

中国における商標的使用等の一考察

Consideration about "the use of the trademark", etc in China

岡本特許事務所 所長・弁理士
一級知的財産管理技能士(特許・コンテンツ・ブランド専門業務)
岡本 智之

1. はじめに

【1】商標的使用とは

我が国商標法には、商標の出所表示機能に焦点をあてた「商標としての使用」、すなわち「商標的使用」という考え方（法理）がある。これは、商標権者以外の第三者が形式的には商標権侵害に該当する行為をなしたとしても、指定商品・役務を識別する機能を全く発揮していないことが明らかであれば、これを商標権の侵害とする必要はなく、物理的には、類似商品・役務に類似商標が付されていても、それがおよそ出所識別機能を果たしていないことが明らかである場合には商標として使用されていないということを理由に商標権侵害が否定される*1、という法理である。

【2】商標機能論とは

さらに我が国商標法には、商標の諸機能を害しているか否かに焦点をあてた「商標機能論」という考え方（法理）がある。これは、商標権者以外の第三者が商標権侵害に該当する「商標的使用」行為をなしたとしても、商標の諸機能を害していなければ実質的違法性を欠く*2、という法理である。

この法理は、「商標法は、商標の出所識別及び品質保証の各機能を保護することを通じて、当該商標の使用により築き上げられた商標権者の

グッドウィルを保護すると共に、流通秩序を維持し、需要者をして、商品の出所の同一性を識別し、購買にあたって選択を誤ることなく、自己の欲する一定の品質の商品の入手を可能ならしめ需要者の利益を保護しようとするものである。商標保護の直接の対象は、商標の機能であり、これを保護することによって窮極的には商標権者の利益のみならず、公共の利益をあわせて保護しようとするもので、商標保護の精神に照らし、商標の機能に対する侵害の有無を重視して合理的に決定しなければならない」*3（傍線筆者・一部要約）に基づくものである。

なお、この法理が、審理・判断された判例としては「マグアンプ K 事件」*4「フレッドペリー事件」*5「インクボトル事件」*6、等がある。

【3】商標的使用と商標機能論の関係

「商標的使用」と「商標機能論」は、商標権侵害を構成するか否かの審理・判断プロセスにおいて別異なる性質を有するものである。

「商標的使用」とは、形式的には商標法 2 条 3 項各号のいずれかに該当する「使用」であったとしても、商標の諸機能を発揮する実質的使用か否かを判断するものであり、商標権侵害を構成するための一要件なのである。

一方、「商標機能論」とは、同一又は類似の商品・役務に同一又は類似の商標を「商標的な使

用」をしており商標権侵害を構成するための要件を満たしていたとしても、商標の諸機能を害していなければ実質的違法性を欠くというものであることから、違法性阻却のための一抗弁なのである。

すなわち、商標権侵害訴訟において、商標的使用か否かは原告（商標権者）に立証責任があり、商標の諸機能を害しているか否か（商標機能論）は被告に立証責任があるのである。

なお、日本においては「商標的使用」であるか否かの立証責任が原告側にある（原告説）のか被告側にある（被告説）のか、には説の対立があることを付言しておく。すなわち、商標権侵害の構成の一要件であるという観点からすれば、立証責任は原告側にあると考えることに整合性があり、裁判所も概ね原告説をとっている*7。他方、学説上は被告説も存在しており*8、また、平成26年商標法改正（2015年4月1日施行）により、26条1項6号が新たに制定され、「商標的使用」が抗弁事由として規定されている。ただし、法改正後の裁判例では、管見の限り、「商標的使用」の法理で処理する裁判例と26条1項6号で処理する裁判例に分かれており、その運用はまだ安定していないと言えよう。

2. 第二次中国商標法等の概要

以下、第二次中国商標法*9 および、これに対応する中国商標実施条例*10を概観する。

中国では、2001年12月11日に世界貿易機構（World Trade Organization）加盟の効力が発効することにもない、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS協定）への手当てとして、知的財産関係の法整備及び改正を大幅に行った。中国商標法は、2001年10月27日に改正され2001年12月1日に施行された（以下、「第二次中国商標法」という。）。

第二次中国商標法8条には、商標の定義として「自然人、法人又はその他の組織の商品又はサービスを他の者の商品又はサービスと区別することができる如何なる視覚標識も、商標として登録出願することができ」（傍線・傍点筆者）とされている。ここから、少なくとも自他商品等識別機能を有するものは商標であると規定している。一方で併せて、それ以外も商標となり得ると規定していると解すべきである。

また、同52条(1)には、商標権侵害となる行為として「商標登録人の許諾を受けずに、同一商品又は類似商品にその登録商標と同一又は類似の商標を使用する場合」（傍線筆者）とされ、誤認混同は侵害構成の要件となっていない。なお、同条(5)には、「他の者が有する登録商標使用の排他権にその他の損害を与えている場合」と規定されている。この点、2002年8月3日公布の中国商標法実施条例（以下、「旧実施条例」という。）50条(1)には、第二次中国商標法52条(5)に規定の侵害行為の具体例として「同一又は類似の商品に、他人の登録商標と同一又は類似の標章を商品名又は外観装飾として使用し、公衆の誤認を生じさせる場合」（傍線筆者）とされている。さらに、旧実施条例3条には、使用の定義として「商標法及び本条例にいう商標の使用とは、商標を商品、商品の包装又は容器、及び商品取引書に用い、若しくは広告宣伝、展示及びその他の商業活動に商標を用いることをいう」と規定されている。

この点、第二次中国商標法52条(1)と旧実施条例50条(1)を比較検証すると、第二次中国商標法52条(1)に該当せず、同条(5)に該当する行為は「外観装飾として使用し、公衆の誤認を生じさせる場合」であると考えられる。なぜなら、第二次中国商標法52条(1)は端的には「同一又は類似の商品に同一又は類似の商標を使用する

場合」であり、旧実施条例 50 条(1)は端的には「同一又は類似の商品に同一又は類似の標章を商品名又は外観装飾として使用し、誤認させる場合」である。ここで「標章を商品名として使用」することは必然的に第二次中国商標法 8 条に規定の商標に該当するであろうから、旧実施条例 50 条(1)の意義は「同一類似の商品に同一類似の標章を他の者の商品・役務と区別するためでなくとも外観装飾として使用し、その結果、公衆の誤認を生じさせること」、にあると解することができるのである。

すなわち、第二次中国商標法を文言通り解釈すれば、我が国商標法における「商標的使用」や「商標機能論」という法理・概念はなく、商標的使用か否か、商標の諸機能を害しているか否かに関わらず、他人の登録商標と同一又は類似の標章の使用により公衆の誤認を生じさせる行為は、侵害を構成するのである。

もっとも、付言したい点とし、我が国不正競争防止法（以下、「不競法」という。）2 条 1 項 1 号と似た規定ではない。なぜなら、我が国不競法 2 条 1 項 1 号は商品等との関係（同一又は類似）は要件となっておらず、他人の周知の商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用して混同を生じさせる行為を不正競争行為と規定しており、一方、第二次中国商標法では、あくまでも同一又は類似の商品・役務での使用が要件となっているからである。

例を挙げるならば、「他人の登録商標と同一の文字を企業の商号として、同一サービスに目立って使用し関連する公衆に誤認を生じさせやすい行為をなした場合には、その行為は商標権侵害となる」とした上海市高級人民法院の判決がある^{*11}。

3. 第二次中国商標法下での諸問題

以上、第二次中国商標法の概要を述べたが、これまで、中国における商標権侵害の争いは、条文を文言通りに解釈し判断される傾向が強かったのであり、この点から問題の整理を試みたい。

【1】OEM 製品の問題

まず、本稿における OEM（Original Equipment Manufacturer）製品の定義・要件 (a)～(e)を以下に整理しておく。

(a) 企業 A は自社ブランド Z にかかる中国商標権を有しない。

(b) 企業 A は商標 Z を付した製品 Y の販売を X 国（中国以外）で行っている。

(c) 企業 A は商標 Z を付した製品 Y の販売を中国では行っていない。

(d) 企業 B は企業 A から委託され、製品 Y の製造を中国で行っている。

(e) 企業 B は製品 Y を全て X 国に輸出（企業 A に納品）している。

以下、特段の説明なく「OEM 製品」と言えば、(a)～(e)を満たすものをいう。

OEM 製品の問題とは、中国において商標 Z と同一又は類似の商標にかかる商標権の侵害を構成するののかという問題である。この問題の所在は「中国国内では販売されない輸出専用品（OEM 製品）は、中国において公衆の誤認を生じさせることはなく、商標権者に経済的不利益を生じさせることもないにも関わらず、侵害を構成するのか」、という点にある。我が国の法理で言えば、商標的使用をしていない（商標の諸機能を発揮していない）から、公衆の誤認を生じさせることはないのであり、商標の諸機能を害していない（商標機能論）から、商標権者に経済的

不利益を生じさせることもないのである。

なお、OEM 製品の問題は主として、中国から諸外国への輸出時の税関差押えの場面で顕在化するのである。ただし、中国において輸出は「商標の使用」には当たらない（旧実施条例 3 条）が、製品に商標を付する行為は「商標の使用」となる（同条）のである。

この問題は、中国の行政・司法において長らく意見が分かれていた。例えば、黄、馮^{*12}では、「中国では、OEM 生産における商標問題は、多く議論されているが、意見が纏まっていないのが現状である。中国の司法及び行政当局は、過去の十年間で多数の司法解釈及び意見を発表すると共に、訴訟や行政摘発等において法律を適用してきた。しかし、2008 年に上海市第一中級及び上海市高級人民法院が判決を下した JOLIDA 事件を分水嶺として、中国司法及び行政当局は一律に侵害を認める従来の傾向から、非侵害、又は個別具体的な事情によって判断する傾向に変わってきた。OEM 生産の商標権侵害については「商標使用行為」の解釈の問題と、「商標権侵害成否と混同惹起理論の関係」の問題がある^{*13}（傍線筆者・一部要約）としている。また、OEM 生産の問題として三つのモデルを挙げている。すなわち、①「国内生産企業が OEM 契約書に規定された数量、範囲を超えて、国外企業登録商標つきの商品を無断で生産するもの」②「国外企業は自国のみにおいて合法的な登録商標専用権を所有し（中国で当該商標を登録していない）、国内生産企業に OEM 生産を委託するものであり、国内企業或いは個人が中国において同一又は類似する登録商標の専用権を所有し輸出用商品にその商標を使用するもの」③「国外企業はその他の法域において合法的登録商標専用権を所有しないが他者もその法域において商標登録をしていない状況におい

て、国内生産企業に OEM 生産を委託し輸出用商品を製造させるもの^{*14}（一部要約）である。この場合、①については、商標権侵害を構成することに争いが無いが、②③については、争いがある。

上述のとおり、OEM 製品の問題は主として輸出時の税関差押えの場面で顕在化する。この点、中国では知的財産権侵害の紛争処理手段として、行政ルートと司法ルートがあるが、税関は行政法に基づいた執行部門であることから、法律を厳格に解釈して運用してきたと考えられる。

他方、司法（裁判所）は行政（税関）に比べて、法律を柔軟に適用してきたようである。以下、これまでの中国の OEM 製品に対する司法判断を概観したい。

2004 年 2 月 18 日公布の「北京市高級人民法院による商標民事紛争事件の審理に関する若干の問題に対する回答」（京高法発 [2004] 48 号）の第 13 条では「OEM 生産は、商標を使用する権利を持っている者による明確な委託に基づいたもので、かつ OEM 製品は中国で販売されず、関係民衆の混同誤認を招かないものであれば商標権侵害と認定されるべきではない^{*15}（傍線筆者）」と規定されている。この規定は、輸出先において商標権侵害を構成しないことが要件となっていると解釈することが妥当であろう。

また 2006 年 2 月 13 日公布の「北京市高級人民法院による商標民事紛争事件の審理に関する若干の問題に対する回答」（京高法発 [2006] 68 号）の第 21 条では「請負加工が他人の登録商標を付す商品に及ぶときは、請負者は依頼者が登録商標専用権を享有しているかどうかについて審査を行わなければならない。注意義務を怠って登録商標の専用権を侵害する商品を加工したときは、請負者は依頼者とともに共同の権利侵害を構成し、依頼者と共同で損害賠償等の

責任を負担させなければならない」^{*16}（傍線筆者）と規定されている。本規定は、OEM 製品に関するものであることは確かであるが、本稿で定義した OEM 製品には限られない。すなわち、中国での販売も含まれており、依頼者が、中国で商標権を有していることが要件と解釈することが妥当であろう。

さらに、同 26 条では「正当な商標の標識の使用を構成する行為は以下の要件を具備しなければならない。(1)善意による使用であること、(2)自己のための商品の商標の使用ではないこと、(3)自己の商品を説明または詳述するためだけの使用であること」と規定され、同 27 条では「第 26 条に規定する要件を満足させる以下の行為は、正当な商標の標識の使用行為に該当する」として、

「(1) 登録商標の使用に当該商品の一般名称、図形、型番が含まれている場合、

「(2) 登録商標の使用に直接的に商品の性質、用途、品質、主要な原材料、種類及びその他の特徴を表示する標識であるとき、

「(3) 商品の販売時に、出所の説明、用途の支持等の必要な範囲で他人の登録商標の標識を使用すること、

「(4) 他人の登録商標と同一又は類似する自己の企業名称及びその商号を規範的に使用すること、

「(5) 他人の登録商標と同一又は類似する自己の所在地の地名を使用するとき、

「(6) その他正当に商標の標識を使用する行為に該当するとき、

と規定^{*17}されている。同 26 条を本稿で定義した OEM 製品に当てはめてみると、少なくとも(3)を満たさない(すなわち、侵害を構成する)。なお、同 27 条は我が国商標法 26 条に近い規定と言えよう。

以上の通り、2004 年には、OEM 製品は原則商標権侵害を構成しないと示し、その僅か 2 年後の 2006 年には、OEM 製品は原則商標権侵害を構成すると示しており、中国司法当局の意見が纏まっていなかったことが分かるのである。

では、実際の判例はどうであったのだろうか。以下、時系列に概観する。

中国における OEM 製品に関する商標民事紛争事件としてまず挙げられるのは、2002 年の「NIKE 事件」(深圳市中級人民法院判決)である。

この判決では上述した通り、第二次中国商標法 52 条(1)では「誤認混同」は侵害構成の要件となっていないことから、条文の文言通り侵害を肯定している。

また、2006 年の「HENKEL 事件」(広東省高級人民法院判決)も同様の理由(条文文言通り)で、侵害を肯定している。

さらに、2010 年の「SCALEXTRIC 事件」(北京市高級人民法院判決)では、OEM 製品の製造が第二次中国商標法 44 条(4)に該当するか(不使用取消されるか)否かが争われ、OEM 製品に商標を付する行為が使用に該当すると判断された。

他方、侵害を否定している判決として、まず挙げられるのは、2009 年の「JOLIDA 事件」(上海市高級人民法院判決)である。

この判決では、「本件商標は中国国外のみにおいて商品出所を識別する役割を果たしているため、国内関係者を混同誤認させるはずがなく、被告が国内における商標権者に損害を与えることがない」^{*18}として、侵害を否定している。

また、2011 年の「Crocodile 事件」(上海市中級人民法院判決)も同様の理由(商標権者に損害を与えることがない)で、侵害を否定している。

さらに、2012 年の「無印良品事件」(最高人民法院判決)は異議申立棄却を不服とする行政

訴訟であるが、商標の根本的な機能は識別機能であり、商標は商品の流通過程においてのみ、その機能を発揮する事ができるとし、OEM 製品で使用した商標は商標法 31 条（第二次中国商標法）に定められた「他人が既に使用している一定の影響のある商標」にあたらぬ、と判示している。また、2015 年の「PRETUL 事件」（最高人民法院判決）でも OEM 製品に使用される商標は、商品の出所として機能せず、消費者が出所を混同する可能性がない、と判示している。

上記した侵害を否定している判決は、我が国の「商標的使用」「商標機能論」の法理と親和性があると言えよう。

以上、侵害を肯定する判決は、第二次中国商標法 52 条(1)や旧実施条例 3 条の文言に基づき厳格に判断しており、侵害を否定する判決は、法令をその趣旨に基づき柔軟に判断していると言える。

さらに、筆者が注目したい判決を 2 つ紹介したい。

ひとつは、2005 年の「RBI 事件」（浙江省高级人民法院判決）である。この判決では、「商標権侵害を構成するかを判定するには、混同又は誤認を招いたかではなく、同一又は類似の商品において、登録商標と同様又は類似する商標を使用したか否かを構成要件とするのであり、混同誤認を招いたかは商標が類似するかを判断する際の要件であり、商標権侵害を判定する直接的要件ではない」*19（傍線筆者・一部要約）という見解を示している。そして、類似の権利侵害ではなく同一の権利侵害であった本件については、混同誤認を招いたか否かによらず、侵害を肯定している。この点、例えば、我が国不競争法 2 条 1 項 1 号は、類似と混同はそれぞれ独立した要件である*20 とされていることからすれ

ば、その違いは興味深いものであるが、この判決によれば、「類似の権利侵害」の場合には混同誤認が要件となり得ると言えよう。

もうひとつは、「PRETUL 事件」判決から僅か 3 週間後の「DONG FENG 事件」（江蘇高級人民法院判決）である。この判決では、下級審（常熟中級人民法院）の「OEM 製品は商標権侵害を構成しない」という判断を覆している。その理由は、『DONG FENG+中国語』商標は中国において馳名商標であった。A 社（インドネシア企業）は同一商標をインドネシアで登録した上で、インドネシアへの輸出用製品（OEM 製品）の製造を被告 B 社（中国企業）に委託した。この点、被告 B 社は A 社の商標に係る中国での権利を確認する適切なデューデリジェンスを怠った。すなわち、B 社は当該商標が中国で登録された馳名商標であり、A 社が悪意で行為を行ったことを知っているはずであった」ということである。この判決によれば、OEM 製品の中国国内での製造委託を受けた者は、当該 OEM 製品に付された商標が中国国内で著名であるか否か、著名である場合には、委託元が中国国内で権利を有しているかを確認しておく義務があると言えよう。ただし、どの程度高度な確認（注意）義務が求められるのかは明確に示されていない。

<小括>

以上の通り、OEM 製品の問題は、少なくとも近年（2009 年頃以降）においては、我が国の法理「商標的使用」「商標機能論」に近い議論が展開されているのである。もっとも、中国においては、たとえ最高人民法院の判決であっても先例拘束性はなく、信頼性のある判断は「法改正」または「最高人民法院の司法解釈」を待つ必要がある。

なお、本稿では、十分な分析は今後の課題としたいが、上述した各裁判例を良くみれば、侵害認否の判断は中国の地域性とも関係していると考えるのである。すなわち、司法の地方保護主義の問題である。

つまり、北京や上海等の経済的発展が著しく、生産活動よりも消費活動の方が勢い勝る地域においては、諸外国との経済的結びつきの強さから、OEM 製品の侵害を否定することの方が望ましいであろう。一方、内陸部等経済的発展の途上にあり、消費活動よりも生産活動の方が勢い勝る地域においては、侵害品の国外への流出、国内での流通を防止^{*21}するためにも、OEM 製品の侵害を肯定することの方が望ましいであろう。すなわち、中国の国内事情（地域特性）を考慮することも重要である。

【2】 広告宣伝・品質・機能表示の問題

次に、広告宣伝・品質・機能表示の問題を考察したい。この問題の所在は、製品やカタログ、或いは POP (Point of purchase advertising) 等に、広告宣伝用語(いわゆるキャッチコピー)や品質・機能を表示することが、商標の使用になるのか、という点にある。我が国の法理で言えば、「商標的使用」ではない(商標の諸機能を発揮していない)のだから、侵害を構成しない(非侵害)ということになる。もっとも、我が国の取引実情においても、商品名とは別に「売り」となる機能名の表示を併記することは珍しいことではない。この場合、需要者が機能名をもって商品を識別しているか否かが問題になる。すなわち、需要者が機能名をもって商品を識別している取引実情があれば、当該機能名の表示は、商標の使用に該当するであろう。例を挙げれば、パナソニック社の「エコナビ」、シャープ社の「プラズマクラスター」等は、いずれ

も機能名称(技術名称)であるが、需要者(消費者)は「エコナビの冷蔵庫が欲しい」とか「プラズマクラスターのエアコンが欲しい」等のように、「エコナビ」や「プラズマクラスター」によって、他社製品と識別しているのである。すなわち、商標としての機能を発揮しているのである。そうであるならば、商標権の保護対象としなければ、誤認混同のおそれがあり、需要者の利益保護(商標法1条)の趣旨に悖るのである。

第二次中国商標法8条(商標の定義)では、自他商品等識別機能は必須要件ではないと解される。もっとも、旧実施条例50条(1)の意義を考えれば、識別力がないとしても、商品名・サービス名であることが要件と解される。

そうであるならば、広告宣伝・品質表示は少なくとも第二次中国商標法52条(1)(侵害となる行為)には原則として該当しない。では、同52条(5)、旧実施条例50条(1)には該当するのであるか。上述した通り、旧実施条例50条(1)の意義は、「同一又は類似の商品に、同一又は類似の標章を、他の者の商品等と区別するためでなくとも、外観装飾として使用し、公衆の誤認を生じさせること」にあると解される。また、2006年2月13日公布の北京市高级人民法院による商標民事紛争事件の審理に関する若干の問題に対する回答の26条(正当な商標の使用)^{*22}(1)(2)(3)の要件は全て満たすであろう。さらに、同27条(2)に該当する可能性もあるであろう。すなわち、侵害を構成しない可能性が高いと考えられるのである。

この点、例を挙げるならば、2008年の「Bio Fresh 事件」(上海市中級人民法院判決)がある。これは「Bio Fresh」という文字が付されたシーメンス(SIEMENS)の冷蔵庫の中国における製造業者および販売業者が、「BIOFRESH」の商標権者に商標権侵害訴訟を提起されたもので

ある。この判決では「シーメンスの冷蔵庫には商標「SIEMENS」がより一層目立つように記された上で、隣に「Bio Fresh」の文字があり、更に「生物保鮮」の漢字4文字が対応して使用されていることから見れば、「Bio Fresh」の文字は製品の特徴及び機能に対する説明及び記述であり、異なるブランドの冷蔵庫又は冷蔵庫の製造業者について消費者に混同誤認させることはなく、原告の商標に対する合理的な使用に属する」と侵害を否定している。

<小括>

以上の通り、広告宣伝・品質・機能表示の問題は、我が国の「商標的使用」の法理と同じように処理することができるかと解する。もっとも、需要者が見て明らかに「これが商品名（サービス名）」と認識・識別できる記載があることが前提であり、広告宣伝・品質・機能表示はあくまでも付記的に使用することが重要である。

4. 第三次中国商標法等の概要

2013年8月30日に改正され2014年5月1日に施行された中国商標法（以下、「第三次中国商標法」という。）^{*23}の概要について、第二次中国商標法と比較しながら、概観したい。

第三次中国商標法では、商標の定義（8条）として「自然人、法人又はその他の組織の商品を他人の商品と区別することができる文字、図形、（以下、略）」（傍線筆者）とされ、第二次中国商標法8条「自然人、法人又はその他の組織の商品又はサービスを他の者の商品又はサービスと区別することができる如何なる視覚標識も、商標として登録出願することができ、（以下、略）」（傍点筆者）と比較して「自他商品等識別機能」を有することが必須要件になったことが明確に示されたと解することができる。そして、第三

次改正の中でもっとも注目されたのが、同48条（商標の使用の定義）である。

第三次中国商標法48条（商標の使用の定義）では、「この法律で商標の使用とは、商品、商品の包装若しくは容器及び商品取引書類上に商標を用いること、又は広告宣伝、展示及びその他の商業活動中に商標を用いることにより、商品の出所を識別するための行為をいう」（傍線筆者）と規定された。すなわち、出所表示機能を発揮することが要件であることが明確に規定されたのである。これは、旧実施条例3条の文言上にはない要件である。

参考までに、第三次中国商標法（商標の使用の定義）の草案では、「本法にいう商標の使用とは、商品の出所を識別するために、商標を商品、商品の包装又は容器及び商品の取引書類に使用し、或いは商標を広告宣伝、展示及びその他のビジネス活動に使用する行為のことを指す」となっていた。

草案と比較して、商標の使用に当たるためには「出所表示機能」を発揮していることが要件となっていることについての明確性が強化されている。このことは、法の解釈の余地を遮断すべく修正したと推察できるのではないだろうか。すなわち、第三次中国商標法48条により、中国においても、我が国の「商標的使用」の法理と同様の運用がなされることになるであろう。そうであるならば、OEM製品は、中国の関連する公衆がOEM製品の商標に触れることはないのであるから、すなわち、中国の関連する公衆に向けて、商品の出所を識別するための行為をしていないのであるから、同48条の「使用」には該当しないのである。従って、第三次中国商標法制度下においては、OEM製品の商標権侵害問題は解決したと言えるのである。また、広告宣伝・品質・機能表示の問題は第二次中国

商標と比して、より明確に侵害か否かの予見可能性は高まったと言えるのである。

なお、管見の限りでは、第三次中国商標法施行以降の OEM 製品や広告宣伝・品質・機能表示に関する裁判例は未だ見当たらない。

さらに、第三次中国商標法では、商標権侵害行為（57条）として、

「(1) 商標登録者の許諾を得ずに、同一の商品にその登録商標と同様の商標を使用すること」、

「(2) 商標登録者の許諾を得ずに、同一の商品にその登録商標と類似の商標を使用し、又は類似の商品にその登録商標と同一若しくは類似の商標を使用し、容易に混同を生じさせること」、

「(3) 登録商標専用権を侵害する商品を販売すること」、

「(4) 他人の登録商標の標章を偽造若しくは無断で製造し、又は偽造若しくは無断で製造した登録商標の標章を販売すること」、

「(5) 商標登録者の許諾を得ずに、その登録商標を変更し変更した商標を使用する商品を市場に投入すること」、

「(6) 他人の登録商標専用権を侵害する行為に対して、故意に便宜を提供し、他人による登録商標専用権侵害行為の実施を幫助すること」、

「(7) 他人の登録商標専用権にその他の損害を与えること」、

（傍線・傍点筆者）と規定され、第二次中国商標法 52 条と比較して、侵害行為の明確化がなされた。

以下、我が国商標法と比較する。

第三次中国商標法 57 条 1 号は専用権の侵害規定であり、我が国商標法 25 条（商標権の効力）に相当する。

第三次中国商標法 57 条 2 号は禁止権の侵害規定であり、我が国商標法 37 条 1 号（侵害とみなす行為）に相当する。ただし、我が国商標

法と異なる点として、禁止権の範囲では「容易に混同を生じさせること」が要件となっている。

この点、我が国商標法においても、侵害の場面では、禁止権の範囲（類似する範囲）は、「対比される両商標が同一又は類似の商品に使用された場合に、その外観、観念、称号等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察した結果、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあると認められる関係にあるか否かによって判断する」とした判例^{*24}、「商品の類似について、商品自体が取引上誤認混同のおそれがあるかどうかにより判定すべきではなく、それらの商品が通常同一営業主により販売されている等の事情により、それらの商品に同一又は類似の商標を使用するときは、同一営業主の製造又は販売にかかる商品と誤認されるおそれがあると認められる関係にあるか否かによって判断する」とした判例^{*25}があることに鑑みれば、第三次中国商標法では法上、明文化したことに意義があると言える。また、上述した「RBI 事件」判決の通り、同一の権利侵害では混同は不問であるが類似の権利侵害では混同を要件にしたとも考えられる。

第三次中国商標法 57 条 3 号は、同 48 条（商標の使用の定義）が「商品等に商標を付する行為等」（我が国商標法 2 条 3 項 1 号に相当）に限定解釈されることを想定した手当て（我が国商標法 2 条 3 項 2 号に相当）と言える。

第三次中国商標法 57 条 4 号は、第二次中国商標法 52 条(3)、我が国商標法 37 条 7 号に相当する。

第三次中国商標法 57 条 5 号は、第二次中国商標法 52 条(4)に相当し、我が国商標法にはない規定である。もともと、登録商標の変更の一態様として商標の剥奪抹消が含まれると解するが、この点、「商標機能論」の法理から、我が国

においても侵害を構成する^{*26}。

第三次中国商標法 57 条 6 号は、第二次中国商標法から追加された規定であり、旧実施条例 50 条(2)、我が国商標法 37 条 4 号、6 号、7 号を包括し、かつ上位概念化した規定と言える。なお、「便宜の提供」の具体例は、2014 年 5 月 1 日施行の中国商標法実施条例（以下、「新実施条例」という。）^{*27} 75 条に規定されている。我が国においても導入の検討に値する規定と評価できる。

第三次中国商標法 57 条 7 号は、第二次中国商標法 52 条(5)に相当する。また、旧実施条例 50 条(1)に相当する規定は、新実施条例 76 条であり「同一又は類似の商品に、他人の登録商標と同一又は類似の標章を商品名又は装飾として使用し、公衆の誤解を生じさせることは、商標法第 57 条 2 号に規定される商標権に関する侵害行為に該当する」としている。この点、上述した旧実施条例 50 条(1)の意義と同様に「同一類似の商品に同一類似の標章を、商品の出所を識別するためでなくとも、装飾として使用し、その結果、公衆の誤解を生じさせること」、にあると解釈できる。

最後に、上述した 2006 年 2 月 13 日公布の「北京市高級人民法院による商標民事紛争事件の審理に関する若干の問題に対する回答」第 27 条に相当する規定として、第三次中国商標法 59 条が新設されたことは評価できるであろう。

第三次中国商標法 59 条では「登録商標に、この商品の通用名称、図形、規格、若しくは商品の品質、主要原材料、機能、用途、重量、数量及びその他の特徴を直接に表すものを含むとき、又は地名を含むときは、登録商標専用権者は、他人の正当な使用を禁止する権利を有しない」と規定されており、我が国商標法 26 条に相当する。

<小括>

以上の通り、第三次中国商標法は、「商標の使用」の定義の明確化、「商標権侵害行為」の明確化、「商標権の効力が及ばない行為」の明確化がなされており、我が国商標法にかなり近づいたと評価できる。我が国の商標実務を担当する者にとって、今後、中国での商標権侵害に対する予見可能性が高まったと言えよう。ただし、OEM 製品が商標の使用に該当しないことが明確になったとはいえ、第三次中国商標法制度下での税関・裁判の対応はまだ不透明であることも確かである。そのため、今後、OEM 製品について中国での商標登録は不要と判断することは時期尚早と考える。中国市場の特性を考えた場合、商標権者からの警告や提訴等を受けるリスクは残存しており、このような警告や提訴への対応の手間（時間・費用）を考えた場合、また、当初は OEM 製品であったものの、事業戦略の変更により、中国でも販売することになったような場合、などを考えると、中国でも商標登録を行っておくことが望ましいのである。そして、この場合、OEM 製品が商標の使用に該当しないことが明確になったということは、そのことは、中国において「不使用」であるということの意味する。すなわち、不使用取消審判（第三次中国商標法 49 条後文）対策が必要となる。例えば、OEM 製品について、中国国内からもアクセス可能なオンライン購入サイトを一時的・断続的に立ち上げ、継続して 3 年の不使用とならないように手当てしておくことも一考に値するのではないだろうか。そしてこの際、「インターネット上の商標及びその他の標識に係る工業所有権の保護に関する共同勧告」^{*28} を考慮した使用、たとえば、「中国語の表記」や「人民元の表記」に留意されたい。また、公証等による証拠保持をしておくことが望ましいであろう。

5. 中国における商標的使用等の考察

以上の通り、第三次中国商標法 48 条により、中国においても我が国の「商標的使用」の法理が適用可能となる。なお、商標の諸機能（自他商品等識別機能、出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能）の内、出所表示機能を発揮し、他の機能は発揮していない使用態様は想起できないのである。

他方、第三次中国商標法 57 条 2 号、4 号、5 号、7 号により、商標の諸機能を害する行為の少なくとも一部が明確になった。今後の司法ルート・行政ルートにおいて「商標機能論」の法理につながる判断を期待し、注視したい。

6. 日本における商標的使用等との比較

第三次中国商標法 48 条により、「商標的使用」の法理は、日本と中国とで差は無くなったと判断する。一方、「商標機能論」の法理は、まだ不透明であり、中国において確立された法理と判断できるまでには至っていないと考える。

7. まとめ

以上より、本稿では以下を結論としたい。

「商標的使用」の法理は、第三次中国商標法の下、確立した、もしくは確立すると考える。

「商標機能論」の法理は、第三次中国商標法の下、まだ不透明な部分はあるが、第三次改正によって、法理確立の可能性は高まったと考える。

【注記（引用文献、参考文献）】

- *1 田村善之『商標法概説〔第 2 版〕』（弘文堂、2000）141～142 頁
- *2 前掲・注 1）163～164 頁
- *3 大阪地裁 昭和 45 年（1970 年）2 月 27 日判決、昭和 43 年（ワ）第 7003 号
- *4 大阪地裁平成 6 年（1994 年）2 月 24 日判決、平成 6 年（ワ）第 11250 号
- *5 最高裁第一小法廷平成 15 年（2003 年）2 月 27 日判決、

平 14 年（受）1100 号

- *6 東京高裁平成 16 年（2004 年）8 月 31 日判決、平成 15 年（ネ）第 899 号
- *7 西田美昭『民事弁護と裁判実務（8）』（ぎょうせい、1998）461 頁、「商標権侵害訴訟の要件事実（田中俊次編）」
- *8 前掲・注 1）156 頁
- *9 特許庁ホームページ外国産業財産権制度情報「中国商標法」（日本語訳）、2001 年 10 月 27 日改正、2001 年 12 月 1 日施行
- *10 独立行政法人日本貿易振興機構北京センター知的財産権部編「中華人民共和国商標法实施条例」（和訳）、2002 年 8 月 3 日公布
- *11 黒瀬雅志「第 4 回 商標をめぐる紛争」NBL868 号（2007）43 頁
- *12 黄暉、馮超「OEM における商標権侵害問題の解析-商標使用の視点から-」パテント 66 巻 7 号（2013）113～126 頁
- *13 前掲・注 12）113 頁
- *14 前掲・注 12）114 頁
- *15 前掲・注 12）115 頁
- *16 日本貿易振興機構上海事務所知識産権部「司法上の重要トピックにかかる法令・事例に関する調査報告書-巧妙な模倣行為に関する事例分析調査-（2013 年 3 月）」（2013）31 頁
- *17 前掲・注 16）55 頁
- *18 前掲・注 12）116～117 頁
- *19 前掲・注 12）117 頁
- *20 最高裁第二小法廷昭和 58 年（1983 年）10 月 7 日判決
- *21 我が国商標法の平成 18 年改正で、商標の使用に「輸出」が追加された趣旨と同様である。
- *22 中国では「正当な商標の使用」を「合理的使用」と呼ぶ場合がある。合理的使用とは、我が国で言えば「非商標的使用」のことである。
- *23 日本貿易振興機構北京事務所「中華人民共和国商標法」（日本語訳）、2013 年 8 月 30 日改正、2014 年 5 月 1 日施行
- *24 最高裁第三小法廷昭和 43 年（1968 年）2 月 27 日判決
- *25 最高裁第三小法廷昭和 36 年（1961 年）6 月 27 日判決
- *26 西沢茂稔「商標の消極的侵害について」特許管理 14 巻（1964）31 頁
- *27 日本貿易振興機構北京事務所「中華人民共和国商標法实施条例」（日本語訳）、2013 年 8 月 30 日改正、2014 年 5 月 1 日施行
- *28 2001 年 9 月 24 日から 10 月 3 日までジュネーブにおいて開催された、工業所有権保護のためのパリ同盟総会及び世界知的所有権機関(WIPO)一般総会において、「インターネット上の商標及びその他の標識に係る工業所有権の保護に関する共同勧告」が採択されている。

（論文受領日：2016 年 10 月 25 日）