在先権利である氏名権を保護するときには、関連公衆が、係争商標が付された商品と当該自然人との間にイメージキャラクター契約やライセンス契約などの特定の関係があると容易に誤認されるか否かが重要であり、これは係争商標の登録が当該自然人の氏名権を害するか否かを認定するための重要な要素である。当該事件の既存証拠によって、「喬丹」は中国において比較的高い知名度があり、関連公衆に知られていることが十分に証明できる。中国の関連公衆は、通常、再審請求者（すなわちアメリカのバスケットボールのスターであるマイケル・ジョーダン）のことを「喬丹」と呼び、しかも「喬丹」と再審請求者との間には既に安定した対応関係が築かれている。当該事件が根拠となり、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」（2017 年）20 条では、次のように規定した。すなわち、「係争商標が自らの氏名権を害すると当事者が主張し、関連公衆が、当該標識がその自然人を指すもので、当該商標が付された商品は当該自然人の許諾を得ているものであり、又は当該自然人との間に特定の関係が存在すると容易に思う場合、人民法院は、当該商標が当該自然人の氏名権を害していると認定しなければならない」。また、当事者が筆名、芸名、訳名など特定の名称で氏名権を主張する場合は、「当該特定の名称に一定の知名度が備わっており、かつ自然人との間に安定的な対応関係が築かれ、関連公衆がこの名称で当該自然人のことを指すのであれば、人民法院はこれを支持する」。人格権理論と標章法理論を採用する上での明確な違いは、同姓同名の人の商業活動に使用する姓名の問題をどのように処理するかということにある。氏名権のアプローチでは、偽物が自分の氏名を有名な作家と同じ氏名に変え、その後当該氏名を自分が創作した作品に付け、これにより混乱を生じさせる問題を解決することができない。「王躍文が葉国軍、王躍文などを提訴」という事件⁸⁶において、法院は、被告の行為は反不正競争法に違反するが、「他人の著名な作品を偽る」ことは構成しないと認定した。作品上に付けたのは作者の「合法的な氏名」であり、他人の氏名を偽っていなかったからである。しかしながら、反不正競争法の観点から見て、法院は次のように指摘した。カルチャービジネスの経営者として、作者はよく作品に名前を付けることを通して、自分と自分の文学作品の創作スタイルを広めている。消費者が図書を購入するとき、作品の題名と著者名は購入を考える上での主要な要素である。著名な作家の作品の名称は、図書の一種の商品標識となっており、消費者の購入行為を決定する重要な役割を發揮している。著名作家のサインがいったん手本とされ、偽造され、フリーライドされたり希薄化されたりすれば、消費者の誤った支出の決定を促す可能性があり、これにより作者の正当な権益に影響が出るため、これらの行為は不正競争に属する。

⁸⁵ 最高人民法院行政判決書（2016）最高法行再 27 号。

⁸⁶ 湖南省長沙市中級人民法院民事判決書（2004）長中民三初字第 221 号（『最高人民法院公報案例』2005 年 10 期）。

②テレビ番組の名称、バーチャルキャラクターの名称、イメージなどとの関係

テレビ番組の名称、バーチャルキャラクターの名称、イメージなどについての登録の段階における関連問題は、中国の商標法においては「商品化権」をもって解決を図っている。初期の中国の下級法院では、一般的に人格権理論を依拠とし、自然人の氏名権又は肖像権のビジネス上の利用を、人格権の保護範囲に組み込んだ⁸⁷。自然人以外の客体の商品化の問題については、近日の「カンフーパンダ」事件⁸⁸における判決で、初めて「商品化権」という概念を商標法 32 条前段の「在先権利」の範囲に含むと明らかにし、これにより登録を拒げる異議事由を構成した。中国の司法実務の中で、使用されている「商品化権」という概念は、アメリカの学説において広く認められている「肖像パブリシティ権」の概念とは異なり、ドイツの一般的な人格権の実務に由来するものでもなく、独創性を備えた概念体系である。特に、「商標の権利付与・権利確定に関する規定」22 条 2 項において、司法実務の中の判例法理を司法解釈として位置づけた。すなわち「著作権の保護期限内の著作物について、仮に作品の名称、作品の中のキャラクター名称などに比較的高い知名度があり、それを商標として関連商品に使用すれば、関連公衆が、それを権利者の許可を経ているという誤解や、権利者との間に特定の繋がりがあると誤解しやすく、当事者がこれをもって在先権利を主張する場合には、人民法院はこれを支持する。」ということである。当然ながら、この司法解釈の中で、商品化権の拡大適用を防止するために、商業標章法の立法目的から、その適用要件において「著作権の保護期間内の著作物について」を要求するなどの制限を加えている。「著作権保護の期間以外の著作物」については、「その他の悪影響」の条項を根拠とし、公共の記号ソースの登録出願を理由に却下することはできるが、「商品化権」を根拠に処理することはできない。

上述の論述から分かることは、中国の司法実務の発展においては、在先権利の中に含まれていると思われる 3 種類の客体（自然人の商品化権の問題、物のイメージと名称の商品化権の問題、及びバーチャルキャラクターなどの商品化を含む）の間にある共通性、特に直面する利益関係の一致性に注意し、これによって統一された理解を確立しようとすることである。分割化という理解のもとで、提供する選択可能な 3 種類の理論の候補において、人格権の理論は自然人以外の客体を商品化権の保護客体とする可能性を当然のように排除したため、顧客吸収力の学説と標章法の体系によりのみ、統一された選択肢の提供が可能になっている。

現実の利益関係から見れば、自然人の商品化権であろうと、物又はバーチャルキャラクターなどの商品化権であろうと、いずれも顧客吸収力に対する保護を通して、他人のフリーライド行為を防止する排他権を設定している。この創設過程は、立法で実現したものではなく、司法実務を通して実現したものである。しかしながら、顧客吸収力の学説の下で、統一化の試みの最大の疑問は、「物権／知的財産権の法定主義」に抵触するということである。他人の知的成果又は商業上の信用に対するフリーライド行為は、原則として禁止されないものである。人類社会もまさにこのようなフリーライド行為によって徐々に文明化や進歩へと向かっている。しかし、原則としての自由は、ある特定の状況の下では制限されるものであり、他人のフリーライド行為を禁止する例外を排除しない。例えば、創作活動の奨励を確保し、文化の進歩、科学技術の発展といった、よりマクロな目的の達成を妨げないために、著作権と専利権の

⁸⁷ 比較的に典型的である事案には、王軍霞事件（遼寧省高級人民法院民事判決書（2001）遼民終字 162 号）、劉翔事件（北京市第一中級人民法院民事判決書（2005）一中民終字 8144 号）、張柏芝事件（江蘇省高級人民法院民事判決書（2006）蘇民終字 109 号）、姚明事件（湖北省高級人民法院民事判決書（2012）鄂民三終字 137 号）がある。死者の氏名と肖像を利用した判例には、魯迅事件（『最高人民法院質疑と応答 民事編』、中国法制出版社 2004 年版 92-93 頁）王金栄などによる松堂関懐病院訴訟事件（北京市崇文区人民法院民事判決書（1999）崇民初字第 1189 号）がある。

⁸⁸ 北京市高級人民法院行政判決書（2015）高行（知）終字 1969 号。

保護を設けたことがもたらす社会福祉が、これら法定の独占権がもたらす不正よりも大きいときにのみ、前述の排他権を設けることが許される。設置プロセスにおいては、民主的なプロセス、特に立法により設定しなければならず、これによりフリーライドの自由が制限された第三者は、事前にその行動を予測できるようにし、立法が一致していない状況においては、司法が相当に謙抑的であるべきである。これは、いわゆる知的財産権の法定主義の趣旨でもある。顧客吸引力の学説下で、商品化権に対する権利設定過程について、大部分のバーチャルキャラクターのイメージなどについて、おそらくは著作権法の保護範囲に取り入れることができるであろうが、バーチャルキャラクターの名称についても、市場に投入を始めてすぐに、商品化したい商品区分を指定商品として商標登録出願することにより法律上に保護される既得権に転化することができる。商品化の権益主体が商標登録出願を行っていない場合や、その客体が既存の権利による保護を求めることができないときに、顧客吸引力という学説を通して一種の排他権を設けようとするやり方は、法的安定性と予見可能性を損なう。

しかし、中国の司法実務のやり方は、標章法の統一化の理解へと転換されている。すなわち、バーチャルキャラクターなどの商品化権であろうと、有名人の氏名又は肖像の商品化権であろうと、仮に他人がみだりにそれを商品化する製品の開発と販売に利用し、又は広告宣伝の手段としてその他の製品のイメージキャラクターとすることを放任してしまえば、上記主体の許諾をベースとするビジネスモデルの実現に影響を及ぼすであろう。このため、商品化権の客体を前提とする利益紛争は、似たような状況になる。しかし、このような似通った利益状況に対応する調整モデルは、商業標章法の中の商業上の標章の機能の角度から見ると、出所識別機能、品質保証機能、又は広告宣伝機能からスタートするのかわらず、統一された理解に対して大いに役立てることができる⁸⁹。商標法体系下の商品化権の統一化の試みについて、その最大の目的は、顧客吸引力の学説を更に進展させ、既存の標章法体系を適用できるようにして、これにより知的財産権の法定主義の桎梏から抜け出すことである。ここで最大の疑問は、現実的に考えると多くの商品化活動における実践には、商業上の商標の使用などの具体的な要件を挟み込むことが困難である点である。結局のところ、どのような状況下であれば、バーチャルキャラクターの名称などの商品化の利用が、商標法における混同行為を構成するのかは、おそらく商標法における登録の部分と反不正当竞争法〔不正競争防止法に相当〕（2017年）における権利侵害の部分でそれを具体化することを待たねばならないであろう。

(ii) 日本の商標の権利確定行政手続きにおける「既得権」

日本の商標法においては、中国の商標法 32 条前段にある商標登録を阻却する事由としての「在先権利」に類似した条項が存在していないため、日本では商品化権を「権利」としてみるのか、又は「法益」としてみるのかという論争はあまり見られない。日本の商標法 4 条 1 項 8 号において、登録商標には他人の肖像や氏名、名称、有名人の雅号、芸名、筆名、及びこれらの著名な略称が含まれるもののみについては、その登録を阻却することができる。審査の過程において見逃され登録された場合も、それを異議事由及び無効事由として、異議申立て及び無効審判を提起することができる。そのうち、自然人の氏名、肖像などについては、人格的な利益を保護する観点から、他人による登録を阻却する位置付けを与えている。自然人の氏名とは異なり、自然人の雅号、芸名、筆名及び略称は自由に変更可能であること

⁸⁹ 井上由里子「パブリシティの権利の再構成—その理論的根拠としての混同防止規定」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集刊行委員会『現代企業法学の研究 筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』145 頁（信山社、2001 年）。

から、他人が自由に標章を選択してビジネス活動を行う利益を損ねるために、これらの呼び名が「著名」と認められる程度に達した場合にのみ他人による登録を阻却できると認められている⁹⁰。本項規定の目的は、混同を防ぐことではないため、混同を防ぐ措置を追加しても、他人の氏名などに対する登録により混同の効果は生じないため、本項規定の適用には影響しない。これ以外のその他の在先権利を構成する排他権の類型は、商標の権利確定の行政手続において救済の可能性は存在しない。

当然ながら、仮に上述の氏名と肖像などの商標の権利確定手続における阻却効果を人格権の保護によるものであるとすれば、既に亡くなった自然人の氏名又は肖像などに対する商標登録の行為は、日本の司法実務において一般的に商標法4条1項7号の公序良俗の条項に基づいて登録を阻却するかどうかを判断する⁹¹。「ダリ」事件⁹²において、被告は著名な画家・ダリの名前である「DARI」を、石鱈などの区分に登録した。裁判所は、「被告の登録は消費者に画家であるダリのことを想起させるものであるが、被告の行為はダリの遺族の承諾を経たものではない。このため当該登録行為では、世界で著名な故人の氏名の略称を不当に利用していることになる。この行為は死者の名誉を害するおそれがあるばかりでなく、市場の秩序を乱し、国際間の信義誠実に反するものである。よって公序良俗違反を構成する」と指摘した。また、上述の判例法理も「商標審査基準」の中で徹底されており、「外国で周知されている、著名な商標であるなど、日本で未登録の商標又は外国人の氏名などとしての保護」の中で「著名な故人の氏名又は肖像などの登録出願において、配偶者が存命の場合には配偶者の同意を得なければならず、同意を得ていない場合には、商標法4条1項7号における公序良俗条項によって却下する」と規定されている⁹³。このほか、著名な作品名及びバーチャルキャラクターの名称に対する抜駆け登録出願の行為は、司法実務においても、日本では4条1項7号における公序良俗条項を根拠に規制している（前者は「赤毛のアン」事件⁹⁴を例とし、後者は「泰山」事件⁹⁵を例とする）。

他人による抜駆け登録出願を阻却する規範の運用においても、標章法の観点から商標法4条1項15号の広義での混同に関する条項を適用して、他人の抜駆け登録行為を阻止する実務がある。バーチャルキャラクターなどの商品化権であれ、著名人の氏名又は肖像の商品化権であれ、仮に他人が無断でそれを商品化し、製品の開発と販売又は広告宣伝の手段とするのであれば、上記の主体が許諾をベースとしたビジネスモデルにおける利益を害することになるため、商品化権の客体における利益紛争の状況とよく似たものである。このような似通った利益状況の調整モデルとしては、標章法の中の商業上の標章の機能の角度から、出所識別機能、品質保証機能、又は広告宣伝機能に関わらず、統一的な結論が得られるべきである⁹⁶。要件から見た場合、混同を防ぐことを目的とした、商業上の標章の出所識別機能と品質保証機能を保護する標章法の保護体系には、少なくとも次のことが含まれるべきである。すなわち、商品などの標章とそれを代表する商品などの間には1対1対応の繋がりが存在しており、この繋がりは「知名」の程度を構成すること、他人の標章を商標として使用すること、混同を生じさせるおそれが

⁹⁰ 田村・前掲注(7) 217頁。

⁹¹ 田村善之「俳優のしぐさに関する著作権侵害と歴史上の人物名に関する商標権侵害が争われた事例(下)―東京地判平成26.4.30平成24(ワ)964[CR松方弘樹の名奉行金さん―] IPマネジメントレビュー16号4-11頁(2015年)。

⁹² 東京高判平成14・7・31判時1802号139頁、ダリ事件。

⁹³ 特許庁審査業務部商標課商標審査基準室編「商標審査便覧」42.119.02、

<https://www.jpo.go.jp/shiryou/kijun/kijun2/syohyoubin.htm> [最終アクセス日:2018年1月15日]

⁹⁴ 知財高判平成18年9月20日平17(行ケ)10349号。井関涼子「著作物のキャラクターからなる商標と商標法上の公序良俗概念:ターザン事件“知的財産高裁平成24.6.27判決”」同志社法学65巻1期163-203頁(2013年)。

⁹⁵ 知財高判平成24・6・27判時2159号109頁。松原洋平「著作物の題号と同一構成の商標が公序良俗に反し無効とされた事例―Anne of Green Gables事件“知財高裁平成18.9.20判決”」知的財産法政策学研究15巻371-385頁(2007年)。

⁹⁶ 井上・前掲注(89)145頁。

あることである。

バーチャルキャラクターなどの名称及びイメージの商品化使用の問題について、日本の司法実務では、標章法理論に対する発展を通して、出所識別機能、品質保証機能及び広告宣伝機能の発揮させることから、一定レベルにおいて、バーチャルキャラクターなどの商品化権について、混同の防止及び不正利用の防止などの保護を与えている。「NFL 標章」事件⁹⁷における原告はフットボール協会であり、彼らは連盟の各チームの名称及びロゴの商品化権を持っており、商品化の運営本部を通して商品を製造販売する業者を選定してフランチャイズ商品を展開しているが、被告は無断でチームの名称とロゴが入った商品を販売した。最高裁は以下のように判断した。すなわち、商品化の運営本部がチーム名及びチームのロゴを使用して商品化した製品を生産する主体に対して、一般的に厳格な選択を行い、商品の品質、広告宣伝の方法などについて、厳しく管理統制を行う。このため、著名な標章を無断で使用し、商品化製品を生産する行為は、著名な標章に対する出所識別機能、品質保証機能及び顧客吸引力を保護している不正競争防止法に反する。不正競争防止法で言っている他人の著名な標識を混同させる行為は、同一商品の出所の主体による行為であると誤認させるもののほか、同一の商品化事業の運営団体から権利を譲り受けて行った行為であると誤解させるものも含む。当該事件において、広義の混同概念を援用することにより、被告が販売した商品が原告のフランチャイズの業者から権限を受けて生産した商品であると消費者に誤認させてしまうものであると、裁判所は認定した。さらに、消費者も一般的に、原告のチーム名とチームのロゴが入った商品は、全て原告が許諾したものであると認識することが通常である。原告は、これらの商品の品質と広告宣伝に対して管理統制を行っているため、被告の行為は顧客吸引力に対するフリーライドすることにより、ビジネス上の信用やそれによる不正な利用を自らのものに転化した。当該事件の判決後、判例法理はしだいにアニメーションキャラクターの商品化開発の活動へと拡大し、アニメーションキャラクターの商品化の管理主体に対して、不正競争防止法上、著名な標章の保護における訴権を持っていると承認した⁹⁸。

しかしながら、標章法の理論に基づけば、CD の名称⁹⁹、書籍名称¹⁰⁰、映画作品名の保護の問題¹⁰¹に対して、日本の司法実務では否定的な評価をしている。書籍名称を例にすると、「夏目漱石小説集」事件¹⁰²において、夏目漱石の遺族が「夏目漱石小説集」を商標登録出願したことに対して、これは既に著作権保護の期間を過ぎた夏目漱石作品に対する独占的な販売利益を継続して独占することになるという理由で、特許庁から拒絶された。著作権保護の期間を過ぎた作品について、その題名に商標権を与えて登録すれば、著作権の保護期間が延長されたことに相当するが、著作権の保護期間内で著作物の創作に対するインセンティブは十分である。他人が異なる内容の作品に同一の題名を冠する情況に対し、一般的には、作者名又は出版社名を通して区別することが可能であることから、特定の作品名称は、作品の出所を識別する機能¹⁰³を果たすわけではない。

また、ある観点からは、映画作品の名称、ゲームの名称について言えば、映画作品とゲーム作品はいずれも複数の著作物の集合体であり、個別の著作物とゲーム又は映画の作品名との関連度合はやや低い

⁹⁷ 最判昭和 59・5・29 民集 38 巻 7 号 920 頁、フットボール・シンボルマーク上告審。

⁹⁸ 最判平成 9・7・17 民集 51 巻 6 号 2714 頁、ポパイ・ネクタイ事件上告審。

⁹⁹ 東京地判平成 7・2・22 判タ 881 号 265 頁、Under The Sun 事件。

¹⁰⁰ 東京地判昭和 63・9・16 無体集 20 巻 3 号 445 頁、POS 実践マニュアル事件。東京地判平成 12・9・29 判時 1733 号 108 頁、デール・カーネギー事件。

¹⁰¹ 知財高判平成 17・10・27、平成 17 年（ネ）10013 号、超時空要塞マクロス事件。

¹⁰² 昭和 23 年抗告審判 181-190 号審決。

¹⁰³ 田村・前掲注 (7) 230 頁。

ものである。商業上の標章として営業上の信用を代表し、商品の出所を識別する標章とする機能が向上し、これにより商業上の標章としての使用を構成する可能性がある。しかし、一般的に言えば、書籍名又はCDの名称は、単に作品の内容を表しているだけであり、商品の出所を識別する機能は有さない。

商品化の活動における、バーチャルキャラクターなどの名称とキャラクターの使用を除いて、バーチャルキャラクターなどを通じた広告宣伝活動について、消費者が著名なキャラクターによるイメージキャラクターを務めた商品の出所に対して、はっきりした認識を持つため、著名なキャラクターによるイメージキャラクターは、もう1つの製品のブランドイメージを高めるだけであり、それ自体は消費者が商品の出所を識別する標識として働くことはない。たとえ商品の主体が勝手にキャラクターを使用して自身の商品を宣伝する状況であったとしても、消費者は商品の品質の決定主体に対して誤った認識を抱くわけではなく、宣伝される対象となった商品の品質決定者は、相変わらず商品自体の主体であり、著名なキャラクターなどの主体ではない。このため、商品化活動の使用と比べて、バーチャルキャラクターなどの広告宣伝活動は、標章法体系の中に組み込まれるのが困難である¹⁰⁴。例えば、商品化活動について、仮に特定の主体がTシャツを販売する際に、正面には「功夫熊猫（カンフーパンダ）」の4文字又はあるスターの肖像をプリントした場合、この商品化活動において「功夫熊猫」という4文字は、消費者の出所識別の根拠ではない。消費者は、「功夫熊猫」という4文字が書いてある服を着たら、なかなかおしゃれであると感じることなどのため、このTシャツを購入するのである。Tシャツが販売できるのは、完全に「功夫熊猫」による顧客吸収力によるものであり、消費者は、一体どこで生産したTシャツなのかということには全く関心がない。この4文字があるTシャツであれば購入するのである。たとえ消費者が、このTシャツを生産する主体が、商品化権の主体の許諾を得ていると信じていたとしても、この品質保証の誤認は消費者にとって、実質的な利益を害するものにはならない。別の面では、キャラクターの名称とイメージなどは、商品などの品質の情報を提供しないため、たとえ企業が努力によって商品などの品質を改善したとしても、その信用の化体に対するインセンティブを揺らがない。このため、消費者の混同のおそれと製造者の信用の蓄積という2つの観点からは、いずれも商業標章法の体系下の商品化権の保護を証明することができない。しかし、氏名や肖像などを利用して、広告宣伝を目的とした活動を行う場合、消費者はみな著名人又は著名なキャラクターがイメージキャラクターとなった商品の出所に対して、はっきりした認識を持つ。著名人又は著名なキャラクターのイメージキャラクターは、他の製品のブランドイメージを高めるだけで、商品自体は消費者が商品の出所を識別する標識を構成しない。たとえ商品の主体が無断でキャラクターを使用して自身の商品を宣伝するという状況下にあっても、消費者は商品の品質の決定主体に対して間違った認識をするわけではない。宣伝対象となる商品の品質を決定する側は、依然として商品自体の主体であり、著名人又は著名なキャラクターの主体ではない¹⁰⁵。このため、商品化活動の使用と比べて、広告宣伝の活動における使用は、標章法体系の中に組み込まれるのがより困難である¹⁰⁶。

上述の請求権の基礎のほか、その他の先行権利に対して、商標法は他人の登録を阻却できる根拠を提

¹⁰⁴ 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』511頁（有斐閣、2003年）。田村教授の観点と英米学界の商標制度機能に対する区分は異なるが共に優れたものである。すなわち商業標章法（商業ロゴ法）とは passing off（詐称通用）を具体的に表したものであり、misrepresentation（不実表示）の行為に対するものである。しかし標識の情報の価値を利用する行為が不実表示行為であり、商業標章法の興味深い範囲には属さない。

¹⁰⁵ その中である観点では、著名人の姓名と肖像権の広告宣伝を目的とした使用は、おそらくバーチャルキャラクターなどの名称とイメージなどの広告宣伝を目的とした使用と比べて、商標標章法の保護範囲へ入るのがさらに容易である。井上・前掲注（89）160頁。

¹⁰⁶ 田村・前掲注（104）511頁。

供していない。上述の現象が発生するより本質的な背景は、商品化権の属性に対する理解にある。すなわち、商品化権は単に行為規範の一種に過ぎず、その排他権の範囲は特定の行為だけに限られており、ある1つの名称やキャラクターなどに関わる商業的な利用行為を総括的に支配しているものではない。特に商品化権の効力範囲の問題において、表現の自由や、商業上の標章の選択の自由など、対抗する利益間のバランス関係の問題が存在する。このため、登録の段階において、商標審査部門について言えば、やや書面的な近似性の判断材料に直面しただけで、市場の主体がその後どのような方法で他人の名称やキャラクターなどを使用していくかということに対して、往々にして判断する手立てがない。よって、民法における自然人の人格の保護など、明確な法律上の根拠が見いだせない限り、商標法において、商標の権利確定の手続の中で処理する問題ではない。たとえ他人の商品化権を侵害する可能性のある標章を商標として登録したとしても、行政手続きとしての登録を済ませたとしても、そのことは、商標権が市場においていかなる積極的な権能を持つことを意味するものではない。上述の考慮から、日本では商標の権利確定の手続において、商品化権に対して画一的な判断をしているわけではなく、その後の市場の取引段階で、権利侵害の判断と抗弁を通して解決しているのである。

(4) 不正手段による抜駆け登録

商標法44条1項では、「既に登録された商標が本法10条、11条、12条の規定に違反している場合、又は欺瞞的な手段、若しくはその他の不正な手段で登録を得た場合、商標局は当該登録商標の無効を宣告する。他のいかなる組織又は個人も、商標評審委員会にその登録商標の無効を請求することができる。」と規定している。このうち、10条はその大部分が公序良俗及び国際的な儀礼を害した商標に対応したものであり、11条はその大部分が出所識別性を備えていない、又は独占されることが望ましくない商標に対応したもので、12条は立体商標に対応したものである。これらは全て既存の商標法において、他人の登録を阻却するための絶対的な事由であり、原告適格の問題として利害関係人などの制限を受けず、5年の除斥期間の制限もまた受けない。当該条項の規定について、比較的に論争が激しいものとして、「欺瞞的な手段、若しくはその他の不正な手段で登録を得た」ということをどのように理解すべきかということである。このうち、「欺瞞的な手段」が主に指しているものは、真実のように思わせてごまかす手段で商標行政を主管する機関を欺き、商標登録を得る行為のことであり、主に申請書類のサインや押印を偽造する行為、申請者の主体資格の証明書類を偽造、修正すること、その他の証明書類を偽造するなどの行為が含まれる。これに対する解釈では、しばしば限定的な考え方が採用されており、「NTK」事件¹⁰⁷においては次のように指摘されている。智枳会社が商標局において係争商標を登録出願したときに、上述の事実を故意に隠匿し、これにより係争商標が登録されたとしても、商標申請者が商標の登録出願をするときに、その登録商標が装飾フォントの変形であるかどうかの説明を行うことや、その具体的なフォントデザインの内容を明確に示さなければならないと規定していたわけではないために、商標申請者には当該条項の法的義務がないという状況のもと、装飾フォントの内容について明確な説明をしなくとも、強制力のある法律、法規に違反にはならない。このため、ここでの「欺瞞的な手段」は相応の行政又は刑事的な取締規定に対応しているものであり、抜駆け登録した者が知りつつも隠匿した状況には適用されないと考えることができる。

¹⁰⁷ 北京市高级人民法院行政判決書（2012）高行終字701号。

問題の鍵となるのは「その他の不正な手段」をどのように解釈し、適用するかということである。当該規定の適用について、早期の判例では、当該条項が既に登録された商標を対象としたものであり、まだ登録審査を受けていない登録商標は対象外であり、当該規定を適用して無効にすることはできない（例えば「拉斯科」事件¹⁰⁸、「ティムケン」事件¹⁰⁹など）と強調した。これに対し、最近の「清様」事件¹¹⁰において、当該規定は異議申立ての再審査の手続で、参考としての適用が可能であることが明確になった。そして、ますます多くの裁判官が商標局、商標評審委員会、法院が、商標申請の審査や登録、及び対応する訴訟のプロセス中で、商標登録の出願者が欺瞞的な手段又はその他の不正な手段で商標登録の出願をしていることを発見した場合、参考として当該規定を適用し、不当な商標登録出願の行為を阻止¹¹¹することを賛同するようになってきている。最近改正された「商標審査及審理標準〔商標審査及び審理標準〕」（2017年）¹¹²においても、審査の過程において、44条1項の規定を根拠に、係争商標の出願者が大量の商標の登録を出願し、かつ他人の識別性のある商標や、他人の屋号、企業名などと同一又はよく似たものを構成するとき、及び商標出願者が大量の商標を出願し、かつ実際に使用する意図がないことが明らかな状況においては、これを阻却できるとしている。このようなやり方は、実際には重要な法的効果を生む。日本とは異なり、中国の商標法には「使用の意図」に対する要求がないため、中国の商標法4条にある「生産・経営活動における」使用、及び商標法7条にある「登録出願中は信義誠実の原則を遵守しなければならない」という規定が、「使用の意図」要件の機能を果たす法的解釈のツールとなる可能性があるが、この2つの規定は審査、異議申立て、無効審判請求の判断において、法的効果としての対応はないため、規範としての役割を果たすことは困難である。しかし、商標法の44条1項における、「その他の不正な手段」の様々な手続の中での適用は、実際に、使用の意図がなく、区分を跨いだ、大量の出願に対して阻却する機能を果たしており、「不正な手段」を唯一の要件とする、一般条項としての機能を一応備えている。

しかしながら、当該規定の適用について、実務においては依然として多くの問題が存在している。まず、「その他の不正な手段」は、商標登録の秩序を乱し、公共の利益を害し、公共のリソースを不当に占有する又は不当な利益を手に入れようとする行為（「商標の利付与・権利確定に関する規定」24条）であり、特定の民事主体の権益保護について、その調整範囲には属さない（「ロンジンの時計」事件¹¹³、「同済大学」事件¹¹⁴（他人が未登録の著名商標を登録することは、特定の民事主体の権益を害することに属する））と強調している。しかしながら、実践においては特定の主体の権益に対して当該規定を適用した判例が存在している。「クレヨンしんちゃん」事件¹¹⁵において、「クレヨンしんちゃん」シリーズの漫画及びアニメーションが、係争商標の出願日より前に既に日本、香港、台湾地域で広く発行及び放送されており、高い知名度を有していた。係争商標の出願者である誠益公司是、広州にある会社であり、広州は香港と隣接しており、「クレヨンしんちゃん」を当然知っていた。誠益公司是、「クレヨンしんちゃん」

¹⁰⁸ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1369号。

¹⁰⁹ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1051号。

¹¹⁰ 北京市高級人民法院（2015）商行（知）終字第659号。

¹¹¹ 劉慶輝「商標注冊程序中不正商標注冊行為的法律適用（商標登録プロセスにおける不正な商標登録行為の法律適用）」人民司法・案例（人民司法・判例）24期、83-86頁（2015年）。

¹¹² 国家工商行政管理総局商標局『関與公布新修訂「商標審査及審理標準」的公告（新改定版『商標審査及び審査標準』公布に関する公告）、2017年1月4日 http://sbj.saic.gov.cn/tzgg/201701/t20170104_233075.html [最終アクセス日：2018年1月15日]

¹¹³ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1886号。

¹¹⁴ 北京市高級人民法院行政判決書（2012）高行終字第703号。

¹¹⁵ 北京市高級人民法院行政判決書（2011）高行終字第1428号。

の文字又はキャラクターイメージを商標登録出願し、主観的な悪意が明らかである。また、誠益公司には大量に、大規模に他人の商標を抜駆け登録し、転売して利益をむさぼる行為を行っていることも考慮された。特定の主体の法益は、往々にして商標法における他人の登録を阻却する条項（13条2項、32条など）に対応される。両者の主な違いは、請求可能な主体と除斥期間の設定にある。除斥期間が過ぎ、特定の法益に基づいて無効手続を請求することができなくなった場合、「不正な手段」であることを証明できて初めて、他人の抜駆け登録の行為を阻却できる。

2つ目は、どの程度の「大規模」、「大量」であれば、当該規定を適用できるかということである。実務には多くの不確実性が存在している。「麗嬰房」事件¹¹⁶において法院は、本件での異議を申し立てられた商標のほか、蔡忠民とその関連会社が多くの商品区分において100件以上の商標の登録を出願したものの、商標法では商標登録の出願数について制限しておらず、事件の既存証拠は、蔡忠民とその関連会社に明らかに他人の高い知名度を持つ商標を複製、剽窃する故意があったことを証明するには、不十分であるとした。「ナイキ・グローバル役務・プライベートリミテッド」事件¹¹⁷において、法院は、第三者が大量の商標登録出願を行ったが、具体的に異議を申し立てられた商標の出願について言えば、当該登録の出願が公共の秩序又は公共の利益を害したとは認定し難いと指摘した。当該規定を適用する、大量の抜駆け登録出願という情況とは、「南寧万網」事件¹¹⁸において33類、10類など多くの区分の商品と役務で、多くの周知商標と同一又は類似の300件近くの商標の登録が出願されたことであると判断していた。「資生堂」事件¹¹⁹においては、50件もの商標が出願されたが、そのほとんどが明らかな使用意図がなく、他人の知名度の高い標章の剽窃にその目的があり、かつ実際に使用されていなかった。「海棠湾」事件¹²⁰では、出願者は個人として、36類である不動産の賃貸、不動産の管理、住まい（マンション）などの役務で本件の係争商標を登録しただけではなく、ほかの商品又は役務の区分においても「海棠湾」商標を登録出願した。このほかにも多くの区分の商品又は役務において、「香水湾」、「椰林湾」など30件あまりの商標を登録したが、そのうちの多くは公衆によく知られている海南島の地名や観光地の名称と関係のあるものであった。上述の既存の判例に対する整理から見ると、単純に分量の角度からの判断で同一の結論を描くのは難しいが、悪意という角度に立ち戻って総合的な評価をすべきである。当然ながら、これも一般条項の使用プロセスにおいて必ず存在する予見可能性を害するという問題が存在する。

3つ目は司法のプロセスにおいて、44条1項を適用しても対応できない状況である。つまり、冒認出願を行った者が多くの区分において大量に登録した場合、仮に無効申請者が、そのうちの1つの商標に対して大量の抜駆け登録を理由に行政や司法の手続きによりそれを無効にできたとしても、当該抜け登録商標権者が持つその他の大量の抜駆け登録商標に対しては成す術がない。これは、司法プロセスの消極性により決定付けられたものでもある。司法プロセスは、量的なコントロールしかできないものであり、より効果的な方法としては、審査の過程において行政機関が「使用の意図」に対する一層厳格な審査、又は審査段階における大量の区分を跨ぐ登録に対して、厳格なコントロールである。

¹¹⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2014）高行終字1864号。

¹¹⁷ 北京市第一中級人民法院行政判決書（2012）一中知行初字第1236号。

¹¹⁸ 北京市高級人民法院行政判決書（2016）京行終4450号。

¹¹⁹ 北京市知識産法院行政判決書（2016）京73行初1163号。

¹²⁰ 最高人民法院行政裁定書（2013）知行字41号。

4. 日中の比較と結論

(1) 日中の商標審査段階の制度比較

中国の商標法では商標の登録出願における「拒絶事由」¹²¹と既に登録されている商標の「無効事由」について規定する上で、それぞれ分断して考えられている。そのうち、「拒絶事由」の1種としての異議事由と無効事由は、設定において一定程度の同調性を表している。すなわち、絶対的な拒絶（又は無効）事由と相対的な拒絶（又は無効）事由の区別に基づいて、異議申立て又は無効審判請求の主体及び無効事由を提起する除斥期間の観点から、商標法において特定の商業上の標章を商標として登録できないようにする状況について分類した。しかし、両者の違いは、商標法 33 条の異議申立てに関する絶対的な拒絶事由に、商標法 44 条の無効に関する絶対的無効事由が含まれていないことである。すなわち、同法の 44 条における「欺瞞的な手段、若しくはその他の不正な手段による登録」の状況が含まれていない。

上記とは対照的に、「拒絶事由」の1種としての「却下事由」は、異議事由又は無効事由の設置とは大きな違いがある。商標法において、却下事由に係る規定は具体的に以下を含む。すなわち、28条で規定する「本法の関連規定を満たす」、30条の「本法規定を満たさない」と「他人が既に登録した商標と類似する」、及び31条の「先願原則の違反」が含まれる。このうち、28条と30条における「本法規定」が、仮に絶対的理由と相対的理由を含む商標出願を無効にする全ての理由を指すものであれば、商標局は審査の過程において、全面的に審査する職責を担っているということになる。しかしながら、商標法の権威的な解説においては、ここでの「本法の関連規定」について、10条の商標として使用できない標章に関する部分、11条の特別顕著性の具備に関する部分、及び12条の立体標章の登録不可に関する部分を指している。すなわち、いわゆる絶対的事由¹²²のことである。このため、商標局の審査過程において、商標局が使える拒絶理由も10条、11条、12条、30条及び31条の5種類の状況に限られる。

比較法の実務から見れば、拒絶事由と無効事由には同一主義と区別主義の2つのモデルがあり、商標局の審査過程における全面審査の原則の採否、相対的事由を審査しない原則を採用するのか、これらが対応している。前者の典型が日本の実務である。すなわち、拒絶事由と無効事由の設定において同一要件を採用し、かつ特許庁では全面審査の原則を採用している。中国の法律において、いわゆる相対的事由も全て商標局の審査の範囲内に含めており、2つの標章に混同のおそれが存在する登録については、これらが全て排除される。後者の典型は、ドイツの実務である。すなわち、却下事由と無効事由は分割されており、商標局は絶対的理由に対してのみ審査を行うことができ、職権により相対的理由を積極的に審査することはない。相対的理由については、異議申立てと無効審判請求の手続において、名宛人の主張を通して解決する¹²³。

¹²¹ 中国が異議申立ての手続に対して行っているのは付与前異議申立制度であるため、ある学者は異議申立ての手続を商標審査手続の構成部分と見做している。救済性の「行政再審」とは異なり、基本的には商標登録出願初回審査プロセスの自然な延長である（何懐文『商標法：原理規則與案例討論（商標法 原理規則と判例討論）』35頁（浙江大学出版社、2015年）この角度から、筆者も審査プロセスと異議申立ての過程を一体化して理解をしようと思う。すなわち無効プロセスがやや多いものは、当事者同士で商標権効力に関する争議が解決していることを表している。しかし異議申立てのプロセスがやや多いものは、審査の間違いを再び正していることを表している。このため、ここでの拒絶理由には2種類のプロセス下の却下事由と異議事由が含まれている。

¹²² 郎勝編集『中華人民共和国商標法積義（中華人民共和国商標法積義）』61頁（法律出版社、2014）。

¹²³ アンスガル・オーリィ（Ansgar Ohly）著、范長軍訳『德国商標法（ドイツ商標法）』4頁（知識産権出版社、2013年）。

上述した中国の制度の紹介から、中国ではドイツのモデルを採用していることが分かる。それが故に、中国の商標行政機関は、審査の段階で取引の実情について更に実質的な調査を行っており、また、悪意ある商標の抜駆け登録出願の阻却において、更に広範囲に裁量権を行使している。その結果、日中の商標法における具体的な信用の審査での位置付けに対する明らかな違いをもたらした。日本では、審査段階において、審査官に実質的な判断を行う裁量権が与えられている。これに対して、中国では審査過程において、大量の出願と厳しい審査期限と向かい合い、往々にして形式的な判断になってしまう。混同の状況に対しては、異議申立てや無効審判請求の手続で審理を行う。

当然ながら、このような違いの背景には制度上の原因が存在している。すなわち、制度において、日本は出願後ただちに公開する制度（12条の2）を採用している。また、情報提供制度（商標法施行規則19条）を規定している。このため、審査段階における商標行政機関の実質的な判断に役立ち、また比較的に早い段階で悪意のある抜駆け登録出願行為を発見、制止することができる。これに対して、中国の商標法では方式審査を終えた後に公告する制度を採用しており、公衆は審査の段階へ関与することが難しい。中国で審査の段階において、取引の実情への考慮を放棄することにより、第三者が異議申立て又は無効審判請求手続において、相応するコストを負担し、プロセスに入らざると得ない結果になっているであろう。しかし、審査の段階で、悪意の抜駆け登録を行った主体に更に多くのコストを負担させ、却下プロセスにおける審判過程で商標が登録を取得する正当性を説明させるのであれば、現段階で抜駆け登録された主体や法院の負担がおそらく相当に軽減されることになるのであろう。

実際に、商標局は既に次のように認識するようになった。悪意の抜駆け登録出願が深刻である状況において、1つのプロセスの中で、混同のおそれのある状況や不正な手段による出願など、その蓋然性が高い場合には、出願者にさらなる証拠の提出や、証明を求めること、又は出願を却下することができる。第三者及び社会の公衆が、異議申立て又は無効審判請求の審査において負担する可能性のある「opt-in」を、出願者が更に多くの義務を担うことへと転化させる¹²⁴。

（2）他人の抜駆け登録出願の防止における混同のおそれについての認識

具体的な信用についての保護の段階で、日本の商標法には混同防止の一般条項（4条1項15号）が存在している。当該規定によれば、商標自体が類似せず、又は指定商品が類似しない場合であっても、出所の混同のおそれが存在するときには規制することができる。これとは対照的に、中国はまだ驰名商标を構成していない状況における広義の混同の規制について、消極的な態度をとっている。形式的な判断理念を抱いているため、「商品與服務区分表〔商品と役務の区分表〕」の中の商品の類似範囲を拡大するやり方について、商標行政機関は否定的な考えを持っている。法院は、おそらく特定の事件の公平性と

¹²⁴ 工商総局「商標局遏制商標惡意搶注打擊商標侵權行為、商標局 2017 年商標權保護工作取得顯著成效（商標局による、悪意ある冒認出願を規制し、商標の権利侵害行為を取締し、商標局 2017 年商標權保護作業に明らかな成果をあげる）」発行日：2018 年 1 月 9 日、商標局公式ウェブサイト：http://sbj.saic.gov.cn/gzdt/201801/t20180108_271659.html [最終アクセス日：2018 年 1 月 15 日]。ここでは商標局が審査の段階において、明らかな主観的悪意があると認定した商標の出願は厳格に審査し、積極的に却下すると強調している。具体的には以下の 4 つの状況である。1. 悪意を持って他人の信用に取り入る行為をし、比較的高い知名度の商標の冒認出願についてこれを却下する。2. 広く使用される名称、業界の専門用語などを大量に冒認出願して、公共資源を不当に占有する意図で出願した商標について、これを却下する。3. 有名人の氏名を標章にするなど、他人の優先権の悪意による商標出願について、厳しく審査し、積極的にこれを却下する。4. 同一企業による悪意で何度も連続して冒認出願をした商標の出願について、厳しく審査し、これまでの異議申立て、無効宣言の判例を参考にしてこれを却下する。

いう観点から、更に正面から「商品と役務の区分表」を突破する傾向にある。

中国の商標法は、馳名性の認定において、やや厳格な態度をとっている。このため、13条2項における「馳名商標」と32条後段の「一定の影響がある商標」の間に、更に臨機応変な判断を加える必要がある。また、混同の防止というこの商標制度の主旨から出発して、混同のおそれがある抜駆け登録出願行為を阻却する。さらに、商標の権利付与・権利確定の段階に混同防止の一般条項が存在していることは、少なくとも中国の商標法において、実践の中で発生する3つの問題の解決に役立つ。

1つ目は、商標の消極的使用に対する対応である。前述したように、32条後段の適用により具体的な信用を保護する過程において、まだ登録していない標章の使用者が、まだ実際に使用していないが、他の要素によってまだ登録していない商標に市場の評価や評判が凝集されている場合、そこに当該商標上の利益に基づいて商業標章法上のインセンティブを与えてはならない。しかし、混同を防ぐ一般条項の文脈では、まだ登録していない商標の評判と標章の1対1の対応が、登録していない商標使用者の努力によって生まれたものかどうかには注目しておらず、混同を防止する制度としての公益から出発して、市場において存在する可能性のある混同状態を排除することに注目している。このように、上述の「広雲貢餅」事件について言えば、商標登録日前、消費者の間では、広東茶葉公司とその製品であるプアール餅茶とは、「広雲貢餅」を通じて、実際に強固な「繋がり」を確立している客観的な商業実践に基づいて、仮に他人に「広雲貢餅」の商標登録をすることを許せば、消費者が既に形成した確固とした認知が害されるため、その後の商標登録は阻却することができる。このように、32条後段によって「消極的使用」を解決することの理論上は筋が通っていないことを回避することができる。

2つ目は、「その他の悪影響」の却下プロセスにおける適用を代替できることである。中国の却下事由の設置には、未だに大きな限定性が存在している。このため、在先権利又は先行する標章の利益が関係する状況では、商標局は審査の段階において往々にしてこれを考えず、異議申立て又は無効審判請求の審査で、利害に相関する主体の主張を待っている。しかし、明らかに他人の先行権益を侵害して登録出願した商標について、仮にこのような明らかに権利侵害をした登録行為が、係争商標が方式審査の公告又は登録の許可の公告の後、在先の法益の所有者又は利害関係者によって、異議が申し立てられ、又は無効審判が請求された場合、このとき登録出願行為が招いた社会の悪影響は既に生まれており、条文適用上の制限の突破を回避するために、法院は実務において「その他の悪影響」の条項を選択してこの問題を処理する。もし混同を防止する一般条項が存在していれば、審査、異議申立て、無効審判の段階で引き起こされる可能性のある、広義の混同を含む混同のおそれに対して規制がなされることになる。このことから「その他の悪影響」を拡大適用することによって引き起こされた様々な問題が回避される。

3つ目は、「微信商標」事件の状況についてである。騰訊社は第三者が出願した日より後に「微信」商標を使用し、インスタントメッセージ役務に従事していたものであるが、中国が採用しているのは方式審査の後に公開する制度であるため、騰訊社は使用時にはおそらく商標登録出願の状態を全く知らず、かつ商標申請日の後、極めて短い期間に消費者とその製品との間に確固たる「つながり」を形成した。混同を防止する制度の目的からすると、「その他の悪影響」条項の適用より、混同を防ぐ一般条項の適用がこのような状況下での紛争の解決に一層有益である。

(3) 属地主義原則に対する認識

厳格な属地主義原則の制限を受け、中国の法院は中国大陸の国境内で実際に使用することで一定の影

響力を生んでいるかどうかや、馳名性に対し、往々にして大変厳格な態度をとる。例えば、「無印良品」事件¹²⁵の中で指摘されたのは、「良品計画による『無印良品』商標は、比較的強い識別性と創造性を備えている。しかし、提供した証拠は、当該商標が中国大陸内において24類の商品で先行して使用され、一定の影響があるという状況を証明するには不十分であった」ということである。このような状況に対して、具体的な信用の保護規定は適用できなく、信義誠実の原則に関連した条項を根拠にして処理するしか方法がない。例えば、もう1つの「無印良品」事件¹²⁶においては、44条1項における「その他の不当な手段」を根拠に解決したのである。この問題について、日本の法律においては本国内の需要者の間で広く認識されていることの重要性を強調しているが、当該広く認識されている状態ということについて、本国で実際に使用して生じたものであるか否かを求めている。外国で広く認識されている評判が、新聞やインターネットなどのルートで、日本国内で認識されている状態になったときにも、日本の商標法4条1項10号の「需要者の間で広く認識されている商標」が適用される。

最近の中国での司法実務において、属地主義に対する厳しい強調がある程度緩和されている。他人による登録を阻却した行政事件ではないが、民事の権利侵害事件において、ネットワーク環境のもと、中国大陸の国境内での使用に対して拡大解釈をした判例が存在する。「匹克」事件¹²⁷で強調していたのは、「たとえ輸出商品が国内で販売していないとしても、各種の電子商取引のウェブサイトを通して、国内の消費者が国外に輸出する商品及びその標章に触れることを回避することは難しい。このような状況の下、商品上の標章は商品の出所を識別する役割を果たす。」ということである。このような法解釈が、仮に商標登録の段階に徹底されれば、外国では著名であるが中国では実際には使用されておらず、電子商取引などのルートのみを通して中国関連の消費者に知られる商標の抜駆け登録出願行為は規制されることになる。

(4) 信義誠実の原則の適用上の共通問題

信義誠実の原則を具体化する問題において、中国商標法は日本の商標法と比べ、更に範囲が広い救済の可能性を提供している。実務部門からの報告では、2013年の商標法改正において具体化した信義誠実の原則とその適用に対して、いずれも積極的な評価がなされている。反対に、どのように信義誠実の原則の予見可能性を高め、更にみだりな適用による登録主義への害を防ぐかは、日中両国が直面する共通の課題である。一方で、悪意の抜駆け登録出願行為に対して、不誠実な行為を防止する一般条項の設定及び運用の必要性があり、また抜駆け登録出願行為が害を及ぼす利益に対して類型化を行った後、他の条項により規制できる場面における一般条項の適用を排除する。これにより、できるだけ一般条項の適用範囲を明確化して予見可能性を高めていく。

¹²⁵ 最高人民法院行政判決書（2012）行提字2号。

¹²⁶ 北京市高級人民法院行政判決書（2007）高行行終字16号。

¹²⁷ 上海知識産権法院民事判決書（2016）滬73民終37号。

第3節 日本の制度現状から

I. 悪意の商標出願と商標法の基本理念

学習院大学 小塚 荘一郎 教授

1. 問題の所在と方法論

悪意 (bad faith) の商標出願という問題は、法律論として考えようとしたとき、簡単ではない面がある。その理由は、「悪意 (bad faith)」という概念に、既に禁圧すべきであるという評価、ないしは価値判断が含まれているからである¹。条文の文言を手がかりとして、禁圧されるべき行為と許容されるべき行為を区別するという通常の法解釈学の方法論は、このような場合には、通用しない。

もちろん、法解釈学は、こうした場合に用いることができる方法論を用意している。それは、第一に、一定の行為に対して「悪意」という評価 (価値判断) を与える根拠を検討した上で、第二に、そのような評価 (価値判断) と事案 (事実関係) の対応を明確化、類型化することで、判断基準を観察可能かつ検討可能なものにするという方法である。一般的な民事法の分野では、例えば、信義誠実の原則や公序良俗を分析する場合に、このような方法が用いられる²。

日本法の問題として「悪意の商標出願」を論ずる場合には、困難を生ずる原因が、もう一つ加えられる。欧州 (EU 及びその構成国) では、「悪意の出願」が商標登録の拒絶事由とされているが、日本の商標法において、「悪意による出願」は実定法上の概念ではなく、それ自体を登録拒絶事由等として規制する根拠規定もないためである。この結果、日本において悪意の商標出願を論じようとする、「どのような事案であれば悪意と認定されるか」という評価の問題と、「一定の事案に対してどの規定を適用することが可能か」という条文解釈の問題とを並行的に解決しなければならず、しばしば、二つの論点が循環する事態に陥るのである。

こうした点を念頭に置いて、以下では、まず、契約法 (民法 90 条) における「公序良俗」の解釈を概観する (後述 2.)³。前記のとおり、このような解釈の手法が、「悪意の商標出願」という価値判断を伴う概念の分析に際して参考になるからであるが、同時に、「悪意の商標出願」を直接に規律する条文がない日本の商標法では、「公序良俗違反の商標」について登録を拒絶する規定 (商標法 4 条 1 項 7 号) が、多く用いられるためでもある⁴。次いで、悪意の商標出願と評価される事案を類型化した上で (後述 3.)、

¹ 一般的には、日本の法令用語としては、「悪意」は「ある事実の認識があること」という意味で用いられるが、「悪意の商標出願」という場合の「悪意」は、bad faith の訳語であり、許されない行為態様を意味している。本稿においても、特に断らない限り、英語を併記するか否かにかかわらず、「悪意」は bad faith の意味で用いることとする。

² 信義誠実の原則 (信義則) は、日本法では、民法 1 条 2 項において民事法の基本原則とされるほか、消費者契約法 10 条において消費者契約の不当条項を規制する基準とされ、平成 29 年に成立した改正民法 (施行時期は平成 29 年 6 月 2 日から 3 年の範囲内で政令により定める日とされているが、現時点では未定) では、定型約款の拘束力が認められない場合の基準 (改正民法 548 条の 2 第 2 項) ともなった。公の秩序及び善良の風俗 (公序良俗) は、日本法上、法律行為を無効とする規律 (民法 90 条) であるほか、慣習法の適用の要件 (法適用通則法 3 条)、準拠法ルールによって適用されるべき外国法を排除する要件 (法適用通則法 42 条)、外国判決の承認執行の要件の一つ (民事訴訟法 118 条 3 号)、仲裁判断がその内容によって取り消される場合の要件 (仲裁法 44 条 1 項 8 号) など、いくつかの重要な場面で法の適用を規律する役割を担っている。本文で述べる商標登録の拒絶事由も、そうした公序良俗の機能の一つと位置づけられる。

³ 民法 90 条「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。」なお、この規定は、改正民法では、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする」と改められる。

⁴ 商標法 4 条 1 項「次に掲げる商標については、・・・商標登録を受けることができない。

七 公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」

そのような評価を機能的に分析し、そのことによって「悪意」という評価の根拠を明らかにする（後述4.）。その後、規制することが望ましいと考えられる事案を過不足なく規制するためには、どのような制度が考えられるかを検討する（後述5.）。最後に、まとめとして、こうした研究から得られる教訓を考えたい（後述6.）。

2. 契約法における公序良俗

日本では、悪意の商標出願に対して、公序良俗を害するおそれがある商標（商標法4条1項7号）と位置づけ、その登録を拒絶するという考え方がとられている。そこにいう公序良俗（公の秩序又は善良の風俗）は、民法90条に定める公序良俗と同じではなく、商標法独自の概念であると解されているが⁵、それでも、民法90条にいう公序良俗についての解釈は、商標法4条1項7号の解釈に際して参考になると考えられる。

（1）民法の起草時の考え方

日本の民法は、明治29年に成立し、明治31年に施行されているが、その起草過程では、フランス民法典及びドイツ民法典の第二草案が大きな影響を与えた。1804年に成立したフランス民法典は、当時、世界をリードする地位を持つ民法であったばかりではなく、現在の民法に先立って制定された民法（日本国内の政治的な対立のため施行されなかった。日本では、「旧民法」と呼ばれている）が、当時、日本政府の顧問として招聘されていたフランスの法律学者ポアソナード博士を中心として起草され、フランス民法典を基礎とするものであったため、直接、間接に現行民法の起草に影響を与えている。他方で、ドイツ民法典第二草案は、1895年に公表されており、当時入手可能な最も新しい民法典であったと思われる。そのため、ヨーロッパの最新動向として大きな影響力を持った。

日本の民法90条は、有効に成立した契約の効力を、公序良俗に反することを理由として否定する規定である。契約の成立については問題がないので、この規定は、契約の自由（私的自治）に対する後見的な介入にあたる。フランス民法典及びドイツ民法典（第二草案）の特徴は、私的自治（契約自由）の重視であり、裁判所によるそうした後見的な介入は、例外的にのみ認められていた（フランスやドイツでも、その後、学説の発展によって運用が変化している）。それらの影響を受けたため、日本でも、民法の起草過程から成立後しばらくの間は、公序良俗を理由として契約の効力を否定する民法90条の規定は、限定的に解釈されていたと言われる。民法の起草委員の一人であった富井正章は、「公序」とは国の行政警察の秩序を意味し、「良俗」とは主として男女に関する社会の風俗を意味すると論じていたようである⁶。

（2）公序良俗の位置づけの変化

ところが、民法が制定されて四半世紀を経過した頃から、公序良俗の規定を、より積極的に活用する

⁵ 牧野利秋ほか『知的財産訴訟実務大系Ⅱ』206頁（青林書院、2014年）

⁶ 川島武宜＝平井宜雄『新版注釈民法(3)』〔森田修〕101-102頁（有斐閣、2003年）。

学説が主張されるようになる。これをリードした論文が、末川博博士の「公序良俗の概念」（1922年）と⁷、我妻榮博士の「判例より見たる『公の秩序善良の風俗』」（1923年）であった⁸。これらの論文を通じて、公序良俗の概念は法体系の根本理念であるという考え方が確立され、通説として定着していった⁹。

こうした公序良俗規範に対する考え方の変化は、学説だけの動きではなかった。我妻博士の論文が、判例の類型化であったという事実にも示されているとおり、既に裁判所も、個別事案の解決において、民法90条を拡張的に適用していたのである。その背景には、日本社会の変化があったと考えられる。日本では、1900年頃から急速な工業化が進み、さらに、第一次世界大戦（1914～1917年）に際しては、連合国の側に参戦して戦勝国となったものの、自国は戦争の被害をほとんど受けず、ヨーロッパ諸国に対する物資の供給で大きな経済的利益を得た。こうした事情から、大正時代（1912～1926年）は、日本社会が大きな変動を経験した時期となった。労働問題、小作農問題、都市の借地・借家問題などは、当時の象徴的な社会問題である。ところが、当時の議会では社会問題に対する意識はきわめて鈍く、社会問題を解決するために法制度を改革するという対応は、なかなか進まなかった。そのため、既存の法の解釈を通じて、可能な限りの対応が試みられることとなったのである¹⁰。

その典型としてよく知られている問題が、いわゆる暴利行為（契約の一方当事者が著しく大きな利益を得る内容の契約）であった。民法の原則では、契約の成立に際して詐欺や強迫などの問題がない以上は、契約内容について裁判所が介入する余地はない（そのような規定は存在しない）。とりわけ、損害賠償額の予定については、「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」と明記されていた（民法420条1項）。ドイツ民法典には、良俗（日本法と異なり、「公序」は言及されていない）に反する法律行為を無効とする規定とともに、「相手方の窮迫、向け意見、判断力の欠如又は知力の相当な減退」に乗じて、明らかに均衡を失する対価を得る内容の法律行為をなした場合には、その法律行為が無効となるという規定が置かれているが（ドイツ民法典138条2項）、日本の民法は、そのような規定を欠いている。

しかし、大審院は、学説によって紹介されたドイツ民法典の条文にも影響されて、相手方の窮迫、軽率、無経験に乗じて課題の利益を獲得する行為は公序良俗に反し、その結果として締結された契約が無効になると判断した¹¹。また、特に大きな問題であった損害賠償額の予定ないし違約金の合意に関しては、民法420条の明文規定にもかかわらず、著しく過大な金額である場合には、相当な理由がない限り、公序良俗に反する契約として無効とすることが、判例上、確立された¹²。この場合、裁判所は著しく過大と考えられる範囲で合意を一部無効とするので、実質的には、合意された損害賠償額の予定を裁判所が増減していることになるのである¹³。

⁷ 末川博「公序良俗の概念——民法90条について」『続民法論集』11頁（評論社、1962年）所収。

⁸ 我妻榮「判例より見たる『公の秩序善良の風俗』」『民法研究Ⅱ』150頁（有斐閣、1966年）所収。

⁹ 我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』270頁（岩波書店、1965年）参照。

¹⁰ こうした状況については、Souichirou Kozuka, “Closing the Gap” between Legal Education and the Court room Practice in Japan: Yoken Jijitsu Teaching and the Role of the Judiciary” in: Andrew Harding, Jiexiang Hu and Maartje de Visser (eds), *Legal Education in Asia: From Imitation to Innovation* (Brill, 2018), p.157 参照。

¹¹ 大判昭和9・5・1民集13巻875頁。

¹² 効力を実際に否定したものとして、大判昭和19・3・14民集23巻147頁。最近の例としては、東京地判平成26・8・14判例時報2252号66頁。

¹³ なお、平成29年（2017年）に成立した民法改正に際しては、判例法を取り入れる趣旨で、裁判所が損害賠償額の予定を増減することができないという規定が削除され、民法420条1項は「当事者は、債務の不履行について損害賠償の額を予定することができる。」とのみ定める規定になった。

(3) 時代に応じた公序良俗の解釈

公序良俗の解釈は、その後、平成初年（1990年前後）に、再度活発な議論の対象となる。この時期の日本は、いわゆるバブル経済の末期及びその終焉直後にあたり、経済活動の中心が製造業から金融サービスをはじめとするサービス業へと移行していった。バブル経済は、社会の構造をも大きく変化させ、消費者問題や不動産や金融商品への投資勧誘の問題など、新たな法律問題が噴出していった。さらに、米国が日米構造協議を通じて独占禁止法の適用強化を要求したこともあり、カルテル（談合）や不正取引などに対する社会的な目も厳しくなりつつあった。

そうした中で、公序良俗違反の法律行為を無効とする民法 90 条の規定が、「行政法規（取締法規）違反の契約の有効性」という論点において注目されるようになった。この論点に関しては、初期（明治～大正時代）には、行政法規を強行法規と同視してよいかという枠組で議論されていたが、末弘巖太郎博士の「法令違反行為の法律的効力」という論文（1929年）において、行政法規の目的にとって、それに違反する法律行為を無効とすることが必要か否かという視点が提起され、民法 90 条を利用する可能性が指摘されていた¹⁴。平成期の学説は、このような基礎の上に立って、「経済的公序」という考え方を提唱したのである。経済的公序（*ordre public économique*）という概念自体は、フランスで 1930 年代に提唱されていたものであるが、日本の学説は、行政的法規の中に、独占禁止法を中心とした自由競争秩序や、消費者・投資家などの取引当事者の利益を保護するための法令があることを指摘し、そうした「経済法令」に違反する契約は無効とされるべきであると主張したのである¹⁵。その結果、独占禁止法違反の契約（談合による調達契約）、消費者保護に著しく反する契約などは公序良俗違反として、効力が否定されることになる。同じ時期に、別の学説は、ドイツの学説の影響を受けて、民法の中にも憲法上の基本権秩序が反映されなければならないと主張した¹⁶。憲法上の基本権の中には、消費者の自己決定権なども含まれる。そこで、優越的地位の濫用や詐欺的・強要的取引の事案では、契約の内容の不当性や契約締結過程（勧誘）を総合的に考慮して契約を無効とする考え方が可能になる¹⁷。判例は、これらの学説をそのまま取り入れるわけではないが（日本の裁判所は、判決の中で学説を引用しない）、結果的には多くの判例がそうした契約の効力を否定している。

(4) 商標法に対する教訓

契約法における公序良俗の考え方は、商標法における公序良俗の解釈に対していくつかの教訓を示していると思われる。

まず、「公序良俗」は時代や社会的背景とともに変遷するということである。言い換えれば、立法趣旨や立法時の説明は、ある程度時間が経った後には、解釈論に対して決定的な影響を及ぼすものではない。

「公序良俗を害する商標」についても、本来は、「商標の構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの

¹⁴ 末弘巖太郎「法令違反行為の法律的効力」『民法雑考』（日本評論社、1932年）所収。

¹⁵ 大村敦志「取引と公序」『契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999年）所収。

¹⁶ 山本敬三『公序良俗論の再構成』193頁以下（有斐閣、2000年）。なお、大村説は民法が国家に対して独立的な存在であると考えており、それと山本説の前提とは、異なっている（川島＝平井・前掲注（6）122頁）。

¹⁷ 山本・前掲注（16）204頁。

結合、音である場合」のみを対象としていたのであり、現在でも、もっぱら人種差別的な商標などを問題とする国もある。しかし、社会的な背景や必要性から、それ以外の類型に適用範囲を拡大していくことも、解釈論として十分に許容されるのである。

また、対象となる法律関係の内容だけではなく、法律関係を形成する過程についても、公序良俗が問題となる点も重要である。民法 90 条の解釈は、現在では、相手方の窮迫等に乗じたか否か、契約締結過程において意思決定の自由が実質的に保障されていたか、といったプロセスの不当性を論じるようになってきている。同様に考えれば、商標法の分野でも、標識そのものの内容ではなく、出願の態様について悪意 (bad faith) が認められる場合を「公序良俗を害する商標」に含めるという解釈論が成り立ち得ると思われる。

他方で、このように柔軟な解釈が可能な規定であるだけに、解釈論の指針となる政策、あるいは価値を論ずることが大きな意味を持つと思われる。民法の公序良俗に関して、日本では、かつては社会問題に対して有効な解決を与えることが課題であり、より最近には、競争秩序に則った市場の維持や、消費者などの意思決定について実質的な自由を保障する必要性といった考慮が、解釈論の指針となっていた。これらに相当するものとして、商標法の分野では、どのようなことの実現が求められるのか、いわば現代における「商標法秩序」とは何か、という問題を直截に議論することが、必要になるのである。

3. 悪意の出願事案の類型

(1) 国際的な議論の動向

知的財産法の分野では、言うまでもなく、パリ条約や TRIPs 協定をはじめとする国際条約によって、保護の最低水準が定められている。その中で、悪意の商標出願に関係する規定を探すと、代理人が無断で商標を出願する行為について、本来の権利者による救済の請求を認めるように定めたパリ条約 6 条の 7 がある。その条文は、次のようなものである。

6 条の 7 代理人、代表者による商標の登録・使用の規制

(1) 同盟国において商標に係る権利を有する者の代理人又は代表者が、その商標に係る権利を有する者の許諾を得ないで、1 又は 2 以上の同盟国においてその商標について自己の名義による登録の出願をした場合には、その商標に係る権利を有する者は、登録異議の申立てをし、又は登録を無効とすること若しくは、その国の法令が認めるときは、登録を自己に移転することを請求することができる。ただし、その代理人又は代表者がその行為につきそれが正当であることを明らかにしたときは、この限りでない。

(2) 商標に係る権利を有する者は、(1)の規定に従うことを条件として、その許諾を得ないでその代理人又は代表者が商標を使用することを阻止する権利を有する。

(3) 商標に係る権利を有する者がこの条に定める権利を行使することができる相当の期間は、国内法令で定めることができる

この規定は、日本の商標法では、権利者による取消審判請求という形で国内法化されている（商標法 53 条の 2）。

53 条の 2 登録商標がパリ条約の同盟国、世界貿易機関の加盟国若しくは商標法条約の締約国において商標に関する権利（商標権に相当する権利に限る。）を有する者の当該権利に係る商標又はこれに類似する商標であつて当該権利に係る商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務を指定商品又は指定役務とするものであり、かつ、その商標登録出願が、正当な理由がないのに、その商標に関する権利を有する者の承諾を得ないでその代理人若しくは代表者又は当該商標登録出願の日前一年以内に代理人若しくは代表者であつた者によつてされたものであるときは、その商標に関する権利を有する者は、当該商標登録を取り消すことについて審判を請求することができる。

現時点では、これ以外に、国際条約の中で悪意の商標出願に関係した規定は存在しない。しかし、昨年（2017 年）10 月にシドニーで開催された AIPPI（国際知的財産保護協会）の大会では、この問題がテーマの一つとして取り上げられ、「悪意（bad faith）の商標」に関する決議が採択された¹⁸。AIPPI が国際的に果たしてきた役割を考えるならば、今後、この決議が基礎となって国際的なルール形成が進むことも考えられよう。

この決議では、代理などの関係を持たない者が未登録の商標を先取りの出願するという類型を念頭に置いて、そのような「商標の登録・出願に対する法的措置が認められるべきである」としている。その場合、出願人は、周知・著名商標の主体に商標権を買い取らせるといった意図を有している可能性も高い。この類型の商標出願は、ほとんどの国で、それは許されるべきではない「悪意」の出願と考えられている。海外の文献の中には、これを周知商標の不法占有（squatting）と表現するものもある¹⁹。日本では、平成 8 年に商標法 4 条 1 項 19 号の規定が導入され、そうした事案で登録を拒絶することが可能になっている。

商標法 4 条 1 項 次に掲げる商標については、・・・商標登録を受けることができない。

（略）

19 他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的（不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。）をもつて使用をするもの（前各号に掲げるものを除く。）

これを別の面から見ると、「自らは使用する意思がないにもかかわらず商標を出願し、登録する行為」であるといえることができる。ところが、そのように定式化すると、著名商標の先取り出願を行って、買取り等を迫り不当な利益を得るといった意図の場合のほかに、同一の商標を、同一の商品・役務について繰り返し出願する場合なども、商標の不法占有（squatting）であることに変わりはないのではないかという考え方も、提起されることになる。実際に、AIPPI のシドニー大会決議は、そのような場合をも悪意の出願として規制しようとする考え方に立つようにも見える。その背景にあるのは、欧州裁判所の

¹⁸ AIPPI Resolution on Bad faith trademarks (2017),

http://aippi.org/wp-content/uploads/2017/10/Resolution-on-Bad-faith-trademarks_English.pdf [最終アクセス：2018 年 2 月 6 日]

¹⁹ Kitsuron Sangsuvan, 'Trademark Squatting' Wisconsin International Law Journal vol.31, p.252 (2013).

Pelikan 事件であろう。この事件では、出願人は、不使用商標として取消を請求されている商標とほぼ同一の商標を、同じような商品・役務について出願したのであるが、この行為に対して、悪意の出願であるとして異議が申し立てられた。これに対して、裁判所は、一般論として、同一の商標を同一の商品・役務について繰り返し出願する行為は、商標使用の自由を制約する行為であって悪意の出願に当たると述べたのである（ただし、その事案では、むしろ指定商品・指定役務を絞り込むなどの事情があるとして悪意の出願にあたらないと判断している）²⁰。

日本の商標法も、使用の意思をまったく欠く場合には有効な商標の出願として認めず、商標法3条の趣旨に反するとして登録を拒絶する²¹。しかし、既に登録されている商標と同一の商標を出願することについては、「同一人が同一の商標（縮尺のみ異なるものを含む。）について、その指定する商品又は役務がすべて同一の商標登録出願をしたと認められるとき」に限定して使用意思がないものと扱っており²²、既登録商標の指定商品と新規の出願の指定商品が包含関係にある場合などは、登録を拒絶していない。それは、商品・役務分類が改正された場合など、実務上、包含関係に立つ商品・役務を指定して同一の商標を出願することが、実務上、商標権を守るために必要となる場合があると考えられているからである。この点は、AIPPI の決議では総合考慮の中で勘案するとされているが、日本の特許庁は、形式的な基準によって、一律に判断をしているわけである。

（2）その他の問題となり得る類型

悪意の出願に関しては、これまでも、「悪意」とされる事例を類型化することが試みられてきた²³。その中には、（1）で論じた類型の拡張と評価できるような類型がある。

まず、パリ条約6条の7の拡張として、代理人にはあたらない関係者が商標を出願し、紛争になる場合が考えられる。代理人（販売代理店）になる交渉が不調に終わったところで商標を出願してしまう事例、共同事業のパートナー関係を解消された一方当事者が商標を出願してしまう事例などである。これらの場合に、厳密に言えば「代理人」ではなく、パリ条約の規定が適用されないとして、商標登録を認めてしまうことは、適切ではないとも考えられる。もっとも、パリ条約にいう「代理人」は、民法などにいう代理人よりは広い概念であるから²⁴、実際に、これに該当する事例は、共同事業のパートナー関係が破綻した場合などが多い。

しかし、この問題は、一見するほど簡単ではない。その理由の一つは、第一に、共同事業のパートナー関係から生じた紛争では、紛争の経緯に照らして「その商標は誰のものか」を判断する必要性があるためではないかと思われる。例えば、製造者が製品に使用している商標を販売者が自国だけで出願する行為には、正当な理由が存在する場合もある²⁵。そして、いずれにせよ、当事者間の紛争の経緯を調査しなければならない²⁶。そのため、職権主義に立つ特許庁の審査手続では、十分な判断を行うことが難しい。さらに言えば、当事者主義の下で、事実関係を証拠に基づいて十分に審理することができる裁判手

²⁰ pelicantravel.com v OHIM (Case T-136/11).

²¹ 特許庁「商標審査基準〔第13版〕」第1―二、2。

²² 特許庁「商標審査基準〔第13版〕」第18。

²³ 従来の議論については、土肥一史「悪意の商標登録」『商標法の研究』110頁（中央経済社、2016年）参照。

²⁴ 後藤晴男『パリ条約講話〔第13版〕』425頁（発明協会、2007年）、茶園成樹『知的財産関係条約』53頁（有斐閣、2015年）。

²⁵ 知財高判平成22・6・30判例タイムズ1396号282頁 [Virgin & Pink]。

²⁶ 知財高判平成22・3・30裁判所ウェブサイト [Sportec] 参照。

続においても、少なくとも日本では、こうした事案で、必ずしも商標の登録を拒絶するという結論に至っていない²⁷。ひとたびは共同事業関係にあった当事者間で、商標を「誰のもの（どちらのもの）」とするかは、当事者の合意によって取り決めることが可能な問題であり、実際に行われた出願がそうした取決めに反しているのであれば、その事実を請求者が主張・立証する必要があると考えられているのであろう。また、それが法人などの形態をとる組織の内部紛争に起因している場合には、組織の代表者の義務の解釈から「商標が誰のものであるか」が決まることも考えられ（例えば、解任された代表者が解任に抗して商標を出願することは、理事としての終任（解任）後の事務処理義務に違反する）、そうした証明がなされないかぎり、商標の出願が当然に「悪意」とは判断されないということではないかと考えられる。

第二に、使用の意思を欠く商標出願に類似した事例として、競業者の営業活動を妨害するような商標出願が問題となり得る。周知商標の先取り出願では、商標が不当な収益の源泉となる点に問題が見出されるのであるが、ここでは、商標が市場における公正な競争の妨害手段として用いられることに対して競争法的な評価が加えられ、「悪意」とされるわけである。

例えば、欧州裁判所がよく知られた判決に、イースターの兎をかたどったチョコレートの形状が商標として出願された事案に関するものがある²⁸。イースターの兎は、ヨーロッパでは、多くの店で季節の菓子に作られる。この形状が商標として登録されると、そうした菓子の製造自体が特定の業者に独占されてしまうとして、裁判所は、これを悪意の出願に当たるとした。

日本の事例でも、地名を含む新聞の題号をほぼ網羅的に商標として出願した函館新聞の事案があり、特許庁は公序良俗に反する出願として登録を拒絶している²⁹。また、旧町名を用いた地域振興事業が行われていた中で、特定の事業者がその町名を商標として出願した事案では、裁判所が、公序良俗に反する商標にあたるとして、登録は拒絶されるべきであるとした³⁰。同様に、文芸作品の題名等について、作家の母国において権利管理団体が設立されているにもかかわらず、その許諾なくして行われた商標出願も、裁判所によって、日本と当該国（カナダ）の国際信義に反し、公序良俗を害するとして拒絶されるべきものとされている³¹。

これらの場合に、問題となった商標が、出願人によって独占されるべきではないという判断は、理解することができる。しかし、それ以外の者を含め、何人にも独占されるべきではないのか（そうであれば、誰が商標を出願しても登録は拒絶される）、それとも、一定の立場にある者（例えば、地域振興事業を推進する地方公共団体や、文芸作品に関する権利を管理する権利管理団体）であれば商標として登録を受け、独占することが許されるのか、という点は、さらに検討する必要がある。現在の地名や地域の風習になっている菓子の形状などは、何人にも商標として独占させるべきではないと考えられるであろう（そもそも識別性を欠くのではないかという点は措く）。それ以外であれば、公共的な立場にある組織、団体等は、商標登録を受け、権利を管理することを許されてよいと考えられる場合はあると思われ

²⁷ 例えば、商標法 4 条 1 項 7 号の適用が主張された事例として、知財高判平成 25・2・6 判例時報 2189 号 121 頁 [数検]、知財高判平成 21・5・27 判例時報 2065 号 106 頁 [新極真会]、知財高判平成 23・3・17 判例時報 2123 号 126 頁 [N-S.P.C. ウォール工法]。同項 19 号が問題とされた事例として、知財高判平成 22・6・30 判例タイムズ 1396 号 282 頁。

²⁸ *Lindt & Sprüngli v Hauswirth* (Case C-529/07), ECR 2009 I-04893.

²⁹ 公正取引委員会の同意審決平成 12・2・28 参照。

³⁰ 東京高判平成 11 (1999)・11・29 判例時報 1710 号 141 頁 [母衣旗] (地名を商標として出願すると、商標法 3 条 1 項 3 号により登録が拒絶されるが、この事案では、既に廃止された旧町名であったため、同号の問題にならず、同法 4 条 1 項 7 号による登録拒絶とされた)。

³¹ 知財高判平成 18 (2006)・9・20 裁判所ウェブサイト [赤毛のアン]。

るが、その場合には、商標登録を受ける公共的な組織の側で、使用を許諾する際の平等取扱い、非差別的運用等が要求されるのではないかと考えられる。

4. 悪意の出願規制の機能

以上のように、「悪意の出願」と考えられる類型には複数のものがあり、かつ、国際的に完全なコンセンサスが成立しているとは言いがたい。そこで、これらの類型の背後にある政策判断を検討する必要がある³²。

第一に、最も古典的な類型である代理人による冒用出願（パリ条約6条の7）及びその拡張類型については、関係者間における商標権の「帰属」が問題となっている。そして、冒用出願を行った者が代理人である類型は、パリ条約にも規定され、国際的に「悪意」とすることに異論がないが、その理由は、代理人が本人に対して忠実義務を負うことに疑問がないためであると解される³³。それに対して、商標を出願した者が代理人とは言えない拡張類型については、日本の判例を見ても、一概に悪意の出願に当たるという立場はとられていない。それは、結局のところ、商標権の「帰属」を考えるためには当事者間の法律関係を、個別事案に即して解明する必要があるからである。

第二に、使用の意思を欠く商標出願（商標の不法占有（squatting））の類型は、機能的に見ると、著名商標のフリーライドや信用毀損（tarnishment）、汚染（pollution）など、著名商標の保護範囲を、必ずしも混同を生ずるとは言えない商品・役務についての使用にまで拡大する議論としての意味を持つ³⁴。とりわけ、海外の周知商標が先取り出願される事案は、周知商標について、保護が与えられる地域を拡大する議論であると考えられる。ドイツでは、「悪意の出願」と認められる類型の一つとして、出願された商標について、他の者が「保護に値する占有」（schutzwürdiger Besitzstand）を有する場合は挙げられてきた³⁵。これは、制度の機能に着目して「悪意」という主観的な要件を客観的な「占有」に置き換える考え方であると言えるが、その場合には、「保護に値する」という部分で、保護の拡張がどこまで正当化されるかという評価が行われることになる。

ここには、現代において、商標が「ブランド」として機能し、大きな財産的価値を有しているという事情が反映している。この点は、昨年の報告書にも述べたことであるが³⁶、そうした「ブランド」の価値を商標法の枠内で保護し、企業のブランド戦略を支援する方向の制度改正は、制度上の微細な差異を捨象すると、世界的に大きな潮流となっている。日本でも、平成5年（1993年）の不正競争防止法改正によって著名標識の希釈化に対する保護が明文化されたことを先駆けとして、その後、逐次の商標法改正により、冒認出願等の不正目的による出願の拒絶（平成8年（1996年））、地域団体商標制度の創設（平成17年（2005年））、音や色彩等の非伝統的商標の登録導入（平成26年（2014年））などが実現した。

³² 以下の記述については、小塚荘一郎「悪意（bad faith）の商標出願をめぐる制度論と実質論」商標懇2018掲載予定を参照。

³³ 日本法では、代理人（法定代理の代理人を除く）と本人の関係は委任契約であると解されており、民法644条によって受任者である代理人が本人に対して善管注意義務を負う。忠実義務（委任者と受任者の利害が対立した場合に委任者の利益を優先させる義務）は、善管注意義務の中に含まれる。

³⁴ See Annette Kur, 'Not Prior in Time but Superior in Right: How Trademark Registrations Can be Affected by Third Party Interests in Sign' IIC vol.44 (7), p.790, at 809 (2013).

³⁵ 1995年にドイツ商標法が全面改正された後の事例として、BGH 9.10.1997, I ZR 95/95, GRUR 1998, 412 (Analgin); BGH 17.8.2011, I ZB 75/10, MarkenR 2011, 545 (Krystallpalast Varieté).

³⁶ 小塚荘一郎「不使用商標に関する効率的な制度設計の研究—日本の経験をふまえて」『知的財産に関する日中共同研究報告書』（一般財団法人 知的財産研究教育財団、平成29年3月）164頁。

その間には、商標（標識）に「ブランド」としての価値を認めるという考え方が、政策文書に記述されたこともある³⁷。

このような著名商標の保護の拡大に対しては、それを無制限に認めてよいかという問題も提起されている。その中で、限界事例の一つとして考えられるものは、いわゆるパロディー商標である³⁸。パロディー商標とは、著名商標を想起させるが、需要者にはパロディーとして理解され、出所の混同を生じることはないというものである。一般論として言えば、需要者に混同を生じていない以上は、表現の自由（ただし、商業的な表現であるから、政治的表現と保護の程度は同じではない）に対する考慮が優先し、パロディー商標を一律に禁圧することは適切ではないと考えられる。日本でも、知財高裁は「フランク三浦」の商標登録を許容する判断を示した³⁹。

第三に、商標をめぐる関係者間の利害でも、商標をブランドとして活用する当事者の利害でもなく、公共的な観点から「悪意の出願」として認められる類型の行為もある。それが、競争者による参入の妨害禁止という観点から商標出願が悪意（bad faith）とされ、登録が拒絶される類型である（この場合には、ドイツの枠組でも、商標の「保護に値する占有」が問題となるのではなく、むしろ出願された商標を「占有」させないことを目的とする規制となる。実際に、ドイツのコンメンタールでは、これらの類型は並列して整理されている）⁴⁰。

この観点を徹底すると、AIPPI の決議のように、同一商標の繰り返し出願も使用意思のない商標出願であって、「悪意」に当たるという考え方に行きつく。ここでは、著名商標の保護を拡大する場合と同様に「使用意思の欠如」という概念が用いられているため、一見するとわかりにくいですが、機能的には、むしろ公共的な利益として、「商標選択の自由」の確保を目的とした別の類型が立てられていると解すべきであろう。

ところで、このように同一商標の繰り返し出願を「悪意の出願」の一類型に含めるべきか否かについては、国際的にも、評価が分かれているようである。特に、日本の商標権者の中には、この点に対して違和感を表明する者が少なくないと聞く。その理由は、日本企業の中には、ブランド戦略としての必要上、指定商品・指定役務について現に使用していない商標を繰り返して出願し続ける実務をとるものもあり、そうした防衛的な出願は、まったく使用の意思がない商標を出願するケースとは区別されるべきだと考えられているからである。ハウスマーク等の企業ブランドは、特定の商品や役務と紐づかない形で価値を持つ場合もあるから、このような実務には、やむを得ない面もある。すると、実はここでは、「ブランドとしての商標保護の必要性」という政策判断（価値）が、商標選択の自由の確保というもう一つの政策判断（価値）と衝突しており、その衡量が求められていると考えることができる。

このように、商標法における政策判断（商標法上の「公序」）は、単一ではない。そして、それらは、相互に衝突することもあり、また、商標法とは別の根拠にもとづく政策判断（例えば、商業的な表現の自由）と衝突することもある。そのような基本的価値（公序）の衡量と調整の中から、「悪意の商標出願」

³⁷ 例えば、平成 15 年（2003 年）の『知的財産推進計画』においては、「魅力あるブランドを活用して、より価値の高い製品、サービスを提供する環境を整備する」ことが政策として掲げられた（『知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画』（知的財産戦略本部、2003 年 7 月 8 日）27 頁）。これをふまえた平成 17 年（2005 年）の産業構造審議会知的財産政策部会答申も、「企業活動においてブランド価値が重要となっていること」を前提とした制度設計を提言している（『地域ブランドの商標法における保護の在り方について』（産業構造審議会知的財産政策部会、平成 17 年 2 月）。

³⁸ パロディー商標については、上野達弘「商標パロディー」パテント 62 巻 4 号 187 頁（2009 年）、土肥・前掲注（23）220 頁参照。

³⁹ 知財高判平成 28・4・12 判例時報 2315 号 100 頁 [遠山の金さん]。

⁴⁰ Paul Lange, Marken- und Kennzeichenrecht (2. Aufl. 2012), p.330-333.

の外延が決定されていくのである。

5. 悪意の出願に対する制度設計

悪意の商標出願として規制されるべき類型と、その背後にある政策判断が明らかになったとき、それらの類型に該当する商標をどのようにして排除していくかという制度設計が問題となる。

一般論として言えば、効率的に悪意の出願を排除するための制度のあり方は、それぞれの国が置かれた状況によって、異なると思われる。特許庁の人的、物的なリソースや、裁判所と特許庁のリソースの大小、平均的な出願人の商標管理部門の体制、法律家（弁護士）や代理人（弁理士）が社会にどれだけ存在し、企業などの商標制度利用者がそうした専門家にどれだけの費用を費やすことを受け入れるか、といった条件によって、特許庁の審査において拒絶する制度が望ましいのか、異議申し立てを中心とした制度設計をするか、いったん登録を受け付けた上で取消し請求の対象とする制度が効率的か、といった点を考慮すべきことになろう。

現在の日本では、まず、前述の商標法4条1項19号により、日本国内又は外国の周知商標と同一又は類似の商標を「不正の目的をもつて」使用する商標が出願された場合には、登録が拒絶されることになっている。これによって、先回り出願の類型の事案に対しては、一応、対応が可能なはずであるが、実際には、外国において「周知」であることや、「不正の目的」の証明が、必ずしも容易ではないとも言われている。

そうした事情もあり、特許庁の実務では、公序良俗に反する商標の登録を拒絶する規定（商標法4条1項7号）が、悪意の出願を拒絶するために広く用いられている。この規定は、本来、商標自体が公序良俗に反する場合に関するものであるが、ある時期から、裁判例において、出願の態様に悪性を見出して公序良俗違反とする判断を繰り返している。そうした事情を反映し、特許庁の商標審査基準でも、「(1)商標の構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合」と並んで、「(2)商標の構成自体が上記(1)でなくても、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合」「(3)他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合」「(4)特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合」「(5)当該商標の出願の経緯に社会的相当性を欠くものがある等、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ない場合」に、この規定にもとづき登録を拒絶するとされている⁴¹。既に述べたとおり、契約法分野でも、公序良俗の概念は契約内容の（限定的な）規制から、契約成立過程の適正を担保するものへと変容してきたのであり、商標法における公序良俗の概念が次第に拡張してきたことも、同じような法の発展として正当化する議論が可能であろう。

ところが、日本の裁判例の中には、公序良俗を理由とする登録拒絶を無制限に拡大すると予測可能性及び法的安定性を著しく損なうとして、とくに個別的な登録拒絶事由（商標法4条1項8号・10号・15号・19号）が問題となるような事案では、それらの規定の要件が満たされないにもかかわらず同項7号を適用して登録を拒絶することは許されないとしたものがある（知財高判平成20・6・26判例時報2038号97頁）。しかし、具体的な規定の要件を満たさない部分について、公序良俗のような一般条項の規制

⁴¹ 特許庁「商標審査基準〔改訂13版〕」第3-6。

が排除されるということは、当然には言えないであろう。前述したとおり、民法にも、損害賠償額の予定に関する約定は裁判所が変更できないという明文の規定（民法 420 条 1 項）にもかかわらず、民法 90 条を適用して、事実上、賠償額の予定を規制してきたという前例もある。最近の裁判例は、この考え方について、明示的に留保を示している（知財高判平成 26（2014）・3・26 判例時報 2239 号 104 頁参照）。

商標法 4 条 1 項 7 号について、特に各号との関係が問題とされる理由は、同項 19 号の立法に至る経緯にあると思われる。前述のとおり、19 号の規定は、平成 8 年の商標法改正で導入された。それ以前にも、海外で周知となり、近々に日本に進出することが予想された商標を先回りして出願するという事案は存在したのであるが、裁判例は、そのような事案では、公序良俗に反する商標として、商標法 4 条 1 項 7 号を適用してきたのである⁴²。このような経緯をふまえると、19 号の規定は、従来 7 号が適用されてきた事案に対して登録拒絶となる要件を明確化したものであり、その要件の外側で、引き続き 7 号を適用することは立法の趣旨に反するという解釈が生まれるわけである。

しかし、本稿が強調してきたとおり、「公序良俗」のように条文が評価そのものを示す規定では、文言の形式論にはあまり意味がなく、それぞれの事案で、商標出願が公序良俗に反すると認定する実質的な根拠（政策判断）を考えることが重要である。①商標をめぐる当事者間で商標権の適正な帰属を確保することのほかに、②「ブランド」としての商標の価値が他の利益との衡量の下で保護されることや、③市場の競争秩序などとの関係において当該商標を特定の主体に独占させないことなどが、「悪意の商標出願」を規制することの実質的な根拠であると考えられる以上は、それらに照らして規制されるべき出願が行われた場合には、19 号をはじめとする個別規定の有無にかかわらず、商標法 4 条 1 項 7 号を積極的に活用していくべきであろう。

6. まとめ

悪意の商標出願は、世界的に大きな関心を集める問題となっているが、それ自体としては、法的な分析に堪える概念ではない。「悪意」(bad faith) という評価は、結論そのものであり、概念の操作によって外延や内包を画定する余地がないからである。

そこで、まず必要となる作業は、「悪意の出願」と評価される行為態様を類型化し、それらの類型が論者により、また国によって共有されているか否かを確認することである。こうした作業は、現実にも、商標 5 庁の会合 (TM5) などにおいて行われつつあるが、本稿では、国際条約や日本の判例などを中心として、整理を試みた。

その上で、それらの類型が、どのような政策（価値判断）にもとづいて、「悪意」すなわち禁圧されるべきものと評価されるのかを考える必要がある。本稿が示したとおり、そこには、本来の権利者（被冒用者）の利益を守るという私的な価値のほかに、ある種の商標を特定の個人に独占させないという公共的な価値が考慮される場合がある。さらに、商標一般についての使用・選択の自由という商標制度に内在的な公的価値や、商標が参入妨害の手段として使われることを排除し、市場秩序を守るという競争政策上の価値が問題となることも考えられる。これらは、状況によっては、ブランドとしての商標の価値を増大させるという政策上の価値と衝突する可能性もあるが、そうした複数の政策（価値）が事案ごと

⁴² 東京高判平成 15[2003]・7・16 判例時報 1836 号 112 頁 [ADAMS]、東京高判平成 11[1999]・12・22 判例時報 1710 号 147 頁 [DUCERAM] など。

に衡量される中で、「悪意の商標出願」の外延が画定されていくことになるろう。

このような政策論（価値の衡量）を行った後に、各国において、悪意の商標出願に対して有効に対処できる制度を設計する必要がある。日本法の場合には、悪意で出願された商標の登録を拒絶する等の直接的な規定がないが、公序良俗に反する商標や、周知商標と同一又は類似の商標であって不正の目的で出願するものの登録を拒絶する規定を柔軟に適用し、対応していくことができるであろう。

II. 国内外の地名等を含む商標の商標登録出願の取扱いに関する研究

明治大学 今村哲也 准教授

1. はじめに

(1) 研究目的

本研究の目的は、国内外の地名等を含む商標の商標登録出願の取扱いに関する商標法のルールを明確化することにある。悪意の商標との関係については、外国の地名を含む商標の出願は、悪意の商標出願となる可能性がある商標登録出願の典型的な例であることから、この問題を選定した。

なお、本稿については、中国との共同研究という目的から、資料的価値を持たせるという意図で、商標審査基準などを幅広く紹介した部分があるとともに、日本の法制に関して当たり前の事項についても触れている場合があることについてお断りしておきたい。また、裁判例については、最高裁判所が提供するデータベースから中国研究者側が検索をする際の検索の容易さを考慮して、事件番号で指し示すことにした。

(2) 研究の背景

(i) 研究の社会的背景

地域団体商標制度が制定されて以降、日本国内の地域ブランドの意識が向上している。他方で、外国において日本の地名が商標として登録されることが増加し、悪意の商標出願として問題として浮上しており、新聞等のメディアにおいて度々報道されている。

【表-1】 新聞報道の例とその内容

題名	出典	概要
「OKAYAMA, 商標申請に異議, 中国に岡山商標所」	2016/11/22 日本経済新聞 地方経済面 中国	中国で「OKAYAMA」の名称が商標登録出願されたことに対し、岡山県や岡山県商工会議所連合会などが、中国商標局に対して異議申立てをしたという報道
「「今治」登録認めず, 織物やタオル, 中国当局, 現地社の商標出願で。」	2014/05/02 日本経済新聞 地方経済面 四国	中国の企業が「今治」の2文字を同国で商標登録出願したことに対し、愛媛県今治市と四国タオル工業組合（今治市）が中国当局に再審請求していた問題で、中国当局が登録を認めない裁定を出したという報道
「「讃岐うどん」商標問題, 香川県の異議, 中国政府認める。」	2011/07/20 日本経済新聞 夕刊	「香川県名産の「讃岐うどん」を示す「讃岐烏冬」の商標登録が、中国の個人によって現地で申請された問題で、香川県と讃岐うどんの業界団体などが共同で中国政府に求めた異議申立てが認められたとい

		う報道
「日本の地名、また中国商標に、「富山」「愛知」など6県登録。」	2011/06/11 日本経済新聞 朝刊	日本の地名、また中国商標に、「富山」「愛知」など6県の名称が登録されているという報道

このうち OKAYAMA の案件については、報道によると以下の事実が認められる。香港企業が2015年10月、テレビやDVDプレーヤーなど電子機器10種を商品名として出願し、中国商標局は2016年8月に公告した。中国では、公告から3か月以内に異議申立てがなければ商標登録が許可される。2016年9月に、外部の監視機関からの情報でこの出願に関する事実が判明した。2016年10月21日、岡山県と岡山県商工会議所連合会などは、中国商標局に対して、連名で異議を申し立てた。

中国商標法は、県級以上の行政区画の地名又は公衆に知られている外国地名は、商標とすることができないと規定している（中国商標法10条）。主に問題となるのは、中国において、OKAYAMA が、県級以上の行政区画の地名又は公衆に知られている外国地名といえるかどうかである。しかしながら、事案毎にさまざまな事実関係があるため、中国商標法においても、地名を含む商標の登録が問題となる場合について、この10条の適用にのみ限られるわけではない。地名を含む商標の登録が問題となる場合に、幾つかの登録要件が横断的に問題となろうことは、日本の場合も同様である。

(ii) 日本の商標法のルールの概要①地名を含む商標の登録の可否

地名を含む場合でも、原則として、商標として登録することは可能である（商標法2条1項柱書き、3条1項柱書き参照）。例外として、識別性の観点から、地名が指定商品や指定役務との関係で「産地、販売地・・・提供の場所」（産地名等）（3条1項3号）に該当する場合、登録することができない（3条1項柱書き）。

地名を含む商標が3条1項3号に該当する場合でも、(a) 使用の結果として識別力を獲得した場合（3条2項）、(b) 地域団体商標の場合（7条の2）には、登録が可能である。また、地名を使用することにより、商品の産地・販売地、役務の提供の場所を誤認させるおそれがある場合には、商標登録を受けることができない（4条1項16号）。さらに、ぶどう酒若しくは蒸留酒の産地は、産地を誤認させるおそれがある場合でなくても、当該産地以外の地域を産地とする場合、商標登録を受けることができない（4条1項17号）。

これらの3条1項3号、4条1項16号、4条1項17号の要件は、地名を含む場合に定型的に問題となる規定であるが、事案の性質により、そのほかの幾つかの条文の適用も問題となりうる（例えば、4条1項7号等）。

本調査研究では、日本で登録されている商標について、外国の地名に関する商標が、産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）に結びつき得る要因がないということで、登録されている例はどの程度あるのかについて、公報を資料として、一定期間の登録例をサンプル調査した。

②地名を含む商標の効力

原則として、地名を含む登録商標であっても、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する（排他権、25条）。また、通常の商標の場合と同様、類似の範囲について禁止権も有す

る(37条)。

例外として、地名を含む登録商標については、(a)商品や役務の産地等を普通に用いられる方法で表示する商標(26条1項2号・3号)、(b)特定農林水産物等名称保護法の規定に基づく地理的表示の一定の使用行為(26条3項)に対しては、商標権の効力が及ばない。

③商標審査基準などの状況

特許庁において出願に対する審査を行う場合に関する商標の審査基準が整備されており、商標法3条1項3号が問題となる場合の審査基準についても明示されている(特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」)。

審査基準とは、「出願の審査が一定の基準に従って、公平妥当かつ効率的に行われるように、現時点で最善と考えられる特許法等の関連する法律の適用についての基本的考え方をまとめたもの」をいう¹。

商標法に限らず、法律の運用に際しては、行政庁に一定の裁量があり、条文解釈等を通達することにより、適切な運用を図っている。しかし、通達行政の弊害が生じることから、戦後制定された法律には、定義規定や解釈規定を明文化することが例となっているが、商標法のような取引の実態の変化に伴って運用のための解釈も変更していかなければならない実体法については、法規定を明文化するという方法では限界が生じる。そのため、特許庁は、商標法を円滑に運用し、審査官による判断の統一、審査の適正及び促進を期するとともに、一般に公表することによって各界の忌憚なき意見を徴することで、審査基準の改正を重ね、よりよき商標審査基準を完成するという目的から、審査基準を策定し、一般に公表している²。

昭和30年中頃に商標審査基準が最初に作成されたときは、あくまで庁内用として作成され、公表されていなかった。その後、昭和46年から公表されるに至ったが、公表し意見を集めることによって、よりよい基準に完成することが企図されているからである。

なお、商標審査の実務上必要な関係法令及び取扱い並びに資料などを一定の分類にしたがって整理したものとして、「商標審査便覧」があり、公表されている。

商標審査基準はあくまで行政庁の示す解釈にすぎないため、特許庁の法令解釈や運用基準が裁判で争われたときに、裁判所による判断を拘束するものではない。ただし、そのことは、商標審査基準の事実上の重要性を否定するものではない。すべての法令や運用について、事件が起きるとは限らないし、事件が起きたとしても、裁判所が特許庁とは異なる解釈を示すとは限らないからである。

④関連する裁判例の状況

地名を含む商標については、幾つもの裁判例がある。(a)悪意の商標出願ではないが、外国の地名で問題になった事例として、例えば、「ジョージア事件」最高裁判所判決昭和61年1月23日昭和60年(行ツ)68号、「ワイキキ事件」最高裁判所判決昭和54年4月10日昭和53年(行ツ)129号、「エチオピア・コーヒー事件」知的財産高等裁判所判決平成22年3月29日平成21年(行ケ)10226~10229号などがある。また、(b)日本の地名について悪意の商標出願が問題になった事例として、例えば、「母衣旗

¹ 特許庁の用語解説による。特許庁「用語解説」

<https://www.jpo.go.jp/dictionary/index.html> [最終アクセス:2018年1月14日]

² 審査基準の策定と公表の趣旨については、大久保一郎(特許庁審査第一部長(当時))「序文」(昭和46年3月31日)特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」所収を参照。

事件」東京高等裁判所平成11年11月29日平成10年（行ケ）18号がある。

本調査研究では、データベースを用いて、地名が含まれる商標に関して定型的に問題となる場合が多い幾つかの商標法の規定ごとに事案を抽出し、地名に関するものであることを確認の上、各規定について裁判例を整理した。

（iii）商標法のルールのカテゴリ、地名と産地名の関係

①インセンティブという観点からのカテゴリ

出願人が地名を含む商標を選択するかどうかについて、商標法は基本的に中立的な立場である。もっとも、商標法もルールである以上、個人に特定の行動を選ぶように仕向ける要因（インセンティブ）として機能している³。商標法のある規定に関しては、一定の理由から、商標に地名を含む行動を選ぶように仕向けたり、また、ある規定に関しては、別の理由から、商標に地名を含まない行動に仕向けたりしている。そうした観点から商標法のルールについて、地名との関係でカテゴリする場合、商標法は、(a)識別性や独占適応性の観点から、地名を含む商標の登録の選択にプラスに機能するインセンティブとして機能している規定と、(b)地名を含む商標の登録の選択にマイナスに機能するインセンティブ、に分けることができる。

地名を含む商標の登録の選択にプラスに機能するインセンティブとして機能している規定として、地名も「文字」等として商標に該当することを否定していないこと（2条1項柱書き）、地名が産地名に該当する場合でも識別力を獲得すれば登録できることを認めていること（3条2項）、産地名を構成する地名を含む商標の登録を認める地域団体商標制度を採用していること（7条の2）、産地名を含む商標であっても原則としては通常の商標と同様の効力が認められるし、権利侵害の対象ともなること（25条、36条、37条）などが挙げられる。

他方、地名を含む商標の登録の選択にマイナスに機能するインセンティブ、言い換えれば、地名を含む商標を使用する第三者にプラスのインセンティブとしては、地名が産地名を構成する場合に、原則として登録が認められないとしていること（3条1項3号）、産地等に誤認を生ずるおそれがある商標は登録できないとされていること（4条1項16号）、葡萄酒又は蒸留酒の産地を表示する商標は誤認を生ずるおそれがあるかどうかに関係なく登録しないとしていること（4条1項17号）、産地名を含む商標の使用については、商標権の効力が及ばない範囲に含まれることを規定していること（26条1項2号・3号）などが挙げられる。

②地名と産地名

産地名は地名に含まれるが、等しくはない。集合論の記号を用いれば、「地名と産地名」ということになるであろう。地名を含む商標について考える場合については、この基本的な事項について確認しておく必要がある。例えば、以下の「北極」に関する登録例をみてみよう。北極は確かに地名ではあるが、一般人がこれを飲食物やアイスクリームなどの産地と考えることはないと思われるし、現実に提供されているとも考えにくいので、産地名とは言いがたい。それゆえに、3条1項3号で拒絶されることはなく、登録されている。

³ 法が、強制のための手段としてだけでなく、人々の自律的な意思決定を変化させる要素としてのインセンティブを提供していることについて、飯田高『法と社会科学をつなぐ』（有斐閣、2016年）7頁参照。

【表-2】

登録番号：5861039号	登録番号：380297号
商標：北極サワー 商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務： 33類 サワー 43類 飲食物の提供，飲食物の提供に関する指導・助言及び情報の提供，インターネットによる飲食物のレシピに関する情報の提供，料理のレシピに関する助言	商標：北極 標準文字商標 商品及び役務の区分並びに指定商品又は指定役務： 30類 アイスクリーム，アイスキャンデー，シャーベット，その他の菓子（甘栗・甘酒・氷砂糖・みつ豆・ゆであずきを除く。），パン，水あめ（調味料），粉末あめ，もち，但し，水あめ（調味料），粉末あめ，もちを除く
北極サワー	北極

創作される発明を保護する特許権などと異なり、「選択物」の権利と呼ばれることのある商標において、地名は重要な選択肢のひとつとなり得る。

このように地名が商標に使用されることがあるのは、商標に地名を使用した場合に、特有の機能を果たすからであり、商標の選択者は、それを企図しているからである。

Justin Hughes の整理によると、一般的に、地名を含む商標の機能には、(a)地理的な出所を伝えること、(b)「地理以外の」製品の品質を伝えること、(c)イメージ喚起的な価値を生み出すことの3つがあるとされる⁴。(a)は、この場合、地名が産地名であることを前提とするが、(b)と(c)では、地名が必ずしも産地名ではないことを意識する必要がある。

(a)の地理的な出所を伝えるというのは、例えば「Made in Japan」、「日本製」といった表示のように、製品の地理的な出所を伝達するという機能である。(b)の「地理以外の」製品の品質を伝えるというのは、例えば薩摩芋やフランスパンの例にみられるように、言葉がその地理的な意味を失って、製品の地理的でない特質に基づく他の意味を獲得するということを意味する。そして、こうした用途があるために地理的な言葉が普通名称（一般名称）となることがある⁵。(c)イメージ喚起的な価値を生み出すことというのは、地理的な言葉が、イメージを喚起したり、審美性を付加したりする目的のためにも使用される場合である。例えば、せっけんにハワイの地名であるワイキキという名称を付すことで、商品に触れた消費者に対して南国の爽やかなイメージを喚起させることができる。

⁴ Justin Hughes [今村哲也訳]「シャンパーニュ、フェタ、バーボン(1)：地理的表示に関する活発な議論」知的財産法政策学研究 31号 (2010年) 84頁。

⁵ 同上参照。

【表-3】地名を含む標章の機能

機能	例
(a)製品の地理的な出所を伝えること	牛肉に「神戸ビーフ」
(b)（地理以外の）製品の品質を伝えること	フランスパンに「フランスパン」
(c)イメージ喚起的な価値を生み出すこと	石けんに「ワイキキ」

地名を含む商標との関係で、この(a)の機能を持つ商標を生産地の生産者が利用できなくなるのは問題があるし、また、この機能をもつ商標を生産地以外の者が利用することも問題が大きい。そのために商標法は、地名が産地名を構成する場合に、原則として登録が認められないとしているといえる（3条1項3号）。逆に、地域団体商標制度（7条の2）は、産地のもつブランド価値を生かした地名を含む商標の登録を促進するために、(a)の機能を活用している。産地名を含む商標の使用については、商標権の効力が及ばない範囲に含まれることを規定していることや（26条1項2号・3号）、産地の誤認を生じるおそれがある商標の登録を認めていないこと（4条1項16号）、葡萄酒又は蒸留酒の産地を表示する商標は誤認を生ずるおそれがあるかどうかに関係なく登録しないとしていること（4条1項17号）も、こうした問題を避けるためである。

(b)の活用は、フランスでフランスパンを製造している者がいる場合などを例として考えてみれば分かるように、地名でその産品を生産している者がいるとしても、それらの者との関係で大きな問題は生じない。しかし他方で、そうした名称の利用を特定の者に独占させることは弊害がある。地名が（地理以外の）製品の品質を伝える場合、当該地名はその製品に関して普通名称化しているということである。商標法は、弊害を避けるために、普通名称のみからなる商標を登録できる商標の対象から除いている（3条1項1号）。普通名称の場合、識別力の獲得による登録を認める3条2項の適用の対象にもなっていない。他方で、商品等の普通名称を普通に用いられる方法で表示する商標の使用については、商標権の効力が及ばない範囲に含まれることを規定していることや（26条1項2号・3号）、品質の誤認を生じるおそれがある商標の登録を認めていないこと（商標法4条1項16号）、葡萄酒又は蒸留酒の産地を表示する商標は誤認を生ずるおそれがあるかどうかに関係なく登録しないとしていること（4条1項17号）は、こうした問題を避けるためである。

(c)の機能を利用することは、外国地名の有するイメージや審美性を活用するということを意味する。この(c)の機能を持つ商標については、(a)の製品の地理的な出所を伝えるという機能を全く果たさない場合には、原則として弊害が生じることはないのので、登録の要件を満たす限り、登録することができる（2条1項柱書き、3条1項柱書き参照）。しかし、事案によっては、商標法4条1項7号により、公序良俗に違反するという理由で認めるべきではない場合もあり得るだろう（後述するシャンパンタワー事件を参照）。①の製品の地理的な出所を伝える機能も果たす場合には、(a)の機能の点で説明したことと同様の問題が生じる。

以上をみると、商標法には、(a)から(c)のそれぞれの機能を活用したり、逆に機能不全を避けたりするための方策が用意されていると整理することができる。

【表-4】

機能	機能の活用	機能不全の回避
(a) 製品の地理的な出所を伝えること	7条の2	3条1項3号 26条1項2号・3号 4条1項16号・17号
(b) (地理以外の) 製品の品質を伝えること	—	3条1項1号 3条2項 26条1項2号・3号 4条1項16号・17号
(c) イメージ喚起的な価値を生み出すこと	2条1項柱書・3条1項柱書	4条1項7号

(3) 国内の研究動向

国内外の周知な地名からなる商標登録出願の取扱いについて、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会商標審査基準ワーキンググループ(小塚座長)(以下、商標審査基準ワーキンググループ(2012年)とする)が検討を実施され、「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱い」について審査基準が整理された(2012年)。また、3条1項3号や4条1項16号等について、特許庁の判断や裁判所の裁判例の蓄積がある。

(4) 研究の内容

本研究では、以下の点を中心に、整理・分析を行った。

- (i) 商標審査基準ワーキンググループ(2012年)による「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱い」における当時の議論の要点の整理・分析
- (ii) 改正後の商標審査基準の特許庁における運用状況について、登録例などを素材として、調査・分析／商標審査便覧の関連項目の検討
- (iii) 関連条文に関する裁判例の整理・分析
- (iv) 現状の評価及び／又は制度的な選択肢に関する提言

なお、中国における地名を含む商標を含む悪意の商標出願の問題に対する中国商標法の適用や、中国における日本の地名の商標登録の状況については、以下の資料に詳しいので、改めて調査対象とすることはしなかった。

- ・ 平成20年度特許庁委託事業「中国商標権冒認出願対策マニュアル 2009年改訂増補版」(ジェトロ北京センター知的財産権部、2009年3月)
- ・ ジェトロ北京事務所「中国における日本の地名等に関する商標出願・登録の状況について」

2. 研究の内容

(1) 産構審における商標審査基準ワーキンググループ（2012年）での過去の議論

ここでは、商標審査基準ワーキンググループ（2012年）による「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱い」における当時の議論の要点の整理・分析する。

商標審査基準ワーキンググループ（2012年）の検討の背景は、次のとおりであった。

- ・ 国内外の地理的名称を有してなる商標については、諸外国の中には、商品の産地・販売地又は役務の提供場所と認識されなくても、「周知な地名」であれば商標登録を拒絶・無効（取消）とするような法制を有する国もある。
- ・ そのような国も含め、海外主要国の制度・運用について比較研究しつつ、我が国における制度・運用の在り方について、検討する必要がある。

主要国の状況と国際調和からの検討について、当時の状況は次の表のように整理される。

【表-5】

国・地域	制度・運用
米国、OHIM（欧州共同体商標意匠庁／現在の EUIPO（欧州連合知的財産庁））、英国、豪州の各国	<ul style="list-style-type: none"> ・ 国内外の地名を表示する標章からなる商標については、識別性の有無や商品の品質・役務の質の誤認のおそれを考慮した上で、登録要件を満たさないもの又は不登録事由に該当するかについて判断されるとする法制は共通。 ・ 商品の産地・販売地又は役務の提供場所の認定にあたっては、現実の生産に限らず、需要者が商品の産地であるかのように認識する蓋然性がある場合にも該当するとする運用の面においても共通。
中国、韓国など	<ul style="list-style-type: none"> ・ 「周知な外国地名」からなる商標の登録は認められないとする条項を定めている点で、日本や欧米等の主要国の法制とは相違。 ・ しかし、「周知な外国地名」からなる商標が使用による識別力を獲得した場合には登録可能としている。

商標法の枠組みとして、3条は識別性の観点から一般的適格性を判断していること、また、4条は、具体的に公序良俗の見地及び他人の業務に係る商品と混同を生ずるかどうか、商品の品質の誤認を生ずるかどうか等の見地から登録の可否を判断していることを前提に、国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いの検討の留意点として、以下の表に示すような点が示されている。

【表-6】国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いの検討の留意点

商標法の枠組み	国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いの検討の留意点
3条：識別性の観点から一般的適格性を判断 4条：具体的に公序良俗の見地及び他人の業務に係る商品と混同を生ずるかどうか、商品の品質の誤認を生ずるかどうか等の見地から登録の可否を判断	<ul style="list-style-type: none"> ・ 全ての地名が自他商品役務の識別標識としての機能を果たし得ないといえないので、「地名」が商標として識別性の観点から一般的適格性を有する可能性はある ・ 「国内外の周知な地名」であっても、自他商品役務の識別標識としての機能を果たし、かつ、商品の品質等の誤認を生ずるおそれのないものも存在する ・ 事業者の商標採択の自由

以上のことを前提に、商標審査基準ワーキンググループ（2012年）は、国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いについて、「客観的に法律上保護に値する機能を持っている商標について、その登録を排除する高い公益的な理由が存在するか等を慎重に精査」とした。そして、課題に対して、幾つかの対応がなされた。

【表-7】商標審査基準ワーキンググループ（2012年）における課題と対応

課題	対応
（1）「商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」が、需要者又は取引者によって、当該指定商品が当該商標の表示する土地において生産され又は販売されているであろうと一般に認識されることをもつて足りるとする内容が審査基準に明確に記載されているか。	審査基準に規定して明確化する。
（2）「国内外の地理的名称」については、審査基準にその取扱いが十分に記載されているか。	商標審査便覧に規定されている「国家名」、「著名な地理的名称」等には該当しない「国内外の地理的名称」の取扱いを、商標法3条1項3号の審査基準に規定する。
（3）商品の産地・販売地、役務の提供場所（認識される場合も含む。）を表示するものと認められない地理的名称からなる商標は、商標法3条1項3号が適用できないと考えられるところ、このような商標の取扱いが審査基準上明記されているか。	<p>事業者の設立地・事業所の所在地や仕向け地等の地理的名称は、商標としての機能を果たし得ないと認識し得るものとして商標法3条1項6号を適用し拒絶できるようにする審査基準を新設する。</p> <p>ただし、当該商標が、3条2項に相当する使用による識別力を獲得している場合には、識別力があるものとして同項6号に該当しないものとして、登録する。</p>

<p>(4) 審査基準等の整備にあたっては、審査官が個別の判断において参照できる審査情報が十分に整備されているか。</p>	<p>現行の審査手法(資料等)においても国内外の地名の周知性にかかわらず、地理的名称に関する審査情報は十分に整備しているため、今後もこの審査手法(資料等)を維持する。</p>
---	---

以上の検討に基づいて、2012年に商標審査基準が改訂された。この改定後も、商標審査基準の改訂作業は行われた。その後の改訂では、「国内外の地理的名称からなる商標登録出願の取扱いについて」の部分について、内容的に大幅な変更はない。

以下では、最新の商標審査基準(特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」)における地名に関連する箇所を示す。

【表-8】特許庁「商標審査基準〔改訂第13版〕(平成29年4月1日付け施行)」

条文	内容
<p>3条1項3号 (商品の産地、販売地、品質その他の特徴等の表示又は役務の提供の場所、質その他の特徴等の表示)</p>	<p>「2. 商品の「産地」、「販売地」、役務の「提供の場所」について (1) 商標が、国内外の地理的名称(国家、旧国家、首都、地方、行政区画(都道府県、市町村、特別区等)、州、州都、郡、省、省都、旧国、旧地域、繁華街、観光地(その所在地又は周辺地域を含む。)、湖沼、山岳、河川、公園等を表す名称又はそれらを表す地図)からなる場合、取引者又は需要者が、その地理的名称の表示する土地において、指定商品が生産され若しくは販売され又は指定役務が提供されているであろうと一般に認識するとき、商品の「産地」若しくは「販売地」又は役務の「提供の場所」に該当すると判断する。 (2) 商標が、国家名(国家名の略称、現存する国の旧国家名を含む。)、その他著名な国内外の地理的名称からなる場合は、商品の「産地」若しくは「販売地」又は役務の「提供の場所」に該当すると判断する。」</p>
<p>3条1項6号 (前号までのほか、識別力のないもの)</p>	<p>「5. 国内外の地理的名称を表示する商標について 商標が、事業者の設立地・事業所の所在地、指定商品の仕向け地・一時保管地若しくは指定役務の提供に際する立ち寄り地(港・空港等)等を表す国内外の地理的名称として認識される場合は、本号に該当すると判断する。 6. 取扱商品の産地等を表示する商標について (1) 小売等役務に該当する役務において、商標が、その取扱商品の産地、品質、原材料、効能、用途、形状(包装の形状を含む。)、生産若しくは使用の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格を表示するものと認識される場合は、本号に該当すると判断する。」</p>
<p>4条1項16号 (商品の品質又は役務の質の誤認)</p>	<p>「(2) 商標構成中に、商品の品質等を表す文字等を有する場合であっても、全体として商品の品質等として認識できない場合には、商品の品質等を表さないと判断する。特に、商標構成中に外国の国家名を有する場合には、既成語の一部となっている場合等国家名を認識しないことが明らかな場合に限り、商品の品質等を表さないと判断する。」</p>

	<p>(例) 外国の国家名を有する場合</p> <p>① 商品の品質等を表すと判断する場合 商品「時計」について、商標「SWISSTEX」 (解説) 既成語の一部ではないため、国家名としての「スイス連邦」を認識させる。」</p>
<p>4条1項16号 (商品の品質又は役務の質の誤認)</p>	<p>「2. 「誤認を生ずるおそれ」について</p> <p>(1) 「誤認を生ずるおそれ」とは、商標が表す商品の品質等を有する商品の製造、販売又は役務の提供が現実に行われていることは要せず、需要者がその商品の品質等を誤認する可能性がある場合をいう。</p> <p>(2) 「誤認を生ずるおそれ」の有無は、商標が表す商品の品質等と指定商品又は指定役務が関連しているか否か、及び商標が表す商品の品質等と指定商品又は指定役務が有する品質又は質が異なるか否かにより判断する。</p> <p>(例2) 本号に該当しない場合</p> <p>② 商品「イギリス製の洋服」について、商標「JP0 イギリス」 (解説) この場合、商標が表す商品の品質である「生産地としてのイギリス」と指定商品が有する品質が一致していることから、本号に該当しないと判断する。</p> <p>③ 役務「フランス料理の提供」について、商標「JP0 フランス」 (解説) この場合、商標が表す役務の質である「料理の内容としてのフランス」と指定役務が有する質が一致していることから、本号に該当しないと判断する。」</p>

3. 運用の状況：商標審査便覧及び最近の登録例

(1) 商標審査便覧の関連項目

商標審査便覧の関連項目をみると、「外国の地名等に関する商標について」、特許庁において、次のように運用されている。

【表-9】

<p>商標審査便覧 41.103.01 外国の地名等に関する商標について</p> <p>1. 国家名 国家名、国家名の略称、現存する国の旧国家名は、原則として商品の産地、販売地（取引地）又は役務の提供の場所（取引地）を表すものとして拒絶する。 本国での使用文字、日本語その他の外国語で表したのも原則として対象とする。</p> <p>2. 地名 首都名、州名、県名、州都名、省名、省都名、郡名、県庁所在地（県都）、旧国名、旧地域名、地方名、市、特別区、繁華街、観光地については、直接商品の産地、販売地（取引地）又は役務の提供場所（取引地）であることが辞書その他の資料に記載されていなくても、産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）に結びつき得る要因があれば、原則として産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）を表すものとして拒絶する。</p>
--

8. 国家名、地名を含む商標

国家名、地名を含む商標の場合は、以下のように取り扱うものとする。

(1) 商品の特産地はいうまでもなく、商品の産地、販売地（取引地）を表すものと認められる外国の国家名、地名を含む商標については、その商標が当該国又は当該地以外の国又は地で生産された商品に使用されるときは、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあるものとして拒絶の理由（商4条1項16号）を通知する。

(2) 国家名、地名等を含む商標であって、それが指定役務との関係上役務の内容の特質又は役務の提供場所（取引地）を表すものと認識されるものについては、その商標が当該国家名又は地名等によって表される特質を持った内容の役務及び当該国又は地で提供される役務以外の役務について使用されるときは、役務の質の誤認を生じさせるおそれのあるものとして拒絶の理由（商4条1項16号）を通知する。

(3) 上記(1)(2)の場合において、商品又は役務を補正させる場合、例えば、「シャンゼリーゼ」又は「フランス」などの文字を含むときは、商品については「フランス産（製）の〇〇」のように、又、飲食物の提供に係る役務については「フランス料理の提供」のように補正させる。

なお、その場合に出願人が個人であるなど対応が困難と認められる場合には、該拒絶理由の通知書に、例えば『ただし、本願の指定商品を「〇〇産の××」に補正したときはこの限りでない。』旨を付言するものとする。

(4) また、国家名、地名が、単に付記的に用いられている場合（外観上明らかに独立して商品の産地、販売地（取引地）又は役務の提供の場所（取引地）と認められるものであって、これを削除しても後願に影響を与えない場合に限る。）には、補正により商標中からその文字部分を削除することも出来るものとし、該拒絶理由の通知書に『ただし、本願商標中より「〇〇」の文字を削除したときはこの限りでない。』旨を付言する。

(2) 外国の地名を含む商標の登録状況

日本で登録されている商標について、外国の地名に関する商標が、産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）に結びつき得る要因がないということで、登録されている例はどの程度あるのか。以下の内容で、サンプル調査を行った。

- ・ 知的財産研究所の調査（2017年6月21日）
- ・ 公報発行日：平成24年6月1日～平成29年5月31日（件数が多いので今回は直近5年間のみ実施）
- ・ 対象公報：公開商標公報、商標公報、公開国際商標公報、国際商標公報
- ・ 検索条件：審査又は審判にて、3条各号で拒絶理由（取消理由）が通知された後に登録（3条1項3号では検索できない）

外国の地名と認識され得るものを含む商標が登録されている例は、少なからず存在することが分かる。

【表-10】

N o	公報番号 発行日	類似群コード／商品及び役務の区分 商標名又は称呼又はウイーン分類	商標権者
1	登録 5498870 H24.7.10	41 類, 41K01/41 C U B A	株式会社ジョナサン
2	登録 5505728 H24.8.7	35 類, 35A01 (他) /35, 36 アメリカ・ダイレクト	楽天株式会社
3	登録 5518312 H24.10.2	03 類, 01A02 (他) /03 P A R I S B L E U	ソシエテ パリジェンヌ ドゥ パル ファン エ コスメティツク
4	登録 5546305 H25.2.5	43 類, 42B01/43 和ふらんす	宗教法人 氷川神社
5	登録 5584314 H25.6.25	31 類, 32D01 (他) /31, 32 マチュピチュレッド	キッコーマン株式会社
6	登録 5623180 H25.11.19	35 類, 35B01 (他) /35, 41 台湾 d e 留学	武藤 良英
7	登録 5656870 H26.4.15	30 類, 29A01 (他) /30, 43 南京町	南京町商店街振興組合
8	登録 5703009 H26.10.21	25 類, 17A01 (他) /25 H O L L Y W O O D M A D E	ハリウッド メード 90028, インコ ーポレイテッド
9	登録 5717533 H26.12.16	14 類, 21A02 (他) /14 M y a n m a r G o l d、ミャン マー ゴールド	株式会社 T A S A K I
10	登録 5725323 H27.1.20	43 類, 42B01/43 アマルフィイ	株式会社ビィバリュー
11	登録 5751230 H27.4.21	18 類, 21C01/18 P A R I S - V E R B I E R	エルメス・アンテルナショナル
12	登録 5760592 H27.6.2	30 類, 04D01 (他) /30 カリブマウンテン	株式会社ウエシマコーヒーフーズ
13	登録 5781110 H27.8.25	32 類, 29C01/32 アルプス海洋深層水	ジェイウォーター株式会社
14	登録 5806032 H27.12.15	43 類, 42B01/43 北京樓	マキシムズ ケイタラーズ リミテ ッド
15	登録 5816022 H28.2.2	30 類, 29B01/30 G E O R G I A、一番抽出	ザ コカ・コーラ カンパニー
16	登録 5816023 H28.2.2	30 類, 29B01/30 G E O R G I A、一番ドリップ	ザ コカ・コーラ カンパニー
17	登録 5849602 H28.6.14	30 類, 29A01 (他) /30 P A V A R A G A H A W A I I	和田 衛

4. 関連条文に関する裁判例の整理・分析

(1) 抽出の方法

ここでは、地名を含む商標に関する裁判例について、判例のデータベースを活用し、関連する法条に基づいて事案を抽出した上で、地名に関連するもののみを対象に、分析を行った。抽出された裁判例は、おおむね以下のとおりである。

【表-11】地名に関連する商標法関係の裁判例

条文	内容	地名に関連する商標法関係の裁判例
3条1項3号	商品の産地、販売地、品質その他の特徴等の表示又は役務の提供の場所、質その他の特徴等の表示	ジョージア、ワイキキ、SIDAMO 等、HOKOTABAUM、Kawasaki、湘南二宮オリーブ
4条1項7号	公序良俗違反	母衣旗、シャンパンタワー、激馬かなぎカレー
4条1項11号	先願に係る他人の登録商標	千葉しあわせ牛、ナカモ西京、塩沢絋・越後塩沢同人会、ロマンティック北街道、富山のゆうげ、筑後の国寒梅、伏見の竜馬、宰府寒梅、尾張の寒梅、銀座ステファニー、河内駿河屋、TOKIOTEC 等
4条1項16号	商品の品質又は役務の質の誤認	讃岐庵、SIDAMO 等
4条1項17号	ぶどう酒又は蒸留酒の産地の表示	なし
4条1項19号	他人の周知商標と同一又は類似で不正の目的をもって使用をする商標	つつみのおひなっこや、ナカモ西京

(2) 商標法3条1項3号関係

【表-12】

裁判例	地域の名称	3条1項3号該当性
知財高判平成28年10月12日平成28年(行ケ)10109号「HOKOTABAUM」	茨城県銚田市	該当
知財高判平成27年1月28日平成26年(行ケ)10152号「湘南二宮オリーブ」	湘南地方の二宮町	該当
知財高判平成24年9月13日平成24年(行ケ)10002号「Kawasaki」	川崎市	非該当
知財高判平成22年3月29日平成21年(行ケ)10226号判例タイムズ1335号228頁「SIDAMO」	SIDAMO	非該当
最判昭和61年1月23日昭和60年(行ツ)68号	アメリカ合衆国のジョー	該当

「ジョージア」	ジア	
最判昭和 54 年 4 月 10 日昭和 53 年（行ツ）129 号 「ワイキキ」	ホノルル市のワイキキ	該当

(i) 知財高判平成 28 年 10 月 12 日平成 28 年（行ケ）10109 号【HOKOTABAUM】

需要者又は取引者に、「BAUM」の部分はバウムクーヘンを認識させ、「HOKOTA」の部分は茨城県所在の鉾田市を認識させる本願商標は、需要者又は取引者によって、当該指定商品が当該商標の表示する土地において生産され又は販売されているであろうと一般に認識されるものであるから、商標法 3 条 1 項 3 号に該当する。

(ii) 知財高判平成 27 年 1 月 28 日平成 26 年（行ケ）10152 号「湘南二宮オリーブ」

本願商標である「湘南二宮オリーブ」を指定商品に使用しても、取引者及び需要者は、本願商標の表示は「湘南二宮産のオリーブ」を意味し、当該指定商品が「湘南地方の二宮町産のオリーブを原材料とするオリーブオイル」であることを表したにすぎないものと理解するのが自然であるから、本願商標は、その指定商品との関係では、商標法 3 条 1 項 3 号に該当する。

(iii) 知財高判平成 24 年 9 月 13 日平成 24 年（行ケ）10002 号【Kawasaki】

漢字で「川崎」と表記される場合とは異なり、「Kawasaki」、「KAWASAKI」等の欧文字に接した一般人が、通常、当該文字から川崎市を商品の産地、販売地として想起するとまでは認められない。

(iv) 知財高判平成 22 年 3 月 29 日平成 21 年（行ケ）10226 号判例タイムズ 1335 号 228 頁「SIDAMO」

銘柄又は種類としての「SIDAMO」又は「シダモ」は、いろいろな業者によって使用されているのであるが、それがエチオピア産（又はエチオピアのシダモ地方産）の高品質のコーヒー豆又はそれによって製造されたコーヒーについて用いられている限り、原告による品質管理の下でエチオピアから輸出されたそれらについて用いられていることになるから、商標権者が原告である限り、その独占使用を認めるのを公益上適当としないということもできず、本件商標登録が商標法 3 条 1 項 3 号に該当するということとはできない。

(v) 最判昭和 61 年 1 月 23 日昭和 60 年（行ツ）68 号「ジョージア」

商標登録出願に係る商標が商標法 3 条 1 項 3 号にいう「商品の産地、販売地……を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」に該当するというためには、必ずしも当該指定商品が当該商標の表示する土地において現実に生産され又は販売されていることを要せず、需要者又は取引者によって、当該指定商品が当該商標の表示する土地において生産され又は販売されているであろうと認識されることをもって足りる。

(vi) 最判昭和 54 年 4 月 10 日昭和 53 年（行ツ）129 号「ワイキキ」

商標法 3 条 1 項 3 号に掲げる商標は、これを商品に使用した場合その産地、販売地その他の特性につき誤認を生じさせるおそれのあるものである必要はない。

(3) 商標法4条1項7号関係

【表-13】

裁判例	関連する地域の名称	4条1項7号該当性
知財高判平成24年12月19日平成24年(行ケ)10267号「シャンパンタワー事件」	フランスのシャンパーニュ地方	該当 ※3条1項3号該当性は争われていない
知財高判平成24年8月27日平成23年(行ケ)10386号「激馬かなぎカレー事件」	五所川原市金木町	該当 ※3条1項3号該当性は争われていない
東京高等裁判所平成11年11月29日平成10年(行ケ)18号「母衣旗事件」	母衣旗(旧地名)	該当 ※3条1項3号との関係も問題とされたが、「母衣旗」が、産地、販売地を表すものとして、一般に認識されているものと認められないとする。

(i) 知財高判平成24年12月19日平成24年(行ケ)10267号「シャンパンタワー事件」

原告は、「シャンパンタワー」の文字を横書きしてなり、指定役務を「飲食物の提供」等とする本件商標の商標権者である。被告が無効審判を請求したところ、本件商標登録を無効にすべきである旨の審決がなされたので、原告は、その取消しを求めた。裁判所は、以下のように述べて、商標法4条1項7号に該当すると判断した。

「本件商標の文字の構成、指定役務の内容並びに本件商標のうちの「シャンパン」の表示がフランスにおいて有する意義や重要性及び我が国における周知著名性等を総合考慮すると、本件商標を飲食物の提供等、発泡性ぶどう酒という飲食物に関連する本件指定役務に使用することは、フランスのシャンパーニュ地方における酒類製造業者の利益を代表する被告のみならず、法律により「CHAMPAGNE」の名声、信用、評判を保護してきたフランス国民の国民感情を害し、我が国とフランスの友好関係にも影響を及ぼしかねないものであり、国際信義に反するものといわざるを得ない。「よって、本件商標は、商標法4条1項7号に該当するというべきである。」

(ii) 知財高判平成24年8月27日平成23年(行ケ)10386号「激馬かなぎカレー事件」

原告は、「激馬かなぎカレー」との標準文字からなる本件商標の商標権者である。原告は、本件商標登録を取り消す旨の特許庁の決定の取消しを求めた。裁判所は、原告の本件出願は、該事業の遂行を阻止し、公共的利益を損なう結果に至ることを知りながら、「激馬かなぎカレー」の名称による利益の独占を図る意図でしたものであって、剽窃的なものであり、本件商標は、公序良俗に反するものであり、商標法4条1項7号に該当するとした上記決定の判断は是認することができるとして、原告の請求を棄却した。

(iii) 東京高等裁判所平成11年11月29日平成10年(行ケ)18号「母衣旗事件」

「被告による本件商標の取得は、仮に、その主張するとおり、本件商標を自ら使用する意思をもってその出願に及んだものであるとしても、原告による、町の経済の振興を図るといふ地方公共団体としての政策目的に基づく公益的な施策に便乗して、その遂行を阻害し、公共的利益を損なう結果に至ることを知りながら、指定商品が限定されるとはいえ、該施策の中心に位置付けられている「母衣旗」名称による利益の独占を図る意図でしたものといわざるを得ず、本件商標は、公正な競争秩序を害するものであって、公序良俗に反するものというべきである。」として、公序良俗を害するおそれがないとして、商標法4条1項7号該当性を否定した審決を取り消した。

(4) 商標法4条1項11号関係

商標法4条1項11号は、先願に係る他人の登録商標と同一・類似であって、指定商品又は指定役務も同一又は類似である商標を登録しない旨を定めている。

商標法4条1項11号に係る商標の類否については、最高裁の判例に基づく、「同一又は類似の商品又は役務に使用された商標が、その外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して、その商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察すべきものである」(最高裁昭和43年2月27日第三小法廷判決昭和39年(行ツ)110号・民集22巻2号399頁参照)とされている。

また、地名を含む商標については、「要部」をどのように捉えるかが問題となる。最高裁判所の判例に基づく、「複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについて、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断することは、その部分が取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合などを除き、許されない」(最高裁昭和38年12月5日第一小法廷判決民集17巻12号1621頁昭和37年(オ)953号、最高裁平成5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号5009頁平成3年(行ツ)103号同参照)とされている。

【表-14】

裁判例	引用商標等	商標法4条1項11号該当性
<u>下線部太字が「要部」と認定されている</u>		
知財高判平成27年1月29日平成26年(行ケ)10185号「千葉 しあわせ牛 」	しあわせ牛	該当(類似) 引用商標の構成文字やその文字数、構成する語句の数、それぞれの長さや意味合い、上記牛肉取引の実情に鑑みると、引用商標は、外観上、常に一体不可分のものとして認識されるものとはいえず、引用商標の構成中の「しあわせ牛」部分が、要部として、取引者、需要者に対し出所識別標識として強く支配

		的な印象を与えるものと認められる
知財高判平成 24 年 12 月 13 日平成 23 年（行ケ）10344 号「いなば和幸」	とんかつ和幸	非該当（非類似） 本件商標からは、「イナバワコウ」の称呼及び「いなば（一般的には、「稲葉」の氏ないし「因幡」の地名）に関係した豚カツ料理店ないし飲食店の和幸」の観念しか生じない
東京高判平成 15 年 10 月 6 日平成 14 年（行ケ）169 号「ナカモ西京」	 西京の文字を含む引用各商標	非該当（非類似） 「西京」ないし「さいきょう」の文字部分は、商品の品質あるいは産地を示したものと解するのが相当
東京高判平成 14 年 9 月 30 日平成 13 年（行ケ）518 号「塩沢緋・越後塩沢同人会」	塩沢織物工業協同組合	非該当（非類似） 本件商標の出願当時、「塩沢紬」「本塩沢」及び「塩沢」の語は、「絹織物」の一種を表す普通名称になっていたものと認められるから、「塩沢紬」「本塩沢」及び「塩沢」の文字部分は、自他商品識別機能を有しない
東京高判平成 13 年 1 月 18 日平成 12 年（行ケ）301 号「ロマンティック北街道」	北海道	非該当（非類似） 「ロマンティック」の文字と結合した「北街道」の文字は、前記のとおり、原告の商標としての周知性を獲得していないがゆえに、単に地名を表す語として取引者・需要者に認識されるにとどまり、「ロマンティック」と分離されて、特定人の商標であると認識されることは、ほとんどないものというべき
東京高判平成 13 年 9 月 6 日平成 13 年（行ケ）122 号「伏見の竜馬」	竜馬	該当（類似） 本願商標は、一体として把握され、認識されることがあると同時に、「伏見」という文字と「竜馬」という文字とが分離して把握され、認識されることもあるのであり、しかも、このように分離して把握し、認識する者の方が、本願商標の全体を一体不可分のものであると認識する者より、多いものと推認することができる、ということになる。 そうすると、本願商標は、「竜馬」の文字部分において、自他商品の識別機能を果たす場合も少なくないといわざるを得ない。

東京高判平成 12 年 3 月 21 日 平成 12 年（行ケ）4 号「富山の <u>ゆうげ</u> 」	ゆうげ	該当（類似） 「ゆうげ」の文字は、日常語として一般に使用されているものではなく、日本の情緒を看取させる歴史的な文字であるから、語の表現上顕著な特色を有するものであるのに対し、「富山の」の文字は、商品の産地、販売地又は取引地を表示する著名な地理的名称であって、自他商品識別機能を有しないため、被告の商標の「富山の」の文字は、商品の品質を表示する形容詞的の文字部分に相当する
東京高判平成 12 年 1 月 27 日 平成 11 年（行ケ）261 号 「銀座 <u>ステファニー</u> 」	STEPHANIE	該当（類似） 「銀座」、「G i n z a」の文字部分は、東京都中央区に存在する各種高級商品を販売することで著名な繁華街の名称であり、本願商標の指定商品の取引者、需要者によっても、そのように認識されるものと認められる。 本願商標に接する取引者、需要者は、本願商標の構成のうち、自他商品の識別機能を果たす部分は、「ステファニー」、「S T E F A N Y」の部分にあるものと理解し、これより生ずる称呼をもって取引に当たる場合も少なくなく、本願商標からは「ステファニー」との称呼も生ずるものと認められる
東京高判平成 11 年 5 月 27 日 平成 10 年（行ケ）318 号 「 <u>宰府寒梅</u> 」	寒梅	非該当（非類似） 清酒は地域性の強い商品であり、その取引者・需要者は「地名+〇〇」のうち地名部分を必ずしも産地等と理解せず、一体のものとして把握するか或いは地名部分を産地等と理解してもそれを一体のものとして把握し、いずれの場合も全体として自他商品の標識として認識する場合が多い。
東京高判平成 12 年 1 月 26 日 平成 11 年（行ケ）240 号 「 <u>筑後の寒梅</u> 」	寒梅	非該当（非類似） 「筑後の」の文字部分を含んでその全体が自他商品識別機能を果たしている
東京高判平成 11 年 2 月 2 日 平成 10 年（行ケ）330 号 「 <u>JONES NEW YORK</u> 」	JONES／ジョーンズ	非該当（非類似） 本願商標は一体のものとして観念され、「ジョーンズニューヨーク」という一連のものとして称呼されてきた
東京高判平成 10 年 6 月 25 日 平成 10 年（行ケ）86 号	寒梅	該当（類似） 本件商標は、「尾張の寒梅」であるが、冒頭の「尾

「尾張の <u>寒梅</u> 」		張の」という言葉は、単に指定商品について産地・販売地を表示するにすぎず、要部ではなく、自他商品の識別力を持たない部分である
東京高判平成 8 年 8 月 9 日 平成 6 年（行ケ）164 号「河内 <u>駿河屋</u> 」	駿河屋	該当（類似） 本件商標は、その構成中「河内」の語は特定の地域名を示すもので、それ自体の自他商品識別力が強いとは認め難いこと、「駿河屋」の語は原告の取り扱う和菓子の商標として需要者の間に広く知られており、また、和菓子の老舗を想起させるものであって、需要者に強い印象を与えるものと認められること、「河内駿河屋」に一体としての熟語的意味あいがあるとは認められないことからすると、「駿河屋」の部分が独立して認識されることもあると認めるのが相当
東京高判平成 7 年 12 月 21 日 平成 7 年（行ケ）117 号「 <u>TOKIOTEC</u> 」	TEC	非該当（非類似） 本件商標を分断して発音しなければならない特段の理由は見いだせず「トキオテック」の称呼のみが生ずる

裁判例をみると、産地名に相当する文字部分は、自他商品識別機能を有しないとされる場合が幾つか認められる。その場合、要部が商標全体の一部に限定される結果、引用商標との類似性が認められやすいようである。

これに対して、地域性の強い商品については、「地名+〇〇」のうち地名部分を必ずしも産地等と理解せず一体のものとして把握するか、あるいは地名部分を産地等と理解したとしても一体のものとして把握する結果、全体として自他商品の標識として認識する場合があるとする裁判例がある（宰府寒梅事件参照）。ただ、同じ酒類でも、尾張の寒梅事件では、「尾張の」の部分が、単に指定商品について産地・販売地を表示するにすぎず、要部ではなく、自他商品の識別力を持たない部分であるとされており、判断が難しい部分はある。

（5）商標法 4 条 1 項 16 号関係

（i）知財高判平成 22 年 8 月 4 日平成 22 年（行ケ）10114 号「讃岐庵」

原告は、「讃岐庵」の標準文字を横書きしてなり、指定商品を 30 類「穀物の加工品、ぎょうざ、サンドイッチ、しゅうまい、すし、たこ焼き、肉まんじゅう、ハンバーガー、ピザ、べんとう、ホットドッグ、ミートパイ、ラビオリ、調味料」とする本願商標の登録出願をしたところ、特許庁から、拒絶査定を受けたので、これを不服として審判請求をしたが、特許庁から請求不成立の審決を受けた。原告は、これを不服として、審決取消訴訟を提起した。

裁判所は、4 条 1 項 16 号に関して、香川県産品を販売する店舗や香川県の郷土料理を提供する料理店

との観念が生ずる本願商標を、香川県とは無関係の「穀物の加工品」以外の指定商品に使用するとき、商品の品質の誤認を生じさせるおそれもあるといわざるを得ないから、本願商標は、商標法4条1項16号にも該当するなどとして、原告の請求を棄却した。

(ii) 知財高判平成22年3月29日平成21年(行ケ)10226号「SIDAMO」

本件商標は、これをその指定商品中「エチオピア国SIDAMO(シダモ)地方で生産されたコーヒー豆、エチオピア国SIDAMO(シダモ)地方で生産されたコーヒー豆を原材料としたコーヒー」以外の「コーヒー豆、コーヒー」について使用するとき、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあるから、商標法4条1項16号が規定する「商品の品質の誤認を生ずるおそれがある商標」に該当するとの審決の判断に誤りがあるということとはできない。

(6) 商標法4条1項19号関係

(i) 知財高判平成平成21年1月27日平成20年(行ケ)10348号「つつみのおひなっこや」

「つつみのおひなっこ」は堤焼の土人形類を、「つつみのおひなっこや」は堤焼を製造販売する業者を総称する用語として昭和期前に一般的に用いられていたものであるが、昭和期に入り、Cの活躍により堤焼が再び復興するようになってからは上記の用語に代わり「堤(つつみ)焼」の呼称が用いられるようになった経緯に照らすと、かつて一般的に使用されていた呼称であるとはいえこれが歴史的呼称となった後にこれを自己の商号として採用し、商標登録を得て独占的に使用することも特段の事情がない限り自由競争の範囲内であるといわざるを得ないところ、上記特段の事情も認められない以上、これをもって商標法4条1項19号の「不正の目的」があるとするとはできない。

(ii) 東京高判平成15年10月6日平成14年(行ケ)169号「ナカモ西京」

「原告の業務に係る商品を表示するものである引用商標と本件商標とが類似しないことは、前記判断のとおりである。したがって、被告における「不正の目的」の有無を判断するまでもなく、本件商標は、商標法4条1項19号に違反するものではない。」

5. 現状の評価及び／又は制度的な選択肢に関する提言

(1) 現状の評価

商標審査基準ワーキンググループ(2012年)が述べるように、国内外の地名等を含む商標の商標登録出願の取扱いについては、「客観的に法律上保護に値する機能を持っている商標について、その登録を排除する高い公益的な理由が存在するか等を慎重に精査」する必要がある。

現状では、3条1項3号、4条1項16号、4条1項17号の要件をクリアしなければ登録できないので、悪意の商標出願が問題となる裁判例は多くない。

4条1項19号に該当するためには、地名等を含む商標が他人の周知商標である必要があるが、問題となる事案としてそれに該当する可能性のある場合は多くないようであり、関連する裁判例は少ない。

裁判例を分析したところ、地名を含む商標に関して、審決が覆された事例は幾つかあるものの、具体

的な事案における判断の違法について指摘しているものに止まり、判例の結果として商標審査基準の修正が迫られるという状況はないようであるため、その意味では、商標審査基準は適切に運用されていると評価できる。

(2) 問題提起

本調査では、主として日本の登録例や裁判例を調査したが、限定的な数量のサンプルではあったが、少なからず外国の地名が含まれる商標の出願例が存在していることが分かった。また、地名が含まれる商標に関連する裁判例も数多く存在する。地域ブランドの活用が求められるなかで、我が国の商標法における4条1項7号に該当するような悪意の商標出願の事例や、必ずしも悪意の商標出願ではない場合でも、正しくない事実認定によって、外国で日本の地名が商標登録されることについて懸念がある。特に中国との関係では、公知な日本の地名や地理的表示、地域団体商標に関する商標庁間での積極的な情報共有が必要であると思われる。

なお、葡萄酒又は蒸留酒の地理的表示を含む商標の出願については、従来から「山梨産ボルドー風ワイン」のようなものは、商標法4条1項17号で拒絶されている。同号は、葡萄酒又は蒸留酒について、誤認のおそれを要件としない絶対的保護を定めるTRIPS協定23条2項を担保するものである。

我が国では、いわゆる地理的表示を保護するために「特定農林水産物等の名称の保護に関する法律」（以下、地理的表示法という）が2014年6月に制定され（平成26年6月25日法律84号）、2015年6月1日から施行された。この地理的表示法は、TRIPS協定23条2項と同様に、絶対的保護を認めるものである。

さらに、2016年の法改正⁶により、①我が国と同等のGI制度を有する外国と個別の二国間等の国際協定によるGI相互保護を可能とすること、②輸入業者に対し輸入された不正表示製品の譲り渡しを禁止する規制を定めることが追加されている（2016年12月9日成立、2016年12月26日施行）。平成28年の法改正①は、外国との間で地理的表示の相互保護条約がより締結、批准されやすい状況を作り出すものであるため、EUのような地理的表示先進地域と国際協定等を締結する際の大きな布石となるものである。

地理的表示としての葡萄酒又は蒸留酒の名称については、商標法上、4条1項17号の手当てがなされていた。今回新たに地理的表示としての他の製品の名称については、未だ商標法上、同様の手当てはなされていない。異なる産地で同じ種類の製品について、例えば、「北海道産ゴルゴンゾーラ風チーズ」というようなものが図形入りの結合商標として出願された場合に、葡萄酒又は蒸留酒に関する4条1項17号の規定と同様に、誤認のおそれを要件とせずに、こうした出願を拒絶する規定を設けるべきか、という点は、今後検討する必要があるかもしれない。

⁶ 環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律（平成28年法律108号）。