



Title	規範的損害と保険 : 知的財産権侵害に即して
Author(s)	山本, 哲生
Citation	知的財産法政策学研究, 13, 71-99
Issue Date	2006-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43499
Type	departmental bulletin paper
File Information	13_71-99.pdf



中国商標法における先使用権の 知的財産法的解釈

李 揚*
徐 海 峰(訳)

要約：先使用権¹の解釈は、知的財産権法定主義と体系的な知的財産権法の観念に則っておこなわれるべきである。先使用権とは、知的財産権特別法に定める諸権利に比して権利の強度が低い権益、あるいは知的財産権特別法、不正競争防止法、ないし民法において規定があるが、これらの法律規定に従い、商標権と抵触が生じる際に処理し難い権益などを指す。商標登録阻却事由と登録商標取消事由としての先使用権は、商標登録出願に対する予備的査定公告日前に全国における著名性を必要とし、商標権の権利行使に対する制限事由としての先使用権は、最低限の地理的範囲内における最低限の周知性があれば足りる。商標権者は先使用権者に対して、混同防止表示を付加することを要求でき、先使用権者は不正競争行為がない限り、その地理的な営業範囲を拡大することができる。

キーワード：法定主義 体系的知的財産権観念 商標権 先使用権

I 本論文における法解釈論について

商標法における先使用権の問題について、中国の国内においてすでに数

* COE 研究員 中南財政法政大学知的財産権国家基地研究員 法学博士

¹ 中国商標法第9条及び第31条は、明確に「先使用権」という用語を使用しているため、論述の便宜上、本論文でもこの用語を使用する。しかし、筆者の「先使用権」概念は、中国において通常使われているそれより広い意味を持ち、狭義の「権利」を含むだけでなく、類型化されていない「権益」も含むものとして使用している。本論文においては、特別に明記する場合および中国商標法の規定に関する記述の場合を除き、「先使用権」という概念は「権利」と「権益」の二つを含む意味で用いるものとする。

多くの学者が繰り返し議論している。しかし、これらの論述には、少なくとも以下の二つの問題点がある。一つ目は、議論が基本的には立法論の観点からなされており、提案より批判、実用より理論、現実より理念が論じられていることである。現在の知的財産法を補完し、あるいは改正していかうという長期的視点からは、立法論はもちろん非常に重要である。しかし、実際の事件を解決するためには、立法論では先行し過ぎており、実際的な意味はあまり大きくない。法制度における細かな瑕疵を重大視するのは、現在の知的財産権法学界の特徴の一つであり、しかも致命的な誤りの一つでもある。学者はいつも裁判官の無知を批判し、裁判官の法適用は恣意的でいかげんであると批判する。これに対し、裁判官も、学者は紛争解決の役に立たない虚しい理論を論じているに過ぎないと主張する。どちらが正しいかはともかく、知的財産法学界と司法界が各自言い分を持ち、めいめいが勝手に主張しているのは争いのない事実である。このような局面では学者が自分たちの研究方法を根本から見直すべきである。二つ目の問題は、多くの議論が、個別・具体的な論述より一般論、緻密な解釈論より全体的、概論的な議論であるということである。たとえば、登録商標と先使用権の関係という問題について議論する際に、一般的には、先使用権が登録阻却事由ないし登録取消事由であることがおおまかに認識されている。しかし、先使用権がどの範囲まで認められるか、いかなる先使用権でも登録阻却事由ないし登録取消事由になれるのか否か、登録商標は他人の先使用権を無効とすることができるか、等の問題については言及されていない。したがって、関連する議論は数多くあるものの、裁判官が法律を適用する際に、理論的に参考としガイドとなる役割を果たすものは、極めて少ない。

以上の二つの問題に鑑み、筆者は知的財産法の領域において、立法論的手法を採用すると同時に、法律解釈論的手法をより重視し、これを採用すべきことを強く主張する。現行知的財産法に対して批判的な態度をとる立法論と異なり、法律解釈論は現行知的財産法に対する解釈を行うことを重視する。立法論は知的財産法の制定ないし改正を重視し、法律解釈論は個々の紛争を解決する際の知的財産法の適用を重視するといえよう。立法論は知的財産法の未来を重視し、法律解釈論は知的財産法の現実を重視する。したがって、数多くの論者が現行知的財産法に「問題」ないし「矛盾」

を見出した途端に、現行知的財産法を改正することを主張したり、新しい知的財産に対して新たな知的財産権を設けることを主張するやり方について、知的財産権に対する法律解釈論の立場からは賛成できない。例えば、ドメイン名に対する独立した権利、データベース権、統一商号権などの制定が数多くの学者によって主張されている。これに対し、法律解釈論の立場は、法律適用のレベルを考えると、知的財産法は民法により権利が補完されうる、すでに整備された体系である²こと、その体系には知的財産法、不正競争防止法、民法などが含まれることを主張する。そして、法体系と深く連携している以上、安易な法改正によって知的財産権を創設すべきではないとする。したがって、知的財産法の体系が想定していた前提に、「問題」ないし「矛盾」が生ずる際には、まず現行知的財産法に対する体系的解釈を行うことを通じて、現存の問題と矛盾を解決すべきである。知的財産権を新たに設けざるを得ない場合のみ、現行法に対する改正を考慮するのである³。

当然であるが、知的財産権法解釈論における解釈とはいいかげんなものではなく、知的財産権の基本観念を堅持し、かつそれを適用する前提として、体系的な一貫性を有する解釈でなければならない。したがって、巷間流行している純粋法律注釈と根本的な違いがある。現在流行している純粋法律注釈は単に知的財産法の条文の文言に対する簡単な解釈に止まり、知的財産法の体系的な基本観念を欠くものであるため、非常に柔軟性のない狭いものである。

知的財産権の基本観念については、二つの対立した観念が存在する。一つ目は自然権的思想に基づく観念であり、ロック労働所有論とも言われ

² 知的財産権法と不正競争防止法の関係について、国内において数多くの学者が繰り返し議論してきた。これらの議論を見ると、ほとんどの学者はこれらが補完関係にあると考えており、不正競争防止法は知的財産権法を補足して保護を与えるとしている。筆者は、これが知的財産法と不正競争防止法及び民法との関係に対する誤解であると考えている。鄭成思「完善反不正競争法对知識産權的保護制度」工商管理1998年23期、韋之「論不正競争防止法与知的財産權法的關係」北京大學學報哲社版1999年第6期。

³ どのような状況において新たな知的財産権を創設できるかについては、筆者の「知識産權法定主義及其適用」中で詳細な考え方を提示している。法学研究2006年第2期。

る⁴。この観念に従えば、労働を行えば必ず報酬が得られ、知的労働を行えば、その労働がもたらす利益をすべて得ることができるべきであるということになる。したがって、知的財産に対する法的保護の適用順序は、知的財産権に関する特別法（特許法、商標法、著作権法、種苗法、半導体集積回路法等）——不正競争防止法——民法⁵となり、さらに裁判官は裁量により、知的創造者のために、知的財産権特別法にも規定されていない、知的財産権特別法を超えた、すなわち現行知的財産権特別法によって類型化されていない知的財産権をも創設できると積極的に主張する。

もう一つの知的財産権の基本観念は法定主義観念である⁶。この観念によると、労働があっても必ず報酬を得られるというわけではなく、また労働がないからといって必ず報酬が得られないわけでもない。有体物と異なる知的財産というものが有する非物質的であるという特徴、労働所有論に内在する知的財産権の保護範囲が無限に拡大する危険、並びに社会正義の要請から、知的財産権の創設ないし保護は厳格に法定主義に従うべきであり、知的財産権特別法において規定されていないものは、知的創造を行っても享受できない、あるいは立法者が推奨しないものである。知的財産法の適用関係と順序については、知的財産権法定主義も知的財産権特別法——不正競争防止法——民法という順序に従うが、自然権的思想による理解

⁴ 易継明「評財産権労働学説」法学研究2000年第3期、同「知識産権の観念：類型化不足及其適用」法学研究2005年第3期。但し、「知的財産自然権利概念」は筆者がまとめあげたものである。

⁵ 易継明は前掲注4の両論文中でこのような適用順序を明示してはいないものの、こうした関係を暗示していることを明らかにしておきたい。この適用順序は筆者が日本知的財産権法に対する研究の過程でまとめあげたものである。

⁶ 知的財産権法定主義をはじめ明確に提唱したのは鄭勝利教授であり、朱里博士がこれに対する最初の検証を行った。著者はこれらの成果にさらなる論証を加え、より深化させるとともに広い意味を付与したものである。鄭勝利「論知識産権法定主義」鄭勝利・主編『北大知識産権評論』（第2巻）（法律出版社・2004年）。朱理博士（北京大学知的産権学院2003年博士研究生）は2004年に基礎的な論証を行っている。朱理「知識産権法定主義——種新的認知模式」李揚他『知識産権基礎理論和前沿問題』（法律出版社・2004年）第6章。李揚「也論知識産権的観念：法定主義及其適用」法学研究2006年2期。

と完全に同一なわけではない。以下、敷衍する。

第一に、具体的な事件を処理する際に、裁判官がまず考えるべきものは知的財産権特別法の規定であり、知的財産権特別法の規定がない場合に、次に考慮するのは不正競争防止法の適用可能性であり、不正競争防止法が適用できない場合に限り、民法の適用を考慮すべきである。

第二に、知的財産権特別法の規定の適用を考慮する際には、各特別法が規律するものの相異点について特に注意を払い、各特別法がそれぞれの役割を十分に果たすことができるよう、それらの限界を混淆すべきではない。しかし、知的財産権が物権と何ら変わるところのない私権のひとつにすぎないこと、及び、知的財産権を創設する趣旨（知的財産権の保護を通じ、社会全体の科学、文化の進歩を促進すること）に反せず、無体物に対する財産権としての知的財産権と有体物に対する財産権との区別を混同しないために、民法の適用は最終的には手段とすべきである。しかも観念上明確にしておくべきは、民法が適用された場合であっても、それは知的財産権特別法上の権利を享受することを意味するのではなく、民法により保護されるのは市場先行の利益にすぎないということである。権利と利益を区別しなければならない。より重要なのは、この際に創造者が享受するのは物権的請求権ではなく、債権的請求権に過ぎないという点である⁷。

第三に、全体の体系と整合的に考えて、知的財産権特別法と不正競争防止法、民法の適用関係についてもう一点留意すべきなのは、知的財産権特別法が明確に保護を禁止したもの（社会の公序良俗に反するような発明ないし創造、出版ないし伝達禁止の著作物）あるいは既に保護期間が経過したもの（保護期間が経過した特許発明、著作物ないし更新されていない登

⁷ 日本では一般に、学説・裁判例とも、知的財産紛争の解決に民法709条の不法行為を適用することはしない。したがって、学者、裁判官とも、知的財産法及び不正競争防止法の範囲内での分析・解決を図る。そして、民法709条を適用する場合であっても、この条項は債権的請求権のみを定め、物権的請求権を定めるものではないため、損害賠償請求は可能であるが差止請求権は享受できないとするのが通説である。他方、中国においては、裁判官が民法5条及び18条を適用する際に、こうした区別をすることはしない。すなわち、知的財産権侵害の場合には権利者に差止請求権が認められる。このような処理は単純すぎるものであり、知的財産と有体物との差異を考慮しているとはいえないため、立法論からの修正が期待される。

録商標)については、不正競争防止法と民法を適用する可能性がないということである⁸。つまり、知的財産権特別法が禁止しないもの、すなわち知的財産権特別法上の地位がはっきりしていない知的財産だけに不正競争禁止法又は民法の適用による保護が与えられる可能性がある。

第四に、法を具体的に適用する技術について、知的財産権法定主義は、具体的な事件を処理する際に、裁判官はまず現行知的財産法に対し十分に体系的な解釈を行い、知的財産権特別法ないし不正競争防止法の範囲内で紛争を解決することに力を尽くすべきと主張する。裁判官の裁量権の問題について、知的財産権法定主義は、裁判官が裁量を有するか否かという問題自体が存在しないと考える。裁判官がどのように法律を解釈しても、それは知的財産法の体系に整合的な考え方の範囲内にあるからである。⁹

以下では、上述した知的財産権法定主義の基本観念に基づき、法律解釈学の観点から、商標法における先使用権に関する具体的な制度について分析し、議論のための方法論と、裁判官が実際に知的財産法を適用し事件を処理するための理論上の参考資料を提供する。

II 商標法における先使用権の範囲についての解釈

登録商標権と先使用権の関係という問題は、中国の知的財産法学界と司法実務界が最も頭を痛めている問題の一つであり、文献においても結論が分かれており最も混乱している問題の一つである。筆者はこれらの文献を考察し、立法論の観点からの、合理性を欠く立法という原因以外に、多くの論者が立法論と法解釈論を混淆したことが、このような状況を生じさせた非常に重要な原因の一つであると考え。例えば、数多くの論者が商標権と商号権の関係という問題について議論する際に、両者の抵触を解決す

⁸ 但し登録商標権の保護期間が満了した後に、もし元商標権者はその商標を未登録商標として使用し続ける場合に、先使用権及び不正競争防止法の保護を受ける可能性がある。

⁹ 司法に裁量権が存在するか否かの問題について、ポズナーとドゥオーキンの間に論争がある。筆者は本論文の中でドゥオーキンの立場を採用している。[米]ドゥオーキン『认真对待权利』(中国大百科全書出版社・1998年)40頁以降。

るためには、統一した商標と商号を検索するシステムを構築し、統一した商号権制度を確立しなければならない、さらに商号の登録という作業は国家工商局によって統一的にコントロールすべきである、というような様々な提案をしている。これらの論者の観点が正しいか否かはともかくとして、問題を思考する手法自体に問題があると言える。このような手法では、まずは先使用権に関する現行商標法の規定を十分に利用した問題の解決を志向するのではなく、現行法の規定を廃止し立法により新しいツールを創設して問題を解決しようとする。結局、問題の解決に益するところがないばかりか、問題を複雑にする一方である。また例えば、「五つの金花」、「ワッハーハー」等の著作権と商標権の間の紛争事件を処理する際に、二つの法廷は一部の学者のように、「作品の標題は一般的に著作権の保護に及ばない」と決めてかかり、「五つの金花」の作者(原告)¹⁰と「ワッハーハー」の作詞家(原告)を敗訴とする判決を下した。以下では、まず先使用権の範囲について分析する。

¹⁰ 本事案の概要は次のとおりである。映画脚本「五つの金花」は季康と公仆との共同創作によって、建国10周年を祝うために作られた作品であり、長春映画会社によって映画化された。公開後大きな反響を呼び、綺麗で善良という「金花」のイメージは誰でも知るようになった。その後、曲靖煙草製造会社が「五つの金花」を煙草の商標として登録した。季康は曲靖煙草製造会社の行為が自分の著作権を侵害するものと考え、2001年に公仆とともに提訴した。原告は、被告である雲南省曲靖煙草製造会社は許諾を得ることなく、「五つの金花」を登録商標として使用したことが、脚本原作者の著作権を侵害すると主張し、被告に対して直ちに侵害行為の停止と損害賠償を要求する。これに対して、被告は「五つの金花」という言葉は創作性を有さず、また、これは雲南白族民間に広く伝わる語であり、著作権法上の「作品」ではないため、「五つの金花」を登録商標として使用する行為は著作権侵害にはあたらないと主張した。一審判決は、脚本「五つの金花」は一つの完成した文学作品であるが、「五つの金花」という言葉は作品の名称として完成した作品を構成する要素の一つに過ぎず、その字数も限られており、創作性を有さないため、著作権法上の「作品」には該当しないとして保護を否定した。結論として、被告が「五つの金花」を登録商標として使用する行為は、「著作権法」に違反することはないとされた。原告は雲南省高級人民法院に控訴したが、二審判決は原審判決を維持し、控訴を棄却した。原告は再度訴訟を提起したものの、最終的には和解している。雲南省高級人民法院民事判決書(2003)雲高民三終字第16号。

TRIPS 協定第16条1項は、商標権は「いかなる既得権も害するものであってはならず、また、加盟国が使用に基づいて権利を認める可能性に影響を及ぼすものであってはならない」と定める。同協定には商標権が既に存在していたいかなる先使用権を侵害してはならないと規定されているが、先使用権の範囲、先使用権を認める条件、先使用権の法的効果等の重要な問題については詳細な規定が置かれておらず、各加盟国の裁量に委ねられている。中国商標法第9条、第31条、および第41条はそれぞれ先使用権に関連する規定を置いている。第9条は「登録出願にかかる商標は、顕著な特徴を有さねばならず、識別し易く、かつ他人が以前に合法に取得している権利と抵触するものであってはならない」と規定し、第31条は「登録出願にかかる商標は、他人が有している先使用権を侵害するものであってはならず、他人が既に使用し一定の識別力を獲得している商標を不正的手段によって先に出願するものであってはならない」と規定している。また、第41条において、第31条違反の効果として登録商標を取り消すことができると規定されている。中国商標法第9条と第31条の先使用権についての規定は、TRIPS 協定第16条1項と同様、商標登録を出願する際に他人の先使用権を侵害してはならないこと以外の詳細について定めていないことは明らかである¹¹。そこで、先使用権の範囲がどこまで認められるのが問題となる。

ほとんどの学者は、先使用権¹²には、先使用著作権、先使用意匠権、公

¹¹ 立法論の観点からは、中国の立法者は明らかに TRIPS 協定第16条の1の解釈を誤っているといえる。同条は「商標権は如何なる既得権を侵害してはならない」と規定しているからである。つまり、商標権がいかなる既得権をも侵害してはならないと定めているにすぎず、先使用権が当然に出願された商標登録の障害になるべきことを定めるものではない。中国の立法者のこのような誤解は問題をより複雑化したばかりでなく、根本的に商標権と他の権利との関係を逆転させた。もちろん、第9条と第31条には立法技術から見ても、複雑な問題が存在するが、それについては後述する。

¹² 先使用権の範囲について比較的詳細な規定をおくのは、フランス法とドイツ法である。1992年フランス知的財産権法典は個別列举方式により先使用権の範囲を明らかにしている。L. 711-4条によると、登録出願にかかる商標は、他人が保有する先使用権を侵害するものであってはならず、その先使用権の範囲には特に以下が含ま

民肖像権又は氏名権、商号権、先使用商標権、周知商標、一定の効果を得ている未登録商標、地理的表示、商標法第15条に定める関連する利益¹³などが含まれると考えている。文言をそのまま解釈すれば、このように広く理解するほうが合理的なようにも思える。法律の適用に関して、このように解釈すれば裁判官による紛争処理が容易になるであろう。例えば、「五つの金花」、「ワッハーハー」のような事件において、もし「五つの金花」、「ワッハーハー」の著作家が先使用権を有すれば、裁判官は原告の作品の標題に著作権があることを確認するだけで、被告敗訴の判決を下し、原告である著作家の利益を保護することができる。しかし、このような解釈は個々の事案において裁判官が法律を適用する際の利便性を提供するものの、他方で知的財産法を一つの体系として捉え、商標法と他の知的財産法との関係、並びに商標法の各条文の關係に注目するのであれば、先使用権の範囲に対する解釈は完全に異なる結論になる。

(1) まず、専利権（日本法における特許権、実用新案権、意匠権を含

れる。すなわち、(1)先使用商標又は著名商標、(2)会社名又は屋号、(3)全国的な周知性を有する企業名又は標識、(4)保護を受ける原産地表示、(5)著作権、(6)保護を受ける工業品の外観・設計、(7)第三者の人格権、特に氏名権、仮名権、あるいは肖像権、(8)地方行政機関の名称、イメージあるいは名誉、である。フランス法は知的財産権、人格権、地方行政機関の名称なども先使用権の範囲内となっている。しかも、先使用権は法に明示列举された諸権利に限定されるわけではない（「特に」）。また、会社の名称と屋号を「又は」で結んでおり、二つを同列に並べているのは、中国民法がこれらの取扱いを違えているのとは異なる。

ドイツの「商標及びその他の標識に対する保護法（商標法）」における先使用権の範囲を定める方式は、「直接」規定するフランス法のそれと類似する。ドイツ商標法6条は、(1)先使用商標権、(2)先使用されている商業的標章（会社の標識と作品の標識）、(3)商標権者以外が商標登録出願日より前に取得した氏名権、肖像権、著作権、植物品種名、地理的表示、その他の工業所有権、を含む。

¹³ 代表的な見解として、吳漢東・主編『知識産権法学』（第3版・中国政法大学出版社・2004年）287-289頁。最高人民法院は2001年6月に公布した「特許紛争事件を審理するための法律適用の問題に関する若干の規定」16条において、特許法23条における「先に取得した合法的な権利」には商標権、著作権、企業名称権、肖像権、周知商品に特有の包装又は装飾の使用権などが含まれるとする。

む。以下同じ)と著作権¹⁴について分析する。専利権は商標権と同様に、出願、審査、公示等の手続きを経て、当事者に全国的な効力を有する権利を付与する¹⁵。そして、専利権を実施した製品の形態に特徴があり、それが立体商標と同一・類似になる場合がありうる。このような状況においては、商標権者が立体商標を使用する際に、必ずその意匠、実用新案、専利発明に関連する産品を実施することになり、したがって必ず専利権の侵害になる。この場合は、専利法を通じ商標権との抵触問題を解決しているといえる。つまりこの状況において、商標登録者は他人の専利権を持つ意匠また実用新案又は発明専利を立体商標として登録出願し商標権を得ることができるものの、実際には製品の生産を行うことができない。もし生産すれば意匠法ないし実用新案法に規定する「実施行為」を構成し、専利権の侵害となるからである。

実際に、他人が専利権を有する発明を図形商標として登録出願するのはよくあることである。その場合、出願人は登録にあたって複製を行うことになるが、このような複製行為は専利法上の専利製品を生産する行為ではないため、専利権の侵害にはあたらない。しかし、意匠ないし実用新案自体が著作権法上の美術の著作物に該当する可能性があり、この場合は著作権と商標権との抵触の問題になる。もし商標権者が当該登録立体商標を「生産」したならば、美術の著作物の複製行為にあたり、著作権侵害になる。

法文上、商標法第12条は、発明と創作を商標として出願登録する可能性を事実上かなりの程度排除している。同条によると、立体標章をもって商標登録を出願する場合、単にその商品自体の性質により生じた形状であり、技術的效果を得るために不可欠な商品形態であり、又はその商品に本質的な価値を備えさせる形状である場合には、それを登録してはならないとされる。この規定によると、技術的效果を得るために必要な形状は商標登録

できないため、実際には部分的に商標権と専利権との抵触をあらかじめ排除していることになる¹⁶。

つぎに、商標として登録出願しうる著作物は、美術作品以外に、作品の標題、作品におけるキャラクターの図画及び名称などがある。作品の標題は三つの類型に分類できる。一つ目の類型は創作性がない普通の標題(例えば「知的財産法学」)、二つ目の類型は創作性を有する個性的な標題(例えば銭鍾書先生の「囲成」)である。創作性がない標題については、著作権法の保護を受けないため、出願され登録商標となってこれを使用しても、著作権を侵害することはない。もっとも、このような標題は識別力を欠き、商標法第8条が規定する、登録出願にかかる商標は「自然人、法人又は他の組織の商品と、他人の商品とを区別できる」という区別性を備えないため、商標登録することはできないであろう。創作性がある個性的な標題については、作品の不可分な一部であり、著作権法の「同一性保持権」¹⁷によって保護されるため、著作権法で処理すればよいのであり、先使用権により処理する必要はない。抵触関係を解決するためには、著作権者は、商標法第10条8項の「社会主義の道徳、風習を害し、又は他の悪影響を及ぼす」標識は商標として使用してはならないという規定を利用し、自分の作品の標題を利用した商標登録に対して、商標局で登録阻却あるいは登録取消を請求できる。三つ目の類型は、創作性の有無が曖昧で、判断に苦しむ標題である。この類型の標題は不正競争防止法を通じ保護を与えることができるが、競争関係があることが前提とされるため、この類型の標題が競争関係にない商品または役務に使用される場合には、不正競争防止法による保護を受けられない。加えて、実務上はこの種の事件が多発するため、この類型の標題には先使用権による保護が非常に重要である。

作品におけるキャラクターの図画及び名称については、上述した第三類

¹⁴ ここまで述べた見解には実用新案権の観点からの検証を行っていないため、そのかぎりで問題なしとしない。

¹⁵ 中国法では特許権、実用新案権と意匠権を一つの法律で規定している。審査制度については、特許権に対して実質的審査を行い、実用新案権と意匠権に対しては、形式的審査のみを行う。

¹⁶ 立法論として、商品自体の性質により生じた形状を商標登録が可能な範囲から除外するのは合理的である。しかし、商品に本質的な価値を生じさせる形状を商標登録が可能な範囲から除外する理由は明らかではない。

¹⁷ 日本著作権法第20条は明文で、著作物の標題は「同一性保持権」の保護を受けており、法で定める場合を除き、変更、切除あるいは他の形式による改変を行うことができない。

型の標題と同じ考え方で、先使用権による保護を与えることが必要である。

以下本論文で著す結論として、立法者は明文では要件として規定していないものの、先使用権を享受するためには周知性が要求されると解釈すべきである。したがって、もし専利発明や著作物について商標権者に対抗するための手段が商標法上の先使用権しかないなら、それぞれ周知性要件を満たさなければならない。これは明らかに誤った結論である。なぜなら、創作法に分類される専利法や著作権法においては、標識法である商標法と異なり、発明が出願、審査等を経て専利権となり、あるいは創作すれば自動的に著作権を享受するため、その権利の成立に周知性は求められていないからである。

以上より、筆者は、立法者が先使用権の要件を規定する際に、専利権と著作権を先使用権の対象に含む必要はないと考える。さもないと、専利法と著作権法の機能を萎縮させ、商標法による各法間の調整範囲を不適切に拡大させてしまうことになる。また、その効果を考えても、不要である。筆者の理解によると、中国商標法第9条および第31条に規定する先使用権には専利権と著作権は含まれていない。

(2) 次に氏名権、肖像権を先使用権の範囲に含めることができるか否かについて分析する。フランスとドイツの商標法にはこの二つの権利が先使用権に含まれると規定しているが、筆者はこれが必然であるとは考えない。氏名権と肖像権は人格権の範疇に属し、財産権としての商標権とそのレベルを異にする。民法第99条及び第100条の規定によると、国民は氏名権ないし肖像権を有し、他者が本人の承諾を得ずに、直接または間接的に、またその方法を問わず、その氏名を自由に利用することを牽制し、盗用し、または偽る行為、あるいは営利目的でその肖像を使用する行為は、氏名権又は肖像権を侵害する行為である。したがって、承諾を得ずに、他人の氏名又は肖像を商標として登録出願することは、民法または関連する司法解釈に規定する要件を満たささえすれば、氏名権又は肖像権を侵害することになる。つまり、民法および司法解釈で処理すればよいのである。

実務上も、中国においては同一の氏名を持つ人が多数存在する。もし自分の氏名をもって商標登録を出願する者Aがいると、別の有名人Bは自分が先使用権を有することをもって、その登録を阻却できるのか。これは当然できない。では、この問題をどう解釈すれば良いのだろうか。もしこの

氏名を持つ者が大勢いれば、商標法第8条の区別性と第11条3項の顕著な特徴を欠くため、登録が認められない。もしAの氏名とBの氏名がそれぞれ非常に有名であれば、氏名自体は商標法上の区別性と顕著性を満たし、Aが商標登録する権利を有する。ただし、Aは自己の氏名を商標として使用する際に、不正の目的がないことを要件とする。さらに、Aの登録が社会的に何らかの悪影響をもたらす可能性がある場合には、商標局は商標法第10条8項の「社会主義道徳、風習を害し、又はその他の悪影響」という規定を適用し、当該氏名商標を使用することを禁止できる。

(3) 次に先登録商標権、著名商標、周知である未登録商標、地理的表示などについて分析する。先登録商標権について、以下二つの状況が考えうる。一つは他人の登録商標と同一又は類似した商標が、同一又は類似した商品区分又は役務区分に登録された場合であり、もう一つは他人の登録商標と同一又は類似の商標が、登録商標とは異なる商品又は役務に登録された場合である。前者の場合、後登録人が登録商標を使用すれば、その行為は商標法第52条1項規定の登録商標の排他権を害する行為に該当する。またもし後登録人が3年間使用しなければ、商標法第44条4項の規定により商標局によって登録が取り消される。しかも後登録人が3年間使用しなければ、先登録人の権利を侵害することもない。後者の場合、商標法第51条の規定によると、商標権は登録された商品・役務と同一又は類似の商品・役務にしか及ばないため、他人の行為は合法である。もちろん、先登録商標が周知である場合には、非類似商品・役務について出願・登録された場合であっても、不正競争防止法を通じて保護することができる。したがって、先登録商標権は先使用権を通じて保護する必要はない。

さらに、著名商標については、商標法第13条の規定により他人の商標登録を阻却できる。地理的表示については、商標法第16条の規定により他人の商標登録を阻却できる。周知性を有する未登録商標については、商標法第31条の後段により他人の商標登録を阻却できる。従って先使用権の規定により他人の商標登録を阻却する必要性はない¹⁸。商標法第15条の「授権

¹⁸ これらの条文は次のとおりである。

第13条1. 同一又は類似の商品について、登録出願にかかる商標が、中国で登録されていない他人の著名商標を複製し、模倣し、又は翻訳したものであ

を得ずに代理人又は代表者が自らの名義により、被代理人又は被代表者の商標について登録を行ったとして、被代理人又は被代表者が異議を申し出た場合、その登録を認めず、かつその使用を禁止する」という規定については、当該商標を実際に使用したか否かとは関係なく、契約違反あるいは不正競争行為に該当するため、先使用権とは関係がない。

(4) 特許権、著作権、氏名権、肖像権、先登録商標権、著名商標、周知の未登録商標、地理的表示などについて先使用権の適用範囲から除外すると、先使用権の範囲は大きく限定されることになる。それでは、一体どのような「権利又は権益」を先使用権に属させ、商標法の先使用権に対する解釈を通じて処理するか。

筆者は、いわゆる先使用権とは、先行する利益と先行する権利を含めるべきものであり、しかも主として先行する利益を指すべきものであると考える。先行する利益とは、知的財産権特別法における保護の有無が不明確であるが、十分な知的労働と資本を投入したことを理由に、不正競争防止法あるいは民法上保護されるべき利益である。例えば、著作権法における、

り、容易に混同を生じさせる場合は、その登録を認めず、かつその使用を禁止する。

2. 非類似商品について、登録出願にかかる商標が、中国で登録された他人の著名商標を複製し、模倣し、又は翻訳したものであり、公衆を誤認させ、該当馳名商標の所有者の利益に損害を生じさせる恐れがある場合は、その登録を認めず、かつその使用を禁止する。

第16条 商標に商品の地理的表示を含むが、当該商品は該当表示を示す場所に由来しておらず公衆を誤認させる場合には、その登録を認めず、かつその使用を禁止する。但し、善意によりすでに登録されているものは引続き有効である。

第31条 登録出願にかかる商標は、先に他人が有する権利を侵害するものであってはならない。他人がすでに使用し一定の影響力を有している商標を、不正の手段を用いて先に出願するものであってはならない。

その立法技術を見ると、中国商標法の立法者は極めて大きな混乱をしていたと思われる。先使用権による保護を大きくすべきなのは、一定の周知性を有する未登録商標であるべきと考えるが、わが国商標法はこのような商標につき第31条で個別列挙している。このため、第9条、第31条、第41条が定める先使用権の保護範囲を著しく損なうことになる。

作品のキャラクターのイメージ及び名称、独創性を認定し難い標題、美術作品の一部分、専利法における商品の内部設計や商品形態、商標法における慣用未登録商標、ドメイン名などが挙げられる。先行する権利とは、法的効力が知的財産権特別法に規定する諸権利より低い権利を指し、例えば、工商行政管理規章により設けられた商号権や、知的財産権特別法、不正競争防止法、民法において規定されたが、商標権との抵触が生ずる際に処理しにくい権利などである。

以上のような理解は筆者が勝手に作り出したものではない。日本商標法第32条の規定及び日本特許庁による解釈によると、先使用権は未登録周知商標に対する保護に過ぎず¹⁹、その適用範囲はもっと狭い。氏名(著名雅号、芸名、筆名等およびこれらの著名な略称を含む)、名称、肖像などについては、第4条1項8号に、商標登録の阻却事由として規定されている。特許権、実用新案権、意匠権と商標権の関係については、特許法第72条、実用新案法第17条、意匠法第26条、商標法第29条に規定されている。これらの規定によると、特許権、実用新案権、意匠権と商標権はそれぞれ独立に出願されうが、先願の権利者に対し権利行使することができない。商標権と著作権との抵触については、日本商標法第29条によると、登録出願の日より前に生じた他人の著作権を侵害する登録商標は使用することができない。そして、商標権が著作権や特許権等を侵害するか否かについては、裁判所において判断される。以上より、日本商標法は氏名権、名称権と肖像権など人格権(法人に係るものを含む)及び商標権と同じ法律地位ないしレベルの特許権、実用新案権、意匠権と著作権を先使用権から排除している。これは特許法、実用新案法、意匠法と著作法及び人格権法の機能を十分に発揮させることができ、しかも商標法の調整範囲を不当に拡大させるのを避けることができ、先使用権の意味を明確にすることに資する。

III 先使用権の要件

先使用権を享受するためにはどのような要件が必要だろうか。これは先

¹⁹ 日本特許庁編『工業所有権法逐条解説』(第16版・社団法人発明協会・2001年) 1155-1156頁。

使用権の法的効力と関係する。先使用権の法的効力は二つの場面で現れる。一つは先使用権の存在が商標登録の阻却事由と登録商標の取消事由になる場面であり、もう一つは先使用権の存在が登録商標の排他権の制限事由になる場面である²⁰。それぞれの場面により、先使用権の要件も異なるべきである。

1. 先使用権が商標登録の阻却事由と登録商標の取消事由になるための要件

(1) 周知性要件

もし先使用権が商標登録の阻却事由と登録商標の取消事由になるのであれば、先使用されている標識と同一又は類似の標識は、その効力が全国に及ぶ登録商標を取得できなくなり、あるいは既に効力が全国に及んでいる登録商標が取り消されることを意味する。これはいかなる先使用権であっても何らの制限なく、商標登録の阻却事由あるいは登録商標の取消事由になりうることを意味するのか。例えば、湘西のある小さな町において、「豆腐西施」という豆腐店があり、商号登録をした。店はこの町でとても人気があり、皆が知っている。もし北京のある企業が「豆腐西施」を指定商品を「豆腐」とする商標として登録出願した場合、湘西の豆腐店は自分の先使用商号権をもって、北京企業の商標登録を阻却することができるだろうか。あるいは、北京企業の商標登録後5年以内に、湘西の豆腐店は商標審査委員会に対し、北京企業の登録商標に対する取消請求が可能だろうか。同様の問題は、商標権と先使用されている未登録商標、先使用されている作品の標識など先行する権益との関係においても常に存在する。

先使用権が商標登録の阻却事由又は登録商標の取消事由になるか否かは、上述した現行商標法の規定から見ると、答えが明らかであると思える。

²⁰ この区別は田村善之教授の著作から啓示を得たものである。田村教授は商標出願に影響を与える要素を、「商標の登録阻却事由ないし登録商標の取消事由」と「商標権の行使制限事由」とに明確に区別して論じている。田村教授が論じているのは登録商標との関係であるが、この思考方式は先使用権に関する問題を解決する場合にも適用可能である。田村善之『商標法概説』（第2版・弘文堂・2000年）167-229頁。

しかし、立法者としてはそのような安易な結論を考えていないだろう。例えば、上述した「豆腐西施」の例で見ると、北京企業は商標登録を行ったことで、自社の商品に対する信用を創り出すための大量の労働力、資源、資本を安心して投入することができ、またその結果として、消費者の人気を博すことができるかもしれない。この場合に湘西の豆腐西施がその先使用商号権をもって、北京企業の登録商標を取り消すことを認めると、北京企業が「豆腐西施」という商標へ投下した資本が無駄になるばかりか、消費者の利益も著しく損なわれる可能性がある。このような結論は、公平の観点からも疑問があるし、明らかに立法者の先使用権に関する当初の立法目的にも反することになる。それでは、この問題をどう解決すればよいのか。

筆者は、中国商標法は先使用権の範囲についての明文規定を置いていないが、先使用権を享受するために厳しい要件を課していると考えられる。具体的には、立法者による第9条の「他人が以前に取得した合法的権利と抵触するものであってはならない」という要件に包含されていると考える。合法に取得している権利が必要であるということには、少なくとも二つの意味が含まれている。一つは、先に取得した権利自体が合法でなければならず、知的財産権特別法、不正競争防止法、民法及び他の法律の強行規定に反してはならないという意味である。もう一つは、先に取得した権利が正当な態様で行使されなければならない、それを濫用して登録商標権者が合法に取得した権利を侵害してはならないということである。例えば、上述の例で行政管理機関は権利濫用法理を使って、北京企業の登録商標権を保護することができる。しかし、個々の紛争を権利濫用法理を通じて事後的に解決することはできるが、類似の事件が大量発生することは防止できない。先使用権者はいつでも商標法第9条又は第31条の規定を用いて権利行使することができるため、工商行政機関と裁判所に大きな負担を課すことになり、よって社会的コストも増加させてしまう。このような結果は立法者が望むところではないはずである。そこで、立法者が先使用権を他人の商標登録の阻却事由と登録商標の取消事由として設けた際に、要求されている「合法性」には、先使用権にかかる標識が周知性を有することが求められていると解すべきである。つまり、周知性を有する標識にかかる先使用権のみが他人の商標登録の阻却事由と登録商標の取消事由になりうるということである。以下にその理由を述べる。

第一の理由は商標保護の本質及びわが国の商標法が採用した登録により排他権が生じるという制度と深く関連する。商標法の本質は市場における既存の信用を保護する(使用により排他権が生じる制度はこの考え方による)又は市場における信用の形成ないし維持を促進する²¹(登録により排他権が生じる制度はこの考え方による)ことにある。登録により排他権が生じる制度を採用する以上、出願人が選択した標識が識別力を有し、かつ既存の標識が形成した市場における信用又は他の名誉を不当に利用するものでないかぎり、原則として商標登録を認めるべきである。そして、市場における信用又は名誉を形成した標識は、周知標識に限られる。何らの周知性を有さない標識には元々利用される信用と名誉が化体されていない。また、周知性の程度が低い標識については、立法論から見ると、保護するためのコストが大き過ぎ、保護の価値も大きくない。したがって、立法者は、商標登録を阻却できる又は登録商標を取消し得る先使用権は、周知性を有する標識による場合に限定し、周知性の程度が低かったり周知性を有していない標識については、商標登録の阻却又は登録商標の取消事由にするための根拠が不足していると判断したのである。

第二の理由も登録により排他権が生じるという制度と関連する。わが国商標法第3章の規定によると、登録出願にかかる商標は一連の審査手続きを経た商標のみが、登録され排他権を得ることができ、しかも排他権の効力は登録された商標と登録された商品(役務を含む、以下同じ)の区分に限定される。したがって、登録は容易ではなく、排他権の適用範囲も厳格に限定されている。しかし、ひとたび登録されると、排他権の効力は登録された商標について商品区分の範囲内で全国に及ぶことになる。いっぽう、法的には、先使用権の客体は商号、ドメイン名、未登録商標、商品化の利益など、一般に商標権より法的地位が劣ると考えられるものである。商号権が商標権に劣る理由は、商号権を得るためには国家工商局の行政規章が適用され、かつ登記制度が採用されており、商標登録出願のような複雑な手続きを経る必要がなく、容易に取得することができることにある。ドメイン名、未登録商標、商品化の利益などが商標権に劣る理由は、現在までに、これらの標識の保有者が知的財産権特別法上の権利を有すると明文で

規定する法律が存在しないことによる。法律レベルと地位が登録商標権より低いことによって、具体的な状況を勘案することなく、いかなる先使用権でも任意に他人の商標登録を阻却しあるいは登録商標を取り消すことができるとするならば、法的効力が全国に及ぶ商標権は非常に不安定な状態に置かれることになり、商標法の出所識別機能がこれらの先使用権によって損なわれてしまう。そうすると、市場における信用の形成を促進し市場に現存する信用を保護する役割が果たしにくくなり、消費者の利益もこれによって損なわれることになってしまう。

先使用権には周知性を必要であるとする第三の理由は、商標権者は商標登録を出願する際に、市場における周知標識だけを予見でき、侵害行為を回避しうることに求められる。何ら周知性を有さない、あるいは周知性の程度が低い標識を予見するのは不可能である。したがって出願人に対し商標登録を出願する際にこうした標識と同一又は類似する標識を回避するよう要求することは、出願人に対して全ての標識を確認する責任を負わせる、あるいは商標審査機関に対して識別機能を有する全ての標識を調査する義務を負わせることに等しい。これは現実的ではない。したがって、商標制度の本質及び中国が採用した登録により排他権が生じるという商標制度から考えて、先使用権の標識に周知性を要求することは合理的であり、立法者の意図とも一致する。

筆者による以上のような先使用権の理解は、現実離れしているわけではなく、先例がないわけでもない。外国においては以前から立法例が存在している。フランス、ドイツ、日本の立法はこの典型例である。フランスの1992年知的財産権法典L. 711-4条b及びcは、全国における周知性と公衆による混同のおそれがあることを、名称、屋号、標識が先使用権を持つための要件の一つとする。ドイツ商標法第12、13条は、登録商標の優先順位に関係する日より前に、周知標識や個人の氏名、肖像、著作権等に基づいて「ドイツ連邦共和国の全領域において登録商標の使用を差し止める権限を有する」場合は、当該商標の登録は取り消しうると規定する。日本商標法は先使用権が他人の出願した商標登録を阻却できることを明確には規定していないが、登録出願の阻却事由について列挙する第4条1項におい

²¹ [日] 田村善之『商標法概説』(第2版・弘文堂・2004年)1-2頁。

て、消費者の間に広く認知されている他人の周知商標又はそれに類似の標識は商標登録できないとして、周知性要件が設けられている²²。

周知性を有する標識に係る先使用権のみが商標登録の阻却事由になりうるすれば、裁判官が登録商標と先使用権の抵触事件を処理する際に、まず考察すべきは、先使用に係る標識が周知性を有するか否かであり、ある標識が周知標識である場合に限り、商標登録の阻却事由あるいは登録商標の取消事由になりうるのである。逆に、周知性が認められない状況においては、出願された標識と先使用標識とが同一又は類似であっても、先使用標識は商標登録を妨げることも、登録商標を取り消すこともできない。

筆者による上述した解釈が成り立つとして、次に解決しなければならないのは、商標登録の阻却事由又は登録商標の取消事由となりうる先使用標識の周知性をどのように判断するかということである。これは周知性の地域的範囲と周知性の判断主体及び判断基準時という三つの問題を含んでいる。

(2) 周知性の地域的範囲

周知性の地域的範囲に関して、フランス及びドイツの商標法は先使用権を得るためには全国範囲での周知性が必要であると明文で規定している。日本商標法第4条1項10号は標識が広く認識されていることを商標登録の阻却事由としているが、その程度についてはフランスやドイツほど厳格なものではなく、広い地域(いくつかの県で足りるとの考え方も、一つの県でも十分であるとの考え方もある)において、需要者が認識していればよいとされている²³。周知性の地域的範囲についての判断は、先使用権の効力と深く関連すると筆者は考える。中国商標法第9条、第31条、及び第41条は先使用権が商標登録の阻却事由と登録商標の取消事由であると明確に規定しているため、その効力が非常に大きい。したがって、もしいかなる地域的範囲における先使用に対してもこのような効力を認めると、その効力が全国に及ぶ商標権者の利益が非常に不安定な状態に置かれてしまう

ことは間違いない²⁴。そのため、他者による商標登録を妨げることができる先使用権とするためには、全国において周知であることを要求することが不可欠である。おそらくこれが、フランスやドイツの商標法が先使用権の標識は全国における周知性が必要であると規定している理由であろう。当然ながら、周知性についての判断は、その国の領域の規模と関係がある。領域が広ければ広いほど、周知性が要求される地域的範囲は拡大すべきであるし、逆に狭ければ求められる地域的範囲はそれなりに縮小されるべきである。日本商標法第4条1項10号が要求している地域的範囲が相対的に狭いのは、日本の国土が狭いことと非常に深く関係している。一般的には、地域が広ければ広いほど周知になるのは難しくなり、地域が狭ければ狭いほど容易になる。中国は国土が非常に広大な国であり、ある標識がある省又はいくつかの省において周知であるが、他の省においては誰にも知られていないことが可能であることから、周知性に対する要件は当然に厳格に解すべきである。ある標識が全国的に周知となることがあまりに困難であるとして、筆者の解釈は厳格すぎると考える人がいるかもしれない。しかし、筆者はこれが一方では立法による選択の問題であるが、他方で、もしある標識が本当に消費者の人気を集めようとするれば、現代の通信手段を用いて全国周知になることはさほど難しいことではないと考えている。なお、いうまでもないが、全国周知というのは全国に存在するすべての都市において周知性を獲得していなければならない、というものではない。行政区を単位として見るなら、一般的に、全体の三分の二の省において周知であれば、全国的に周知であると見なされる。

その他に、海外において周知であるが国内においては周知ではないような標識が周知性要件を満たすか否かという問題がある。筆者は、商標法が先使用権を設ける主な目的は市場において現存する信用を保護し、後の出願人によるフリーライドを防止することにあると考える。国内において消費者が先使用について知らない以上、国内においては当該標識に対する信用が存在しないことを意味し、フリーライドの可能性はない。したがって、海外において周知であっても国内においては周知性を有さない標識については、周知性を有する先使用標識と認定することができない。もちろん、

²² 日本商標法第4条1項10号。

²³ [日] 網野誠『商標』(第6版・有斐閣・2002年) 351頁。[日] 田村善之『知的財産法』(第3版・有斐閣・2004年) 116頁。

²⁴ [日] 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』(有斐閣・2005年) 218-219頁。

具体的に周知性を判断する際に、インターネットなどの通信手段が市場取引範囲、方式と周知性判断に対して有する影響について特に考慮すべきである²⁵。

(3) 先使用権の周知性の主体

先使用権の周知性の主体について、中国商標法第9条及び第31条には規定がないものの、同14条において著名商標を認定する要素を規定する際に、「関連する公衆」という概念が明文で用いられている。最高人民法院が2002年に公布した「商標に係る民事紛争事件の審理に適用される法律に関する若干の問題への解釈」第8条によると、「関連する公衆」とは商標により認識されるある商品又は役務に関係を有する消費者、及び前述の商品又は役務との間において営業上の密接な関係を有する他の事業者をいう。この規定は明らかに登録商標権者の営業地域の範囲内における関連する公衆を登録商標が周知であるか否かを判断する主体とする。登録された商標権はその効力が全国に及ぶ権利であり、また商標権侵害を認定する際に、関連する公衆に混同が生じることは要件としないことから、この規定は周知商標とはいかなるものかを判断するには合理的である。それでは、この規定は先使用権の周知性を判断する主体を解釈するために利用できるだろうか。理論的には、先使用権の周知性を判断する主体には二つの選択肢がありうる。ひとつは、商標権者の営業地域内における関連する公衆を判断主体とし、もうひとつは、先使用権者の営業地域内又は所在地内における関連する公衆を判断主体とするものである。以下に述べる筆者の見解では、先使用権の周知性の判断基準時は商標出願に対する予備的査定公告日とするべきであって、よって、もしこの時点より前に先使用標識が全国周知となっているならば、それと同一又は類似の商標登録の出願は阻却され又は既に登録されている商標権は取り消されうるといふべきだから、この時点の前には対比する対象となる登録商標は存在しない。したがって、先使用標識の周知性の判断主体となり得るのは、先使用者の営業地域内又は所在地における関連する公衆にほかならないのである。

²⁵ 田村善之教授は商品等主体混同の不正競争行為について論ずる際に、インターネットが周知性の判断に及ぼす影響について論じたことがある。[日] 田村善之『不正競争法概説』(第2版・有斐閣・2003年) 63-65頁。

さらに、国家商標局が錯誤により他人の先使用にかかる周知標章と同一又は類似の標章の商標登録を認めたとしても、上述の見解によると、商標登録の出願を阻却され又は登録商標を取り消しうる先使用権は全国周知が求められることから、先使用権者の営業地域は登録商標権者の営業地域とその半分以上が重なることになり、このような状況においては、登録商標権者の営業地域内における関連する公衆を判断主体とするか、先使用権者の営業地域内又は所在地における関連する公衆を判断主体とするかを区別する意味はさほど大きくない。

上述した筆者の理解は、明らかに、先使用権者の営業圏の見地からその周知性の判断主体を考慮するというものである。営業圏という要素に加えて、周知性の判断主体につき文化圏という要素も考慮すべきか否かという問題がある。筆者は、この要素は営業圏という要素に完全に包含されているため、特に重要ではないと考える。例えば、数多くの民族を持つ中国においては、ある特殊な商品がある民族の内部においては周知であるが、しかしこの特定の民族圏の外部では全然知られていないということがありうる。この場合、この特定商品の事業者の営業圏はこの特定の文化を持つ民族であり、逆に、この特殊な文化形態を持つ民族がこの特定商品の事業者の営業圏であるといえる。したがって、先使用権の周知性を判断する主体を確定する際に、先使用者の営業圏だけを考慮すればよく、文化圏という要素を個別に考慮する必要はない。しかし、逆に先使用の周知性を判断する主体を確定する際に、特定の文化圏という要素のみを考慮し、営業圏という要素を考慮しないことが可能だろうか。この問題についてはより具体的に分析することが必要である。特定の文化圏が先使用者の営業圏と完全に一致する場合には、文化圏についてのみ考慮すればよいが、先使用者の商品又は役務が一般的な商品又は役務である場合、すなわち特定の文化的な要素を含まない場合であれば、文化圏について考慮しても意味はない。

以上をまとめると、筆者は先使用標識の周知性を判断する主体について考慮する際に、先使用者の営業圏についてだけ考慮すれば足りると考える。したがって、仮にある特定の文化圏(営業圏)において、先使用標章が著名になったとしても、この特定の文化圏(営業圏)がとても小さなものであり、全国周知には至らないのであれば、この標章の先使用者は、他人がこの標章と同一又は類似の標章をもって商標登録を阻却せしめ又は登録

商標の取消しを求めることはできない。

もちろん、特定の文化圏における先使用者の標章がその文化圏における人々の信仰、民族感情などと関連する場合に、この特定文化と無関係な第三者による商標登録を認めると、この文化圏における人々の信仰感情又はその他の感情を害するおそれがあるため、放置することはできない。これに対しては、商標法第10条6項が規定する「民族を差別するような性質を帯びたもの」又は第10条8項の「社会主義の道徳、風習を害し、又はその他の悪影響を及ぼすもの」は商標として使用してはならないなどという規定の適用を通じて制限を加えることができる。

(4) 周知性の判断基準時

先使用権の周知性の判断基準時については、商標出願に対する予備的査定公告日を基準日とするべきである。先使用権の判断時については、三つの選択肢があり得る。商標登録出願日、商標登録日、商標出願に対する予備的査定公告日、の三つである。

もし商標登録出願日で計算するならば、先使用権の判断基準時が上がり、商標登録出願後、登録までの間に使用されても先使用にはならない。逆に、商標登録日で計算するならば、先使用権の判断基準時が下がり、商標登録出願後、登録までの間に使用されれば先使用になりうる。

周知性要件を満たす先使用権は全国的な効力を有する商標権の登録を阻却する効果を有するため、ひとたび登録されると、出願人は同一又は類似の標識を再び登録する機会を失う。しかも、仮に誤りが生じて、商標審査委員会の再審査を申請するか再審査の結果に対して訴訟を提起する以外は、商標法には出願人が先使用者に対抗するための救済制度を設けていない。しかし、商標法は先使用者に対する救済機会を提供している。商標法第41条の規定によると、もし商標局が誤って他人の先使用権を侵害する標識を商標として登録した場合、先使用者は商標審査委員会に対して、5年以内に、その商標登録の取消しを請求することができる。このことから、商標登録出願日を先使用権の基準時とする方法も比較的妥当であるように見える。

しかし、商標登録出願日で先使用権を判断することには、致命的な欠陥がひとつある。すなわち、出願人が出願した後、登録までの間に他者に使用され、しかも広告等の手段を通じて迅速に周知性を獲得した標識を先使

用権で保護することができなくなる。商標法第31条は周知の未登録商標により他人の商標登録が阻却されると規定しているが、「不当な手段で先に申請する」という要件が定められている。ここでの「他人の先使用」の判断時については別論、「不正な手段」について見ると、他人が既に使用しているが未だ周知性を有さない標識を奪取するような行為自体はここでの「不正な手段」には該当しないため、商標法第31条は出願後、登録されるまでの間に使用されて周知となった標識については保護できないことになる。他人が既に使用していたが未だ周知性がない標識を奪取する（出願・登録する）行為自体を不正ではないとするならば、商標法以外の方法として不正競争防止法第2条の適用により救済することもできない。こう考えると、商標登録日を先使用権の判断基準時とするのが比較的妥当であるように見える。

いっぽうで、商標登録日を基準時とすると、他人の登録出願後に、予備的査定公告日までの間に、登録出願があることを知りながら、第三者がそれを使用し、しかも広告等を通じて迅速に自分の使用する標章として全国的な周知性を獲得してしまうと、出願人はこれに対する防衛方法がない。

こうした状況を総合的に勘案すると、先使用権の周知性の判断基準時を、予備的査定公告日にするのが相対的に妥当であるといえる。商標出願についての予備的査定が公告された後に、第三者がこの商標を使用した場合には、たとえ広告等を通じて迅速に自分の使用する標章として全国的な周知性を獲得できたとしても、その手段は不正であると考えられ、しかも主観的に悪意であるため、出願人は先使用者の継続的使用を禁止することができる。

(5) 先使用に対する理解

上述した要件に加えて、先使用により他人の登録出願が阻却されるには、「使用要件」を満たす必要がある。しかしここでの「使用」は最広義での使用として理解されるべきである。関連名称、標識を商品又は役務の表示として営業活動上使用するのは当然に「使用」に該当する。例えば、ある未登録周知商標のある洋服の表示として使用し、販売することである。関連名称、標識を取引文書、商品の包装、広告活動などに用いることも「使用」である。しかも、名称や標識等は、例えば、作品における人物の名称のような、消極的使用状態に置かれるに過ぎない場合であっても、使用を

構成するのである。

もちろん、もし先使用権が、例えば商号権のような、ひとつの権利として表されるのであれば、そうした権利は関連する法律の規定が適用されるべきである。

2. 先使用権が商標権の制限事由となるための要件

先使用権が商標権の制限事由になるというのは、出願人が商標権を得た後に、他人の先使用により商標権の効力に制限が課されることである。「時間的な先使用」という要件が両者は同じであるにもかかわらず、登録拒却事由及び登録取消事由の際の先使用権の考え方とは違い、先使用権が商標権行使を制限するための要件は前者ほど厳格なものではない。登録拒却や登録取消のために求められる先使用権は、全国的な範囲で関連する公衆に周知性を有することが要求されたが、商標権を制限する場合には、周知性は求められるものの、その地域的範囲は前者より遥かに狭く、一あるいは複数の比較的狭い地域的範囲で十分であり、例えば、ある省、ある市、さらにはある県、ある小さな名町という範囲で、最低限の周知性を有すれば足りる²⁶。その理由は以下のとおりである。

最低限の周知性を要求する理由は、もともと周知性をもたない単なる「先使用」には保護に値する法益が足りないからである。実務上も、周知性を有さない先使用権は、通常、商標法第8条が要求する識別性と商標法第11条が要求する顕著性を欠く標識であるため、出願人はこのような標識をもって登録されることを期待できない。

全国周知ではなく、一あるいは複数の地域や、さらには小さな町のような最小限の周知性で足りるとする理由はいくつかある。第一に、社会的に単なる先使用が多数存在しており、かつそれらには市場における一定程度の信用が形成されているのは事実である。そしてこれらの先使用者が自らの標識に対する全国的な排他権を求める意図がない場合に、商標法がこうした標識に全国周知を求める必要もない。さもなければ、こうした先使用権に対し全国周知を事実上強制することになる。第二に、商標法が先使

²⁶ 日本商標法32条に定める先使用権における周知性の地域範囲について、裁判例や学説では、狭い地域的範囲における周知性で十分であるとされている。

用権制度を導入した目的は、現に存在する市場先行利益と市場における信用を保護することにあるのだから²⁷、すでにこれらを得ている先使用者に対し一定の保護を与えるべきである。第三は、利益衡量である。商標権は全国的な効果を有するが、このことをもって他人がすでに形成している市場先行利益及び市場における信用を奪奪することはできないと解すべきである。先使用者にとっても酷であるし、消費者の利益も害されることになるからである。

IV 先使用権の効力とその地位について

先使用権の法的効力とその地位について立法する場合、三つの選択肢がありうる。第一に、先使用権を商標登録拒却事由及び登録商標取消事由とする、第二に、先使用権を商標権行使の制限事由とする、第三にこれらを組み合わせる、というものである。先使用権を一律に登録拒却・登録取消事由とすることは、商標権の効力を大きく弱めることとなり、出願人や権利者の利益を過度に害することとなるから、これを採用することはできない。他方で、先使用権を商標権に対する単なる行使制限事由とすると、周知商標にフリーライドした登録出願が生じかねない。したがって、立法者は第三の選択肢である、先使用権をその要件により登録拒却・登録取消事由及び商標権の行使制限事由とすることが望まれる。著者の理解によると、ドイツ及びフランスは先使用権を登録拒却・登録取消事由としている典型的な商標制度を有し、日本は組合せ型を採用している。

中国法は一見するとドイツやフランスのような制度を採用しているように見えるものの、著者の理解によれば、登録拒却事由となるのは全国的な周知性を有する標識に係る先使用権のみである。全国に多数存在している、全国周知ではないものの一部地域では周知性を有する標識に係る先使用権の効果は、商標権の行使を制限する抗弁事由にすぎず、商標権者はこれら先使用による使用の継続を禁止することはできない。

問題は、先使用権者は第三者の商標権登録後に自らの営業を拡大することができると否かということである。すなわち、生産規模の拡大や販売地

²⁷ [日] 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』(有斐閣・2005年) 290頁。

域の拡大が可能かどうかである。営業の拡大により、先使用権者と商標権者の競争は当初より大きな市場において生ずるとともに、単なる周知性しか有しなかった先使用標識が著名性を獲得する可能性もある。この場合、商標権者は先使用権者に対し営業の拡大を禁止することはできるだろうか。答えは否である。商標法が先使用を合法的なものと認めている以上、先使用権者がその営業を拡大することも認めていると解すべきである。このような営業の拡大も、先使用権を導入する際に考慮された先使用権者の利益の中に潜在的に含まれているのである²⁸。もちろん、先使用権者が実際に営業拡大する能力を有するか否かは別の問題であるが、立法論として、実際には先使用権者にその能力がないことを理由に、営業を拡大する権利を奪うべきではない。さらに、商標権者がその商標権をもって先使用権者の営業拡大を禁止しようとする行為は、権利濫用と解すべきである。また、先使用権者が自己の営業努力を通じて自らの周知標識を著名にまで引き上げた場合に、商標権者が不正競争行為を行えば、不正競争防止法による規律を受けるものと解すべきである。

日本商標法32条は、商標権者は先使用権者に対し、混同防止表示の付加を請求することができると規定する。標識について混同のおそれがあれば、両者の使用地域が重なっているか否かと無関係に、商標権者はこの請求を行うことが可能である。もし先使用権者が混同防止表示付加請求に応じなければ、その結果混同が生じることとなり、不正の目的を有することとあわせて、不正競争防止法第2条1項1号に定める不正競争行為に該当する²⁹。

中国商標法及び不正競争防止法には、上述の日本商標法のような明文規定は存在しないことから、法執行の際に困難が生じることとなる。しかし、著者が本論文の冒頭で論じたとおり、知的財産権法とはひとつの法体系の概念であり、知的財産権特別法、不正競争防止法及び民法により構成されている。実際に商標権と先使用権の抵触に関する紛争を処理する際には、知的財産権特別法の文言を解釈するだけでなく、不正競争防止法第2条の原則に関する規定（「事業者は、市場取引において、自由意志、平等、公平、誠実信用の原則を遵守し、広く認められている商業道徳を遵守しなけ

ればならない」）及び民法第4条に定める誠実信用の原則、さらに権利濫用法理も用いて、現行の知的財産権特別法の各法間、特別法と不正競争防止法、及び特別法と民法との間の矛盾、齟齬を補正し、欠点を補い、それにより商標権と先使用権との抵触やそのほかの商標権と各権利との抵触問題を解決されるべきである³⁰。

²⁸ [日] 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』（有斐閣・2005年）292頁。

²⁹ [日] 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』（有斐閣・2005年）293頁。

³⁰ 立法論の見地から、この問題に対する最終的な解決は、中国の商標法の修正によるべきであることは言うまでもない。