

商標的使用論の射程

——商標法 26 条 1 項 6 号および不使用取消審判における解釈を中心として——

齋藤 崇^(*)

商標法 26 条 1 項 6 号は、商標的使用論について規定されているが、その射程については解釈上の問題がある。というのも、6 号の文言の書きぶりや読みかたのためか、その射程を超えたかたちで、商標的使用が肯定されることもありうるからである。

かりにそうだとすると、商標的使用論を明文化したとされる 6 号でさえも、商標的使用論の枠組みの 1 つでしかない、という考えかたも生じ、商標的使用論という理論そのものが、依然として生きていることになる。

くわえて、商標的使用論が適用されるのは、何も侵害場面だけに限定されるものではなく、不使用取消審判における商標の「使用」の意義の解釈も含まれよう。

以上のようなことに鑑み、本稿が目的とするところは、侵害場面における 6 号の射程、さらに、不使用取消審判における商標の「使用」の解釈を通じて、商標的使用論の射程という、商標法の基礎理論への枠組みの一端を示すことにある。

目次

- I. はじめに
- II. 商標の使用と商標的使用
- III. 商標法 26 条 1 項 6 号と商標的使用論
 - 1. 商標法 26 条 1 項 6 号の解釈に関する問題
 - 2. 商標法 26 条 1 項 6 号創設前の裁判例の概観
 - 3. 考察
- IV. 不使用取消審判と商標的使用論
 - 1. 不使用取消審判の立法趣旨
 - 2. 不使用取消審判における商標の「使用」に関する問題
 - (1) 商標的使用必要説
 - ① 裁判例の概観
 - ② 学説の概観
 - ③ 小括
 - (2) 商標的使用不要説
 - ① 裁判例の概観
 - ② 学説の概観
 - ③ 小括
 - 3. 考察
- V. おわりに

I. はじめに

「商標は、使用されることに意味がある。ただし、その使用は、商標的使用だという必要性がある。」——この命題は、商標法の基礎理論的な要素を含んでおり、商標法をめぐる議論において、ある意味、古典的なものであり、現在進行的なものである。

商標法が本当に保護しようとしているものは何か、という商標法の基礎理論に関する考察をしていくとき、冒頭の解釈が必要となってくると考えられる。もっとも、商標法において使用が肝要だということは、明白なことであろう。

商標法の基本理念としては、商標法は、商標の機能を保護する法律であると解されており、そのうち、出所識別機能のみをその直接の保護客体としていると考えられる。広告宣伝機能は、いわば後づけの機能ではないため、商標法の直接の保護客体たりうるものではないし、品質保証機能も、出所識別機能から離れて独立した保護客体となるのだとはいえないように思われる⁽¹⁾。

そうだとすると、商標保護の本質は、出所識別機能の保護にあると解され、商標法全体の構造もそうなっているのだといえようし、商標の使用時においても、

(*) 日本大学法学部国際知的財産研究所研究員、洗足学園音楽大学音楽学部非常勤講師

(1) 参照、拙稿「品質保証機能は商標法の直接の保護客体たりうるのか」日本大学大学院法学研究年報第 48 号(2018 年)260 頁以下。ほかには、たとえば、参照、田村善之「商標法の保護法益」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編「新商標法の論点」53 頁以下(商事法務, 2007 年)。反対に、品質保証機能も出所識別機能から独立して、単独でも商標法の直接の保護客体たりうるのだとする旨の見解については、たとえば、参照、土肥一史「商標法の研究」24 頁以下(中央経済社, 2016 年)。

それが当然の前提となっているのだと解される。

商標法全体をみてみると、商標の「使用」に関する規定⁽²⁾はいくつかあるが、それらのうち、問題となるのは、2条3項にいう使用の定義、26条1項にいう使用、さらに、50条にいう使用、であろう。というのも、商標法において商標の「使用」をいう場合、その「使用」は、2条3項にいう使用なのか、あるいは、商標としての使用、すなわち、商標的使用なのか、という問題が存在しているからである。

商標保護の本質が、出所識別機能の保護にあるのだとするならば、商標の「使用」も出所識別機能をはたす商標の「使用」だと解すべきであろう。それゆえに、本稿でいうところの商標的使用論とは、出所識別機能をはたす態様で使用されていない商標の場合、商標権侵害が否定される理論をいう、と定義づけることができる。

このように、上記が、いわゆる商標的使用論だということができようが、この商標的使用論は、平成26年商標法一部改正により、商標権の権利行使に対する抗弁事由として、商標法26条1項のなかに、「…需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標」は、商標権の効力が制限されるのだとして、商標法26条1項6号(以下、単に「6号」と表記した場合は、商標法26条1項6号をさすものとする。)の明文化がなされた。6号の創設前は、商標的使用というのは、後述するいくつもの裁判例の累積によって示されてきたものであり、商標権侵害の成否を決するための、いわば隠れた要件であったとされている。

さて、この6号の存在により、商標的使用論をめぐる議論は、収束に向かったと思われたのだが、商標的使用論に鑑みると、6号の射程については解釈上の問題が残ってしまった。というのも、後述するように、6号の文言の書きぶりやその読みかたのためか、その射程を超えたかたちで、商標的使用が肯定されることもありうるからである⁽³⁾。したがって、商標的使用論に関する法律上の手当ては済んだことになるが、理論上は、

すなわち、商標的使用論においてはまだともいえない。

かりにそうだとすると、商標的使用論を明文化したとされる6号でさえも、商標的使用論の枠組みの1つでしかない、という考えかたも生じてくる。この考えかたを前提とするならば、商標的使用論という理論そのものが、依然として生きていることになる。

くわえて、商標の「使用」をする、ということは、出所識別機能をはたすように使用しなければならないと考えられるので、商標的使用論が適用されるのは、何も侵害場面だけに限定されるものではなかろう。したがって、そこには、おのずと、不使用取消審判における商標の「使用」の意義の解釈も含まれよう。

以上のようなことに鑑み、本稿が目的とするところは、侵害場面における6号の射程、さらに、不使用取消審判における商標の「使用」の解釈を通じて、商標的使用論の射程という、商標法の基礎理論への枠組みの一端を示すことにある。つまり、商標法の解釈の平仄を合わせる、という目的がある。というのも、商標保護の本質に鑑みれば、商標の使用といえども、出所識別機能をはたす使用態様でなされていることが必要だと考えているからである。

II. 商標の使用と商標的使用

冒頭で述べたように、商標は、使用されることに意味があるわけであり、商標法もそのことを意識している。たとえば、2条1項において、商標とは、標章のうち、業として商品や役務について使用をするものをいう、という旨の定義規定が置かれており、さらに、2条3項において、その商標の使用態様についての各々の定義規定が置かれており、さらに、3条1項柱書において、商標出願時の登録要件として使用の意思の要件が置かれていたりする。とりあえず、これらだけをみても、商標法において商標の使用というのは、重要なものだということが分かる。

また、商標法は、商標登録を受けるための商標出願

(2) たとえば、商標登録の積極的要件を規定している3条において、3条1項1号から6号までに該当する商標については、商標登録を受けることができるための要件を欠くが、これらのうち、3号から5号までに該当するような商標であったとしても、3条2項において、「…使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる。」と規定されている。3条2項でも「使用」がでてくるが、ここでいう「使用」について、特許庁編「工業所有権法(産業財産権法)逐条解説」1402頁(発明推進協会、第20版、2017年)では、「本項2項は、いわゆる使用による特別顕著性の発生の規定である。…1項各号に掲げる商標は自他商品又は自他役務の識別力がないものとされて商標登録を受けられないのであるが、3号から5号までのものは特定の者が長年その業務に係る商品又は役務について使用した結果、その商標がその商品又は役務と密接に結びついて出所表示機能をもつに至ることが経験的に認められるので、このような場合には特別顕著性が発生したと考えて商標登録をしようことにしたのである。」と説明されており、したがって、3条2項にいう「使用」の場合は、商標的使用が前提となることがうかがえる。

(3) 田村善之「不使用取消審判における商標的使用」日本商標協会誌第84号(2016年)32—33頁。

の際に、出願人に対して、当該商標を自己の業務に係る商品や役務について使用するのだという意思、つまり、使用の意思(3条1項柱書)を要求している。これは、わが国商標法が、登録主義をとっているためである。そのため、商標出願時においては、当該商標が現に使用されている必要はなく、将来に使用する意思があればたりるとされている⁽⁴⁾。もっとも、商標登録後において使用されない場合は、後述する不使用取消審判によって、当該商標登録が取消されたりもする。

ところで、商標は、2条3項に規定されている使用態様によって、単に使用されていればよいのかというと、そういうわけではない。というのも、冒頭で述べたように、その使用は、商標的使用だという必要性が存在しているからである。

先にも述べたように、商標的使用は、換言すると、商標としての使用のことをさす。たとえば、この商標的使用について示された初期の裁判例である、ポパイ・アンダーシャツ事件⁽⁵⁾では、つぎのような一般論を述べている。

「…『本来の商標』は、これにより自己の営業に係る商品を他の商品と区別するための『目じるし』として、すなわち、自他商品を識別することを直接の目的として商品に附されるものである。『本来の商標』の経済的機能として、出所表示機能のほか、品質保証機能、広告宣伝機能があることは一般に認められている。

したがって、商標法における商標の保護とは、『本来の商標』が指定商品について商品の出所表示等の機能等を発揮するのを違法に妨害する行為から法的に保護することを意味する。…けだし、登録商標の機能と関わり合いがない使用態様のものは、特別の事情がない限り、登録商標の正当な権利行使、すなわち、出所表示、広告、品質保証等の本来の商標の経済的機能⁽⁶⁾の発揮に不当な影響を及ぼすことはないと思われ、この行為についてまで権利侵害を認めることは、実質的理由なく不必要に権利者を保護する弊害をもたらす反面、一般人は不当に自由を奪われることになり、公正な競争秩序を維持するゆえんではないからである。」

したがって、先に定義づけをした、商標的使用論とは、出所識別機能をはたす態様で使用されていない商標の場合、商標権侵害が否定される理論をいう、という理解は妥当するものだといえよう。

Ⅲ. 商標法 26 条 1 項 6 号と商標的使用論

1. 商標法 26 条 1 項 6 号の解釈に関する問題

先に述べたように、商標的使用論というのは、侵害場面において、その成否を決するための肝要な要件とされてきたわけであり、それを踏まえうえて、平成 26 年商標法一部改正時に、26 条 1 項 6 号として明文化された、という経緯がある。

26 条 1 項では、商標権の効力が及ばない範囲、換言すれば、商標権の効力の制限についての規定がされており、このうち、6 号についてみると、「前各号に掲げるもののほか、需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標」については、商標権の効力が制限されると規定されている。

6 号の立法趣旨は、「自他商品等の識別機能を発揮する形での商標の使用、いわゆる『商標の使用』ではない商標の使用については商標権侵害を構成しないものとする裁判例の積重ねを明文化するため、6 号を新設し、『需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標』に対しては商標権の効力が及ばないこととした。」⁽⁷⁾と説明されている。また、平成 26 年商標法一部改正の際に 6 号が創設されたのは、「…『新しいタイプの商標』を保護対象としたことに伴い、これまで以上に商標権者が本来保護すべき範囲を超えて過大な権利主張を行うことが予想されることから、そのような権利主張を未然に防ぎ、その権利の制約を受ける者の利益を保護するために本号が設けられたものと解される。」⁽⁸⁾とも説明されている。

6 号を解釈するにあたり、その文言にあるように、「前各号に掲げるもののほか」とあるので、26 条 1 項 1 号から 5 号までを適用することができる事案について

(4) 参照、特許庁編・前掲註(2)1397頁。

(5) 大阪地判昭和 51・2・24 無体裁集 8 卷 1 号 102 頁、判時 828 号 69 頁、判タ 341 号 294 頁。

(6) ちなみに、本事件では、商標法の保護客体として、出所識別機能だけでなく、品質保証機能や広告宣伝機能[等]も、本来の商標の経済的機能として認められてはいるが、そうだとすると、本事件は、あくまでも、出所識別機能が害されているのかどうか、に係るものでしかない。

(7) 特許庁編・前掲註(2)1507頁、また、小野昌延=三山峻司編『新・注解商標法【上巻】』867頁(青林書院、2016年)(田倉整=高田修治執筆箇所)も同旨である。

(8) 小野ほか編・前掲註(7)867頁(田倉整=高田修治執筆箇所)。

は、まずは、それらの適用について判断し、前各号に該当しないものに対しては6号の適用を検討する、というかたちになっている。したがって、6号は、商標的使用についての総括的な規定であると解するのが自然であるといえよう⁽⁹⁾。

また、6号も、商標法の保護客体である商標の機能の観点からは、出所識別機能をはたす態様により使用されていない商標、といいかえることができよう。商標的使用論が明文化されたものが6号であるので、とりあえず、このような理解で妥当すると考えられる。

さらに、6号を解釈するにあたっては、立法によって商標的使用論の実質的な内容が変化することはあってはならず、しかも、このことが、平成26年商標法一部改正後の商標的使用論をめぐる解釈において最も留意すべきものだとする旨、指摘されている⁽¹⁰⁾。実際のところ、このことは、6号の立法趣旨から感得することもできるし、また、6号の立案経緯からしても、そうなのであろう。

このように、6号は、商標的使用がなされていない商標、すなわち、いわば商標法の保護に値しない商標が具現化されたものであるため、それゆえに、その存在自体は、明確に首肯することができよう。

ちなみに、かつて6号の創設前では、商標法上に商標的使用についての法律上の根拠がないことを問題視していたのか、「…商標的使用、自他商品識別力がないことを理由として商標権の効力を制限する判決例の事案は、その多くが商標法26条1項の適用、類推適用が可能な事案については、敢えて商標的使用の有無、自他商品識別力がない使用態様という曖昧な判断基準によるべきではなく、商標法26条1項の適用により商標権の効力が及ばないとすべきではないか」と考える⁽¹¹⁾として、商標的使用論の射程を狭めるという旨の見解もあった。もっとも、この見解は、当時、商標法上に商標的使用についての法律上の根拠(現在の26条1項6号)がなかったためになされたものだと推察されようが、ともあれ、6号の創設により解決されたとみてよからう。

ところで、問題とされるのは、6号の書きぶりやその読みかたにも依拠するところがあるのだが、6号が商標の使用というものをすべてをカバーしているのか、ということ、どうやらそうだとはいえないことであろう。というのも、6号の創設前の裁判例においては、その判示内容を6号と照らし合せてみると、その射程からはずれてしまうものもあると考えられるからである。すなわち、6号でいうところの、「…需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標」という文言についてみてみると、需要者が何人かの業務に係る商品・役務であることを識別することができる商標の使用態様にもかかわらず、商標の使用だと判断されなかった事案も存在するからである。

そこで、以下では、関連する従前の商標的使用に係る裁判例を紹介したのちに、6号の射程について検討する。

2. 商標法26条1項6号創設前の裁判例の概観

さて、先に述べたように、6号の創設前において商標的使用というのは、裁判例の累積によって示されてきたものであるから、ここでは、当該裁判例について紹介する。

・巨峰事件⁽¹²⁾

被申請人製造販売に係る包装用容器に被告標章を使用したことについて、「…各段ボール箱を、右ぶどう『巨峰』の生産者にその出荷用の包装用容器として販売するため製造しているものであつて、本件各段ボール箱に前記認定の如く表示されている『巨峰』、『KYOHU』等の文字は、その内容物たるぶどう巨峰を表示する目的のもとに印刷したものであると認められる。即ち、これらの文字は、被申請人の取扱う商品たる段ボール箱(包装用容器)の出所を表示し、あるいはその出所の判定を混乱させる目的をもつて表示されたものではないことが明らかである。」

(9) ちなみに、金井重彦＝鈴木将文＝松嶋隆弘編『商標法コメンタール』418頁(レクシスネクシス・ジャパン、2015年)〔西村雅子執筆箇所〕では、「従来、商標的使用ではないと判断された事例でも、2号等の記述の商標と判断できる場合もあり、本号が明定されたことによって、本号の適用に当たっては1号ないし5号該当と区別されるというよりは、重複して適用されるとみられる。」との見解を述べているが、しかし、あくまでも、6号は、1号から5号までの総括的な規定であるので、その他の1号から6号までとは区別して適用すべきものであって、何も重複適用などということ念頭に置いた考えかたによるものではないことに留意すべきであろう。

(10) 金子敏哉『商標の使用と商標法26条1項6号——法改正の経緯と平成26年改正後の裁判例検討を中心に——』別冊パテント第70第11号(2017年)61頁。

(11) 美勢克彦『商標権侵害訴訟における商標権の効力の及ぶ範囲について——商標法26条1項1～3号の解釈を中心として——』牧野利秋＝飯村敏明＝三村量一＝末吉互＝大野聖二編『知的財産法の理論と実務——第3巻(商標法・不正競争防止法)』(新日本法規出版、2007年)73頁。

(12) 福岡地飯塚支判昭和46・9・17無体裁集3巻2号317頁、判タ274号342頁。

・ポパイ・アンダーシャツ事件⁽¹³⁾

被告の製造販売に係るアンダーシャツに被告標章を使用したことについて、「…前記漫画に関する図柄、文字等をアンダーシャツの胸部などの中央に大きく表示するのは、商標としての機能を強力に発揮せしめるためではなく、需要者が右表示の図柄が嗜好ないし趣味感に合うことを期待しその商品の購買意欲を喚起させることを目的とすると解すべき」である。

・テレビまんが事件⁽¹⁴⁾

被告販売に係るカルタの容器の蓋や絵札、字札に被告標章を使用したことについて、「…被告販売に係るカルタが、周知の昔話『一休さん』のうち現にテレビ放送により放映されているテレビ漫画映画『一休さん』を基にして作られたものであり、絵札に表される登場人物のキャラクター等が右テレビ漫画映画に由来するものであることを表示するにすぎないものといわなければならない。したがって、自他商品の識別標識としての機能を果たす態様で使用されているとは認められない。」

・POS 事件⁽¹⁵⁾

「POS」とは、「Problem oriented system」（問題志向システム）の略語であるところ、被告書籍の題号として被告標章を使用したことについて、「…被告書籍の内容を示すために被告書籍の表紙に表示されているものであって、出版社である被告の商品であることを識別させるための商標として被告書籍に付されたものではないことが認められる。…被告標章は、…単に書籍の内容を示す題号として被告書籍に表示されているものであって、出所表示機能を有しない態様で被告書籍に表示されているものというべきである」

・UNDER THE SUN 事件⁽¹⁶⁾

CD のアルバムタイトル(題号)として、被告標章を使用したことについて、「…本件 CD に使用されている被告標章は、編集著作物である本件アルバムに収録されている複数の音楽の集合体を表示するものにすぎず、有体物である本件 CD の出所たる製造、発売元を

表示するものではなく、自己の業務に係る商品と他人の業務に係る商品とを識別する標識としての機能を果たしていない態様で使用されているものと認められる。」

・オールウェイズ事件⁽¹⁷⁾

被告製品の清涼飲料の缶上に、被告標章を使用したことについて、「…コカ・コーラの缶上に記載された本件欧文字表記及び本件カタカナ表記を見た一般顧客は、専ら、ザ・コカ・コーラ・カンパニーがグループとして実施している、販売促進のためのキャンペーンの一環であるキャッチフレーズの一部であると認識するものと解される。したがって、本件欧文字表記及び本件カタカナ表記は、いずれも商品特定機能ないし出所を表示する機能を果たす態様で用いられているものとはいえない」

・ブラザー事件⁽¹⁸⁾

原告製造に係るファクシミリに使用するためのインクリボンに被告が製造販売するにあたって、その外箱に、「For brother」や「ブラザー用」と被告標章を使用したことについて、「…当該機器類と消耗品との適合関係が限定されているような場合に、ユーザーが誤って自己の使用する機器類に適合しない消耗品を購入することがないように、商品の外箱等に適合機種を表示することが通常行われており、消費者も、そのようなことを十分に認識し、消耗品購入の際の参考としている。また、被告商品は、原告の製造に係るファクシミリの特定の機種のみ使用できるインクリボンであって、被告が、インクリボンを販売するに当たっては、消費者が、他社製のファクシミリに使用する目的で当該インクリボンを誤って購入することがないように注意を喚起することが不可欠であり、そのような目的に照らすならば、被告標章の表示は、ごく通常の表記態様であると解される。」、 「…被告が被告製品において前記認定の態様で被告標章を用いた行為は、被告標章を、被告製品の自他商品識別機能ないしは出所表示機能を有する態様で使用する行為、すなわち商標としての使用行為であると解することはできない。」

(13) 大阪地判昭和 51・2・24 無体裁集 8 卷 1 号 102 頁、判時 828 号 69 頁、判タ 341 号 294 頁。

(14) 東京地判昭和 55・7・11 無体裁集 12 卷 2 号 304 頁、判時 977 号 92 頁。

(15) 東京地判昭和 63・9・16 無体裁集 20 卷 3 号 444 頁、判時 1292 号 142 頁、判タ 684 号 227 頁。

(16) 東京地判平成 7・2・22 知的裁集 27 卷 1 号 109 頁、判時 1526 号 141 頁、判タ 881 号 265 頁。

(17) 東京地判平成 10・7・22 知的裁集 30 卷 3 号 456 頁、判時 1651 号 130 頁、判タ 984 号 252 頁。

(18) 東京地判平成 16・6・23 判時 1872 号 109 頁、判タ 1164 号 264 頁。

・黒烏龍茶事件⁽¹⁹⁾

被告らが自己の商品の宣伝を行うにあたり、被告らの商品のほうが優れていることを示すために、原告の商品に付された本件登録商標を使用したことについて、「…被告オールライフサービスによる本件各登録商標の使用は、比較の対象である原告商品を示し、その宣伝内容を説明するための記述的表示であって、自他商品の識別機能を果たす態様で使用されたものではないというべきであり、商標として使用されたものとは認められない。」

したがって、これらの裁判例によって示されてきたように、商標の使用とはいえども、その使用につき、巨峰事件やテレビまんが事件のような商品の内容物等の表示としての使用⁽²⁰⁾、ポパイ・アンダーシャツ事件のような装飾的・意匠としての使用⁽²¹⁾、POS事件やunder the sun事件のような著作物の題号としての使用⁽²²⁾、オールウェイズ事件のようなキャッチフレーズとしての使用⁽²³⁾、ブラザー事件のような他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用⁽²⁴⁾、および黒烏龍茶事件のような比較広告としての使用などは、商標的使用が否定されるものとして判断されてきていることがうかがえよう。

3. 考察

さて、6号の射程については、商標的使用論との関係において、どのようなことがいえるのであろうか。

かねてより、商標的使用論というのは、侵害場面においてその侵害の成否を決する肝要な要件とされてきた。それは、形式的に2条3項にいう商標の使用をもって商標権侵害の成否を判断してしまうと、その範囲がいたずらに拡大してしまうおそれがあったためであろう。このことは、6号の立法趣旨や、商標的使用論に係る多くの裁判例、たとえば、先にとりあげたような、ポパイ・アンダーシャツ事件において、一般論として触れられていることから、その理由を感得することができるであろう。

そこで、平成26年商標法一部改正時に、これまでの商標的使用論に関する多くの裁判例の累積を踏まえ

て、商標権の効力の制限について規定している26条1項に、1号から5号までの総括的な規定として、6号が創設されるにいたっている。すなわち、商標的使用ではない使用態様の商標に対しては、商標権の効力が及ばない、ということである。いずれにせよ、6号の存在を首肯することができるのは、商標法が保護すべき商標というものが、商標法上、明確になったことにほかならない。

したがって、従前までの裁判例に鑑みると、6号の文言が表彰しているように、「…需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標」として、従前までの裁判例の多くは、この6号の文言どおりにあてはめて解釈することができよう。現在であれば、基本的には、出所識別機能を果たさない使用態様だとして、6号該当性が肯定され、6号は有効に作用することとなるだろう。

ところで、同様に商標的使用ではないとして判断されてきた裁判例のなかには、6号の文言どおりにあてはめて解釈することができないものもある。というのも、6号の文言どおりでは、商標的使用だと判断されてしまい、6号の射程外になってしまうものもあると考えられるからである。たとえば、先にとりあげた裁判例のうち、ブラザー事件のような「他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用」の場合や、黒烏龍茶事件のような「比較広告としての使用」の場合が、まさにこれに該当するとされる⁽²⁵⁾。もっとも、この2つの裁判例も、6号の創設前に商標的使用ではないと判断されてきた、ほかの裁判例と同様に、商標的使用論を用いて商標権侵害が否定されていることに違いはない。

ただ、この2つの事例について特徴的なことは、6号の文言と照らし合わせてみると、その文言の解釈との齟齬が生じてしまっている、ということである。というのも、他人の登録商標につき、当該商標と同一・類似の標章を使用するものとして、「他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用」や「比較広告としての使用」は、需要者にしてみれば、6号にいう「…何人かの業務に係る商品又は役務であることを

(19) 東京地判平成20・12・26判時2032号11頁、判タ1293号254頁。ちなみに、本事件は、不正競争防止法2条1項1号・2号・14号の判断に係るものでもある。

(20) このほか、たとえば、東京地判昭和62・8・28無体裁集19巻2号277頁、判時1247号125頁(通行手形事件)などがある。

(21) このほか、たとえば、東京地判昭和51・10・20判タ353号245頁(清水次郎長事件)などがある。

(22) このほか、たとえば、東京地判平成21・11・12裁判所ウェブサイト(朝バナナ事件)などがある。

(23) このほか、たとえば、東京地判平成22・11・25判時2111号122頁、判タ1396号293頁(塾なのに家庭教師事件)などがある。

(24) このほか、たとえば、東京地判平成13・1・22判時1738号107頁、判タ1053号261頁(タカラ本みりん入り事件)などがある。

(25) 参照、たとえば、金子・前掲註(10)55—56頁。

認識することができる態様により使用されていない商標」ではなく、当該商標が付された商品・役務につき、実際のところ、その出所を識別すること自体はできているのではないかと考えられるものだからである⁽²⁶⁾。そうだとすると、商標の使用につき、出所を識別することができるにもかかわらず、商標的使用ではない、すなわち、出所識別機能をはたす使用態様ではないとして、商標権侵害が否定されてきたものもあるのだということの意味する。

まず、ブラザー事件のような「他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用」の場合、問題とされる商品(インクリボン)自体が、本体装置(ファクシミリ)の存在が前提とされており、これがあるがゆえに、はじめて消耗品として成り立つものとなる。したがって、このような商品・役務の場合は、そもそも、消耗品として使用されるべき本体装置の存在を前提としている以上、本体装置自体も何らかのかたちで指示的表示をする必要性がでてくる⁽²⁷⁾。この点については、ブラザー事件においても、需要者が、他社製のファクシミリについて使用するためのインクリボンを誤って購入することがないように、「For brother」や「ブラザー用」として表示しているにしかすぎず、また、そもそも、消耗品であるインクリボン自体が、本体装置であるファクシミリに係る商標権者のものではない、と認識することができるのだといえよう。

したがって、「他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用」の場合、出所識別機能を害するものではないから、商標的使用ではないとして、商標権侵害が否定されることとなる。

それゆえに、6号の射程との関係でいうならば、自他商品・役務についての出所を識別すること自体はできているのだけれども、その使用態様が指示的なものにしかすぎず、そのことをもっては出所識別機能をはたす使用態様とはいえない、と考えられるので、「他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用」に対しては、解釈上、6号は適用されないと解するのが妥当であろう。

つぎに、黒烏龍茶事件のような「比較広告としての使用」の場合、そもそも、「比較」という行為自体が、

自己と他人の商品・役務を区別し対比させることによって成り立つものであるから⁽²⁸⁾、これによって自己の商品・役務の宣伝内容(とくに、本事件のように、自己の商品・役務の優位性についての場合があげられよう)を説明するために、他人の商標を記述的表示として比較して使用しているにすぎない。そうだとすると、単に商品・役務の優位性などをさし示すために、比較広告として他人の商標を使用していたとしても、比較された商品・役務の出所について、需要者が混同を生じる可能性があるわけではない。これも、商品・役務自体の出所の識別自体はできているのだけれども、比較広告は、あくまでも、他人の商標を用いることによって比較をするという、記述的表示をしているにすぎないので、そのことをもっては出所識別機能をはたす使用態様とはいえない。

したがって、「比較広告としての使用」の場合、出所識別機能を害するものではないから、商標的使用ではないとして、商標権侵害が否定されることとなる。

それゆえに、6号の射程との関係でいうならば、自他商品・役務についての出所を識別すること自体はできているのだけれども、その使用態様が比較広告としての場合、出所識別機能をはたす使用態様とはならない、と考えられるので、「他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用」の場合と同様に、「比較広告としての使用」に対しても、解釈上、6号は適用されないと解するのが妥当であろう。

以上のように、商標権者の登録商標につき、「他人の商品・役務との適合関係に係るものとしての使用」の場合や、「比較広告としての使用」の場合、これらは出所識別機能をはたす使用態様ではあるものの、当該標章に接した需要者が混同を生じないものであるため、そもそも、出所識別機能を害する行為ではないので、これらの行為に対しては6号が及ばないのだと解される。翻ってみれば、出所の識別ができていない商標の使用態様であっても、その使用態様によっては、商標的使用論が及ぶのだとの理解もできよう。

したがって、上記のような理解のもとでは、6号は商標的使用論について明文化されたものであり、これによって、法律上の手当ては済んだことはたしかなの

(26) 田村・前掲註(3)32頁では、「…商標が出所識別機能を果たしているのだけれども、その果たしている先が物理的に付されている商品等以外のものである場合についても、今まで商標的使用の法理が活用されていたわけです。」との見解を述べている。ちなみに、同文献の同頁では、巨峰事件のような場合も該当しうるとする旨、述べている。

(27) 古城春実「補修部品・消耗品に用いる表示と商標の『使用』…ポンプ部品事件とインクリボン事件から」別冊パテント第62巻第4号通巻第705号(第62巻別冊第1号)(2009年)178頁。

(28) 古城春実「商標の識別力の利用と比較広告——2つの事例から——」別冊パテント第64巻第5号通巻733号(第64巻別冊第5号)(2011年)150頁。

であろうが、かりにそうだととしても、商標的使用論そのものは、依然として生き続けていると考えられる。それゆえに、6号は、商標的使用論の枠組みの1つでしかないようにも思われる。

さて、6号と商標的使用論の関係は、先に述べてきたようなものであると考えられ、したがって、侵害場面において商標的使用論がはたす役割は、これまでと同様に大きいと考えられるが、商標的使用論との関係において、もう1つ検討すべきものが、以下において述べていく、不使用取消審判における商標の「使用」についてである。すなわち、不使用取消審判においても商標的使用論が妥当するかどうか、である。

IV. 不使用取消審判と商標的使用論

1. 不使用取消審判の立法趣旨

登録されても、不使用のままの商標では、そもそも、商標に対する信用が蓄積するわけでもなく、また、商標使用者の選択の幅を狭めてしまうことになる。このような不使用のままの商標は、登録主義をとっており、商標出願時に使用の意思(3条1項柱書)を要求しつつも、現に当該商標を使用していることを要求しているわけではない、わが国商標法に反するものとなる。

したがって、そのような商標は、かりに3条(積極的登録要件)および4条(消極的登録要件)という、商標登録の要件を具えているものとして登録が認められたとしても、何ら資するものとならない。

そこで、その際に用いられるのが、不使用取消審判(50条)である。この不使用取消審判では、一定期間(3年間)不使用の商標については、請求により商標登録が取消されうる旨、規定されており、くわえて、商標登録の目的あるいは期待に反し、使用されていない登録商標を整理することにより、商標制度の目的を発揮することができるようにすることをねらって設けられたものとされている⁽²⁹⁾。

不使用取消審判の立法趣旨は、「…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るから、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と考え、他方、そのような不使用の登録商標に対して排他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こととなるから、請求をまってこのような商標登録を取り消そうというのである。いいかえれば、本来使用をしているからこそ保護を受けられるのであり、使用をしなくなれば取り消されてもやむを得ないというのである。」⁽³⁰⁾と説明されている⁽³¹⁾。

したがって、このように、商標法には不使用取消審判が設けられており⁽³²⁾、事後的ではあるものの、使用されずにいる商標を、放置というかたちではなく、そもそも商標登録自体を取消するというかたちで対処している。冒頭でも述べたことだが、商標というものは、使用されることに意味がある以上、不使用のままの商標は取消されてもやむをえない。

さて、不使用取消審判をめぐる問題では、読んで字のごとく、登録商標の「不使用」に対する取消審判であるため、不使用取消審判における商標の「使用」についても、議論が二分化している。すなわち、その「使用」が、2条3項にいう使用でたりするのか、それとも、商標的使用でなければならないのか、という、侵害場面と同様の問題である。

そこで、以下では、不使用取消審判における商標の「使用」をめぐる裁判例や学説を紹介したのちに、この問題について検討する。

2. 不使用取消審判における商標の「使用」に関する問題

(1) 商標的使用必要説

① 裁判例の概観⁽³³⁾

まず、ここでは、不使用取消審判における商標の「使用」につき、その「使用」が、商標的使用だという必要があるとする裁判例について紹介する。

(29) 小野昌延＝三山峻司編『新・注解商標法【下巻】』1415頁(青林書院、2016年)〔後藤晴男＝平山啓子執筆箇所〕。

(30) 特許庁編・前掲註(2)1596頁。

(31) 東京高判昭和56・11・25無体裁集13巻903頁[GOLDWELL事件]、東京高判平成5・11・30判時1488号144頁、知的裁集25巻3号601頁[VUITTON事件]などの説示においても、同旨を述べている。

(32) 不使用取消審判は、ほかの工業所有権法(産業財産権法)には存在しない、商標法独自の審判制度である。商標法は、商標の「使用」を要求しているもので、これは当然の制度であろう。

(33) このほか、本文でとりあげているもののほかに、東京高判平成13・2・28判時1749号138頁[DALE CARNEGIE事件]、知財高判平成25・9・25裁判所ウェブサイト[グラム事件]なども、不使用取消審判における商標の「使用」につき、商標的使用が必要とする旨で示唆や判断がなされている。

・ A to Z 事件⁽³⁴⁾

「…原告が主張するように、絵はがきの商品価値が専ら裏面の絵あるいは写真の価値に依拠することは明らかであって、絵はがきの取引者、需要者は、専らその裏面に注目して絵はがきの商品としての価値を決定し選択することは自明の事実であるから、その際に、表面の微細な印刷文字に考慮を払うことはほとんどないと考えざるをえない。そうすると、取引者、需要者が絵はがきを商品として購入するかどうかの選択をする場合、裏面の絵あるいは写真の余白に付されている文字は、取引者、需要者にその商品の出所を表示するものと認識され得るといふべきである。…

のみならず、そもそも商品に付された1つの標章が、商品流通の過程において常に1つの機能しか果たしえないと考えるべき理由はないから、商品が著作物の複製物であり、かつ、著作者の名称がそのまま商標とされている場合に、商品に付された1つの標章が、著作物の著作者を示すと同時に、商品の製造者・販売者等を示す商標の使用でもあると解することは、何ら背理といえない。したがって、…絵はがきの裏面に表示されている『A to Z』という標章が、同面に印刷されている写真の著作権者の名称と一致するとしても、その標章が、同時に、自他商品を識別させるために付されている商標でもあると解することには、何らの妨げもないと考えるのが相当である。』

・ がんばれ！ニッポン！事件⁽³⁵⁾

「本件標章は、被告が、…『オリンピック・キャンペーン事業』、『選手強化キャンペーン事業』等について使用してきたものであり、また『オリンピック選手強化事業キャンペーン』を表す標章として、被告の許諾を受けた多数の協賛企業により、長年にわたり継続して全国的に使用されてきたものであって、平成16年当時、既に国民の間に広く周知されていたことが認められる。このような本件標章の長期にわたる継続的な使用の実績、その周知著名性からすれば、需要者ないし一般国民は、本件標章が被告の事業を表す標章であり、これを使用している企業はオリンピックに協賛しているものと認識するということができるから、本

件標章は、オリンピックに協賛している企業に係る役務を表す商標として、出所識別機能を有するものといふべきである。』

・ DEEPSEA 事件⁽³⁶⁾

「…『DEEPSEA』については、…需要者において、水深200メートルの深海においても使用できる耐水性を有するとの機能を表示するものと理解し得る可能性があるが、一方、『DEEPSEA』の語は、深い水深の場所でも使用できる腕時計の品質を表示する語として一般的に使用されているものではないこと(当事者間に争いが無い。)などからすると、この『DEEPSEA』の表示については、『深海』の意味を示す用語として、需要者において、テレビ番組等においても目にする機会がめったにない深海や深い海の神秘的なイメージをも与えていると理解することができ、このことは、需要者に対して、これが付された腕時計である原告商品の自他の識別標識としての機能をも果たしているものであって、『DEEPSEA』の表示は、原告商品に自他商品の識別標識としての機能を果たす態様で用いるものとして付されているといふことができる。』

・ ヨーロピアン事件⁽³⁷⁾

「…『ヨーロピアン』との標章は、コーヒーあるいはコーヒー豆に使用されている場合は、ほかに強い自他商品識別機能を有する商標と併用されているときには、単なる品質を表示するものとして使用されていると解される場合が多いものの、本件包装袋における『ヨーロピアン コーヒー』の二段書き標章のように、他の自他商品識別機能の強い商標と併用されることなく、単独で使用され、かつ、他の文字に比べると大きく、商品の目立つ位置に表示され、さらに[R]記号が付されて表示されているときには、それ程強いものではないけれども、一応自他商品識別機能を有する商標として使用されているものと認められる。』

・ ベガス事件⁽³⁸⁾

「…本件折込チラシ1には、『ベガス発寒店ファンのお客様へ』と記載されている部分が認められ、この部

(34) 東京高判平成8・12・19知的裁集28巻4号856頁、判時1594号140頁。

(35) 知財高判平成18・1・31裁判所ウェブサイト。

(36) 知財高判平成21・10・8判時2066号116頁、判タ1328号216頁。

(37) 知財高判平成27・9・30裁判所ウェブサイト。

(38) 知財高判平成29・12・25裁判所ウェブサイト。ちなみに、本事件は、主として不使用取消審判における商標の同一性についての判断なのだが、判示内容に鑑みると、不使用取消審判における商標の「使用」は、商標的使用だという必要があるとする旨、感得しうるところがあるので、ここで紹介している。

分には本件文字部分(ベガス)が使用されており、本件文字部分は本件商標と同一のものと認められる。他方、本件折込チラシ1の下部には、登録商標であることを示す[R]の文字を付した『ベガスベガス[R]』という文字が大きく付されているほか、『VEGAS VEGAS』、『ベガスベガス発寒店』という文字も併せて記載されている。

これらの事実関係によれば、本件折込チラシ1に接した需要者は、同チラシにおいて、パチンコ、スロットマシンなどの娯楽施設の提供という役務に係る出所を示す文字は、同チラシにおいて多用されている『ベガスベガス』又は『VRGAS VEGAS』であって、一箇所だけで用いられた本件文字部分は、店内改装のため一時休業する店舗の名称を一部省略した略称を表示したものにすぎず、本件折込チラシ1に係る上記役務の出所自体を示すものではないと理解するのが自然である。]

② 学説の概観

ここでは、上記と同様に、不使用取消審判における商標の「使用」につき、その「使用」が、商標的使用だという必要があるとする学説について紹介する。

「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いければ、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。」⁽³⁹⁾

「…商標法上の保護対象は商標の使用によって形成された信用であるので、したがって、不使用取消審判という『使用』は信用が形成されるような使用、すなわち識別標識としての機能を果たしうる使用(商標的使用)であることが前提となっている。」⁽⁴⁰⁾

「…侵害事案において、商標法26条1項6号が創設されたことで『商標としての使用』が必要な根拠があるが、不使用取消の場合は『商標としての使用』を必要とする条文が存在しないことから、商標法2条3項の使

用でありさえすればよいのとの見解がある。しかしながら、商標法26条1項6号が創設される前から、侵害事案において『商標としての使用』がされていることが必要であることに争いはなかったことから、商標法上での明文の有無が決定的な根拠にはならない。また、不使用取消審判においてだけ、商標の本質的な機能や商標権が生じた基礎を無視していいことにはならない。さらに、識別力があることにより登録されることで商標権が発生するのであり、出所を識別する機能を発揮していないなか、商標権を存続させる意味はない。

商標法50条における使用について、商標の本質的な機能、すなわち出所について識別表示を發揮しているか否かでの判断がされるべきである。」⁽⁴¹⁾

「不使用取消審判における商標の『使用』に関し商標的不要説を採用した場合、商標権の存続期間中、ずっと識別標識ではない態様で使用されている商標を、使用証明制度を廃止した更新後も含めれば、何十年の間、我が国商標制度の下で保護すべきとする理由は何であろうか。」⁽⁴²⁾

③ 小括

このように、不使用取消審判における商標の「使用」につき、商標的使用必要説の立場である裁判例や学説では、商標保護の本質が、出所識別機能の保護にあるのだから、商標の「使用」についてのものである以上、その「使用」は商標的使用だという必要があるとするという旨、感得することができる。

したがって、商標的使用必要説の立場に依拠する場合、侵害場面するときであっても、不使用取消審判のときであっても、そこにおける商標の「使用」は、商標保護の本質に鑑み、商標的使用で足並みを揃えるべきだという旨の見解となる。

(2) 商標的使用不要説

① 裁判例の概観

つぎに、ここでは反対に、不使用取消審判における商標の「使用」につき、その「使用」が、商標的使用ではなくともよいとする裁判例について紹介する。

(39) 田村善之『商標法概説』28頁(弘文堂、第2版、2000年)。また、田村・前掲註(3)34頁も、同旨を述べている。

(40) 小川宗一「判批」知財管理第66巻第1号(2016年)1491頁。ちなみに、本評釈は、アイライト事件についてのものである。

(41) 足立勝「商標法50条と商標としての使用——商標法26条1項6号創設に伴う検討——」別冊パテント第70巻第11号通巻第824号(2017年)89頁。

(42) 外川英明「不使用取消審判と商標の使用——知財高判平成28年9月14日LE MANS事件を中心に——」日本大学知財ジャーナル Vol.10(2017年)55頁。

・POLA 事件⁽⁴³⁾

「…本件使用標章が本件商標と同一の範囲に属する標章と理解できる以上、…本件商標の指定商品である『果実』を収納した箱に、本件使用標章を付した紙帯を掛けて顧客に配送する行為が、商標法第 50 条第 2 項所定の『指定商品についての登録商標の使用』に該当することは明らかである。

この点について、原告は、『被告らが主張するような態様で使用される本件使用標章は、商品の彼比識別など商標の本質的機能を全く果たしておらず、識別標識ではないから、登録商標をその指定商品に使用するものといえない』と主張する。

なるほど、商標権の侵害の成否を論ずるときは、第三者による登録商標の使用が識別標識としての使用でなければ登録商標の本質的機能は何ら損なわれないのであるから、商標権の侵害が成立するためには第三者が登録商標を識別標識として使用したことを要するといえる。

しかしながら、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。」

・アイライト事件⁽⁴⁴⁾

「商標法 50 条の主な趣旨は、登録された商標には、その使用の有無にかかわらず、排他独占的な権利が発生することから、長期間にわたり全く使用されていない登録商標を存続させることは、当該商標に係る権利者以外の者の商標選択の余地を狭め、国民一般の利益を不当に侵害するという弊害を招くおそれがあるので、一定期間使用されていない登録商標の商標登録を取り消すことについて審判を請求することができるというものである。

上記趣旨に鑑みれば、商標法 50 条所定の『使用』は、当該商標がその指定商品又は指定役務について何らかの態様で使用されていれば足り、出所表示機能を果たす態様に限定されるものではないというべきである。」

・LE MANS 事件⁽⁴⁵⁾

「…商標法 50 条の主な趣旨は、登録された商標には、その使用の有無にかかわらず、排他独占的な権利が発生することから、長期間にわたり全く使用されていない登録商標を存続させることは、当該商標に係る権利者以外の者の商標選択の余地を狭め、国民一般の利益を不当に侵害するという弊害を招くおそれがあるので、一定期間使用されていない登録商標の商標登録を取り消すことについて審判を請求することができるというものである。

上記趣旨に鑑みれば、商標法 50 条所定の『使用』は、当該商標がその指定商品又は指定役務について何らかの態様で使用(商標法 2 条 3 項各号)されていれば足り、出所表示機能を果たす態様に限定されるものではないというべきである。」

② 学説の概観

ここでは、上記と同様に、不使用取消審判における商標の「使用」につき、その「使用」が、商標的使用ではなくともよいとする学説について紹介する。

「…不使用取消や更新登録の場合にも同じ考え方によらなければならないとする必然的な理由は存在しない。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場所である。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え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は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る。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

(43) 東京高判平成 3・2・28 知的裁集 23 巻 1 号 163 頁, 判時 1389 号 128 頁。

(44) 知財高判平成 27・11・26 判時 2296 号 116 頁。

(45) 知財高判平成 28・9・14 裁判所ウェブサイト。

商標法の目的に沿うものではなからうか。』⁽⁴⁶⁾

「…取消を免れる目的で名目的に商標を使用するような場合は将来的にも登録商標にグッドウィルが化体する可能性がないとして取消され、また、適法な使用で無いような場合にも使用に該当しないとして取消されるというような場合はあるとしても、原則としては、50条における『使用』は、出所表示機能を発揮するような使用であるかは問わず、商標法2条3項の文言通りの使用で足りると考えるべきではないであろうか。』⁽⁴⁷⁾

「不使用取消審判制度は、不使用登録商標の累積という登録主義の弊害を取り除く制度であって、その趣旨からすれば、全く使用されていない登録商標の登録を取り消せばその趣旨は達成される。この場合、登録商標の使用について出所表示機能性まで求める必要はなく、その使用によっては商標権者の信用が蓄積されないとしても、自己責任の問題と捉えるべきである。』⁽⁴⁸⁾

「商標の不使用を事由とする商標登録取消しの制度の存在理由、すなわち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いう理由に鑑みても、商標法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いれば十分であって、識別標識としての使用(すなわち、商品の彼此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ない理由は、考えられない。』⁽⁴⁹⁾

③ 小括

このように、不使用取消審判における商標の「使用」につき、商標的使用不要説の立場である裁判例や学説では、侵害場面の場合と不使用取消審判の場合とを、その場合の目的に応じて峻別することによって、商標的使用が不要だとしているようである。

したがって、商標的使用不要説の立場に依拠する場合、侵害場面における商標の使用と不使用取消審判に

おける商標の使用では、その「使用」の意味合いを個別に解釈すべきだという旨の見解となる。

しかし、そうとはいえども、商標的使用不要説の立場の見解では、裁判例にせよ、学説にせよ、なぜ商標的使用ではなくてもよいのか、ということに対する明確な根拠は何なのか、について示されているとはいいがたい。不使用取消審判の立法趣旨に着目しているものもあるが、そこから検討するのは、商標的使用必要説の立場の場合であっても同様である。むしろ、立法趣旨に鑑みると、商標的使用が前提とされているようにも感得されることを、つぎにおいてみることにする。

3. 考察

先にとりあげてきたように、不使用取消審判における商標の「使用」については、侵害場面とは異なり、その見解は、商標的使用必要説と商標的使用不要説として裁判例や学説ともに分かれている。いずれの見解が、商標法のあるべき姿として正鵠を得ている、と考えられるものなのであろうか。

まず、前提として、先にとりあげてきた裁判例や学説に基づく、不使用取消審判における商標の「使用」をめぐる裁判例や学説の議論については、近時では、アイライト事件やLE MANS事件も登場してきているため、いささか拮抗してはいるものの、いまなお商標的使用必要説の立場が通説であるといえよう。

つぎに、不使用取消審判の立法趣旨や商標保護の本質に鑑みると、不使用取消審判における商標の「使用」というのも、やはり商標の使用が前提となつていて考えざるをえないであろう。したがって、侵害場面ではなく、不使用取消審判だとはいえども、商標法上、その際の「使用」は、商標的使用が念頭に置かれているのだと思われる。

もともと、6号が創設されてからも、6号の射程が、この不使用取消審判にまで及ぶのかどうか、については、商標的使用論の解釈に委ねられるとされてきたが、あくまでも、6号の射程は、侵害場面における抗弁事由にとどまるであろう⁽⁵⁰⁾。したがって、6号は、商標法の構造上、商標権の効力のみを制限しているものだと解するほかない。ちなみに、商標的使用論が明文化された6号とはいえども、商標的使用論の枠組みのな

(46) 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」三宅正雄先生喜寿記念論文集刊行会『特許争訟の諸問題 三宅正雄先生喜寿記念』451頁(発明協会、1986年)。

(47) 中村仁「商標法50条における商標の使用」別冊特許第62巻第4号通巻第705号(第62巻別冊第1号)(2009年)145頁。

(48) 工藤莞司「商標法の構造と出所表示機能の保護(下)——実務的視点を中心として——」法学会雑誌49巻2号(2009年)389頁。

(49) 高部真規子「実務詳説 商標関係訴訟」270頁(金融財政事情研究会、2015年)。

(50) 田村・前掲註(3)33頁、大塚理彦「不使用取消審判における使用の意義」特許第70巻第9号通巻822号(2017年)76頁。

かの1つでしかないことは、すでに述べたところである。

したがって、商標法の保護客体、すなわち、商標の機能という観点に立ち返り、これまで侵害場面において、商標的使用論が用いられてきたことに鑑みると、不使用取消審判であっても、商標法の保護客体である商標の機能についてのこととの平仄を合わせるべきであろう。というのも、商標法が本当に保護しようとしているものが、商標的使用でなされた商標だと考えられるからである。このような理解のもとにおいて、商標的使用論は、不使用取消審判にも及ぶものだと考えられるため、このような理解が、不使用取消審判における商標の「使用」について、正鵠を得ているものだと考えられる。

つまり、商標法が、その保護客体としているものは、商標の機能であり、その使用は、商標の使用という出所識別機能をはたす使用態様だという必要があるのだから、不使用取消審判における商標の「使用」であっても、その考えかたに対する違いがあってはならない、ということとなろう。

ちなみに、近時の知財高裁判決であり、不使用取消審判における商標の「使用」について、商標的使用不要説の立場をとっている、アイライト事件とLE MANS事件のいずれも、知財高裁第4部のもとで判示されたものである。ただし、不使用取消審判に係る近時の知財高裁の判断が、商標的使用不要説の立場であるのかということ、そうではない。というのも、先にとりあげた、ヨーロッパ事件とベガス事件は、知財高裁第4部ではなく第1部のもとで判示されたものであり、そのうえ、商標的使用必要説の立場をとっているからである。したがって、不使用取消審判における商標の「使用」の解釈については、知財高裁各部の判断の足並みが揃っているとはいえない点に留意すべきである⁽⁵¹⁾。いずれにせよ、この点も踏まえるとするならば、かりに不使用取消審判を請求されたとしても、無用な争いを避けるためには、商標の「使用」について、出所識別機能をはたす使用態様、すなわち、商標的使用で行っておくことが肝要だということは、心に刻んでおくべきであろう⁽⁵²⁾。

V. おわりに

商標の使用論は、商標法の基礎理論に係るものとして、古くから議論の対象となってきた重要なものであり、いまなお議論が絶えないものである。

6号の射程によって示される画定範囲は、商標法が本当に保護しようとする「商標」そのものを具現化しているのだということである。というのも、商標法は、商標の機能のうち、出所識別機能のみをその直接の保護客体としているのだといえようが、さらにいうならば、商標的使用で使用がなされている商標のみを保護しているのであろう、と考えられるからである。

ただし、6号の書きぶりでは、その読みかたによって、かりに出所識別機能をはたしていたとしても、なおそれでも商標的使用ではないとして、商標権侵害が否定されるような場合もありえたわけである。これは、そのような使用だとしても、最終的に出所識別機能が害されているのでなければ、商標権侵害を否定するという、商標的使用論の考えかたが形成されているからなのであろう。

したがって、これまで述べてきたように、6号という商標的使用論が明文化された規定をもって、それは、商標的使用論の枠組みの1つでしかなく、結局のところ、6号の射程は、すべての商標的使用を含んでいるわけではない、ということとなろう。もっとも、6号の存在によって、これまでの商標的使用論を限定的に解釈しなければならない理由があるわけではない⁽⁵³⁾。

ともあれ、6号が、商標法が本当に保護しようとしている商標を具現化しているのだとしても、そのことは、あくまでも、侵害場面のみの場合の話であり、6号の射程は、当然のことながら、不使用取消審判に対して及ぶものではない。

そうだからこそ、不使用取消審判においても、再度、商標的使用論が登場してくる。6号そのものの射程は、不使用取消審判に対して及ぶわけではないが、商標的使用という考えかた自体は、不使用取消審判にも及ぶものだと考えられる。不使用取消審判における商標の「使用」についても、そこに商標的使用が要求されるといえるのは、商標法が本当に保護すべきものは何か、について考えてみるならば、当然のこととなろう。

(51) この点について、外川・前掲註(42)51頁では、「…知財高裁が商標的使用不要説に立つと判断するのは時期尚早である。」「商標的使用必要説と不要説に関し、知的財産高等裁判所においては、未だに統一の立場は示されていないといえる。」と述べている。

(52) この点について、小川・前掲註(40)1492—1493頁でも、同様の示唆がなされている。

(53) 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 Vol.49(2017年)260頁。

したがって、不使用取消審判にしてみても、この意味において、依然として商標的使用論は及んでくるのだといえよう。

商標法は、商標の機能を保護、さらにいうならば、出所識別機能を保護することによって、商標使用者の業務上の信用の維持を図り、もって取引秩序の維持を成し遂げようとするを目的としている法律なのだから(1条)、商標の機能のうち、商標法が直接の保護客体とする出所識別機能について、それをはたさない使用態様の商標を排除せしめる商標的使用論、換言すれば、それをはたす使用態様の商標のみを保護する商標的使用論というのは、いまなお資するものとなろう。

要するに、そのような「商標」が、商標法が本当に保護しようとしている「商標」なのであろう、と考えられるからである。