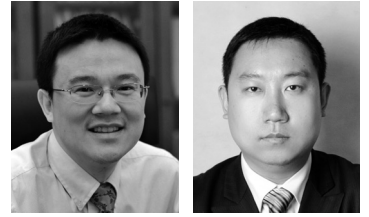


OEMにおける 商標権侵害問題の解析

——商標使用の視点から



中国弁護士 黄 暉^{*}， 中国弁護士 馮 超^{*}

要 約

中国では、改革開放以来、OEM企業は大きく発展を遂げ、中国の経済発展に大きく寄与してきた。一方、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、訴訟や行政摘発など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、非侵害又は事件の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、主に二つの問題がある。一つは商標法における「商標使用行為」の解釈であり、もう一つは「商標権侵害成否と混同惹起理論の関係」である。本稿は、この二つの問題を中心として、中国国内法と国際条約の関連規定の内容と解釈及び非侵害の主な理由などを詳細に分析し、中国の一部の専門家意見及び問題点を指摘すると共に、関連する法解釈が与える影響を詳細に分析して、本稿記載の結論を得たものである。

目次

序文

- I OEM生産における商標使用行為モデル及び権利侵害問題
- II 中国行政・司法部門のOEM生産問題に対する認識及び実践
- III OEM生産における商標権侵害に対する中国法院の判決及び認識
 - 1 法院による司法的意見の趣旨
 - 2 司法審判及び関連問題に対する理解の変化及び安定性
- IV 分析、理解及び延伸
 - 1 中国商標関連法律における「商標使用行為」に対する規定、理解の相違と解析
 - 2 OEM生産は商標権侵害とならないとの判定の主な根拠及びそれに対する反論
 - 3 商標権侵害と混同との関係
 - 4 中間総括
- V 仕向港国における商標権侵害状況を商標権侵害判定の要素とすることの実行性
- VI 結論

序文

OEM生産(Original Equipment Manufacture)とは「相手先ブランド名製造」、或いは「納入先商標による受託製造」ともいい、加工側が契約書に基づき、発注側のために特定した商標またはブランド付きの商品

を加工して発注側に引渡し、後者が契約書に基づいて加工費を加工側に支払うというビジネスモデルである。それはアパレル業界から発祥し、ブランド所有者の生産コスト削減及び商品競争力の向上を目的としている。ヨーロッパでは早くも20世紀60年代からOEM生産を開始した。日本はアジアにおいて一番最初にOEM貿易のモデルを導入し、飛躍的な発展を遂げた。アジア四小竜の立ち上がりやインドのソフト大国化、いずれもOEM生産のビジネスモデルと深く関わっている。

中国では、改革開放以来、OEM企業は大きく発展を遂げ、中国の外貨の獲得や就職問題の解決に多大な役割を果たしてきた。しかし一方、OEM生産における商標法律問題は、理論と実務の両面において議論されている。

日本の株式会社良品計画(以下「良品計画」という)の国家工商行政管理局商標評審委員会(以下「商標評審委員会」という)に対する訴訟について最高人民法院が2012年6月29日に下した再審判決は、当問題に対する争いを一層激化させた。

^{*} 万慧達弁護士事務所、知識産権代理有限公司

本文において、国内外の法律及び法院の判決に対する認識を通じて、問題の本質を突き止め、この問題に対する私見を述べてみたいと考える。

I OEM生産における商標使用行為モデル及び権利侵害問題

OEM生産の問題としては主に以下三つのモデルがある。一つ目は、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が無断で生産するものである。このモデルにおいて、OEM生産における商標の使用は商標権侵害を構成する点に対しては争いがない。

二つ目は、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る。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。このモデルにおいて、係わるOEM生産における商標の使用は商標権侵害を構成するかどうかに対しては、争いがある。

三つ目は、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である。そのモデルにおいて、OEM生産における商標の使用は商標権侵害を構成するかどうかに対しては、争いがある。

以下において、主に二つ目と三つ目のモデルにおいて、OEM生産における商標の使用が中国商標法に規定される商標使用行為を構成し、そして商標権侵害している否かについて検討する。

II 中国行政・司法部門のOEM生産問題に対する認識及び実践

中国では知的財産権の保護について、行政保護と司法保護を併用し、いわゆる双軌制を採用しているため、中国の行政機関は行政法執行業務の中でOEM生産に対する認識に不明確なところがある。ご存知のように、中国の知的財産権税関保護システムは設立当初、TRIPS協定の履行を主要目的としていた。TRIPS第51条第1項の後半部分には、「本節の規定を満たせば、各加盟国はその他知的財産権侵害にかかる貨物に対する当該申請の提出を許可することができ

る。その国内から輸出する知的財産権侵害貨物に対する税関当局による通関許可一時停止の問題についても、各加盟国は関連手順を調整することができる。」との文言があるが、ここにある「輸出する知的財産権侵害貨物」について、その侵害したのは仕出港所在地の法律に保護される知的財産権なのか、仕向港所在地の知的財産権なのか、それとも最終販売地域の法律に保護される知的財産権なのかについては、明確にされていない。

税関における知的財産権保護について、中国『税関法』第91条には、本法の規定に違反し、中華人民共和国法律、行政法規に保護される知的財産権を侵害する貨物を輸出入する場合、税関がその権利侵害貨物を没収し過料に処し、犯罪を構成した場合、法に基づいて刑事責任を追及する、と規定されている。中国『税関知的財産権保護条例』（以下『税関条例』という）第3条では、国は知的財産権を侵害する貨物の輸出入を禁じると規定されている。さらに『税関条例』第12条、第20条においてそれぞれ、税関が知的財産権者の申し立てに応じて取った主動的保護措置及び、税関が権利者の登録情報に基づいて取った受動的保護措置について規定している。上述した法律規定によれば、知的財産権侵害嫌疑のある貨物の輸出入について法的措置によって保護を与えることを明確にされている。

『税関条例』によって、知的財産権侵害嫌疑のあるOEM商標について、中国大陸内の登録商標権利者が貨物の出入国地税関に対し、貨物の差押を申立てることができ、税関は輸出入貨物が登録商標専用権を侵害する嫌疑があると判断した場合、直ちに書面にて商標権利者に通知し、法に基づいて処分する、となっている。当該条例の関連規定から見ると、輸出貨物が商標権侵害の条件を満たしている限り、貨物輸入国において商標権を所有しているとしても、当該行為が商標権侵害を構成する。従って、中国税関側の主流意見として、税関は行政法執行部門であることに鑑み、権利侵害行為に対する取締りの効果をより重視していると考え、現在に至る長期間にわたって、中国税関は上記条例に基づいた権利侵害貨物の差押え、過料等の措置をとってきた。

国家工商総局商標局の呂志華副局長はかつて、OEM生産は商標使用のカテゴリに属し、商標法では、使用者の主観的故意の有無、及び他者商標の使用により実際に損害をもたらしたかどうかを問わず、無断使

用さえあれば、商標権侵害と判断されることになっている、と示した。また、税関総局政法司の李群英処長も、OEM生産行為が商標権侵害を構成するか否かについて、税関部門は法執行業務においては工商部門と同じ判断基準を採用している、と述べた。国内の学术界、法院、行政法執行部門の間に存在する異なる意見について同氏は、商標法の改正を機に、「使用」を再定義し、商標権者の権利濫用を防止するために損害の基準を追加すべきとし、最高人民法院としては司法審理の基準を統一させるべく、OEM生産に係わる案件の審理に関する司法解釈を早急に公布すべきであり、さらにOEM生産において出た新しい問題や関連法律間の矛盾点については、法院、工商部門、税関間の連携を深め、商標権侵害の判断基準を統一させるよう協調しなければならない、と提案した⁽¹⁾。

但し、注意してほしいのは、中国法院による一連の判決が下された後、中国行政法執行部門の意見も多少ながらも影響を受けることになるだろう。

Ⅲ OEM生産における商標権侵害に対する中国法院の判決及び認識

行政法執行部門に比べて、OEM生産における商標権侵害に対する中国法院判定は柔軟性をもちつつあり、時間上と地域上の両方において変化してきている。

1 法院による司法的意見の趣旨

北京市高級人民法院はかつて、2004年2月18日発表の『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）の中の第13条において、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、と明確に規定した。しかし、2006年2月13日に公布した『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』では、異なる理解を示した。当該回答の中では、他人の登録商標付き商品を受託製造する場合、受注側は、発注側の登録商標専用権の有無について審査をしなければならず、注意義務を怠り、登録商標専用権を侵害する商品を製造する場合、受注側は発注側と共同権利侵害を構成し、発注側と共に損害賠償などの責任

を負わなければならない。受注側は商品が登録商標専用権を侵害することを知らず、かつ発注側及びその商標権に関する証明書を提示できる場合、損害賠償責任を負わないものとする、となっている。司法部門による上述の回答の変化からも、この問題に関しては司法部門の中でも長年にわたって争いが存在していることがうかがえよう。

最高人民法院は2009年に公布した『現在の経済状況における知的財産権審理業務の大局への奉仕に関する若干問題についての意見』（『大局意見』）において、18、加工貿易関連の司法政策を改善し、加工貿易の健全な発展を促進する。加工貿易における知的財産権保護問題を検討し、加工貿易に係わる知的財産権事件の審理から経験を積み、目立った問題を先に解決する。司法保護政策を改善し、加工貿易のアップグレードを促進する。対外貿易「OEM」における商標権侵害事件を適切に処理し、商標権侵害を構成した事件について、受注側が注意義務を履行したか否かを考慮したうえで、権利侵害に係わる責任の分担を合理的に決めなければならない、との内容が盛り込まれた。

上述した規定の内容から分かるように、関連司法解釈或いは回答のいずれも、受注側が必要な注意義務を果たさなければならない、しかも当該義務の履行の状況により権利侵害責任の判定を行わなければならないことにおいては一致している。上述したすべての、現在でも効力が生きている司法解釈又は司法意見のいずれも、加工行為が権利侵害を構成するかについて、明確で有効的な判断を出していない。権利侵害が成立した場合、受注側の法的責任を判定するには、その注意義務の履行状況を考慮しなければならないという『大局意見』での表現からみると、関連意見ではOEM加工が権利侵害を構成する可能性を否定してはいない。ここからも司法意見或いは解釈を用いて法律規定を突破しようとする時の論理上の矛盾と理論上の困難が伺えよう。

2 司法審判及び関連問題に対する理解の変化及び安定性

(1) OEM生産が権利侵害を構成すると判定された事例と主要依拠

これまでの司法判決を見ると、初期において、OEM生産行為が権利侵害を構成すると判定されたケースが多い。そのうち、重要な判決として、アメリカNIKE

社のスペイン CIDE SPORT 社、浙江嘉興市銀興縫製工場、浙江省畜産輸出入公司に対する商標権侵害事件⁽²⁾、広州泓信社の広州税関に対する行政訴訟⁽³⁾等が挙げられる。

上記関連する判決において、広東省を代表とする地方法院では、OEM生産が権利侵害を構成すると考えている。その主な理由は、(1) 知的財産権は地域性があり、発注側は国外に所有する商標権を以て受注側の中国内における知的財産権侵害行為に対しては抗弁できない。(2) 『商標法』第52条において、同様な商品に同一商標を使用する商標権侵害行為において、消費者を混同させるか否かは、商標権侵害の構成要件の一つとされていない、という。元最高人民法院知的財産権庭長官の蔣志培氏によれば、法律の地域性から見ると、OEM生産の合法性について特別に立法する法的根拠が不十分で、特殊化させてはならない、とした⁽⁴⁾。広東省高級人民法院知的財産権庭長官の林広海氏は、OEM生産は国内商標権への侵害を構成している、という。これは論理的思考の結果というより、現実での需要といえよう。深セン市中級人民法院裁判官の祝建軍氏は、商標の地域性を考えると、商標法は中国で登録した商標のみを保護し、OEM生産行為は、商標法における使用を構成する、とした⁽⁵⁾。重慶市高級人民法院裁判官の孫海竜氏及び西安市中級人民法院裁判官の姚建軍氏は、「混同原則」は理論上で商標権侵害を判断する基本原則に過ぎず、商標権侵害の判定は、混同の有無を必須条件とせず、司法実践において、受注側が商標権侵害責任を負うと認定することは、中国現有的法律に合致しており、実際の損失の有無は商標権侵害判断の構成要件とならない、とした⁽⁶⁾。

北京市高級人民法院は、「SCALEXTRIC」事件において、来料加工の完成品が実際中国大陸市場の流通分野に入っていないが、来料加工を商標使用行為と認定せず、関係商標専用権が使用されていないことを商標取消の理由にすれば、ことごとく公平とはいえないし、対外貿易開拓の政策にも相反する⁽⁷⁾。本事件においては、OEM生産が権利侵害を構成するかどうかについて直接解答しているわけではないが、北京市高級人民法院の見解によると、OEM生産にも商標の使用が存在している以上、他人が既に当該商標について登録した場合には、OEM生産者の行為が当然商標権侵害行為に成りうる。

(2) OEM生産が権利侵害を構成しないと判定された主要依拠

一方、反対する立場をもつ判決や意見も数多く存在する。その主な理由は、(1) 渉外OEM生産における商品は中国内に販売されず、商品の出所について、関係者に混同、誤認させる可能性がない。(2) OEM生産は商標権利者の国内製品市場に対し、如何なる実質的損害ももたらさず、その商標権に対しても損害を与えることはない。(3) OEM生産の本質は『合同法』における受託製造の契約関係であり、受注側がOEM製品に商標を貼付する行為は、『商標法』における「使用」行為にならない、という。

失効した前述の北京市高級人民法院2004年2月18日付『商標民事紛争事件の審理に関する若干問題に対する回答』(京高法発【2004】48号)のほかに、北京市高級人民法院知的財産庭長官の陳錦川氏はかつて、OEM生産は商標を使用する権利のある者の委託に基づいたものであり、その加工した商品は中国内で販売されなければ、関係者を混同させることがないため、商標権侵害と認定すべきではない、と示した。青島市中級人民法院知的財産権庭裁判官の林鴻姣氏は、渉外OEM生産は関係者に混同・誤認させることが一つもなく、権利侵害による損害をもたらさず、一種の受託製造行為として、本質的には、この時の商標使用者は受注側ではなく、発注側である、とした⁽⁸⁾。上海市第一中級法院裁判官の沈強氏は、渉外OEM生産は、中国国内の関係者に対し、商品の出所について混同、誤認させる可能性が存在せず、商標権侵害が成立しない。国内登録商標権者が国内で商標権侵害訴訟を起こすことにより、国外依頼者が国内における委託生産及びその自国における販売等経営業務に干渉することになり、実質上、これは国内登録商標権の効力範囲の拡大であり、商標の地域性原則に違反している、と示した⁽⁹⁾。

この論点を持つ代表的な判決として、上海市第一中級人民法院と上海市高級人民法院が審理したJOLIDA商標権侵害事件((2008)滬一中民五(知)初字第317号、(2009)滬高民三(知)終字第65号判決書がある。法院は以下のように考える：渉外OEM生産における商品はすべてアメリカ市場へ販売される、即ち、事件関連商品はすべて輸出され、実際は中国市場で販売されていないため、中国国内の消費者にとって、商品の出所について混同、誤認させる可能性がな

い。シンガポールの CARTELO 社と無錫艾弗国際貿易有限公司との権利侵害不成立確認訴訟において、無錫艾弗社の行為は国外企業の委託を受けて行なった OEM 生産であり、本件商標の使用は合法的授權があり、原告側は商標権侵害の主観的故意と過失がない。製品の生産は国外関係権利者の明確なる委託に基づいたものであり、本件商品はすべて韓国へ発送され、中国国内で販売していない。本件商標は中国国外のみに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に損害を与えることがない、とした。

しかしながら、上海浦東新区法院と上海市第一中級人民法院とが審理したシンガポールの CARTELO 社と無錫艾弗国際貿易有限公司との権利侵害不成立確認訴訟において、法院は、無錫艾弗社の行為が国外企業の委託を受けて行なった OEM 生産であり、本件商標の使用は合法的授權があり、原告側は商標権侵害の主観的故意と過失がないと判断した。その主な理由は以下の通りである。

OEM 生産が被告に混同という損害結果をもたらしていない。製品は国外関係権利者の明確な委託に基づいて生産されたもので、事件に係る製品はすべて韓国に輸出されており、中国国内で販売されていない。事件に係る商標は中国国外でしか商品出所の識別役割を果たせず、中国国内における関係公衆を混同、誤認させるはずがなく、被告が取得した商標権は国内でしか法的効力を持たないため、被告の国内における商標権を害することがない。

(3) ケースバイケースで判断

また、浙江省の法院系統は OEM 生産問題について、同一権利侵害と類似権利侵害において異なる判断を取り、異なる案件において一致しない判断を下している。寧波保税区瑞宝国際貿易有限公司が慈溪市永勝軸承有限公司に対する商標専用権侵害訴訟において、寧波市中級人民法院及び浙江省高級法院は、商標の地域性は商標権の基本的特徴の一つであり、商標権侵害を構成するかを判断するには、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または類似する商標を使用したか否かを構成要件とするわけである。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。被告は原告の許可を得ずに、原告の登録商標と同様の「RBI」商標を使用したため、商標権侵害は成立する、とした⁽¹⁰⁾。

これに対して、義烏市聚宝日化有限公司が義烏市工商行政管理局に対する行政訴訟において、義烏市法院は以下の判定を出した。「DeLaRitz」商標付き製品を製造し、アメリカへ輸出する行為は生産分野に限られ、国内市場に投入されていないため、関係公衆に混同・誤認をさせることがなく、当該製品を生産すること自体は中国登録商標「RITZ」の権利者への権利侵害を構成せず、原告による「DeLaRitz」商標付き製品の生産が商標権侵害を構成するという被告の決定は法律、法規の適用の間違ひであるため、被告がなした行政処罰を取り消す判決を下した⁽¹¹⁾。

浙江省高級法院は研究チームを設置し、2008年に以下研究報告を発表した。渉外 OEM 生産において、同様の商品或いはサービスにおいて同様な標識を使用する限り、混同が存在することと直接推定することができ、受注側と発注側の権利侵害を認定できる。OEM 商品が国内商標権者の許可された使用商品或いはサービスと異なる、或いは OEM 商品の商標が国内商標権者の登録商標と異なる場合、OEM 商品は全て輸出するものであり、国内で販売されないため、国内消費者に混同させる可能性がないので、商品、サービスの類似性が存在しない、或いは商品とサービスが類似するが、商標が類似しないため、商標権侵害が成立しないと判定すべきである。浙江省高級法院知的財産権裁判所裁判長の高毅竜氏は2009年の会議においても、上記論点を再度主張した⁽¹²⁾。

「NEW BOSS COLLECTION」商標権侵害事件（(2007)閩民終字第459号）において、福建省高級法院は以下のように述べた。原告の雨果博斯（Hugo Boss）社は当該訴訟において、本件商標がイタリアで登録出願を行われた、或いは先行使用されていたことについて挙証できないため、被告の喜樂社はアパレル輸出入業者としてイタリアにおいて本件未登録商標「NEW BOSS COLLECTION」を使用する権利がある。喜樂社が生産したスーツは全量イタリアへ輸出し、中国国内で販売されず、中国の関係公衆は国内において「NEW BOSS COLLECTION」商標付きスーツに触れることがなく、混同、誤認をさせる可能性がないため、登録商標専用権侵害の前提条件が存在しない。

被告の喜楽社は国外未登録商標権者の委託を受けてスーツのOEM生産を行い、そのスーツは国内で販売されていないため、当該OEM生産は上訴者或いは「BOSS」商標権者の国内市場に対して如何なる実質的損害も与えることがなく、上訴者の国内における商標権に対しても損害を与えることがない。被上訴者の喜楽社はイタリアの会社から委託を受けてOEM生産を行い、当該会社向けにスーツをOEM生産するだけで、OEM生産されたスーツの商標使用権及び販売権を有していない。イタリアの会社との関係は実質上、『合同法』における受託製造の契約関係である。それゆえに、被上訴者はOEM生産したスーツに「NEW BOSS COLLECTION」商標を付ける行為は、商標法における商標の実際使用行為とみなされるべきではない。係争商標の実際の使用者は発注側のイタリアの会社である。よって、係争商標の使用行為が商標権侵害になるか否かに関わらず、発注側であるイタリアの会社がその法的責任を負うべきである。

以上で分かるように、21世紀最初の十年間において、中国の異なる地域の法院、ひいては同じ地域にある法院においてもこの問題に対する認識が異なっていた。総じていえば、広東省を代表とする司法機関はOEM生産が商標権侵害を構成する説について肯定的な意見を持ち、しかもこの認識は当時の最高人民法院にも認められていた。これに対し上海、北京等地域の法院は反対の意見を持っている。一方、浙江省等地域の法院は同一商標、近似商標を区別して処理しながらも、同様の事件に対して異なる判決を下したこともあった。

IV 分析、理解及び延伸

しかしながら、昨今における法院知的財産権判決及び税関行政法執行業務において、当該問題に関する認識は変化しつつあり、法院及び行政法執行部門による権利侵害判定は、商標権侵害と一律的に認定することから、実情に合わせてケースバイケースで認定することへと変化してきている。以下、いくつかの面から当該問題について更に分析・延伸してみる。

前記行政及び司法機関が下したOEM生産に係る権利侵害事件の処理決定を分析してみれば、OEM生産が権利侵害を構成するかどうかに関する争点は主として二方面にあることがわかる。第一、OEM生産における商標使用行為が中国商標法にいう「商標使用行

為」に当たるか。第二、OEM生産における商標使用行為が中国商標法に規定される「商標権侵害行為」に当たるか。

1 中国商標関連法律における「商標使用行為」に対する規定、理解の相違と解析

(1) 『商標法』における商標使用行為が必ず「流通における使用」でなければならないかについて、文言の解釈から分析する。

文言解釈の角度から商標法の関連条項を以下のように分析する。中国商標法の条項及び構成様式を見ると、OEM生産における商標使用行為が商標権侵害となるか否かを判定するには、まず「商標の使用」を定義しなければならない。中国商標法において、「商標の使用」に関する条項は主に、第52条、第31条、第44条及び『商標法实施条例』（以下『实施条例』という）第3条である。『实施条例』第3条によると、商標法及び本条例にいう「商標の使用」とは、商標を商品、商品のパッケージ又は容器及び商品取引関連文書への使用、もしくは広告宣伝、展示及びその他の商業活動に使用することを含む、となっている。『实施条例』では定義的法律規範を取り、しかも定義の適用範囲は『商標法』及び『实施条例』を含むと明確にしたため、これは「商標の使用」に対する直接的解釈になろう。

商標法第52条：以下の行為の何れかに該当する場合、登録商標専用権への侵害となる：(1) 商標登録者の許可を得ず、同様或いは類似する商品に、その登録商標と同一或いは近似する商標を使用する場合。商標法第31条：商標登録の申請は他者の既存権利を侵害してはならず、他者がすでに使用し、且つ一定の影響力をもつ商標を不正な手段で先取り登録してはならない。商標法第44条の(4)：連続三年間使用を停止した場合。よって、商標使用行為と緊密な関係を持つ上記三条項の適用において、司法及び行政行為では、「使用」に対する解釈は『实施条例』第3条と一致している。

上記規定から見ると、『商標法』第52条によるだけでも、以下行為の何れかに該当する場合、登録商標専用権への侵害となる。(1) 商標登録者の許可を得ず、同様或いは類似する商品に、その登録商標と同一或いは近似する商標を使用する場合。当規定は、「商標は商標法における商品出所を識別させる役割を果たしたか否かを問わず、商品或いはサービスと関連性を持つ

限り、商標の使用が成立する」という錯覚を与える。また、『実施条例』によると、商標法及び本条例にいう「商標の使用」とは、商標を商品、商品のパッケージ又は容器及び商品取引関連文書への使用、もしくは広告宣伝、展示及びその他の商業活動に使用することを含み、となっている。これについて、一部の専門家は以下の意見を示した。上記『実施条例』における「及びその他の商業活動」と言う文言から見ると、条文前半で係わった「商標を商品、商品のパッケージ又は容器及び商品取引関連文書への使用、もしくは広告宣伝、展示に使用する」ことは商業活動の一種であると言えよう。条文自体の論理性を考え、「商標を商品、商品のパッケージ又は容器及び商品取引関連文書への使用、もしくは広告宣伝、展示に使用する」との表現は、文章の前半と後半が「もしくは」によって切断され、「もしくは」の前と後ろの内容は明らかに並列関係である。よって、前半の「商標を商品、商品のパッケージ又は容器及び商品取引関連文書への使用」では、商業活動に使用されていないといけないという結論に結びつくとは言えないであろう。以上の論述によっては、中国商標法の文言の解釈からでは、商標法における使用行為が市場における商標活動に限定されるべきという結論に結びつくというのは難しい。

第52条第1項と第2項の条項構成から見れば、第(1)号に規定された「商標登録者の許可を得ず、同様或いは類似する商品に、その登録商標と同一或いは近似する商標を使用する場合」には生産、加工行為が含まれ、直接権利侵害に当たる。第2項とその他の条項に規定された販売などの行為が間接権利侵害に当たる。両者の法的責任は根本的に異なる。

(2) 加工生産は商標使用の具体的形式である

中国商標法第4条において、自然人、法人或いはその他組織が生産、製造、加工、選択又は販売する商品について、商標専用権を取得する必要がある場合、商標局にて商品商標登録を申請しなければならない、と明確に規定されている。よって、加工行為自体は商品商標を申請、使用する範囲にある⁽¹³⁾。即ち、商品に対する加工行為は商品商標使用の具体的形式であり、それゆえにOEM生産は一種の具体的な加工形式として当然商標登録・使用の具体的形式の一つに属する。

(3) TRIPS 協定関連条項に対する理解

前述のように、中国法院は司法の実践における主流的認識として、関連使用行為は流通分野における使用行為に限定されるべき、とある。その理由の一つはTRIPS協定第16条である：登録商標所有者は商標専用権を所有し、如何なる第三者も当該商標所有者の同意を得ず、貿易において登録商標の貨物或いはサービスと同様、或いは類似する貨物或いはサービスに同一又は類似する標識を付けることによる混同の可能性を防止する、とある⁽¹⁴⁾。もう一つ依拠となる規定は商標法第50条である：以下行為の何れかに該当する場合、商標法第52条の(5)における登録商標専用権への侵害行為となる。(1) 同類或いは類似する商品において、他者の登録商標と同一または近似する標識を商品の名称又は装飾として使用し、公衆の誤解を招いた。当該規定の条文からは、他者の登録商標と同一又は近似する標識を商品の名称又は装飾として使用する行為は、第52条の(5)における商標権侵害行為の一種として制限されていることから、商標法第52条における商標権侵害行為とは、関連標識が商品の出所を識別するためのものとして使用される場合をさすと理解できる。最高人民法院知的財産権庭長官の孔祥俊氏も、中国商標法第52条第1項では使用の範囲を限定していないが、『商標法実施条例』第3条の規定によれば、それを商業活動における使用と理解できる、示した⁽¹⁵⁾。

法院の主流的意見では、商業標識は市場に投入されていないければ、一般消費者に理解、認識されることがない。消費者がその商標を認識した場合に限って、商標は商品を区分し、商品出所を判明させる役割を果たせる、と理解されている。

商標使用の問題は実践の中で理解上の相違を生じさせた主な原因の一つであり、特に、関連規定が、商標権侵害と混同させることとの関係、同一又は近似する商標の構成が権利侵害問題の認定に与える影響等具体的な問題に適用される場合、この理解上の相違はより一層拡大されてしまうことになる。

中国法院による上記解釈は、関連法律規定について、理由不十分な限縮解釈を行った疑いがある。『実施条例』は『商標法』の下位法として上位法を解釈するとき、上位法自体の意味が不明確でない限り、その解釈は法律条文自体の意味を超えてはならない。司法解釈或いは法院の判決を以て意味が明確な条文を解釈

してはならない。しかし、実践の面では、事件判決の必要性から、法院がある種の越権行為を行わざるを得ない場合があることに対しては理解できる。例えば、前記最高人民法院が判決を下した良品計画が商標評審委員会を訴える事件において出された「商標の基本的機能はその識別性、即ち、異なる商品或いはサービスの出所を区別することであり、そのため、商標は商品流通の過程においてこそ始めてその機能を発揮することができる。良品計画が輸出のために中国大陸の企業に加工を依頼する行為が、商標法第31条に規定された『すでに使用され、且つ一定の影響を持つ商標』に属さないという二審法院の判断は立法の意図と一致している」という結論は、法院が商標法第31条に基づいて、事件に係る商標が「一定の影響をもつ商標」を構成するかどうかを審査するときに出した結論に当たり、当該結論は必然的にその他の権利侵害事件において商標法第52条に基づいて出された権利侵害判定に適用できるとは限らない。

実際、立法段階における経験不足及び司法における複雑な実践ニーズから、個別事件において事件内容によって法律条文を拡大解釈する状況は、中国の司法実践において珍しくはない。特に、知的財産権の法律施行において、司法解釈或いは法院の判決内容を超えて立法を行うことは過去から存在し、場合によっては必要である。

(4) 立法による最終的解決を求める

上記分析でわかるように、当該問題に関する混乱はある程度、法律自体が不明確、商標使用行為の本質を把握していない、或いは立法者が立法当時の条件においてOEM生産諸問題について十分に検討する余地がなかったことに起因している。

2012年商標法修正案において、草案第47条には、「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、商品のパッケージ又は容器及び商品取引関連文書への使用、もしくは広告宣伝、展示及びその他の商業活動に使用することをさす。」との文言が盛り込まれた。立法者も前述の問題に気づいていることが分かる。当修正案において、「商品の出所を識別する」ことは商標使用の要件とされ、商標使用行為の峻別、及び判断において一定の意義を持っている。一方、かかる新規定によって、司法実践において、如何なる行為が「商標法にいう使用行為」を構成する

かの判断に、より多くの不確定要素をもたらす可能性もあると思われる。

上述した分析から分かるように、現在の中国商標法規（商標法及び実施規則）中の商標の使用に関する規定には一定の不明確さが存在するため、その適用において、中国の行政執法部門の判断も異なっている。しかし、当該問題に対する中国司法部門の判断は一定の傾向があり、この傾向は法改正によってさらに明確になる可能性がある。

2 OEM生産は商標権侵害とならないとの判定の主な根拠及びそれに対する反論

(1) 受託製造契約と商標使用行為との関係

OEM生産は商標権侵害とならないと認定する主な理由は、OEM生産は中国『合同法』における受託製造、即ち、生産側は発注側のために製品を生産し、報酬（加工費）を受け取るというものであり、本質的には、OEM生産は労務の提供及び輸出であり、商標法における「商標の使用」ではない、ということである。また、輸出手続を行う行為においても、OEM製品は市場で販売され、流通分野に入ることがないため、商標の使用とならない。一部の学者は『国連貨物売買契約公約』（以下『公約』という）を引用し、以下意見を述べた。公約によると、輸出商品における商標権侵害の有無を判断するには、中国（輸出国）の法律ではなく、輸入国或いは商品販売国の法律を判定基準としなければならない、という。即ち、商標権侵害に対する判断は、輸出商品は輸入国に保護されている知的財産権を侵害したかどうかを基準とすべきである。貨物の引き渡しという点において、売買契約はOEM生産契約と何の違もないため、『公約』の規定を参照して適用することができる⁽¹⁶⁾。

この意見は成立しないと私は考える。

1) OEM製品が他者の知的財産権を侵害することによって生じたのが権利侵害責任であり、発注側と受注側との取り決めは免責の理由にならない。OEM契約は『合同法』における典型契約であり、その法的効力は契約の相対性原則に従う。即ち、OEM契約における権利と義務は契約の双方だけを制限するものであり、契約書に違反した場合、違約責任が生じる。しかし、OEM製品が第三者の知的財産権を侵害することは権利侵害行為であり、それにより生じたのは権利侵害責任である。その場合、契約書中の如何なる約定内

容も契約当事者が権利侵害責任を回避するための抗弁の理由にはならない。(これと類似するものには売買契約の中の瑕疵担保責任がある)。契約書の履行により第三者の知的財産権或いはその他権利を侵害する如何なる行為についても、『権利侵害責任法』第8条、第9条の規定により、契約当事者双方が連帯責任を負わなければならない⁽¹⁷⁾。勿論、権利侵害責任を負う片方は、対外権利侵害責任を果たした後に、契約での規定により違約側(受託製造契約における委託側、或いは売買契約における売手)の違約責任を追及することができる。

2) 例外法定の原則によって、権利侵害責任の免除には、明文を以て規定しなければならない。例えば、『権利侵害責任法』において、民事行為無能力者及び制限行為能力者に教唆、協力して、権利侵害行為を起した場合、その者は権利侵害責任を負う。後見人が後見義務を履行しなかった場合、その後見人は権利侵害責任を負う。上記規定は連帯責任における例外である。即ち、民事行為無能力者及び制限行為能力者の本人は物事を理解できないため、法的責任を負わないものとする。また、その後見人も、後見義務の範囲内のみにおいて、法的責任を負う。

OEM契約における受注側に対して、物事を理解できず、法的責任を負わないと判定する場合、法律において特別な規定として明記しなければならない。しかも、OEM契約における受注側は生産企業として、一般的には中国法律上の企業法人でもある。完全なる民事行為能力者の主体として、その行為に対して法的責任を負うだけでなく、生産型企業の特徴から、関連製品、技術ないしブランド等に対して相当な理解力を持っていない限り委託された生産業務を行うことができない。よって、理解力を理由に法的責任を減輕、免除することができない。

3) OEM生産受注側が起こしたのは直接権利侵害行為であり、審査義務の履行完了の有無を権利侵害責任の構成要件としてはならない。

「審査義務」或いは「注意義務」が履行されたことを免責条件とするのは、直接的権利侵害行為ではなく、間接的権利侵害行為を対象とすべきである。ご存知のように、権利侵害者が権利侵害行為に参加した方式、程度によって、権利侵害者は直接的権利侵害者と間接的権利侵害者に分けられる。直接的に権利侵害行為を起し、被権利侵害者の民事権益を侵害するのは直接

的権利侵害者といい、権利侵害責任を負うべきである。一方、直接的権利侵害者のほかに、直接的に権利侵害行為を起していないが、直接的権利侵害者を監督、管理し、損害発生を防止する義務を負うため直接的権利侵害者と特別関係を有しているが、権利侵害行為を起させた者は間接的権利侵害者という。間接的権利侵害者がその義務を履行せず、損害を引き起こした場合、間接的権利侵害行為を実施したことになる。被権利侵害者を保護するため、法律上では、間接的権利侵害者はその義務範囲相当の権利侵害責任を負っている⁽¹⁸⁾。例えば、『商標法実施条例』における「便宜提供者責任」⁽¹⁹⁾、『著作権法』における「出版社責任等」⁽²⁰⁾。その他、『権利侵害責任法』における「インターネットサービス提供者責任」⁽²¹⁾も間接的権利侵害者の責任である。

知的財産権侵害行為において、直接的権利侵害者と間接的権利侵害者の法的責任についての法規定は異なっている。まず、直接的権利侵害者の法的責任は無過失責任主義を適用し、間接的権利侵害者の法的責任は過失責任主義(過失の推定を含む)を適用する。これは『商標法』、『特許法』及び『著作権法』において、権利侵害製品(複製品)の販売業者(及び出版社、製作者、賃貸者)が賠償責任の免責範囲について抗弁する根拠でもある⁽²²⁾。更に、間接的権利侵害者の免責範囲は損害賠償等の債権的請求権に限定されていて、権利侵害の差止めなど物権的請求権に関する責任は負わなければならない。

上記分析及びOEM生産の実情を踏まえれば、受注側の発注側に対する審査義務履行を受注側の法的責任の有無を判断する条件とするのは、論議の余地がある。

4) 国際貨物売買を参照してOEM生産における権利侵害の有無を認定するのは、根拠が不十分である。

一部の専門家は以下の意見を主張している。国際貨物売買において、『国連国際貨物販売契約公約』が知的財産権保護の瑕疵担保責任について以下のように規定した。売手が提供した貨物は、第三者が産業財産権又はその他の知的財産権に基づいて如何なる権利や要求も主張できないものとする。但し、そのような権利や要求は、売手が契約締結時にすでに知っているもの、或いは知らないはずのない権利や要求に限る。更に、そのような権利や要求は以下の国の法律により、産業財産権及び知的財産権に基づく物でなければなら

い。(a)当事者の双方は契約締結時に、貨物はある国家内で販売されるか或いはその他の用途に使用されると予想した場合、貨物が販売或いはその他用途に使用される国の法律に従う。(b)その他如何なる場合においても、買手営業地のある国の法律に従う。

注意すべきなのは、貨物売買契約における売買双方の権利と義務のバランスを取るために、『公約』第42条第2項ではさらに、「売手の前項における義務は以下の場合には適用されない。(a)買手が契約締結時にその権利や要求をすでに知っていた、或いは知らないはずがない。若しくは(b)その権利や義務の発生は、売手が買手による設計図、デザイン、様式やその他規格に従うことに起因する」と規定した点である。

しかし、そのような類推適用も成立しないと考えられる。まず、『国連国際貨物販売契約公約』第4条では、本公約は売買契約の締結及び売買契約から生じた買手・売手の権利と義務のみに適用する、と明記されている。つまり、『公約』の適用範囲は国際貨物の売買契約であり、契約当事者を対象とし、当事者双方の権利と義務を内容とする『国際契約法』であり、TRIPS協定等権利侵害行為を規定する国際権利侵害法とは根本的な違いがある。『公約』第5条ではさらに、本公約は貨物が如何なる第三者へ死亡或いは傷害をもたらした場合の売手の責任について適用しない。即ち、『公約』では、第三者の権利者に対する権利侵害責任、特に人身権侵害にかかる法的責任への適用を明確に排除した。

次に、『国連国際貨物販売契約公約』の名前から分かるように、『公約』は生産・加工ではなく、貨物の国際販売を対象としている。ある商品の販売者（発注側）と生産者（受注側）は、知的財産権侵害行為において、その役割や地位が根本的に異なるので、権利侵害責任が異なるのも当然である。前述のように、一般的には生産者が直接的権利侵害者とされ、権利侵害行為を実際に起こした者として無過失責任を負う。その責任範囲は権利侵害の差し止め等物権的請求権及び損害賠償等債権的請求権を含む。一方、販売者は間接的権利侵害者として、権利侵害行為の範囲を拡大した役目である。その責任範囲は権利侵害の差し止めを含み、善意による販売者の賠償責任については、商品出所の合理性を以て抗弁することができる。

更に、『公約』第42条において、販売貨物に対する売手の瑕疵担保義務が規定された。国際貿易関連法律

は大口、多種類、多国籍、中継貿易等の背景を対象としている。取引が複雑で、主体が多数存在し、複数の法域を跨る国際貿易において、売手に対し必要以上に審査、保証義務を課することは、国際貿易の発展に不利をもたらす。これは生産行為の固定性、地域性と根本的に異なる。一方、『公約』の目的は国際貨物の販売促進にあり、その適用範囲も国際貿易に限られている。生産者・販売者の権利侵害行為との因果関係及び関連性と比べると、本質的に異なっている。

最後に、『公約』は国際貿易関連法律、法規をまとめる慣習法であるため、前述の知的財産権条項は強制的なものではない。『公約』第6条に決められたように、当事者双方は契約書によって本公約適用の排除を約定することができる。

5) OEM生産を国際労務の輸出またはサービスの提供と判定するには、根拠が不十分である。『サービスの貿易に関する一般協定』における11種類のサービスには、加工は含まれていない⁽²³⁾。越境取引、国外消費等四種類のサービスは何れも「物資、人員の直接流動が存在しない」を条件にしている⁽²⁴⁾。よって、OEM生産は明らかに上記規定と一致せず、国際サービスの提供行為に属さない。

(2) 中間まとめ

私としては、司法実践において受注側の責任を一律に免除するのではなく、OEM契約の内容及びその他証拠を踏まえ、OEM生産のプロセス及び性質を考慮しながら、受注側と発注側が権利侵害行為における役割及びその理解力と理解状況を区分した上ケースバイケースで責任を判断すべきであると考えます。

受注側の理解力と理解状況において特別な事情が存在しない限り、『権利侵害責任法』第9条に基づき、受注側と発注側が権利侵害行為について連帯責任を負うべきである。また、発注側の責任により、契約書の履行が第三者の知的財産権を侵害した、或いは第三者の知的財産権を侵害することにより、契約書の履行が困難となった場合、違約側が違約責任を負う。

3 商標権侵害と混同との関係

上述したとおり、受注側がOEM生産による権利侵害責任を負うべきと考えます。また、受注側が権利侵害責任を負わないとしても、「OEM生産行為」そのものが権利侵害を構成しさえすれば、発注側は依然として

権利侵害責任を負うことになる。この考え方の正当性を成立させるためには、商標権侵害とならないと判断するもう一つの主な理由（即ち、OEM製品は輸出製品として中国市場で販売されないため、中国の消費者に対して商品の出所を混同、誤認させる恐れがない）について検討する必要がある。この理由においては、「混同」が商標権侵害成立の必須条件となっている。

このような理解は不適切だと考える。

(1) 『商標法』第52条によると、以下の何れかに該当する場合、登録商標専用権への侵害となる。(一) 商標登録者の許可を得ず、同様或いは類似する商品に、登録商標と同一または近似する商標を使用する場合。(二) 登録商標専用権を侵害する商品を販売する場合等。上記規定では明らかに「混同誤認」を商標権侵害の判定条件としていない。一部の専門家は、上記規定が商標権侵害の本質を把握しておらず、法のあるべき意義に違反していると非難しているが、中国は成文法主義を原則とし、法律の理解及び適用は法の内容に基づくものである。仮に法律自体に確かに不適切なところが存在しているとしても、法改正により関連内容を改善すべきであり、法律自体を軽視、違反して法の解釈や適用をしたりしてはならない。

(2) 『商標権民事事件審理の法律適用問題に関する最高人民法院の解釈』（以下『商標解釈』という）第9条第2項によると、商品出所について関係公衆を混同させやすいことは商標の近似性を判断する基準の一つである。具体的にいうと、まず、『商標解釈』によると、「混同」は商標の近似を判断する要件だけであり、商標の同一を判断する要件ではない。次に、近似商標の商標権侵害判定においても、「出所の誤認」及び「特定の関係を持つ」との二つのパターンがある。「特定の関係を持つ」とは、消費者が両者に関連性があると誤解することで、「出所の誤認」ではない。最後に、『商標解釈』において、「混同」原則を商標近似性判断だけの要件としており、商標権侵害行為の構成要件としてはいない。商標権侵害判定において、混同を構成しないが、商標権侵害を構成するケースがある可能性もある。

そのような認識を持っているのは中国だけではない。EU一号指令第10条立法理由における商標保護の基本条件によると、商標と標識が同一で、及び商品又はサービスが同様な場合において、当該保護は絶対的である。商標と標識とが類似する場合のみにおい

て、「混同」の可能性に結び付けて「類似」の概念を解釈しなければならない、となっている⁽²⁵⁾。また、一部の学者がTRIPS協定第16条「同様な商品或いはサービスに、同様な標識或いは符号を使用することは、混同の可能性の存在が推定されるべきである」の中に、同一商標について混同原則が依然と適用されていると主張しているが、実際、TRIPS協定はこのような同一商標の混同について反論する説明を与えていない⁽²⁶⁾。即ち、商標が同一の前提においては、商標権侵害を構成することは言うまでもないことである。

(3) 同一商品に使用される同一商標が権利侵害を構成することは、混同を要件としない。

前記『商標解釈』の規定によると、混同原則が近似商品や近似商標の判定要件の一つに過ぎない⁽²⁷⁾。同一商品に同一商標を使用する行為、即ち「二同」性質の商標権侵害行為の認定には、法律や司法解釈とも混同を要件としない。

最高人民法院は2009年に公布した『現在の経済状況における知的財産権審理業務の大局への奉仕に関する若干問題についての意見』において、さらに、商標登録者の許可を得ずに、同様な商品にその登録商標と同一の商標を使用した場合には、正当で合理的な使用を構成した状況を除き、権利侵害を認定するに当たっては混同要因を考慮する必要がないと規定している。

上述したとおり、商品がもっぱら輸出に用いられるかどうかを問わず、「二同」条件では、混同の有無は関係なく権利侵害の認定を行うことができる。さらに、かかる争いのない明確な結論が、中国行政ひいては刑法によって登録商標詐称行為を規制する理論的基礎の一つでもある。中国刑法第213条には、登録商標所有者の許可を得ずに、同様な商品にその登録商標と同一の商標を使用して、状況が深刻な場合には、同罪を構成すると規定している。「挙重明軽」というように、関係行為が刑法の構成要件を満たして犯罪を構成したにもかかわらず、関係模倣品が最終的に中国市場で中国の消費者に販売されていないことを理由に、民事権利侵害行為を構成しないという見解は、明らかに成り立たない。実際、刑事事件では、模倣品が生産段階で販売される前に公安機関から摘発されるケースは良くあり、言うまでもなく、関係商品は市場に販売されて混同を引き起こしていない。この場合の生産行為が権利侵害を構成しないとすれば、刑法第210条は名ばかりの存在に等しい。さらに、公安に摘発された生産段階

の商品が輸出専用品であっても、刑法では、特別規定がない限り、当該商品は権利侵害品であり、生産者は刑事責任を負うことになる。

4 中間総括

「混同」原則は商標権侵害行為の構成要件にならない。よって、OEM製品が市場に投入されず、消費者に混同させていないことを理由に、商標権侵害の成立を否定するのは、法理上の根拠が欠けている。OEMには特別な問題があるが、現行法がそれについて特例を規定していない限り、特殊化させてはならない。

また、前述のように、「混同」は商標及び商品の近似性判断における重要な要素である一方、それを超えて商標権侵害に関する判断要素として考慮してはならない。さもなければ、法院が不適切な口実として「混同」を使用して、法律適用の違反を招くこともあり得るであろう。

V 仕向港国における商標権侵害状況を商標権侵害判定の要素とすることの実行性

前述のように、一部の法院は、発注側が仕向港国において商標権を持っているか否かをOEM生産の商標権侵害問題を判定するもう一つの要素としている。しかし、法院によってこの問題に対する認識も異なる。前述の上海の法院はJOLIDA商標権侵害事件において、無錫の会社が国外企業による合法的授權を持っているとした。一方、香港雨果博斯(Hugo Boss)有限公司と武夷山市喜樂制衣有限公司との商標権侵害事件において、法院は「各国における商標権の取得原則が異なる。一部の国では商標の実際使用により商標権を自然に取得でき、他の国では登録を経て取得する。取得方法に関わらず、いずれの国においても未登録商標の本国における先使用权を制限できない。上訴者はその係争商標が、イタリアにおいてすでに登録申請され、或いは先使用されたことを証明できないため、当該会社は「NEW BOSS COLLECTION」という未登録商標をイタリアで使用する権利がある」との判断を下した。まとめていうと、法院によっては、OEM生産が商標権を侵害していないと判断したときに、仕向港国での商標登録状況を考慮に入れており、さらに証拠を用いて当該法域における商標権侵害の成立について分析しようとしている。

国内の商標権侵害事件を審理する際に、その他法域

での商標権侵害状況を正確且つ十分に分析した上で、それを国内での商標権侵害成立の有無の判断材料とすることを中国の法院に求めるのは非常に困難なことであると私は考える。

まず、国によって法律規定が大きく異なる。例えば、アメリカの場合、連邦法その他、各州には独自の法律も持っていて、さらに判例法も多くある。複雑な事件における商標権侵害有無についての判断は、現地の裁判官及び弁護士にとっても簡単なことではない。また、中国はアメリカを追い抜いて世界最大の貿易国となった。国際貿易の発展につれて、主要国と取引するほか、比較的知名度の低い国とオフショア貿易を行うこともありうる。その場合、中国法院はこれら国外の法律を把握することは、開廷時の中国国内における証拠に頼るだけでは非常に難しい。さらに、中国国内の法院は国外の法律規定により権利非侵害と認定したにもかかわらず、商品が最終的に国外市場に販売され、現地の裁判所の最終審では権利侵害と認定された場合、かかる矛盾について如何に解釈すればいいのか。

次に、国際貿易が発展する中、中継貿易も盛んになってきた。例えば、シンガポールは重要な中継貿易国として、非常に多額な中継貿易額を誇っている。中国との取引も大きな割合を占めている。中継貿易のルーツが複雑で、予測・追跡不能な場合もある。「仕向港」原則を適用するとすれば、これら中継貨物の問題について中国の法院で如何に判定するかは一層困難になってしまう。

総じていえば、仕向港の法律を国内商標権侵害成立の有無を判断する根拠とするのは非常に困難で、実行性が低い。

VI 結論

周知の通り、法律の基本的機能の一つは「ガイドライン」である。中国は成文法主義を原則とする国であるため、明確な法律規定を以てこそ問題を有効的に解決できる。本来ははっきりしていた法律をぼんやりしたものや計り知れないものにして、その「ガイドライン」の機能を弱めてはならない。

OEM生産における商標権侵害問題について、立法或いは司法解釈により明確に規定すると共に、法律システムの内在的論理性及び一致性に注意を払わなければならない。現行法の枠内において、以下の判断基準を堅持すれば、OEM生産問題を適切に解決できると

同時に、法律に対する理解及びその適用における混乱を避けることができる。

第一、同様な商品に同一商標を使用するOEM生産に対し、既存の商標法の規定を適用し、直接に商標権侵害と判定する。

第二、同様或いは類似する商品に、近似する商標を使用するOEM生産に対し、中国の法律規定に基づいて中国消費者の認知状況を分析し、「混同」原則を近似性判定の要件とし、特に、「混同」の現実性ではなく、その可能性を商標権侵害の判定基準とすべきである。

第三、仕向港法域における商標権侵害状況を中国内における商標権侵害判定の要素としない。或いは、挙証責任の転換を利用し、被上訴者により多くの挙証責任を負わせることを条件に、被上訴者を免責するというやり方も考えられる。

以上、OEM生産における商標権侵害問題について私見を述べてみた。将来的に、この問題は立法及び司法活動の展開により円満に解決できることを信じている。

注

- (1) 徐光明、朱理：「金融危機における中国知的財産権司法保護政策——知的財産権の審判は如何にして金融危機が実体経済に与える衝撃に対応するか、及びサービス業アウトソーシング法律シンポジウムのまとめ」。『人民法院報』2009年1月22日、「理論と実践」特集ページ。
- (2) 深圳市中級人民法院（2001）深中法知産初字第55号民事判決書
- (3) 広州市中級人民法院（2005）穗中法行初字第10号行政判決書。広東省高級人民法院（2006）粵高法行終字第22号行政判決書。
- (4) 蔣志培：「OEM生産の法的リスク」。『中華商標』2008年第12期、第14ページ以降。
- (5) 林広海、鄭穎：「涉外OEM生産における商標権問題」。『人民司法・応用』2007年第23期、第84ページ。
- (6) 孫海竜、姚建軍：「OEM生産における商標権問題の研究」。『知的財産権』2010年第5期、第79ページ。
- (7) 潘偉：「来料加工は使用方式として商標登録を維持できる——宏比福比有限公司が商標評審委員会、温克勒国際有限公司を訴える商標取消再審行政事件について」。北京市高級人民法院知識産権局編『北京法院商標難解事件に関する裁判官の評論2011』、法律出版社2012年版、第97ページ。
- (8) 林鴻姣：「国際OEM生産及び商標権の地域性」。『中華商標』2005年第6期、第40ページ以降。
- (9) 許波：「商標権侵害行為関連法律問題シンポジウムのまとめ」。『中国特許と商標』2011年第1期、第106ページ。

(10) 寧波市中級人民法院（2005）甬民二初字第232号民事判決書及び浙江省高級人民法院（2005）浙民三終字第284号民事判決書。

(11)

(12) 浙江省高級人民法院研究チーム：「OEM生産における商標権侵害に関する研究」。『法律適用』2008年第4期、第70ページ。

(13) http://www.chinalawedu.com/new/21603_21608/2009_3_24_wa328532750142390025727.shtml

(14) Article 16 of TRIPS: 1. The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner's consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion.

(15) 「商標と不正競争法 原理と判例」孔祥俊著 法律出版社 2009年7月第1版 第176ページ。

(16) 「涉外OEM生産商標権侵害紛争の法律適用」張玉敏 <http://www.l10.com/ziliao/article-61427.html>

(17) 「権利侵害責任法」第8条 二人以上による権利侵害行為が第三者に損害をもたらした場合、その二人はいずれも連帯責任を負うものとする。

第9条 他人に教唆、協力し、権利侵害行為を起こした場合、行動を起こした者同様に、連帯責任を負うものとする。

(18) 「中華人民共和国権利侵害責任法に対する理解及び適用」。編集長：奚曉明 編著：最高人民法院権利侵害責任法研究チーム 第31ページ。

(19) 登録商標専用権を侵害する行為：他者の登録商標専用権を侵害する行為に対し、倉庫、輸送、郵送、隠蔽等を提供することにより便宜を図った場合、共同権利侵害行為を構成し、連帯責任を負うものとする。

(20) 「著作権民事紛争事件の審理の法律適用問題に対する最高人民法院の解釈」第20条 出版物が他者の著作権を侵害した場合、出版者は過失、権利侵害の程度及びその結果等により、民事賠償責任を負うものとする。出版者がその出版において、授權、原稿の出所及び署名、出版物の内容等について合理的な注意義務を履行しなかった場合、「著作権法」第48条により賠償責任を負うものとする。出版者が合理的注意義務を履行し、且つ、出版者がその出版物が権利侵害にかかわることを事前に知りえることを、著作権者が証明できない限り、「民法通則」第117条第1項の規定により、出版者が権利侵害行為を停止し、権利侵害にかかる利益を返還するという民事責任を負う。合理的注意義務の履行について、出版者が自ら証拠を提示しなくてはならない。

(21) 「権利侵害責任法」第36条 インターネットの利用者及び提供者がインターネットを利用して第三者の民事権益を侵害した場合、権利侵害責任を負うものとする。

インターネット利用者がインターネットサービスを利用して権利侵害行為を起こした場合、被権利侵害者はインターネット提供者に対して、情報の削除、遮断、インターネット

の切断等必要な措置を要求することができる。インターネット提供者は要求を受け取った後に直ちに必要な措置を講じなかった場合、損害の拡大についてインターネット使用者と共に連帯責任を負うものとする。

インターネット提供者は、インターネット使用者がインターネットを利用して第三者の民事権益を侵害していることを知っているにもかかわらず、必要な措置を講じなかった場合、インターネット提供者は当該使用者と共に連帯責任を負うものとする。

- (22) 「商標法」第56条第3項 登録商標専用権の侵害を知らずに商品を販売する場合、商品は合法的に入手され、その提供者を提示できる者は、賠償責任を負わないものとする。「特許法」第70条 特許権者の許可を得ずに生産・売られた特許権侵害製品であることを知らずに、生産・経営の目的にその製品を使用、許諾販売又は販売して、当該商品の合法的由来を証明できる場合、賠償責任を負わないものとする。「著作権法」第52条 複製品の出版者、製作者がその出版、製作について合法的授權があることを証明できない場合、または、複製品の発表者、もしくは映画作品或いは映画撮影に類似する方法で創作した作品、コンピューターソフト、録音録画製品の複製品の賃貸者は、その発表、賃貸した複製品に合法的由来があることを証明できない場合、法的責任を負うものとする。
- (23) 11種類の142項目：(1) 専門的サービス。医者、会計士、弁護士等による専門サービス、不動産サービス、広告・科学技術情報提供サービス。(2) 通信サービス。(3) 建築物及び関連工事。(4) 代理サービス。(5) 教育サービス。(6) 環境サービス。(7) 金融サービス。(8) 健康及び社会奉仕。(9) 旅行及び旅行関連サービス。(10) 娯楽、文化、体育関連サービス。(11) 輸送サービス。
- (24) (1) 越境取引 (cross border supply)：ある加盟国の国境内から他の加盟国の国境内へサービスを提供し、当該サービスは人員、物資、資金の流動がなく、通信、郵便・電信、インターネットによって実現される。(2) 国外消費 (con-

sumption abroad)：ある加盟国の国境内において、他の加盟国の消費者にサービスを提供する。(3) 商業拠点 (commercial presence)：ある加盟国の法人が他の加盟国に対して商業拠点によりサービスを提供する。一国の企業或いは組織が他国で商業を展開し、合弁、合作、独資企業の設立によりサービスを提供する。(4) 自然人の移動 (movement of personnel)：ある加盟国の自然人が他の加盟国内においてサービスを提供する。

- (25) 「商標法」黄暉著 2004年9月第一版 第141ページ。
 (26) 「商標法」黄暉著 2004年9月第一版 第141ページ。
 (27) 「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する最高人民法院の解釈」第9条の規定によると、

商標法第52条第(1)号に規定する商標の同一とは、権利を侵害されたとして訴えられた商標と原告の登録商標を比較し、両者に視覚的な差異がないことをいう。

商標法第52条第(1)号に規定する商標の近似とは、権利を侵害されたとして訴えられた商標と原告の登録商標を比較して、その文字の形、発音、意味又は図形の構造及び色彩、又は各要素を組み合わせた後の全体構造が類似し、又はその立体形状、色彩組み合わせが類似しており、関係公衆に商品の出所を誤認させる、又はその出所が原告の登録商標の商品と特定の関係を持つと誤認させる場合をいう。

第11条の規定によると、

商標法第52条第(1)号に規定する類似商品とは、機能、用途、生産部門、販売ルート、消費対象などの面において同じであり、又は関係公衆がそれに特定の関係があると一般的に認識し、容易に混同を生じる商品をいう。

類似の役務とは、役務の目的、内容、方式、対象などの面において同じであり、又は関係公衆が特定の関係があると一般的に認識し、容易に混同を生じる商品をいう。

商品と役務の類似とは、商品と役務との間に特定の関係があり、関係公衆を容易に混同させるものをいう。

(原稿受領 2013. 3. 12)

