



Title	中国馳名商標における希釈化理論の運用に関する一考察：日中両国における著名標章保護の比較研究
Author(s)	邬, 青
Citation	知的財産法政策学研究, 35, 349-381
Issue Date	2011-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47331
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ35_013.pdf



中国馳名商標における 稀釈化理論の運用に関する一考察 —日中両国における著名標章保護の比較研究—*

郭 青

目 次

- 一．はじめに
- 二．稀釈化理論の導入の検討
 - 1．序
 - 2．稀釈化理論における中国の裁判例
 - (1) 導入前の補充運用型
 - (2) 導入前の独立運用型
 - (3) 導入後の補充運用型
 - (4) 導入後の独立運用型
 - 3．小括
- 三．稀釈化理論の運用における制限
 - 1．問題の所在
 - 2．制限手段の選択
 - (1) アプローチその 1 要件構成の検討
 - (2) アプローチその 2 除外条項の導入
 - 3．顕著性に関する利益衡量論
- 四．パリ条約・TRIPs 協定と稀釈化理論の関係
 - 1．問題の所在
 - 2．学説及び裁判例

*「well-known trademarks」については、本稿では「馳名商標」という用語を用いる。
この「馳名商標」について、本稿では、「中国で一般大衆に広く知られ、かつ高い信用を有する商標であること」の意味で用いる。特に注意書きのない限り、中国法上の「馳名商標」を日本法上の「著名商標」と同一のものであるとする。

3. 商標法13条2項についての評価

五. 混同要件の要否

1. 混同理論の補完
2. 希釈化理論の位置付け
3. 「司法解釈」9条2項の混同要件の要否

六. むすびに代えて

一. はじめに

2009年4月23日に、「驰名商标に関わる民事紛争事件の法律適用の若干問題に関する最高人民法院の解釈」（以下、「司法解釈」という）が公布された。当該「司法解釈」は、最高人民法院において繰り返し調査研究を行い広く意見を求めることにより、数度の改正を経て制定されたものである。この「司法解釈」はここ数十年の中国における驰名商标の保護の研究を集大成したものであるといえる。驰名商标の保護に関し、この「司法解釈」ははじめて希釈化理論を明文化したものであるため、法学者及び実務家の注目を集めるようになった。今後、この「司法解釈」が中国驰名商标の保護に役立つことが期待されている。

当該「司法解釈」9条2項¹は中国商標法13条2項²に基づき、はじめて希釈化理論を導入しており、驰名商标に対する保護を拡張する要請に対応してはいるが、理論上の問題点がないでもない。その理論上の問題点を解決しない限り、「司法解釈」が実施されることによって、驰名商标の権利者の利益と社会公共利益とのバランスが失われるおそれがある。「司法解釈」

¹ 「司法解釈」9条2項：商標法13条2項における「公衆の誤認を招き、当該驰名商标の商標権者の利益に損害を生じさせるおそれがある場合」とは、当該驰名商标に対する関連する公衆に係争商標と驰名商标との間にある程度の関係があると誤認させており、当該驰名商标の顕著性を弱め、市場名声を毀損する場合、又は、不正に当該驰名商标の市場名声を利用する場合をいう。

² 商標法13条2項：非類似の商品について、登録出願した商標が、すでに中国で登録されている他人の驰名商标を複製し、模倣し、又は翻訳したものであり、公衆の誤認を招き、当該驰名商标の商標権者の利益に損害を生じさせるおそれがある場合、その登録を認めず、かつその使用を禁止する。

9条2項に、少なくとも以下のような問題がありそうである。

まず、「司法解釈」9条2項は、驰名商标の保護に希釈化理論を運用する際、混同のおそれを適用要件として要求していると解釈できる。理論的な視点と司法実情からいえば、希釈化理論が混同のおそれと無関係であることはすでに各国の学者と実務家との共通認識になっており、「司法解釈」9条2項は混同のおそれを前提にして希釈化理論を構築することには問題があると思われる。したがって、「司法解釈」9条2項を正しく適用するには、学説及び裁判例をもとに希釈化理論の要件を検討する必要がある。

次に、「司法解釈」9条2項に希釈化理論が導入されたものの、アメリカのような適用除外の条項³がない。たとえ希釈化理論に基づいて驰名商标に広範な保護を与えても、何らかの制限もなく保護範囲を拡張するというわけにはいかない。希釈化理論によって驰名商标権者に過大な保護が認められた場合に、第三者の個人的な自由に不利益が生じるかもしれないからである。故に、驰名商标を保護する制度を構築する際には、第三者に商標を使用されることにより驰名商标の権利者が被る不利益の状況と、逆に商標の使用を認めなかった場合に生じる第三者の商標選定の自由の制限の度合いを比較衡量しなければならない。特に、驰名商标の顕著性は希釈化理論の運用を制限することに対しどう位置付けられるのかについて、検討されるべきである。

最後に、「司法解釈」9条2項の基礎としての商標法13条2項に希釈化理論の要素があるか否か、が問題となる。換言すれば、仮に商標法13条2項によって、驰名商标の保護に希釈化理論を運用する余地がない場合には、「司法解釈」の形で無理に驰名商标の保護を広範に認めることは妥当であるとはいい難いであろう。そのため、「司法解釈」9条2項と商標法13条2項との繋がりをどのように捉えるべきかが問題となる。

以上のような問題意識をもとに、本稿では、「司法解釈」9条2項を中心

³ 15 U.S.C. §1125 (c) (3). 当該条項に三つの制限類型が規定されている。すなわち、①比較広告や宣伝における当該商標のフェア・ユース、②当該商標の非商業的使用、及び③ニュース報道又は批評、という三つの類型のいずれかに該当する場合、希釈化理論により提訴することができなくなる。イーサン・ホーウィッツ(著)荒井俊行(訳)「アメリカ商標法とその実務」(雄松堂・2005) 232頁。

に中国馳名商標における希釈化理論の運用について検討を行う。論述の順序としては、まず、混同のおそれの要否をめぐって希釈化理論の導入の前後の裁判例を素材として中国馳名商標における希釈化理論の運用のあり方を把握したうえで、「司法解釈」9条2項における解釈論の構築を模索することにする。次に、希釈化理論を導入する際に考慮に入れなければならない要素は馳名商標権者の利益と社会公共利益とのバランスを求めることである。馳名商標の保護において、希釈化理論を活用することが望ましいとはいえ、希釈化理論の運用に対する制限を検討する必要があるのではないか。そのため、馳名商標の顕著性をめぐってストロング・マークとウィーク・マークとの相違点を具体的に分析することにより、希釈化理論の運用に対する制限を論じることとする。さらに、国際条約に照らし中国馳名商標の立法の背景を探ることにより、商標法13条2項と「司法解釈」9条2項との関係を検討することを最後の部分の前半とする。後半は、比較法の観点から、日本著名標章における希釈化理論の運用はどのような現状なのかについて、日本の裁判例を整理することにより希釈化理論の導入における必要性和問題点を論じ、重要な問題点を指摘することにした。

二．希釈化理論の導入の検討

1. 序

最近、周知性や著名性を獲得し、顧客を引き付ける財産的価値や信用を持つようになった商標について、その保護の効力範囲を拡大する動きが欧米諸国を中心に高まっている。これを受けて、中国でも、馳名商標の保護のあり方を検討する動きが進められてきた。諸外国における馳名商標の保護制度のあり方を比較検討し、中国における馳名商標の保護のあり方を具体的に論じることを目指すものである。商標登録制度の存在意義を問い直し、登録商標権の禁止的効力を、混同を生じるおそれのある非類似の商品・役務にまで拡大すべきかという点と、商標の識別性や名声を不正に利用される場合、あるいは害される場合について、どのような保護が考えられるのかという点を検討する必要がある。

商標法13条2項は、非類似の商品について他人の馳名商標を複製等する行為を商標権侵害として規制している。その条文でいう「公衆の誤認を招

き、当該馳名商標の商標権者の利益に損害を生じさせるおそれがある場合」とは、どのようなことを意味するのが問題となる。この点については、伝統的な混同要件を充足すれば当該条項に定められている「公衆の誤認を招き、当該馳名商標の商標権者の利益に損害を生じさせるおそれがある場合」に該当すると解すべきであるとの意見と、混同のおそれとは無関係であり、単に当該馳名商標の顕著性を弱め、市場名声を毀損すること、又は、不正に当該馳名商標の市場名声を利用することがあれば、商標法13条2項の所定の要件を満足すると解すべきであるとの意見が争いになった。裁判例の視点から見れば、いったい裁判所がどのような立場をとるのかという点は研究に値する。⁴ 実は、裁判所がどのような基準を採用するのかは、混同理論と希釈化理論との関係に対する認識の問題である。裁判例の視点から見ると、裁判官の意見は希釈化理論に対する認識の過程を表している。

2. 希釈化理論における中国の裁判例

希釈化理論の発展は1927年にハーバード法律評論誌に掲載された Frank Schechter の “The Rational Basis of Trademark Protection” に端を発する⁵。

⁴ 李友根「“淡化理論”在商標案件裁判中的影響分析—対100份馳名商標案件判決書の整理与研究」『法商研究』2008年3期。南京大学の李友根教授は、100の馳名商標侵害事件の判決を研究対象として、90の裁判所が混同理論に基づき、判決を下したものの、10の裁判所が希釈理論のみを根拠として判決を下したことを明らかに示した。しかし、その90の裁判所の中で21の裁判所が混同理論をもとに最終の結論に達したが、補強論拠として希釈化理論にまで論及することになった。この研究は「司法解釈」が設定される前に行われたことに注意すべきである。

⁵ See Frank Schechter, The Rational Basis of Trademark Protection, 40 Harv. L. Rev. 813, 831 (1927). Schechter 論文は、「…顧客の創造と維持が、出所の表示よりもむしろ、今日の商標の主な目的であり、商標のユニーク性や個性の維持は、商標所有者にとって最も重要なものである」との認識を述べたうえ、かかる客体は「マーク又は名称の識別力及び公衆の心理に及ぼす影響力が漸減し又は拡散する」という損害、すなわち希釈化が生じる可能性があり、かかる希釈化から保護する必要性がある旨指摘する。原文 “... the creation and retention of custom, rather than the designation of source, is the primary purpose of the trademark today, and that the preservation of the

稀釈化理論が持ち出されて以来、当該理論をめぐる論争が激しくなっており、各段階の裁判例によっては、稀釈化理論に関する裁判所の認識は異なっている。以下、中国における最近の裁判例を素材として、裁判所がどのように稀釈化理論を運用するのかについて検討を行うことにする。「司法解釈」の公布前後において、裁判例は二つのタイプに分かれている。次いで、理念としての稀釈化理論と混同理論との関係を基準に、そのような裁判例を大まかに補充運用型と独立運用型との二つの類型に分けることにする。

(1) 導入前の補充運用型

「司法解釈」9条2項における稀釈化理論が導入される以前、裁判所が非類似の商品・役務についての馳名商標の侵害を判断する際に稀釈化理論を運用した判決がある。裁判官は非類似の商品・役務における馳名商標の保護に関して、判決の正当性が失われないように伝統的な混同理論に基づき、商標権侵害か否かを判断するが、単なる学説である稀釈化理論を運用することは、判決の合理性を強化するといわれている。裁判所は、混同のおそれがない場合に、他人の馳名商標の使用行為は当該馳名商標の顕著性を稀釈化すること、あるいは、その馳名商標の名声を毀損することは想像し難いと論じてきた。このような取扱いにより、判決の正当性が失われることはなく商標権侵害における論拠を補強する効果をもたらすことになった。

〔白雪SNOWWHITE〕⁶事件では、被告は原告の馳名商標を非類似の商品であるリポート機能搭載テレコに使用したことにより、原告の有している馳名商標の顕著性が害されるか否かが争点になった。当該裁判所は、両当事者の需要者は重なり合う場合があるために、非類似の商品にもかかわらず、消費者に両当事者の商品や営業に何らかの関連があるように誤認させる可能性があるという広義の混同を認め、次いで被告の馳名商標の使用行為により、馳名商標とその商品の1対1対応が崩れるおそれがあると述べた。

uniqueness or individuality of the trademark is of paramount important to its owner.” “It is the gradual whittling away or dispersion of the identity and hold upon the public mind of the mark or name....”

⁶ 山東省青島市中级人民法院(2003)青民三初字第1095号民事判決書

他に〔龍淨〕⁷事件と〔洛玻〕⁸事件では、裁判所は〔白雪SNOWWHITE〕事件と同じ取扱いを採用し判決を下した。すなわち、混同理論に基づいて馳名商標侵害を肯定したが、ひいては、稀釈化理論をもとに被告の不正な使用行為が当該馳名商標の顧客吸引力に便乗し原告の馳名商標の顕著性を稀釈化すると判示した。このような事件において裁判所は、他人に馳名商標の馳名性のみを利用された行為により、馳名商標権者に生じた損害が混同の証拠ではない限り、稀釈化理論の適用要件を充足しないとして同理論における保護を認めることはできない、という判断の筋道を明らかにした。

(2) 導入前の独立運用型

前述したように導入前の補充運用型判決に対し反発の判決が相次いで出てきた。これらの判決において、裁判所は非類似の商品・役務における馳名商標の保護について、混同理論を採用せず完全に稀釈化理論に基づいて商標侵害の成否を判断することになった。判決が出てきたとき、法律上、稀釈化理論が明文で導入されることはないのであるから、裁判所が単に学説をもとに判決を下すことには問題がないとはいい難い。

〔雅潔〕⁹事件では、裁判所は、非類似の商品・役務についての馳名商標を保護する際には、伝統的な混同概念にかかわらず、馳名商標の顕著性が稀釈化・汚染化によって害されるか否かを基準に商標権侵害を判断すべきであると判示した。

〔博山〕¹⁰事件でも、裁判所は同じような意見を述べた。当該裁判所は商標法の趣旨は商標の出所識別機能を保護するところにあることを肯定したが、馳名商標冒用行為に対する法制度は、馳名商標が有する独自の顧客吸引力という財産的価値を保護することを目的とするために、混同のおそれがない場合にも馳名商標の顕著性にまで保護を与えるべきである、と指摘した。

これらの裁判例は、混同のおそれが稀釈化理論の運用の前提ではないと

⁷ 福建省廈門市中级人民法院(2005)厦民初字第211号民事判決書

⁸ 河南省洛陽市中级人民法院(2005)洛経一初字第17号民事判決書

⁹ 広東省佛山市中级人民法院(2006)佛中法民三終字第5号民事判決書

¹⁰ 山东省淄博市中级人民法院(2005)淄民三初字第1号民事判決書

繰り返し強調しており、希釈化理論を運用する先駆的な判決という意義を有しているが、やはり実定法上の根拠がないために、無理に希釈理論を運用するのは現行商標法に混同理論に基づいて構築された要件論を骨抜きにしまい、第三者の予見可能性が失われるおそれがある。

(3) 導入後の補充運用型

「司法解釈」が制定されたことを契機に、希釈化理論がはじめて明文で導入されることになった。しかしながら、「司法解釈」9条2項の文言により、驰名商标の保護につき希釈化理論を運用する際に、混同のおそれを適用要件として要求するとも読むことができる。このような不明確な条文のせいで、裁判所が希釈化理論を運用する場合には具体的な扱いも異なることになる。このような問題が生じるとはいえ、希釈化理論が明文で導入されたことによって、非類似の商品・役務について驰名商标の馳名性を希釈化・汚染化する行為も禁止されることになったため、従来の裁判例のような無理な認定は不要となった。しかしながら、希釈化を混同のおそれの延長線上に位置する概念として扱った判例もある。

〔聯想ビール〕¹¹事件では、原告聯想グループは、被告安徽省天柱ビール有限公司が原告の驰名商标「聯想」を自社のビール名として登録出願したことにより、「聯想」という驰名商标が侵害されたことを理由に商標異議審判を請求した後、その商標異議審判の審決に不服があるため、裁判所に審決取消訴訟を提起した事案である。裁判所は、パソコンの大手企業の驰名商标の「聯想」と同じ商標を使用した被告の商標登録行為は、両当事者の商品・役務にもかかわらず、今日の企業の経営における複雑な業務上、経済上又は組織上の実態から、「聯想」又は「聯想・グループ」との連携関係について誤認が生じるとともに、「聯想」の有する極めて高級なイメージ若しくは顧客吸引力の機能・価値を減殺すると判示した。この判決から見れば、裁判所は広義の混同を認めることに基づいて「司法解釈」9条2項における希釈化理論を運用したことは明らかである。裁判所は、驰名商标の名声のみを不当に利用する行為は、混同のおそれがない場合には損害は生じないという認識に陥るといえる。

¹¹ 北京市第一中级人民法院 (2009) 一中民初字第17号民事判决书

同じ趣旨に基づいて扱われた判決として、〔逍遙鼠〕¹²事件がある。裁判所は、被告の使用行為が、取引者及び需要者には両当事者の商標の間に何らかの営業上の取引関係、経済関係、組織関係が存するものと誤認させる広義の混同が生じると解すべきであり、また、被告の不正行為により、引用商標の持つ顧客吸引力へのただ乗り（いわゆるフリーライド）やその希釈化（いわゆるダイリューション）を招くという結果が招来されるということもあるというべきであるので、驰名商标侵害に該当することを是認した。

これらの事件は、裁判所が希釈化を混同のおそれの補強証拠として広義の混同の範囲内で驰名商标権侵害か否かを判断したものである。〔聯想ビール〕事件、〔逍遙鼠〕事件は前述の導入前の補充運用型と同じ混同理論の枠内で希釈化理論の運用に触れた判決であるといえる。ある視点から言えば、裁判所は非類似の商品・役務における驰名商标の保護について、希釈化理論を慎重に運用する傾向があると見られる。

(4) 導入後の独立運用型

上記の「聯想ビール」事件の判決と違って、「伊利蛇口」¹³事件では、裁判所は混同理論に触れず、直接「司法解釈」9条2項における希釈化理論に基づいて驰名商标権者に保護を与えることになった。

本件においては、被告が原告の驰名商标を蛇口などの指定商品（便器を含む）に使用することにより、原告である大手乳業会社の利益に損害を生じさせるか否か、が争われている。被告の使用行為は、原告商品主体や営業主体の誤認を生じさせることはないものの、驰名商标を使用することで、需要者の目を引き付けることによって、驰名商标の名声を不当に利用する行為であるといえる。

本件では、両当事者の間に競争関係がない場合でも、原告伊利社が乳製品に長年使用して馳名となった商標は、口に入れる商品の清潔感を維持する必要のあるイメージの大切なものである故に、これを飲み物とは異なり衛生関連商品に使用されたのでは、原告の築いてきた驰名商标のイメージ

¹² 北京市第一中级人民法院 (2009) 一中民初字第37号民事判决书

¹³ 北京市第一中级人民法院 (2009) 一中民初字第43号民事判决书

が損なわれる危険が大いにある。しかも、原告の馳名商標の馳名性に鑑みれば、被告の行為は、取引上の信義誠実の原則に反して他人の馳名商標における名声・信用に便乗して不当な利益を上げようとする行為なのであるから、「司法解釈」9条2項での馳名商標の馳名性のみを利用する行為であるといえる。

「伊利蛇口」事件は、制度上の根拠に基づいて伝統的な混同理論の枠組みを超え、独立して稀釈化理論を運用する代表的な判決といわれている。ある意味で、この判決は裁判所の「司法解釈」9条2項における稀釈化理論に対する認識を示した。¹⁴

3. 小括

以上、各裁判所の稀釈化理論に対する立場に着目しながら、裁判例の整理を行った。このような作業により、従来の裁判例における稀釈化理論の運用の大まかな概要を窺い知ることができる。すなわち、混同のおそれがあるということが稀釈化理論の運用に欠くことができないという見解は、混同のおそれを問わず稀釈化理論を適用することができるという見解と対立することが明らかになった。しかしながら、これで議論が尽きるわけではない。冒頭で述べたように、実は裁判所が非類似の商品・役務について馳名商標を保護する際にはどのように稀釈化理論を運用するのかということも裁判所の稀釈化理論に対する認識を反映している。裁判所がどのような見解を採用するかによって、ややもすれば馳名商標権侵害の判断の帰趨は違いが大きなものになる。

中国の商標法では、商標権の効力は指定商品・役務と同一の範囲に及び(商標法第51条)、類似する商品・役務についてもみなし侵害行為としてその保護が図られている(同法第52条各号)。しかし、登録商標の指定商品

又は役務と類似しない分野においても、馳名商標が有する顧客吸引力を阻害するような稀釈化行為は多く生じる。近年、経済活動のグローバル化や経営の多角化が進むに従い、馳名商標の財産的価値が損なわれるおそれが高まっており、諸外国では、商標権の効力を拡大させる動きが顕著になっている。

「司法解釈」9条2項は商標法13条2項を拡張的に解釈することによって、はじめて明文で稀釈化理論が導入されることになった。商標権者は多大な営業努力を重ねた結果、登録商標が馳名となり、その登録馳名商標に化体された顧客吸引力にフリーライドしようとする者が次々と現れてきたと想定できる。特に、企業の多角経営化が促進されている現代にあっては、第三者が馳名商標権者に無断で当該馳名商標を非類似の商品・役務に使用することは少なくない。その場合、消費者に両当事者の商品・営業の出所が同一であると誤認させるおそれの有無にもかかわらず、第三者は馳名商標の顧客吸引力にフリーライドすることによって、その馳名商標が有している優れたイメージを稀釈したり、毀損したりする結果を招来することとなる。この点で、馳名商標の顧客吸引力を保護するために、稀釈化理論を導入する必要がある。

「司法解釈」の公布以前、商標法13条2項は、非類似の商品・役務について馳名商標を保護する際には、稀釈化理論を運用できるのか、が問題となっていた。仮に商標法13条2項に稀釈化理論が導入されたとすれば、裁判所が稀釈化理論に基づいて下す判決に非難すべき点はない。それに反して、商標法13条2項により、稀釈化理論を運用する余地がない場合には、裁判所の稀釈化理論の運用は判決の理由を補強するための論拠とみなすほかない。その問題については、従来より、学界の共同認識となったことはなく、学説も二分されている。¹⁵ 少なくとも、論理的視点から見れば、非類似の商品・役務について馳名商標を保護する法制度が稀釈化理論に基づい

¹⁴ 北京市高級人民法院(2010)高民終字第207号民事判決書。同事件の控訴審の裁判所は、製造・販売からいえば、両当事者の商品の間には関連性がないにもかかわらず、原告(一審被告)の使用行為により、伊利社の有する馳名商標における特別顕著性が稀釈されたことを否定するわけにはいかないのであるから、商標権侵害を肯定する判断を示し、一審の判決を維持した。「司法解釈」9条2項における稀釈化理論に関して、一、二審の裁判所は同じ認識を示したこととなる。

¹⁵ 肯定説について、李明徳「中日馳名商標比較研究」『環球法律評論』2007年5期、楊柳＝鄭友徳「従美国 Moseley 案看商標淡化的界定」『知識産権』2005年1期、が参考になる。否定説について、鄧宏光「我国商標反淡化的現實与理想」『電子知識産権』2007年5期、杜穎「商標淡化管理及其運用」『法学研究』2007年6期、が参考になる。

て設けられる可能性もあれば、混同理論に基づいて設けられる可能性もある。

同じような問題は、「司法解釈」9条2項に対する解釈についても生じる。稀釈化を通常の商標権侵害における「混同のおそれ」と同一線上の侵害類型と位置付けているのではないかとの指摘がある。「司法解釈」9条1項¹⁶により、商標法13条1項¹⁷にいう「混同」は広義の混同であることと解されることになったが、仮に「司法解釈」9条2項に定められた「ある程度の関係がある」ことも広義の混同の枠内であると解するのなら、なぜ制定者は同じような文言を採用せず、別個の言葉を選んで条文を制定するのか。要因は、「司法解釈」9条2項が伝統的な混同理論を採用することなく稀釈化理論をもとに法制度を構築しなければならないということである。しかしながら、「司法解釈」9条2項により、稀釈化・汚染化による馳名商標権の侵害は、混同のおそれがあることを前提として成立すると理解されがちである。当該条文の文言どおり、そのような考えは理屈に合わないとはいえない。

実は、「司法解釈」の制定以前、裁判所は商標法13条2項には稀釈化理論の要素があるという認識に基づいて、非類似の商品・役務について馳名商標権者に稀釈化理論による保護を認めた判決がある。特に、〔雅潔〕事件¹⁸では、裁判所は、明らかに混同理論を採用せず原告の馳名商標への稀釈化により、商標権侵害を認めた。他の〔博山〕事件¹⁹では、裁判所は、被告の使用行為が原告の馳名商標の顕著性を弱め、当該馳名商標とその商品の1対1対応を崩すと判示した。このような裁判例は、稀釈化理論を運用する先駆的な判決と位置付けられる。2009年4月23日に、「司法解釈」9条2項

¹⁶ 「司法解釈」9条1項：商標法13条1項における「容易に混同を生じさせる場合」とは、当該馳名商標に対する関連する公衆に係争商標と馳名商標との出所が同一と誤認させる場合、又は、当該使用者と馳名商標権者の間に使用許諾、関連会社などの特定関係があると誤認させる場合をいう。

¹⁷ 商標法13条1項：同一又は類似の商品について、登録出願した商標が、中国で登録されていない他人の馳名商標を複製し、模倣し、又は翻訳したものであり、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。

¹⁸ 前掲注9

¹⁹ 前掲注10

によって、非類似の商品・役務について馳名商標の馳名性のみを利用する行為も、稀釈化理論により禁止されることになったので、商標法13条2項における裁判例のような無理な認定は不要となった。

三．稀釈化理論の運用における制限

1．問題の所在

現在、経済活動が地球規模に拡大し、取引形態が多様化・複雑化するに従い、商標法は益々、商品・役務の提供者と需要者を結び付ける重要な法制度となっている。商標制度は、登録商標に化体した信用を保護することにより、ブランド価値や事業者の信用の維持を図り、併せて需要者の利益をも保護している。

それにもかかわらず、上述のとおり、「司法解釈」9条2項に稀釈化理論が導入されたものの、アメリカのような適用除外の条項²⁰はまだない。最近、稀釈化理論によって、非類似の商品・役務について馳名商標権者に過大な保護を与える傾向がある。たとえ稀釈化理論に基づいて馳名商標に広範な保護を与えても、何らかの制限もなく保護範囲を拡張するというわけではない。稀釈化理論によって馳名商標権者が過大な保護を受けた場合に、他人の自由を不当に制限するかもしれないからである。したがって、混同のおそれを要件とする伝統的な混同理論により、通常の商標権侵害の場合の保護法益には商標権者の保護及び需要者の保護が含まれるが、稀釈化理論により馳名商標を保護する場合の保護法益は、少なくとも馳名商標権者の保護がその大半を占めると思われる。

故に、馳名商標を保護する制度を構築する際には、第三者に商標を使用されることにより馳名商標権者が被る不利益の状況と、逆に商標の使用を認めなかった場合に生じる第三者の商標選定の自由の制限の度合いを比較衡量しなければならない。特に、稀釈化理論の運用における制限は、具体的に稀釈化理論の適用要件及び適用除外という二つの面を包含すべきであると考えられる。以下、この二つの側面に着目し、検討を行う。

²⁰ 前掲注3

2. 制限手段の選択

(1) アプローチその1 要件構成の検討

登録商標の効力範囲の一つとして、出所混同が生じるおそれのある商標の使用に対する禁止的効力を、非類似の商品・役務まで拡大すべきか、また、混同が生じるおそれがない場合にも、商標の希釈化や信用が毀損されるような行為に対する保護が与えられるべきか、さらに、商標法における馳名商標の保護に際して、保護すべき対象及び規制すべき行為に求められる要件は何か、という点について検討する必要がある。

希釈化理論は、非類似の商品・役務についての馳名商標の保護に運用されるが、すべての馳名商標権者が希釈化理論による保護を受けられるというわけではない。希釈化理論における保護は、馳名商標の認知度及び顕著性に関わるからである。このような適用対象の制限がない限り、馳名商標権者はこの希釈化理論により、非類似の商品・役務についても広範に馳名商標の効力を及ぼすおそれがある。したがって、商標法をもとに構築された市場競争と個人の自由とのバランスが失われるおそれがあり、保護客体を馳名商標に限定することによって、希釈化理論は馳名商標権者の利益と他者の標章選択の自由ひいては自由競争の担保という利益とのバランスをとっているといえる。

そこで、まず、認知度が問題となるが、国家工商行政管理総局「馳名商標の認定及び保護規定」2条1項により、馳名商標とは、中国で一般大衆に広く知られ、かつ高い信用を有する商標である。馳名商標の地域的範囲については、一般的には、周知表示のように一地方では足りず、全国的に知られていることが必要であるといわれている。少なくとも、条文のとおり、係争商標を使用している地域を含む一定地域において馳名であれば足りると解する余地はない。換言すれば、全国的規模で優れたブランド力を有するようになったものに限定される。馳名商標の効力は一定の地域に限らず、全国的な範囲に及ぶからである。ここでは、全国的なものを要するとしつつ、その全国的という意味を形式的、機械的に解すべきではない。²¹

²¹ この点に関して、商品の性格や、取引対象者などによって、地理的な全国土にかかわらず、社会通念上全国的に有名といえるような、広範囲の地域の全部に販売や広告などで活動の及んでいるような商標で、その対象需要者以外にもある程度知ら

成立要件としては、「司法解釈」9条2項の保護を受けるには、馳名商標は登録されていることが必要か否かが問題となる。中国は商標登録主義を採用しており²²、商標法13条2項及び「司法解釈」9条2項によって、希釈化理論による保護を受ける馳名商標は登録された商標に限ることになっている。なぜ登録された商標に限るかという点、商標の先使用というような捉えにくい基準ではなく、出願という明確な事実によって、一定の者に優先効を与える先願主義をとることにより、権利の帰属が明確であり、商標使用の法的安定を図るからである。

次に顕著性について、出願する場合においては識別力があるか否かが問題となり、識別力の強弱はあまり問題にならない。登録された商標の後願排斥効は、商標の類似の範囲についても商品の類似の範囲についても、強い商標のほうが強いといえる。どちらの場合も識別力の強いほうが混同を生じる範囲が広いからである。

希釈化理論により、混同のおそれを要件とすることなく広範な保護範囲を与える馳名商標の保護を正当化する要件である馳名性を満足するために、商標が高度に認知されているばかりではなく、商標が特別に顕著であること、すなわち、独占に適するものであることが必要であると解すべき

れている商標は、全国的馳名といつてよいとする見解もある。劉春田『知識産権法』(第3版・中国人民大学出版社・2007)139頁。米国では、2006年の「連邦商標希釈化改正法(Trademark Dilution Revision Act of 2006)」によって、商標の現実の希釈化の証明はなくとも希釈化のおそれの証明で差止請求が認められることとなった。他方、本改正により馳名商標は「その商標の所有者の商品又は役務の出所源として米国の需要者に広く認識されているもの」と定義され、米国の一地方における馳名性だけでは希釈化の保護を受けられないとすることで、保護要件とのバランスを図っている。鄧宏光「美国連邦商標反淡化法的制定与修正」『電子知識産権』2007年2期。

²² 世界各国においては登録主義の欠陥を補完するため、登録主義と使用主義の一方に、全く徹底した制度を採用している国は少ない。中国の商標法13条1項は混同理論をもとに類似の商品・役務の範囲で登録されていない馳名商標に保護を認めることになっている。ある意味では、この条項は登録主義の補完の一例であると考えられる。

であろう。「セーフガード」²³事件では、衛生用品の大手企業である原告(P & G)は、被告が安全装置を製造・販売し、安全護衛というサービスを業として提供している会社であるために、「SAFEGUARD」という英文字を自社のドメイン名として取得し使用していた行為により、自社の有する驰名商标「SAFEGUARD」の顕著性が害されることを理由に希釈化理論に基づいて提訴した事案である。裁判所が、当該驰名商标「SAFEGUARD」それ自体に安全装置及び護衛といった意味があることを配慮せず、非類似の商品・役務について驰名商标の効力を無理に広く認定することは妥当であるとはいえない。²⁴ 本件においては、「SAFEGUARD」のような暗示的な標章²⁵は、造語標章と比べて需要者の意識下でイメージは拡散しがちで、必ずしも訴求力の強い識別機能を有するとはいえない。驰名商标の顕著性を念頭において考慮し、希釈化理論により非類似の商品・役務について驰名商标の保護範囲を画することが望ましい。

結局は、顕著性に関する問題は、通常よりも手厚い保護を与える対象をどの範囲に限定するかの問題であり、驰名商标権者の利益と他者の標章採択の自由ひいては自由競争の確保という利益との比較衡量の問題といえる。顕著性に関する利益衡量論については後述する。

(2) アプローチその2 除外条項の導入

希釈化理論の運用を制限する手段のもう一つは、適用除外を法的に整備することである。アメリカのランハム法は適用除外条項²⁶を規定することにより希釈化理論の運用を制限する典型的な立法例といわれている。1996年にはじめて連邦法として驰名商标標章を希釈化から保護する連邦商標ダイ

リューション法が制定・施行されたが、実は1988年にも連邦議会に法案として提出された。しかしながら、当時は反自由競争的なものとして下院を通過しなかった。これはアメリカ議会が希釈化理論を導入する際には慎重な態度を崩さなかったことを体現している。

「司法解釈」9条2項は、明らかに希釈化理論を導入したが、希釈化理論の適用要件の明確化のみならず、適用除外をも規定していない。「司法解釈」9条2項の適用にあたって、ウィークマーク（識別力の弱い商標）が馳名性を取得した場合にも、その冒用行為に関してストロングマーク（識別力の強い商標）と同様の規制を行うと、他の者がこれと類似する商標を選択し使用する自由が過度に制約されるおそれがある。特に、近年中国において、驰名商标が緩やかに認定される傾向があることに鑑みれば、希釈化理論の運用における制限が必要であるように思われる。したがって、法で保護される希釈化が生じる範囲も一定の縛りがかかることとなる。

さらに、中国の商標法には、著作権法のようにフェア・ユースという一般条項がないため、仮に将来アメリカのランハム法の適用除外条項が導入された場合、どのように希釈化理論の運用における制限としてのフェア・ユース条項を解釈するのが問題となる。柔軟に解釈すれば驰名商标に関するフェア・ユースを幅広く認めることとなり、希釈化理論による保護は骨抜きにされてしまう一方、厳格に解釈すれば希釈化理論の運用における制限の導入の意味は失われてしまい、進退窮まる状態に陥るかもしれない。この問題については、将来裁判例の蓄積により有益な解決策を求めることが期待される。

3. 顕著性に関する利益衡量論

「司法解釈」9条2項が問題となるときは、あまり公益は関係なく、純粹に私益と私益の対立になり、両者の利益衡量が必要となる。そのために、希釈化理論を運用するとき、第三者に驰名商标を使用されることにより驰名商标権者が被る不利益の状況と、逆に商標の使用を認めなかった場合に生じる第三者の商標選定の自由の制限の度合いを比較検討しなければならないことになる。一言でいえば、非類似の商品・役務についての驰名商标に関しては、他者の商標選択の自由という要素を念頭において考慮しつつ、適正な保護範囲を画する必要があるのである。商標の顕著性は、馳名

²³ 上海市高级人民法院(2001)沪高知終字第4号民事判決書

²⁴ 唐広良「關於域名爭議是與非的反思—兼評“SAFEGAURD”域名爭議一審判決」『電子知識產權』2004年1期

²⁵ 暗示的な標章とは、商品・役務の種類や特性を直接に表示するのではなく何となく連想させる標章である。識別力がないわけではなく、よい連想を生じさせる標章であれば、顧客を引き付ける力が強いので、これを採用した商標は競業上価値がある。

²⁶ 前掲注3

商標の保護において、商標の馳名性を吟味するだけでなく、当該商標が独占に適するものであるかをも吟味しようとするものである。

具体的に、馳名商標権者の利益と他者の標章採択の自由ひいては自由競争の確保という利益との比較衡量を行った場合、概ね三つの類型が考えられる。

まず、競業関係が明白にある場合である。この場合には、第三者に馳名商標を使用されることにより馳名商標権者に顧客を奪取されてしまうという不利益が生じる。この場合、馳名商標に係る商品・役務と混同する蓋然性があれば足り、現実混同している事実や危険性の存在まで求められない。そうすると、自動的に営業上の利益を害するおそれがあることを肯定するのではないかということになる。故に伝統的な混同理論により馳名商標権者を十分保護することができる。稀釈化理論による保護を馳名商標権者に付与する必要はないのであろう。

次に、潜在的な競業関係がある場合である。現在の取引社会のように、経営の多角化が進んでいる状況のもとでは、需要者は、直接的な競業関係にない企業の間にも、経営の多角化により別の業種を始めたのではないかと誤認したり、あるいは、企業間に何らかの関係があると誤認したりすることは少なくない。換言すれば、第三者に馳名商標を使用されることにより、需要者には二つの営業主体の商標の間に何らかの営業上の取引関係、経済関係、組織関係が存するものと誤認させる広義の混同が生じると解すべきであるように思われる。このような広義の混同は、商標法13条における混同の要件を緩和して適用する機能を有しているといえる。そのため、潜在的な競業関係がある場合、稀釈化理論を採用せず混同理論の枠内で馳名商標権をめぐる紛争を取り扱うのは可能である。

最後に、全く競業関係がない場合である。「司法解釈」9条2項上の保護を受けるには、原告と被告との間の競争関係の有無は考慮されない。競争関係にない場合にも前記稀釈化が生じれば保護されることとなる。

ストロングマークについて、もともと識別力の強い商標を指す場合と、使用によって識別力が強くなった商標を指す場合がある。これに対して、ウィークマークについて、本来識別力が弱まった場合と、他人の使用を放

置したり自己の使用を怠ったりしたために識別力が弱い場合がある²⁷。商標の独創性の程度は、「混同を生ずるおそれ」の有無の重要な判断要素の一つである。例えば、造語ではなく普通名詞のようなウィークマークは、特定商品の商標として採択されても、当該商標それ自体は奇抜性や独創性あるいは特異性がなく、構成要素がありふれていて、その性質上、自他識別力は発揮し難く、馳名性の獲得も困難である。逆に、顕著性が使用により非常に強くなった馳名商標は、他人に異種類の商品・役務について使用されることにより、当該馳名商標の顕著性が失われるおそれがある場合に、不正競業性を基礎付ける顧客吸引力へのフリーライドが認められる必要がある。その場合に、顕著性が馳名商標について類似していない範囲内で、商標権の効力が及ぶ範囲を決定する機能を十分に発揮することが期待される。

馳名商標権者が冒用行為によって被る不利益の程度と他者の商標選定の自由の制限の度合いの比較において、具体的には造語標章²⁸のような強いマークであれば、馳名商標の主体の側の被る不利益が稀釈化のレベルに止まる場合でも、稀釈化理論による保護を肯定する必要性が高い。当該稀釈化行為自体によっては馳名商標の強い顧客吸引力が弱められていく可能性があれば足りると解すべきであろう。換言すれば、当該稀釈化行為が被告その他の第三者によって継続的になされた場合には馳名商標の顕著性が弱められると認められれば足りると解される。この場合、馳名商標権者が稀釈化理論により最低限の不利益として、馳名商標の自他識別力が稀釈化されてしまう不利益から保護されることになる。他方で弱いマークであれば、他者の商標選定の自由を制限することを正当化するためには、馳名商標権者が被る不利益は稀釈化に止まるものでは足りないが、馳名商標

²⁷ 商標としての選択の対象となる標章を本来的な識別力のスペクトラムにより、①普通名称、②記述的な標章、③暗示的な標章、④無意味な標章の4種類に分ける。

²⁸ 造語的な標章とは、例えばソニーのような造語など、使用される商品との関係で何らかの意味も持たない標章である。無意味な標章とは、形態や呼称の魅力による顧客吸引力のある場合はそれ自体競業上の価値があるが、それは別として、他人の使用の利益を考慮する必要がないので、実際に使用されれば識別力を発揮し、使用の強化又は宣伝によって顧客吸引力をいくらかでも強化することができる。

のイメージが連想等により汚染されるという積極的な不利益が生じることを主張・立証する必要がある²⁹。これによって、希釈化理論による保護の範囲を画することができる。いずれにせよ、ストロング・マークにウィーク・マーク以上の保護を与えることが可能である理由は、そこに知的創造行為があるからではなく、一般の表示選定の自由に対する影響が小さいからにほかならない。

混同のおそれの範囲を超えて広範な保護を正当化する要件としての顕著性が存在するのであるから、顕著性が驰名商标権者の保護と他者の標章選定の自由のバランスを図る要件として機能しているわけである。

四. パリ条約・TRIPs 協定と希釈化理論の関係

1. 問題の所在

「司法解釈」9条2項による希釈化理論の導入は、非類似の商品・役務まで驰名商标に対する保護を拡張する要請に応じるといわれている。「司法解釈」は商標法13条2項に対する拡張的な解釈を通じて希釈化理論を導入するのであるから、基本条項としての商標法13条2項に希釈化理論の運用の余地があるか否かが問題となる。以下、商標法13条2項について、当該条文の制定の背景と国際条約に鑑みて判断するとともに裁判例との結び付きを個々に検討するものとする。

2. 学説及び裁判例

従来、中国は1985年3月19日にパリ条約に加盟したにもかかわらず、2001年の法改正前まで商標法に驰名商标に関する法制度は設けられていなかった。2001年の法改正により、新設された商標法13条1項³⁰、2項は、パリ条約6条の2の1項³¹及びTRIPs 協定16条3項とに別個対応している。

²⁹ 田村善之『知的財産法』(第4版・有斐閣・2006) 87頁

³⁰ 前掲注17

³¹ パリ条約6条の2の1項: 同盟国は、一の商標が、他の一の商標で、この条約の利益を受ける者の商標としてかつ同一若しくは類似の商品について使用されているものとしてその同盟国において広く認識されているとその権限のある当局が認

パリ条約6条の2の1項は、登録されていない驰名商标についても、登録出願と侵害訴訟との両段階で商標権者に法的保護を与えることになった。当該条文の趣旨は、第三者が驰名商标権者に無断で驰名商标を登録出願したり、使用したりする行為を防止することにある。さらに、当該条文は混同理論に基づき、登録されていない驰名商标に対する保護範囲を類似の商品に限定することが明らかになった。それに対して、我が国の商標法13条1項も混同理論をもとに類似の商品・役務の範囲で登録されていない驰名商标に保護を認めるにすぎないと指摘されている。

商標法13条2項がTRIPs 協定16条3項をもとに制定されたことは学者及び実務家の共通認識となっている。また、なぜ「司法解釈」9条2項でいう希釈化理論を正しく捉えるには、TRIPs 協定16条3項にまで遡って検討しなければならないのかということについては、希釈化理論は「司法解釈」9条2項が商標法13条2項を拡張的に解釈することによって導入されたためということである。

TRIPs 協定16条3項の本文は、「パリ条約6条の2の規定は、登録された商標に係る商品又はサービスと類似していない商品又はサービスについて準用する」と規定している。換言すれば、当該条文により、登録された驰名商标権者は指定商品及び役務と非類似の商品及び役務に対する保護を獲得することができるということである。しかしながら、このような保護を得るためにはTRIPs 協定16条3項の但書きに定められた二つの要件を充足しなければならない。

すなわち、TRIPs 協定16条3項による保護を受けるには、非類似の商品又はサービスについての当該驰名商标の使用が、使用者と驰名商标権者の間の関連性を示唆すること(混同のおそれ)と、驰名商标権者の利益が当該使用行為により害されるおそれがあること(営業上の利益の侵害)、と

めるものの複製である場合又は当該他の一の商標と混同を生じさせやすい模倣若しくは翻訳である場合には、その同盟国の法令が許すときは職権をもって、又は利害関係人の請求により、当該一の商標の登録を拒絶し又は無効とし、及びその使用を禁止することを約束する。一の商標の要部が、そのような広く認識されている他の一の商標の複製である場合又は当該他の一の商標と混同を生じさせやすい模倣である場合も、同様とする。

いう二つの要件が要求されている。一番目の要件は日本の不正競争防止法2条1項1号にいう混同のおそれと同じであると解すべきであろう。TRIPs協定16条3項に要求される混同には、狭義の混同ばかりではなく広義の混同を含むと解すべきである。二番目の要件は日本の不正競争防止法2条1項2号にいう営業上の利益の侵害と同じであると理解してもよい。

それに関して、上述の二番目の要件としての営業上の利益の侵害には、第三者が馳名商標の顕著性を稀釈し、汚染することにより、当該馳名商標権者に生じる損害をも含むために、TRIPs協定16条3項に稀釈化理論が導入されたことも指摘された。³² しかしながら、TRIPs協定16条3項は、混同理論をもとに制定されたのは明らかであり、馳名商標権者は営業上の利益の侵害を受けた場合には、混同のおそれがあることを証明しない限り、TRIPs協定16条3項による保護は受けられないからである。

前述のとおり、TRIPs協定16条3項についてはどのように解釈するのかにより、商標権侵害の成否が異なることとなる。裁判所が、商標法13条2項をどのように捉えるのかについては、[DUPONT]事件³³が参考になる。原告であるアメリカのデュポン株式会社(以下、デュポン社という)は、被告である北京国網有限公司(以下、国網社という)が原告の有する馳名商標「DUPONT」を自社のドメイン名としてインターネットにおいてソフトウェア・サービスを提供したために、自社の馳名商標が侵害されたことを理由に差止め及び損害賠償を求めた事案である。

一審の北京第一中級人民法院は、「国網社がデュポン社の馳名商標を自社のドメイン名の識別力のある部分として使用する行為が、関連する公衆に両当事者の営業出所(営業主体)が同一すなわち原告の営業と同一と誤認させる」、と判示した。裁判所の判決から見れば、裁判所が狭義の混同を基準にして混同のおそれを認めたことは明らかである。

これに対して、控訴審の北京高級人民法院は、狭義の混同に限ったこと

ではなく、広義の混同に基づいて商標権侵害を認めた。「国網社がデュポン社の馳名商標を自社のドメイン名として使用する行為が、商標法13条2項に該当しており、インターネットにおいては関連する公衆に両当事者の間に何らかの営業上の取引関係、経済関係などが存するのではないかと誤認させる」との判断を示した。裁判所は、広義の混同に基づき混同のおそれの有無を判断するにとどまり、稀釈化といった概念には一切触れなかった³⁴。

[DUPONT]事件を見てみると、裁判所は、商標法13条2項が混同理論をもとに制定されたという認識に基づいて非類似の商品・役務について馳名商標権者に保護を認めている。このような考え方を採用し馳名商標を保護する判決として、[順美]事件³⁵、[太白醪糟]事件³⁶、[正泰亜明]事件³⁷、[加加]事件³⁸がある。この一連の判決の共通点は、裁判所が非類似の商品・役務について馳名商標権者を保護する際には、商標法13条2項を混同理論の枠組みの中で取り扱うことにある。

3. 商標法13条2項についての評価

2001年の商標法改正において、13条が新設されたことによって、馳名商標に対する保護が強化されることになった。その法改正の背景から見れば、中国は世界貿易機関に加盟するために、知的財産諸法を改正したことを契

³⁴ [DUPONT]事件について、一、二審の裁判所は被告の商標使用行為を馳名商標権侵害とする判決を下したが、パリ条約に含まれる稀釈化理論の原則に従うことを明らかにしたという指摘もある。李昌鳳「商標淡化理論及其在我国法律实践中的運用」『鄭州輕工業学院学報』2005年2期。この観点に関して、李友根は[DUPONT]事件の裁判所が混同理論にのみ基づき被告の商標権侵害行為を認定した判決に稀釈化という概念につき一切言及しなかったと述べ、当該判決を稀釈化理論の運用における典型例とするのは無理であると批判している。李友根「“淡化理論”在商標案件裁判中的影響分析—对100份馳名商標案件判決書式的整理与研究」『法商研究』2008年3期。

³⁵ 北京市第二中级人民法院(2006)二中民初字第41号民事判決書

³⁶ 陕西省西安市中级人民法院(2006)西民四初字第139号民事判決書

³⁷ 北京市高级人民法院(2006)高民終字第930号民事判決書

³⁸ 湖南省株洲市中级人民法院(2008)株中法民三初字第13号民事判決書

³² この点について、李明徳は、「国際条約としては、パリ条約において未登録の著名商標に対する保護が同盟国に呼びかけられており、TRIPs協定ではこれをベースに、著名商標の稀釈化防止のための保護を行うよう加盟国に要請している」と論じている。李明徳「中日馳名商標比較研究」『環球法律評論』2007年5期。

³³ 北京市高级人民法院(2001)高民終字第47号民事判決書

機に商標法に馳名商標制度を新規導入し、その結果、世界貿易機関より要求されてきた国際的な保護水準に達することになった。中国においては長期間、知的財産に対する保護が不十分だったため、アメリカをはじめとする先進諸国からの厳しい非難を受けていた。端的に言えば、2001年法改正は上述の外的な圧力のもとで行われた。

そのため、今度はTRIPs 協定16条3項にいう「当該類似していない商品又はサービスと当該登録された商標の権利者との間の関連性を示唆し」という要件に関する解釈が焦点になってくる。前述の[DUPONT]事件では、裁判所が単に伝統的な混同理論を運用し非類似の商品・役務について馳名商標権侵害を認めたのだが、ある意味では、中国裁判所のTRIPs 協定16条3項に対する認識を示したものと見える。

それに対して、アメリカの裁判所は、非類似の商品・役務について馳名商標権者に保護を与える場合には、TRIPs 協定16条3項にいう混同概念にかかわらず希釈化理論を運用するように、関連性にも経済的関連性ばかりではなく精神的関連性(mental association)をも含むと解釈した。³⁹ ただし、経済的関連性であれ、精神的関連性であれ、混同概念の枠組みを超えることはないといえる。混同のおそれを保護要件としない希釈化理論の趣旨は、信用の形成のための企業努力のインセンティブが損なわれないよう、馳名商標の馳名性の確立に努め、馳名商標権者を希釈化や汚染化という不利益から保護するところにある。つまり、希釈化理論は、馳名商標の顕著性が弱められ、毀損されることがあるか否か、あるいは、当該馳名商標の市場名声が第三者に不正に利用されることがあるか否か、ということに着目し、混同のおそれには言及しない。

その他、アメリカの学者及び裁判官のTRIPs 協定16条3項に対する解釈は権威的なものではなく、非類似の商品・役務について馳名商標の保護に運用される希釈化理論を正当化するために持ち出した根拠としての推測にすぎない、という指摘もある。⁴⁰ TRIPs 協定16条3項にいう「関連性」は、あくまでも広義の混同の範囲を超えることなく、二つの営業主体の商標の間に何らかの営業上の取引関係、経済関係、組織関係が存するものと誤認

させる広義の混同と解すべきであるように思われる。⁴¹ TRIPs 協定16条3項は希釈化理論とは無関係であり、混同理論をもとに制定されたのであるから、その条文に基づいて設けられた中国商標法13条2項には、非類似の商品・役務について馳名商標の保護に希釈化理論を適用する余地がないわけである。

五. 混同要件の要否

以上の論述を踏まえて商標法13条2項が希釈化理論とは無関係であり、混同理論に基づいて設けられたとの結論を導くことができる。基礎としての商標法13条2項は混同理論にのみ基づいて馳名商標の保護における法制度を構築するとすれば、「司法解釈」9条2項に希釈化理論を導入することは、空中の楼閣となりかねない。そうであれば、「司法解釈」9条2項に対する理解は、希釈化理論が混同理論の傍系として存するという認識に基づかなければならない。換言すれば、我が国の希釈化理論は、法制度が混同理論をもとに構築されるとも指摘できる。商標権侵害を判断する際、希釈化理論と伝統的な混同理論との相違点が、混同のおそれを侵害要件として成立するか否かについての問題点は残るが、この点については、どう考えればよいであろうか。

1. 混同理論の補完

周知のように、商標の機能⁴²は取引においてその時代毎の要請に応じて歴史的に変遷している。営業の自由が確立され、自由競争原理が市場において行われるようになった近代以後、特に大量の規格化された商品が市場に流通するようになり、その結果、その流通経路も多様なものになった。特に、産業革命以後は、商標を介して市場において自己の商品を他人の商

⁴¹ この点について、華中科技大学の杜穎は同じ意見を述べた。杜・前掲注15。

⁴² 商標機能論について詳しくは下記の論文を参照。立花市子「FRED PERRY 最高裁判決にみる商標機能論」知的財産法政策学研究9号(2005)、田村善之「商標法の保護法益」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『新商標法の論点』(商事法務・2007) 53～96頁。

³⁹ 楊＝鄭・前掲注15

⁴⁰ 鄧宏光「我国馳名商標反淡化制度应当緩行」『法学』2010年2期

品と区別する重要性が著しく高まった。商標は使用当初は市場において当該商標が使用された商品・役務が一定の出所から流出したものであることを需要者に伝達する出所識別機能を有していた。次いで自由競争に勝つために均等な品質の商品・役務を提供する営業努力とともに、当該商標を反復使用する結果、その商標を使用した商品・役務は一定の品質を有するものであるというメッセージを需要者に伝える品質保障機能が出てきた。

さらに、最近のようにメディアが発達し大衆に商品・役務の広告宣伝を行うことが容易になるべく、企業は莫大な費用を投じて自己の商品・役務の広告宣伝を通じて市場需要を喚起するように努力するようになってきた。このような市場では商標は宣伝広告活動において反復継続して使用される結果、需要者に商品・役務若しくは当該商標の使用者を一定のイメージに印象付け、購買意欲を刺激するメッセージを伝達する広告宣伝機能が生じてきた。

現在のように、経営の多角化が進んでいる状況のもとでは、需要者は、競争関係にない企業の間にも、経営の多角化により別の業種を始めたのではないかと誤認したり、あるいは、企業間に何らかの関係があると誤認するおそれがある。このような広義の混同は、商標法13条における混同の要件を緩和して適用するために用いられた法律概念であるといえる。営業主体の誤認に限定されず、両者間に競争関係がない場合であっても、誤認が生じうると説示しているのであり、現実社会の経験則から見て何ら抵抗なく受け入れることができる「混同」の態様であり、筆者には極めて妥当な解釈と感じられる。ただ、ある商標が馳名性を確立するまでには商標を使用した販売・宣伝などの活動と資本の投下があり、その結果当該商標のブランド・イメージが強い顧客吸引力ないし販売力を有し、個別の商品・役務を超えた独自の財産価値を持つ必要がある。

したがって、商標法は商標の出所識別機能を保護するにとどまるのか、あるいは、商標を財産権として保護することによって自己完結的な法制度とするのか、が問題となる。仮に、商標の有する財産的な価値そのものが出所識別機能の前提として保護されるべきとの視点に立つならば、混同が生じていない中での登録商標の稀釈化の防止策を、商標法でも講じることは十分に考えられるものである。

一般的には、多額の費用をかけ宣伝広告を行うなど、懸命な企業努力の

結果、広く全国的に知られ、高い名声・信用を取得した馳名商標は、強い顧客吸引力があり、その商標の本来の分野を超え、競争関係にない分野で他人が便乗的に使用してもこの顧客吸引力は発揮される。第三者は当該馳名商標を冒用してそのブランド・イメージにただ乗りすれば、たとえ混同が生じない場合であっても、市場において本来行うべき営業努力等をせず優位な立場に立つことになる。しかしながら、仮にこの第三者の冒用行為を放置するとすれば、当該馳名商標権者の長年の営業努力あるいは集中的な営業努力によって需要者の心理において確立されてきた馳名商標と商品・役務との間の強い絆が稀釈され、あるいは第三者の冒用行為が品質の劣悪な商品・役務に関してなされると当該馳名商標の良好なイメージが毀損され、ひいては当該馳名商標の顕著性、顧客吸引力若しくは他の独自の財産価値が徐々に減少するおそれがある。したがって、馳名商標は厚く保護し、他人の名声に便乗することを抑制して需要者の取引安全を図ること、そして馳名商標の顕著性の稀釈化を防止して馳名商標権者の経済的な利益を確保することが必要である。

このような要請に応じて、混同理論は、その適用範囲を徐々に拡張しながら各種の商標権侵害行為に対処してきているといえる。⁴³ しかも、中国の商標制度は、商標及び商品・役務について類似概念を導入し、この類似範囲は出所混同の範囲であると理解されている。商標の保護は指定商品・役務の類似の範囲に商標権を限定するという商標法の原則のため、商標法上の保護は極めて控えめなものにとどまっている。このため、類似範囲を予め画一的に把握することは登録審査の場面においては有効であるもの

⁴³ 混同概念の拡張について、下記の論文が参考になる。出所の混同を生じない態様で販売されるような場合（商品の価格差が大きい、粗悪な品質である等）に規制できない場合もあり、米国ではこのような行為に対して「初期混同（initial interest confusion）」や「購入後の混同（post-purchase confusion）」理論を適用することにより、混同の一類型として問題を解決している。井上由里子「購買後の混同（post-purchase confusion）と不正競争防止法上の混同概念—アメリカでの議論を手がかりに」『知的財産法の理論と現代的課題』（中山信弘還暦・弘文堂・2005）、田村善之＝小嶋崇弘「商標法上の混同概念の時的拡張とその限界」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『「ブランド」と「法」』（商事法務・2010）、杜穎「商標法における混同概念の変遷」『知識産権法政策論叢』（2009年巻）。

の、登録商標が有する馳名性などによって現実には出所混同の範囲が変動することがあり、馳名になると類似範囲を超えて出所混同が生ずる場合がある。

従来、中国商標法13条2項のもとでの裁判例は、広義の混同を認定して、馳名商標の保護を図っていたのであるが、法適用にかなりの無理が生じており、立法的解決が必要とされていた。いずれにせよ、混同理論による保護にはもとより限界がある故に、混同理論による保護が尽きたところに登場するのが稀釈化理論なのである。その他、欧米諸国に端を発した稀釈化理論は、商標の使用行為が従来の商標法が規律する出所識別機能としての保護範囲を超える可能性があることから、中国においてこのような理論を導入するにあたっては、商標を使用する者の業務上の信用の維持という商標法の目的との整合性が十分に検討される必要もあるであろう。

2. 稀釈化理論の位置付け

馳名商標とその本来の所有者との結び付き、すなわち識別機能が減殺される商標の稀釈化を防止する規定は、登録商標の価値を毀損する行為に対して保護を与えている。例えば、電気製品等について、高い技術・品質・サービスが確立している商標を、他人が電気製品とは異なる分野における商品・役務に使用すると、当該馳名商標が有する本来のイメージが全体として薄れ、顧客吸引力が低下することとなるような場合に稀釈化が生じるが、稀釈化防止規定はこのような商標の使用の態様に着目して規制を行うものである。

商標法は、商品流通過程における商品の出所の混同を防止することにより、産業の発達に寄与し、かつ需要者の利益を保護することを目的として制定されている。論理的な視点からいえば、混同理論と稀釈化理論との間には、関連性もあれば相違点もある。混同の防止であれ、稀釈化の防止であれ、両理論の最終的な目標は疑いなく馳名商標の顕著性を維持し、他人に馳名商標権者の信用・名声を不正に利用されることを防止することにある。ただし、二者は異なるアプローチに基づいて馳名商標の顕著性を保護することになる。馳名商標冒用行為に対する法制度は、馳名商標が有する独自の顧客吸引力という財産的価値を保護することを目的としており、必ずしも個別具体的な商品や営業には限定しておらず、混同のおそれを要件

としてはいないのである。

「混同のおそれ」は、簡単にいえば、需要者をして問題となった商標が使用された被告の商品・役務が当該商標権者と同一の出所から流出してきたものと混同するおそれのあることをいうものであり、需要者の出所に対する混同という心理状態に基礎をおくものといえる。これに対して、稀釈化はこれと全く異なる需要者の心理状態に基礎をおくものといえる。すなわち、需要者は被告の商品が商標権者以外の出所から流出してきたものと認識しておりその点についての混同はない。むしろ同一若しくは極めて近似する商標が複数の出所を表示することを認識するが故に、当該馳名商標が有する商品との強い絆が稀釈化されてしまい、それによって、当該馳名商標のブランド・イメージ、顕著性、顧客吸引力が弱まってしまうことに基礎をおく。

混同理論と稀釈化理論の基礎が異なるのは明らかである。混同理論は、一般の消費者の利益に関する保護に着目し、異なる営業主体の出所が同一と誤認させるという狭義の混同があるか否か、あるいは、ある企業が他の企業と異なることは認識していながらも、他の企業と経済上又は組織上何らかの関連があるものと誤認させるという広義の混同があるか否か、を基準として馳名商標権侵害を判断するのである。それに対して、稀釈化理論は、馳名商標権者の利益における保護に着目し、他人の馳名商標の無断使用行為により、稀釈化・汚染化という損害があるか否かを基準に商標権侵害の成否を判断する。稀釈化を生じるか否かは、その可能性がある場合もこれに該当し、稀釈事実が具体的に発生したことを必要としない。⁴⁴

したがって、稀釈化理論は、混同理論と全く異なる別個の法理、概念であり、混同理論の延長線上に稀釈化理論という概念が位置するものではなく、馬車の両輪であるかのように独立の地位を有するといえる。

3. 「司法解釈」9条2項の混同要件の要否

馳名商標には、商標が現実使用されている商品や営業以外に用いられた場合にも、その売上げを促進する顧客吸引力や財産的価値を有しているので、「司法解釈」9条2項に稀釈化理論を導入する必要がある。一般的に、

⁴⁴ 前掲注39

驰名商标侵害は三つの型に分類できる。すなわち、驰名商标の顧客吸引力にフリーライドする行為⁴⁵、驰名商标が持つイメージを希釈化する行為及び驰名商标が持つイメージを毀損する行為である。「司法解釈」9条2項により、このような三つのタイプに分けられる。フリーライドする行為、すなわちただ乗りする行為とは、他人が広告宣伝費をかけて形成した信用・名声という価値を、自ら広告宣伝費をかけることなく利用する行為のことである。換言すれば、商品主体や営業主体の誤認を生じさせることはないものの、驰名商标を使用することで、需要者の目を引き付けることによって、自己の売上げを伸ばすような場合である。驰名商标の名声を不当に利用する行為であるといえる。

混同は、基本的には双方の経済活動の間に競争関係があることが前提であるが、「司法解釈」9条2項では、相互に競争関係がない場合でも他人による驰名商标の使用を禁止できるわけである。「司法解釈」9条2項の不正の使用とは、他人の驰名商标における名声・信用に便乗して不当な利益を上げようとする場合（図利目的）や、他人の商標と同一又は類似の商標で粗悪品を販売して他人を傷つけようとする場合（加害目的）をはじめとして、取引上の信義誠実の原則に反するような行為であり、驰名商标の驰名性のみを利用する行為であるといえる。

しかし、「司法解釈」9条2項に定められた希釈化・汚染化には、混同のおそれが認められるか否かが問題となる。希釈化（ダイリューション）とは、驰名商标が一定のイメージを形成しており、それによって顧客吸引力を有しているような場合に、他人が他の商品・役務についてそれを使用することによって、驰名商标が有していたイメージが拡散され、その結果、驰名商标の持つイメージや顧客吸引力が損なわれることである。汚染化（ポリューション）とは、驰名商标の中でも、特に高級なイメージが確立しているような場合に、そのイメージに反するような商品・役務に驰名商标が使用されることで、イメージが汚染されてしまうことである。「司法

⁴⁵ フリーライドする行為は二つの類型に分かれている。上記の場合を除き、もう一つのタイプは、他人の驰名商标を使用することで、その他人の商品や営業に何らかの関連があるように誤認させて、自己の売上げを伸ばすような場合である。いわゆる広義の混同を生じさせる場合であるといえる。

解釈」9条2項は、混同のおそれがあることを前提に非類似の商品・役務について驰名商标権者に保護を与える、と批判されている。確かに「司法解釈」9条2項の文言により、驰名商标の保護に希釈化理論を運用する際に、混同のおそれを適用要件として要求すると読むことができるが、このような立法体制には問題がないといえない。

立法例から見れば⁴⁶、アメリカのランハム法でも、欧州共同体商標法⁴⁷でも、いったん希釈化理論を採用すると、混同のおそれがあることは保護要件とはならない。ランハム法は、驰名商标権者との当事者との間には競

⁴⁶ 各国の商標法の立法体制について、詳しくは特許庁による平成19年度の「著名商標に係る保護の拡大等に関する調査研究報告書」を参照。

驰名商标の保護に関し、いずれの法域も、馳名である旨を予め登録することによって権利が付与されるというような制度は採用していない。このため、非類似の商品・役務に対する使用から保護を受けるためには、名声又は馳名性の証明が求められる制度となっている。商標権の効力に関しては、混同を法文上の要件とせずに権利範囲を画するものと、具体的な個別事情を考慮して混同のおそれを法文上要件として権利範囲を画するものとの二つに分けられる。

前者は、日本商標法を始め、欧州各国の商標法の一部の規定（商標及び商品・役務がそれぞれ同一の場合には混同の生じるおそれを要件としていない）がここに属する。この法制では、形式的な権利範囲の保護に重点をおくものであるが、保護範囲を超えたところで生じる混同惹起行為への対応が困難な場合が生じることがある。

後者は、商品又は役務の出所混同のおそれという要件の下で、個別・具体的な事情を加味して権利範囲を画するものである。日本不正競争防止法、米国商標法、欧州各国の商標法の一部の規定（商標及び商品・役務が類似の範囲にある場合に混同が生じることを要件とするもの）がここに含まれ、また今回の調査対象国（及び地域）である豪州、ニュージーランド、台湾もこの類型といえる。商標の本質的な機能である出所表示機能を、個別具体的な事情を考慮して保護することが可能であり、商標が有するグッドウィルを真正面から保護する法制といえる。

⁴⁷ 欧州では、欧州共同体の1993年商標規則9条(1)(c)に、共同体商標と同一又は類似であり、登録された商品・役務と類似しない商品・役務について使用される標識で、当該商標が共同体内において名声を有している場合に、その標識の使用が正当な理由なく行われ、かつ、当該商標の識別力や名声から不当な利益を得るものである場合、又はそれらを害するものである場合について、商標権の侵害とみなすことを明記している。鄧宏光「欧盟商標反淡化法」『電子知識産権』2007年3期。

業関係があるにもかかわらず、混同、誤認及び欺罔のおそれにもかかわらず、馳名商標の識別力と顕著性を弱めることだけで、希釈化に該当すると規定している。⁴⁸ 各国の希釈化理論における立法例からすると、希釈行為の成否が混同のおそれと無関係であることは、各国の共通認識である。各国では、商標権の効力範囲について、登録商標の指定商品・役務と非類似のものであっても、当該登録商標が広く知られている場合や名声を有している場合には、馳名商標として商標権の効力を拡大させ、また同時に、商標の識別性・名声を不正利用あるいは害される場合には、商標権侵害としてその保護を図っている。

要するに、希釈化理論は、その商標が馳名で特定のなものであり、顧客吸引力を有するときには、これがたとえ異業種の商品等であれ冒用されると、その商品の表示力・広告力が拡散・希釈されその価値が害されるので、そのような冒用行為から保護されねばならないとするものである。この理論は、商品や営業等の混同からの保護を問題とする混同理論と重なり合う場合もあるが、一応別個の問題であり、「司法解釈」9条2項のもとでは馳名商標は、この理論により混同を問題とせず保護すべきであると思われる。

六. むすびに代えて

中国は、「司法解釈」の制定を契機に欧米にて確立している希釈化理論をはじめて明文化することになった。「司法解釈」9条2項の基礎としての商標法13条2項には、希釈化理論を運用する余地がないため、「司法解釈」の制定者は完全に混同理論を放棄することなく希釈化理論における法制度を構築せざるをえない。

希釈化理論は諸外国の商取引の状況に対応した考え方であり、その理論

が中国の国情に合致するか否かを十分検討するまでは、軽率に導入するのはやり方が性急すぎると思われる。日中両国は大陸法系に属し、馳名商標に対する保護の規定や実践状況は比較的類似している。そのため日本における関連法律規定、判例、学説は中国にとっても大いに参考となる。もし中国の立法、行政、司法部門及び学界において馳名商標保護における希釈化理論が十分認識理解されれば、馳名商標保護関連の法律の改定や関連の方法の改善に役立てられることは明らかである。

以上のように、希釈化における商標保護について、欧米諸国及び日本では中国国内よりも多くの事例の蓄積が見られ議論も進んでいる。中国においても、希釈化における商標権侵害が問題となるケースはさらに増加することが予想され、今後も現状把握と検討が必要と考えられる。商標法は商標の出所識別機能を保護するにとどまるべきなのか、あるいは、商標を財産権として保護することによって自己完結的な法制度とすべきなのかという問題を、今後さらに真剣に検討する必要がある。

今、中国商標法の第三次法改正にあたって、商標法に希釈化理論を導入すべきかが重要な課題となる。以上様々な事由により、希釈化理論はできる限り慎重に扱わなければならないだろう。仮に、今回の法改正にあたって、希釈化理論が正式に導入された場合、希釈化理論の運用における制限条項が併せて制定されることが望ましい。

⁴⁸ 15 U.S.C. § 1125(c)(1): Subject to the principles of equity, the owner of a famous mark that is distinctive, inherently or through acquired distinctiveness, shall be entitled to an injunction against another person who, at any time after the owner's mark has become famous, commences use of a mark or trade name in commerce that is likely to cause dilution by blurring or dilution by tarnishment of the famous mark, regardless of the presence or absence of actual or likely confusion, of competition, or of actual economic injury.