HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	継続して3年間不使用による商標登録取消審判の研究
Author(s)	李, 揚; 洪, 振豪//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 25, 1-32
Issue Date	2009-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43617
Type	departmental bulletin paper
File Information	25_1-32.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

巻頭論文

継続して３年間不使用による商標登録取消審判の研究

李　　扬※
洪　振豪(訳)

摘要：

継続して３年間不使用による登録商標取消審判（以下、「**不使用による取消審判**」という）における「商標の使用」は、出所識別機能を発揮できるものでなければならず、商標権侵害を判断するための商標の使用の概念と異なるものである。また、登録商標が使用される対象である商品といえるために、対価と引換えに取引されることは必ずしもその前提ではない。指定商品以外の他の商品に登録商標を使用したり、広告宣伝のみに登録商標を使用したり、商品の包装のみに登録商標を使用したりしても、不使用による取消審判制度における商標の使用とはいえない。機能が同じであるが形態が異なる商品に登録商標を使用した場合、一概に不使用による取消審判制度における商標の使用とは言い切れず、状況を区別して検討すべきである。指定商品の部品のみに登録商標を使用したことは指定商品に登録商標を使用したと見なされない。単に商標権の譲渡や利用許諾を行っても不使用による取消審判制度における商標の使用とはいえない。使用する権限を有しない者の使用は不使用による取消審判制度における商標の使用に該当しないと解すべきである。登録商標を変形して使用することが不使用による取消審判制度における商標の使用に該当するか否かについては、状況を区別して検討すべきである。単に行政法規に違反して使用しているに止まる場合には、依然として不使用による取消審判制度における商標の使用に該当すると解すべきである。我が国は日本商標法のように不使用と見なされる行為を明文化した立法を参考とすべきである。登録商標を譲り受けたり利用許諾を受けたりした場合、不使用の期間は譲受人・被許諾者との関係で新たに起算されると解すべきではない。中国商標法において不使用による登録商標取消審決を

※ 中国の華中科技大学法学院教授・法学博士、北海道大学情報法政策学センター研究員。

出す前に所轄官庁は一定の期間を設けて是正命令を発することができるという条項があるが、これは削除すべきである。

キーワード：登録商標　不使用　商標の機能

一．問題点

中国商標法第44条、日本商標法第50条、ドイツ連邦共和国商標法第49条第１項にそれぞれ継続して一定の期間内（中国と日本は３年、ドイツ連邦共和国は５年）の不使用による登録商標取消制度が規定されており、また、中国商標法実施条例第３条[1]、日本商標法第２条第３項、ドイツ連邦共和国商標法第26条にそれぞれ「商標の使用」の定義が規定されている[2]。

もっとも、不使用による取消審判制度における商標の使用は前掲規定の「商標の使用」と同じものと解すべきであろうか？不使用による取消審判制度における商標の使用は、商標権侵害の商標の使用と同じものといえるか？使用の権限を有しない者の使用、単なる商標権者による商標権の移転及び使用許諾の行為、指定商品や役務（商品と役務の処理は同じなので、**以下「役務」の表記は省略し、「商品」とのみ表示する**）ではないものへ

[1] 中国商標法及び同法実施条例における商標の使用とは、商品又は商品の包装或いは容器又は商品の取引に係る文書に登録商標を付する行為又は登録商標を広告宣伝、商品の展示、及びその他の商業活動に使用する行為をいう。

[2] ドイツ連邦共和国商標法第26条の規定によると、(1) 登録商標に基づく請求や登録の維持が商標の使用に依存する限りにおいて、商標所有者は、当該商標を、登録商標の対象である商品又はサービスに関してドイツ連邦共和国において真に使用していなければならない。ただし、不使用について正当な理由がある場合は、この限りでない、(2) 所有者の同意を得た商標の使用は、所有者による使用とみなされるものとする、(3) 登録された形態と異なる形態での商標の使用も、その相違する構成部分が当該商標の識別性を害さない限り、当該登録商標の使用とみなされるものとする。第一文は、商標が既に使用されている形態で登録された場合にも適用されるものとする、(4) 商品の輸出目的のためにのみドイツ連邦共和国において商品、その梱包又は包装に商標を付すことも、ドイツ連邦共和国内における商標の使用とみなされるものとする。

の商標の使用、指定商品である全体製品の部品のみへの商標の使用、他人が不使用による取消審判を提起しようとすることを知った上での駆け込み使用は、不使用による取消審判制度における使用の概念に該当するか？また、不使用による取消審判制度において、商標の使用の対象である商品は何であろうか？不使用による取消しを免れる不使用の正当理由は何であろうか？継続して３年間不使用の期間は如何に計算するのであろうか？中国商標法によって不使用による取消審決をする前に所轄官庁は一定の期限を設定して是正命令を発することができるという規定は必要であろうか？これらの問題については、我が国でよく紛争に至るにもかかわらず、議論が進んでいるというわけでもない。実務に有益かつ理論的に成り立ちうる提言を可能とするために、これらの問題を真剣に検討すべき時期に至っているといえよう。そこで、本稿は比較法の観点から出発し、我が国及び日本の裁判例や学説の見解に基づき前掲の問題を具体的に分析しつつ、拙論を提示することとしたい。

二．不使用による取消審判制度における商標の使用の意味

不使用による取消審判制度における商標の使用の意味については、我が国では大別して二つの見解が主張されている。第一に、ここにいう商標の使用は出所識別機能を発揮することができるものでなければならないという見解である。すなわち、商標の使用は需要者に商品の出所を認識させることができるほどになってはじめて不使用による取消審判制度における商標の使用に該当すると解すべきである（以下、「**出所識別機能発揮説**」という）。北京市第一中級人民法院及び北京市高等人民法院は「康王事件」及び「GNC 事件」においてこの説を採ったほか[3]、筆者を含め極少数の中

[3]「康王事件」については、北京市第一中級人民法院行政判決書（2006）一中行初字第1052号及び北京市高級人民法院行政判決書（2007）高行終字第78号を参照。事実の概要：原告雲南滇虹会社は、原商標権者である康麗雅会社から「康王」という文字からなり、第三類化粧品を指定商品とする商標を譲り受けた（以下、「**康王商標**」という）。原告雲南滇虹会社は原商標権者康麗雅会社から康王商標を譲り受ける前に、原商標権者と第三者に康王商標の使用を許諾することができないという旨の商

国の学者もこの説に賛成する[4]。第二に、不使用による取消審判制度における商標の使用は中国商標法実施条例第３条に規定されている商標の使用の定義、すなわち「商標法及び本条例における商標の使用とは、商標が商品そのもの、商品の包装又は容器、商品の取引書類に用いられる行為及び、商標が宣伝広告、展覧会又はその他の営業活動に用いられる行為を指す」に該当すれば足りるという見解である。要するに、形式上、前掲の「使用」の定義にさえ該当すれば、たとえ出所識別機能が発揮されていなくても、不使用による取消審判制度における商標の使用として扱われるべきである（以下、「**形式上使用の見解**」という）。この説は我が国の通説である[5]。

一方、日本でも同様に二つの見解に分かれている。第一に、前述したような不使用による取消審判制度における商標の使用は出所識別機能を発揮するものでなければならないという出所識別機能発揮説である。しかし、我が国と異なるのは、この見解のほうが通説であり、大半の裁判例や有名な学者が支持しているということである[6]。第二に、やはり前述のような不使用による取消審判制度における商標の使用が日本商標法第３条第２項に規定されている商標の使用の定義に該当すれば足りるという形式上使用の見解である。もっとも、この見解を採る裁判例や学者はあくまでも少数派であり、我が国とは正反対の状況にある[7]。

標権使用許諾契約を締結していたにもかかわらず、当該契約の期間においてそれに違反して、第三者の昆明滇虹会社に康王商標の使用を許諾した。しかし、原商標権者康麗雅会社は前述の事情を知った上で異議を述べず康王商標を原告雲南滇虹会社に移転した。不使用による取消審決を受けた原告雲南滇虹会社は、審決取消訴訟を提起し、確実に康王商標を使用していることを証明する証拠として、第三者昆明滇虹会社が生産した康王ブランドのスキンケア商品の包装容器二つ及び第三者昆明滇虹会社がある印刷業社と締結した康王ブランドのスキンケア商品の包装容器の加工を依頼する旨の「供需契約」一式を提出した。ちなみに、その二つの包装容器には行政法規上必要な生産許可証及び衛生許可証が記載されていなかった。北京市高等人民法院の判旨：商標法第44条第４項に規定されている「使用」とは、商標法の趣旨に合致するような使用行為でなければならない。すなわち、商業活動において、公に、確実に、しかも適法にかかる商標を商品の出所標識として使用し、消費者が当該商標の使用を通じてかかる商品を提供している主体を区別することができるような場合を指す。

「GNC事件」については、北京市高級人民法院行政判決書（2006）高行終字第78号を参照。事実の概要：江蘇省物資集団会社は「GNC」という文字からなり、第30類魚油の非医療用健康食品を指定商品とする商標を譲り受けた（以下、「**GNC商標**」という）。その後、同社は「GNCチラシ」、「GNC包装箱」と「GNC鞄」の製作を第三者に依頼したが、それらは全て蜂蜜商品に用いるものであった。北京市高等人民法院の判旨：商標の使用とは、商標が商品そのもの、商品の包装又は容器、商品の取引書類に用いられる行為及び、商標が宣伝広告、展覧会又はその他の営業活動に用いられる行為を指す。商標がそのような使用を通じなければ、競争市場においてその機能を発揮し、かかる商品の経済的効果を促すことはできない。そのため、商標の使用は商業活動における使用でなければならない。

[4] 李扬『知识产权法总论』中国人民大学出版社2008年版323頁。马翔=郭京玉「注册商标连续三年停止使用的界定-从‘康王之争’案件谈起」中国律师2008年第４期67-70頁。

[5] 吴汉东编『知识产权法学』法律出版社2004年版295頁。

[6] 例えば、東京高判平成５年11月30日判時1488号144頁［VUITTON］は、「…不使用取消の審判の制度の趣旨は、商標法上の保護は、商標の使用によって蓄積された信用に対して与えられるのが本来的な姿であって、一定期間登録商標の使用をしない場合には保護すべき信用が発生しないかあるいは発生した信用も消滅してその保護の対象がなくなるし、他方、不使用の登録商標に対して排他的独占的な権利を与えておくのは国民一般の利益を不当に侵害し、かつその存在により権利者以外の商標使用希望者の商標の選択の余地を狭めるから、審判請求をする利益を有する者の請求によりこのような商標登録を取り消させることにある」と判示している。田村善之教授をはじめとする学説の見解によると、「２条３項の要件を形式的に満足する場合でも、それが出所を識別する表示として使用されていなければ、商標として使用されているとは認められない。…識別表示として機能していない以上、混同も生じないので、商標権を維持して他者の商標選定の自由を制約する理由に乏しいからである」。田村善之『商標法概説』（弘文堂・第２版・2000年）28頁。

[7] 例えば、東京高判平成３年２月28日判時1389号128頁［POLA］は、「全く使用されていないような登録商標は、第三者の商標選択の余地を狭めるから、排他的な権利を与えておくべきでないとするのが、主たる理由と考えられる」、「商標の不使用を事由とする商標登録取消しを論ずるときには，前述のような制度の存在理由に鑑みても、商標法第50条所定の『登録商標の使用』は、商標がその指定商品について何らかの態様で使用されておれば十分であって、識別標識としての使用（すなわち、商品の彼比識別など商標の本質的機能を果たす態様の使用）に限定しなければならぬ理由は、全く考えられない。それゆえ、本件使用標章を被告らが主張するような態

前述の出所識別機能発揮説と形式上使用の見解のいずれを採用すべきかということは、商標の機能及び商標法の立法目的を確実に把握してはじめてその結論が導かれるべき課題であると思われる。

商標の機能については、基本的に世界各国の商標法学者の見解が一致しており、出所識別、品質保証、宣伝広告の三つの機能があると説かれている[8]。アメリカの学者の Frank Schechter 氏は、1927年に Harvard Law Review に発表した“The Rational Basis of Trademark Protection”という論文[9]をもって商標の出所識別機能を非常に低く評価し商標の広告機能を高く提唱しながら、それをもとに商標のダイリューション理論を提起したのである。

様で使用することが、識別標識としての使用に該当するか否かはさて措き、『指定商品についての使用』に該当することは前述のとおりであるから、原告の右主張も採用できない」と判示している。網野誠先生をはじめとする学説によると、「…もともと出所標識としての使用か否かは、取引の通念によって決定されるところである。従って、使用の当初においては出所標識としての使用とはいい得ないような態様の使用であっても、後に到って取引社会において出所標識として認識されることもあり得るわけである。そうだとすれば、登録商標がその指定商品について使用されている以上、現時点においてそれが識別標識としての使用であると認められないからといって、直ちに不使用取消を認め、更新登録を拒絶するのは、登録商標を保護し使用者の信用の維持を図ろうとする商標法の目的にも沿わないこととなろう。よって、『商標』の定義に拘らず、商標権の侵害については出所標識としての使用であることを要するとする考え方を、そのまま不使用商標の取消や更新登録の拒絶に際してまで適用することについては、検討を要するものと考えられる。むしろこれらの場合には、商標法の定義どおり、商品について使用されている限り、識別標識としての使用か否か、意匠的な使用であるか否か等を問うことなく、登録商標の使用であると認めるのが商標法の目的に沿うのではなかろうか。」網野誠「不使用取消審判と『登録商標の使用』の範囲について」田倉整編『特許争訟の諸問題　三宅正雄先生喜寿記念』（発明協会・初版・1986年）451頁。

[8] W.R. Cornish, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights（London Sweet & Maxwell, 1996）p. 527. 前掲注6・田村・4-9頁。小野昌延『商標法概説』（有斐閣・第2版・1999年）2-5頁。刘春田编『知识产权法』中国人民大学出版社2000年版232-234頁。吴汉东编『知识产权法』中国政法大学出版社2002年修订版218-219頁。

[9] Frank Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harv. L. Rev. 813 (1927).

しかしながら、商標の出所識別機能は商標の宣伝広告機能や品質保証機能の基礎であることは否定できないと思われる。なぜならば、宣伝広告機能や品質保証機能は出所識別機能から次第に発展してきたものであり、商標が出所識別機能すら発揮できないのであれば、はたして市場の信用が蓄積されるようなことがあるのか、需要者の注意を引き寄せる宣伝広告機能や品質保証機能が発揮されることなどがあるのかという根本的な疑問が生じるように思われる。したがって、商標が使用されるうちに広告機能や品質保証機能が獲得されることは否定されないものの、依然として出所識別機能が商標の本質的な機能であるといわざるをえない。このような理解に立脚し、不使用による取消審判制度における商標使用の意味の外縁を解明するためには、登録商標が出所識別機能を発揮できるか否かという観点に基づいた考察が必要となろう[10]。

商標法の立法目的については、日本商標法第1条は「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もって産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする」と規定している。一方、中国商標法第1条は「商標管理を強化し、商標専用権を保護し、生産、経営者に商品と役務の品質を保証させ、商標の信用を維持させ、消費者の利益を保障し、社会主義市場経済の発展を促進することを目的としてこの法律を制定する」と規定している。

典型的な大陸法を採用する国の商標法は登録主義を採り、使いもしない商標の登録出願やこれに対する排他的な独占権の付与を認める。もっとも、前述した立法目的、すなわち商標権者によって安心に商業活動に登録商標を使用させ、市場の信用を蓄積させることにより、産業の発展を促進し、需要者の利益を保護することに鑑みると、登録商標の出願人が商標登録がされた後で商業活動に商標を使用しないことを防ぎ、第三者の商標選定の自由を確保し、産業の発展を促進し、登録主義のデメリットを補完するために、それらの国は商標法において不使用による取消審判制度を設けざる

[10] 商標機能の変化及びその変化により商標法にもたらされた影響については、以下の論文を参照。杜颖「商标淡化问题及其应用」法学研究2007年第2期44－54頁、杜颖「商标法混淆概念之流变」李扬编『知识产权法政策学论丛』2009年卷中国社会科学出版社2009年版185-198頁。

を得ない。よって、日本商標法第50条及び中国商標法第44条第4号はそれぞれ商標法の立法目的を具現化したものといえよう[11]。

前述した商標の本質的な機能及び商標法の目的に基づき、以下のような結論に至ることができるであろう。すなわち、商標権者が実際に生産経営活動で登録商標を使用した上、需要者が当該登録商標を通じてある商品の出所を認識することができるようになってはじめて、不使用による取消審判制度における商標の使用は、商標法の趣旨に合致する使用行為に該当するといえる。そして、商標が登録された後、商標権者が実際に登録商標で生産経営活動を行っていなかったか、登録商標が生産経営活動に使用されたことにより需要者が登録商標を通じて商品の具体的な出所を認識することができなかった場合には、それは商標権者の信用が登録商標に蓄積されていないか、蓄積された信用がなくなったということを意味するから、産業が促進されているわけでもなく、需要者にも混同が生じないといえる。このような場合には、正に田村善之教授が指摘するように、排他的な独占権を有する商標権を維持する理由がなくなり、登録商標は不使用として取り消されるべきであろう[12]。

また、不使用による取消審判制度における商標の使用と商標権侵害の場面における「商標の使用」は同じものであろうか。この問題については、我が国では学者や裁判所にあまり注目されていない。しかし、日本では学者及び裁判所の通説によって、両者は明らかに区別して見るべきであるといわれている[13]。なぜ両者を区別する必要があるかについて、日本の学者や裁判所は詳しい説明をしていないが、筆者は以下のようにその理由を推測する。すなわち、何らかの形式的な態様でさえ使用されていない登録商標が存在すれば他人の商標選定自由を過度に妨げるため、不使用による取消審判制度における商標の使用に該当するかを判断する場合には厳格に解釈すべきであり、よって、使用行為は出所識別機能を発揮することができるものでなければならないということを要求しなければならない。一方、商標権侵害の判断において、商標権者が蓄積した市場の信用を確実に保護するために、商標の使用に該当するか否かを判断する時に拡大解釈すべきであり、よって、出所識別機能を発揮することができる使用に限られないと解することが許されるのだろう。

登録商標が市場に置かれて発展していくうち、本質的な機能の出所識別機能をもとに品質保証機能が次第に強化されるのみならず、広告機能も生まれ、しかもますます重要視されるようになっている。登録商標の機能もそれに応じて大きく変容してきており、前述したような筆者の推測に至ったわけである。こうした商標の機能の変容に直面し、商標法も相応した制度的な調整を果たしているということができる。すなわち商標の出所識別機能を保護する土台の上に、商標の品質保証機能及び広告機能の保護が開始され、しかもますます重視されてきている。具体的には、被疑侵害者が登録商標を使用する行為が商標権侵害に該当するかを判断する際に、一般にその使用行為が商品の出所を識別するための表示としてなされているか否かということが考慮されるが、それに加えて品質保証の手段や広告の手段として使われているか否かということの判断も視野に入れるべきである。一旦品質保証や広告の手段として使用されていたと断定できれば、登録商標の品質保証機能や広告機能を害するので、その利用行為も商標権侵害に該当するものといえよう。言い換えれば、商標権侵害を判断する際に、被疑侵害者が他人の登録商標を出所識別機能を発揮する表示として使用しておらず、単に品質保証や広告の手段として用いるにすぎないとしても、商標権侵害になりうる。これが商標の反ダイリューション保護の問題である。ゆえに、商標侵害の場面における「商標の使用」の意味は不使用による取消審判制度における商標の使用より広いものであるべきだといえよう。

三．不使用による取消審判制度における具体的な問題

（一）登録商標が使用された対象である商品の判断について

中国ではこの問題に係る事件はまだ見当たらないので、裁判所の見解は明らかでないが、日本では既に判決が出されている。それが「東京メトロ

[11] 田村・前掲注6・17頁。特許庁編『工業所有権法逐条解説』（発明協会・第17版・2008年）1347-1348頁。

[12] 田村・前掲注6・28頁。

[13] 田村・前掲注6・143頁。日本の裁判所の意見として前掲東京高判［VUITTON］を参照。

事件」である[14]。この事件の原告は、「東京メトロ」という文字からなり、新聞、雑誌を指定商品とする登録第4609287号商標の商標権者である。この事件の被告は、商標法第50条第１項に基づき、上記商標につき、商標登録の取消しを特許庁に請求した。特許庁は、次の二点を理由に上記商標の登録を取り消すべき旨の審決をした。①原告は世田谷区内において「とうきょうメトロ」創刊号を約8400部無料で配布したこと及び第２号を約5000部無料で配布したことを主張するが、いずれも客観的に証明する証拠が提出されていない。②「とうきょうメトロ」という新聞は、他人の広告を掲載し、頒布するために用いられる印刷物にすぎないものであって、市場において独立して商取引の対象として流通に供されたものと認められないから、本件審判の請求に係る指定商品「新聞、雑誌」のいずれにも含まれない商品というべきである。

原告は同審決を不服とし、審決取消訴訟を提起した。知的財産高等裁判所は同審決を取り消す旨の判決を下した。その理由は、①「原告は、平成17年４月29日から５月にかけて、世田谷区内において、『とうきょうメトロ』の表題が付され、『2005年４月25日発行（創刊号）』と記載された印刷物…を約8000部無料で配布したことが認められ、その新聞は、その後も継続して、創刊号から少なくとも第４号まで同一の商標を付して発行されたことが認められる。」②「商標法上の『商品』といえるためには、商取引の対象であって、出所表示機能を保護する必要のあるものでなければならないと解される。」「しかし、『商取引』は、契約の種類が売買契約である場合に限られるものではなく、営利を目的として行われる様々な契約形態による場合が含まれ、対価と引換えに取引されなければ、商標法上の『商品』ではないということはできない。取引を全体として観察して、『商品』を対象にした取引が商取引といえるものであれば足りるものと解される。」「本件新聞のような無料紙は、配布先の読者からは対価を得ていないが、…広告主から広告料を得ており、…利益が得られるようにしたビジネスモデルにおいて配布されるものである。したがって、…このような形態の取引を無料配布部分も含めて全体として観察するならば、商取引に供される商品に該当するということができる。」③「無料紙においても、付された商標による出所識別機能を保護する必要性があり、『商品』が読者との間で対価と引換えに交換されないことのみをもって、出所表示機能の保護を否定することはできない。」

取引は動的な過程であると思われる。より多く取引のチャンスを獲得するため、経営者は様々な経営戦略を練る。割引をしたり、景品をつけたりするのもその一環である。商品そのものは市場にさえ流通しているのであれば、無料配布であるとか割引であるという一事をもって商品性を否定すべきではない。ゆえに、「とうきょうメトロ」と題する新聞は無料紙であっても、既に市場に出回っている上に、読者が「とうきょうメトロ」という文字を通じて新聞が原告の発行したものということを知りえるので、商品に該当することに疑いはない。つまり、確かに対価と引換えに取引されるものが商品となることが多いと思われるが、しかし対価と引換えに取引されることは必ずしも商品といえるための前提ではないと解すべきである。

（二）登録商標が使用された対象の範囲の判断について

日本商標法第25条又は中国商標法第51条によって、登録商標の専有権は、登録が認められた商標及び指定商品に限って存する。言い換えれば、商標権者は、指定商品に限って登録商標を使用する権利を専有する。そうすると、商標権者が指定商品でないものに登録商標を使用するに止まる場合、第三者はその登録商標の取消しを請求することができるかという問題が起きる。この問題はかなり複雑なので、以下のように状況を区別して検討していきたい。

１．指定商品以外の他の商品に登録商標が使用された場合

この問題について、前掲「GNC事件」を取り上げたい。GNC商標は「GNC」という文字からなり、第30類魚油の非医療用健康食品を指定商品とするものであって、1997年11月21日に登録が認められたものである。第三者はGNC商標の取消しを請求したが、商標評審委員会は維持すべき旨の審決をした。理由は、商標権者の物資集団会社が他人に「GNC」蜂蜜製品及びGNC商標がついているチラシの製作を依頼した事実により、GNC商標が蜂蜜商品の生産及び広告宣伝等の商業活動に使用されていることを証明できるということである。そして、

[14] 知財高判平成19年９月27日平成19年(行ケ)第1008号最高裁HP[東京メトロ]。

北京市第一中級人民法院は商標評審委員会の審決を維持した。しかし、北京市高等人民法院は北京市第一中級人民法院の一審判決を取り消した。理由は、物資集団会社がGNC商標を譲り受けた後、他人に「GNCチラシ」、「GNC包装箱」及び「GNC鞄」等の宣伝品の製作を依頼したが、もっとも、それらは全て蜂蜜商品に用いるものであった。指定商品の「魚油の非医療用健康食品」に使用したわけではない以上、その利用行為は商標法の趣旨に合致する商標の利用に該当しないと解すべきであろう。この点について、日本の東京高等裁判所は「DALE CARNEGIE事件」においても同じ見解を述べている[15]。

指定商品以外の商品に登録商標が使用されたとしても、実際に使用された商品の出所は認識されうるが、指定商品の出所が認識されるわけではない。よって、指定商品以外の商品に商標を使用することは不使用による取消審判制度における商標の使用として解釈することができないというべきである。ちなみに、このような状況において使用された商標は、実際に使用された商品に係る未登録商標として商標法及び不正競争防止法の関連する規定をもって保護される場合がありうる。

２．指定商品の一部に登録商標が使用された場合の問題

商標権者が登録商標の使用範囲を拡大するために、複数の指定商品で出願することが少なくない。例えば、我が国の湖北省のある会社は八宝粥（8種類の具が入った甘い食品）、大米（脱穀した米）、雪餅（雪の模様のあるせんべい。日本の菓子「雪の宿」の中国版）の三つの商品を指定商品として商標登録を出願した。当該会社が三つの指定商品の中の一つの八宝粥商品のみに登録商標を使用する場合、第三者は大米及び雪餅を指定商品とする登録商標の取消しを請求することができるか？この問題については、我が国では関連事件はまだ起きていないが、中国商標法実施条例第41条は肯定説を採用している。すなわち、「商標局、商標評審委員会が取り消した登録商標について、取消しの理由が一部の商品に限られた場合、当該部分の指定商品に使用する登録商標を取り消す。」商標法実施条例に定められているこの規定は簡

[15] 東京高判平成13年２月28日平成12年(行ケ)第109号最高裁HP[DALE CARNEGIE]。

明である。登録商標は実際に使用された商品により出所識別機能を発揮することができるが、実際に商業活動に置かれていないその他の商品に当該機能が働くことはないであろう。よって、商標権者が自分の権利を寝かせたり、第三者の商標選定自由を妨げたり、既にこれらの商品に実際に商標を使用し営業を営んでいることにより第三者が蓄積した信用を横取りすることを認める理由はない。

日本商標法第50条第２項によると、商標権者は不使用による取消審判の請求に係る指定商品のいずれかについて登録商標を使用していることを証明すれば、その指定商品に係る全ての商標登録の取消しを免れる。この条項について、田村教授は、登録商標権者がいずれかの商品について使用していることを証明した場合には、逆に、審判請求人が他の商品に関しては不使用を証明することができなければ、残りの商品に係る登録商標を取り消すことができないという規定であると解している[16]。

なぜ田村教授がこのような解釈をしたかというと、複数の指定商品を指定した商標権者による商標の使用についての立証責任を軽減し、不使用による取消審判制度が濫用されないように審判請求人の立証責任を加重するという目的を果たすためのものであるからではないかと思われる。しかし、たとえそうだったとしても、田村教授が採ったこのような見解は、審判請求人が一つの請求で同時に商標権者の全て又は二つ以上の指定商品に係る登録商標の取消しを請求するというような事例にしか適用できないであろう。その理由は、審判請求人が一つの請求で一つの指定商品に係る登録商標の取消しのみを請求する場合、審判請求人は商標権者が当該指定商品に登録商標を使用していないということを主張するだけで足りる一方、商標権者は登録商標を当該指定商品に使用していることについて立証責任を負うからである。このように、審判請求人が一括でなく、複数の指定商品に係る登録商標の取消しを一回ずつ請求する場合、複数の指定商品を指定した商標権者による立証責任を軽減するという田村教授の解釈の目的は恐らく空振りに終るであろう。

[16] 田村・前掲注６・31-32頁。

こうした諸般の事情を総合衡量すると、日本商標法第50条第２項は以下のように理解するしかないのではないかと思われる。すなわち、審判請求人が不使用による複数の指定商品を有する商標の取消しを請求することに対し、商標権者は請求に係る指定商品のいずれかについて商標を使用している事実を証明すれば、その他の指定商品に係る登録商標の取消しも免れる。審判請求人は引き続き不使用によるその他の指定商品に係る登録商標を取り消そうとする場合、新たに取消しを請求する必要がある。新たに提起される不使用による取消審判において、商標権者が請求に係る指定商品のいずれかについて商標を使用していることを証明できれば、その他の指定商品に係る登録商標の取消しも免れる。このように、審判請求人は自分の目的が実現されるまで同じ手続を繰り返すことになる。このような過程において、商標権者はいずれかの商品に使用していることを証明すれば足りるため、立証責任は果たしやすい一方、審判請求人も最初から不使用の事実を証明する立証責任を負わない。ということは、正に1975年の日本商標法の改正により不使用による取消審判制度の立証責任を審判請求人（商標権者の登録商標の不使用の事実を証明すること）から商標権者（使用していることを証明すること）に移転した趣旨に合致するのではないであろうか[17]。このように理解すれば、審判請求人が取消請求を提出する前に、商標権者が従前どの商品に登録商標を使用しているかということを可能な限り調査したり、不使用による取消審判請求のコストを考慮し、真剣に請求の可否を検討したりするような行動が促されることを期待でき、もって審判請求人が不使用による取消審判制度を濫用することを防ぐという日本商標法第50条第２項の目的も実現することができるだろう。

３．チラシなどの広告メディアのみに登録商標が使用された場合

実際に生産販売活動に従事していないが、登録商標が取り消されることのないよう、チラシ等の広告メディアのみに登録商標を使用することは、不使用による取消審判制度における商標の使用に該当するか？日本の大阪地方裁判所は1987年８月26日に下された「BOSS 事件」において否定説を採用し、このような使用態様は不使用による取消審判制度における商標の使用とはみなされないという見解を採った。裁判所は「…BOSS 商標を付したＴシャツ等は…楽器の宣伝広告及び販売促進用の物…として…楽器購入者に限り…無償配布をしているにすぎず、右Ｔシャツ等それ自体を取引の目的としているものではないことが明らかである。また、前記認定の配布方法にかんがみれば、右Ｔシャツ等はこれを入手する者が限定されており、将来市場で流通する蓋然性も認められない。」「そうだとすると、右Ｔシャツ等は、それ自体が独立の商取引の目的物たる商品ではなく、商品たる電子楽器の単なる広告媒体にすぎないものと認めるのが相当である…」とした[18]。大阪地方裁判所の立場は明らかであり、単に広告媒体のみに登録商標を使用することは商標の使用といえない。理由は、このような状況において使用されている登録商標は商品の出所識別機能を発揮することができないからである。

４．商品の包装のみに登録商標が使用された場合

商標権者が実際に生産活動に従事していない場合、登録商標の取消しを免れるために登録商標を付した商品の包装の一定の数量の生産を他人に依頼することも少なくない。このような行為は商標の使用に該当するか？北京市高級人民法院は前掲「康王事件」において、商標権者は包装箱の加工を他人に依頼したという事実を証明したが、加工の依頼という事実のみをもって当該包装箱が実際に市場に使用されていることまでもが証明されたものとは取り扱われなかった。そのうえで、北京市高級人民法院は、商標権者が商品の包装のみに登録商標を使用する行為は商標の使用と解すべきでないとする見解を採用した。商標権者が指定商品、すなわち化粧品に登録商標を使用していない以上、当該商標は化粧品の出所識別機能を発揮することができないからであろう。しかし、実際に市場で取引されておらず商品の広告品にならないもの（例えば前掲「BOSS 事件」のＴシャツ）を対象とするケースと異なるのは、包装箱そのものは独立した取引価値があるものであり、実際の取引実情においても独立したものとして一般に売買

[17] 特許庁・前掲注11・1347-1348頁。

[18] 大阪地判昭和62年８月26日昭和61年(ワ)第7518号最高裁HP[BOSS]。

されているということである。付された登録商標は包装される商品の出所識別機能を発揮することはできないが、包装箱そのものの出所識別機能を発揮しうるといえる。よって、包装箱に付された登録商標については、指定商品以外の商品に登録商標を使用する事例と同様に、包装箱に使用された未登録商標として処理し、商標法及び不正競争防止法の関連規定で保護を図るべきである。

５．機能や効用が同じであるが形態が異なる商品に登録商標が使用された場合

中国では、かかる事件が出されていないので、裁判所の見解は不明確である。日本の東京高等裁判所は1985年５月14日に下された「スキンライフ事件」において、「本件商品は、従来の固型の石鹸…とは異なり、ポリチユーブに入ったクリーム状の洗顔料であって、…主成分として、従来の固型の石鹸と同様、石鹸…等を含有するが、その外に油成分、保湿剤、香料・薬剤等を含有するものであつて、原料としての石鹸の優れた洗浄力により汚れを落とし皮膚を清潔にする機能を有する一方、過度の脱脂を防ぐための相当量…の油成分及び保湿剤により皮膚保護機能を有している…。」「本件商品の取引者及び需要者の判断を基準として実質的に判断すると、本件商品は、『石鹸』であるが同時に『化粧品』でもある商品、ないしは石鹸…成分を含有する『化粧品』というべきものであ」るとした[19]。明らかに、日本の東京高等裁判所は、本件商標権者がこのような洗顔料に登録商標を使用した行為は指定商品の石鹸に使用したことと同視しうると評価したのであろう。

世界各国の商品とサービス分類表において登録商標が使用される指定商品は具体的な形態（固体、液体、気体）まで明確に制限されていない以上、異なる形態の商品に登録商標を使用したという一事をもって指定商品への使用を否定するという解釈を採用すべきではないことはいうまでもないことであろう。例えば、指定商品がアルコールであるならば、固体、液体、気体のいずれの形態のアルコール商品に登録商標を使用しても、なべてアルコールに使用していると評価すべきなのである。

しかし、指定商品と実際に使用された商品とはある種類又は幾つかの種類の成分が同じであって形態も変わらないが、主たる機能が異なったり、形態と機能が同時に変化したりした結果、需要者側から判断すれば、両者は全く同じ種類の商品とはいえなくなる場合には別論が成り立ちうる。例えば、金銀花の成分を含む医療用金銀花露（薬店で販売されるもの）と一般の金銀花露（百貨店やスーパーで販売されるもの）は全く異なる商品であるので、医療用金銀花露商品に登録商標を使用する行為は一般の金銀花露商品に使用することと同一視することはできない。

６．指定商品の部品のみに登録商標が使用された場合

日本の大阪高等裁判所は商標権侵害に係る「SHARP事件」において、回胴式遊技機に装着された部品のCPUに付されたSHARP商標は、外観から視認されることができないが、回胴式遊技機本体や主基板の流通過程において、取引関係者や需要者に認識される可能性があったため、全体の指定商品に含まれる部品のみに登録商標を使用する行為は商標権侵害における商標の使用と評価しうる旨の判決を下した[20]。しかし、不使用による取消審判制度における商標の使用の意味は商標権侵害における商標の使用と同じものではないため、不使用による取消審判の過程において指定商品の部品のみに登録商標を使用することを指定商品に使用する行為と評価できるかということについては、依然として疑問が残る。

商品の完成品を生産する者も部品を加工したりすることはもちろんあるが、むしろ部品がそれぞれ異なる市場における生産主体によって生産されるか、完成品と部品に分かれてそれぞれ別個に販売されるというのが市場における通常の実態であろう。そうだとすると、部品に使用されている登録商標が発揮される識別機能と完成品に使用されている登録商標が発揮される識別機能は異なるものとなる。すなわち、需要者が部品に使用された登録商標を見た場合に、必然的に当該部品で生産され同じ登録商標が付されている完成品及びその出所を

[19] 東京高判昭和60年５月14日昭和57年(行ケ)第67号最高裁HP[スキンライフ]。

[20] 大阪高判平成８年２月13日判時1574号144頁[SHARP]。

認識し想起するという事態を想像することが困難となるのである。部品に使用されている登録商標は、完成品に使用されている登録商標と異なる出所を識別するものとして機能する以上、ある登録商標を維持するために、部品に登録商標を使用する行為をして完成品に当該登録商標を使用すると評価する理由はないと思われる。

日本の東京高等裁判所は商標権者が指定商品である「化学機械器具」に属する加湿器の部品である「管継ぎ手」に「アミロック商標」を使用したにすぎない1985年の「アミロック事件」において、管継ぎ手が部品として加湿器に組み込まれることによって商品としての独立性も失い、これをもって登録商標を指定商品の「化学機械器具」に使用していたとはいえないため、加湿器の部品である「管継ぎ手」に登録商標を使用したことは指定商品である「化学機械器具」に使用することにならない旨の判決を下している[21]。

（三）登録商標の使用の具体的な態様

1．単なる登録商標の譲渡及び利用許諾は登録商標の使用に該当するか？

前掲「GNC事件」では、原商標権者の富楽会社は以下のような証拠を提出した。①1997年11月26日に富楽会社と現商標権者の物資集団会社が締結した「商標使用許諾契約」。同契約によると、物資集団会社は登録商標を使用することができ、期限は契約締結日から2007年11月25日までであり、許諾使用料は3万人民ドルである。②1999年2月26日に原商標権者の富楽会社と現商標権者の物資集団会社が締結した「商標移転補充協議」。同協議には、富楽会社は登録商標を物資集団会社に移転すると規定される。2002年11月25日に国家商標局は当該移転を許可した。以上の事実に基づき、原商標権者の富楽会社は、1998年10月24日から2001年10月23日まで係争登録商標が使用されていたことを証明することができると主張した。北京市第一中級人民法院は、原商標権者の富楽会社が主張した登録商標の使用許諾や移転をもって商標の使用と評価できるという見解を支持した。しかし、北京市高

[21] 東京高判昭和63年４月12日判時1289号141頁［アミロック］。

級人民法院は、使用許諾者或いは商標譲渡人と被許諾者或いは譲受人との間の商標権使用許諾と移転の法律行為は、消費者に対して商標の出所識別機能を発揮することができない行為なので、商標権者によるかかる登録商標の使用許諾及びその後の商標移転行為は商標の使用に該当しないというべきであるとした。

登録商標を利用して実際に生産経営活動を行う主たる目的は、市場の不特定の需要者に登録商標を通じて商品の出所を認識させるところにあるというべきである。商標権者や被許諾者或いは譲受人が商標を使用して実際に生産販売活動を営んでいない場合、商標権の関係者の間にいくら使用許諾や移転行為があっても、需要者と無縁な内部関係にすぎず、登録商標の出所識別機能は依然として発揮していないといわざるをえない。ゆえに、単なる使用許諾或いは商標移転行為は、不使用による取消審判制度における商標の使用として認められるべきものではない。このように理解すれば、実務上使用許諾や商標移転の契約を締結することにより不使用による取消審決を免れ登録商標を維持するという行為を抑止することができ、登録商標の買い溜め現象を防止することに資すると思われる。

ちなみに、単なる利用許諾に係わる事案の中で、一つの特別な態様を取り上げたい。それは、被許諾者が登録商標を利用して商品を生産したり商品を輸入したりして商品を倉庫にしまっておいたにもかかわらず、何らかの理由で商品を市場に流通させないまま放置したというようなケースである。このような事情の下でも、登録商標が使用されているといえるのか？恐らく答えとしては否定説を採用すべきであると思われる。理由は、登録商標が付された商品は不特定の需要者の間に流通しているわけではなく、出所識別機能を発揮することができないうえ、需要者にも混同が生じないため、登録商標の排他的な専有権を維持する必要がないと考えられるからであろう。実際、日本の最高裁判所及び東京高等裁判所は幾つかの事案においてこのような判断をしている[22]。

[22] 東京高判平成８年10月17日判工所［２期］8491の177頁［Cosilan］、最判平成９年９月12日判工所［２期］8491の213頁［Cosilan 上告審］、東京高判平成８年10月17日判工

２．使用する権限を有しない者の使用は登録商標の使用に該当するか？

使用する権限を有しないことは、商標使用許諾契約による許諾範囲を超えて商標を使用することと、商標権者との間に何の契約関係も締結していなかったにもかかわらず登録商標を使用することの二つの場面を含む。前掲「康王事件」において、原告雲南滇虹会社が第三者昆明滇虹会社に対し「康王商標」の使用を許諾した行為は、正に原告滇虹会社と原商標権者康麗雅会社との使用許諾契約に違反しており、使用権限を有しない使用に該当するといえよう。北京市第一中級人民法院及び北京市高級人民法院も、使用する権限を有しない使用行為は商標権者の登録商標の使用に該当しないと認定した。

使用する権限のない者が商業活動において登録商標を使用する場合、商標の出所識別機能を発揮しうるものであるとはいえようが、識別されているのは商標権者の商品の出所というわけではない。このような使用を商標権者の使用と評価するとすれば、商標権者が登録商標を使用せず権利を寝かせることを認容し、登録制度によって登録商標を稀少な財として創設し、それをもって登録商標の識別機能を発揮させ、産業の発展を促進することに寄与するという商標法の立法目的を裏切ることになりかねない。くわえて、使用する権限を有しない者の使用を商標の使用と評価してしまうと、当該使用する権限のない者にとって予測できない損害がもたらされる可能性もある。理由は、使用する権限のない者が莫大な投資をし、実際の使用によって市場の信用を獲得したとしても、商標権者は使用する権限のない者の行為に対して依然として差止命令や損害賠償を請求しうるからである。

もっとも、前掲「康王事件」においてはなお検討すべき課題が残っている。それは、原商標権者康麗雅会社は康王商標の使用許諾の被許諾者である原告雲南滇虹会社が使用許諾契約に違反し第三者昆明滇虹会社に更に康王商標の使用を許諾したことを知りながら、異議を述べず、引き続き康王商標を原告雲南滇虹会社に移転したという事実に鑑みれば、第三者昆明滇虹会社が原告雲南滇虹会社から康王商標の使用許諾を受けて当該商標を使用したことが、はたして北京市第一中級

所[２期]8491の188頁[CosilaN]。

人民法院及び北京市高級人民法院が認定したような使用する権限を有しない使用に該当するといえるのかという問題である。商標権者との間に何の契約関係もなかったにもかかわらず、既に登録商標を無断で使用している者が不使用による取消審判制度を濫用し、自己の商標権侵害行為を正当化することを防ぐために、前掲「康王事件」のような特殊な事案においては、商標権者が実際の行為を通じて商標使用許諾契約の相手方である被許諾者が使用許諾契約に違反し第三者に対して更に登録商標の使用許諾をしたことを事実上追認した以上、第三者の登録商標の使用は商標権者の使用行為と見なされるべきであろう。その理由は、このような状況下においては、需要者は最初から実際に使用されている登録商標が商標権者のものであると認識するため、混同を生じないからである。

また、我が国の一部の学者は、不使用による取消審判の過程において商標権者が使用する権限のない者に使用許諾を締結することに同意した場合、商標局は使用する権限を有しない者の使用行為を商標権者の使用として認めるべきであり、もって登録商標を取り消さないよう取り扱うべきであることを真剣に検討している[23]。しかし、使用する権限を有しない者は、商標局に商標権者の登録商標に関する不使用による取消審判を提起することによって自己の行為を適法化することができる以上、論者が予想しているような状況が発生する可能性は極めて低いといわざるをえず、検討する価値があるかどうか疑問がある。たとえ百歩譲って、実際にそのようなケースが生起したとしても、登録商標を使用する権限のない者の使用行為はやはり商標権者の使用とは評価しえないと思われる。理由は、追認による使用許諾はあくまでも商標権者と使用する権限を有しない者との間の内部関係であり、需要者が、当初から、そのような事後に形成された内部関係に基づいて、登録商標を通じて登録商標が付された商品が誰に提供されたのか、商品に問題があった場合に誰に問い合わせるべきであるのかということを認識することは不可能だからである。このような状況において使用されていた登録商標は商標権者の指定商品の識別機能を発

[23] 马=郭・前掲注４・67－70頁。

揮しているとはいい難く、取り消されることを免れえないであろう。

3．商標を変形して使用することは登録商標の使用に該当するか？

登録商標の変形使用とは、登録商標の書体の改変及び登録商標の構成要素の改変の二つの場面を含む。いずれの改変も、需要者に登録商標に対する印象に関し、相応の変化を引き起こし、もって登録商標の出所識別機能に影響を与えるといえよう。商標が変形されて使用されている場合、それでもなお登録商標の使用といえるのか否かということについては、場面によって区別して検討すべきである。

第一の書体の改変については、商標権侵害の認定は登録商標の変形により大幅に左右される一方、不使用による取消審判において変形された登録商標は需要者にとって登録商標と同一のものとして認められ、登録商標と同一の出所識別機能を発揮すると評価することができるのであれば、既に使用される登録商標に蓄積されている信用を保護するために、変形された登録商標の使用行為を登録商標の使用行為であると評価すべきであろう。例えば、①文字の登録商標の書体のみを変更して使用すること。楷書や行書等の異なる書体、宋体と明朝体等の書体間の変換、繁体字と簡体字間の変換、横書きと縦書き間の変換、ローマ字の大文字と小文字間の変換、アラビア数字の大文字と小文字間の変換等が挙げられる。②文字の登録商標の漢字と漢字のピンインを変換するが称呼及び観念が変わらない使用（日本語の場合は、片仮名と平仮名間の変換や片仮名と平仮名とローマ字間の変換を含む）。③図形の登録商標の外観と同じ視覚効果を有する方法での商標の使用。④その他一般に需要者に登録商標の称呼、観念、意味、視覚効果等において同一のものであると認識される商標の使用。この点については、日本商標法第50条第1項に明示的な規定があるが、中国ではいまだに明文を欠く。もっとも、パリ条約第5条第C項(2)号にも「商標の所有者が一の同盟国において登録された際の形態における商標の識別性に影響を与えることなく構成部分に変更を加えてその商標を使用する場合には、その商標の登録の効力は失われず、また、その商標に対して与えられる保護は、縮減されない」との明文がある。

日本の裁判例で登録商標の使用と認められた例としては、以下のようなものを挙げることができる。登録商標「ROADMASTER」に対する「ROADMASTER TT100」（理由：TT100は商品の型番であり、しかも書体も登録商標と異なる）、登録商標「イネス」に対する「靴のイネス」、登録商標「アーバークロンビーアンドフィッチ」に対する「ABERCROMBIE AND FITCH」（理由：称呼は同一であり、社会通念上同一の商標と認められる）、登録商標「SHL」に対する「SHL-1BUC」、登録商標「LITTLEWORLD リトルワールド」に対する太字の「LITTLEWORLD リトルワールド」（理由：外観において若干の相違があるが、称呼・観念は共通である）、登録商標「めでたや」に対する「MEDETAYA」（理由：称呼・観念は同一である）、登録商標「DONドン」に対する太字の「DON」（理由：観念は同じである）、登録商標「和汉研究丽姿」に対する「和汉研究丽姿 LIQUID FOUNDATION（方形の囲み）」（理由：付加部分は出所識別力がないため、社会通念上の同一性は損なわれない）、登録商標「NETMARKS」に対する「NET」の語と「MARKS」の語を分けて上下二段に横書きしてなるもの等の使用態様がある[24]。

第二の登録商標の構成要素の改変は、登録商標が変形されたことにより、称呼、観念及び意味が変わってしまい、需要者に、変形された登録商標が登録商標と同一のものとは認識されなくなる場合をいう。もちろん変形された登録商標は出所識別機能を有するとはいえようが、登録商標が発揮するそれと全く異質のものとなるため、変形された登録商標の使用を登録商標の使用と評価することが許されなくなるといえよう。

日本の裁判例で、登録商標の使用と認められなかった例として以下のものが挙げられる。登録商標「MAGIC」に対する「ALOE/MAGIC」や「MAGIC COLOR」や「LIP MAGIC」（理由：使用された文字全体に識別力がある）、登録商標「VUITTON」に対する「LOUIS VUITTON」（理由：「VUITTON」の部分の独立性は完全に失われている）、登録商標「Colma コルマ」に対する「COLMAR コルマー」、登録商標「RIVA」

[24] 青木博通『デザインとブランドの保護（北海道大学平成18年度集中講義）』（講義録（非公刊）・2006年）212-213頁。

に対する「リバテープ」等の使用態様がある[25]。

中国商標法及び同法実施条例には登録商標を変形した後の使用が不使用による取消審判制度における商標の使用と評価できるかということに関する規定はない。しかし、1990年の陝西省工商局の疑義照会に対する国家商標局の回答において、登録商標である中国語の文字を改変した後の使用が商標の使用に該当するかということに関して言及がなされた。陝西省工商局が解釈を求めた質問のなかに、登録商標の「手書き」の書体に対する「印刷」の書体、登録商標の「楷書」の書体に対する「黒体」の書体、登録商標の「横並び」に対する「縦並び」（又は逆の場合）[26]の使用態様が、登録商標の使用と評価することができるのかというものが含まれていたのである。国家商標局の回答は以下のようなものであった。登録商標第896536号「维思通」、第353889号「吗丁啉」、第1206275号「妥泰」、第627498号「采乐」の登録情況及び添付された実際に使用されている標識に基づき、我が局は「维思通」、「吗丁啉」、「妥泰」の文字の表示は不使用による取消審判制度における商標の使用に該当しない一方、「采乐」の文字の表示は同制度における商標の使用に該当すると判断した。しかし、国家商標局のこのような答えには賛成しかねる。かかる四つの登録商標が実際に使用されている態様は、書体が若干変化しているものの、称呼や観念には何の変化もなく、需要者側から見ても登録商標の同一性を違えるものではないと思料される。これら四つのいずれもが不使用による取消審判制度における商標の使用に該当するというべきであろう。

[25] 青木・前掲注24・212-213頁。小野・前掲注8・426-432頁。

[26] かかる登録商標及び変形された登録商標の対照：

4．行政法規に違反した使用は登録商標の使用に該当するか？

行政法規に違反した使用とは、商標権者が行政法規に規定される必要な手続を確実にクリアしていないにもかかわらず、登録商標を指定商品の生産販売に使用する場合をいう。例えば、商標権者がかかる法律によって指定商品に必要とする生産許可証及び衛生許可証を取得していないが、登録商標を使用して指定商品を生産するというケースがその好例である。行政法規に違反した使用が登録商標の使用に該当するかという問題について、前掲「康王事件」において、北京市第一中級人民法院及び北京市高級人民法院は、ともに「許可証の番号の表示がかかる法律規定に違反したことに鑑みれば、違法の使用と評価されるべきものは、商標法の保護を受けることもできないというべき」ということを理由に、否定説を採用した。

このような見解は問題があると思われる。そもそも、北京市第一中級人民法院及び北京市高級人民法院はその理由を具体的に説明していないので、そこに強引さを感じないわけではない。中国商標法第6条及び同法実施条例第4条には、人用の薬品及び煙草の製品を市場で販売するために登録商標を使用しなくてはならないと規定されている以外、生産許可証や衛生許可証を取得していないにもかかわらず登録商標を指定商品に使用し生産経営を行うことに対する法律効果の規定はどこにも見当たらない。かかる行政法規によって、生産許可証や衛生許可証なしに生産販売活動が行われたとしても、当該生産業者に行政法規の責任を負わせれば足り、それ以上に登録商標を取り消されるという不利益まで負担させるべきではない。例えば、中国食品衛生法第40条の規定は、「本法の規定に違反し、衛生許可証を得ていないか、あるいは衛生許可証を偽造して、食品生産販売活動に従事する者に対しては、これを取り締まり、不法に得た利益を没収した上、不法に得た利益と同額もしくは5倍以下の罰金を科す；不法に得た利益がない場合は、500元以上、3万元以下の罰金を科す。衛生許可証の改ざん、貸し出しをした場合、衛生許可証を取り上げ、不法に得た利益を没収し、不法に得た利益と同額もしくは3倍以下の罰金を科す；不法に得た利益がない場合、500元以上、1万元以下の罰金を科す」とする。また、「中国工業製品生産許可証管理条例」第45条は「企業が本

法に基づき生産許可証を取得せず、独自に工業製品生産許可証制度を実施する製品リスト中の製品を生産販売した場合には、工業製品生産許可証の所轄官庁がその生産販売を停止し、違法生産の製品を没収すると共に、当該製品の金額と同額もしくは3倍以下の罰金を科する。違法所得があるものについては、当該違法所得を没収する。犯罪に該当するものについては、刑事責任を追及する」と規定されている。ゆえに、実務上むしろ重要となることは、商標権者が行政上の処罰を受ける期間が算入される結果、継続して3年間登録商標の不使用の状態に至るか否かという問題であろう。しかも、もっとも肝要なことは、登録商標が付された指定商品の生産販売が行政法規の規定に違反していたとしても、商標の使用が出所識別機能を確実に発揮したという事実自体はこれを否めないということである。そして、出所識別機能を発揮していた以上、産業の発達を促進するために、実際に使用されていた登録商標に蓄積された信用を保護する必要があるといえよう。よって、使用されている登録商標を維持するために、商標法違反の法律効果と生産許可法や衛生許可法等の行政法規違反の法律効果を区別し処理すべきである。

（四）法律により不使用と見なされる行為について

実務上、商標権者は商標法に係る知識を熟知した上で、不使用による取消審判で登録商標が取り消されることを免れるために、第三者が不使用取消審判を提起したことを知った途端、すぐ何らかの態様で実際に登録商標を使用し、商標法の規制を迂回するという行為に走る傾向が認められる。このような状況に対して、中国商標法には実効的な規制を見出すことはできないが、日本の商標法には明確な規定が存在する。日本商標法第50条第3項は「第1項の審判の請求前3月からその審判の請求の登録の日までの間に、日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれかがその請求に係る指定商品又は指定役務についての登録商標の使用をした場合であって、その登録商標の使用がその審判の請求がされることを知った後であることを請求人が証明したときは、その登録商標の使用は第1項に規定する登録商標の使用に該当しないものとする。ただし、その登録商標の使用をしたことについて正当な理由があることを被請求人が

明らかにしたときは、この限りでない」と規定している。本規定によって法律により不使用とみなされる行為といえるためには、以下の要件が必要である：①登録商標が審判請求人による審判の請求前3月からその審判の請求の登録の日までの間に使用されること。つまり、逆に言えば、不使用による取消審判の請求3月より前の使用行為は不使用とは評価されない。②商標の使用は被請求人が審判の請求がされることを知った後でなしたものであることを審判請求人が証明しなくてはならない。③商標の使用に正当な理由がないこと。正当な理由を列挙すると、例えば、明確な使用計画が提出されたり、登録商標のライセンスを交渉していたというような事情が示される場合、商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれかが主観的に第三者が不使用による取消審判を請求したことを知ったとしても、前述の期間内における使用は不使用とは評価されない。なぜこのように正当な理由の要件を緩和するのかというと、このような状況の下、商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれかの行為が商標の使用に該当するかについて、審判請求人が提出した審判の請求前3月からその審判の請求の登録の日までの間にかかる具体的な事実に基づき判断する必要性が認められたからである。

日本商標法がこのように規定する理由は、恐らく以下のようなものではないかと思われる。すなわち、取消審判を請求する者は長い間、実際に登録商標を使用しており、商標権侵害の窮地に追い込まれたくないものである。審判請求人の商品が実際に当該登録商標をもって出所識別機能を発揮しており、蓄積されてきた信用も審判請求人に帰属している反面、商標権者が審判請求人による取消しの請求があったことを知った後で登録商標を使用することによって登録商標の取消しを免れることが認められるとすれば、審判請求人の使用行為は侵害行為となる恐れがある。商標権者が侵害者の審判請求人に対し提起する差止め及び損害賠償の請求が裁判所に是認される可能性があることに鑑みれば、審判請求人は巨額の賠償金を負担するのみならず、他の商標に切り替え使用することを余儀なくされる。結局、登録商標の使用によって審判請求人が蓄積していた信用及び財産は消失してしまうばかりでなく、審判請求人の労力や投資により得られた信用や無体の財産がいともたやすく商標権者に乗っ取られることになってしまうであろう。このような状況は、実際に使用する者にとって不公平で

あり、商標権制度の趣旨目的にも合致しないといわざるをえない。

したがって、日本のような立法は中国が参考にすべきものであると思われる。

四．不使用による取消審判制度における他の問題

（一）不使用取消を免れる正当な理由についての解釈

登録商標が不使用により取り消されるためには、継続して3年間不使用という要件に加えて、不使用に正当な理由がないことが必要とされている。換言すれば、商標権者が登録商標の不使用に正当な理由を有する場合、たとえ継続して3年間不使用の事実があっても、商標評審委員会は当該登録商標を取り消すことができない。中国商標法実施条例第39条第2項に、商標権者のこの抗弁に関する規定が置かれている。

もっとも、正当な理由は何かということについて、同条例には具体的な規定がない。前掲「GNC事件」において、商標権者の江蘇省物資集団会社は、「中国保健食品管理弁法」によって、GNC商標を付される指定商品の「魚油の非医療用健康食品」が保健食品に属し、衛生部の審査を経てはじめて生産、販売することができるものなので、登録商標の不使用に正当な理由があると抗弁した。北京市高級人民法院は、「確かに『魚油の非医療用健康食品』を生産するために行政上の審査を受ける必要があると認めるが、しかし、江蘇省物資集団会社がかかる行政上の手続きを進めていた証拠を提出していない。ゆえに、当該会社が係争登録商標を使用することができないということに正当な理由があったいうことを認めることはできない」と判示した。よって、登録商標を付される指定商品の生産、販売に特有の行政手続を先行して履践する必要があることは、登録商標の不使用の正当な理由に該当するといえるのであろう。

また、管理体制の甘さが原因となる経営の悪化や破産・清算による登録商標の不使用に正当な理由があるといえるであろうか？前述したように、商標法に不使用による取消審判制度を設けるのは、商標権者が登録商標を実際に使用し生産販売活動に従事することによって登録商標の出所識別機能を発揮させることを促進し、もって産業の発展に寄与することを目的とする。商標権者が経営の悪化ないし破産・清算の窮地に追い込まれたということは、登録商標に蓄積されてきた信用が消失することを意味するのだから、それによって産業の発展を促進することを期待できない以上、商標権者の排他的な登録商標の使用を維持する理由を欠くといえよう。ゆえに、経営不振や破産・清算による登録商標の不使用は、正当な理由には当たらないと思われる[27]。

前掲の事由のほか、民法上の不可抗力、例えば、天災地変、突発性疾病、戦争、内乱、事故による入院、火事、傷害等の人の意思に左右されない客観的な事由が不使用取消しを免れる正当な理由に該当するということには特に問題はないであろう。

（二）継続して3年間不使用の期間の計算

中国商標法及び同法実施条例には3年間不使用の期間の計算について具体的な規定を欠くが、商標局は、審判請求人による審判の申請日を基準として3年を遡って計算することとしている。日本では商標法第50条第2項、商標登録令第2条に規定がある。これらの規定によって、継続して3年間不使用の3年間とは、審判請求の予告登録前3年と取り扱われている。よって、過去に3年ないし3年以上、不使用であったとしても、予告登録前3年内に使用されていれば、登録が取り消されることはない。その理由は、3年ないし3年以上不使用であった場合、登録商標に蓄積されていた信用が消失したり減衰したりするが、予告登録前3年内に商標権者は再び登録商標を使用し始めれば、失われたり衰えた信用といえども登録商標への蓄積が再開すると考えられているからであろう。また、審判請求人が登録商標が3年ないし3年以上使用されていない間に取消審判を提起していない以上、その期間において当該登録商標は審判請求人に支障を来さないと解すべきである。よって、取消審判の予告登録3年前の不使用の事実をもって審判請求人の請求を認めるわけにはいかないであろう。

また、登録商標が移転されたり使用許諾が設定されたりする場合、継続して3年間不使用の期間は如何に計算するかということについて議論がある。日本の商標法の専門家である小野昌延氏は、「不使用の期間が譲受人又は使用権者との関係で新たに起算されるものではなく、正当な理由の

[27] 田村・前掲注6・31頁。小野・前掲注8・432-433頁。

有無の判断に当たっては、当該譲渡又は許諾後の事情のみならず、それ以前の不使用の事実ないし状況も考慮されるべきであるとされる」と述べている[28]。東京高等裁判所も同じ見解を採っていた[29]。前述したように、登録商標の移転及び使用許諾がともに需要者と無縁である契約関係者の間の内部関係に止まる場合、それをもって登録商標は商品の出所識別機能を発揮したとはいえないことは改めて指摘するまでもない。もし移転や使用許諾前後の期間を合算するのでなくそれぞれ別個独立に計算するとしたら、登録商標の不使用の許容期間を延長してしまう事態に至りかねない。例えば、商標権者甲は２年半程度登録商標を使用していなかったとしても、当該登録商標を乙に移転したり使用許諾を設定し、その後、乙も２年半程度登録商標を使用していないというような事例を想定した場合、移転や使用許諾前後の期間を別個独立に計算する見解を採用してしまうと、当該登録商標は結局５年もの長きにわたって使用されていないにもかかわらず、第三者に取り消されることを免れることになる。これは明らかに不使用による取消審判制度の立法目的に違反したものといわざるをえない。

（三）中国商標法による主管機関による是正命令は不使用取消審判の前置措置であるか

中国の不使用による取消審判制度の実務を見てみると、商標局が審判請求人の請求を受理した後、直ちに登録商標を維持するか取り消す審決に至る傾向が強い。審決の結論が取り消すべきというものであったとしても、商標局はその前に商標権者に期間を設けて是正命令を出すというような前置措置を全く考慮にいれていないように見える[30]。数多くの学者が商標

[28] 小野・前掲注８・423頁。

[29] 東京高判昭和56年11月25日無体集13巻２号903頁［GOLDWELL 一審］。

[30] 例えば前掲「康王事件」、「GNC 事件」のほか、「小马驹事件」、「爱多收ATONIK 商標事件」、「红鲤鱼事件」、「神鹰商標事件」、「接堂商標事件」もこのような立場に立っている。裁判所も商標局の審決を支持するか棄却するかを判断するに止まるので、期間を設けて是正命令を発することを考慮に入れていないように思われる。「小马驹事件」については、2001年21月１日商评字（2001）第159号文（第753570号「小马驹」商標復審確定終局審決を取り消す）とhttp://www.marketbook.net/qtlxsbal/

局のこのような運用を厳しく批判し、商標局は私権である商標権の保護をあまりにも軽視していると主張している[31]。しかしながら、筆者は商標局の運用に賛成する意を表したい。理由は以下のとおりである。

まず、中国商標法によると、商標局が期間を定めて商標権者に是正命令を発した後で取り消すのではなく、直ちに登録商標を取り消したとしても、そのような運用が商標権法及び同法実施条例に違反するとは言い難い。同法第44条には、「登録商標の使用で、次の各号の行為の一がある時は、商標局は期間を定めて改正を命じ又はその登録商標を取り消す」と規定されてはいるが、そこでは「期間を定めて改正を命じること」は「登録商標の取消し」の前提でなければならないというように規定されているわけではない。換言すれば、「期間を定めて改正を命じること」と「登録商標の取消し」はともに選択肢の一つでしかないと解することができる。ゆえに、たとえ商標局がいきなり「登録商標の取消し」を選択したとしても、法律に違反して審決を下したとは言い難いのである。ちなみに、同法実施条例第39条第２項に基づいても、商標局の運用は非難されるものではなく、適法であると解される。

次に、「期間を定めて改正を命じること」を「登録商標の取消し」の前提とすると、不使用による取消審判制度の機能を果たすことができなくなる恐れがある。第三者が取消審判を請求し、そして商標局も登録商標の不使用を認めたところ、商標局が期間を定めて商標権者に対し改正を命じなくてはならないとする解釈を採用した場合、商標権者は定められた期間において、さまざまな使用によって不使用による取消しを容易に免れること

155802553.htm（2009年２月14日訪問）を参照。「爱多收 ATONIK 事件」については、北京市第一中級人民法院行政判決書（2006）一中行初字第594号を参照。「红鲤鱼事件」については、「停用多年的商标他人能随意“捡”用吗」http://www.100tm.com/news/1702.htm（2009年２月12日訪問）を参照。「神鹰商標事件」及び「接堂商標事件」については、http://www.smenn.com.cn/Pages/NewsOne.aspx?guid=d93cdc38-7c65-4976-935f-bc9bc3f69f09&ListName=%E6%96%B0%E9%97%BB%E9%A2%91%E9%81%93（2009年２月10日訪問）を参照。

[31] 例えば、李明德教授、刘春田教授はこのような見解を採っている。「康王商标３年不使用撤销案引发学术界解读」http://news.sina.com.cn/o/2007-10-30/144612812922s.shtml（2009年６月24日訪問）を参照。

ができることになろう。このような帰結が容認されるとしたならば、なぜ商標法に不使用による取消審判制度を設ける必要があるのか、その意義が問われなければならない。「期間を定めて改正を命じること」を「登録商標の取消し」の前置措置として理解する場合には、不使用による取消審判制度の趣旨を根本から覆す恐れがあるというべきであり、採用し難い見解であるといわざるをえない。

もちろん、無用な議論を避けるためには、立法論としては、我が国の商標法第44条にある「期間を定めて改正を命じ又は」を削除する必要があり、もって商標局や関係者に明確な指針を与えるべきであるといえよう。

［付記］本稿を完成させるに当たって、北海道大学大学院法学研究科グローバルCOE洪振豪研究員、劉曉倩研究員、華中科技大学法学院08級院生付丽莎さん、09級院生许清さんのご協力を頂いた。洪振豪研究員と劉曉倩研究員には日本側の裁判例を整理して頂いたのみならず、特に日本商標法第50条の理解について筆者と激しい議論を交わす機会を頂いた。本文のような理解に至ったのも、お二人との討論に負うところが大きい。また、付丽莎さんと许清さんには中国側の裁判例を整理するとともに、文章及び脚注を校正して頂いた。心からお礼を申し上げたい。

また、北海道大学大学院法学研究科グローバルCOEの拠点リーダーである田村善之教授が、本論文の内容について公開の場で議論する機会を設けて下さったことに感謝の気持ちを表したい。2009年6月20日に北海道大学で開かれた知的財産法研究会で、田村教授は多くの貴重な見解を提供し、筆者に本文の数多くの見解の一層の修正と補完を促してくれた。本文の全体の見解がより統合的なものとなっているとすれば、田村教授のご示唆に負うところが大きい。