

商標の逆混同の理論について —「藍色風暴(青色の嵐)」商標権侵害事件—

彭 学 龍*
劉 曉倩(訳)

抄録：新しい商標権侵害類型として、逆混同とは以下のことを指す。すなわち、被告商標の存在があるために、需要者が、登録商標権者である原告の商品の出所を、被告あるいは被告と何らかの関係を有する者であると誤認混同することである。逆混同は、典型的な商標権侵害の態様である直接混同とは、事実の構成・もたらされた損害ないし社会に与える影響等の各方面において大きく異なっている。そのため、裁判所が公平かつ効率的な判決を下すには、登録商標権者・被告および需要者間の利益を総合衡量しなければならない。中国の立法機関は、この問題につき、中華人民共和国商標法第52条およびその関連した条項を改めて見直し、混同法理に焦点を当てて商標権侵害行為を規範する体系を再構築する必要がある。

キーワード：逆混同；商標権侵害；「藍色風暴」商標権侵害事件

一 問題の提起

最近、浙江藍野酒業有限公司が商標権侵害として上海ペプシコーラ飲料有限公司を訴えた事件が中国で高い注目を集めており、マスコミに大きく報道されている。「この事件は、今後、商標権侵害訴訟の審理の範囲を広げただけでなく、侵害を行った者は往々にして小規模の会社であり、被侵

* 中南財經政法大学知識産権研究センター専門研究員・法学博士。本稿は中国教育部人文社会重大プロジェクト「知識産権制度の変革と発展」(04JZD0016)からの資金援助を得て行われたものである。

害者側は大企業の方が多いという固有観念を打破したのものである」といわれている。また、「本件は、わが国の多数の知的財産権判決の中で先例的な価値を有するものであり、本判決から積んだ経験および得た示唆を受けて、この問題を再検討する必要がある」と説かれている¹。

まさに蚊が象を挑発するようであると称された²本件訴訟の原告藍野有限酒業有限公司(以下、原告)は浙江省麗水市にある小さな会社であり、「藍色風暴(青色の嵐)」(以下、本件登録商標)の商標権を有している。原告は、本件登録商標について指定商品を「ビール、麦ビール、水、野菜ジュース、ミネラル・ウォーター、ジュース、豆乳、コーラ及びヨーグルト」として出願し、2003年12月14日に商標の設定登録を受けた。本件訴訟が提起されるまで、原告はすでに本件商標をビールという商品について使用しており、そして炭酸飲料についても使用する予定があると主張した。2005年11月17日に、原告は、上海ペプシコーラ飲料有限公司(以下、被告)がその生産・販売したコーラ及びその他の飲料商品に「藍色風暴(青色の嵐)」という標章(以下、被告標章)を付して販売し、その販売地域が浙江省および上海市に及んでいるということを知った。被告が無許諾に同種の商品について本件登録商標と同一の商標を使用して、原告の商標権を侵害したとして、原告は2005年12月に杭州市中級人民法院に提訴した。

¹ 浙江省「麗水市にある小さな酒工場が、300万人民元の損害賠償を獲得した。まさに『蚊が象を挑発する』ようである。…世界的な著名ブランドであるペプシコーラ社は、この「転覆」は全くの予想外だった」という。吳志強：《百事可樂“藍色風暴”敗訴》《浙江市場導報》2007年5月29日C9版を参照。2007年6月11日に中央テレビ局第2チャンネル「第一時間」といった番組は、本件につきコメントをした。その前、《南方周末》、《中国消費者報》等のマスコミは、当該事案についてのドキュメンタリーを製作した。そして、インターネット上にも本件に関する報道が多数掲載されている。

² 杭州市中級人民法院民事判決書「(2005)杭民三初字第429號」および浙江省高級人民法院民事判決書「(2007)浙民三終字第74號」を参照。本稿では、特に説明がない限り、当事者および裁判官の意見は上述した判決によるものである。なお、本件訴訟に関する資料は浙江五聯律師事務所の張奕峰先生よりご提供頂いたものである。張先生の貴重な見解は本稿に重要な示唆を与えた。ここで感謝の意を表したい。ただし、これは張先生が筆者の観点到賛同することを意味するものではない。

原告の主張は以下のとおりである。被告の上記の行為によって今後、原告の正常なブランドの遂行を阻害することは避けられないという。なぜなら、被告が世界的に有名なグローバル企業であるから、需要者は先入観により、本件登録商標の出所は被告であると誤認する可能性があり、このような状況を放任してしまうと、今後、原告は自己のブランドを使用しているにもかかわらず、需要者は当該ブランドが被告の商標であると混同誤認する恐れがあるからである。周知のように、被告は世界有数のグローバル企業であり、商標の取り扱いについては非常に慎重なはずである。かつ、被告はすでに中国において多数の商標を登録したことに鑑みて、被告は商標を管理する一連のメカニズムもすでに形成しているはずである。さらには、商標の検索さえすれば、「藍色風暴(青色の嵐)」が他人の既登録商標であるという情報を容易に入手しうるから、被告が「藍色風暴(青色の嵐)」を使用した行為には、たとえ主観上の故意が存在しなかったとしても、重大な過失があるということは否定できない、と主張した。上記の事実及び理由に基づき、原告は以下のことを請求した。1. 被告は、直ちに侵害行為を停止し、原告商品と類似した商品に付されている被告標章を廃棄せよ；被告標章が付された商品の生産・販売・宣伝広告を停止せよ。

2. 被告は、「浙江日報新聞」等のメディアにおいて、「藍色風暴(青色の嵐)」は原告の登録商標という事実を説明し、商標権侵害行為に伴う影響を消去せよ。

3. 被告は、損害賠償として300万人民元及び原告が支払った合理的な費用119,25.50元を支払え。

4. 訴訟費用は被告の負担とする。

一方、被告は下記のように主張した。確かに、被告は「藍色風暴(青色の嵐)」の文字を商品に付しているのだが、しかし、それは単なる2005年度の夏季販売プロモーションのテーマとして使用しているものであり、被告の商標として使用するものではないから、需要者に混同誤認を生じさせることはないという³。しかも、「藍色風暴(青色の嵐)」というテーマは

³ 公開された資料によれば、被告が中国で「藍色風暴」シリーズ商品につき投下した広告宣伝の金額は1億人民元を超えた。そして、プロモーション用の賞品個数は

ずっと以前に被告のアイディアにより自ら考案したものであり、本件登録商標と何ら関連するところもないと反論した。実際には、世界的な著名商標ともいえるペプシコーラの保有者である被告が中国においてすでに高い名声を得ているため、敢えて本件登録商標を真似し、或いは原告の名声を利用して自己の商品販売を促進する必要はまったくないと主張した。

これに対し、原告は、確かに被告は需要者を混同誤認させる故意がないものの、被告の大規模な宣伝広告および市場における販売活動により、自己が有する本件登録商標を正常に利用することができなくなったと反論した。

杭州市中級人民法院は2006年4月にこの事件を審理したが、裁判官による判断の一致に至らなかった。そして、2006年11月3日ようやく第1審の判決が出され、原告は敗訴したため、浙江省高級人民法院に控訴した。2007年3月21日に原告の控訴が受理され、2007年5月18日および24日の2回の審理を経て、控訴審は原審の判断を覆し、原告の請求をほぼ満足させる判決を下した。

本件の事案はそれほど複雑なものではない。それにも関わらず、厄介な事件だと解されているのは何故であろうか。その理由は、原告の請求により、本件事案は典型的な商標権侵害事件と異なる「逆混同」の態様となっている点にある。従来の商標権侵害事件では、原告は著名商標を有する大企業であり、被告のほうは成立して間もない小さな会社であるのが通常であった。典型的な商標権侵害事件の被告は、原告商標の信用を利用することにより、自己の商品の宣伝・販売を促進することを目的としている。この場合、需要者は被告商標が原告商標であると誤認混同し、あるいは、被告商標が付される商品の出所が原告または原告と何らかの関係を有する者であるという混同の状況が生じる恐れがある。これに対し、逆混同は、需要者が後発商標の存在により、先行商標またはサービスの出所が後発商標の所有者またはそれと関係する者であると誤認混同するという態様である。逆混同の場合、権利者の多くは無名な中小企業であり、そして侵害

者のほうは権利者より強い市場影響力を有する企業である。侵害者は原告商標を偽る故意がなかったとしても、大規模な宣伝広告およびマーケティング戦略を通じて、最終的に原告商標を占有するという意図を有すると解される。

本件では、仮に事実関係が原告の主張したとおりであるならば、裁判所が被告の行為を直ちに停止しないとすると、近い将来、需要者にとって本件登録商標は被告のものであると混同し、原告は当該商標をコントロールする能力を喪失する恐れがあると考えられる。したがって、逆混同の場合には、商標権者に与える損害は典型的な混同に比べて遥かに大きいといえよう。なお、講学上、逆混同と区別するために、伝統的・典型的な混同形態を「直接混同」という。

逆混同により生じる影響が深刻なものであるにもかかわらず、世界各国の商標法はいまだにこの種の侵害行為につき特別な規定を設けていない。筆者の知る限り、逆混同に関する事件が報道されたことがあるのはアメリカのみである。そこで、本稿では、「藍色風暴」商標権侵害事件を一つの切り口として、アメリカの有名な裁判例および最新の文献を踏まえたうえで、逆混同法理に係わるいくつかの問題点を検討したい。本稿における検討が「中華人民共和國商標法」（以下、中国商標法）第三次法改正および中国の司法実務への一助となれば幸いである。

二「逆混同」法理の出現とその特徴

(一)「逆混同」法理の出現

1918年に、米国の有名なホームズ判事は判決に付随した賛同意見書において、逆混同の問題について言及した。ホームズ判事は、「商標権侵害事件では、被告の商品が原告の商品に詐称されるのが通常であるが、これと反対に、需要者に原告の商品の出所が被告であると混同させることも同様に違法である。ただ後者の状況はより特殊であり、もたらされる損害もより不明確である。しかし、両者の一方に適用できる原則はもう一方の場合

2億個をも超え、賞品の総価値は20億人民元にも達しているという。聶國春：《“藍色風暴”案百事可樂敗訴 商品廣告宣傳謹防侵犯商標權》<http://www.ccn.com.cn/xbyw/2007-06-11/1181523153d271415.html>を参照。最終訪問：2007年6月11日。

についても適用しようと私は考える」⁴。もっとも、20世紀の60年代に至るまで、逆混同の問題は未だアメリカの裁判所の俎上に載せられることはなかった。

1968年の「Mustang」商標権侵害事件において、原告のウェスト自動車会社は古くからトレーラーおよびジープ車について「Mustang」という商標を使用し、アメリカにおいて商標登録をなしているが、被告のフォード社は原告の強い反対を無視し、1962年に「Mustang」をその試作車の商標とし、1964年4月より「Mustang」ブランドの自動車を大量に生産・販売し始めた。1965年まで、フォード社は「Mustang」ブランド車を宣伝するのに、1千600万ドルもの広告費用を費やした。当事者双方の和解が成立できず、最終的に訴訟に至った。同事件を審理したアメリカ連邦第7巡回裁判所は、原告商標が識別力の強い商標ということではできないから、被告の行為は商標権侵害に該当しないと判断した⁵。この判決は、各界からの批判を招くことになる。論者は、フォード社は「Mustang」がウェスト社の登録商標であることを知りながら、それを無許諾に使用したことに過ちがあることは明らかであり、ただ、被告と原告とは、経済力および社会的影響力において大きく相違するから、権利侵害の効果も従来の商標権侵害事件の場合と異なるものであると指摘されている。つまり、この事件では直接混同ではなく、逆混同の現象がもたらされたわけである。要するに、ウェスト社商品の購入者は、自分が購入した商品の出所はフォード社であると誤認したのである。このような状況下において、裁判所が原告の権利救済を拒絶したことは、「弱肉強食」を奨励することに等しいと批判された⁶。

その後、アメリカの裁判所は、産業界の圧力を受けて逆混同の問題について再検討せざるを得なくなった。1977年の「Big O」事件で原告勝訴の

判決⁷が下されたのはそのためであるといわれている。「Big O」事件では、当事者双方はともにタイヤを生産・販売する会社であった。原告は1974年2月にタイヤという商品に「BIG FOOT」商標を使用し始めた。同年7月に被告も同一の商標を同種の商品について用い始めた。その間、被告の代表者が商標の譲渡について原告と交渉したことがあったが、原告に拒絶された。被告は原告の反対を無視し、引き続きタイヤ商品に「BIG FOOT」商標を使用して販売・宣伝広告をしていた。1975年8月31日まで、被告は強力な宣伝広告をするために、一千万ドル近くの資金を投下した。この事件の焦点は、被告が原告の名声を利用する、あるいは原告の商品を自己の商品として冒用する意図があると主張されていない場合、あるいはそれに関する立証がない場合に、原告は商標権侵害訴訟を提起することができるかという点にある。アメリカ連邦第10巡回裁判所は、証人は被告の広告を見た後、原告が販売しているタイヤの出所は被告であると誤認した。つまり、被告の行為により、現実には逆混同の現象が生じているといえるから、被告の行為を禁止しなければならないとした。その上で判決は、逆混同の状態を認容してしまうと、大企業が堂々とその強い経済力および頻繁な宣伝広告により、小規模の会社の先行登録商標を窃取することを許すことになる」と判示した。

本判決以降、逆混同法理はアメリカの他の裁判所においても是認されていくことになる⁸。裁判所の見解によれば、逆混同は需要者に混同を招くのみならず、登録商標権者の名声をも損ないかねないから、登録商標権者より後に当該商標を使用する者が権利侵害の責任を負うべきであるとされている⁹。アメリカの不正競争リステートメントにおいても、「逆混同は商標法における典型的商標権侵害類型の範囲を逸脱していない」と述べら

⁴ International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918) at 247 (Holmes, J., concurring). See David Y. Gan, “March Madness”: An Examination of Dual Use Trademark Terms and Reverse Confusion, 50 Hastings L.J. 223.

⁵ Westward Coach Mfg. Co. v. Ford Motor Co. 388 F.2d 627 (7th Cir. 1968).

⁶ Joel R. Feldman, Reverse Confusion in Trademarks: Balancing the Interests of the Public, the Trademark Owner, and the Infringer, 8 J. Tech. L. & Pol’y 163.

⁷ Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co., 561 F.2d 1365 (10th Cir. 1977).

⁸ アメリカ第1、第2、第3、第5、第7及び第9巡回控訴裁判所。4 J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition 23:10 & n.7, 2006, Thomson/Westを参照。

⁹ 李明徳《美國知識産權法》(法律出版社、2003年) 305頁。

れている¹⁰。その趣旨は決して逆混同と直接混同との区別を抹消しようとするところではなく、逆混同が直接混同と同様に、商標権侵害の要件を構成するというをより一層強調するものである。それにもかかわらず、アメリカで発展してきた逆混同法理は他の国または地域ではあまり重視されていない。ヨーロッパを例にすれば、「共同体商標規則」は逆混同の問題について触れるところがない。ヨーロッパの学者は、「商標権侵害行為の責任を判断する決め手は、混同を生じさせる事実であり、混同の『方向』ではない」と説いている¹¹。確かに、直接混同にせよ逆混同にせよ、いずれも登録商標権者の利益を害する結果をもたらすのであるから、その意味では、このような見解にも理由が全くないとはいえないだろう。しかし、直接混同と逆混同とは、事実の構成、もたらされる損害の程度および市場と需要者に与える影響等においてかなりの相違があるから、この二つの混同の類型を区別して対応するべきと考えられる。

(二) 逆混同の特徴

まず、逆混同に関する事件では、後発商標の使用者は先行登録商標権者の名声を利用し、そこから利益を獲得する意図を有するのではなく、先行登録商標自体を独占することをその目的としている。この場合、被告がよく使う手段は、原告商標と同一又は類似した商標を大量かつ頻繁に使用し、商品市場が飽和するまでその商標を「爆撃」することである。被告の意図するところは、大規模な宣伝広告を通じて、最終的に登録商標権者の需要者に対する影響を取り除くことである。その結果、公衆は、登録商標権者の商品の出所は後発商標使用者である、あるいは、先行商標権者と後発商標使用者との間に何等かの関係があると誤認混同することになる。この状態をそのまま放置していけば、いつしか商標権者は、自己の登録商標の価値を喪失してしまい、自己の商品または会社の特性、会社の信用に対するコントロール、さらには新しい市場を開発する能力さえ失う恐れがあると

解される¹²。

第二に、市場における地位及び社会に与える影響についていえば、原告と被告の利害関係は、この2つの類型の事件において正反対な立場に位置するため、裁判所が、逆混同の現象が生じているかを判断する際に考慮すべき要素は、当然直接混同の場合と大きく異なるのである。逆混同の場合は、裁判所は、以下の事実を明らかにしなければならない。すなわち、被告の強い商標を認識している公衆が、原告の弱い商標に接したとした場合、後者の弱い商標を前者の強い商標に結びつけるか否か、ということである。被告商標が知名度の高いものである状況下に限っては、需要者の混同誤認、すなわち、原告商標の出所は被告である、あるいは原告商標は単に被告商標の変形であるという混同が生じる恐れがあると理解することができよう。アメリカ商標法の権威であるマッカーシー教授は、「人々がまだ知らない標識または文字を見る際に、容易にそれをもともと熟知している他の標識または文字と連想させる傾向がある。これは普通の現象である」と評している¹³。また、「直接混同の事案では、原告商標の市場における影響が大きければ多いほど、原告が勝訴しやすい。これに対し、逆混同の場合、その状況は正反対であり、特に、被告が強い商標を有する際に、原告商標が市場に与える影響が弱ければ弱いほど、原告が勝訴する可能性も高くなる」と解される¹⁴。

第三に、逆混同の事件では、被告商品の販売量が非常に大量であるため、膨大な損害賠償金が請求されがちである。かつて、アメリカ第7巡回裁判所は、「悪意が存在しない場合、合理的な使用許諾料を徴収することにより後発商標使用者の不当利得、あるいは商標権者が蒙った損害を十分にカバーすることができる。原告が合理的な使用許諾料を徴収していない場合、訴訟で勝訴できれば、一般に被告の収益の10-30%の損害賠償を獲得する

¹⁰ See Restatement (Third) of Unfair Competition, § 20, Comment f (1995).

¹¹ See Jeremy Phillips, *Trade Mark Law: A Practical Anatomy*, Oxford University Press, 2003. P351.

¹² *Ameritech, Inc. v. American Information Technologies Corp.*, 811 F. 2d 960 (6th Cir. 1987).

¹³ 4 J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* 23:10, 2006, Thomson/West.

¹⁴ *Cohn v. Petsmart, Inc.*, 281 F. 3d 837 n. 5 (9th Cir. 2002).

ことができる。この金額は使用許諾料より遥かに高額なものである¹⁵。ゆえに、「膨大な損害賠償額は常に原告に訴訟を提起するよう奨励する効果があり、現実にはそのような事態も生じている。例えば、ある商標につき商業的な投資あるいは使用をした後に、他の大企業がそれと類似した商標を使用した際に、たとえその使用が善意なものであっても、高額な賠償金を要求する悪徳な小企業も実際に存在する。したがって、裁判官は逆混同の事件を処理する際にかなり慎重でなければならない¹⁶と解される。

第四に、逆混同事件の被告が悪意を持っていることはよくあるパターンである。「Mustang」および「Big O」事件はその代表例であるといえよう。これら事件の被告はかねてから原告の既登録商標を狙っており、それらを占有することを企んでいた。被告が偶然に当該商標を誤用する可能性が皆無ではないにしても、それも極めて例外的なことであるといえよう。「Mustang」事件では、トレーラーとジープについて「Mustang」という商標が付されたことは、需要者にはトレーラーとジープは野生の馬のように動力が強いという、良質のイメージを与えるものであり、フォード社はこのブランドを自己のものにしたがっていたのではないかと推測される。

とはいえ、逆混同は被告の悪意が存在することをその成立要件としない。後発商標使用者が他人の先行登録商標を選んで使用したことは、必ずしも故意または悪意に基づいたものでなく、商標出願、あるいはそれを使用する前に行われた商標のサーチが不十分であったことによる結果である。仮に主観的な故意を要件とすれば、多くの逆混同事件で原告の請求は裁判所に認められないこととなる。もちろん、被告の原告商標に対する使用当初は故意がなかったとしても、その後、原告がひとたび警告を出し、あるいは交渉を求めた場合には、被告の主観的な心理状態が悪意に転換することとなる。被告の主観的な心理状態の如何は権利侵害の判断に決定的な効果を生じさせないが、通常は、被告に故意あるいは悪意が存在するならば、裁判所は直接に侵害行為があると判断することができる。そのうえ、被告

¹⁵ Joel R. Feldman, Reverse Confusion in Trademarks: Balancing the Interests of the Public, the Trademark Owner, and the Infringer, 8 J. Tech. L. & Pol'y 163.

¹⁶ Roger E. Schechter & John R. Thomas, Intellectual Property: the Law of Copyrights Patents and Trademarks, Thomson West 2003, P.655.

に故意あるいは悪意があれば、原告が損害賠償を請求する際に有利となる。

最後に、逆混同は「逆冒用」と相違する。単純に文言から読むと、両者を同義と勘違いしがちであるが、「逆冒用」というのは、他人の商品に付されている商標を取り除いて自分の商標をその他人の商品に付して販売することを指す。中国商標法第2次改正は、さまざまな議論を経て、この「逆冒用」の行為を単独に商標権侵害行為の一類型として現行中国商標法第52条第4項に新規追加した。すなわち、「登録商標権者の許諾を得ないで、その登録商標を変更し、その変更した商標を使用する商品を市場に投入した」ことは、登録商標の専有権の侵害とされている¹⁷。この規定から、逆混同と逆冒用との違いが伺える。前者は、侵害者の意図は他人の商標を独占することにあるが、後者は、他人の商品を利用して自分の商標の信用を創出し、他人の商標の市場占有率を減退させることにある。

三 逆混同を禁止する正当性

いうまでもなく、いかなる商標事件の審理でも、裁判所は原告、被告および公衆の三者間の利益を考慮しなければならない。直接混同に係わる事件では、被告は、先行商標に蓄積された名声・信用を利用することにより、自己の商品の販売促進を目的としている。その結果、先行商標を保有する者の利益が損なわれるだけでなく、需要者が混同を惹起しかねず、ひいては社会全体のコストが上昇する恐れがある。すなわち、直接混同を抑止す

¹⁷ 1994年4月、シンガポールCrocodile International社の中国における販売代理店である同益社が北京服装一廠の生産したパンツに付された「楓葉」商標を取り除き、「卡帝樂」商標を付して高い値段で再販売した事件がある。いわば「楓葉訴鱷魚(もみじが鱷を訴えた)」事件である。当該事件が審理されている段階では、裁判官の見解が二つに分かれている。一つは、被告の行為は商標権侵害、すなわち、「逆冒用」行為に該当するものであるという見解である。他方では、これは不正競争行為であるという見解もある。結局、判決は、《民法通則》および《反不正競争法》に基づいて、被告が原告に謝罪および損害賠償をせよという判断をした。羅東川：《審理“楓葉”訴“鱷魚”案的幾個問題》《中華商標》1998年第4期を参照。中国商標法第2次改正の過程において、上記第一種意見が立法機関に採用されたため、中国商標法第52条第4項の規定となった。

ることは、公平的正義に合致しているうえ、市場の効率性を高める点でも有利である。しかし、逆混同に係わる事件の場合は、裁判官はより複雑な利害関係と利益衡量に直面している。

(一) 公平原則に基づく衡量

商標を保護する目的は、企業の商品の品質の向上及び、商品に対する投資の拡大にインセンティブを与えることにある。商標権による保護が付与されるからこそ、企業は自己の商品を競争者の模倣から守れるのであり、自己の努力により築き上げた信用を他者に盗まれることはないと確信することができる。もっとも、ある企業が採用した標識が、パブリックドメインに由来したものであるにせよ、自ら設計したものであるにせよ、最初の段階から商標として機能するわけではない。商標の所有者の努力を通じてはじめて、公衆が当該標識を特定の商品や企業と連想し、当該標識が使用される商品を購入することになる。商標法が商標権の侵害行為を禁止し需要者の混同を防止する目的は、このような商標権者の努力によって築き上げられた名声や信用を保護し、企業が公衆に良質な商品を提供することに対してインセンティブを付与することにある。逆混同の発生を抑止することは、商標を保護する特別ではあるが一つの手段でしかない。その趣旨は、小企業が自己の先行商標に対する権利を確保することにある。つまり、逆混同の現象を放置すると、大企業が恣意的に小企業の商標を掠奪することができ、「弱肉強食」という悪質な競争を生じさせる恐れがある。逆混同を禁止することは、規模の大小や実力の強弱に関わらず、すべての企業が自己の先行商標に対する権利を平等に享受することを可能にすることとなる。もっとも、多数ある事例の中には、係争商標が付された商品につき巨額の投資を行った後発商標の使用者（すなわち被告）も存在する。しかも、その中には、先行商標をフリーライドする意図がない、あるいは先行商標の存在すら知らなかった善意の者も少なくない。さらに、後発商標の使用者は市場における影響力がより強く、その商品の広告の強度も強いので、需要者にとって、係争商標が代表している営業主体は、後発商標の使用者という場合が多いだろう。この場合、財産権労働理論に従えば、後発商標の使用者が係争商標につき権利を享受することは当然のことであり、逆混同を禁止することは、後発商標の使用者がその投資により獲得す

べき権利を剥奪するに等しいといえる¹⁸。

したがって、単に公平の原則に基づく衡量だけでは、逆混同事件につき画一的な判断をすることはできない。一般的に、事件が起きた初期の段階において、需要者は、被告が係争商標を使用していることについて、いまだ強い印象を残していない。そうであるならば、裁判所は、先行商標の所有者の利益を保護し、被告が当該商標を継続して使用することを阻止するとともに、原告が蒙った損害を被告に賠償させるべきである。しかし、原告が、被告による係争商標に対する使用行為をそのまま放置した結果、需要者が当該係争商標に接する際、被告の方を想起するような事態にいたった場合には、当該商標はすでに被告の商標になったといえることができる。その場合、裁判所はこの既成の事実を承認せざるをえず、被告に当該商標を保有する権利の獲得を認め、被告の過失の有無等の具体的事情に応じて、原告に対して適切な補償金を支払う旨の判決を下すべきであると考えられる。

(二) 功利性および効率性原則に基づく衡量

逆混同を禁止することにより、先行商標の所有者は、商標に対する先行的使用という地位を利用して、他人の当該商標に対する使用を禁止することができる。その結果、かりに当該商標に関して権利侵害者の方が先行商標の所有者より高い経済的な価値を認めている場合であっても、その使用が禁止されることになる。しかし、経済学的に分析すると、逆混同を禁止

¹⁸ 財産権労働説によれば、財産権の正当化理由は、権利者が自己の労働によりある対象物が自然状態から離れ、又はその価値が増加するから、この対象物を所有するとしても他人の当該対象物に対する需要に影響を与えないということにある。商標権についていえば、いわゆる「労働」とは、商標権者の営業活動における商標の使用ということである。「商標権者に商標専用権を賦与する理由は、商標の使用という労働を通じて商標の識別性が築き上げられ、この識別性が権利者にもたらす競争上の利益が道徳上において尊重されるべきであるからである。」という（張玉敏主編《知識産権理論與實務》法律出版社2003年版、第14頁を参照）。このような「商標に対する使用」という労働が、商標権の出現を促し、商標権の強度および範囲を決めるのである。詳しくは、彭学龍《試論商標權的產生機理》《電子知識産權》2006第6期。

することが必ずしも効率性に符合するとは限らない。経済学上、効率性を分析する基準は数種あるが、最も有名な基準は「パレート最適」である。この基準によれば、効率性が改善したというためには、すべての人に対して少なくとも不利益を与えるものであってはならず、一方の利益を損なうことにより、もう一方の利益を増大させるという方法はより非効率であると解される。すなわち、効率性の実現を図るために、一方の効用を低減させなければ他方の効用が満足されないとすれば、それはより非効率であるというのである¹⁹。それでは、「パレート最適」基準の下で、逆混同を禁止することは効率性原則に合致するのであろうか。

優先権原則に基づけば、商標に対する権利は、商標の先行使用者（あるいは登録商標権者）に付与されなければならない。逆混同の事例では、係争商標の価値が後発使用者にとってより高いものであるかもしれないが、後発使用者に当該商標につき某かの権利を与えるとすると、先行使用者の経済的利益が害されることとなる。そうすると、商標権の配置の現状をそのまま維持する方が、「パレート最適」理論に合致する。なぜなら、先行使用者の利益を害さずに、後発使用者を保護することは不可能なことだからである。換言すれば、先行使用者が当該商標を継続して使用して保有すべきであり、他方で、後発使用者の商標使用行為が停止されるべきである。したがって、「パレート最適」基準に従えば、逆混同を禁止することが適切であると考えられる。

もっとも、ポズナーが指摘したとおり、パレート最適の要件は厳格に過ぎる。現実社会において、人々はより緩和された効率性の概念を援用する傾向がある。それは、カルドア・ヒックス基準というものである²⁰。この基準によれば、財の最大化の実現によって効率性を評価すべきと考えられている。すなわち、社会全体の財の増加ということが、ある取引あるいは制度の効率性を計る基準とされるのである。例えば、ある制度の設置により甲に10単位の収益を与える一方、乙に5単位の損失をもたらすとすれば、

¹⁹ 薩繆爾森、諾德豪斯著・蕭琛主訳《微觀經濟學》人民郵電出版社、2004年、第126頁。

²⁰ 波斯納著・蔣兆康訳《法律的經濟分析》中國大百科全書出版社、1997年、第16頁。

この制度はパレート最適に符合しないことは明らかである。しかし、カルドア・ヒックス基準に基づく場合、社会の総収益が5単位であり、社会全体の財が増加するから、この制度は効率的であるとみなされるのである。さらに、利益の獲得者が被害者に対し補償をなすことにして、カルドア・ヒックス基準の下で、甲が乙に5単位以上・10単位以下の補償を与えることにすれば、甲と乙両方の経済状況が改善されるから、パレート最適の原則にも符合するとされるのである。ゆえに、カルドア・ヒックス基準は潜在的パレート最適であるともいわれている²¹。

カルドア・ヒックス基準を用いて逆混同の問題を研究すると、争点は、後発使用者が係争商標の使用により得る利益は、先行使用者に与える損害より大きなものであるかどうかという争点に展開されることになる。この場合、先行使用者が他者に係争商標の使用につき許諾をしたか否かということは重要な問題ではなく、後発使用者の支払い能力が肝要となる。逆混同の事例では、後発使用者は経済力のある大企業の場合が多く、一般的に先行使用者が求める合理的な損害賠償額を満額支払うことができるだろう。そうだとすると、この基準の下で、逆混同に対する保護の強度を弱めると、却って効率性が改善されるかもしれないと考えられる。

具体的に、後発使用者が許諾なしに係争商標を使用することは二つの利点が存在すると考えられる。第一点は、後発使用者が当然に利益の獲得者であるという点である。多くの場合、逆混同に関する紛争が裁判所に提訴された時点で、後発使用者はすでに膨大な広告費用を投下しているから、被告の行為を禁止することは非効率である。二つ目の利点は、公衆も後発商標から利益を得ることができるということである。つまり、需要者にとっては、後発商標の識別性により、商品選択の際にかかるコストが節約される。先行商標にもこのコストを減らす作用があるが、逆混同の現象により後発商標の方が社会に与える影響がより大きいので、市場においては後発商標の機能の方がより大きく発揮されると考えられる。なお、上述した2つの利益が先行使用者の損失を超過する場合に、最も効率的な解決策は、後発使用者が継続して係争商標を使用することを認めると同時に、先

²¹ 波斯納著・蔣兆康訳《法律的經濟分析》中國大百科全書出版社、1997年、第16頁。

行使用者に適切な補償を提供させるということだと考えられる。

もちろん、弱い保護による効率性を考慮する際には、小企業の商標開発に与える影響をも考慮しなければならない。また、この影響が社会全体の経済発展にもたらす副作用も併せて配慮しなければならない。なお後発使用者の継続的な係争商標を使用する行為を禁止することにより生じうべき不利益の算定の基準時は、当該商標を最初に使用した時点ではなく、裁判時とすべきであると考えられる。その理由は、使用の当初は、逆混同の現象が未だ生じていないのが通常であるから、商標の使用を禁止しても不利益が生じないといえよう。他方、裁判の時点では、すでに後発商標に相当な社会影響力がある可能性が高いから、その使用を禁止することにより生じる不利益は、後発使用者だけでなく、公衆に対しても実質的なものと考えられるからである。

(三) コースの定理に基づく衡量

コースの定理は、法と経済学の基盤であると一般に解されているが、その主要な内容は、財産権の権利の範囲が明確であり、かつ取引費用が低い場合に限り、当事者間の自発的な協議および交渉により自動的に効率的な結果が導かれると述べられている²²。そうだとすれば、コースの定理の下では、逆混同の問題を如何に処理すればよいか。

実例によると、逆混同の事例では、通常侵害者である大企業の方が、係争商標のために原告に高額な補償金を支払う意思があるように見える。例えば、インターネットエクスプローラーにおいて「Explorer」という語を使用するために、マイクロソフト社は、ある小規模の検索会社に50万ドルの保証金を支払ったという事例がある。グッドイヤー社も、原告に1960万ドルの補償金を支払ったという。コースの定理によれば、当事者間の自発的な取引により資源が再分配され、当事者の需要が満足される場合には、高い取引費用が発生しない限り、当事者双方は冷静に自己利益の最大化を追求するものである。換言すれば、先行商標の保有者と後発商標の使用者が理性的な主体であるという前提の下では、逆混同が出現する前に、当事

者双方は自発的に解決の道を求めるはずであるということである。かりに逆混同の現象がすでに生じているとしても、最も効率的な方策はやはり当事者間の交渉である。そのため、この定理の下での法律制度の設計は、この種の交渉の実現を追求するものであるべきと考えられる。

実際には、商標が登録された後でも、先行使用者が獲得するものは、商標権に対する初期の支配権だけである。商標の譲渡が頻繁に行われている今日において、法が設けた制約の基準も次第に低くなってきており、商標が最終的に、最も評価の高い企業に移転されるのは当然のこととなっている。そのため、逆混同の事件が生じた際にまず問わなければならないのは、後発使用者の支払う補償金が、先行使用者の当該商標を譲渡しようとする場合に求める最低限の金額に達しているかどうかということである。取引費用の観点からすると、商標の使用許諾あるいは譲渡により発生するコストは、一般的に訴訟にかかる費用より低いはずである。したがって、コースの定理の下で逆混同に対する保護を強化すれば、後発使用者と先行使用者との交渉が促されることになる。これにより、当事者双方が自らの取引を通して、公平と効率性の両方を全うし、両当事者および需要者の三者間で利益が保全されることとなる。

以上により、仮に本件「藍色風暴」事件の事実が原告の主張したとおり、すなわち、被告がその商品の販売・広告に際し、明示的に被告標章を商標として使用していたのであれば、たとえ訴訟に至る前の時点ではいまだ深刻な逆混同の現象が生じていないとしても、被告の行為を停止しなければ、原告は最終的に本件登録商標を失う可能性がある。したがって、この場合、裁判所は、被告が「藍色風暴」標章を継続して使用することを禁止し、原告勝訴の判決を出すべきである。そして、被告は、原告に損害賠償を支払うと同時に、原告にもたらされた影響を除去するに足る実効的な措置を施すべきである。もちろん、裁判所が当事者間の調停を行うということも解決策の一つといえよう。原告が合理的な対価を得ることにより、本件登録商標「藍色風暴」の商標権を放棄し、被告がそれに応じて対価を支払う意思および能力があるならば、商標譲渡の方式により本件を終結させることも考えられるであろう。さらには、原告と被告両方の利益を図るという観点に鑑みれば、被告が、譲り受けた本件登録商標を再度原告に使用許諾することもありえないわけではないと思われる。もっとも、裁判所が長時

²² 薩繆爾森、諾德豪斯・蕭琛主訳《微觀經濟學》人民郵電出版社、2004年、第306頁。

間をかけてもいまだに明確な判断を下せない場合には、被告がすでに上海市、浙江省ないし全国範囲において被告標章を使用した結果、最終的には、需要者が「藍色風暴」標章に接すると被告を想起するという事態に至ることもありえよう。その際、十分な補償金を原告に支払わせる方法以外に、良い解決策はないように思われる。なぜならば、商標は一つの心理的な財産であり、その帰属は最終的に需要者の心理における認識にあると考えられるからである²³。ひとたび需要者の認識に変化が生じれば、商標の保有は事実上被告に移転することになるのであるから、いくら公正な法律を作ろうとしても徒労に終わると考えられる²⁴。

四 「藍色風暴」事件についてのコメント

アメリカの著名なハンド判事が指摘したように、商標の訴訟には完全に同じ事件は存在しないという²⁵。上述した逆混同の事例に比すると、「藍色風暴」事件には明らかに相違点が存在する。被告は、「藍色風暴」標章を商標でなく、プロモーション活動のテーマとして使用していたが²⁶、2005販売年度が終わると同時に、被告標章に対する使用もすでに停止したと主張する。これが事実であれば、被告が原告の本件登録商標を占有する意図

²³ 「商標は単に需要者の心理に存する財産である。」 Barton Beebe, Search and Persuasion in Trademark Law, 103 Michigan L. Rev. 2020 (2005) を参照。また、「商標の保護は、法律の符号心理という機能に対する認可を意味する。我々が符号に依存して生活しているというならば、我々は符号に依存して物を購入しているといえる。」 Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S.S. Kresge Co., 316 U.S. 203, 205 (1942) を参照。

²⁴ 商標は、企業の財産だけでなく、需要者の利益にも大きく関わっている。その重要な機能は需要者が商品をサーチする際にかかるコストを減らすことである。大多数の需要者が原告商標を被告商標であると認識する場合、裁判所が被告の使用を禁止することは、被告に不利であるのみならず、需要者の利益をも害することとなる。

²⁵ 李明徳・前掲注9・298頁。

²⁶ 例えば、アメリカのフォード社とグッドイヤー社はそれぞれ原告商標である「Mustang」商標と「BIG FOOT」商標を占有する意図があったことは、前述したとおりである。

を有していないということを証明するものである。したがって、本件の争点は、被告標章に対する使用が商標的使用に該当するか否かという点である。しかし、第一審と第二審では、この前提となる問題点につき詳しく検討されたにもかかわらず、正反対の結論が出されている。

(一) 第一審および第二審の判旨

第一審は、当事者の争点を、被告の「藍色風暴」標章に対する使用が商標的使用に該当するか、および、当該行為により需要者が混同を生じるか否か、という二つの点にあるとした。第一審は、まず、商標の定義を「本来の目的と基本的作用は出所を識別又は区別することにある。すなわち、出所を識別又は区別しうる標識だけが商標ということができると判示した。本件被告は商品の瓶に付されるラベルおよび蓋に「藍色風暴」という標章を使用した。その目的は商品の出所を標識するためでなく、青色という基本色・「百事可樂(ペプシコーラ)」商標およびプロモーション活動の販売促進ルール等をセットとして商品に使用することにより、商品の個性あるいはプロモーション活動のテーマの意義又は特徴を表すためである、とされた。つまり、被告標章は、ペプシコーラという商品が、市場で青色の嵐を巻き起こす、というプロモーションテーマの理念を示そうとするものであると判断された。

実際に、近年、被告は次々と新しいプロモーション活動のテーマを出している。需要者はすでにこのようなプロモーション活動に慣れており、自ずからこういった商業的慣習に順応するようになったはずであり、「藍色風暴」標章を一種の宣伝スローガンあるいは商品の装飾として受けとめているとされた²⁷。全体のプロモーション活動の中で、被告は、人の目を引

²⁷ 2001年から、ペプシコーラ社は毎年新しいプロモーションのテーマを出している。「藍色風暴」は2005年度のプロモーション・テーマであり、それはコココーラ社の「紅色旋風(赤い旋風)」と対抗するものである。その他の年度にペプシコーラ社が出したプロモーション・テーマはそれぞれ、「全能挑戦 百事球星(全能挑戦 ペプシ・ボールスター)」(2001年)；「世界足球相撲賽(世界サッカー試合)」、「百事超級星陣營(ペプシ・スーパースター)」(2002年)；「百事群英會(ペプシ・オールスター)」、「百事節奏狂飆(ペプシ・テンボを走れ!)」(2003年)；「突破渴望群星彙

くような形でペプシコーラのシリーズ商標(「百事可樂(ペプシコーラ)」の文字商標と青白紅の3つの円形により結合された商標)を使用しており、販売促進ルールには「藍色風暴」が販売促進活動のテーマであると明確に書かれているのだから、需要者は「百事可樂ペプシコーラ」商標を見るだけで商品の出所を識別することができる」とされた。そのため、「ペプシコーラ商品における『藍色風暴』商標の使用は、商品の出所を区別する機能を果たすことができず、商品の商標的使用ということとはできない」と判断された。

この点を明らかにしたうえで、一審判決は、公証されたアンケート調査によれば、需要者は「百事可樂(ペプシコーラ)」商標により出所をはっきりと識別することができ、「藍色風暴」という販売促進用の標章があるからといって需要者が混同を生じているということとはできないと判断した²⁸。「このことはペプシコーラ社の行為が客観的には、一般需要者にペプシコーラと原告藍野会社の商品間に混同を生じさせていないということを示している。すなわち、一般需要者は、係争商品に付された『藍色風暴』標識により、ペプシコーラ商品を原告の『藍色風暴』商標商品であると誤認混同しないだけでなく、『藍色風暴』が使用された原告商品をペプシコーラ商品と混同誤認しているわけでもない」とされた。つまり、被告が「藍色風暴」標章を使用した行為により、直接の混同あるいは逆混同の現象が惹起されているわけではないという理由に基づいて、一審判決は原告の請求を退けた。

第二審の浙江省高級人民法院は、まず、2005年5月から被告が全国範囲で「藍色風暴」と題した夏季プロモーション活動を展開し始めたことを確

(デザインを叶えよ!・オールスター)」(2004年)である。

²⁸ 一審判決によると、公証された100部のアンケート調査結果の中に、ペプシコーラの包装に付された「藍色風暴」標章が本件登録商標と類似し、しかも「藍色風暴」が使用されたペプシコーラ製品を原告の「藍色風暴」商標商品と誤認したと回答したアンケートは4部; ペプシコーラの包装に付された「藍色風暴」標章と本件登録商標が類似し、しかも藍色風暴が使用されたペプシコーラ製品と原告の「藍色風暴」商標の製品との間に混同を生じると回答したアンケートは4部; 混同を生じないと回答したアンケートは70部; 無効な回答は23部ある。なお、4+4+70+23の合計は101であり、100ではないが、資料である判決書の記載に従った。

認した。そのプロモーション活動の中で、被告は、「藍色風暴」標章を、宣伝ポスター、商品棚の値段表記および商品宣伝用の印刷物に使用していただけでなく、コーラという商品の包装と蓋にも使用していたことを確認した。判決は、「ある標章が商標に該当するか否かという判断は、当該標章が商品又は役務の出所を識別する機能を有するかどうかということによって決定される」と判示した。本件においては、被告のプロモーション活動により、「藍色風暴」という標章が「すでに需要者に強い印象を与えているということができる。需要者は『藍色風暴』標章を見て、自ずからペプシコーラ社の商品を想起する。とりわけ、『藍色風暴』標章は宣伝ポスターで強調して打ち出されており、商品の蓋には『藍色風暴』標章のみが付されていたことを併せて考慮すれば、『藍色風暴』標章は明らかに商品又は役務の出所を識別する機能を有するということができる」と判断した。したがって、二審判決は、「藍色風暴」標章は、事実上、すでに被告の未登録商標となっているということができると判断した。

被告が「藍色風暴」標章を使用することにより、需要者が混同を生じるかという問題について、二審判決は、「需要者が商品の出所につき誤認あるいは混同を生じるか否かということの判断は、需要者が、後発商標使用者の商品の出所を先行登録商標権者であると誤認混同する場合のみならず、係る需要者が先行登録商標権者の商品の出所を後発商標使用者であると誤認混同する場合をも含む」(傍点は筆者)と判示した。

そのうえで判決は、「ペプシコーラ社の一連の販売促進及び宣伝活動を通じて、『藍色風暴』標章が強い顕著性を有するものになり、市場における良好な信用がすでに形成しているのであるから、原告が自己の商品に本件登録商標『藍色風暴』を使用する場合には、需要者は常にペプシコーラ社を連想し、原告が生産・販売した『藍色風暴』商品はペプシコーラ社と何らかの関係を有しているという誤認を生じるということができる。このことにより、原告と原告が有する本件登録商標との結びつきが分断されてしまい、本件登録商標『藍色風暴』が有する基本的な識別機能が失われる恐れがあると同時に、『藍色風暴』により市場における名声を獲得し、企業発展の領域を広く開拓し、もって優良な企業ブランドの価値が高まるという原告の期待も抑圧されてしまう恐れがある。ゆえに、原告の利益が害されることは明らかである」とした。二審判決は「逆混同」という文言に

全く触れていないが、判決の説示からして、逆混同の法理により一審の判断を覆したと解される。これにより、原告は勝訴の判決を獲得したうえに、300万人民元もの損害賠償が支払われることとなった。

(二) 私見

同様の事件、同様の事実、それに同様の証拠が出されているにもかかわらず、第一審と第二審において全く正反対の判断が出されている。とりわけ、判決の理由における事実の認定と法理の分析をみると、下級審と上級審の主審裁判官が高度な専門知識を有することが伺える。二審判決が一審判決を完全に覆した最大の理由は、商標制度自体の複雑性によるといえよう。「商標法における基本的な問題のなかには、現在も依然として不明確な側面が存在する。しかもそれは永遠に解決できない問題であるかもしれない」²⁹。これは、「知的財産法の法体系の中で、商標法の適用の結果が最も予測しがたい」³⁰ことを物語っている。それにも関わらず、筆者は、浅学非才を承知のうえで、この二つの判決につき若干の私見を述べることにしたい。

まず、被告の被告標章の使用は商標的使用にあたるか、という前提問題に関しては、二審の判断の方が、より実態に近いものといえるかもしれない。両判決がともに述べるように、商標の本質は、商品又は役務の出所を識別することにあるから、商品又は役務に使用される文字、符号、色、包装ないし商品の外観など、商品又は役務の出所を識別するという機能を果たせるものであれば、実質上、商標といえることができると考えられる。したがって、被告が被告標章を使用したということは、少数の需要者にとってはある程度、商標としての機能が發揮されているといえるかもしれない。他方、原告はというと、本件登録商標につきコーラを含めたソフトドリンクを指定商品として商標登録を受けたのであるが、原告はソフトドリンクについていまだに投資・生産をなしていないため、原告のソフトドリンク

のブランドを認識する需要者は皆無であるといえよう。しかも、それまでに原告のビール商品に使用された本件登録商標を認識している需要者の地域的な範囲も、麗水市近辺に限られるかもしれないのである³¹。

一般的に物を購入する際、需要者は、商品又は役務に対する全体的印象によりその出所を識別するのが通常である。商品の容器である瓶や缶あるいは包装に付されている「百事可樂（ペプシコーラ）」商標、商品が店頭で展示されている場所、および被告会社の宣伝用スローガン（プロモーション活動で使用された基本色・「藍色風暴」標章およびイメージキャラクター）のすべてが商品又は役務の出所を識別するための役割を果たしているのであるから、被告の「藍色風暴」標章は、その中で主導的な地位を担っているものではないと考えられる。そのため、需要者が、単に「藍色風暴」標章のみに接する場合には、被告の商品であると認識することはないといえよう。そのように考えると、二審判決が、被告標章を被告の未登録商標と認定した点は行き過ぎと言わざるを得ない³²。

次に、需要者が混同を生じるか否かという点についても、二審判決の判断は説得的ではないと考えられる。本件登録商標の色が黒であり、しかも商標全体は、凶案と中国語のピンイン[訳注：中国語の発音記号]との結合により構成されている。本件登録商標は、被告の一つの全体的な商標（すなわち、需要者が被告の商品に対して有する全体的なイメージであり、た

³¹ これは、商標権の効力の問題である。中国商標法は登録主義を採っているものの、登録商標の効力が無制限に有効なものではない。一定の期間登録商標を継続して使用しなかった場合、その効力を制限すべきである。商標権と商標強度は商標の使用の状況（使用時間、地域範囲と使用強度）により決められる。この点につき、原告藍野会社の商標権の効力が相当制限されているといえよう。

³² 注意しなければならないのは、中国の市場において、4文字により構成された商標がそれほど多くないことである。例えば、「百事可樂（ペプシコーラ）」や「可口可樂（コココーラ）」といった商標が4文字から構成されている理由は、この二つの商標が商品の名称である「可樂（コーラ）」を用いていること、および、この二つの商標が外来語の音訳であることによる。「藍色風暴」という語についていえば、商標というより、プロモーションのテーマに相応しいものであると考えられる。したがって、「百事（ペプシ）」という結合商標が存在する限り、需要者が「藍色風暴」を商標としてみる可能性は低いであろう。

²⁹ Jeremy Phillips, *Trade Mark Law: A Practical Anatomy*, Oxford University Press, 2003, P. xvii.

³⁰ Barton Beebe, *Search and Persuasion in Trademark Law*, 103 *Michigan L. Rev.* 2020 (2005).

とえ「藍色風暴」標章がその一部分を占めているとしても、取るに足りない程度である)と類似していないので、需要者は両者に対する混同を生じることにはないように思われる。なお、同じく被告が提出した、しかも公証されたアンケート調査の信頼性について、裁判所の判断が分かれていることは理解に苦しむことである³³。一般的にいえば、訴訟の当事者は決して自己に不利な証拠を提出することはないはずである。しかも、「ペプシコーラ包装上に付された『藍色風暴』標章が原告の本件登録商標と類似しているか」という判断は本件事案の審理とは無関係であると考えられる。なぜなら、被告が、被告標章を商標として使用していないと思われる以上、仮に被告の需要者にとって、当該被告標章が標識としての機能を果たしているとしても、その影響力は極めて小さいと考えられる³⁴。

³³ 二審判決は、被告が一審に提供した公証済みのアンケート調査結果77部(無効な回答は除かれた)の信頼性につき以下のように認定した。ペプシコーラ包装上に付された「藍色風暴」標章と本件登録商標が類似していると回答したのは21人である。ペプシコーラの包装上に付された「藍色風暴」により、ペプシコーラ商品を原告の「藍色風暴」商品と誤認混同したのは10人である。「藍色風暴」が使用されたペプシコーラ商品を原告の「藍色風暴」商標商品と混同した人は5人である。この認定は、注28に示した一審判決のそれと大きな食い違いがある。しかし、特に、10人の回答者がペプシコーラに付された「藍色風暴」標章により、当該商品を原告会社の「藍色風暴」商品と認識したという調査の結果には大きな疑問が残る。一年の営業額が40万人民元にも達していない小規模会社である原告の需要者は麗水という地域に集中しているはずであり、省都所在地の杭州市にある需要者が本件登録商標を知る可能性は極めて低いと考えられるからである。需要者が本件登録商標を全く認識していないならば、どのようにして誤認混同を生じるのであろう。77人の回答者の中で10人が、「藍色風暴」がペプシコーラ商品に使用されたことにより当該商品を原告の商品と誤認したという調査結果は、非常に疑わしいと思われる。

³⁴ 仮に被告が被告標章を商標として使用しているのであれば、21名だけでなく、アンケート調査のすべての回答者が当該標章が本件登録商標と類似していると答えたはずである。この点において、本件アンケート調査の結果は本件の審理に役立たないものといえよう。

救済の方法という点につき、アメリカのAMF Inc. v. Sleekcraft Boats, 599 F.2d 341 (9th Cir. 1979)判決が本件の参考になるかもしれない。当該事件の原告商標はボートに使用された「Slickcraft」である。被告は、原告商標の存在を知らず、「Sleekcraft」

もつとも、被告がプロモーション活動のテーマを決める際に、確かに配慮が不十分であったということは否めないといえよう。事前に商標をサーチしさえすれば、被告は本件登録商標との類似を完全に避けられ、訴訟に巻き込まれることもなかったはずである。もつとも、仮に本件で原告が敗訴したとしても、最も利益を得た者は原告だと思われる。大企業を訴えることにより、原告の知名度は一気に上昇し、最高の広告宣伝効果となったのである。この点につき、原告側の担当弁護士は、「世界各国でブランドを会社の命として積極的に保護する大企業は、標識を使用する際にこのような侵害行為を起こしてしまったことにより、重大な教訓を得たといえよう」³⁵とのコメントをした。しかし、なお疑問が残る点は、被告に主観的な故意が存在しないこと、すでに被告標章の使用を停止したこと、さらに原告に実質的な損害がいまだに生じていないことに鑑みれば、裁判所が被告に過失を認め、被告敗訴の判決を下すとしても、その損害賠償額は50万人民元以下の法定賠償金額を適用すべきであったと解されるということである³⁶。二審の主審裁判官は、「わが国の商標法は、『事実上の誤認』および

という商標を競艇に使用していた。原告の警告を受けた後、被告は、原告と区別するための表示を付すると同時に、「Nescher造船」という文字も明記した。それにもかかわらず、原告が被告を訴えた。当該事件では、「Slickcraft」と「Sleekcraft」とがともに商標として使用され、両者が類似していることは明らかであるから、アメリカ第9巡回控訴裁判所は、侵害が成立すると判断した。もつとも、判決は、実際の救済を与える際に、被告の具体的な状況を考慮しなければならないと判示し、被告が広告・販売等のいかなる場合にも、係争商標を使用する際に上記した説明表示と併せて使用しなければならないとした。ただし、裁判所は、被告は原告と何の関係も有していないという表記をすることまでは特に要求していない。

本件「藍色風暴」事件において、被告は、「藍色風暴」を商標として使用していないのみならず、その商品の包装、容器そして宣伝広告にペプシコーラの文字と図形の商標を目を引く形で使用し、需要者が商品の出所を認識することができるから、被告の主観における善意が成立するといえる。しかも、原告が2005年12月に提訴した際に、被告の夏季プロモーション活動がすでに終了しており、原告がならん損失を蒙っていないといえるから、裁判所が被告に損害賠償責任を負わせることには理由がないように思われる。

³⁵ 吳志強・前掲注1

³⁶ 資料によると、原告2003年度の営業額は31.6万人民元であり、2004年度は35.67

『主観的な過失』を商標権侵害の構成要件としていない³⁷と指摘した。しかし、それと同様に、法は、損害賠償の要件について、実際に誤認が生じていること、および、事実上損害の発生が前提となる、と規定している。懲罰的損害賠償は、加害者に主観的な悪意があり、それが強く非難されるべき場合に限られると解されている。現実には、需要者が混同誤認を生じていなければ、原告はいまだ事実上の損害を被っていないとすることができる。したがって、裁判所が出来るのは高々、被告が継続して被告標章を使用する行為に対して差し止め命令を下す限度に止まる、と考えられる。

最後に、本件の争点とは直接、関係しないが、本件がマスコミからの注目を集めた主要な原因は、「象と鼠」という原告と被告の規模の差にあるといえる。間接的には、そしてより奥の深い原因は、やはり国内の小会社と国外の大企業との戦いにおいて小会社がその権利保全に成功したという点にあるのであろう。国内企業が何度も外国企業の知的財産権に威圧されている情勢下において、原告の勝訴は中国企業の志気を大いに高めたと評されている。こうした心情は理解しうるものではあるが、それを過大に強調することは適切ではないと考えられる。

市場経済の本質的特徴は、開放・包容および平等である。すなわち、本国ブランドと海外ブランドとを同じ天秤に置くことが要求される。同じ市場において、本国ブランドと海外ブランドとを区別する理由がいくら説得的なものに思えたとしても、このような理解は視野の狭いものであるといわざるを得ない。ブランドは企業と消費者を繋げる媒介であり、その機能は企業の商品の品質の向上にインセンティブを与えることにより、需要者が商品を選択する時間とコストを節約することができ、もって競争の秩序が促進されるというところにある。ブランドは消費者の利益及び市場の秩序と密接に関係し、企業に属するだけでなく、需要者さらには市場にも属

万人民元(聶國春・前掲注3を参照)。被告が三ヶ月にわたって行った「藍色風暴」という広告宣伝により前述のような規模の小会社に300万人民元もの損害賠償をした。これはまるで作り話のようである。二審判決が、被告の2005年度に得た1.3億人民元の純利益をもとに、300万人民元の損害賠償金を算出したという点は理解に苦しむ。

³⁷ 聶國春・前掲注3を参照。

するものといっても過言ではない。さらにいえば、海外ブランドがひとたび国内の市場に進入すれば、それはもはや単純な海外ブランドと言うことはできない。なぜなら、そのようなブランドにはすでに国内需要者の利益、市場秩序が関わっているからである。このことが、まさに商標が著作権又は特許権と大きく異なる点である³⁸。

本件被告であるペプシコーラ社は、中国においてすでに14もの関連会社を設立しており、これらの会社の大多数の従業員が中国人であることからいえば、ペプシコーラ社のブランドがアメリカ人の利益のみを代表するものとは言いがたいと考えられる。さらには、当該ブランドは中国の億万の消費者の利益と密接な関係を持っている。したがって、国内企業が自己のブランドを広く展開するうえで基本に据えるべき手法は、自己のブランドの管理(ブランドのマーケティング管理等を含む)を強化し、商品の品質を向上することであり、決して「象を威嚇する」ようなことを期待してはならない³⁹。

³⁸ 「商標保護の直接の目的は、商標専用権の取得とその保護であるが、その最終的な目的は、需要者利益の保護である。」曾陳明汝《商標法原理》中國人民大學出版社2003年版、第21頁。また、「商標法の趣旨は、需要者と商標権者の両方の利益を保護することにある。しかも、この二つの目的は非常に密接に関わっている。」李明徳・前掲注9・297頁。

³⁹ 原告勝訴後、原告会社の社長梁永華はマスコミに「この良質な商標はまるで神様が書いてくれたものようである。」とコメントした(吳志強・前掲注1を参照)。南方日報の記者の取材を受けた際に梁氏の語ったところによると、原告はペプシコーラ社の中国大陸における他の13社を訴えることも検討中であるという(詳しくは、呂明合《誰的“藍色風暴”?—中國小企業告倒百事可樂》<http://finance.sina.com.cn/chanjing/b/20070607/11363670186.shtml>, 2007年6月11日訪問)。仮に、藍野会社がペプシコーラ社の中国における他の会社を提訴し、かつ、各地の裁判所が「チームワーク」を組むとすれば、藍野会社が4千万人民元弱(300万人民元×13)の「賠償金」を獲得できることになる。これこそ、「神様が書いてくれたもの!」といえるのだろう。

五 逆混同と「中国商標法」第3次法改正

「藍色風暴」事件判決に疑問が残る点が多いとはいえ、少なくとも評価できる一つの点は、この事件を通じて逆混同の問題が中国でも本格的に水面下から浮上したということである。「中国商標法」第3次法改正が間近に迫っている今の時点において、商標権侵害の要件とその認定基準に関する条項を改めて見直し、逆混同という新しい侵害類型を一つの侵害類型として条文化する必要があるか否かということを検討することは、重要な意義を持つと考えられる。そして、この問題を検討する前に、まず「商標の混同」概念を整理しておかなければならないといえよう。

従前より、後発商標の使用により需要者が混同を生じる恐れがあるか否かという問題設定は、世界各国の商標審査の際に重要な判断基準であるだけでなく、商標権侵害を判断する主要な根拠でもあった。実際に、商標権者が享受できる権利の範囲も混同の恐れの有無により決められる。後発商標の使用が需要者の混同を生じさせる可能性があれば、先行登録商標権者は、その使用を禁止する権利を有する。そのため、従来の商標法の下では、商標の混同の発生＝商標権侵害と理解されてきた。

他方、法の実践の中では、混同の恐れ判断は、商品の類似程度、商標の類似程度、先行商標の顕著性および知名度、需要者層の認知度および支払われた注意力、原告と被告商品の販売ルート、被告の意図、需要者の実際の混同状況等のさまざまな要素⁴⁰を考慮したうえで行わなければならない。これらの要素の中でも、商標の類似の程度と商品の類似の程度がより重要かつ決定的な要素であるといえよう。

そうであるがゆえに、中国商標法は敢えて混同の概念とは何かという問題を避けて、その52条1項において、「商標登録権者の許諾なしに、同一

⁴⁰ Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp., 128 USPQ411 (2d Cir. 1961) 判決において、アメリカ第2巡回控訴裁判所は、混同の恐れを判断する際に考慮すべき8つの要素を判示した。すなわち、商標の強度、商標の類似の度合い、商品の類似の度合い、先行商標権者が指定商品の範囲を広げる可能性の有無、事実上混同が生じていることに関する証拠、被告が商標を選択する際の善意の有無、被告商品の品質と購入者の経験および知識。李明徳・前掲注9・299頁を参照。

の商品又は類似の商品にその登録商標と同一又は近似する商標を使用しているとき」は、登録商標専用権の侵害とする⁴¹と直接規定したのかもしれない。一見すれば、この立法は、単刀直入で扱いやすいもののように見えるが、実際には複雑な問題を簡略化したに過ぎないと考えられる。

前述したように、商標の類似の程度と商品の類似の程度は混同の恐れ、すなわち、商標権侵害に該当するか否かの判断において参酌される一要素に止まっており、それらはたしかに重要ではあるものの、前述したすべての考慮要素を代替するものまで言うことはできない。商標権の侵害の成否の判断においては、その他の要素も無視してはならないのである。くわえて、被告の意図に関しても、原告は、被告に主観上の故意があること、すなわち、被告が係争商標を使用する意図が需要者に混同を生じさせることにあるということを証明できれば、それだけで侵害の認定をなすことができるのである。その場合、たとえ商品の類似の程度と商標の類似の程度が高くなくても、この理に変わるところはない⁴²。

他方、商品の類似の程度と商標の類似の程度が高いからといって、常に混同が生じ、侵害を肯定しなければならないというわけでもない⁴³。した

⁴¹ 「混同」という文言は中国商標法および商標法実施条例の中で一箇所でもしか用いられていない。中国商標法13条1項は、「同一又は類似した商品について出願した商標は、他人の中国で登録されていない著名商標を複製、模倣又は翻訳したものであって且つ同著名商標と混同を惹起しやすい場合、その登録とその使用を禁止する。」と規定している。また、中国商標法実施条例25条3項は、「商標局は、誤認や混同あるいはその他の悪影響を有する登録商標の譲渡に関する申立を承認してはならない。その場合、書面による通知を申立人に送達し、その理由を説明しなければならない。」と規定している。もっとも、中国商標法52条は、商標権侵害を規律する主要な条項でありながら、混同という文言に全く触れていない。

⁴² Ann Bartow, Likelihood of Confusion, 41 *Sandiego L. Rev.* 721, 770-92 (2004).

⁴³ ここで中国で起きたある事例を挙げよう。「Cordier」と「Cartier」はそれぞれ、先行商標および登録出願中の商標である。二つの商標のアルファベットが類似しており、かつ発音も似ているから、通常、両者は類似する商標と判定される。しかし、出願人が再審の段階において、両商標の知名度がともに高いこと、需要者層が相違すること、そして、先行商標の指定商品は高額な商品であり、一般にその商品の販売コーナーと専売店が設置されていること、さらには、先行商標商品の需要者の多くはブランド品の購入者であり、一般消費者にとってその高価な値段により、当該

がって、登録審査の段階における商標類否の判断と商標権侵害の認定の際に、商品の類似の程度や商標の類似の程度だけを考慮していたのでは、正確な結論を下すことは困難であると考えられる。さらにいえば、法の適用の際に、裁判所および特許庁が52条1項の規定により、商標の類否と商品の類否を判断の決め手とするということは、それにより誤った結論を出す可能性があるというだけでなく、混同の恐れが存在を商標や商品の類似性を判断の際の一参酌要素に位置づけてしまう可能性があるということの意味している。これは商標や商品の類似性と混同の恐れとの因果関係を逆にするものである⁴⁴。真実はこれと異なり、混同の恐れがあるか否かということこそが、商標の問題を検討する際、また、商標事件を審理する際に究極的に解決すべき問題なのである。商標や商品の類似の程度というのは、さまざまな参考要素の中の一基準に過ぎないである。換言すれば、前者は彼岸といった目的地であり、後者は彼岸に到達するための橋という手段なのである。混同の恐れの問題が解決できれば、裁判官は商標や商品の類否を判断する必要もなく判決を下すことが可能であり、特許庁もそれで商標登録を認めるかどうかの判断をすることができる。

以上の考察を踏まえたうえで、本稿の検討課題である「逆混同」という問題に戻ると、中国商標法52条1項は相当程度、包括的であり、将来性のある条文ということもできるかもしれない。同項によれば、被告が「同一の商品又は類似の商品にその登録商標と同一又は近似する商標を使用している」結果、直接混同か逆混同かを問わず、需要者が混同を生じれば商標権侵害が成立し、先行登録商標権者が被告の侵害行為を禁止することができる。その意味で、現行中国商標法における商標権侵害に関する立法の規定には、合理的な一面があるともいえる。要するに、逆混同という新し

先行商標商品について一般の商品より高い注意を払うのが通常であるから、たとえ両商標が類似するとしても、それにより需要者が混同を生じるとは限らないことに関する証拠を提出した。そのうえ、両商標の保有者がすでに商標共存協定を結んだことに鑑みて、商標審査委員会は、出願商標の初歩審査を認可した、という事例がある(張喬「商標混淆辨析(下)」中華商標2004年第12期を参照)。

⁴⁴「藍色風暴」事件では、二審判決は、需要者が混同を生じるか否かを、被告が使用した「藍色風暴」標章と本件登録商標との類否判断の基準とした。

い商標権侵害類型を規律するに当たっては、中国商標法においてさほど大きな障害は存在していないと解することができる。

もっとも、すでに指摘したように、逆混同と直接混同とは、事案の構造、もたらされる不利益ないし社会に与える影響等において大きく相違するから、この二つの類型は、利益の衡量のあり方など、裁判所が考慮すべき要素も明らかに異なっている。したがって、立法は、逆混同と直接混同とを異なる商標権侵害類型として扱うべきであると考えられる。現実には、中国商標法の規定上、伝統的・典型的直接混同に関する規律についてすら、顕著な欠陥があると言わざるをえない。現行法が、商標訴訟の審理という法実践の需要を満たせないのみならず、裁判所を誤った判断に誘導する恐れがあることは、前述したとおりである。

ゆえに、中国の立法府は、商標法の52条1項の内容を、「企業又は個人がその生産・販売する商品又は役務に使用する文字、図形、色彩あるいはそれらの結合により需要者の混同を惹起するおそれがある場合、すなわち、需要者が当該企業又は個人の商品又は役務の出所を先行商標権者又はそれと関係を有する者と誤認混同する恐れがある場合、先行商標権者はその使用あるいはその商標登録を禁止することができる」と修正すべきである。そのうえで、混同の恐れを判断する際に考慮すべき要素に関しては、実際の取引の実情等に応じて裁判所の自由裁量に委ねるべきと考えられる。

それと同時に、中国商標法は、逆混同という権利侵害類型についても明確な規定を置くべきである。すなわち、「企業又は個人がその生産・販売する商品又は役務に使用する文字、図形、色彩あるいはそれらの結合により需要者の混同を惹起するおそれがある場合、すなわち、需要者が先行商標又は役務の出所を後発商標の保有者又はそれと関係を有する者と誤認混同する恐れがある場合、先行商標権者はその使用を禁止することができる」という規定を新たに追加するべきである。そして、逆混同事件における利益衡量が極めて複雑であることに鑑み、混同に関する具体的な認定基準とそれに考慮すべき要素に関しては、直接混同の場合と同様に、最高法院の司法解釈により決定するか、裁判所の自由な裁量に委ねるべきであると考えられる。