コンテンツ題名・キャラクター名に係る商標の抜駆け出願対策のあり方

―― 日中の司法実務を中心に[1] ――

王　　熠※

はじめに
Ⅰ　現状把握 ―― 関連法規定の概要
Ⅱ　従来の審判・裁判例の整理・概観
Ⅲ　若干の検討
おわりに

はじめに

研究の背景

日中両国において、コンテンツ作品とそれに登場したキャラクターによる経済波及効果が重視されるため、政策的推進[2]により、関連ビジネスの市場規模の発展が促される。

調査によると、日本では、2021 年度のキャラクタービジネス市場は 2 兆 5,305

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 21 巻第 3 号 2022 年 11 月　ISSN 1347－0388

※　一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1)　本稿は、一橋大学法学研究科に提出した令和 3 年度修士論文をベースとして修正・加筆したものである。

本稿では、翻訳はいずれも筆者によるものであり、中国法の概念で、日本法には該当する概念がない場合または日本語で表記するとニュアンスが変わってしまう場合、中国法で用いられている漢字を用いて述べる。

また、本文・脚注および参考文献に添付する URL の最終確認年月日はすべて 2022 年 08 月 05 日である。

なお、傍線（波線を含む）はいずれも筆者が付したものであり、あくまでも強調用である。

億円と予測される[3]。中国では、2021 年度全国のコンテンツ産業生産額は、5,000 億元超に至ったと計算される[4]。

このように、多くの商機をもたらす可能性があるからこそ、キャラクター商品化[5]の展開の過程においては、顧客吸引力を発揮するキャラクターの諸要素を不正に利用して経済上の利益をあげるというタダ乗り行為[6]が氾濫している。その中には、とりわけ知名度のあるコンテンツ題名またはキャラクター名などを無断で商標登録出願する行為[7]（「商標の抜駆け出願」とも呼ばれる）が深刻化してお

2)　具体的には、2002～2003 年に打ち出された模倣品・海賊版対策の取組の強化、コンテンツ・ビジネスの拡大などを内容とする日本の国家戦略の 1 つである「知財立国」政策がその例である。日本では、「知財立国」政策をはじめとし、「コンテンツ産業施策」や「クールジャパン戦略」などの宣伝・推進に加え、「コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律」の施行がある。

中国では、関連の国家政策には、文化和旅游部《“十四五”文化产业发展规划》（文旅政法发〔2021〕40 号）などがある。当該計画では、コンテンツ作品のクオリティー向上、産業チェーン（コンテンツ製作→提供→グッズ製造・販売という流れ）による増益などの点が強調されている。地方政府による政策としては、例えば、浙江省杭州市蕭山区が実施した《关于鼓励和促进动漫衍生品产业发展的实施细则》が挙げられる。当該細則により、グッズの設計開発・販売・授権費用など各段階において、経済上の優待（支援）を受けられる。

3)　株式会社矢野経済研究所によるマーケットレポート『2021 年版 キャラクタービジネス年鑑』を参照。

4)　北京动漫游戏产业协会「2021 年北京市动漫游戏产业发展报告」https://mp.weixin.qq.com/s/c23zVD3eN7EfPgrPLSS28A の統計データを基に計算した。

5)　いわゆる「商品化」／「マーチャンダイジング」というのは、英語の「merchandising」という語源に由来する言葉である。英語の紹介資料としては、WIPO『CHARACTER MERCHANDISING』（WO/INF/108、Report prepared by the International Bureau）（1994）という報告書を参照されたい。当該報告書の “THE CONCEPT OF CHARACTER MERCHANDISING” という章（6 頁）では、“CHARACTER MERCHANDISING” について、「キャラクター・マーチャンダイジングは、架空のキャラクターの創作者や実在する人物、あるいは許諾を得た一人もしくは複数の第三者が、キャラクターがもつ本質的な人格上の特徴（例えば、名前や画像、外観）に対して、様々な商品やサービスに合わせた翻案・二次的利用を行うこと、と定義できる。この行為は、将来的な顧客の間に、そのキャラクターに対する好意から、それらの商品を手に入れたいとか、サービスを利用したい等といった欲求を創り出そうとしているのである」と説明している。

6)　「フリーライド行為」とも呼ばれる。「フリーライド行為」（Free ride）とは、権限のない後行者は、「本来行うべき営業上の努力を払うことなく著名表示の有している顧客吸引力に」ただ乗りすることによって、先行者（真の権利者）の得るべき経済的利益を侵害するような競争行為という。経済産業省知的財産政策室編『逐条解説・不正競争防止法〔第 2 版〕』（商事法務、2019 年）76 頁を参照。

り、コンテンツ市場環境・競争秩序を乱し、キャラクター・ビジネスの健全な発展を阻害している[8)]。

したがって、題名・キャラクター名に係る商標の抜駆け出願（以下、「冒認商標」という）対策の強化に関する需要がより一層高まってくる。

問題の所在

従来の議論では、キャラクター名等の顧客吸引力という商業的価値そのものに着目し、顧客吸引力の保護や商品化による権益（いわゆる「商品化権（益）」）の重要性が強調されている[9)]。しかし、現行法による保護と重複している、あるいは、顧客吸引力を中核とする客体の内包と外延が曖昧であるなどの批判が多く見られる[10)]。結局、既存の法制度によって確立された利益バランスのメカニズムまたは競争ルールと衝突を生じるおそれがあるため、論争の的は、司法実務上、現行法の枠組内での保護の依拠・基準等に移り変わった。

日中の司法実務上、登録場面において、真の権利者は、商標の権利化を阻止する法的手段として、商標登録異議申立てあるいは商標無効審判請求・取消審判請求を通して、当該冒認商標を無効にするという道しかない。

---

7) 日中両国ともに、商標は登録主義と先願主義を採用している。すなわち、先に登録出願を行う者が審査を経て、登録が許可されると商標権が付与される。このような「早い者勝ち」の特性があるため、真の権利者以外の権限のない第三者は抜け駆け出願し、商標権を得る事例がかなり多い。

8) もっとも、日中商標法の共通の基本構造としては、商標使用権の制度がある。すなわち、商標がすでに先願により登録されていても、真の権利者はその権利者に商標使用に関するライセンス契約を締結することで、当該商標の使用を可能にする。ところが、ほとんどの真の権利者の視点において、コスト面や効率などの要素が検討される。そのため、やはり真の権利者自ら商標を取ることこそ、将来のビジネスの円滑な展開を促す最良の選択肢である。つまり、商標を確実に得ることは、商品化事業への障害を消滅させるための対策であると考えられる。

9) 日本の論考として、一般財団法人知的財団研究教育財団 知的財産研究所知財塾「キャラクター保護の現状と課題」報告書、牛木理一「商品化権法への道――著作権法適用の限界――」知財ぷりずむ 2012 年 1 月号 8-20 頁（2012 年）などを参照。

中国の論考として、刘春霖：《商品化权论》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》1999 年第 4 期 54-58 页、杨素娟、杜颖：《商品化权议》，载《河北法学》1998 年第 1 期 74-77 页を参照。张丹丹、张帆：《商品化权性质的理论之争及反思》，载《当代法学》2007 年 9 月刊（第 21 卷第 5 期）39-45 页も参照。

もっとも、題名・キャラクター名はある程度長いものや余程独創的なものでない限り、原則的には言語の著作物として認められず、著作権法による保護を受けることができない。これによって、題名・キャラクター名の冒認商標は、既存の著作権の侵害とする登録阻却事由（中国商標法 32 条）、既存の著作権との抵触による使用禁止権（日本商標法 29 条）の射程に入れることができないのである。

こうした現状をもって、真の権利者の利益保護に傾斜するような観点から、日中両国ともに、商標の権利付与・権利確定にかかる阻却事由の適用範囲を緩める傾向がある。この傾向について、理論的には十分な説明が行われていないため、過剰保護を招きかねないとの指摘[11]が見られる。つまり、真の権利者の利益に傾斜することによる過剰保護は、一般的な道徳的直感に基づく規制を正当化するおそれがあると問題視されている。

ゆえに、登録場面において、既存の法制度によって確立された利益バランス等を配慮した規範の構築が日中両国共通の課題と評価できよう。この課題に対して、

10）梅林勲「著作権制度の現状の問題と今後のあり方について」四天王寺大学紀要 第 58 号 8-9 頁（2014 年）は、いわゆる「商品化権」を新設する必要はなく、知名度のあるキャラクター名などの要素の無断利用行為を不正競争防止法の保護範囲内とすれば足ると指摘している。中川裕幸「キャラクターの商品化権：対象と法律上の権利（特集 キャラクターと知的財産）」IP マネジメントレビュー 16 号 12-21 頁（2015 年）は、立法技術上、いわゆる「商品化権」の射程範囲（線引き）の明確化には困難が伴われるとの結論を述べている。

何炼红、邓文武：《商品化权之反思与重解》，载《知识产权》2014 年第 8 期 3-9 页、张鹏：《日本商品化权的历史演变与理论探析》，载《知识产权》2016 年第 5 期 104-115 页などは、「商品化権益」は既存の権利の集合体（package of rights）として解されるべきであると説く、コンテンツ題名・キャラクター名等の冒認商標に対する規制は、「商品化権益」の創設により図るのではなく、現行法の枠組内に帰結すべき問題であるとの立場を示している。

11）中国では、題名・キャラクター名等の冒認商標に対する規制の強化により、未登録の著名商標への保護を超えるおそれがあるとの懸念が見られる。徐春江：《浅谈角色名称商品化权益的保护与限制》（キャラクター名称の商品化による権益の保護および制限について）https://mp.weixin.qq.com/s/8cHlRhLq5yR01NvV79SY6w を参照。また、同旨の論説として、陳思勤「著作物の題号又はキャラクターの名称からなる商標の無断出願 ── 中国法の現状と課題 ──」日本工業所有権法学会年報 44 号 21-41 頁（2021 年）が挙げられる。

日本では、商品化事業者等にそれらの名称を独占させるような保護の強化の妥当性について批判がなされている。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）を参照。

まずかつての審判・審決取消訴訟での阻却事由の適用について、どのような判断およびその変化があったかを明確する必要があり、さらに真の権利者の利益に傾斜することなく、慎重かつ中立的に利益衡量を行うことが求められるのではないかと考える。

本稿の目的

上記の問題意識から出発し、本稿は、従来の商標審判・裁判例での各登録阻却事由の理解と適用について分析を行い、商品化事業展開への支配（私益）と健全な商取引環境および事業者間の競争の自由の保障（公益）との比較衡量を深掘りし、最終的に適切な規制範囲を画定するための考慮要素（判断規範）の提示を試みたい。

本稿の目的は、主に2つあると考える。その一つは、題名・キャラクター名の冒認商標規制に関する司法実務上の変遷・現状等を明らかにすることである。もう一つは、利益衡量の視点から規制時の考慮要素（判断規範）について若干の評価・検討を加えることである。

Ⅰ　現状把握 ── 関連法規定の概要

以下は、審査基準をも含めて、現行法上の関連規定の理解と適用について考察する。

1　中国法[12)]

(1)　商標法

登録場面において冒認商標を対処するために、当事者は、以下の商標法上の規定を異議申立て事由または無効理由として主張することが多い。

第4条第1款[13)]（使用を目的としない悪意による商標登録出願）

12)　中国の法律条文の読み方としては、「条」→「款」→「項」である。

「(前略) 使用を目的としない悪意のある商標登録出願は拒絶しなければならない。」

第 10 条第 1 款第 8 項（悪影響のある）

「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」[14]

第 32 条（先行権利侵害）

「商標登録出願は、他人の既存の権利を侵害してはならない。他人が先に使用している一定の影響力のある商標を不正な手段で登録してはならない。」

---

13)　中国商標法第 4 回改正（2019 年 4 月 23 日公布、同年 11 月 1 日施行）で新設された条文である。馬彦華「中国商標法第 4 次改正 ── 悪意の商標出願への規制、商標権の保護の強化」知財ぷりずむ 206 号 14 頁（2019 年）を参照。判断基準・考量要件が「商標の登録出願行為を規範にするための若干の規定」（2019 年 10 月 16 日公布、2019 年 12 月 1 日施行）において明示された。

すなわち、「商標の登録出願行為を規範にするための若干の規定」（国家市場監督管理総局 17 号令）8 条「商標登録出願に係る部門は、商標登録出願が商標法第 4 条に違反しているか否かについて判断する際に、次に掲げる要素を総合勘案する。①出願人またはそれと関連がある自然人、法人、その他の組織が登録出願した商標数、指定商品・役務の区分、商標の取引状況など、②出願人が所属する業種、経営状況など、③出願人が、既に効力が生じた行政的決定または裁定・司法判決によって、かつて悪意の商標登録行為があり、他人の商標権を侵害する行為があったと認定されたこと、④登録出願の商標が一定の知名度がある他人の商標と同一または類似すること、⑤登録出願の商標が有名人の姓名、企業の屋号、企業名称の略称またはその他の商業的標識などと同一または類似すること、⑥商標登録部門が考慮しなければならないと認めるその他の要素。」

14)　ここでいう「社会主義の道徳・風習」とは、「我が国の人民の共同生活とその行為に関する規準・規範および一定の時期内において社会に広く行なわれている優秀な風潮と習慣である」。「その他の悪影響」とは、「商標の文字・図形またはその他の構成要素により、我が国の政治・経済・文化・宗教・民族等の社会公共利益および社会公共秩序への消極的な影響である」。

商標局、商標評審委員会が制定した「商標審査および審理基準（2016 年 12 月改正版）」http://www.cta.org.cn/zcfg/xzgz/201703/W020170315577221074667.pdf を参照。当該基準 36 頁以降では、「その他の悪影響を及ぼすもの」に該当する場合が細分化され、具体例が挙げられている。性質上、当該条文は日本商標法の公序良俗条項と類似すると考えられる。

なお、2018 年《中央编办关于国家知识产权局所属事业单位机构编制的批复》（中央编办复字〔2018〕114 号）により、商標局、商標評審委員会は併合で国家知識産権局商標局に変更された。

第 44 条第 1 款（不正な手段による登録）

「登録された商標が、（中略）欺瞞的な手段若しくはその他の不正な手段を通じて登録された場合は、商標局は当該登録商標の無効宣告を行う。その他の単位又は個人は、商標評審委員会に当該登録商標の無効宣告を請求することができる。」[15]

その中、最も頻繁に主張される登録阻却事由は第 32 条前段である。そこで、題名・キャラクター名の商品化権益は「他人の既存の権利」[16]（原語は「在先权利」、以下、「先行権利」という）として解釈できるかが争われる。ほかに、後述で列挙している従来の裁判例からわかるように、商標法上の「絶対的無効事由」[17]のうちの「悪影響条項」（第 10 条第 1 款第 8 項、公序良俗条項に類似する）またはその他の不正な手段を通じて登録を受けた商標（第 44 条第 1 款）の該当性を肯定することで規制を与えることもある。

ここで特筆すべきことは、冒認商標が第 44 条第 1 款に当たるとした関連審判・裁判例では、係争商標の商標権者は使用を目的とせずに大規模に抜け駆け登

15）「その他の不正な手段を通じて登録された」は、規制された特定の民事権益侵害行為以外の、商標出願秩序を乱し、公共利益を害し、公共資源を不当に独占し、あるいは、その他の方法で不当な利益を図ること等により登録を受けた行為とされる。

商標局、商標評審委員会・前掲注 14）「商標審査および審理基準」178 頁では、3 つの典型的な「その他の不正な手段」が挙げられる。すなわち、「①他人の比較的高い識別力のある商標と同一・類似する複数の商標を登録出願した場合、②他人の企業の屋号、企業名称、社会組織およびその他の機構の名称、知名な商品の特有の名称、包装、内外装等と同一・類似する複数の商標を登録出願した場合、③大量に商標登録出願したが、使用する意図が明らかに欠けている場合（筆者注：通常の事業の需要を明らかに超えた登録出願行為や商標を高額で売却する目的での登録出願等）。」

16） 張鵬「商標の悪意ある冒認出願規制の日中比較研究」平成 29 年度知的財産に関する日中共同研究報告書「第三章 悪意の商標に関する研究」112 頁（2017 年）は、「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」とする。また、同 115 頁は、「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」と述べている。

先行権利条項の適用について、少し古い論考として、李揚／徐海峰（訳）「中国商標法における先使用権の知的財産法的解釈」知的財産法政策学研究 13 巻 101-129 頁（2006 年）が詳しい。

録出願を行ったという共通の事実が存在する[18]、ということである。言い換えると、無効に至った要因は、タダ乗り行為が真の権利者の利益を害した（私益毀損）というよりは、商標登録出願の管理秩序を乱し、行政審査・司法資源の無駄遣いを導いた（公序違反）と判断されたためである。2019 年商標法第 4 回改正では、「使用を目的としない悪意による商標登録出願」が拒絶事由・異議申立事由・無効理由に追加されたことにより、今後、明らかに使用意思なしに、他人の著作物の題名・キャラクター名からなる商標を大量に抜け駆け登録出願する行為は、第 4 条第 1 款と第 44 条第 1 款によって規制可能となる。この類型のケースの射程範囲は商標ブローカー[19]による大量な冒認出願の場合に限られており、普遍性が比較的低いため、本稿の検討対象には含まないものとする。

前記の規定のほかには、商標法第 13 条、14 条等には著名商標（原語は、「馳

17)　商標無効（又は出願拒絶）の法的事由として、「絶対的無効事由」と「相対的無効事由」の二つがある。「絶対的無効」とは、商標の「識別力」の有無、国旗や国際組織名称等と同一でないか、不正な手段や悪影響があるかどうかなどを問うものである。すなわち、他人の商標の存在の有無に関係なく問われるものなので「絶対的」と言われており、主に「社会公共の利益」に反するものである（中国商標法の第 10 条ないし第 44 条における商標登録の禁止規定違反、識別性欠如、公序良俗違反等の規定）。

「相対的無効事由」とは、先に登録・出願されている他人の商標との類否、他人の有名な商標と混同するおそれの有無、他人の先行権益と抵触の有無などを問うものである。すなわち、他人の商標の存在の有無に左右されるため「相対的」と言われており、「私的利益」に反するものである（中国商標第 32 条にて既存の権利の侵害等の規定）。

18)　典型例として、北京市第一中級人民法院（2011）一中知行初字第 1230 号行政判決書、北京市高級人民法院（2011）高行終字第 1428 号行政判決書〔クレヨンしんちゃん事件〕と北京知識産権法院（2015）京知行初字第 6058 号行政判決書〔黒子のバスケ事件〕が挙げられる。

たとえば、〔クレヨンしんちゃん事件〕では、係争商標の原商標権者は、第 9、18、25、44 類区分において他人のキャラクター名、著名商標と同一・類似の商標を大量に抜け駆け登録出願し、営利目的で登録商標を転売した事実がある。法院は、係争商標の登録出願は信義則（原語は、「诚实信用原则」）に反し、商標登録管理の秩序と公序を害するため、公共の利益を損害し、「不正な手段を通じて登録を受けた」ものに該当すると判断した。〔黒子のバスケ事件〕では、係争商標の商標権者が第 18、24、25、28、35 類区分において、『黒子のバスケ』、『スラムダンク』等の人気コンテンツ作品の題号やキャラクターの名称に関連する百件以上の商標登録を受けながら実際には使用していない。この事実について、法院は、企業経営の正常な範疇を超え、商標登録秩序を乱し、公平な競争と信義誠実の市場秩序を損害する行為であるとした。

19)　商標ブローカーとは、商標を使用する事業実態がないにもかかわらず商標登録出願を行い、商標を高額で売却したり、商標権侵害を根拠に多額の賠償金を得ようとする者を指す。

名商标」）への保護が設けられている。しかし、実務上、著名商標の認定要件に関する立証が容易ではないため、上記の規定に比べて、認められる可能性が低い[20]。本稿は紙幅の都合で省略する。

⑵ 商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件の審理に関する複数の規定

商標法を除き、商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件の審理において、「商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件の審理における若干問題に関する意見」[21]をはじめとする複数の規定も重要である。

①（2010年4月施行）最高人民法院による「商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件の審理における若干問題に関する意見」【法发〔2010〕12号】（以下、「2010年意見」／「意見」と略す）

当該意見により、絶対的無効事由（第10条第1款第8項、第44条第1款）の適用上の注意点が強調された[22]。また、第32条前段の「先行権利」について、柔軟に解釈する余地が与えられた[23]。

②（2017年3月施行）最高人民法院による「商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件の審理における若干問題に関する規定」【法释〔2017〕2号】（以下、「2017年法釈」／「法釈」と略す）

20） 一つの要因として、実務上、一部の企業はかつての地方政府の政策により、「著名商標」を一種の栄誉称号として理解しており、あるいは、それを商品・役務を売り込む道具として捉えている。ゆえに、同一・類似の商品・役務での事業者との競争で優位を得るため、あるいは、市場シェアを拡大してより多くの商業利益を獲得するといった目的を達成するために、提訴により「著名商標」の承認（原語は、「司法认驰」）を求める企業が存在する。さらに、「著名商標」の承認を図るために、虚偽の訴訟を提起することもある。孔祥俊：《驰名商标司法保护的回顾与展望》，载《人民司法》2013年第1期52-58页を参照。

このように、各審判・裁判例では、「著名商標」に対する判断がより慎重になる。特に、最高人民法院、最高人民検察院、公安部、司法部は、「虚偽の訴訟への懲罰強化に関する意見」（原語は、「关于进一步加强虚假诉讼犯罪惩治工作的意见」）【法发〔2021〕10号】を公布した（2021年3月10日施行）。当意見第5条では、「著名商標の承認を図る虚偽の訴訟」かどうかが審理のときに特に注意を払う必要のある一類型として挙げられる。

21） 当該「意見」は最高人民法院が下級審に対して、審理時の規範等を示すガイドラインであり、判断の根拠として直接に使うことはできないとされている。

商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件の急増につれ、数多くの商標法関連規定の統一的な適用基準の明確化が求められたことは当該法釈の制定の背景にある。これらの案件審理の実態を重視し、最高人民法院は一定の指針・規範を明示した 2010 年意見の一部の重要な内容を取り入れたうえで、司法実務上における顕著な問題点に対する調査研究・意見聴取に基づき当該法釈を制定した。その趣旨は、過去の司法実務の経験をまとめて、商標の権利付与・権利確定における条文適用の基準を改善し、信義則の提唱および適法競争の理念の貫徹により、商標出願・登録のより良い秩序を形成させることであるとされている。

法釈第 22 条第 2 款は、「商品化権益」保護の必要性が言及された審判・裁判例の経験を基にして設けられた規範であると評価されている。他人の経営成果を不当に冒用する行為を防ぐことがその目的とされている。一方で、社会公共（パブリック・ドメイン）の文化資源に対する社会公衆による自由利用を過度に制約することのないようにすることが強調されている[24)]。

---

22)　第 3 条「人民法院はある標章について『その他の悪影響』の有無を判断するとき、当該標章またはその構成要素が、中国の政治、経済、文化、宗教、民族等社会公共利益又は公共秩序に悪影響をもたらすかを考慮すべきであり、当該標章の商標登録が特定の民事権益のみを侵害する場合には、商標法には別途の救済方法と手続が定められるため、『その他の悪影響』を有すると認めるのは適切ではない。」

第 18 条「他人の一定の影響力を有する先使用商標を不正な手段で抜け駆け登録出願してはならない。その商標が他人の先使用された一定の影響力のあるものと知りながら抜け駆け登録出願を行う場合、不正な手段を利用したと認められる。（中略）先使用された一定の影響力のある商標に対して、非類似の商品区分に保護を与えるのは適切ではない。」

第 19 条「人民法院は、係争商標がその他の不正な手段により登録されたか否かについて審査・判断するとき、その手段が欺瞞の手段以外のもので、商標出願の秩序を乱し、公共利益を害し、公共資源を不当に独占し、または、その他の方法で不正な利益を図る手段であるか否かについて考慮すべきである。当該標章の商標登録が特定の民事権益のみを侵害する場合には、商標法に設けられるその他の相応の規定により審査・判断すべきである。」

23)　第 17 条「（前略）人民法院は、係争商標が第三者の既存の権利を害したか否かについて審査・判断するとき、（中略）商標法において特段の規定はないが、民法通則（筆者注：現「中華人民共和国民法典」）およびその他の法規定により保護すべき合法的権益に該当する場合には、『先行権利』に関する一般条項を適用することで保護を与えるべきである。」

24)　人民法院报：《最高人民法院知识产权庭负责人就《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》答记者问》https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/01/id/2511473.shtml を参照。

なお、2014年に公表された意見募集稿と現行規定との間には大きな相違点が存在する。それは「著作権保護期間内」という要件である。この要件についての検討は、Ⅲ章に譲る。

意見募集稿（2014年）[25]	現行規定（2017年）[26]
第十七条［著作物のキャラクターとキャラクター名］ （前略）著作物の題名、著作物のキャラクター名等は著作物に当たらないが、比較的高い知名度があるものについて、関連する区分の商品上に商標として使用することが権利者と許諾関係又はその他特定の関係があるとの誤解を容易に生じさせる場合には、商標法32条の保護すべき先行する権益に基づく当事者の主張が認められる。	第二十二条第二款 （前略）著作権保護期間内で知名度が比較的高い著作物の題名、キャラクター名等について、第三者が関連商品の商標として使用する行為が、権利者と許諾関係又はその他特定の関係があるとの誤解を容易に生じさせる場合には、先行する権益に基づく権利者の主張が認められる。

法釈では、先行権利に関する解釈[27]および絶対的無効事由の適用にかかる注意規定[28]には、大きな改正がなく、2010年意見で強調された点を踏襲するものといえる。

25) 中国法院网：《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定（征求意见稿）》（2014年10月14日公布、同年11月15日失効）https://www.chinacourt.org/law/detail/2014/10/id/147963.shtml を参照。

26) なお、JETROによる当該条文に関する和訳は「著作権保護期間内の作品について、作品の名称や作品におけるキャラクターの名称などが高い知名度を有し、それを商標として関連商品に使用すれば、権利者の許可を取得しているか或いは権利者と特定のつながりがあると公衆の誤認を招きやすく、当事者がこれにより先行権益を構成すると主張する場合、人民法院はこれを支持する。」である。https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/law/pdf/section/20170301.pdf を参照。

27) 第18条「商標法32条に定める既存の権利には、当事者が係争商標の出願日前に有する民事権利またはその他の保護すべき合法的権益が含まれる。（後略）」

28) 第5条「商標標識またはその構成要素は我が国の社会公共利益および公共秩序に消極的で負の影響を及ぼす場合、人民法院は、それを『その他の悪影響』があるものとして認めることができる。政治、文化、宗教、民族等の領域での公的人物の氏名等を登録出願するのは、『その他の悪影響』のあるものとされる。」

第24条「欺瞞の手段以外のその他の方法により、商標出願の秩序を乱し、公共利益を害し、公共資源を不当に独占し、または、不正な利益を図る行為について、人民法院は、『その他の不正な手段』として認めることができる。」

③　2019 年 4 月公布　北京市高級人民法院による「商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件に関する審理ガイドライン（指南）」[29]（以下、「2019 年指南」／「指南」と略す）

2019 年指南は、法釈等に基づき、過去の審判・裁判の経験を踏まえて制定されたものであるため、各異議申立て事由・無効事由の適用についての内容がより詳しい。

絶対的無効事由の該当性（第 4 条も含まれる）[30]についての判断基準や制限が設けられる[31]。

また、先行権利の範囲や「商品化権益」の取扱い等もさらに明確にされた。

16.1【既存の権利の範囲】
「当事者が不正競争防止法第 6 条を援用し、既存の合法的権益を主張する場合、商標法

29）　当該審理ガイドライン（指南）は法解釈に際して拘束力を有するものではないが、現行の法律、司法解釈、審判例・裁判例等を基に作成されたものであり、参考にする価値は高い。また、当該ガイドラインは、商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件における北京市高級人民法院の判断基準を統一させ、さらに審査効率を改善するための内部用の審理ルールであり、判決文に直接的に援用することのできる正式な法源ではない（傍論においてさえ言及不可である）。
　北京法院网：《北京市高级人民法院商标授权确权行政案件审理指南（中、英文版）》http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/04/id/3850624.shtml を参照。
　なお、当該審理ガイドライン（指南）に関する紹介は、遠藤誠「中国知財の最新動向　第 16 回『北京市高級人民法院による「商標の権利付与・権利確定の行政事件審理指南」（上）』」特許ニュース（No. 15053）2019 年 11 月 15 日刊と「中国知財の最新動向　第 17 回　『北京市高級人民法院による「商標の権利付与・権利確定の行政事件審理指南」（下）』」特許ニュース（No. 15092）2020 年 1 月 17 日刊がある。

30）　7.1【商標法第 4 条の適用】
「実質的な使用意図が明らかに欠如しており、かつ、次の各号に掲げる要件のいずれかを満たす場合には、商標法 4 条に違反するものと認められる。
（1）複数の第三者の一定の知名度を有するまたは比較的識別力のある商標と同一・類似の商標を登録出願し、かつ、情状が重大であること
（2）第三者の一定の知名度を有するまたは比較的に識別力のある商標と同一・類似の商標を登録出願し、かつ、情状が重大であること
（3）他人の商標以外の商業標識と同一・類似の商標を登録出願し、かつ、情状が重大であること
（4）一定の知名度のある地名、観光地の名称、建築物の名称等と同一・類似の商標を登録出願し、かつ、情状が重大であること
（5）大量な商標を登録出願するとき、正当な理由を欠くこと」

第 32 条を適用することで審理することができる。

係争商標の登録出願が他人の既存の権利を害したか否かについて判断する際には、一般的に明文で規定された既存の権利を依拠とする。」

16.18【「商品化権益」の記述】

「商品化権益」が未だに法律により定められていない状況において、裁判文書に「商品化権益」等の文言をそのまま使用することは適切ではない。

16.19【「商品化権益」判定の制限】

当事者の主張する「商品化権益」の内容が、氏名権、肖像権、著作権、一定の影響力のある商品（役務）の名称等の法律により明確に規定される権利又は利益として保護されうる場合、「商品化権益」についてのその主張を認めることは適切ではない。

商標法第 32 条の「先行権利」以外のその他の具体的な条項を根拠として、当事者に与える救済が不十分であり、かつ、前項に規定される状況によっても保護されない場合、特定の条件を満たすときに、当事者の主張に基づき、商標法第 32 条の「先行権利」を適用して保護することができる。ただし、不正競争防止法第 6 条の規定に基づき判断すべきことを原則としなければならない。

16.20【「特定の条件」の認定】

当審理ガイドライン 16.19 条に規定される「特定の条件」に該当するか否かを判断するには、次に掲げる要件を同時に備えなければならない：

(1)「保護対象」は著作物の題名、著作物に登場するキャラクターの名称等であること；

(2) 係争商標の出願日前、「保護対象」が既に一定の知名度を有すること；

---

31) 8.6【その他の悪影響に関する判断要素】

「公衆の日常生活経験により、または、辞書、参考図書等の公式文献、または、宗教等の領域での人々の通念により、係争商標の標識あるいはその構成要素が我が国の社会公共利益・公共秩序に消極的かつ負の影響を及ぼしうると確認できる場合、『その他の悪影響』を有するものとして認めることができる。

当事者の主観的意図、使用方法、損害結果を『その他の悪影響』の有無について判断する際の考慮要素とすることができる。」

17.3【「その他の不正な手段」に関する具体的な認定】

「次の各号に掲げる要件いずれかを満たす場合には、『その他の不正な手段で登録された商標』として認められる。

(1) 係争商標の出願人は、複数の商標を登録出願し、かつ、それらの商標が他人の比較的強い識別力のある商標や比較的高い知名度のある商標と同一・類似であること。

(2) 係争商標の出願人は、複数の商標を登録出願し、かつ、それらの商標が他人の屋号、社会組織の名称、一定の影響力のある商品の名称、包装、内外装等の商業標識と同一・類似であること。

(3) 係争商標の出願人は、商標を押し売りする行為、あるいは、真の権利者に高額で譲渡することを失敗した後、直ちに商標権侵害訴訟を提起する行為をしたこと。」

17.5【「その他の不正な手段」条項の適用に関する制限】

「商標の権利付与・権利確定にかかる行政案件を審理するとき、現有の証拠に基づき、商標法のその他の条項により無効宣告を行うことができる場合、商標法第 44 条 1 款を適用すべきではない。」

(3) 係争商標の登録出願者は悪意を持つこと；
(4) 係争商標・標章は「保護対象」と同一又は類似していること；
(5) 係争商標の指定商品は、「保護対象」の知名度が及ぶ範囲内にあるもので、関連公衆に、「保護対象」の利益所有者から使用許諾を受けているか又は利益所有者と特定の関係にあるかとの誤認を容易に生じさせること。

(3)　不正競争防止法

1993 年不正競争防止法第 5 条[32]と比べて、2017 年改正された第 6 条は、受け皿条項として機能しており[33]、影響力のある表示と混同させるような行為を対象として規制を与えうる。

2019 年指南により、不正競争防止法第 6 条を根拠とする主張に対して、商標法第 32 条前段における「先行権利」として扱うことができるようになった。

2　日本法

(1)　商標法

コンテンツ題名・キャラクター名の冒認商標に対する登録阻却事由として、表 1 のように、通常の場合、混同を抑止する趣旨の商標法 4 条 1 項 10 号[34]（未登録周知商標[35]と同一・類似の商標）および 15 号（出所の混同を生ずるおそれのある商標）が適用されうる[36]。この 2 つの条項では、出願時の経緯（不正の目的）

32)　改正前の第 5 条は受け皿条項として機能していないといえる。具体的な改正内容はジェトロによる「不正競争防止法新旧法対照表」https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/law/pdf/invest_065.pdf で確認・参照できる。

33)　第 6 条以外に、第 2 条は不正競争行為の認定に関する一般条項として位置づけられる。ただ、一般条項への逃避を防ぐ立場から、登録場面においては、第 2 条を根拠とする主張を認める可能性は極めて低いと推測する。
　第 2 条第 1 款「事業者は、生産・経営活動において、自由意思、平等、公平及び信義則に従い、法律および商業的道徳を遵守しなければならない。」
同条第 2 款「本法にいう不正競争行為とは、事業者が生産・経営活動において、本法の規定に違反し、市場の競争秩序を乱し、他の事業者または消費者の合法的な権益を損なう行為をいう。」改正前 1993 年の規定と比べ、「市場取引」が「生産・経営活動」と改正され、また、侵害の客体には、「消費者の合法的権益」が加えられた。
　中国不競法の一般条項の紹介および関連裁判例については、魏啓学 = 王洪亮「中国の『不正競争防止法』一般条項について」パテント 72 巻 13 号 37 頁以降（2019 年）が詳しい。

を要件とせず、商標自体の周知度[37]が共通の衡量要件として問われる。それ以外に、19号[38]は、出願時の経緯における不正の目的を前提に、国内外周知商標と同一・類似の商標出願・使用行為へ規制を与えうる。

ただし、関連審判例・裁判例の中には、10号と19号の該当性を肯定したものはほとんど見られない（また司法実務上問題となることも比較的少ない）[39]。そして、周知性要件を設けない7号（公序良俗に反する商標）[40]は拡大解釈の傾向[41]により、一つのアプローチにもなっている。

本稿で調べられた関連の審決取消訴訟では、7号と15号の該当性が主な争点

34） 4条1項10号 「次に掲げる商標については、前条の規定にかかわらず、商標登録を受けることができない。（中略）他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標又はこれに類似する商標であって、その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について使用をするもの。」

35） 日本における周知商標は特許情報プラットフォーム J-PlatPat（https://www.j-platpat.inpit.go.jp/t0400）で検索される。

36） 「外国標章等の保護に関する取扱い」（商標審査便覧 42.119.02、平成29年4月改訂）では、周知・著名なキャラクター商標の取扱いについて、「商品又は役務について使用されているものであって、標章として既に周知・著名となっているものについては商第4条第1項第10号あるいは同第15号に該当するものとして拒絶する。」とされている。https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/42_119_02.pdf を参照。

4条1項15号「次に掲げる商標については、前条の規定にかかわらず、商標登録を受けることができない。（中略）他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標（第十号から前号までに掲げるものを除く。）」

37） 特許庁「商標審査基準」（改訂第15版、令和2年3月発行）によれば、周知とは広く認識されることである。対象としての範囲は、最終消費者にまで周知であることは求められず、取引者間での周知性で足りるとされている。また、地理的範囲としては、ある一地方において周知であれば十分であり、全国的な範囲まで広く認識されることを必要としない。10号を適用するためには周知性要件を充足することが必須であるのに対して、15号では周知・著名の度合いは一考慮事由にすぎない。

38） 4条1項19号「次に掲げる商標については、前条の規定にかかわらず、商標登録を受けることができない。（中略）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って、不正の目的をもつて使用をするもの（前各号に掲げるものを除く。）」

ここでいう「不正の目的」には、不正の利益を得る目的（図利目的）又は他人に損害を与える目的（加害目的）、その他信義則に反する目的等が含まれる。工藤莞司『商標法の解説と裁判例（改訂版）』（マスターリンク、2015年）211頁を参照。

39） 19号には「前各号に掲げるものを除く。」との括弧書きが付されているため、前各号を認める場合には、19号に関する取消事由を判断するまでもなく登録が取り消されることとなる。

とされる。

表 1　日本商標法下の題名・キャラクター名の冒認商標を対象とした規制の仕組み

題名・キャラクター名からなる商標の条件		冒認商標の条件		登録阻却事由
周知性を問わない	登録状態を問わない	商標間の同一・類似性を問わない	商品間の同一・類似性を問わない	4-1-7
周知性	未登録	商標が同一・類似	商品が同一・類似	4-1-10
周知性（明文化されない）	登録状態を問わない	商標間の同一・類似性を問わない	「混同のおそれ」あり（商品間の同一・類似性を問わない）	4-1-15
周知性	登録状態を問わない	商標が同一・類似	「不正の目的」あり（商品間の同一・類似性を問わない）	4-1-19

＊紙幅の都合で「商品・役務」を「商品」として略す

（筆者整理・作成）

(2)　不正競争防止法

実務上、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号（周知表示混同行為）・2 号（著名表示

40)　4 条 1 項 7 号「次に掲げる商標については、前条の規定にかかわらず、商標登録を受けることができない。（中略）公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」

特許庁「商標審査基準」（改訂第 15 版、令和 2 年 3 月発行）によれば、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」には、「①その構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、矯激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字又は図形である場合、②当該商標の構成自体がそのようなものでなくとも、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当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、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ような場合」が含まれる。

41)　髙部眞規子『実務詳説商標関係訴訟』（金融財政事情研究会、2015 年）237 頁には、「7 号は、商標を構成する標章それ自体が公序良俗に反するような場合を超えて、商標登録を受けるべきでない者からされた登録出願についても適用されるなど、拡大傾向にある。かつて考えられていた以上に広い範囲で公序良俗が問題になり、また、審査基準や裁判例の一部においても、『公序良俗』という概念がかなり広範囲に用いられている。」と述べられている。

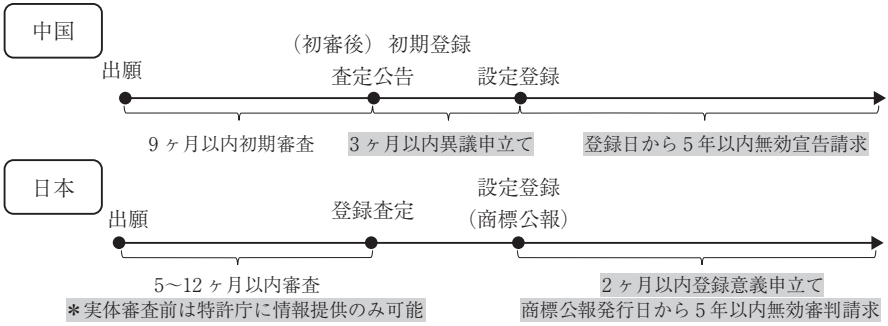
冒用行為）は主に侵害場面において商標法の補完として適用される。登録場面では、タダ乗り行為規制を趣旨とする4条1項15号ないし19号が実質的に類似の効果を実現するため、不正競争防止法による救済を図る必要はほとんどない。

3　各登録阻却事由の適用上の「役割分担」および制限

各登録阻却事由の適用上の「役割分担」および制限をよりよく説明するためには、商標の権利付与・権利確定に関する制度設計（商標登録出願の流れ）を整理する必要がある。

日中の商標出願の流れから、異議申立て請求を提起できる時点に相違点が見られる。すなわち、下記図1のように、中国では、申立／請求期間は（商標権付与前の）商標初期登録査定公告日から3ヶ月以内である。一方で、日本では、申立／請求期間は（商標権付与後の）商標掲載公報発行日[42]から2ヶ月以内である。このような制度設計により、各登録阻却事由の適用上の差異が生じる。

図1　異議申立て・無効請求に関する簡易時間軸



（筆者作成）

具体的に、中国商標法での関連条項は、表2のように、役割として拒絶事由・異議申立事由・無効理由に分けられ、さらに相対的／絶対的拒絶・無効理由と性質別に分類されるため、段階によっては適用上の制限が存在する。

それに対して、日本商標法4条1項（商標登録を受けることができない商標）

42)　商標掲載公報（「商標公報」とも呼ばれる）は登録された商標を公開するためのものであるため、発行日には、すでに「設定登録」の手続きは完了しているというわけである。

は消極的登録要件として、表 3 のような出願から登録後のいずれの段階においても適用されうるのである。

表 2　中国の関連登録阻却事由の適用に関する制度設計

根拠条文	適用可能の段階	性質
4-1 （使用目的がない）	実体審査、異議申立、 無効宣告請求 （除斥期間なし）	絶対的拒絶事由・異議申立事由・無効理由 （何人も申立て可能）
10-1-8 （悪影響がある）	実体審査、異議申立、 無効宣告請求 （除斥期間なし）	絶対的拒絶事由・異議申立事由・無効理由 （何人も申立て可能）
32 （先行権利侵害）	異議申立、 無効宣告請求 （登録日から 5 年以内）	相対的異議申立事由・無効理由 （利害関係者のみ申立て可能）
44-1 （不正な手段による登録）	無効宣告請求 （除斥期間なし）	絶対的無効理由 （何人も申立て可能）

（筆者作成）

表 3　日本の関連登録阻却事由の適用に関する制度設計

根拠条文	除斥期間	判断時期
4-1-7 （公序良俗違反）	なし	登録後に生じた場合でも無効理由となる（後発的無効理由）
4-1-10 （他人の周知商標）	・5 年（不正競争目的がなく商標登録を受けた場合） ・なし（不正競争目的がある場合）	査定時のみならず出願時にも該当する必要がある
4-1-15 （商品・役務の出所の混同）		
4-1-19 （他人の周知商標と同一・類似で不正の目的をもって使用をする商標）	なし	

（筆者作成）

Ⅱ 従来の審判・裁判例の整理・概観

1 中国法

中国の司法実務においては、題名・キャラクター名の商品化権益が着目点であり、いわゆる「商品化権益」の法的保護を果たすための冒認商標対策をめぐって、新たな試みと動きが相次いでいる。付言すると、中国の司法実務において、題名・キャラクター名の冒認商標対策と商品化権益保護とは実質的に「相互作用」の関係にあると理解される。

具体的に、2016年度AIPPI CHINA版権（著作権）争点討論会においては、「商品化権益の司法保護の現状および立法上の課題」が一つの重要なテーマとされた[43]。また、2017年に、開催元としての国家工商行政管理総局商標局（現「国家知識産権局商標局」）により、著作物題名およびキャラクター名による権益保護についての研究討論会[44]が行われた。さらに、2020年6月に、北京市高級人民法院（以下、「北高院」という）により、著作物題名およびキャラクター名の権益の保護にかかる典型的な裁判例の審理状況を紹介する記者会見が開かれ[45]、同年9月、中国中央テレビ（CCTV）の法治番組では、「商品化権益のジレンマ」をテーマとする特集が放送された[46]。

この一連の動向からみると、商品化権益に対する救済の強化に関する需要に起因し、中国における題名・キャラクター名の冒認商標規制の強化について模索し続けているところ、実に多くの課題に直面したと評価できる。

司法実務上、商品化権益の取扱いおよび先行権利条項の適用に関する模索の展

43） 中国国際貿易促進委員会：《2016年度AIPPI中国分会版权热点论坛在京举行》http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3586/2016/1213/731921/content_731921.htm、TA 娯楽法：《各界专家共谈“商品化权问题研究”》https://mp.weixin.qq.com/s/fCyQAwtn3vlRLW-CVh1CMw を参照。

44） 冯迎萍：《商标局召开知名作品名称、角色名称等在先权益商标权保护研讨会》，载《中华商标》2017年第9期95页を参照。

45） 「北京知的財産権裁判所　著作物題名にかかわる先行権利の保護関連案件の審理状況を発表」https://www.ccpit-patent.com.cn/ja/node/12100 を参照。

46） 央视网：《法治深壹度》20200919期“商品化权”之困．https://tv.cctv.com/2020/09/19/VIDEBAy18SJeDnBiFzSnVomo200919.shtml

開が試行錯誤の集積に伴い、主に三つの段階に分けて異なる姿勢を示しており、商品化権益への判断考量上の変化が見られる。この変化は、2010年意見、2017年法釈、2019年指南の公布を境目に、商品化権益に基づく主張に対する躊躇から受け入れへ、厳格期、緩和期、揺り戻し期として大きく分けられる[47]。

以下では、司法実務上の商品化権益保護をめぐる登録阻却事由の適用の変遷について時系列的に整理し、概観していく。便宜上、真の権利者をXとし、冒認出願人をYとして表示する。

(1) 厳格期（～2011年）

この時期においては、商品化権益に基づく当事者の主張が正面から認められなかったことが最大の特徴である。というのは、ほとんどの当事者の主張では、著作権が商品化権益の基礎ないし根拠とされたからである。前述通りに、極めて簡単で短い題名・キャラクター名は、思想または感情を完全に表現するものとは言えず、著作権法上保護されうる言語の著作物にはならないため、著作権を基として争う方が失敗に至るのは自明であるといえる（紙幅の都合で、同旨で請求を棄却した審判・裁判例[48]についての詳細な紹介を割愛する）。

そして、商品化権益の法的根拠をどこに置くかについて、裁判官は難しい局面に直面し、題名・キャラクター名等に伴う商業的利益はその創作者が享有すべきものであるという理屈を強調しつつ、先行権利条項の適用に対する躊躇を示した。つまり、裁判官は、商品化権益について触れずに、先行権利条項の適用を回避し、悪影響条項の拡大適用を試みた。

---

47) この3つの時期に関する分類は、孔祥俊：《作品名称与角色名称商品化权益的反思与重构——关于保护正当性和保护路径的实证分析》，载《现代法学》2018年第2期を踏襲したものである。当該分類の着目点は、「裁判官による商品化権益への承認」にある。

48) 典型例として、2009年の〔Tarzan事件〕が挙げられる（係争商標「South Tarzan」文字の指定商品は電池等）。Xは、「Tarzan」の語について著作権兼キャラクターの商品化権を享有すると主張した。ちなみに、同事件では、Xは「TARZAN」が独創的で著名商標に該当すると主張した。裁判所は、「確かに、『TARZAN』は言語の著作物・映画の著作物に登場した人物としては中国において一定の知名度を有する。しかし、これは文学的キャラクターとしての知名度であり、商標としての知名度を意味しない。」とした。北京市高級人民法院（2009）高行終字第515号、516号行政判決書を参照。

この時期の典型例として、ハリー・ポッター事件[49]（例①）と007事件[50]（例②第一審）が挙げられる。

事件	係争商標	指定商品	大量出願	争点	判断結果	
①	HaLiBoTe 哈里・波特 *「Harry Potter」の中国語表記と発音	玩具、服装、飲み物、文房具等	○	(1)著作権、知名な商品の特有の名称等の先行権利侵害の有無 (2)悪影響条項の該当性	第一審・第二審ともに (1)否認 (2)肯定	
②	邦德007 BOND *「Bond」の中国語表記	避妊具など	×	(1)著作権および著名商標権侵害の該当性 (2)商品化権益という先行権利侵害の有無 (3)悪影響条項の該当性	第一審 (1)否定 (2)否定 (3)肯定	第二審 (1)否定 (2)肯定 (3)否定

（判旨により筆者整理・作成）

【例①：「ハリー・ポッター事件」】

事案の概要：「哈里・波特 HaLiBoTe」からなる文字商標が玩具などを指定商品として登録出願され、商標局の初審を経て初期登録を受けた。X は著作権、知名な商品の特有の名称等の先行権利侵害を理由に登録異議申立てを請求した結果、商標評審委員会（以下、「商評委」という）は悪影響条項により異議商標を取消した。審決取消訴訟原審と上告審ともに同条項により審決を維持した。

本件審決・判決は、異議商標について、「他人の著名な著作物の評判を不正に冒用する故意が明らかであり、その行為は信義誠実の社会主義公共道徳基準に反し、真の権利者の合法的権益を損なうにとどまらず、社会の公序良俗を乱し、需要者の出所混同を招くことにより、社会に悪影響を及ぼす」と判断し、悪影響条項の拡大適用を試みた。

第一審の担当裁判官である周麗婷氏によれば、Y が数十件の類似する商標を

49)　北京市第一中級人民法院（2009）一中知行初字第 2483 号行政判決書、北京市高級人民法院（2011）高行終字第 541 号行政判決書を参照。

50)　北京市第一中級人民法院（2010）一中知行初字第 2808 号行政判決書、北京市高級人民法院（2011）高行終字第 670 号行政判決書を参照。評釈は、袁锋、施云雯：《从“邦德007BOND”案谈虚拟角色名称的商标保护》，载《中华商标》2013 年第 10 期 42-46 页がある。

数十区分において登録出願を行ったにもかかわらず、実際に商標として使用する裏付けが一切ないという意味では、特定の主体の合法的権益の侵害、信義則の公序良俗違反に加えて、商標登録出願秩序の維持・管理を妨害する行為にも該当する。周裁判官は、「商品化権益」の法的根拠が不明確であり、かつ、「その他の不正な手段を通じて登録を受けた商標」の要件を満たさないという状況[51]においては、個別事件の正義を実現するためには、悪影響条項を根拠として拡大解釈するのはやむを得ないことであると強調している[52]。

【例②：「007 事件」第一審】

事案の概要：2002 年 3 月 22 日に Y は係争商標「邦德 007BOND」文字を登録出願し、指定商品は区分 10 類の避妊具などである。異議期間内、X は著作権侵害を理由に商標異議申立てを請求したが、異議理由が認められなかったため、2007 年 10 月には登録が許可された。X は悪影響条項を援用したうえで、係争商標が著作権、商標権、商品化権などの先行権利を侵害し、かつ、その他の不正な手段を通じて登録を受けた商標に当たることを理由に商評委に無効宣告を請求したが、2010 年 3 月 1 日に商評委はそれらの理由の該当性について否定し、係争商標登録を維持する旨の審決を下した。X は審決取消訴訟を提起し、第一審では、悪影響条項への該当性が認められ、商評委の審決が取り消された。Y、商評委ともに上告提起した。

第一審は例①と同様に、法院は、「007」キャラクターとしての知名度、引用商標と係争商標との類似性を肯定したうえで、「キャラクターの知名度は他人が大量の労働および資本を投入することにより獲得したものであり、その商業的価値と取引機会はその者が享有すべきものである」という観点を示し、知名度および

51)　第 44 条第 1 款は商標法「登録商標の無効宣告」の章で設けられており、その文言上、適用対象は「登録を受けた商標」に限られる。その意味で、出願時・査定時・異議申立て段階の未だ登録が確定されていないものは適用対象外とされる。ハリー・ポッター事件で提起されたのは異議申立て請求であったため、その段階では、異議商標の登録は未だ許可されてない状態にある。

52)　周丽婷：《文学艺术作品中的角色名称在商标注册审查程序中的保护 —— 姚蕨诉商标评审委员会、第三人华纳公司商标异议复审行政纠纷案评析》，载《中国专利与商标》2012 年第 1 期 67-71 页を参照。

知名度がもたらす商業的価値について知りながら商標を抜け駆け登録出願する行為は、信義則の公序良俗違反として、悪影響条項の該当性を肯定した。

(第二審の判旨については「Ⅱ 1 (2) 緩和期 (2011～2017 年)」に譲る)

もっとも、2010 年意見により、「商標登録が特定の民事権益のみを侵害する場合には、商標法には別途の救済方法と手続が定められるため、『その他の悪影響』を有すると認めるのは適切ではない」という判断時の注意事項がなされた。こうして、商標の構成自体に道徳倫理問題がない場合、かつ、冒認商標が私益のみにかかる場合について、悪影響条項の安易な適用が誡められた。

そして、「題名・キャラクター名自体の影響力・知名度の有無、冒認出願人による冒用の悪意、誤認混同のおそれといったことは特定の主体の私益にかかる事項に該当するため、社会公共利益や公的秩序への損害とは無関係である」という規範を示した判決[53]が相次ぎ登場し、悪影響条項に関する拡大解釈・適用が是正されつつあるように見受けられる。

(2) 緩和期 (2011～2017 年)

この時期には、2010 年意見の制定により、先行権利条項の客体には民法およびその他の法規定により保護すべき合法的権益も含まれるとされ、商品化権益に基づく主張に対する承認または先行権利条項の適用について柔軟に解釈する余地が与えられた。その影響を受けて、題名・キャラクター名の知名度等に伴う潜在的な商業的価値および取引機会といった財産的利益は一種の経営成果として捉え、真の権利者の享受すべき商品化権益に該当し、先行権利条項による保護を受けるのが相当であるとした審判・裁判例が増加している。

この時期の典型例として、007 事件 (例②第二審) とカンフー・パンダ事件[54] (例③) が挙げられる。

53) たとえば、北京市高級人民法院 (2010) 高行終字 1237 号行政判決書、北京市第一中級人民法院 (2014) 一中行 (知) 初字第 6469 号行政判決書、(2017) 京行終 2672 号行政判決書などがある。

54) 北京市第一中級人民法院 (2014) 一中行 (知) 初字第 4257 号行政判決書、北京市高級人民法院 (2015) 高行 (知) 終字第 1969 号行政判決書等を参照。

【例②:「007事件」第二審】

第二審の裁判官は、悪影響条項は社会公共利益と公共秩序に悪影響を与えうる標章を指し、商業的価値への便乗といった私的利益を害するものを含まないと指摘し、この点に関する第一審の判断を否定した。そのうえで、法院は、「係争商標の登録出願前に、『007』や『JAMES BOND』は『007』映画シリーズのキャラクター名として既に高い知名度を有し、関連公衆に広く認識されている。その知名度の獲得は著作権者による創作活動の成果であり、当該知名度のあるキャラクター名がもたらす商業的価値や取引機会も著作権者が投入した大量の労働と資本によって獲得されたものである。ゆえに、先行する知名度のある映画のキャラクター名は、先行権利として保護を受けるべきである。」と判示した。

【例③:「カンフー・パンダ事件」】

事件	係争商標	指定商品	大量出願	争点	判断結果	
③	功夫熊猫 KUNG FU PANDA *「KUNG FU PANDA」の中国語表記	自動車内装、プラスチック製品、菓子、絨毯等	○	(1)商品化権益という先行権利侵害の有無 (2)悪影響条項の該当性	第一審 (1)否定 (2)否定	第二審 (1)肯定 (2)否定

(判旨により筆者整理・作成)

事案の概要:「KUNG FU PANDA」文字がYによりプラスチック製品、絨毯、自動車用内装等を指定商品として登録出願された後、Xは商品化権侵害を理由に無効宣告請求・審決取消訴訟を提起したが、いずれも棄却された。

審決・審決取消訴訟第一審は、「商品化権」は法定権利・権益ではない、かつ、主張された「商品化権」保護の権利内容・権利範囲も明確ではないとし、Xは「KUNG FU PANDA」の名称について、商標の領域においての絶対的・排他的権利を享有することは認め難いと判示した。

それに対して、第二審は、「商品化権」は法定権利・権益ではないことを肯定しつつ、高い知名度のある題名・キャラクター名の商品化を通じて、真の権利者は興行収入以外の商業的価値および取引機会を獲得できる場合には、当該名称は

先行権利条項の適用により保護されうる先行「商品化権」に該当するとした。また、第二審は、商品化権益の保護範囲を判断するにあたっては、①知名度の高低と影響力の強弱、②誤認混同の可能性を考慮すべきであると判した。具体的には、商品化権益の保護範囲は、知名度・影響力と正の相関関係にあるが、すべての商品・役務まで及ぶものではない。保護範囲については、係争商標の指定商品・役務と当該著作物の派生商品・役務との間の密接な関係の有無、共通性や共通の可能性の有無、真の権利者の市場における優位性、取引機会への弊害の有無などの要素を総合的に考量して判断すべきである。

商評委は上記判旨に従って再度審査し、係争商標は無効宣告されるべきであるとした。その後、同Yは無効宣告審決取消訴訟を提起した[55]。

無効宣告審決取消訴訟では、裁判官は、「商品化権」は明文で規定される民事権利・利益ではないが、民法通則第5条[56]および侵権責任法（不法行為法に相当）第2条[57]に列挙される権利・利益は例示にすぎないとしたうえで、題名・キャラクター名の知名度に伴う潜在的な商業的価値と取引機会は、その著作権者が享有すべきものであり、保護を受けるべき財産的利益に該当するとして、これを「商品化権益」と呼ぶのが適切であると述べた。

また、裁判官は、第三者は知名度のある題名・キャラクター名を関連商品・役務に登録出願し、真の権利者による使用許諾があるかのように、または真の権利者と特定の関係があるかのような誤解を関連公衆に容易に与える場合、これらの

55） 北京知識産権法院（2015）京知行初字第6360号行政判決書を参照。

56）「合法的民事権利・利益保護の原則」と呼ばれる。「中華人民共和国民法通則」第5条「公民、法人の合法的民事権益は法律により保護され、いかなる組織又は個人も侵害してはならない。」

57） 中華人民共和国権利侵害責任法第2条「民事権益を侵害した場合、本法に従って権利侵害責任を負わなければならない。本法にいう民事権益とは、生命権、健康権、氏名権、名誉権、栄誉権、肖像権、プライバシー権、婚姻自主権、後見権、所有権、用益物権、担保物権、著作権、専利権、商標専用権、発見の先取権、株主権、相続権などの人身、財産についての権益を含む。」

付言すると、この2つの規定は現に、「中華人民共和国民法典」第3条「民事主体の人身権、財産権およびその他の合法的権益は法律により保護され、いかなる組織または個人も侵害してはならない。」、第126条「民事主体は、法律に定められるその他の民事権利および利益を享有する。」と変更された（民事権益に関する具体的な例示が削除された）。

名称の商品化権益を侵害した行為として認定すべきであると判示した。さらに、商品化権益侵害の該当性を判断する際の 4 つの考量要件を挙げた。

> ① 題名またはキャラクター名が比較的高い知名度・識別力を有すること、
> ② 係争商標が知名度のある題名またはキャラクター名と類似し、互いに対応する関係を形成すること（指し示されたのは当該題名・キャラクター名であると認識させること）、
> ③ 係争商標の指定商品・役務が著作物の派生商品（グッズ）・役務と一定の関連性を有すること、
> ④ 係争商標の登録・使用が商品化権益者の利益を害すること（商品化権益者の本来得られるべき取引機会が損なわれる結果や知名度と影響力が不当に利用されることにより係争商標権者の取引機会が増加する結果などを含む）である。

以上の判旨を踏襲し、商品化権益に基づく主張に対する承認または先行権利条項の適用が緩和され、「知名度のある著作物の題名の関連権益」[58]、「知名度のあるキャラクターの名称の合法権益」[59]といった曖昧な文言を用いて、題名・キャラクター名自体の知名度・顧客吸引力に伴う潜在的な財産的利益を真の権利者の経営成果として実質的な保護を与えることに等しい裁判例が増加してきた。

このような判旨[60]により、題名・キャラクター名等からなる冒認商標に対する規制へ大きな一歩が踏み出された。しかし一方で、明文化されていない商品化権益の名を借りて、商標コントロール権を創設するような効果がもたらされるため、このことは権利法定原則[61]に反し、法的安定性・予測可能性が損なわれる

58） 北京市第一中級人民法院（2014）一中行（知）初字第 8924 号行政判決書、北京市高級人民法院（2015）高行（知）終字第 1020 号行政判決書〔馴龍高手事件〕を参照。

59） 北京市高級人民法院（2016）京行終 3470 号行政判決書〔TELETUBBIES 事件〕を参照。

60） 以上の裁判例を除き、バンド名の冒認商標にかかる判決文の傍論部分においても、「確かに、『商標法』と『民法通則』には、いずれも『商品化権』に関する明文規定が設けられていない。しかし、文学・芸術の著作物、著作物の題名、キャラクターの名称、識別力のある名称、氏名等が獲得した評判・知名度は商品・役務と結びついた商業的使用を通して、経済的利益を実現させる。その意味では、上述の著作物あるいは名称を商業的に使用することにより、その所有者にふさわしい利益を与えることができ、『先行権利』として保護を受けることができる。『商品化権』についての明文規定はないが、『商品化権益』と呼ぶのは不相当とはいえない。」という見解が唱えられた。北京市高級人民法院（2015）高行（知）終字第 752 号行政判決書〔The BEATLES 事件〕を参照。

と批判されている。

北高院は「商品化権益」自体の曖昧さによる保護範囲の拡張趨勢を懸念し、2016年5月以降、「商品化権益」が争点となる商標権紛争について、慎重・厳密な判定を要求し、さらに、報告・審査制度を特別に設けている[62]。

(3) 揺り戻し期(2017年以降)

2017年法釈により、先行権益として保護が認められる題名・キャラクター名に関する判断基準が初めて明らかにされた。その要件は、(i) 題名・キャラクター名の所属は著作権保護期間内の著作物であること、(ii) 題名・キャラクター名自体が比較的高い知名度を有すること、(iii) 第三者が関連商品の商標として使用する行為が、真の権利者と許諾関係またはその他特定の関係があるとの誤解を容易に生じさせることである。法釈施行後、多くの題名・キャラクター名からなる冒認商標が第22条第2款の適用により規制され、「商品化権益」という文言の一部が「先行するキャラクター名称の権益」や「先行する著作物題名の権益」等に代替されるようになった(紙幅の都合で、同旨で真の権利者の請求を支持した審判・裁判例についての詳細な紹介を割愛する)。

一方、後に公布された2019年指南に従って、「題名・キャラクター名の商品化権益」に言及する当事者の主張に対する承認がより厳しくなり、「先行する著作物題名・キャラクター名称の権益」に関する本質的な保護の基礎・根拠としては不競法にある旨の裁判例が出現し、商品化権益の保護または冒認商標の規制の根拠に関する判断は揺らぎつつあると評価できる。

典型例として、アナと雪の女王事件[63](例④)と葵花宝典事件[64](例⑤)が挙げられる。

---

61) 中華人民共和国民法総則第126条では、「民事主体は法律により規定されたその他の民事権利と権益を享有する。」とされている。その意味で、あらゆる民事権利・権益の創設は必ず法律によらなければならない。付言すると、この規定は「中華人民共和国民法典」第126条となり、内容はそのままである。

62) 商品化権益が争点となる紛争における判断には①権利法定の原則に従うべきこと②未登録の馳名商標に対する保護を超えないことについての注意が必要とされる。2016年5月7日に公表された北京市高級人民法院による「当前知识产权审判中需要注意的若干法律问题(二)」http://www.chinaiprlaw.cn/index.php?id=4075を参照。

事件	係争商標	指定商品	大量出願	争点	判断結果	
④	冰雪奇缘 *「アナと雪の女王」の中国語公式訳	菓子、織物、楽器、プラスチック製品、革製品、ガラス製品、乗物その他移動用装置等	○	(1)商品化権益という先行権利侵害の有無	第一審 (1)否定 「不正な手段」条項による無効化	
⑤	葵花宝典 *金庸氏の小説「笑傲江湖」での道具の名称	オンラインによるゲームの提供・娯楽	×	(1)商品化権益という先行権利侵害の有無	第一審 (1)定論なし	第二審 (1)否定

（判旨により筆者整理・作成）

【例④：「アナと雪の女王事件」】

事案の概要：2014 年 4 月に Y1 はすべての計 45 個区分に「冰雪奇缘」文字を登録出願し、そのうちの計 42 件は審査を経て商標登録を受けた。2017 年 11 月に Y1 は登録された 42 件の商標を全て Y2 に譲渡した。審決では、X は無効審判を請求したところ、計 36 件の商標は先行する「商品化権益」を侵害するものとして無効宣告された[65]。Y2 は「商品化権益」についての法的根拠がないこと等を理由として審決取消訴訟を提起した。

審決取消訴訟では、X は裁判官の解説を受け、その主張した「商品化権益」を不競法にいう「一定の影響力のある商品の名称」へ変更した。法院は、「映画は一種の特殊な商品として、その題名は商品化される価値を有する。一旦、その

63)　北京知識産権法院（2017）京 73 行初 5929、5931-5942、6807-6820、7371、7992-7999 号行政判決書を参照。評釈は、赵明：《作品名称、作品中的角色名称保护路径再探索 —— 兼述“冰雪奇缘”系列商标确权案》，载《中华商标》2020 年第 7 期 42-47 页などがある。

64)　北京知識産権法院（2017）京 73 行初 2800 号行政判決書、北京市高級人民法院（2018）京行終 6240 号行政判決書、最高人民法院（2021）最高法行再 254 号行政判決書を参照。再審前の評釈は、孙明娟：《商品化权益保护的 2.0 时代真的来了吗？—— 兼评“葵花宝典”商标无效案》，载《中华商标》2019 年第 5 期 48-51 页などがある。最高人民法院による再審は一審と二審の判決を破棄し、係争商標を無効化にした。再審後の評釈は、具体的に、拙稿「『商品化権』保護に関する商標行政訴訟事例」国際商事法務 50 巻 5 号 618 頁以降（2022 年）を参照されたい。

65)　無効宣告がされなかった商標については、指定商品の共通性が低いため混同のおそれがないと判断された。

題名が関連する商品や役務に商標として使用されると、商標権者の取引機会が確実に増加し、商業上の利益を獲得することができる。しかし、この利益は映画製作者の知恵と財産の投資から由来するものであるはず」と強調しながら、依然としてカンフー・パンダ事件（例③）判旨で示された4つの考量要件に当てはめることによりXの請求を支持した。

ただし、計36件の商標が単に先行権利条項の適用により無効化されたわけではない。Y1による大規模な商標抜け駆け登録出願行為については、「実際に使用する範囲をはるかに超えており、正当とは言い難く、公序良俗を害し、商標登録管理の秩序を妨害したものであり、不正な手段を通じて登録を受けた商標に該当する」と判断され、無効宣告とされるべきものであるとされた。

【例⑤：「葵花宝典事件」】

事案の概要：Xの関連会社は2008年に係争著作物『笑傲江湖』（小説）の著作権者である金庸氏と独占的使用許諾契約を締結し、中国大陸地区において『笑傲江湖』等の著作物およびその構成要素を使用したゲーム化の独占権（二次創作、発行および運営等を含む）を獲得した。2015年3月に、Xは、Yに対して、商品化権侵害を理由に無効宣告請求を提起した。2017年3月に本件商標について、「係争商標の登録は、金庸氏による『笑傲江湖』小説作品においての武学秘笈の特有の名称にかかる商品化権益を侵害したものである」として無効宣告された。2017年4月にYは不服として審決取消訴訟を提起し、第一審はYの主張を支持し、無効宣告請求は取消すべきであると下した。2018年10月にXは不服として上告した。第二審は一審判決を維持し、上告を棄却した。

第一審では、係争商標に対する法釈第22条第2款の適用可能性について、合議庭が異なる見解を示した。

少数意見は、一部の商品・役務間の関連性、需要者の共通性等による出所誤認混同のおそれについて分析したうえで、原作の知名度に着目し、「『葵花宝典』とその出典である『笑傲江湖』小説およびその作者である金庸氏とは強い繋がりがあると需要者は認識している。ゆえに、Yによる係争商標の登録出願は、Xが享有する『葵花宝典』に基づく商業的価値および取引機会を不当に利用し、『葵

花宝典』の先行商品化権益を損害した行為と解する。」と結論づけた。反面、多数意見は、(1)「葵花宝典」の語は題名・キャラクター名ではなく、著作物の構成要素にすぎず、第 22 条第 2 款の射程内にあるかは不明であること[66]、(2)「葵花宝典」の語は、その使用時間の推移と使用範囲の拡大により、本件著作物及び著作者との強い繋がりが遮断される[67]と説明し、予測可能性の維持の立場[68]から、「葵花宝典」の語を一種の先行権益として解するのが適切ではないとした。

第二審では、「題名・キャラクター名以外に、著作物中の他の構成要素が先行権益の対象として保護されうるか否か、法釈第 22 条第 2 款の文言からは明確ではない」と示された。また、第二審は、法釈第 22 条第 2 款について、「既存の法律規定以外に新たな民事権利または民事権益（商品化権益）を創設する規定ではない[69]、すなわち、題名・キャラクター名等の客体には新設の商品化権益を享有する旨の規定ではなく、主に不正競争防止の観点からの混同惹起行為に対する特別な規制である。不正競争行為が規制されるとともに、当該不正競争行為の影響を受けた民事主体（著作権者等）は間接的な利益（原語は、「反射性利益」）を

66)　具体的に、多数意見は、法釈第 22 条第 2 款について、「法釈第 22 条第 2 款に規定された商品化権益の適用対象は著作権保護期間内の著作物の題名および著作物に登場したキャラクターの名称である。適用対象から言うと、前者と後者が同レベルの先行権益として位置付けられず、前者は知名な商品の特有の名称（改正前不競法 5 条）を保護の法的根拠とすることができるのに対して、後者が保護を受けるには何らかの直接的な法的根拠がない ── 後者に対して保護を与えるのは、抜け駆け登録出願の抑制または商標登録の秩序の維持のためである。ゆえに、題名と比べて、キャラクター名が保護を受けるためには、その知名度や著作権者との繋がり等の点に対してより厳しい基準を要求すべきである。」と解説している。そして、「『葵花宝典』は著作物での架空の道具の名称（構成要素の名称）であるので、このような名称は法釈第 22 条第 2 款にいう『等』文言の範疇に含まれるかについて判断するにあたって、裁判官は慎重な態度をとらなければならない。『葵花宝典』という名称に含まれる商品化権益を認めるためには、この名称は少なくとも同著作物のキャラクターの名称に相当する知名度を有することが必要である」と述べている。

67)　公衆の間では、「葵花宝典」の語がすでにある仕事・任務にかかる高度な攻略あるいはマニュアルを意味する流行語として定着しつつある。

68)　多数意見は、本件商標の登録出願の利益衡量について、「著作権法が規定する著作物に該当しない構成要素の名称をも先行商品化権益の保護範囲に入れると、社会公衆の法律に対する合理的な期待利益（予測可能性）が損なわれることに加えて、公衆の表現の自由も制限されるおそれがある。先願主義による弊害を是正するためには、前述の公衆の利益を犠牲にしてはならないため、その他の含意を有する『葵花宝典』の語を先行権益として解するのは相当ではない」と説く。

享有するわけである。このような間接的な利益は法律に定められるその他の権益と捉えることができるため正当であるといえる。」と強調し、商品化権益侵害を根拠とするXの主張および第一審の判断理由にはいずれも誤りがあると指摘している[70]。

最終的に、第二審は、「商評委は本件商標について再度審査を行う際に、関連証拠に基づき、本件商標の登録および使用行為は社会通念上の商道徳に合致するか否か、不競法に規制する不正競争行為に該当するか否かについて考慮すべきである（改正前不競法5条の知名商品等表示冒用規制条項または同法2条1項、2項の一般条項のいずれに該当するかを問わない）。そのうえで、本件商標の登録は先行権利条項違反か否かについて判断すべきである。」と提示している。

例④と例⑤の判旨から、題名・キャラクター名等からなる冒認商標に対して、2017年法釈および2019年指南により、「商品化権益」という文言を用いた主張が認められなくなった。しかし、先行権利条項を適用するにあたって、裁判例は、題名・キャラクター名の権益の法的根拠をどのように捉えるべきかについて、必ずしも考え方の軌を一にしていないと評価できる。というのは、例⑤の再審は「商品化権益」について、法により保護すべき民事権益の範疇内に属するという

69) この点に関しては、裁判官は、「知的創作成果としての著作物からいうと、著作権法は、それらの民事権利客体上に基づく権利義務関係を規定する主要かつ基本的な法規範であり、主に著作権者・著作隣接権者・利用者との間の法的関係を調整している。著作権法はすでに著作権および隣接権の内容を明確に定める前提で、それらの法定権利を侵害する行為と認められない限り、著作物およびその構成要素についての利用行為は合法的で民事責任を負う必要がないと判断すべきである。著作物およびその構成要素に対して著作権法以外に別途の保護を与えるのであれば、法によりすでに公衆に行動の自由を与えている領域に、民事権益を新設することに等しい。したがって、著作物全体かその構成要素かを問わずに、立法により権利付与に関する規定が加えられない以上、個案の中に著作権法が規定されてない新たな排他的権利／権益を創設してはならない。既存の法律および司法解釈の規定を総観し、著作物の中の架空の著作物題名が先行権益として保護される旨の規定は存在しない。そうすると、当該作品の構成要素に直接的な法的保護を与える法的根拠はないというべきである。」と述べている。

70) 裁判官は、「商品化権益」という概念について、「商品化権益は『民事主体が享有する法律に規定されているその他の民事権利及び権益』の範疇に属さない。しかも、商品化権益それ自体の内包・外延は推認し難いため、公衆はこのいわゆる民事権益について事前に予見することができず、権利侵害を避けるために自分の行為に注意を払うこともできない」と強調している。

逆転の判断を導き出し、さらに、不競法によるアプローチを選ぶまではなく、法釈および著作権法の受け皿条項を拡大解釈するアプローチで十分であるとしたからである。

2　日本法

これまでの検索結果から、日本の関連審判・裁判例では、主に 7 号と 15 号の理解と適用が争われる例がほとんどである。前者は、赤毛のアン原題事件[71]（例⑥）、ターザン事件[72]（例⑦）であり、後者は、ゴジラ事件[73]（例⑧）である。

(1)　商標法 4 条 1 項 7 号の該当性について争われた事例

事件	係争商標	指定商品	争点	判断結果	
⑥	Anne of Green Gables	眼鏡、レコード、メトロノーム、スロットマシーン、ウエイトベルト、ウエットスーツ、浮袋、エアタンク、水泳用浮き板、レギュレーター、家庭用テレビゲームおもちゃ	7 号の該当性（国際信義違反の有無）	無効審決・審決取消判決ともに肯定	
⑦	ターザン *「TARZAN」の日本語公式訳	プラスチック加工機械器具、プラスチック成形機用自動取出ロボット、チャック（機械部品）	7 号の該当性（国際信義違反の有無）	無効審決否定	審決取消訴訟肯定

71)　知財高裁平成 18 年 9 月 20 日（平成 17 年（行ケ）10349 号）〔Anne of Green Gables 事件〕Lexis 判例速報 11 号 119 頁を参照。

72)　知財高裁平成 24 年 6 月 27 日（平成 23 年（行ケ）第 10399 号）〔ターザン事件〕判例タイムズ 1390 号 334 頁以降を参照。また、同被告の登録商標であるアルファベットでの表記からなる「Tarzan」商標は、平成 23 年（行ケ）第 10400 号審決取消請求事件において同判旨により無効となった。

73)　知財高裁平成 30 年 6 月 12 日〔GUZZILLA 事件〕裁判所 HP（平成 29（行ケ）10214 号）を参照。

【例⑥：「赤毛のアン原題事件」(2006 年)】

事案の概要：X[74]は、本件著作物「Anne of Green Gables」[75]の原作者の遺産相続人とともにアン・オブ・グリーン・ゲーブルス・ライセンシング・オーソリティ・インク（AGGLA）という半官半民の営利法人を設立し、著作物に関わるライセンス管理業務（商品化事業）などを遂行している。2000 年 6 月 20 日に、Y は本件商標登録出願し、2001 年 4 月 27 日に登録を受けた。X は係争商標が国際信義違反の商標であると無効審判を請求し、特許庁は無効請求成立とする審決を下した（無効 2003-35094）。Y は本審決の取消を求めて提訴し、取消判決は、無効審決を維持し、Y の請求を棄却した。

無効審決・審決取消訴訟では、(1)本件商標の周知性、(2)本件商標の文化的価値・公的地位[76]、(3)指定商品又は役務の内容によるイメージ毀損の可能性[77]、(4)出願の経緯における社会的相当性[78]等が主な考慮要素[79]とされた。

本判決は、「出願の経緯における社会的相当性」を当時の特許庁商標審査基準の補充として加え[80]、さらに 7 号に言及された国際信義違反認定のための考慮

74)　本件商標の原作の舞台となったカナダ国プリンス・エドワード・アイランド州（Prince Edward Island）である。

75)　カナダの作家 Lucy Maud Montgomery（1874～1942）が 1908 年公表した小説であり、日本国内での著作権保護期間は 1992 年 4 月 24 日までとされる。登録出願時に、本件著作物はすでに著作権保護期間が切れた状態にある。

76)　本件商標はカナダ国において公的標章（Official Marks）として登録・管理されており、私的機関による使用が禁じられている事実があるため、私的利益を求める機関・団体による登録出願に対する制限を斟酌すべきこととされた。また、本件著作物はカナダを象徴する存在として、国・国民の誇る重要な文化的な遺産に至った価値を有すること、日加両国の友好関係の架け橋としての役割を担っていることが認められた。

カナダ国の公的標章の登録・管理に関する法的根拠は、カナダ国商標法§9（1）(n)(iii): “No person shall adopt in connection with a business, as a trademark or otherwise, any mark consisting of, or so nearly resembling as to be likely to be mistaken for ... adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark for goods or services.” である。

77)　本件商標の指定商品の一部に、スロットマシーンなどが含まれるため、商標として使用する場合には本件著作物の主人公アンの価値、名声、イメージを損なうおそれがあるとされた。特筆すべきは、ここでは単なる原作やキャラクターそのもののイメージ等の低下の可能性が示されたため、商標自体のブランドイメージへの汚染（ポリューション）とは異なる考え方というべきである。松原洋平「判例研究　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 ──」知的財産法政策学研究 15 巻 378 頁（2007 年）を参照。

要素を提示した。すなわち、「当該商標の文字・図形等の構成、指定商品又は役務の内容、当該商標の対象とされたものがその国において有する意義や重要性、我が国とその国の関係，当該商標の登録を認めた場合にその国に及ぶ影響、当該商標登録を認めることについての我が国の公益、国際的に認められた一般原則や商慣習等」である。

最終的に、裁判所は、「我が国が本件著作物、原作者又は主人公の価値、名声、評判を損なうおそれがあるような商標の登録を認めることは、我が国とカナダ国の国際信義に反し、両国の公益を損なうおそれが高い」と認定し、「本件著作物のように世界的に著名で、大きな経済的価値を有し、かつ、著作物としての評価や名声等を保護、維持することが国際信義上特に要請される場合には、当該著作物と何ら関係のない者が行った当該著作物の題号からなる商標の登録は、『公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標』に該当すると解することが相当である」とし、商標登録を受けることができないものと判断した。

---

78)　X による登録出願は著作物の文化的価値等の維持・管理など公益に資するのを主な目的とすることにより、著作物と無関係の一民間企業による登録・独占使用の相当性が否定された。そして、当事者間の交渉（書簡による合意内容）により、商標登録出願の承諾を受けておらず、Y が相当期間にわたって取引をしてきた本件商品化事業者 X と取引上の信義に反したため、「不正の目的」の存在は明確でないものの、出願の経緯には社会的相当性を欠くとされた。

79)　判旨では、考慮要素について、「本件著作物の著名の程度、当該国と我が国の関係、本件商標と同一の文字からなる商標のカナダ国における法的保護の状況、著作物の文化的な価値等を管理する団体の有無、著作者ないしその承継人との交渉の経緯、当該著作物と指定商品の種類との関係、その他一切の事情」と示される。

80)　当時の「商標審査基準」（改訂第 8 版、平成 18 年 1 月発行）によれば、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」には、「①その構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、矯激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字又は図形である場合、②当該商標の構成自体がそのようなものでなくとも、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」が含まれるとされた。本判決は、それを基に、「⑤当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、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ような場合」を追加した。要件⑤は、平成 19 年 4 月に発行された改訂第 9 版基準に反映され、現行の改訂第 15 版基準（令和 2 年 3 月発行）にも保持されている。斉藤整 = 勝見元博「最近の新判決例にみる商標法第 4 条第 1 項第 7 号における公序良俗概念」パテント 59 巻 8 号 54 頁（2006 年）を参照。松尾和子「赤毛のアン商標無効事件」知財管理 57 巻 7 号 1164 頁（2007 年）も参照。

【例⑦：「ターザン事件」(2012 年)】

事案の概要：X[81]は「ターザン・シリーズ」の原作小説およびその派生作品について、宣伝・解説・アーカイブ作成・提供といった著作権[82]の管理事業とともに、全世界で商標登録・ライセンス契約締結・管理事業にも遂行する存在である。2010 年 1 月 20 日に、Y は本件商標を登録出願し、同年 7 月 16 日に登録を受けた。X は、Y による登録出願行為が国際信義に反する行為であると主張し、商標登録の無効審判請求を行ったが、特許庁は無効請求不成立とする審決を下した。X は不服として審決取消訴訟を提起し、裁判所は X の主張を支持し、審決を取消した。

無効審決では、本件商標の周知性が否定され、また、例⑥で列挙された考慮要素の該当性はいずれも認められなかったため、7 号の国際信義違反等に基づく請求を不成立とする旨の判断がなされた[83]。

審決取消訴訟では、周知性の否定[84]が維持されたが、(1)指定商品での登録行為のタダ乗り意図[85]、(2)商標の構成および造語としての対象特定可能性[86]、(3)

81)　小説『Tarzan』の著作者である Edgar Rice Burroughs（1875-1950）が 1923 年にアメリカに設立した会社「エドガー・ライス・バローズ インコーポレーテッド」(Edgar Rice Burroughs,Inc.）である。http://www.tarzan.org/about_erb_inc.html を参照。当会社は、『Tarzan』小説シリーズに関する権利を譲り受け、その著作権管理事業を行っている。

82)　登録査定の時点において、日本でのそれらの作品の著作権保護期間（2011 年 5 月 22 日）まだ切れてなかった。

83)　具体的に、外国／外国の公的機関による管理等の有無について、本件商標の管理等は、X ににとどまるとされ、Y に米国あるいは米国の公的機関と「密接不可分に係わってきたというような事情」が認められなかった。また、登録出願時の経緯の正当性について、ほかの区分では、X ににより、既に本件商標と同一・類似の複数の商標が登録されていたところ、第 7 類への登録出願は余裕があるものの出願を怠っていた。このような場合に発生した抜け駆け的な登録商標の権利帰属をめぐっては、単なる当事者双方で解決すべき私的な利害調整の問題であると解された。

以上の理由により、本件商標については、商標審査基準に列挙された公序良俗違反のおそれがある事情の(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」のいずれも満たさないとされた。

84)　本件商標が意味するキャラクターのイメージに対する日本国内の需要者間の周知性はともかくとして、少なくとも、題号ないしキャラクター名としての出典、標章としての管理者との関連付け（他人の商品等表示としての出所識別力）の周知性が否定された。

著作権管理団体のビジネス展開[87]等が主な考慮要素とされた。

結果、係争商標の登録が、「ターザン」のイメージやその顧客吸引力に便乗しようとする不正の意図に基づく剽窃行為であるとはいえないが、国際信義に反し、かつ、公正な取引秩序を乱すものとして、公序良俗を害するおそれのある商標に該当すると判断された。

(2)　商標法 4 条 1 項 15 号の該当性について争われた事例

事件	係争商標	指定商品	争点	判断結果	
⑧	GUZZILLA 登録第 5490432 号	鉱山機械器具、土木機械器具、荷役機械器具、農業用機械器具、廃棄物圧縮装置、廃棄物破砕装置	15 号の該当性（混同のおそれの有無）	無効審決否定	審決取消訴訟肯定

（判旨により筆者整理・作成）

【例⑧：「GODZILLA 事件」(2018 年)】

事案の概要：X[88]は、映画「ゴジラ」シリーズを制作しており、「GODZILLA」

85)　裁判所は、かつての日本国内での「ターザン」に関するライセンス許諾の状況により、一般消費者を対象とする商品・役務の分野（書籍、アパレル、遊園地、映画及びテレビ放送等）において、「ターザン」の語が一定程度の認知度と顧客吸引力を有することを肯定した。他方、裁判所は、登録査定時において作品の人気の低下により世間に広く認識されていたとはいえないこと、本件商標の指定商品の分野には一般消費者が直接接しないことを理由に、本件商標の出願の経緯について、「『ターザン』のイメージやその顧客吸引力に便乗しようとする不正の意図に基づく剽窃行為であるとまでいうことはできない」とした。

86)　「ターザン」の語は、独特の造語として、すべての言語において、小説・映画・ドラマなどで世界中に一貫して描写されたキャラクター名と唯一に対応する関係にあると認定された。「ターザン」の語からは特定できるキャラクター以外の観念を想起させないという意味で、顧客吸引力と周知性の有無を問わず、日本国内で「ターザン」の語のみからなる本件商標の登録の維持は、国際信義に反するものとされた。

87)　判旨によると、著作権管理団体等と関わりのない第三者が最先の商標出願を行ったということにより、指定商品・役務においての本件商標に対する（更新で半永久に継続可能な）独占的利用、および、著作権管理団体による利用の排除の結果が生じうる。裁判所は、標章の価値、著作権の存続、著作権管理団体の存在およびそれによる文化的・経済的価値の維持・管理への努力を強調しつつ、公正な取引秩序の維持の観点からみて、「ターザン」の語の文化的・商業的価値の維持に何ら関わってきたものではない被告による利用の独占を許すことは相当ではないとした。

の文字及びキャラクターについて、多くの企業にいわゆる商品化権を与えている。2011 年 11 月 21 日に、Y[89]は本件商標「GUZZILLA」を登録出願し、2012 年 4 月 27 日に商標権を得た。X は、係争商標の登録について商標法第 4 条 1 項 15 号等に基づき、無効審判請求をしたが、審決は請求が成り立たないとした。知財高裁判決は、広義の混同を認めるため、審決を取消した。

裁判所は、指定商品に含まれる専門的・職業的な分野において使用される機械器具と、X の業務にかかる商品との関連性の程度は高くないことについて肯定しながら、①係争商標と引用商標が称呼、外観において相紛らわしいこと（商標間の類似性）②引用商標は周知著名で独創性の程度が高いこと（周知性、顕著性）③X の業務は多角化しており、指定商品に含まれる商品の中には、X の業務に係る商品と性質、用途又は目的において一定の関連性を有するものが含まれること（X の業務範囲）[90]④これらの商品の取引者および需要者と、X の業務にかかる商品の取引者及び需要者とは共通し、取引の際に、商品に付された商標に表れる業務上の信用をも考慮して取引を行うこと（需要者の共通性と取引時の慣習）[91]を理由に、広義の混同を肯定した。さらに、「本件指定商品に本件商標が使用されれば、引用商標の持つ顧客吸引力へのタダ乗りやその稀釈化[92]を招く結果を生じかねない[93]」と判示した。

88） 映画の制作・配給・上映、映画・演芸・演劇の興行、テレビ放送番組及び録画の制作等を主たる業務としている東宝株式会社である。1 類、2 類、3 類、7 類、8 類、9 類、12 類、35 類などの区分において商標「ゴジラ」「GODZILLA」を登録している。なお、本判決以降、2018 年 12 月に、荷役用パレット、土木機械器具、荷役機械器具等を指定商品とした登録商標「ゴジラ」（GODZILLA との二段書き商標）が、本件被告である株式会社タグチ工業の請求により 2018 年 12 月に不使用取消となった。栗原潔「東宝の「ゴジラ」商標登録が取消に（土木関連）」https://news.yahoo.co.jp/byline/kuriharakiyoshi/20190328-00119945/ を参照。

89） 株式会社タグチ工業は、主に建設機械アタッチメント製造販売事業を行い、社内報が「ガジラ通信」と名づけられる。コンクリート等を圧搾する建設機械用アタッチメントに本件商標が使用されており、解体用建機「ガジラ」シリーズが当該会社の代表的なブランドとして宣伝されており、同シリーズの「ガジラ DS カッター」製品については、グッドデザイン賞特別賞を受賞したことがある。https://www.taguchi.co.jp/series/guzzilla/ を参照。

3　小括

中国司法実務上、いわゆる「商品化権益」にかかる審判例・裁判例は曲折を経てきたのである。商評委、法院ともに、題名・キャラクター名からなる冒認商標を規制するために、真の権利者側の利益保護の合理性・必要性を強調し、商品化権益の取扱いおよび先行権利条項の適用についてかなり苦慮していることがうかがえる。

一時期、商品化権益に基づく主張が回避されており、さらに絶対的無効事由と

---

90)　この点に関して、審決は、「本件商標の指定商品は、第 7 類に属する建築土木機械器具及び廃棄物関連の装置であって、専門的で特殊な機械器具装置といえるところ、その需要者は、建設機械メーカーや建築・土木従事者などである。一方、引用商標が使用されている映画及びゴジラのキャラクター商品及び役務の需要者は、広汎な一般消費者であるから、その取り扱いに係る商品及び役務において、取引者、需要者の範囲が異なるものであり、商品の目的、品質が相違し、生産、販売部門も同一ではないことから、出所の混同を生じるおそれはない」と判断した。

それに対して、裁判所は、「本件指定商品に含まれる油圧式ジャッキ、電動ジャッキ、チェーンブロック、ウインチ、刈払機、電動式高枝ハサミ、ヘッジトリマ、草刈機等の商品は、ホームセンター等の店舗やオンラインショッピング、テレビショッピングにおいて、一般消費者に比較的安価で販売され得るものである。そうすると、これらの商品は、日常生活で、一般消費者によって使用される物であって、同種製品との差別化が難しいものということができる。これらの商品は、（中略）比較的小型の機械器具であって、その操作方法も比較的単純であるから、専門的な業務用途に限られるものではなく、特別な知識、能力を有する者のみにその使用が限定されるものでもない。」と説明している。

91)　裁判所は、「本件指定商品に含まれる前記油圧式ジャッキ等の，比較的小型で、操作方法も比較的単純な荷役機械器具及び農業用機械器具の需要者は一般消費者であり、その取引者は、これらの器具の製造販売や小売り等を行う者である。また、原告が引用商標の使用を許諾した玩具、雑貨等の需要者は一般消費者であり、その取引者は、これらの商品の製造販売や小売り等を行う者である。」と説明している。

92)　稀釈化は、ダイリューションとも呼ばれる。周知表示又は著名表示の出所表示機能を分散化・不鮮明化（blurring）させ、同機能により獲得した信用・名声・評価等を低下させるということを意味する。

93)　その理由について、裁判所は、「引用商標は、周知著名なものであって、怪獣映画に登場する怪獣との観念を生じさせるものであり、街や建造物を破壊するという力強いイメージを有するものである。（中略）本件指定商品に含まれる油圧式ジャッキ等の取引者及び需要者は、引用商標が有する力強いイメージに誘引されて、取引を行うことが十分に考えられる」と述べている。

また、X は係争商標を服、アクセサリー等に付して、広く無償配布・販売することがあり、さらに係争商標以外に、「ガリガリ君」や「STUDIO　GABULLI」といった周知著名な商標と紛らわしいものを登録出願したことがある。それらの行為が間接的な裏付けとされている。

しての悪影響条項への逃避があったが、その後、先行権利条項の拡大適用により徐々に受け入れられるようになった。こうして発展してきたところ、複数の事案における商品化権益の判定に関する試みは司法解釈による規範へ転換し、一定の要件を満たす題名・キャラクター名は先行権益を具備するものとして認められることが可能となった。この規範は、題名・キャラクター名からなる冒認商標出願・無断使用を阻却する効果を実現させるのである。しかしながら、当該先行権益に対する保護の法的根拠をどのように捉えるべきかについて、裁判官の理解は未だに一致を見ない状態にあると評価できる。

日本司法実務上、出所識別機能保障を基にする法理は「商標審査基準」の中で徹底されており、知名度のある題名・キャラクター名からなる冒認商標問題については、通常の場合、広義の混同防止を担保する一般条項である 4 条 1 項 15 号により解決を図ることができる。15 号を適用した関連事例においての主な争点は、標識間の類似性または商品等の需要者の共通性という 2 つの考量要件の該当性に集中しているようにみられる。そして、外国のコンテンツ作品の題名・キャラクター名にかかる一部の裁判例においては、7 号において国際信義が考慮されており、結果として、「商標法上の公序良俗概念を大きく緩める」[94]判断がなされている。

Ⅲ　若干の検討

1　著作権とのつながり

中国の司法実務を総観すると、商品化権益の取扱いまたは先行権利条項の適用要件についての模索にはまだ改善する余地が残される。中国の司法実務では、一部の裁判例は、投資価値保護説[95]とインセンティブ説[96]を商品化権益保護の正当化理由とする。また、法釈第 22 条第 2 款において、題名・キャラクター名等が先行権益として保護が認められる一つの前提条件は「著作権保護期間内の著作物」とされているからである。

94)　井関・前掲注 11）168 頁を参照。

このような規制モデルは著作権から独立したことがなく、依然として著作権を保護の根拠とするため、実質的には、題名・キャラクター名に関連する権益を著作権に付随ないし派生するものとみなしている。この理論に従って判断するならば、著作権保護期間経過後、たとえ出所誤認混同のおそれがあるとしても、先行権利条項による題名・キャラクター名の保護が認められなくなる[97]。

もっとも、著作権保護と商業標識保護との制度趣旨・機能および領域が明らかに異なるため、著作物またはその構成要素を自由に利用することができるかと、特定人に独占的排他的商標権を付与することは適切かとは、互いに影響しない事柄として捉えるべきではなかろうか[98]。言い換えれば、パブリック・ドメインでの題名・キャラクター名を商標として採択・使用することは、商標の自他識別機能、出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能の実現を基礎として商業上の信用度を構築するための行為であり、著作権法意義上の表現の自由（特に再公表行為[99]や原著作物に基づく二次創作行為）の萎縮ないし阻害にはならない。

揺り戻し期の裁判例で示されるように、これらの名称は著作物に関する記述的

95)　この説を支持する裁判例（例②、例④等）によれば、なぜか題名・キャラクター名の商品化権益が保護を受けるべきであるというと、真の権利者による大量な知力と資本の投入があるからこそ、これらの名称の知名度が構築されており、そして、この知名度により商品に利用される価値が生まれるからである。さらに、商業的価値や取引機会の量は、これらの名称そのものにより左右されるのではなく、知名度のあるコンテンツ作品の創作への知力・資本の投入に依存するのであると捉えられる。

すなわち、コンテンツ作品およびそれに登場したキャラクターの知名度による商業的価値は、前期の知的創作活動に多くの時間・精力・金銭を費やした結果であるから、それに相当する経済的価値が還元されるべきである。当該著作物と何ら関係のない者が行った当該著作物の題名・キャラクター名からなる商標の登録は、商業上の信用度（good will）と取引機会の不当な獲得を許し、不当利得の結果につながるのである。

この説は、実質的に、真の権利者によるコンテンツ作品への工夫に着目し、資本と労力をつぎ込んだものが生じうる利益に対する保護を図ろうとする。

96)　インセンティブ論（功利主義的法理）とは、創作活動を誘引・奨励して著作者の経済的利益を保護し、文化を発展させるために、本来はだれもがすることのできる著作物の利用行為を立法的・政策的に制約していると考える理論である。田村善之『著作権法概説』（有斐閣、第 2 版、2001 年）6 頁以降を参照。

インセンティブ論を言及した裁判例（例③等）は以下の通りに論証している。題名・キャラクター名の知名度による商業的価値や取引機会を先行権益として保護を与えることで、後続のコンテンツ作品の創作のインセンティブが高まり、多様な著作物の創出・伝達と文化の発展、そしてコンテンツ産業の活性化という好循環が促進される。北京市第一中級人民法院（2013）一中知行初字第 1922 号行政判決書〔ASTROBOY 事件〕も参照。

用語（description）以外の二次的意義（secondary meaning）[100]を獲得した場合

97） この点について、北京知識産権法院（2017）京 73 行初 7562 号行政判決書〔ターザン事件〕が参考となる。

裁判官は、「著作権保護期間を超えた著作物はパブリック・ドメインになり、社会公衆が自由に利用できるようになる。利用される対象には、著作物の内容のみならず、著作物の題名または著作物に登場したキャラクター名の両方が含まれる。公衆がこのような名前を使用することは、パブリック・ドメインにおける資源についての利用であり、先行権益を侵害する行為ではないと解する」と示した。当該判旨では、出所識別力への影響についてはまったく触れることがなかった。

ちなみに、「ターザン」文字以外にも、当事件の商標権者は医薬品等を指定商品として、「白雪姫」、「孫悟空」などの文字を大量に登録出願したことについて、「ターザン」シリーズの商品化権者はそれらの商標が剽窃的で「その他の不正な手段を通じて登録を受けた商標」に該当すると争ったが、裁判官は、著作権保護期間切れの著作物の題名ないしキャラクター名からなる商標の大規模な登録出願は公益毀損や公共財の不当な独占行為に当たらないとした。

98） アレキサンダー・ポイケルト（Alexander Peukert）／島並良（訳）= 角松生史（訳）「パブリック・ドメインの法理（A Doctrine of the Public Domain）」神戸法学雑誌 64 巻 3・4 号 209 頁（2015 年）は、「商標法は著作権法上のパブリック・ドメインに優先する。商標権は、絵画そのものを独占するのではなく、ある企業の商品やサービスを別の企業のそれと区別する標識としての機能のみを独占するものだからである。このようなコミュニケーション機能に関してのみ、商標権保有者は絵画に対する排他的権利を取得している。商標保護の発生は、モナ・リザの商品化というすべての人に平等な消極的自由の合法的行使に因るものである。モナ・リザは絵画であるだけでなく特定の製品にとってのブランドでもあるという意味で、この著作物に最初に二次的意義を与えた人物に、新たな商標に対する保護が認められるべきなのである。要するに、パブリック・ドメインと知的財産権の重複や抵触は、適用可能な権利や自由の対象物、範囲、目的を分析することによって解決されなければならない。」と述べている。冯晓青、刘瑞琪：《作品著作权保护期限届满后再保护之探讨 —— 利益平衡视野下的判断逻辑》，载《苏州大学学报：法学版》2020 年第 3 期 82-96 页も参照。

99） なお、指定商品を「書籍」とした題号の商標登録が許可されると、当該著作物の著作権が消滅した後も、同じ題号で著作物を出版する場合は、商標権者から商標使用許諾を受ける必要があるという権利行使がなされる可能性がある。この問題については、具体的な侵害場面において、内容表示として使用する（商標的使用に当てはまらない）という抗弁で解決されうる。具体的な裁判例について、宮脇正晴「著作物の題号（タイトル）と『商標としての使用』」パテント 62 巻 4 号 13 頁（2009 年）以降、末吉亙「商標と商品等表示」パテント 67 巻 4 号 72 頁（2014 年）以降、平澤卓人「商標的使用論の機能的考察（2・完）」知的財産法政策学研究 49 巻 202 頁（2017 年）以降などがある。中国の裁判例として、北京市中級人民法院（2003）一中民初字第 6356 号民事判決書〔ピーターラビット事件〕がある。

本研究は、「印刷物」、「録画済み DVD」などの有体物媒介以外の指定商品・役務への抜け駆け登録出願行為（登録場面）を想定しているため、登録不適格性や商標的使用につながる論点はすべて検討範囲外とする。

に、「一定の影響力のある商品の名称」（商品等表示）と解することができる。そうすると、その権益への侵害の該当性について判断するにあたっては、商業標識の自他識別機能、出所表示機能等の保障から出発し、出所誤認混同のおそれの有無に重点を置くべきである。そこで、出所誤認混同のおそれを引き起こす対象物は著作物につながる純然たる知的創造物ではなく、具体的な商品・役務においての商業標識（商品等表示）であるゆえに、もっぱら商標法・不競法の法理に従って判断を行い、著作権保護期間の問題は考慮範囲外にあるわけである。

つまり、商標法・不競法の目的および予定する競争秩序からすると、一定の影響力のある商業標識（商品等表示）として機能している題名・キャラクター名と誤認混同しやすそうな商標の登録出願・使用行為は、著作権保護期間が切れたか否かを問わずに、標識法上許容されにくいものである。これに対して、出所誤認混同のおそれがなさそうなものであり、かつ、その他の登録拒絶事由にいずれも該当しない場合であれば、著作権保護期間が切れたか否かを問わずに、登録出願・使用は自由であり、かつ、先行権益との抵触が生じない正当な行為と認められる。

この点について、日本法の出所混同防止に関する一般条項（4 条 1 項 15 号）が示唆を与えている。当該条項に相当する条項を中国商標法に新設することは規制ルートを統一する最善策であろう。ただし、例④と例⑤のように、不競法のアプローチを優先させることを原則ないし規範とすれば、著作権とのつながりを完全に遮断する効果が実現可能であり、まさに先行権利条項に 15 号と類似する機能を持たせていると思われる。

100）すなわち、標識としてはそれ自体の構成上顕著性（inherent distinctiveness）や原始的な記述的機能といった一次的意味を除き、長期間の使用による信用の蓄積がなされ、自他商品（役務）の識別力（当該標識を見ただけで、商品化事業者、著作権者、出版社ないし映画製作者等が分かるレベルの顕著性）が生じる。

具体的には、「ミッキーマウス」の語について、キャラクターの名称以外に、商品化許諾の窓口を担当するライセンサーであるディズニー及びライセンシーとからなる商品化事業グループ全体の出所表示としての標章であることを関連需要者は認識している。

2 混同のおそれについての推認

混同のおそれの有無に関する判定は、需要者の共通性や取引の実情等の諸事情を考慮したうえケース・バイ・ケースで行うしかない。裁判所は自由心証を運用する以上、具体的な取引の実情等をどの程度勘案することが認められるかによっては、「係争商標の指定商品・役務の特性により特定の著作物・キャラクターのイメージを連想・想起させるか」というように、混同の推認範囲を拡張する結果になるおそれがある。

(1) 想定された主体の範囲

例⑤、例⑧の判旨を分析すると、係争商標の指定商品・役務による特定の著作物・キャラクターへの想起可能性が言及され、さらに取引の実情に関する考慮要素とした点が特徴である[101]。

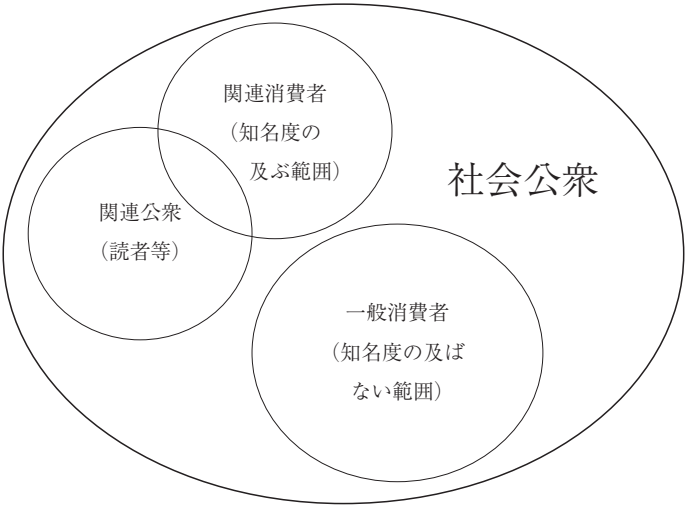
図2のように、「特定の著作物の内容・キャラクターのイメージ」への連想を考慮要素とする判断において、配慮された主体の範囲は、関連公衆（読者等）と関連消費者（原作の知名度の及ぶ範囲）に限られると読み取れる。しかし、国民的な知名度を有する極端な例は別として、不特定多数の社会公衆から、著作物・キャラクターの知名度が及ばない一般消費者にとって、混同のおそれがあるとは言い難い。したがって、混同のおそれの推認については、動態的に考えなければならず、関連公衆・関連消費者以外の一般消費者（知名度の及ばない範囲）とい

101) 例⑤以外の中国の裁判例として、北京市高級人民法院（2018）京行終6286号行政判決書〔エプロンママ事件〕と北京知識産権法院（2018）京73行初9034号行政判決書〔グリーン・ランタン事件〕を参照。

前者は、「(知名度の高低や標識間の類否に関する論証は省略) 保育園（託児所)、レストラン、介護施設などの役務は、主婦が行う家事活動と密接に関連しているため、このような役務に『エプロンママ』（围裙妈妈）を使用することは、関連公衆に係争アニメに登場した『エプロンママ』というキャラクターを容易に連想させる（筆者注：当該キャラクターの設定は専業主婦である)。」としている。

後者は、「(知名度の高低や標識間の類否に関する論証は省略) 係争商標の指定商品である『電球、電灯、ランプ、手持ちサーチライト』等は、『グリーン・ランタン』という映画の中の主要な道具である『ランタン』とは同一・類似の商品であるため、係争商標の出願・使用は関連公衆に映画の権利者から許諾を得たかまたは特定の関係を有するかと容易に誤認させる。」と説明している。

図 2　混同防止規定において配慮された主体の範囲



（筆者作成）

った主体を含む不特定多数の社会公衆全体レベルの価値判断を基礎とすべきであると考える。そうすると、混同のおそれの有無について判断する際に、指定商品の実際の需要者を特定したうえで、これらの商品の流通経路、商品の態様等についての詳細な論証が必要である。

もっとも、「本件商標を本件指定商品等に使用した場合、これに接する取引者・需要者が、著名な商標である引用商標を連想・想起する」という出所誤認混同についての判断基準は、あくまでも引用商標の構造ないし引用商標権者を対象とするものであるため、引用商標の構造ないし引用商標権者以外の（著作物の内容／キャラクターのイメージなどの）観念・印象への想起可能性を含まないと解するのが判断基準の文言に合致するのである。

「特定の著作物の内容／キャラクターのイメージなどを連想させるか」を考慮要素に入れる場合、審査官・裁判官に原作またはキャラクター自体に関してある程度熟知することないし正しく理解することを要求しているため、自由心証により判断結果についての予測可能性が大幅に低減することになりかねない。また、

大量迅速な商標権利付与・権利確定にかかる査定事務にも馴染みにくいと言わざるを得ない。

⑵「関連商品」画定時の考慮要素

中国司法実務上、2019年指南では、「関連商品」の画定について、題名・キャラクター名等の「知名度の及ぶ範囲内にある」ことを要求している。先行権益の侵害の該当性を積極的に肯定するほとんどの事案において、裁判所は、作品自体の高い知名度について、標識間の同一・類似性について認めたうえで、「係争商標の指定商品は日常生活中の必須品であり、かつ、映画／ゲーム等の作品のよくある派生商品（グッズ）である」というふうに、誤認混同のおそれがあると端的に結論づけた[102]。

対して、日本司法実務上、広義の混同に関する審査基準では、「標章の周知度」が考慮要素として列挙されるため、題名・キャラクター名自体は客体とされていないのが明らかである。例⑧の判旨で示されるのも、引用商標そのものの知名度である。

私見では、「関連商品」の範囲は、出所誤認混同のおそれを要件とする以上、そもそも推認の域を出ないものであると思われる。画定時「題名・キャラクター名等の知名度の及ぶ範囲内にある」という考量要件について、高い知名度を具備するのは題名・キャラクター名であるというにほかならず、商標法により保護するためには、商品等表示としての特定性や周知性等が必要ではなかろうかと大いに疑問なところではある。

この点について、日本の審査基準を規範として、2019指南の「題名・キャラクター名の知名度の及ぶ範囲内にある」という抽象的な要件に、「出所の特定可能性」という制限を設けるべきであると思われる。

また、未登録の著名商標への特殊保護とのバランス維持および役割分担に鑑みると、日中ともに、「関連商品」の範囲を画定するとき、「商品化事業展開の実

102) 北京知識産権法院（2018）京73行初10121号行政判決書〔LEAGUE of LEGENDS事件〕、北京知識産権法院（2019）京73行初14909号行政判決書〔ひょうたん童子事件〕等がある。

態」に対して配慮しなければならない、と考える。

①　出所の特定可能性（安定的な 1 対 1 対応の関係）

例⑤の多数意見で指摘するように、ある題名・キャラクター名は、公衆の使用により新たな意味合いが付与されており、一般的に通用する語としてすでに定着している状況にある場合、たとえ当該言葉が一造語であり、かつ、著作物の構成要素として高い知名度を獲得したとしても、それにより唯一の出所（著作権関係者または著作物の一構成要素としての存在）を特定することが困難である。

この点に関連して、知名度の高い題名・キャラクター名等はほかに定着し、通用している意味（先天的・後発的を問わない）が存在することにより、対応する出所の特定可能性が一対一ほど安定とまではない場合、混同のおそれを簡単に認めることには妥当性を欠くと思われる。

具体例を挙げると、「Pacific　Rim」の語は知名度の高いアメリカ製 SF 怪獣映画の題名ではあるが、環太平洋地域（太平洋そのものと辺縁に位置する国々や都市、島々を含む地域）を意味する言葉でもある[103]。このため、取引の実情として、映画と関連するビジュアル的要素を含めずに、デザイン化されなかった当該文字のみを商標として使用した日用品等を見た需要者が前者のことを直ちに想起し、出所について誤認混同してしまうことになる可能性が低いと推定できる。

この意味では、コンテンツ作品自体の高い知名度・影響力と標章間の同一・類似性を有するという事実要件のみをもって誤認混同のおそれを肯定し、「関連商品」の範囲をコンテンツ産業によく見られる派生商品（グッズ）まで広く画定すべきであるとする論理は厳密とはいえない。表示選定の自由に対する影響度を配慮し、出所識別力が不足しているけれども[104]知名度のある題名・キャラクター

103）　北京知識産権法院（2017）京 73 行初 4809 号行政判決書〔環太平洋事件〕を参照。同様に、「泰山」の語は「TARZAN」シリーズおよびそれに登場したキャラクター名の中国語表記であり、名山の名前でもあるゆえ、使用態様によっては、関連公衆が直ちに「泰山」を「TARZAN」と結びつけ、出所について混同してしまうことにはなりにくい。北京知識産権法院（2019）京 73 行初 4825 号行政判決書〔泰山事件〕を参照。

104）　ここでいう出所識別力不足は、先天的な多義・同名または後発的な通用化現象といった事実で引き起こされた結果と理解されたい。

名を対象とする場合、混同のおそれの有無についての推認には、より細かな分析・解釈が求められる。

② 商品化事業展開の実態

コンテンツ作品公表後、(商品化企画立案済み) 商品化事業を準備する段階において、未出願状態の題名等が「一定の影響力のある商品の名称」として認められるには、コンテンツ作品創作・宣伝の分野においての知名度および先使用の事実しか証明できないため、コンテンツ作品創作・宣伝の分野と同一性・類似性のある商品・役務においての抵触商標のみが規制の対象となる。アニメ映画を例として、一般的には、最低限として、第 41 類 (映画の興行の企画又は運営、映画の上映・制作又は配給等) と同一・類似の商品・役務が該当する。一方で、これに合わせて「関連商品」を厳格に画定するならば、その範囲は商品化事業遂行のニーズから大きく乖離することになりうる[105]。他方で、この段階において、派生商品の製造・販売または派生役務の運営が未だ実施されておらず、商品・役務に商標として使用を始めていないという状態にある。ゆえに、指定商品・役務の分野に進出しようとする実際の計画 (立証必要)[106]を参考としたうえで、混同の生じやすさを加味して、同一・類似の指定商品・役務への冒認出願行為に限って、制限を加える余地があるように思われる。

そして、商品化企画が進行すると、指定商品・役務と同一・類似の商品・役務

105) 商品化事業の準備段階において、著作権者／商品化事業者は製造・販売予定のある派生商品 (グッズ) を予め公表するという商慣行が存在する。AFPBB News.「人気アニメ商品、販売まで正規版は 1 年超なのに海賊版は 15 日程度」https://www.afpbb.com/articles/-/3244412 を参照。

キャラクター・ビジネス展開時のよくある指定商品・役務の区分について、海特許事務所「キャラクター・ビジネスと商標」https://www.kaipat.com/trademarkc/%E3%82%AD%E3%83%A3%E3%83%A9%E3%82%AF%E3%82%BF%E3%83%BC%E3%83%93%E3%82%B8%E3%83%8D%E3%82%B9%E3%81%A8%E5%95%86%E6%A8%99/ を参照。

また、中川・前掲注 10) は、題名・キャラクター名等が利用される商品・役務について、「視聴者層の拡大により、かつては利用が考えられなかった商品や役務 (サービス) に利用範囲が拡大している。」と述べ、フィギュア・玩具・携帯ストラップ・キーホルダー、文房具・見の回り品・食器、被服・靴、食品、カードゲーム・メダル、遊戯具、会社のイメージ広告を挙げている。

の範囲が上記段階よりはっきり把握できるようになる。この段階において、商品化事業展開の実態に照らして、とりわけ締結済み・交渉中の商品化許諾ライセンス契約やコラボ企画制定の実際の状況を基に、冒認商標の指定商品・役務と強い関連性のあるものを混同のおそれのある「関連商品」と解するのが妥当であると思われる。ここで、関連性の強弱については、冒認出願人の経営・業務の内容、真の権利者による指定商品・役務の分野に進出する蓋然性等[107]の事情について加味すべきであると思われる。言い換えれば、いかなる抜け駆け登録出願行為が出所混同を惹起するかについて、商品化事業展開の実態に応じて、より細かな分析・解釈が求められる。

以上のように、出所誤認混同のおそれのある「関連商品」の範囲を商品化事業展開の実態に照らして、段階に分けて画定することを通じて、ある程度予測可能性を高めることができ、商品化事業の本質的なニーズをできるだけ最大限に満足させる。これにとどまらず、著作物を基とする競争上の優位性と期待できる将来の商業上の利益を大きく膨らまし真の権利者を過度に保護する傾向を避けることには効果があるのだろう。思うに、その他の登録阻却事由にいずれも該当せず、

106)　なお、「真の権利者は、題名・キャラクター名等について、係争商標の指定商品・役務において商業的開発を遂行したことを証明することができない、また証明する必要もない。そうでなければ、著作物の題名等の先行権益に対する保護の趣旨に反することになる。」と指摘される。崔梦嘉「商标争议中作品名称在先权益保护条件探析」http://www.chinaipmagazine.com/journal-show.asp?3593.html を参照。 同氏は、さらに「真の権利者は、①そのほかの（著作権／商品化権を有する）著作物が、係争商標の出願日前に、すでに係争商標の指定商品・役務において商品化事業を展開したことがあるということを立証できる場合に、あるいは、②係争商標の出願日前に、同業界のほかの権利者はすでにこれらの商品・役務において商品化事業を展開したことがあり、かつ、それが現実的な商業上の慣例にもなったということを立証できる場合に、先行権益に対する保護の範囲（「関連商品」の範囲）は係争商標の指定商品・役務まで拡張すべきであるということが比較的有力に証明されうる。」と述べている。

ちなみに、韓国特許庁は改訂審査基準により、著名なキャラクターの名称からなる商標に対する審査を強化したところ、未だに商品化されてない段階においても、商品化する可能性が高い商品（衣類、靴、帽子、文具、おもちゃなど）について、出所の誤認混同を招きかねない模倣商標出願を拒絶することにしている。JETRO「韓国知的財産ニュース 商標の公正な使用秩序を確立するための商標審査制度の改善」https://www.jetro.go.jp/world/asia/kr/ip/ipnews/2019/190103.html を参照。

107)　少なくとも例⑦、例⑧のような専門性の高い分野は、当該分野での生産・経営の資質を要するため、X による進出の蓋然性が比較的低い。

かつ、出所誤認混同のおそれの有無が疑わしい場合、客観的なアンケート調査[108]の結果を参考にした判断はより公正かつ説得的である。

3 信義則の制限

中国の悪影響条項に関する判断規範とは異なり、日本商標法の公序良俗条項は、商標の構成のみに着目する規定ではない。出願人の主観的な要素について検討を加えた「国際信義違反」も当該条項に当たるものとされる。特許庁の商標審査基準で列挙された「一般に国際信義に反する場合」という文言に関する具体的な説明・解釈がないため、その理解と適用は完全に審査官・裁判官に委ねられる。

例⑥、例⑦の判断では、国際信義への配慮や公正な取引秩序に関する説明・解釈は不十分であるため、公益的な要素がみられず、商品化事業展開における管理上の利害調整問題を解決する目的寄りの状況においても7号の該当性が認められ、その妥当性について疑問や違和感が生じる。結果として、7号（とりわけ国際信義則）の適用範囲の肥大化を招き、外国の当事者や標識を国内のものより優遇するおそれがあり、さらに、公益保護の目的・趣旨を没却してしまうことにもなりかねない。題名・キャラクター名等からなる商標について、「当該名前等が有する顧客吸引力へのフリーライドや著作物とは何ら関係を有していない者に対する独占権の付与の是非を考慮する必要がある」[109]が、一般的にこの問題は係争商標権者と本来商標登録を受けるべきと主張する者との間の商標権帰属問題にとどまり、あくまでも当事者同士の私的な争いとして解決すべきであるため、公益的理由に基づく登録阻却事由として位置付けられる7号の調整対象外とするのが妥当である。

この点について、中国の司法実務中での試行錯誤の中に、日本商標法へ示唆を

108) 誤認混同のおそれについての判断資料として、消費者アンケート調査は侵害場面で多用されているが、異議申立て、無効宣告段階（登録場面）においても有用な証拠として提出されることがある。三山峻司「表示法の係争事件におけるアンケート調査の実践的な利用法についての検討」産大法学50巻3・4号295-296頁（2017年）、杜颖《商标纠纷中的消费者问卷调查证据》，载《环球法律评论》2008年第1期71-80页を参照。
もっとも、アンケート調査は問いの立て方によってバイアスが生じるおそれがあるので、あくまでも補助的な利用が望まれると指摘される。

109) 「知財高判平成24・6・27ターザン事件評釈」判例タイムズ1390号333-334頁を参照。

与えるところがあると思われる。すなわち、法釈等で形成される規範により、相対的無効事由を優先的に活用する原則が確立されており、公私領域の線引き、各規制ルートの適用順位および射程範囲等が明確にされた[110]という意味では、公序良俗条項の適用に関する予測可能性・法的安定性が担保される。公序良俗条項を適用するにあたって、商標独占の適格性などに重点を置いて信義則や商道徳に基づく価値判断をとるのが妥当とは言い難く、道徳的直感に基づく登録阻却事由にならないように、公益・私益を明確にした謙抑的な姿勢が望ましい。

したがって、解釈論として、絶対的無効事由として位置付ける公序良俗条項をできる限り厳格に解釈し、その適用は、あくまでも私的利害調整を超えた公益的理由から当該出願者には登録を認めるべきでない場合に限るのが適切であると考えられる。

おわりに

本稿は、コンテンツ題名・キャラクター名からなる商標の抜駆け登録出願行為への対策を取り上げて、日中両国の関連規定・裁判例等を整理・概観したうえで、利益衡量の視点から規制時の考慮要素（判断規範）を検討することを試みた。

中国における司法実務上の商品化権益の取扱いとしては、前期の投資で獲得した顧客吸引力等に基づく不当利得規制から商品等表示の出所誤認混同抑止の趣旨へ収束されるような傾向が見受けられる[111]。中国において悪意のある商標登録

110)　陶凱元主編，最高人民法院知识产权审判庭编：《最高人民法院知识产权司法解释理解与适用：最新增定版》，中国法制出版社 2016 年第 1 版 233 页は、公序良俗条項の適用規範について、「他人の馳名商標が抜け駆け登録出願された場合など、ある商標の登録出願が特定の民事権益のみを損なう場合、商標法においては別途の救済方法および関連の手続きが設けられており、適用上の射程範囲が明確に画定されているため、その他の悪影響があると認定するのは適切ではない。もし当該登録出願行為に対して、商標法上その他の法規定によりいずれも規制を与えることができないのであれば、法的に禁止されない行為に当たると解すべきである。」と述べている。

111)　なお、張・前掲注 16）115 頁は、「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。」と述べている。

出願問題が依然として深刻であり、これにより多くの真の権利者による商品化事業の展開が妨げられているという背景に鑑みれば、真の権利者に一種の支えを与えているという意味では、法釈第 22 条第 2 款の制定が有意義であると評価できるだろう。しかし、いわゆる商品化権益の本質はコンテンツ作品の著作権の延長線上にある既存の法益ではないし、知名度の高い題名・キャラクター名の顧客吸引力を利用したあらゆる抜け駆け登録出願行為について真の権利者の利益と抵触するものとして捉えることができない。このような著作権法と商標法・不正競争防止法の法理が混用される冒認商標抑止策を是正するには、もっぱら商品等表示の出所混同防止の趣旨に立脚した規範が求められる。今後、中国におけるいわゆる商品化権益に関する論考および関連審判・裁判例がどのようにさらに発展していくのかについて、たとえば、不競法のアプローチを優先させる原則を提示した指南によって、法釈第 22 条第 2 款の適用は影響されうるか、最終的に形骸化されうるかについて、引き続き注目したいと思う。

日本の司法実務上、外国の著作物の題名・キャラクター名にかかる一部の審判・裁判例においては、曖昧な国際信義が考慮されており、その結果、規制範囲の拡張による予測可能性が低下する。そのため、公益・私益の線引きを明確にした規範の構築が重要な課題となり、国全体・社会全体の公益と関わりのある理由が見いだせなかった場合、公序良俗条項の該当性についての判断は、謙抑的な姿勢をとるべきである。知名度のある題名・キャラクター名からなる冒認商標問題については、規範として、広義の混同防止を担保する一般条項により解決を図ることができる。一般条項の該当性に対して自由心証を運用する限り、異なる結論に辿り着く可能性がある。タダ乗り・稀釈化防止の観点から特別な保護を認めるには、商品化事業者の市場参入・営業活動の遂行への支障等について斟酌すべきであり、混同の推認範囲を拡張しすぎないような判断が望まれる。例えば、例⑧の冒認商標を一種の周知表示のパロディとみなすのであれば、パロディ商標の許容論の立場から登録を維持する可能性が残される。ゆえに、規制時にパロディ商標にかかる利益調整についての検討（とりわけ標識選択の自由への配慮）は今後の課題として考えられよう。

いずれにせよ、日中の司法実務ともにとって、自由な競争範囲を確保するため

の配慮、すなわち、真の権利者に強い商標コントロール権[112]ないし擬似著作権[113]を与えないように留意すべきである。「著作物の構成要素からなる商標については本来著作権関係者に帰属すべき」あるいは「著作権保護期間内の著作物の題名・キャラクター名について、その文化的・商業的価値の維持とは何ら関係を有していない者に対する独占権の付与は相当ではない」といった一般的な道徳的直感に基づく規制の正当化にも歯止めをかける必要があろう。

112)　上沼紫野「赤毛のアン判批」Lexis 判例速報 13 号 119 頁を参照。

113)　擬似著作権とは、福井健策弁護士が提唱する著作権に関する事例で、「理論的には著作権ではないのだけれど、社会では事実上、著作権に近いような扱いを受けている」ケース、「法的根拠はまったくないか、せいぜいが非常に怪しいもので、根拠がないにもかかわらずまるで法的権利があるように扱われている」ケースを指す。

福井健策（骨董通り法律事務所 for the Arts）弁護士「擬似著作権：ピーターラビット、お前に永遠の命をあげよう」https://www.kottolaw.com/column/000042.html および鈴木里佳弁護士（骨董通り法律事務所 for the Arts）「その名前、誰のもの？～ターザン事件判決（知財高裁平成 24 年 6 月 27 日判決）と商標法 4 条 1 項 7 号～」https://www.kottolaw.com/column/000482.html「本来、著作権の及ばない利用方法についてまで、著作権者がライセンスの必要性を主張し、ライセンス契約が締結されたという既成事実が積み重なり、一種の擬似著作権が拡大することには、一定の歯止めが必要でしょう。」を参照。