

第3章

不使用商標に関する研究

第1節 研究内容の要約

日本と中国は共に、権利の安定化や明確化等のために登録主義を採用しており、一定の登録要件を満たせば商標登録される。登録主義では、商標が使用されなくても商標登録され得るので、不使用の登録商標が存在することになる。この不使用の登録商標の存在により、第三者が新たな商標を選択する上で自由度が制約を受けるなど社会的な弊害が生じる。特に、中国では毎年200万から300万件もの商標が出願され、有効登録件数は1,000万件以上あるものの、その半数以上が使用されていない登録商標ともいわれ、非常に深刻な問題となっている。

不使用の登録商標の対策として、日本と中国では共に不使用の登録商標の取消制度が設けられている。また、取消制度以外の対策として、日本では、商標登録出願時に指定商品役務が8類似群以上の場合、審査において使用意思を確認しており、商標の使用意思確認を厳格化している。また中国では、商標権者が損害賠償を請求する際に、直近3年間における登録商標の使用証拠の提出が義務付けられている。

このような背景において、本研究では、不使用の登録商標に関する現行の制度について改めて振り返ると共に、現行の制度について今後検討すべきことや、導入を今後検討すべき新しい制度等について提案する。

まず、中国で問題となっている不使用の登録商標は、他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しない登録商標、全く使用する意思のない商標を意図的に出願し登録する登録商標、及びかつて使用した（使用意思あった場合も含む）ことはあるが継続して3年以上使用しなくなった登録商標、の三つに整理できる。そこで、それぞれの不使用の登録商標に対応した措置を講じるべきと考える。

他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しない登録商標については、信義誠実の原則に従って、出願する商標が自らの商標であって他人のものではないこと等を表明することを、出願人に求めるべきである。全く使用する意思のない商標を意図的に出願し登録する登録商標については、出願人が使用している事実に関する証拠を提出した後に、商標局が登録を許可して登録証書を交付すべきである。かつて使用したことあるが継続して3年以上使用しなくなった登録商標については、従来の不使用登録商標の取消制度と、登録商標が不使用であれば損害賠償請求ができない制度に加えて、登録商標の更新時において使用の事実に関する証拠の提出を要求すべきである。

また、日中と同様に登録主義を採用しているドイツでは、登録商標の使用を強制する制度が整っている。例えば、異議申立てや無効審判において、もし商標権者が先に商標登録したことを理由として、商標登録機関に後に請求された登録の取下げを請求した場合、あるいは登録した後で商標の無効を請求した場合、後の請求人または後の登録者は、先の登録者が5年以上不使用であったことに対する抗弁ができる。そこで、日中両国の商標法でもドイツの関連する制度を導入する必要がある。

ここで、「商標の不使用」に関する論題は最終的に「商標の使用」に関する研究に落ち着くことになり、「商標の使用」の認定基準は研究における核心となる。総じて言えば、ただ商標を維持することだけを目的とした象徴的な使用を行ってはならず、商標の持つ効力が発揮されるよう使用しなければならない。また、具体的に「商標の使用」を認定する際は、民事訴訟での要求は行政手続よりやや高いものにする事で、各制度間の協調が取れ、円滑な運用が可能となる。

一方、日本の不使用登録商標の取消制度については、これまで何度か改正がなされており、特に証明責任の所在をめぐって何度も変遷してきた。今後は、証明責任を含めた制度の運用に関する細目の改革が検討されるべきではないかと思われる。特に、この制度の各要件がどのように解釈されるか、とりわ

け、被請求人による標章の使用と指定商品・指定役務との関係、その使用の態様、登録商標と使用された標章との同一性、外国事業者による使用の場合の考え方などについて、日本では裁判例が蓄積されている。そうした解釈を日中間で比較し、必要に応じて調整していくことは、大きな意味があると考えられる。

また、取消制度以外の制度が不使用商標の登録を抑制したり、その弊害を限定したりするという点にも、日中両国で注意を払う必要がある。日本において、2009 年から出願時に「使用の意思」の厳格な確認を行うようになっており、それ以降、不使用商標の登録取消請求の件数が減少しつつあるように見えることは注目されてよいであろう。

第2節 中国の制度現状から

I. 登録商標不使用に関する問題の研究

中国社会科学院 知識産権センター 李 明德 教授

1. 商標登録制度と登録商標の不使用

商標は、商品又は役務の標識として使用するもので、商品又は役務の出所を示す役割を果たすことができる。漢字の「商標」の語には、「商業」において使用する「標識」との意味がある。英語の「trademark」には、「trade」における「mark」との意味がある。このように、商業活動において使用するもの、若しくは商品又は役務に関連するものに係る標識のみを、商標と言うことができる。こうした商標が、関連の国家主管部門に登録された場合は、「登録商標」として保護を受けることができる。一方、商標の登録を出願していない場合、又は関連の国家主管部門に登録されていない場合は、未登録商標として、反不正競争法の保護を受けることができる。

「商標」の概念によれば、登録された商標であっても、商業活動に使用する商標、又は商品もしくは役務に関連する商標でなければならない。ある商標が登録された後に全く使用されなければ、国の登録関連システムから排除されなければならない。ある商標がある程度の期間使用された後、関係する経済主体が商業活動における使用を停止した場合も、国の登録関連システムから排除すべきである。これは、この2つの状況においては、「登録商標」はもはや「商標」とは言えず、そこに提供される「登録の保護」も意義を失っているからである。まさにこの意味から言えば、「登録商標の不使用」は商標登録制度に伴う問題である。

歴史的な発展から見ると、商標登録制度の誕生前にも、商標は既にその他の法律で保護されていた。その点については、イギリスではかつて、不法行為 (tort)、又はその中の詐称禁止に関する規則によって商標を保護していた。例えば、イギリスの裁判所は1618年のある判例で、ある服地業者が別の服地業者の商標を不正に使用したことは、原告の商標の営業上の信用に損害を与えただけでなく、商業上の詐称行為にも当たると判断している¹。商業上の詐称を禁止するという理由で、商標及びそれに関する権利を保護することは、英米法系における商標保護制度のはっきりした特徴でもある。まさに詐称を禁止する法的規則を基に、イギリスの裁判所はやがて商業標識の不正使用 (パッシングオフ、passing off) の禁止に関する法律、すなわちイギリスの不正競争防止法に発展させた。1875年になると、イギリスの議会は不正使用に関する法律を基に、更に商標登録法を制定した。同じく英米法系に属する米国は、独立後、イギリスの詐称禁止に関する法的規則及び商業標識の不正使用に関する規則を受け入れ、商業標識及びそれに関する権利を保護した。それが米国の各州及び連邦における不正競争防止法である。同様に、米国の多くの州における「商標登録法」及びその後の連邦商標登録法である「ランハム法」も、商標の不正使用に関する法律及び不正競争防止法を基に制定されたものである。

ヨーロッパ大陸では、フランスが、1803年の「刑法」では、他人の商標の不正使用は公文書偽造に当たり、不正使用者は苦役に処する旨が規定されている²。これは、刑事的制裁という手段で商標及びそれ

¹ Southern v. How (1816), see Cornish & Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 6th edition, p 606, footnote 17, 2007.

² フランス共和暦11年芽月25日法。黄暉『商標法』7頁(法律出版社、2004年)参照。

に関する権利を保護するものである。1804年の「フランス民法典」では、1382条に、他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであってもすべて、過失によって損害をもたらした者に、当該他人に対する賠償の責任を負わせる旨が規定されている³。これは、不法行為に関する一般的規定である。フランスの裁判所は、まさにこのような不法行為責任に関する一般的規定に基づき、商標及びそれに関する権利を保護している。その後、フランスの議会はこの規定に基づき、更にフランスの登録商標法及び不正競争防止法を制定した。同じ頃、フランスのほか、ドイツ、スイス、スペイン等のヨーロッパ諸国でも、不法行為に関する法律に基づき、商標及びそれに関する権利を保護していた。

不法行為責任に関する法律及び不正競争防止法で商標を保護する状況（英米法系）においても、或いは刑法及び不法行為責任に関する法律で商標を保護する状況（大陸法系）においても、登録商標の不使用又は商標の不使用の問題は明らかに存在しない。これは、全ての「商標」が、商業活動で使用される「商標」だからである。ある商標がかつて使用され、その後使用を停止した場合は、商標とはならない。それに対し、他人に模倣される商標であれ、不正に使用される商標であれ、商業活動において使用されている商標である。また一方で、商標の所有者が模倣又は不正使用を制止する訴訟を起こす場合は、その商標を自らが長期間使用していること、及び自らの商標が他人に模倣又は不正使用されていることを証明する必要もある。言い換えれば、商標の所有者が模倣又は不正使用制止の訴訟を起こす前提は、自らがその商標を使用しているということである。

大まかに言えば、不法行為責任に関する法律、不正競争防止法、ひいては刑法による商標の保護は、初期の市場経済環境における商標保護のニーズに適応したものである。その頃、商品取引の市場は一般に比較的分割された状態にあり、各地域市場はそれほど関連性がなかった。これに対応して、経済主体は商標を使用することによってそれに関する権利を獲得し、また関係する地域の中で効力を生じた。このように、不法行為責任に関する法律、不正競争防止法、さらに刑法による商標の保護は、通常、問題を生じなかった。しかし、商品経済の発展や国内市場の一体化に伴い、商品取引の市場は徐々につながり、ある地方で生産又は提供された商品が、全国各地に販売され、ひいては国外に輸出されることさえ可能となった。こうした状況において、使用のみを根拠に商標に関する権利を獲得することには、問題が生じる可能性がある。というのは、各地域でさまざまな業者が使用している同一又は類似の商標が、統一が進む国内市場において衝突し、消費者の混同を招く可能性があるからである。消費者の混同を防ぐために、一部の国では、同一又は類似の商標の所有者に対し、各自の経営範囲を定めるとともに、相手側の経営範囲に進出しないよう要求することまでしている。例えば、米国の1916年の「ハノーバー」事件⁴では、原告が小麦粉に「tea rose」の商標を使用し、主にオハイオ州で販売していた。一方、被告はそのことを全く知らない状況で、やはり小麦粉に同じ商標を使用していた。裁判所は、当事者双方は各自の商業範囲において引き続き「tea rose」の商標を使用し、かつ相手側の販売地域に進出してはならないと判断した。

国内市場の一体化に適応するため、また同一又は類似の商標が国内市場で衝突するのを防ぐためにも、商標登録制度は時運に応じて生まれた。1857年、フランスは「民法典」の1382条に基づき、世界初の商標登録法を公布した。その後、同じヨーロッパ大陸のドイツが1874年に、スイスが1890年に、それぞれ登録商標法を公布した。英米法系の国では、イギリスが不正使用を制止する法律及び関連する判例

³ 「フランス民法典」1382条を参照。

⁴ Hanover Star Milling Co. v. Metcalf, 240 U.S. 90 (1916).

を基に、1875年に「商標登録法」(Trademark Registration Act)を公布し、商標に対し登録による保護を与えた。米国では、1870年に連邦登録商標法が制定されたものの、1879年に合衆国最高裁判所により憲法違反と言い渡された。その後1946年になって、米国はようやく商標登録に関する連邦制定法の「ランハム法」を制定し、商標に対し登録による保護を与えている。

商標登録制度の誕生が、商標の衝突に関するリスクを低減させ、かつ商標所有者の投資を節約させていることは間違いない。その理由は、経済主体が、ある商標を使用又はその登録を出願する際に、既に公開されている商標登録簿を調べて、同一又は類似の商標を避けることができるからである。また、経済主体は、商標登録や市場での商標使用状況を十分に理解した上で、安心して自らが登録し使用する商標に必要な投資を行い、より強固な基盤の上に、関連する権利を確立することができる。まさにこうした理由から、商標登録制度はひとたび誕生するや、急速に全世界へ普及した。今日では、世界のほとんどの国で、商標登録及び登録商標の保護に関する法律が施行されている。

しかしもう一方で、商標登録制度の運用に伴い、登録商標不使用に関する問題が徐々に生じている。商標登録制度の誕生当初は、主管部門の登録システムに登録される商標は、基本的に既に使用されていた商標又は使用中の商標であった。しかし、時間の経過に伴い、少なくとも次の2つの状況が生じている。1つは、既に使用されていた登録商標の一部が、商標所有者の倒産、死亡、生産の転換又はその他の理由により使用されなくなっている。それに応じて今後使用されないこうした「登録商標」が、かなり長期にわたり主管部門の登録システムや登録簿に残る可能性がある。もう1つは、登録制度がまだ使用されていない商標の登録を認めているため、経済主体の一部には、近い将来に意中の商標を確実に使用することができるように、相応の商標を事前に登録出願し、他人による抜け駆け登録又は抜け駆け使用を防ぐ者がいる。この種の「使用の意思がある商標」は、今後数年以内に真に使用すれば、大した問題は生じない。しかし、「使用の意思がある商標」の所有者が、さまざまな理由で真に使用できない場合、それもまた主管部門の登録システムや登録簿における「登録商標」の残留をもたらす。

もはや使われないこうした「登録商標」を、主管部門の登録システムや登録簿から整理して除外するため、また他の経済主体が相応の標識資源を選択して使用することができるように、世界各国の登録商標関連法には、いずれも登録商標不使用に関する取消制度が設けられている。この制度によれば、登録商標が一定期間連続して使用されない場合、他の経済主体は裁判所又は商標の主管部門に対し、当該「登録商標」の取消を請求することができる。一般に、この種の請求を行うのは、いずれもその「商標」を使用しようとする経済主体である。裁判所又は商標の主管部門が審理又は審査を経て、その登録商標が法に定められた期間使用されていないことが確実であると認めた場合は、登録取消の決定を行う。取消を請求した経済主体は、その後直ちに登録を出願することも、その商標をそのまま使用することもできる。

ヨーロッパ大陸諸国の方法によれば、登録商標が継続して5年使用されなければ、登録を取り消すことができる。例えば、フランスの商標に関する規定では、正当な理由なく、登録商標を継続して5年間、使用を指定した商品又は役務に実際に使用していない場合、登録商標の所有者は商標の権利を喪失すると規定されている。規定に基づき、すべての利害関係者は、裁判所に訴訟を提起して、商標登録の失効を主張することができる⁵。また、ドイツの商標法では、商標登録の日から5年以内に、指定した商品又

⁵ フランス知的財産権法 L. 714-5 条を参照。

は役務において使用しない場合は、取り消すものとする規定されている⁶。規定に基づき、利害関係者は裁判所に取消の訴訟を提起しなければならない。裁判所が取消の決定を行った後、利害関係者は裁判所の判決を特許商標庁に届けなければならない、特許商標庁が関連する登録商標を取り消す⁷。欧州共同体（EU）でも、ヨーロッパ大陸諸国の上述の方法と同じく、商標に関する指令及び規則において、登録商標が継続して5年使用されない場合は取り消さなければならないと規定されている。例えば、1988年に発表された「商標に関する加盟国の法律を接近させるための欧州共同体理事会指令」では、正当な理由なく、商標登録の日から5年、又は登録以後に継続して5年、関連する商品又は役務において登録を許可された商標を使用していない場合、関連の商標は取り消すものとする規定されている⁸。また、1993年の「共同体商標に関する理事会規則」でも、正当な理由なく、欧州共同体における商標が、登録の日から5年、又は登録の有効期間内に継続して5年、関連の商品又は役務において使用されない場合は、関連の商標は取り消すものとする規定されている⁹。

英米法系の米国では、商標の継続した3年間の不使用は、商標の放棄に当たると規定されている。規定によれば、商標所有者がその商標の使用を停止し、且つ改めて使用する意思がないものは、商標の放棄に当たる。継続して3年使用しないことは、自らの商標を放棄したと推定することができる¹⁰。注意すべきは、ここでの放棄とは、登録商標の放棄のみをいうのではなく、登録していない商標の放棄も含むことである。「商標登録の取消」ではなく「商標の放棄」という語を用いるのは、米国における商標権の源に関する考え方を反映するものでもある。具体的に言えば、商標に関する権利は、商標の実際の使用から来るものであって、商標の登録によるものではないという考え方である。商標の登録は、その商標を公示するにすぎず、財産的な権利を生じるものではない。

国際条約のレベルでは、「工業所有権の保護に関するパリ条約」（以下「パリ条約」と略す）には、登録商標が継続して若干年使用されない場合は取り消すものとする、との条項はない。パリ条約の制定者らは、それは加盟国の国内法で規定すべき問題だと考えていたようである。世界貿易機関（WTO）の「TRIPS 協定」に至って、登録商標を使用しない場合は取り消すべきという問題が規定された。規定によれば、商標の使用を、登録を維持する要件とする場合は、少なくとも継続して3年使用しなかった場合にのみ商標登録を取り消すことができる¹¹。「継続して3年使用しない」という期間が、米国の「ランハム法」の影響をある程度受けていることは明らかである。むろん、この問題に関する「TRIPS 協定」の規定では、「少なくとも」継続して3年使用しないことで、初めて登録取消の要件を構成する。これは、例えば継続して5年使用しない場合に登録取消の要件を構成する、といったように、加盟国が継続して使用しない期間をさらに長く規定することも可能であることを表すものである。

中国近代の商標法は1982年に制定され、1983年に施行された。規定によれば、登録商標が継続して3年使われない場合は、商標局が登録を取り消すことができる¹²。続いて、1993年に改正された商標法30条、2001年に改正された商標法44条は、いずれも1982年の商標法の規定を踏襲したもので、登録商標が継続して3年使われない場合は、商標局が登録を取り消すことができる¹³。それが2014年に改正

⁶ ドイツ商標法49条及び25条、26条を参照。

⁷ ドイツ商標法52条及び55条を参照。

⁸ 商標に関する加盟国の法律を接近させるための欧州共同体理事会指令（1988年12月）10条及び12条を参照。

⁹ 共同体商標に関する理事会規則（1993年12月）15条及び50条を参照。

¹⁰ 米国ランハム法45条、商標の放棄に関する定義を参照。

¹¹ TRIPS 協定19条を参照。

¹² 1982年の商標法30条を参照。

¹³ 1993年の商標法30条、2001年商標法44条を参照。

された商標法に至り、「登録商標がその使用を許可された商品の一般名称になったとき、又は正当な理由なく継続して3年使用されなかったときは、いかなる単位又は個人も、商標局に当該登録商標の取消を請求することができる」と、文章が若干修正された¹⁴。上述の規定では、中国近代の商標法が、その制定時から既に登録商標の不使用による取消が規定されていたことを表している。しかし、この問題において、中国は、ヨーロッパ大陸諸国における継続して5年使用しない場合は登録を取り消すことができるとの規定には追従しておらず、米国に近い規定、すなわち登録商標を継続して3年使用しなかった場合は登録を取り消すことができる、としている。異なるのは、米国は「商標の放棄」と呼び、中国は依然として「登録の取消」と称する点である。

もう一つ注意すべき点は、欧米の先進国では、登録商標の取消又は放棄は、いずれも裁判所に提訴するという点である。一方、中国の商標法の関連規定によれば、登録商標の取消は、行政管理部門である商標局に請求するものである。登録商標を取り消す又は取り消さないという商標局の決定に対し、当事者の一方又は双方が不服とする場合は、商標評審委員会に再審理を請求することができる。商標評審委員会の審決になお不服であるときは、法院に提訴することができる¹⁵。しかし、法院に提訴する際は、相手側の当事者を被告とするのではなく、商標評審委員会を被告とする。相手側当事者は「第三者」として訴訟手続きに加わる。これは行政訴訟といい、民事訴訟ではない¹⁶。

以下、この論文では、商標登録と商標の抜け駆け登録、商標登録と「意図的な登録」、継続して3年使用されていない登録商標の取消という3点から、中国の登録商標不使用に関する問題、及び対応策について論じる。

2. 商標登録と商標の抜け駆け登録

中国における登録商標不使用に関する問題は、ある意味において、欧米等の先進国よりはるかに深刻である。前述のように、英米及びヨーロッパ大陸諸国の多くでは、まず不法行為責任法及び不正競争防止法が商標を保護し、その後登録商標法が商標を保護するようになった。しかし中国では、まず1982年に近代の「商標法」が、次に1986年に「民法通則」が、1993年に「反不正当竞争法」が制定され、2009年により「不法行為法」が制定された。このような法整備の状況から、商標の保護といえ、まず思いつくのは登録商標法による商標の保護であり、「反不正当竞争法」及び「不法行為法」による商標保護は見過ごされがちである。商標といえ、登録された商標と考える人が多い。このように、中国では「商標」及び「商標保護」の理解に一定の偏りが生じている。

また、中国の理論界及び実務界では、大陸法系の影響を受け、一般には商標登録を商標権獲得の手段と見なされている。このような考え方に導かれて、一部の経済主体は、使用の意思がない「商標」の出願登録を含め、積極的に商標の登録を出願している。近年、工商行政管理部門が商標の登録出願件数及び有効登録保有件数を追求する政策を積極的に推進し、「商標」の大量出願及び登録という現象が激化の一途にある。国家工商行政管理総局のデータによれば、2015年の中国における商標登録出願件数は287万6,000件で、14年連続で世界一となっている。2016年1月～3月期までの中国の商標登録出願件数は累計1,913万7,000件に達し、有効登録商標件数は1,074万5,500件に達している。中国の商標登

¹⁴ 2013年商標法49条を参照。

¹⁵ 2013年商標法54条を参照。

¹⁶ 読者がこの手続的規定を理解すれば、以下で考察する関連事件の理解に役立つ。

録の年間出願件数は世界全体の3分の1を占めている¹⁷。なお、2016年の商標登録出願件数は369万件に達していたとされている。

ここで提起すべき疑問は、これほど膨大な商標登録出願件数及び有効商標登録保有件数のうち、商業活動に使用されているのはいったいどれほどか、また使用されていない「登録商標」はどれだけあるのかということである。試算によれば、毎年新たに登録出願される200万～300万件の商標のうち、少なくとも50%以上は全く使用する予定のない「商標」である。しかしそうした「商標」がひとたび登録されれば、有効な登録商標保有件数が更に増えることになる。相応に、1,000万件以上の「有効登録商標」のうち、ざっと見積もって少なくとも50%以上が使用されていない「登録商標」である。このことは、登録商標不使用の問題が、中国では非常に深刻であることを表している。

大まかに言えば、大量の商標登録出願と、それにより生じている「登録商標」の不使用には、主に2つの原因がある。1つ目は、他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しないこと。2つ目は、全く使用する意思のない商標を意図的に出願し登録することである。ここでは、まず、商標の抜け駆け登録について論じ、全く使用する意思のない商標の意図的な登録出願については、次の節で論じる。

他人の商標の抜け駆け登録の概念は非常に幅広く、同類の商品において他人と同一又は類似の商標を先回りして登録することを含むだけでなく、類似商品において他人と同一又は類似の商標を先回りして登録することも含む。商標に関する法制度に基づき、他人による抜け駆け登録の行為に対しては、商標所有者が、自らの未登録商標が馳名商標に当たる、又は当該商標について自らが優先権を有する等、一連の抗弁を行うことができる。この点について、中国の1982年商標法では優先権の抗弁が規定されていないだけでなく、馳名商標に関する抗弁も規定されていない。1993年の商標法及びその実施細則に至り、ようやく馳名商標及び優先権に関する規定が設けられた。

まず、馳名商標に関する規定を見てみる。1993年商標法27条では、「不正な登録」に関する取消が規定されている。規定によれば、登録済みの商標が、詐欺又はその他の不正な手段で登録されたものである場合は、商標局が当該登録商標を取り消す。その他の単位又は個人は、商標評審委員会に当該登録商標の取消裁定を請求することができる¹⁸。この規定に基づき、1993年商標法実施細則25条では、「信義誠実の原則に反して、複製、模倣、翻訳等の方式により、既に公衆が熟知している他人の商標を登録した場合」は、商標法が規定する「詐欺又はその他の不正な手段で登録された」ものに当たり、取り消さなければならないと規定されている¹⁹。2001年の改正商標法になると、13条で「同一又は類似の商品について登録を出願した商標が、中国で登録されていない他人の馳名商標を複製、模倣又は翻訳したもので、容易に混同を生じさせる場合は、登録をせず、かつその使用を禁止する」、「同一でない又は類似でない商品について登録を出願した商標が、中国で登録されている他人の馳名商標〔日本の著名商標に該当〕を複製、模倣又は翻訳したもので、公衆を誤認させ、当該馳名商標の登録者の利益に損害を与える可能性がある場合は、登録せず、かつその使用を禁止する」と規定されている²⁰。2013年の改正商標法も、上述の2点に関する規定を踏襲している²¹。

¹⁷ 国务院新聞弁公室、2015年中国知的財産権の発展状況に関する記者会見、2016年4月19日。

¹⁸ 1993年商標法27条を参照。

¹⁹ 1993年商標法実施細則25条を参照。ほかに、1993年商標法実施細則48条でも「公衆が熟知する役務に関する商標」に触れている。

²⁰ 2001年商標法13条を参照。その1項は、未登録の馳名商標の保護、2項は登録された馳名商標の希釈化防止に関するものである。

²¹ 2013年商標法13条を参照。

次に、優先権に関する規定を見てみる。同じく、1993年の商標法27条の「不正登録」に関する規定、1993年商標法実施細則25条の規定によれば、「他人の合法的な優先権を侵害して登録した場合」、「その他の不正な手段により登録した場合」は、商標法が規定する「詐欺又はその他の不正な手段により登録した」ものに当たり、取り消さなければならない²²。2001年の改正商標法になると、上述の規定は商標法の規定に格上げされた。2001年商標法31条によれば、「商標登録においては、既にある他人の優先権を損ねてはならず、また他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標を不正な手段で抜け駆け登録してはならない」²³。文面から見ると、この規定には2つの概念が含まれる。すなわち、前半は、氏名、肖像、企業名、著作権、外観デザインなどにおける優先権を指し、後半は、特に一定の影響力を有する商標を指している。2014年の改正商標法もこの規定を踏襲し、番号のみが変わり、32条となっている。

上述の考察から、中国の商標保護における「馳名商標」及び「優先権」は、いずれも1993年商標法27条の「不正登録」の規定に由来していることが分かる。他人による商標の抜け駆け登録行為に対抗する際は、先に商標を所有していた者は、「優先権」の主張を行うことができるだけでなく、「馳名商標」も主張できるようである。つまり、「馳名商標」の本来の意味は、公衆によく知られた商標（well known）、又は一定のイメージを有する商標である。しかし実践において、中国の理論界及び実務界の「馳名商標」に対する望みは過度に高く、全国的に有名な未登録商標のみを馳名商標と称することができるようである。これは、日本における「著名商標」と「周知商標」の違いと似通ったところがある。このように、多くの場合、先に商標を所有していた者は、「優先権」のみに基づき、特に第32条の後半部分の「他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標を、不正な手段によって抜け駆け登録してはならない」との規定に基づき、自らの権利を主張し、他人による抜け駆け登録の行為に対抗することしかできない。むしろ、筆者の考えでは、他人が既に使用し、かつ「一定の影響力を有する商標」が具体的に指しているのは、「パリ条約」でいう「周知商標」（well known）である。

1993年商標法に「不正登録」による取消が導入された後、特に2001年商標法に「優先権」による抗弁が導入されて以降、商標の優先所有者は一般に、関連規定に基づき、又は他人による登録出願に異議を申し立て、又は他人が不正に登録した商標の取消を請求することで、商標の抜け駆け登録の現象を最大限に抑止しているといわねばならない。実際に、商標の優先所有者が一定の警戒心を持ってさえいれば、異議や登録無効の申し立てなど多くの段階において、他人による抜け駆け登録を阻止し、自らの権利を保護することができる。

しかし、他人の商標の抜け駆け登録に関する紛争において、商標に関する行政管理部門及び法院は、商標における同一又は類似、商品における同類又は類似の比較をより重視しているようである。特殊な事件においては、この種の同一・類似及び同類、類似の比較は、抜け駆け登録の行為を成功させる可能性がある。例えば「iPhone」の商標登録に関する紛争では、原告のアップル社が2002年10月に「iPhone」の商標登録を出願し、2003年11月に登録が認められ、第9類コンピューターハードウェア及びコンピューターソフトウェア製品での使用が指定された。注意すべきは、原告は登録出願する以前に、既に米国及び多くの国で「iPhone」の商標を使用しており、且つ関連の宣伝資料を有していたことである。この事件の第三者は、2007年9月に第18類のバッグ・かばん等の皮革製品を指定商品として、「iPhone」

²² 1993年商標法実施細則25条を参照。ほかに、1993年商標法実施細則48条でも「公衆が熟知する役務に関する商標」に触れている。

²³ 2001年商標法31条を参照。

の商標登録を出願した。商標局による方式審査の公告後、アップル社は法定期間内に異議を申し立てた。商標局は、2 件の商標は同一とはいえ、類別の異なる製品に使用され、消費者に誤認・混同を生じさせるものではないと判断した。しかも、第三者が登録を出願した当時、アップル社の商標「iPhone」は、中国ではまだ多く使用されておらず、その登録商標が既に周知であるという問題は存在しなかった。アップル社は商標局の決定を不服として、国家工商行政管理総局商標評審委員会に再審を請求し、同委員会は商標局の決定を支持した。続いてアップル社は、北京市第一中級人民法院に提訴し、北京市高級人民法院に上訴した。両法院はいずれも、第三者の登録を認める商標局の決定を支持した。そのうち、北京市高級人民法院は判決において、第三者が登録出願した商標は、中国の政治・経済・文化・宗教・民族など社会公共の利益及び公共の秩序に対し、消極的な、負の影響を与えるものではなく、商標法 10 条 1 項 8 号に定める、道徳、風習を害し悪影響を与えるものには当たらないとし、また、第三者は 2007 年に事件に係る商標の登録を出願しているものの、アップル社は 2009 年によく「iPhone」製品の販売を開始しているため、第三者はその営業上の信用を利用していないとした²⁴。2016 年 10 月、原告のアップル社は最高人民法院に再審を請求し、現在まだ最終の結果は出ていない。

この事件においては、明らかに、商標局及び商標評審委員会、一審及び二審法院のいずれもが、商品の類別が異なること、また消費者が混同する可能性を生じないことを過度に強調している。しかし、商標保護の基本原則から見れば、第三者による商標「iPhone」の登録及びその使用は、必然的に原告のアップル社の営業上の信用を利用することになる。第三者が 2007 年に「iPhone」の商標登録を出願したとき、アップル社の「iPhone」製品はまだ中国に導入されておらず、他人の営業上の信用を利用する問題は存在しなかったかもしれない。しかし、方式審査の公告後にアップル社が異議を申し立てたとき、商標評審委員会が 2013 年に再審裁定書を出したとき、北京市第一中級人民法院が 2014 年に判決を下したとき、北京市高級人民法院が 2016 年に判決を出したときには、原告の「iPhone」製品は既に中国で広く知れ渡り、第三者による「iPhone」の商標登録と使用を認めれば、必然的に原告の営業上の信用を損ない、かつ消費者に誤認・混同を生じさせる可能性があるという点を、はっきりと意識すべきである。これに対応して、第三者による商標登録出願の時期のみを検討することにこそ問題がある。

注意すべきは、優先する商標に関する「商標法」では、登録出願する商標は「他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標を不正な手段で抜け駆け登録してはならない」と規定されていることである。商標保護は地域に基づくとの原則によれば、通常は「他人が既に使用し」とは、既に中国で使用していることと理解され、「一定の影響力を有する商標」とは、中国で一定の影響力を有する商標と理解される。したがって、当該商標が中国の市場で使用されず、中国において一定の影響力を有していない場合、商標法 32 条を根拠に他人の商標登録に対抗することは困難である。実際に、上述の「iPhone」事件において、第三者が「iPhone」の商標の登録を出願したとき、アップル社の関連商品はまだ中国に導入されておらず、そのために「他人が既に使用し、かつ一定の影響力を有する」との要件にも合致しない。

この点については、日本の東京高等裁判所が平成 11 年に判決した「DUCERAM」事件²⁵が示唆的意義を持つ。この事件では、出願人が「人工歯用材料、その他本類に属する商品」について「ドゥーセラム」の片仮名文字及び「DUCERAM」の欧文字になる商標の登録を出願し、登録が認められた。被告はドイツの

²⁴ 商標局（2012）商標異字第 36529 号「iPhone」商標異議裁定書、商標字〔2013〕第 13654 号・第 36529 号『iPhone』商標異議に関する再審裁定書、北京市第一中級人民法院（2014）一中行（知）初字第 7394 号行政判決書、北京市高級人民法院（2016）京行終 1630 号行政判決書を参照。

²⁵ 東京高判平成 11・12・22、判例時報 1710 号 147 頁「DUCERAM」事件。

会社で、長く「DUCERAM」の商標を使用して人工歯に用いる材料を製造、販売し、かつ多くの国に輸出している。実際には、登録出願人は同社と接触して同社の商標を承知した後、初めて日本において関連商標の登録を出願した。ドイツの会社が再審査を請求した後、特許庁の審判部は登録を無効とする審決を下した。出願人が東京高等裁判所に起こした訴えにおいても、裁判所は特許庁の決定を支持した。この紛争の処理においては、特許庁審判部の審決及び東京高等裁判所の判決のいずれも、原告が「DUCERAM」の商標の登録を出願したことは商標法4条1項7号に違反しており、公共の秩序を乱し、国際信義に反するものであるから、これを制止しなければならないとしている。

「DUCERAM」事件に関する事実には注目すべきである。その理由は、この事件において、ドイツの会社はドイツ以外の国で事業を行っていたものの、日本には進出していなかった。したがって、この事件には周知商標に関する規定を適用することができず、また中国の商標法が定める「既に使用し、かつ一定の影響力を有する商標」も適用できない。また、日本の商標登録出願人はドイツの会社の代理人でもなく、ドイツの会社とは業務上全く関係がない。日本の出願人は、ドイツの会社をただ訪問したのみで、同社の業務に関する活動を承知したのである。こうした状況において、この事件ではパリ条約6条の7の「商標の権利を有する者の同意を得ずに、代理人又は代表者の名義により行った登録」も適用することができない²⁶。しかし、未登録の周知商標に関する規定を適用することができないだけでなく、代理人又は代表者による他人の商標の抜け駆け登録に関する規定も適用できない状況において、日本の特許庁及び東京高等裁判所は、公共の秩序を乱し、国際信義に反するとの理由で、抜け駆け登録された商標を取り消した。中国の商標登録部門及び法院は、この考え方を参考にすべきである。

3. 商標登録と「意図的な登録」

前述のように、中国の特定の環境では、商標とはすなわち登録商標のことであり、商標登録とはすなわち商標権を取得することだと考える人が多い。このような認識に相応して、多くの企業や個人が、国家工商行政管理総局商標局に絶えずさまざまな商標登録を出願している。一方で、中国の商標登録審査では、出願人による実際の使用の証拠提出を要求しないだけでなく、出願人の使用の事実の意思も求めているため、一度も使用されたことのない、ひいては全く使用の意思がない商標の登録出願までもが、順調に審査を通過して登録されることになる。同様に、「登録すなわち授權」という考え方にに基づき、出願人がひとたび商標登録証を手に入れば、自らがその「商標権」を得たと考える。ごく一部のいわゆる「登録商標」所有者には、「權益保護」という方式で他人の正常な経営を妨害し、他人が現在使用している商標が、自らの「登録商標権」を侵害していると公言する者すらいる。さらに一部のいわゆる「登録商標」所有者は、市場で公然と自らの「登録商標」を販売したり、権利侵害を盾に脅迫したりし、それをもっともらしく「商標権の譲渡」と言う。このような状況で、商標の登録及び登録商標の譲渡は、既に「産業」となっており、特定の人々が従事する経営活動及び利益獲得の手段となっている。

こうした「登録商標」の譲渡事業の発展と拡大に伴い、いわゆる「商標譲渡のスーパーマーケット」まで出現している。例えば、「バイドゥ（百度）」の検索エンジン（www.baidu.com）で「商標譲渡スーパーマーケット」というキーワードを入力すれば、数十の「商標スーパー」や「商標譲渡スーパー」が見つかる。中でも規模が大きいものには、「華唯商標転讓網」（www.bt.com）、「中華商標超市」

²⁶ パリ条約6条の7、及び日本の不正競争防止法2条1項16号、中国商標法15条を参照。

(www.gbicom.cn)、「好標網」(www.haotm.com)、「尚標網」(www.86sb.com) 等がある。一部の商標譲渡サイトに至っては、自らを「商標取引のトップブランド」、「商標取引に 15 年の経験」等とふれ回る始末である。こうしたウェブサイトのトップページを開くと、取引可能な「登録商標」をすぐに見ることができ、国際分類表に従って分類までしている。アクセスした人が興味のある類別をクリックすれば、何百何千という「登録商標」の図案が目の前に表示される。そのうちのどれか 1 つの「登録商標」に興味を引かれた場合は、更にクリックしてその「登録商標」の登録出願日、方式審査の公告日、設定登録日、登録期限等、具体的な状況を知ることができる。アクセスした人が購入したければ、ログインの手続後に具体的な価格を知ることができる²⁷。

この種の商標譲渡サイトや商標譲渡スーパーマーケットを目にし、そこにある逸品ぞろいの「登録商標」を目にすることは、実に衝撃的である。そもそも使用する予定のないそうした「登録商標」が、ここでは既に販売され、金もうけが可能な商品となっている。ここで販売しているのが商標の図案であるならば、きれいにデザインされた各種の標識を提供し、企業がそれを選択して購入し、その後相応の商品や役務に使用することについては、非難すべきところはないかもしれない。ひいては、このような役務を企業や経済主体に提供することは正常とすら言える。しかし不幸なことに、ここで販売され、譲渡されているのは、商標のデザイン図案ではなく、「登録商標」であり、「R」又は「注」といった標識のついた「商標」なのである。こうした「登録商標」所有者にとって、サイトやスーパーマーケットの所有者にとって、また「登録商標」の購入者にとっては、「登録商標」の譲渡であり、「登録商標の専用使用权」の譲渡である。おそらく、これは商標登録制度の本意ではなかろう。

市場で販売されているいわゆる「登録商標」や、インターネット上に開設されたいわゆる「商標スーパーマーケット」は、正常な市場経済の秩序にとって、まだ深刻な障害とはなっていないと言うべきである。この点について、他人の経営活動、ひいては正常な市場経済秩序にとって真に深刻な障害となるのは、いわゆる「登録商標」所有者が、自らの「登録商標」が他人に侵害されたとして、他人に対し、一定額の金銭を自らに支払う、又は自らの「登録商標」を買い取る、又は自らの「登録商標」の使用許可を得るよう脅迫することである。一部の大規模な経済主体も、通常、不必要な面倒を解消するために、一定額の金銭を支払い、「登録商標」の所有者に訴訟を取り下げさせるとともに、関係する「登録商標」を自らに譲渡させる。極端な状況では、ごく一部の「登録商標」所有者が、さらに自らの「権利」を行って、市場の正常な経営者を告訴することもある。

例えば、2010 年から 2012 年にかけての「iPad」事件では、台湾唯冠社が電子類製品として「iPad」の商標を登録していたが、一度も使用したことがなかった。アップル社は自らのタブレット PC「iPad」を市場に投入する前に、台湾唯冠社から、その登録した商標「iPad」を買い取った上で、自らのタブレット PC を市場に投入した。そうしたにも関わらず、台湾唯冠社傘下の別会社である深セン唯冠社が、「iPad」の登録商標は自らに帰属するとして、アップル社に対する権利侵害の訴訟を起こした。この事件を審理した深セン市中級人民法院は一審の判決で、アップル社のタブレット PC「iPad」が深セン唯冠社の登録商標権を侵害しているとした。その後、工商行政管理部門の一部が、アップル社に対し関係する商品を店頭から撤去するよう命じた。アップル社が深セン唯冠社の「登録商標」を侵害したことに關する同法院の判決は、明らかに商標保護の基本理論に反している。また、アップル社にタブレット PC の

²⁷ この研究報告のために、筆者は特に 2017 年 1 月 10 日に、「バイドゥ」の検索エンジンで上述のウェブサイト数件を閲覧した。

撤去を要求した工商行政管理部門のやり方も、それに反対する社会世論を巻き起こした。最終的に、この事件は双方の和解で終わりを告げた。この和解で、アップル社は深セン唯冠社に6,000万ドルを支払い、いわゆる「登録商標」を買い取った²⁸。

「iPad」事件が中国の商標登録制度の苦境を顕著に示しているのは明らかである。台湾唯冠社は「iPad」に似通った非常に多くの商標を登録しているが、一度も使用したことはない。現在、工商行政管理部門、司法機関及び商標理論界ではおしなべて、同社は登録によって「商標権」を獲得したと考えられている。一方で、この商標を真に使用しているアップル社は、やむを得ず台湾唯冠社に譲渡を求め、一定額の金銭を支払った。アップル社が台湾唯冠社の「登録商標」を買い取ったこと、それ自体が考察に値すると言える。深セン唯冠社が権利侵害の訴えを起こしてから、アップル社はようやく、いわゆる「登録商標」所有者が台湾唯冠社ではなく、深セン唯冠社であることに気がついた。その後、正常な経営に従事するアップル社は、まず権利侵害との判決を受け、さらにその後、6,000万ドルを支払ってようやくすべての紛争を静めた。この事件の和解も、非常に興味深い。法院は深セン唯冠社の「登録商標」を無効とすることができない一方、引き続きアップル社の権利侵害の判決を出すこともできない。そこで、当事者が和解に達し、アップル社が6,000万ドルで商標登録証を買い取ることはできなかった。

2013年から2016年にかけての「非誠勿擾」事件は、いわゆる「登録商標」が、市場における正常な経営活動をいかに妨げるかを更に物語っている。この事件では、第三者の「華誼公司」が映画『非誠勿擾』[邦題「狙った恋の落とし方」]のために、映画の制作及び上映を指定役務として、商標「非誠勿擾」を登録した。被告は江蘇衛星テレビで、「華誼公司」の許可を得た後、中国において相当な影響力を有する娯楽テレビ番組「非誠勿擾」を制作した。原告は浙江省の個人事業主で、「社交に関するサービス及び婚姻の紹介」を指定役務として、商標「非誠勿擾」を出願、登録した。関連する証拠に基づけば、原告が華誼公司の映画の名称及び映画広告におけるデザインの要素を商標として登録出願したこと自体に問題がある。しかも、原告はいわゆる登録商標をほんの形だけ使用したことがあるにすぎない。しかし、商標登録証書から見れば、原告の「商標」が指定する役務は社交に関するサービス及び婚姻の紹介である一方、江蘇衛星テレビが制作し放映したテレビ番組にも社交及び婚姻の紹介に関する内容が含まれていた。そこで、原告は深セン市南山区の人民法院に訴訟を提起し、江蘇衛星テレビが自らの「登録商標権」を侵害したと主張した。

一審の法院では審理を経て、さまざまな理由により、被告は原告の登録商標である「非誠勿擾」を侵害していないと認定した。しかし、原告が起こした上訴では、深セン市中級人民法院が、被告の江蘇衛星テレビのテレビ番組「非誠勿擾」には、社交及び婚姻の紹介に関する内容が含まれているため、原告の登録商標権を侵害しており、直ちに権利侵害を停止しなければならない、と認定した。この判決が発効することで、江蘇衛星テレビはジレンマに直面した。一方では、これは中国内外の視聴者に人気のある番組であり、しかも放送予定の多くの番組制作が既に完了している。もう一方では、「非誠勿擾」の名称を引き続き使用すれば、司法を軽視しているとの疑いは免れない。こうした状況の中で、江蘇衛星テレビは「縁来非誠勿擾」という番組名を使用した。幸いにも、江蘇衛星テレビが申し立てた再審で、広

²⁸ この事件の詳細な報道に関しては、「搜狗百科-Ipad 商標の権利侵害事件」の項(<http://baike.sogou.com>、2017年1月11日アクセス)を参照。

東省高級人民法院は2016年12月26日に判決を下し、二審の判決を覆して一審の判決を支持した²⁹。こうして、江蘇衛星テレビは元の番組名「非誠勿擾」を回復することができた。

実際、現実の生活において、他人の商標を抜け駆け登録することや、全く使用する予定のない商標を意図的に登録することは、多くの場合、はっきりと区分することは困難である。例えば前述の「非誠勿擾」事件では、原告が登録した商標「非誠勿擾」は「社交及び婚姻の紹介」を指定役務としていた。原告が「非誠勿擾」の「登録商標」を真に使用したことがないことから言えば、それは使用する意思のない商標を意図的に登録したものである。しかし一方で、原告が「非誠勿擾」の映画名、及び広告宣伝画像における図形を使用して、自らの商標を登録出願したことは、他人の商標の抜け駆け登録の行為にも当たる。もちろん、最も重要なのは、原告がいわゆる登録商標を利用して、被告の江蘇衛星テレビの正常な商業活動を妨害したことである。

最高人民法院が先ごろ判決した「喬丹」事件も、商標の抜け駆け登録及び商標の意図的登録の典型的な事例である。もちろんこの事件では、抜け駆け登録をされたのは原告が既に使用している商標ではなく、原告の氏名である³⁰。この事件の原告は、米国の著名なバスケットボール選手であるマイケル・ジョーダン（Michael Jordan、[中国語で「邁克爾・喬丹」]）氏で、かつてシカゴ・ブルズで活躍し、ユニフォームには「23」のマークがプリントされていた。この事件の第三者は、福建省晋江市の「喬丹体育股份有限公司」である。ジョーダン氏が明らかに中国で広く知られている状況において、「喬丹体育」社を設立し、スポーツに関する衣料、靴、帽子及びその他のスポーツ器具に関する生産活動に従事していたということは、既にジョーダン氏のイメージを利用するという意味を含んでいる。事件の経緯は次のとおりである。第三者は2007年4月に商標「喬丹」及びその中国語のローマ字表記「QIAODAN」を出願し、第28類の「体操用具」指定商品として、2012年3月に設定の登録がなされた。2012年10月に、ジョーダン氏は商標評審委員会に申し立て、「喬丹」の登録商標の取消を請求した。しかし、商標評審委員会は、「喬丹」はよくある氏名であり、必ずしも申立人を指しておらず、また、第三者は長期間その商標を使用することで、既に一定の名声を築いていると判断し、取消の請求を却下した。続いて、ジョーダン氏は北京市第一中級人民法院に訴訟を起こし、更に北京市高級人民法院に上訴したが、いずれも敗訴した。最終的に、最高人民法院がジョーダン氏の再審請求を受理し、2016年4月26日の世界知的所有権の日に開廷してこの事件を審理した。この事件の法廷審理は、テレビやラジオ、インターネットを通じて中継され、一般市民からも広く注目された。2016年12月8日に、最高人民法院は判決を下し、北京市高級人民法院、北京市第一中級人民法院の判決、及び商標評審委員会の審決を覆して、「喬丹」の登録商標を取り消すべきとした。ただし、興味深いことに、最高人民法院は、第三者は中国語のローマ字表記の商標「QIAODAN」を引き続き使用できるとした³¹。

事件のいきさつによれば、第三者の企業は、体操用具における「喬丹」及びその中国語のローマ字表記の商標、並びにジョーダン氏をモデルとした、バスケットボールのゴールに飛び上がる形象（ジャンプマンの図形）を登録出願しただけでなく、更にジョーダン氏に関連する一連の商標を登録出願した。例えば、同社はジョーダン氏の子ども2人の姓名「傑夫里・喬丹（ジェフリー・ジョーダン）」及び「馬

²⁹ この事件に関しては、深セン市南山区法院（2013）深南法知民初字第208号（2014年9月29日）、深セン市中級人民法院（2015）深中法知民終字第927号（2015年12月11日）、広東省高級人民法院（2016）粵民再447号（2016年12月26日）を参照。

³⁰ 筆者の考えでは、「商標」を最も広義に解釈するならば、著名人の姓名、肖像等も「商標」とみなすことができる。例えば、ジョーダン氏がナイキ社の運動器具の公告を行えば、ジョーダン氏は関係する商品を「認めた」ことになる。

³¹ 最高人民法院（2016）最高法行再15、26、27号。

庫ス・喬丹（マークス・ジョーダン）」並びにその中国語のローマ字表記で、16 件の商標を登録出願している。第三者の持株会社も、「傑夫里」、「馬庫斯」及びその中国語のローマ字表記「JIEFULI」「MAKUSI」についてそれぞれ 16 件の商標を登録出願している。第三者の関連会社では更に、「湖人隊」「HURENDUI」[ロサンゼルス・レイカーズの中国語名とそのローマ字表記] 及び「LAKERS TEAM」について 6 件の商標を登録出願している。そのほか、第三者の企業は、ジョーダン氏のユニフォームの番号「23 番」、及び氏の所属していたシカゴ・ブルズの「公牛（ブルズ）」などのマークについて、何件かの商標を登録出願していた³²。そのうち、「喬丹」及びその中国語のローマ字表記「QIAODAN」の登録商標、並びに「ジャンプマン」に係る登録商標は、商業活動に使用した商標である。しかし、「傑夫里・喬丹」及び「馬庫ス・喬丹」並びにその中国語のローマ字表記の商標、並びに「23 番」及び「ブルズ」について登録出願した商標に関しては、実際に使用されていない商標である。これは、第三者の企業が、まだ実際に使用しておらず、ひいてはそもそも使用する意思のない商標までも登録出願していることを表す。

筆者は、かつて「喬丹」事件に係る専門家研究会のいくつかに参加したことがあり、同社がマイケル・ジョーダン氏に関係した一連の商標を登録出願し、実際の商業活動において「喬丹」及びその中国語のローマ字表記「QIAODAN」の登録商標、並びに「ジャンプマン」に係る登録商標を使用したことは、他人の名声を利用する行為であるから、制止すべきである、と繰り返し表明した。しかし残念ながら、このような悪意をもって商標を登録し使用する会社が、商標局の登録審査を通過し、商標評審委員会、北京市第一中級人民法院及び北京市高級人民法院と続けざまに勝訴してしまった。中国の商標に関する理論界及び実務界は、「喬丹」事件をよりどころに、「商標」とは何か、「登録商標」とは何か、そして、つまるところ商標登録制度の役割とは何なのかを真摯に考えるべきであることは明らかである。

むろん、「喬丹」事件は、「パブリシティ権 (right of publicity)」に関する保護がないという、中国の「反不正競争法」のもう一つの問題も浮き彫りにした。「喬丹」事件では、商標評審委員会でも、一審、二審及び再審法院においても、氏名権という視点から登録すべきか否かが検討された。最終的に、最高人民法院が「喬丹」及びそのジャンプマンの図形は、マイケル・ジョーダン氏と関連があるから、登録を取り消すとともに使用してはならないとした。しかしこれとともに、中国語のローマ字表記「QIAODAN」は必ずしもマイケル・ジョーダン氏を指すものではないから、引き続き使用してよいとしている。しかし、「パブリシティ権」保護の趣旨によれば、図形、肖像、言葉、表音文字、音声など、関係する権利者を指し示すあらゆる要素が保護されるべきである。「パブリシティ権」保護の趣旨に基づけば、「喬丹」及びその中国語のローマ字表記、「傑夫里・喬丹」「馬庫ス・喬丹」及びその中国語のローマ字表記、代表的なジャンプマンの図形、並びに「23 番」「ブルズ」など、マイケル・ジョーダン氏に係るあらゆる要素は、全て他人のパブリシティ権を侵害する行為であり、全て不正競争の行為に当たる。

4. 登録商標を継続して 3 年使用しない場合の取消

「登録商標の不使用」による取消とは、厳密には、かつて使用したことのある「登録商標」が、使用を停止したために取り消されることをいうべきである。なぜなら、「商標」は商業活動において使用する

³² 以上の事実は、最高人民法院（2016）最高法行再 15、26、27 号を参照。大まかに言えば、浙江、福建等の省で、市場の一部の経済主体に「登録商標」の大量登録出願という趣味がある。

もので、商品又は役務の出所を指し示す標識だからである。したがって、「登録商標」も、実際に使用する、及び使用の意思がある商標をいうべきである。この意味から言えば、この論文で先に論じた2つの問題、すなわち他人の商標を抜け駆け登録しながら使用しないもの、及びそもそも使用の意思がない「商標」を意図的に登録したものは、いずれも「登録商標の不使用」に当たらず、またそれに相応して登録を取り消すことにも当たらない。この「登録商標」に関する2つの問題を解決するには、単純な「登録取消」ではなく、主にその他の措置を講じなければならない。

実際には、継続して3年又は5年使用しない「登録商標」は、「商標」と称すべきではない。これは、「登録商標」が継続して3年又は5年使用されなければ、商品又は役務の出所を指し示す機能は既に失われているからである。そのようなものは、取り消されるまで、商標登録簿上の「標識」ととどまっているにすぎない。したがって、継続して3年又は5年使用しない「登録商標」の取消とは、そのような「標識」を商標登録簿から取り除き、他人が選択して登録し、使用できるようにするという意味でしかない。先に述べたように、今後使用しない「商標」が商標登録簿、又は商標登録システムに残るということは、商標登録制度の必然的な産物である。一方、継続して3年又は5年使用しない「登録商標」を取り消すことは、登録商標制度が自らを浄化するための措置である。

その点について、中国では1982年の商標法以来これまで、一貫して3年使用しない登録商標は、取り消さなければならないと規定されている。しかし、1982年商標法30条、1993年商標法30条及び2001年商標法44条によれば、登録商標を継続して3年使用しない場合は、商標局により登録が取り消される³³。表面上は、あたかも商標局がその職権に基づき、継続して3年使用しない登録商標を自発的に取り消すようであるが、実務においては、やはり利害関係者が商標局に請求して初めて、商標局が関連する証拠に基づき関連の「登録商標」を取り消すのである。そこで、2013年の改正商標法では、49条で、登録商標を正当な理由なく継続して3年使用しなかった場合は、いかなる単位又は個人も商標局に当該登録商標の取消を請求することができる旨が明確に規定された。さらに、商標局は請求を受領した日から9か月以内に決定を行わなければならない。特別な事情により延長が必要な場合は、国务院工商行政管理部门の許可を経て、3か月の延長が認められる旨も定められた³⁴。明らかに、こうした規定、特に期間に関する規定は、今後使用しない「登録商標」を登録システムから離脱させ、取消を請求する利害関係者に利点がもたらされる。

継続して3年使用していない登録商標の取消に関する規定の重要なポイントは、登録商標の「不使用」にある。少なくとも、このような規定では「登録商標」「継続して3年」及び「取消」はいずれも容易に把握される。実際には、「3年不使用の商標の取消」に関する事件の多くでは、双方の当事者が争う要点も、商標局や商標評審委員会、法院で検討する要点も、いずれも登録商標を使用しているか否か、及びどのような方式でを使用しているかが問題になる。その意味から言えば、「不使用」の問題は、「使用」とも密接に関係している。事件において、「使用」しているか、又は「使用」していないかを証明しさえすれば、問題も明確になるのである。

登録商標の使用の問題に関して、1982年商標法、1993年商標法及び2001年商標法ではいずれも使用に関する定義が定められていない。当時の歴史的環境においては、法律の条文に「使用」に関する定義を設けなくとも問題はなかったと言うべきである。「商標」の持つ意味に照らせば、文字通り、登録出願

³³ 1982年商標法30条、1993年商標法30条、2001年商標法44条を参照。

³⁴ 2013年商標法49条を参照。

した「商標」も、設定の登録がなされた「商標」も、いずれも商業活動において使用する商標でなければならない。少なくとも、使用の意思がある商標でなければならない。例えば、1982 年商標法 4 条では、「企業、政府系事業組織及び個人事業者が、生産、製造、加工、選択又は取次販売を行う商品について、商標の専用使用権を取得する必要がある場合は、商標局に登録を出願しなければならない」と規定されている。この規定によれば、明らかに、登録出願をする商標は、出願人が生産、取次販売を行う「商品」に関連する商標でなければならない。1993 年商標法 4 条では、役務商標に関する次のような規定も追加されている。「企業、政府系事業組織及び個人事業者が、その提供する役務について、商標の専用使用権を取得する必要がある場合は、商標局に役務商標の登録を出願しなければならない」。2001 年商標法 4 条は、上述の 2 つの規定をほぼ踏襲し、字面にやや変化が見られただけである³⁵。これは、登録出願する商標が、商品又は役務に関連したものでなければならないことを表明するものであるとともに、既に使用されている、又は使用に備えているものでなければならないことをも意味する。

商標の登録出願件数及び登録保有件数の持続的な増加に伴い、大量の不使用「登録商標」問題が生じている。こうした状況に対応するため、立法機関は、商標関連法で「使用」に関する定義を明確に規定する必要があると考えた。こうして、2002 年に公布、施行された商標法実施条例において、特に商標の使用に関する条文が設けられた。その 3 条では、「商標法及びこの条例がいう商標の使用には、商品、商品の包装若しくは容器及び商品取引書類上に商標を用いること、又は広告宣伝、展示及びその他の商業活動中に商標を用いることを含む」と規定されている³⁶。この規定は、明らかに、商品、役務における使用を強調し、商業活動における使用を強調している。2013 年改正商標法に至っては、上述の規定を格上げして商標法に組み込んだ。現行の商標法 48 条によれば、「この法律で商標の使用とは、商品、商品の包装若しくは容器及び商品取引書類上に商標を用いること、又は広告宣伝、展示及びその他の商業活動中に商標を用いることにより、商品の出所を識別するための行為をいう」³⁷。注意深い読者は気がついたかもしれないが、この規定には「商品の出所を識別するための行為」という文字が増えている。この部分は、商標法改正の最終段階で、最高人民法院の提案により追加されたとのことである。「商品の出所を識別するための行為」との規定に従えば、登録商標は、一定の商業規模という意味で使用する場合のみ、商品又は役務の出所を識別する働きをすることになる。不定期で散発的な使用を含め、形だけの使用では、商品又は役務の出所を識別する役割を果たすことができないから、明らかに「商標の使用」には当たらない。

現行の商標法の規定に基づけば、継続して 3 年使用していない登録商標について、利害関係者は商標局に取消を請求することができる。この点について、2014 年に公布された商標法実施条例 66 条ではさらに踏み込んで、継続して 3 年使用していない登録商標については、いかなる単位又は個人も商標局に取消を請求し、それに関する状況を説明することができると規定されている。ここでいう「それに関する状況の説明」には、関連する証拠を提出することも含まれる。商標局は取消請求を受理した後、登録商標の所有者に対し、所有者が通知を受領した日から 2 か月以内に、取消請求が提出される以前に当該商標を使用していた証拠資料を提出する、又は使用していない正当な理由を説明するよう通知しなければならない。使用に関する証拠資料を期間内に提出しない、又は証拠資料が無効であって、かつ正当な理由がない場合、商標局はその商標登録を取り消す。ここでいう証拠資料には、商標登録者による使用

³⁵ 1982 年商標法 4 条、1993 年商標法 4 条、2001 年商標法 4 条を参照。

³⁶ 2002 年商標法実施条例を参照。

³⁷ 2013 年商標法 48 条を参照。

に関する証拠資料、又は登録商標の使用を他人に許可したことに関する証拠資料を含む。この問題について、「商標法实施条例」第 66 条ではさらに「正当な理由なく継続して 3 年使用していないことを理由に、登録商標の取消を請求する場合は、当該登録商標の登録公告の日から満 3 年が経過した後に請求しなければならない」と規定されている³⁸。

商標局による取消の可否に関する決定について、双方の当事者又は一方の当事者が不服とする場合は、商標評審委員会に不服審判を請求することができる。商標評審委員会の審決を不服とする場合は、さらに北京市第一中級人民法院（2014 年 11 月より前の場合）又は北京知識産権法院（2014 年 11 月より後の場合）に訴訟を提起することができ³⁹、かつ北京市高級人民法院に上訴することができる。必要な場合は、当事者はさらに最高人民法院に再審請求することができる。実際には、これは登録商標の取消に関する手続きであるだけでなく、商標登録に関する異議申し立ての手続きでもある。例えば、先に論じた「喬丹」事件は、商標局における異議申し立てから始まり、最終的に最高人民法院での再審にまで至った。

登録商標の取消に関する事件において、商標行政部門及び法院が主に検討する問題は、事件に係る商標が「使用」されているか否か、商標としての意義を有する使用か否か、及び真に、かつ善意で使用しているか否か、である。例えば、2011 年の「桃桃」事件⁴⁰では、遼寧省海城市の東洲箱包廠が「桃桃」という商標を登録出願し、2002 年 11 月 7 日に登録が認められ、使用が承認された商品は、第 18 類のバッグ、かばん製品であった。浙江省の奥康公司是、2007 年に、東洲箱包廠が継続して 3 年「桃桃」の登録商標を使用していないことを理由に、当該登録商標の取消を商標局に請求した。これに対し、被請求人はペンケース 1 点を提出し、自らが登録商標「桃桃」を実際に使用したことを証明した。そこで、商標局は、被請求人がこの事件に係る登録商標を使用したと認定した。奥康公司是商標局の決定を不服として、商標復審委員会に不服審判を請求した。商標評審委員会は、この事件の重要なポイントは、被請求人が法に定められた期間内に（2004 年 4 月 17 日から 2007 年 4 月 16 日まで）、本件に係る商標を、指定された商品上に公然と、真に、合法的に使用したか否かにあると考えた。商標評審委員会は、この事件の被請求人はわずかに 1 件の証拠、すなわちペンケースに「桃桃」の商標を使用したものを提出しただけであると考えた。それは、被請求人が、公然と、真に、合法的にその登録商標を使用しているのではないことを表すものである。そこで、商標評審委員会は、被請求人の登録商標を取り消す決定を下した。被請求人は、商標評審委員会の裁定を不服として、北京市第一中級人民法院に訴訟を起こした。

北京市第一中級人民法院は、まず、「商標としての意義のある使用行為」を検討した。法院の論証によれば、商標の本質的機能はその識別機能、すなわち商標を使用することで消費者に商品又は役務の提供者を識別させ得る機能である。故に、そのような識別機能を生じる商標を使用する行為のみが「商標としての意義のある使用行為」に当たる。商標を識別する主体は消費者であり、消費者が商標に接し得るときにのみ、商品又は役務の提供者を識別することができる。したがって一般的には、消費者が接し得る商標の使用行為（販売行為、広告行為など）のみが、商標の識別的機能を生じることができ、その場合に初めて「商標としての意義のある使用行為」に当たる。

³⁸ 商標法实施条例 66 条を参照。

³⁹ 北京知識産権法院が 2014 年 11 月に設立され、商標評審委員会及び専利復審委員会の審決を不服とする訴訟事件の一審法院となった。以降、北京市第一中級人民法院はこの種の事件を受理しないこととなった。

⁴⁰ 北京市第一中級人民法院（2011）一中知行初字第 1776 号。

次に、法院は「商標を真に、かつ善意で使用している」について検討した。法院の判決によれば、商標法は、継続して3年使用していない登録商標は取り消さなければならないと規定しており、その目的は、商標資源の休眠や浪費を回避し、登録商標の識別機能を発揮させることにある。したがって、商標登録者は「商標としての意義のある使用行為」があるだけでなく、なおかつその使用行為が「形だけの使用行為」ではなく「真に、かつ善意で商標を使用する行為」に当たることを証明しなければならない。

「真に、かつ善意で商標を使用する行為」とは、商標登録権者が商標の識別機能を発揮させるために行う使用行為をいい、「形だけの使用行為」とは、商標登録権者が当該商標の有効性を維持するために、当該商標を継続して3年使用しないことで取り消されないように行う使用行為をいい、この種の使用行為の目的は、決して当該商標の識別機能を発揮させるためではない。法院はさらに次のように指摘した。通常、商標登録者が行う「商標としての意義のある使用行為」が一定の規模を有するものであれば、そうした使用行為は「真に、かつ善意で商標を使用する行為」と推定すべきである。逆に、商標登録者が「商標としての意義のある使用行為」を行ったとしても、ごくまれに使用するだけで、一定の規模に達していない使用であれば、その他に証明する証拠がない状況では、そうした使用行為は決して「真に、かつ善意で商標を使用する行為」ではないと認定すべきである。

以上の検討を踏まえ、法院は、原告は登録商標「桃桃」を使用したペンケース1点を提出したのみであり、その「商標としての意義のある使用行為」及び「善意で商標を使用した事実」を証明することはできない、と考えた。しかしこの事件では、原告は訴訟を提起した後に、真に「桃桃」の登録商標を使用した一連の証拠も提出した。その証拠に基づき、法院は、原告による登録商標「桃桃」の使用が、「商標としての意義のある使用行為」及び「善意で商標を使用した事実」に当たることを認定した。相応に、原告の登録商標「桃桃」は有効であるとされた⁴¹。

注意すべきは、「桃桃」事件において、商標局、商標審査委員会及び法院が、登録商標の取消における一連の要素を検討したことである。例えば、登録商標の所有者が法に定められた3年の期間（2004年4月17日から2007年4月16日まで）に、関係する登録商標を真に使用したか否か。また、登録商標の所有者に「商標としての意義のある使用行為」があったか否か。さらに、登録商標の所有者に「善意で商標を使用した事実」があったか否か。形だけの使用及びごくまれな使用に関しては、商業的規模がないため、善意で商標を使用した事実には当たらないとされた。法院は判決において、さらに次のことを繰り返し強調した。すなわち、商標の機能は識別することであり、それによって消費者はさまざまな商品又は役務の提供者を識別することができる。識別の意義を生じる商標の使用のみが、区別の機能を発揮する商標の使用のみが、「商標としての意義のある使用行為」に当たる。

継続して3年使用していない登録商標に関する事件では、登録商標の所有者が「商標としての意義のある使用行為」を有するか否かは、主に証拠に基づき判断される。例えば、「桃桃」事件では、登録商標の所有者は、商標局及び商標審査委員会の段階では、その登録商標をペンケースに使用した証拠1点を提出しただけである。北京市第一中级人民法院の段階になって、登録商標の所有者はさらに、法に定められた3年の期間にその登録商標を使用した一連の証拠を提出した。そこで法院は登録商標の有効性を維持する判決を下した。しかし事件によっては、登録商標の所有者が虚偽の証拠を提出して、行政機関

⁴¹ 「桃桃」事件では、登録商標の所有者は法院への提訴後に、実際にその登録商標を使用している一連の証拠をさらに提出した。中国の民事訴訟制度では、どの段階で提出された証拠であっても、行政機関及び法院はそれを検討しなければならない。

及び法院の正常な判断を妨害する可能性がある。行政機関及び法院が、登録商標の所有者が虚偽の証拠を提出したと認定した場合は、やはり登録取消の決定又は判決が出されることになる。

例えば、2006年の「康王」事件では⁴²、「康麗雅」という会社が1995年に「康王」という商標の登録を認められ、使用が指定された商品は第3類の化粧品であった。2003年5月に、「康王」の登録商標が、雲南滇紅公司に譲渡された。それに先立つ2002年10月18日に、広東省にある「康王精細化工公司」が、継続して3年使用していないことを理由に、「康王」の登録商標の取消を商標局に請求した。このように、問題は、1999年10月18日から2002年10月17日までの期間に、「康王」の登録商標が真に使用されたか否かであった。元の登録商標の所有者である「康麗雅」は既に解散しており、その期間における当該商標の使用を証明するのは困難であったため、商標局は2003年12月に「康王」の登録商標を取り消す決定を行った。既に「康王」の登録商標の譲渡を受けていた雲南滇紅公司は決定を不服として、商標審査委員会に不服審判を請求した。再審査請求と同時に、雲南滇紅公司はさらに自社と「康麗雅公司」が結んだ商標ライセンス契約、及び「康王スキンケアクリーム」、「康王洗剤」等「康王」の登録商標を使用している一連の証拠を提出した。そこで、商標審査委員会は、「康王」の登録商標の維持を決定した。しかし、「康王精細化工公司」が提起した訴訟において、北京市第一中級人民法院の審理を経て、登録商標の所有者が提出した「康王スキンケアクリーム」及び「康王洗剤」に関する証拠が偽造されたものであることがわかった。そこで、法院は最終的に、雲南滇紅公司の「康王」の登録商標を取り消す判決を下した。

5. 登録商標の不使用に対する措置

以上、数章に渡り、他人の商標を抜け駆け登録して使用しないもの、使用する意思のない商標を意図的に登録するもの、及び継続して3年使用していない登録商標の取消についてそれぞれ述べた。筆者の考えでは、かつて使用したことのある登録商標、又は少なくとも使用する意思のある登録商標のみに、継続して3年の不使用を理由に取り消すという問題が生じる。最初の2つの問題、すなわち他人の商標を抜け駆け登録して使用しないもの、使用する意思のない商標を意図的に登録するものについては、その他の措置を講じる、又は主にその他の措置によって解決すべきである。

他人の商標の抜け駆け登録に関しては、出願人に、信義誠実の原則に基づき表明させる方式で解決することができる。この点では、米国の連邦商標法ランハム法1条1項3号の規定が参考に値する。規定によれば、商標登録出願人は出願文書中で以下の宣誓を行わなければならない。すなわち、出願人は登録出願する商標が本人又は被代表者のものであることを確信していること、登録出願する商標は商業活動において実際に使用している商標であること、出願人が知る限りにおいて、他人に、登録出願する商標と同一又は類似で、かつ混同、誤解、詐欺を招く可能性のある商標を商業活動において使用する権利がないこと、である。ランハム法1条1項は、実際に使用している商標の登録出願に関するものであるため、規定では、出願人は、登録出願する商標が既に使用している商標であることを表明しなければならない、としている。同法の1条2項では、使用の意思がある商標の登録に関するものだが、やはり商標登録出願人が出願文書中でほぼ同様のことを表明するよう求めている。異なるのは、出願人は、登録出願する商標が、誠実な使用に備えたものであることを表明するという点である。

⁴² 北京市第一中級人民法院（2006）一中行初字第1052号。

米国の連邦商標法の方法を参考に、中国でも、出願人が出願文書中で、登録出願する商標は自らのものであって他人のものではないこと、登録出願する商標は他人が既に登録し使用している商標と同一又は類似のものではなく、商品又は役務の出所に関して消費者に混同を招かないものであることを表明するよう要求すべきである。出願人はまた、登録出願する商標は既に実際に使用している商標であること、又は誠実に使用に備えた商標であることも表明すべきである。出願人は、信義誠実の原則に基づき、商標登録出願文書を記入して提出するとともに、虚偽を弄して生じた一切の報いを進んで引き受けるのである。筆者の考えでは、こうした声明又は宣誓により、出願人に自らの出願行為を点検する機会を与える一方、他人の商標を抜け駆け登録したり、類似の商標を意図的に登録したりするなどの問題が生じた際、商標行政部門及び法院は出願人の声明又は宣誓を根拠に、出願人が信義誠実の原則に反していると判定することができるようになる。必要な場合は、虚偽の声明又は宣誓を行った出願人に対し、商標行政部門及び法院が、行政処罰、さらには刑事責任の追及まで含め、懲戒を与えることもできる。

使用する意思のない商標の意図的な登録に関しては、出願人に誠実な使用の意思があるという声明を求めるだけでなく、さらに手続きにおいて、実際に使用していない商標の登録を厳しく防止することができる。この点については、米国の連邦商標法ランハム法1条2項の規定が、同様に参考に値する。規定によれば、使用する意思のある商標に対しては、特許商標庁が審査、公告、異議申立の手続きを経て、法的要件を満たすものについて登録証ではなく「登録許可通知」(a notice of allowance)を発給することができる。出願人は「登録許可通知」を得てから6か月以内に、関連の商標を真に使用している証拠を提出しなければならない。出願人に正当な理由がある場合は、使用の事実の証拠の提出を6か月延期することができるが、最長でも36か月を超えることはできない。さらに、規定によれば、特許商標庁は関連の商標の実際の使用に関する証拠を受領した後、更に真実性の審査を行うとともに、法に定められた状況において商標登録証を交付する。

中国は商標登録手続きの面で、米国の方法を参考にして、出願人が商標登録を出願する際に、当該商標の使用に関する証拠又は文書の提出を要求することもできる。これは2つに分けることができる。登録出願する商標を実際に使用している場合は、出願人は実際に使用している証拠を提出することができる。登録出願する商標をまだ実際に使用していない場合は、出願人は使用に備えた文書を提供し、且つ3年以内に真に使用している証拠を提出しなければならない。こうした商標登録出願に対しては、方式審査の後に公告することができるが、登録はしない。出願人が真実の使用に関する証拠を提出した後、商標局が真実の使用に関する証拠を審査した後に、初めて登録して商標登録証を交付する。出願人が3年以内に真実の使用に関する証拠を提出しない場合は、その出願は自動的に取り下げたものと見なされる。

商標登録出願人に対し、方式審査の公告の後、3年以内に当該商標の真実の使用に関する証拠を提出するよう求めることは、登録商標を継続して3年使用していないときは取り消すとの規定の精神にも合致するといえる。商標の登録出願が公告されれば、出願人はその後の登録出願の重複や、類似の商標の登録出願を心配する必要がない。また一方では、出願人が真実の使用に関する証拠を提出し、且つ真実性の審査を経た後に商標登録証を交付することで、登録された大部分の商標が全て実際に使用している商標であることを保証することもできる。そうなれば、一部の経済主体が商標資源を占有することで他人がその意中の商標を選択しにくくなる状態が回避されるだけでなく、一部の経済主体によるいわゆる「登録商標」の大量ストック、ひいては販売も防止される。先に述べた「商標スーパーマーケット」や「登録商標」の商店のようなものは、おそらく存在できなくなる。

中国の商標登録制度が、他人の商標を抜け駆け登録して使用しない問題をうまく解決でき、使用の意思のない商標を意図的に登録する問題をうまく解決できれば、いわゆる登録商標不使用の問題、及び継続して3年使用しないことによる取消に関する規定は、かつて使用したことのある登録商標、及び使用の意思がありながら真に使用しなかった少数の登録商標に対しての規定とするべきである。こうした登録商標に関しては、継続して3年使用しないことによる取消の制度のほか、さらに登録商標の更新制度及び損害賠償を判定しない制度という2つの制度も、登録システムからかなりの部分を取り除く働きをすることが可能である。

まず、登録商標の更新制度を見てみる。世界各国の登録商標制度には、いずれも登録商標の更新制度が設けられている。規定によれば、登録された商標には、7年又は10年など一定の有効期間がある。有効期間が満了するとき、登録商標の所有者は、商標主管部門に更新を申請するとともに、一定の費用を納める。更新の申請及び相応の費用の納付がない場合、商標主管部門はその登録商標を取り消す。こうすれば、かつて使用したことのある多くの「登録商標」、既に放棄された多くの「登録商標」は、誰も更新手続きをしなければ取り消され、商標登録システムから離脱する。この点について、中国商標法39条は、登録商標の有効期間は登録の日から起算して10年とする、と定めている。同法40条では次のように定められている。登録商標の有効期間が満了するときは、商標登録者は期間満了前の12か月以内に更新の手続きを行わなければならない。この期間に手続きを行うことができない場合は、6か月の猶予期間を与えることができる。期間が満了して更新手続きをしていない場合は、その登録商標を取り消す⁴³。

使用していない「登録商標」が更新されることを防ぐために、商標行政管理部門は、申請者が信義誠実の原則に基づき、登録商標を真に使用していると表明するとともに、その証拠を提出することも要求すべきである。更新申請者が真に使用している証拠を提出できない場合は、更新申請を却下し、その登録商標を取り消さなければならない。くわえて、更新申請者が商業活動においてその登録商標を使用している証拠を提出した場合でも、商標行政管理部門は必要な審査を行い、申請者が虚偽の証拠を提出することを防止しなければならない。このことは、商標の登録出願時に信義誠実の原則に基づき表明するとともに、その商標を真に使用している証拠を提出することと、明らかに一致している。

次に、損害賠償を判定しない制度について見てみる。商標保護の基本理論に基づけば、商標は、商業活動において使用する場合のみ、消費者と関係することができ、商標が担う営業上の信用を生じることができる。商標権は財産権、すなわち商標の所有者が、商標の担う営業上の信用について享受する権利である。登録商標がかつて使用されたことがなければ、又は継続して若干年使用されていなければ、保護されるべき財産的利益は生じない。この点について、中国の2014年改正商標法64条では次のように規定されている。登録商標の所有者が賠償を請求した場合、権利を侵害したとして訴えられた者は、原告の登録商標が使用されていないことに関する抗弁を行うことができる。その場合、法院は登録商標の所有者に対し、当該登録商標を3年以内に実際に使用した証拠を提出するよう求めることができる。登録商標の所有者が、当該登録商標をこの3年以内に実際に使用したことを証明できず、また権利侵害行為によってその他の損失を被ったことも証明できない場合は、権利を侵害したとして訴えられた者は賠償責任を負わない⁴⁴。「登録商標」の所有者が損害賠償を得ることができなくなれば、明らかに、その登録商標の存在意義も失われる。こうした状況において、権利を侵害したとして訴えられた者は別途、

⁴³ 商標法39条、40条を参照。

⁴⁴ 2014年商標法64条を参照。

その登録商標の取消を請求することもできる。このことは、損害賠償を判定しない制度が、商標保護の基本原則に合致するだけでなく、継続して3年使用されていない「登録商標」の排除にも役立つことを表す。

以上、この論文では登録商標の不使用に関する問題を解決する5項目の措置、すなわち信義誠実に基づく表明、実際に使用している商標に対する登録証書の交付、継続して3年使用していない商標の取消、登録商標更新時の使用の事実に関する証拠提出、及び「登録商標」が不使用であれば損害賠償がないこと、について述べた。中国の商標行政部門及び司法部門が上述の5つの制度を厳格に実施することができれば、中国における登録商標の不使用に関する問題の大部分が解決されることを、根拠を持って確信している。

II. 登録商標の不使用に関する理論の検討と制度の改善

中南財經政法大学 知識産権研究センター 彭 学龍 教授

序文

「登録商標の不使用」は、小さな問題のようではあるが、商標法そのものの根底に触れる問題であることから重要視されている。米国を除く各主要国や地域では、依然として登録主義がとられているが、この場合商標権の帰属は登録により確定される。登録制度は権利の確定、管理及び公示には便利だが、抜け駆け登録を極めて容易に発生させることにより、紙上の権利と市場における実際の状況に差異が生じる。商標登録におけるこのような弊害を減らすべく、各国の商標法では、法定期間内における法律に沿った登録商標の実際の使用を登録者に義務付けている¹。数年間使用を停止している登録商標に対しては、「何人」も商標登録機関に取消しを請求することができる。商標権侵害訴訟においては、登録商標が数年間使用を停止していれば、その商標権者の請求権は多かれ少なかれ制限を受け、ひいては完全に失効する。

中国では、1983年の商標法で「継続して3年以上不使用」の商標に対する取消制度が設けられた（以下「3年不使用取消制度」や「3年不使用取消手続」という）。2014年の商標法では、この制度が残されたとともに、「継続して3年以上不使用」の登録商標の損害賠償請求権を制限する規定が新たに盛り込まれた。日本では、商標法50条に「継続して三年以上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もが各指定商品又は指定役務についての登録商標の使用をしていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に係る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。」と規定されている。統計によると、昨今、日中両国では毎年、「3年不使用取消し」審判がそれぞれ、中国で3万件、日本で1千件以上発生している。そして近年、中国政府は商標法とその実施条例の改正を行い、「商標審査及び審理基準」と商標権の権利確定に関する司法審査制度において、「登録商標の不使用」を規制する各種制度を整えた結果、所期の効力が十分に発揮されている。

グローバルな視点で国際制度を見ると、パリ条約の5条C節とTRIPS協定の19条ではいずれも、登録商標の使用義務に対する規定が設けられている²。日中と同様に登録主義をとっているドイツでは、登録商標の使用を強制する制度が整っており、その商標法では継続して5年以上不使用の登録商標に対する取消請求ができる権利を「何人」も有することに加え、異議申立て、無効審判、そして商標権侵害訴訟においても、商標権者からの攻撃を受ける側が「継続して5年以上の不使用」に対する抗弁ができるようになっている。この点は、日中両国にとり参考になるものである。

以上を踏まえ、本稿では中国、日本、ドイツ、EUの制度を比較しながら考察する。さらに、「登録商標の使用、不使用の証明と認定」、及び「登録商標の不使用の侵害訴訟請求権に対する影響」の2点につ

¹ 「商標登録者は、その登録商標を適正に、継続して使用し、その商標の顕著性を積極的に維持する法定義務を負うものとする。」中華人民共和国国家工商行政管理総局「商標の審査及び審理基準」2016年12月。

² パリ条約5条C規定「(1) 登録商標について使用を義務づけている同盟国においては、適当な猶予期間が経過しており、かつ、当事者がその正当性を明らかにしない場合にのみ、当該商標の登録を取り消すことができる。(2) 商標の所有者が同盟国のいずれかにおいて登録された際の形態における商標の顕著性に影響を及ぼさず、構成部分にのみ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を縮減するべきではない。」。TRIPS協定19条では「登録を維持するために使用が要件とされる場合には、登録は、少なくとも3年間継続して使用しなかった後においてのみ、取り消すことができる。」と規定している。

いて重点を置いた検討を行う。そして最後に、日中両国の商標法に関する制度の改善について、政策的な意見を出していくこととする。

1. 「登録商標の不使用」に関する制度の比較と考察

登録主義をとる各国の商標法では、登録商標の使用が義務付けられている。これに違反し、法定期間を徒過しても登録商標を使用していない場合、登録者は、登録商標の取消と請求権の行使の制限の2種類の法的措置を受けることになる。これに対し使用主義をとっている米国でも同様に、商標の不使用は不利な措置を受けることになる。このような基本的知識に基づいて、本章では中国、日本、ドイツの3か国の「登録商標の不使用」に関する制度とともに、EUの商標条例及び米国商標法の関連規定についても考察する。

(1) 登録商標の数年間不使用による取消制度

国際公約や各国の商標法によると、商標の機能を十分に果たすよう促すために、登録者に法定期間内に規定に沿った登録商標の使用が義務付けられている。登録者がその義務に違反し、登録商標を継続して数年間使用しない場合は、商標の取消という法的措置を受ける可能性がある。登録者が不利な措置を受ける可能性があると表現しているのは、各国の商標登録機関がこのような「不使用」の瑕疵がある登録商標を自発的に取り消すことはなく、また不使用の状態が法定期間に達したことで、登録商標が当然にその権利を失うとされた規定もないためである。

この制度に対し、各国の商標法では明確に規定されている。中国商標法49条2項では、「登録商標が（中略）正当な理由なく継続して3年間使用しなかった場合、いかなる組織又は個人も、商標局に当該登録商標の取消しを請求することができる。」と規定されている。また日本の商標法50条1項では、「継続して三年以上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もが各指定商品又は指定役務についての登録商標の使用をしていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に係る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。」と規定されている。日中共に、登録商標の不使用の上限が3年と規定されていることから、中国ではこの制度を「3年不使用取消し」と略している。また「3年不使用取消し」の手続段階にある登録商標は「審判商標」と呼ばれ、登録者が審判商標を実際に使用したか否かを審査する3年の期間は「審判期間」と呼ばれる。ドイツやEUは、審判期間が5年と規定されているという点で、日中の商標法と区別されるが、ドイツを例に挙げると、商標法49条1項において、「商標の登録は、登録日後、当該商標が継続して5年間、26条の規定に従う使用がされていない場合は、取消事由による請求に基づき抹消されるものとする。」と規定されている。

米国では、商標権は実際の使用を基にその権利が与えられるため、登録簿への登記は公示、証明、権利の強化の機能のみ果たされている。使用することを信条とすることから、商標の不使用が不利な措置を受けることにつながるという考え方が他国以上に強い。ランハム法45条では、「以下の状況においては、商標が放棄されたとみなす：商標が継続して3年以上使用されておらず、かつ再び使用する意志のないもの。再び使用する意志がないことは、状況を鑑みて推定されるものとする。継続して3年以上不使用であることが商標を放棄する第一の証拠とする。」と規定されている。ここから、いわゆる商標の「使用」とは、正常な商業活動において商標が正しく使用されることであり、商標権の使用を単に保留するためのものではないと考えられていることがわかる。商標権の取得における法律上の理念には違い

があるものの、米国の商標法ではその骨子から商標の使用が重視されている。登録主義をとる各国にとって、商標の使用、不使用に関するこのような規定については、参考とする意義が大いにある。

（２）異議申立てにおける先行登録商標の不使用に対する抗弁

継続して数年間使用されていない登録商標は取消しとすることが可能であるということは、まだ取消しが決定していない場合は、その商標権者が権利を行使する際に各種の制限を受けることになり、それらの制限は登録商標の異議申立、無効判断手続、そして訴訟手続に現れる。この点については、ドイツ商標法の規定は最も十全で、論理的な制度体系が形づくられている。

ドイツ商標法 43 条 1 項によると、「先の登録商標の所有者が異議の申立をした場合において、相手方当事者が当該商標の使用を争ったときは、異議申立人は、自己の先の商標登録が異議申立の対象たる商標登録の公告より 5 年間に以上前になされている場合に限り、かかる公告前 5 年の期間内に自己の当該登録商標を（中略）使用したことを一応の証拠によって実証しなければならない。不使用の 5 年の期間が登録の公告後に満了する場合は、異議申立人は、他方当事者が使用を争ったときは、異議申立についての決定の前 5 年間に自己の先の登録商標を（中略）使用したことを一応の証拠によって実証しなければならない。」と規定されている。簡潔に言えば、不使用の瑕疵がある先の登録者が、後に出願された商標に対して異議申立てを行う場合、後から使用する者は継続して 5 年以上不使用であることに對し抗弁する権利を有することになる。EU の商標条例にも同様の規定がある³。

日中の商標法では、この制度は盛り込まれていない。

（３）無効審判における先行登録商標の不使用に対する抗弁

ドイツ商標法にはこの制度があるが、日中両国の商標法にこのような規定はない。ドイツ商標法 55 条 3 項によると、先の登録商標の所有者によって取消訴訟が起こされ、被告が異議を申し立てた時は、その所有者は訴訟の提起前の 5 年間に先の登録商標が 26 条の規定に基づいて使用されていることを立証しなければならない。訴訟の提起後に不使用の 5 年の期間が満了する場合、原告は、被告が異議を申し立てたときは、口頭審理の終結前の 5 年間に、先の商標が 26 条の規定に基づき使用されていることを立証しなければならない。このほか、後の商標の登録の公告日に、先の商標が 5 年以上の期間登録されていて、被告が異議を申し立てたときは、原告はその日に、先の商標の登録が 49 条に基づいて取り消されるべきものでなかったことも立証しなければならない⁴。

（４）登録商標継続 5 年不使用による請求権の失効

登録商標の権利者が起こした民事訴訟では、自身が継続して 5 年以上不使用だった瑕疵がある場合、その請求権は被告が不使用に對し抗弁した場合に排除又は失効となる。排除される可能性がある請求権

³ EU 商標規則 43 条 2 項参照。「先行商標において、後の商標登録の出願公告日の前に、登録が少なくとも満 5 年あれば、先行登録商標の所有者は他人の商標登録に對し、異議を申し立て、もう一方の請求人の要求に對し、先行登録商標の所有者は、後の商標の出願公告日の 5 年以内に、商標が EU 内において、登録に関連する商品または役務において実際に使用され、または不使用の正当な理由を証明しなければならない。証明に不備がある場合、異議申立ては棄却される。」

⁴ 「EU 商標規則」における類似の規定、56 条 2 項参照。「EU における商標の所有者による要求がある場合、先行で登録された EU 商標の所有者は無効審判手続における当事者として、無効請求の提出前の 5 年間に、EU の範囲内で、登録の商品又は役務において、先行商標を実際に使用し、かつその請求に正当な理由があること、又は先行 EU 商標が当該日に使用されておらず、先行 EU 商標の登録が当該日から 5 年を経過している場合は、不使用であったことに對する正当な理由を立証しなければならない。」

には、損害賠償請求権、差止請求権、情報提供請求権、及び道具・製品没収の請求権が含まれる。これはドイツ商標法 25 条で「登録商標の所有者は、請求の根拠となる商品又はサービスについて請求前 5 年以内は、14 条、18 条及び 19 条に定める第三者に対する如何なる請求も行うことができない。14 条、18 条及び 19 条に定める登録商標の侵害を理由とする請求を原告が訴訟により主張した場合、原告は被告による反論に応じて、自己の請求の根拠となる商品又はサービスについて訴訟の提起前の 5 年以内に（中略）当該商標の使用がなされたことを立証しなければならない。訴訟の提起後に、5 年の不使用期間が終了した場合、原告は被告による反論に応じて、口頭審理の終結前の 5 年以内に（中略）商標が使用されていることを立証しなければならない。」と具体的に規定されている。そのうち、14 条、18 条、19 条はドイツ商標法の登録商標の所有者が有する請求権に関する規定の全部となっている。

日本の商標法にはこのような制度がない。また中国商標法では、継続して 3 年以上不使用である登録商標の専有権者にのみ、訴訟における損害賠償請求権を制限するものとなっている。詳細は以下で述べることとする。

（5）登録商標 3 年以上不使用による損害賠償請求権の失効

21 世紀に入り、中国の法院は、商標権の侵害に関する審理において、使用されていない登録商標の専有権に基づく訴訟における損害賠償請求権の制限について有益といえる対応をしている。2013 年に商標法が改正され、立法機関は司法実務における長年に亘る経験を参考に、次の条項が加えられた。「商標権者が賠償を請求し、権利侵害で訴えられた者により、商標権者が登録商標を使用していないとの抗弁がなされた場合、人民法院は商標権者に、これまで 3 年以内にその登録商標を実際に使用している証拠を提供するよう求めることができる。商標権者は、これまで 3 年以内に、当該登録商標を実際に使用していることを証明できない場合、又は侵害行為によりその他の損失を受けたことを証明できない場合、権利侵害として訴えられた者は、損害賠償の責を負わない」。⁵

日本の商標法では現在のところ、上記のような規定はない。

2. 登録商標の使用、不使用の証明と認定

「商標使用」は積極的、肯定的な事実とされる一方、「登録商標の不使用」は消極的、否定的に捉えられている。商標法のコンテキストからすると、「使用」も「不使用」もある種の継続状態を表すものであるが、法定期間内のある時点又はある段階で、登録者又は許諾を受けた者が商標を実際に使用していた証拠を提出すれば、登録者が法定期間内に登録商標を使用していたことを証明し、商標を継続して使用しなかったという主張を覆すことができる。しかしながら、登録者が法定期間内に数年間継続して使用していないことを証明したい場合は、地域内における全ての商業活動において係争商標の使用行為が発生していないことを立証しなければならないが、これを証明するには人的資源だけでは担うことが困難である。

まさにこのようなことから、証明理論によれば、消極（否定）的な事実を主張する者は、その主張に対する法的な説明がなされれば立証責任を果たしたことになり、その相手方である積極（肯定）的な事実を主張する者は立証責任を負うことになる。「商標不使用」者とされた者は、商標の不使用によって受

⁵ 中国商標法 64 条 1 項

けることになる不利な措置を回避すべく、実際に、合法的かつ有効的に商標が使用されたことを証明しなくてはならない。言い換えれば、法定期間内に証明できない場合、商標の不使用に対する法的な措置を受けることになる。このように考えると、「商標の不使用」に関するテーマは最終的に「商標の使用」の研究という点に落ち着くことになる。

（１）登録商標の使用、不使用の証明責任

民事訴訟は通常「主張した者が、立証する」という原則に基づいて行われる。商標の継続不使用に対する不使用取消しを請求した請求人、異議申立て、無効審判の手続きにおいて先行登録商標の継続不使用に対して抗弁する被請求（申立）人、侵害訴訟で商標の不使用に対する抗弁を原告に提起した被告等、いずれの立場においてもまずは立証責任を負う。この種の立証責任は、相手方の当事者が商標の不使用を十分に証明することではなく、「関連する状況を説明」することを指す。相手方の当事者は登録商標の継続不使用に対する不利な措置を回避すべく、法律の要求どおりに実際に商標を使用していたことをできる限り証明しなくてはならない。

双方の当事者に対する登録商標の使用、継続不使用における証明の要求については、各国の法律にいずれも明確に規定されている。中華人民共和国商標法实施条例 66 条によると、商標法 49 条で規定されているように、正当な理由なくして登録商標が継続して 3 年以上使用されていない場合、如何なる組織または個人も該当登録商標の取消を請求することができ、請求時には不使用に関する状況説明が求められる。しかし、この「関連した状況を説明する」とは何かについては、詳細さに欠ける。この点については、米国のランハム法の中に参考とすべき規定がある。ランハム法では、商標の不使用に対する一応の証拠を請求人が提出し、これが立証されると責任は商標権者へと移り、商標権者はこれまでの法定期間内に商標を使用した若しくは使用していないかのいずれかに対する正当な理由を証明しなくてはならない、又は実際に使用を継続する正当な意思があることを証明しなくてはならない。当然、何を以て一応の証拠とするかについても研究する価値がある。一般的に、通常の商業行為や商業活動においては、係争商標が使用された証拠が見つからない場合に、それが一応の証拠であるといえる。

商標登録者の証明責任に対し、前述の実施条例では次のように規定されている。すなわち、「商標局は受理後に、商標登録者に対し、通知の受取日から 2 か月以内に、当該商標の取消請求が行われる前に使用された証拠資料を提出するか、又は不使用の正当な理由を説明するよう通知しなければならない。期間内に使用の証拠資料を提出せず、又は証明資料が無効で、かつ、不使用の正当な理由がない場合には、商標局はその登録商標を取り消す。前項でいう商標の使用の証拠資料には、商標登録者が登録商標を使用する場合の証拠資料、商標登録者が他人に登録商標の使用を許諾した場合の証拠資料が含まれる。」。中華人民共和国国家工商行政管理総局が 2016 年 12 月に改定した商標審査及び審理基準第七部の「登録商標の取消案件の審理基準」における、5.3.4 条では「3 年不使用取消し」審判における証拠提出の責任に関し、「係争商標の継続 3 年不使用の立証については、係争商標の登録者がその責任を負うものとする。」と明確に定められている。

上述の分析に基づいて、各国の法律における要求を組み合わせると、1. で述べた登録商標の不使用に関する各種法的手続きでは、双方の当事者の立証責任は次のように分類される。

「3年不使用取消し」

請求者は商標登録者に対し、法定期間内で実際に使用されなかった登録商標に関する状況を説明しなければならない。登録商標の所有者はその登録商標を維持すべく、係争商標が法に基づいて実際に使用されたことを証明する必要がある、不使用の場合はその正当な理由を証明しなくてはならない。それができなければ、登録者はその登録商標を取り消されることになる。

異議申立てにおける登録商標不使用に対する抗弁

異議申立人は、異議を申し立てた商標と先行登録商標との対立点を証明する。一方、被異議申立人は、その異議基礎として、先行登録商標が不使用であったことに対する抗弁を行うことができる。異議申立人が異議を成立させるためには、法定期間内にその登録商標を実際に使用した事実を証明するか、又は不使用の正当な理由があることを証明しなくてはならない。それができなければ、その異議申立ては棄却される。

無効審判における登録商標不使用に対する抗弁

無効審判を請求する請求人は、後の登録商標と先行登録商標の対立点を証明する。後の登録商標の所有者は、先行登録商標が法定期間内に実際に使用されなかったことに対する抗弁を提出する。それに対し請求者はこの抗弁を阻止するために、法定期間内にその登録商標を使用した事実を証明するか、若しくは使用されなかった正当な理由があることを証明する。それができなければ、後の登録商標に対する無効請求は棄却される。

侵害訴訟における登録商標不使用に対する抗弁

原告が後の商標と先行登録商標の対立を証明することは、言い換えれば混同可能性（一般的な商標権侵害の例）が存在する。一方、被告は原告に対し、法定期間に登録商標が不使用であったことに対する抗弁を提出することができる。原告が勝訴を勝ち取るには、その法定期間で登録商標を実際に使用したか、又は使用しなかったことに対する正当な理由を証明しなくてはならない。それができなければ、原告による訴訟請求はその請求権が排除されることにより棄却される。

以上のように、あらゆる問題を考察すると、重要なことは「商標の使用」がどのように認定され証明されるか、そして「商標の使用」が上記の4種の手続において、同一の基準で認定されるか否か、という点に帰結する。

（2）「商標の使用」の認定基準

いわゆる「商標の使用」に対して、各国の商標法ではいずれも明確に定義されており、その他の法律文献や司法判例においてもさまざまな手法で「商標の使用」の認定基準が模索、制定されている。商標法学領域では、商標の使用は核心的な範疇として重視されており、商標登録とともに商標制度における二本柱となっている。本節では、各国の法律文献における「商標の使用」に関する項目について暫定的な整理を行った後、「商標の使用」の認定基準を法理的に検討し、この概念を侵害性のある商標の使用と比較していく。

(i) 各国の商標法における「商標の使用」

中国商標法 48 条の規定には、いわゆる「商標の使用」とは、「商品、商品の包装若しくは容器及び商品取引の書類上に商標を用いること、又は広告宣伝、展示及びその他の商業活動中に商標を用いることにより、商品の出所を識別するための行為」である。この定義は主に、次の 2 点が含まれている。第一に、商業活動における商標の使用の各方式を例に挙げている。第二に、使用の目的や意図を強調することで、消費者が商標を付着した商品の供給源又は出所を識別することを意図としている。具体的に言えば、さまざまな商業環境の下で、商品又は役務における商標の使用が多様に変化する可能性があるものの、使用の目的及び意図は商品の出所の識別に着目したものでなければならない。

日本の商標法 2 条 3 項では、商標の使用の各方式を挙げることに重点が置かれているが、むしろ、より正確に言うならば、商標使用の具体的な方式は多種多様であるため、ある法律の条項に対して一例を挙げるだけでは説明しきれない。ただ、一例にすぎないとしても、詳細に分析することで共通性が見出しやすくなる。すなわち、商標の使用の具体的な状況に基づき、各種の商取引及び商習慣に照らし合わせることで、人々の列挙した方式による商品又は役務の出所の識別が習慣化される。これにより、商標については、どの方式を使用するかは必ずしも重要ではなく、決定の機能はその方式で商品及び役務の出所を識別できるか否かという点で働くといえる。

ドイツ商標法 26 条では、商標の使用とは、登録された商標の請求権を主張するための商品の使用、又は商標登録を維持するための使用行為に限定されている。このような定義は、二面性のある商標の使用に対する認定基準に明らかな差があることを意味する。そしてこの他に、商標の使用は商標登録者自身、又は同意者によって行われなくてはならないという内容が特に強調されている。司法実務や行政による権利確定において、商標の使用は、所有者が請求権を主張し、又は登録の有効を維持することが前提で行われることを証明しても、商標自体の効力を発揮させるため商標を真正に使用すべきであり、ただ登録の有効を維持させるためや、賠償を得るための手段として象徴的に使用するべきではない。また、ドイツ商標法では実際に使用される商標と登録時の文字或いは図形にある程度のズレが生じる場合があることが許されており、このズレが商標の同一性や顕著性を変えるようなことがなければ、商標の機能の正常な発揮及び消費者による商品の出所の識別に影響を及ぼさないことから、法律上では商標の使用と見なされる。

商標の権利確定について、米国では使用主義がとられている。このため、「ランハム法」には商標の使用の範囲に関して特に参考になる箇所がある。例えば 45 条では、「ある商標の『使用』とは、日常の商業活動において当該商標が誠実に使用されていることを指すものであり、ただ商標権を維持することだけが目的でない。」と規定されている。米国の判例では、「商標権は偶発的で名義だけの販売ではなく、当該商標を使用した商品貿易が実際に存在しているか、又は少なくとも積極的、公開的にこの貿易を行う努力をしていることが必要である。このような要素が欠けていれば、商標権は発生も存在もできない。」という旨が絶えず強調されている。⁶

(ii) 「商標の使用」の基準に関する学理的分析

「商標の使用」の認定に対しては、さまざまな基準が設けられている。実際に認定を行う過程において、「商標の使用」の各側面について検討が行われる。ここには商標の使用の具体的な方式、使用者の意

⁶ 陳明濤「商標の不使用による取り消し制度における「商標の使用」の分析」法商研究 2013 年 1 号、144 頁～151 頁。

図、使用の実質的な効果が含まれる。商標登録の有効性を維持するため、一般的には、商標の使用について通常の状況における公益性を重視して具体的な方式を決定し、商習慣に適合するか否かを考察することのみが必要だが、使用者の意図から見ると、このような使用は、商標が持つ本来の機能を実現すること、或いは権利を維持することが目的とされている。しかしながら、登録商標の所有者が商標法で与えられた請求権の行使を望むのであれば、その商標の使用の実際の効果、すなわち、関連の商標が関連の商業圏及び消費者群に受け入れられるか否かについて、適切に考察する必要がある。

実際に認定を行う過程では、使用の方式、意図、そして効果等のあらゆる面を重視しながら、段階に応じた基準が設定されていく。ある学者は、「商標権者がその登録商標を使用して実際に生産経営活動を行い、さらに当該商標を通して消費者に商品の出所を認識させることができた場合、商標法上の使用になる。」⁷と述べている。言い換えると、日本の学者である田村善之教授の理論では、商標権者が商標登録後に生産経営活動を行ったとしても、商標を通して消費者に商品の出所を認識させることができないければ、商標権者の信用を蓄積することが困難となり、その業務も前進させることができず、消費者の混同を引き起こすこともなく、当該商標の独占排他権を更に維持する理由が自ずとなくなるため、当該商標を取り消す必要が生じると述べられている⁸。

上述の観点は、商標の使用基準における理想主義に属する。このような厳格な基準に照らし合わせると、登録商標の所有者が商標の不使用に対する不利な措置を受けることを回避するためには、法律の要求に従って商業活動中にその商標を使用したことを証明する必要があるだけでなく、消費者調査でその商標の実際の効果を検証し、更にブランド評価によって、その商標が登録者の信用を集められたか否かを検証する必要が生じる。この手法は、商標の使用を立証する難度を上げ、証明に関するコストが不当に上がることになり、ひいては全ての商標制度の運用コストを上げることになるため、妥当とはいえない。

(iii) 中国における「商標の使用」の具体的な基準

中国では、商標法の他に、当該法の実施条例である国家工商行政管理総局「商標審査及び審理基準」と「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」があり、どちらも異なる角度から、詳細若しくは概略的に商標の使用に対する認定基準が定められている。

これらについては、以下で分類して述べることにする。

① 証拠資料に対する要求

まず正面から見ると、「係争商標が継続して3年不使用でない状況を証明する証拠資料を用いる場合、次の各号に掲げる要件を満たさなければならない。(a) 使用した係争商標の標識を提示できること、(b) 係争商標が指定商品／役務で使用されている証拠を提示できること、(c) 係争商標の使用者は、商標登録者自身、又は商標登録者が許諾者も含め、他人による使用を許諾した場合、使用を許諾し関係が存在することを証明できること、(d) 係争商標の使用日時を証明でき、かつ取消請求の日から3年以内であること、(e) 係争商標を商標法の効力が及ぶ範囲で使用することを証明できること」となる。

⁷ 李楊「登録商標の不使用取消制度における「商標の使用」の画定」法学 2009 年 10 号、96 頁～109 頁。

⁸ 田村善之『商標法概説』28 頁（弘文堂 2000 年版）、李楊、前掲 7）96 頁～109 頁。

これに対し反対側面から見ると、「次の各号に掲げる証拠のみでは、商標法上の商標使用とは見なされない。(a) 商品の販売契約又はサービス提供の協議や契約、(b) 書面による証言、(c) 識別に困難をきたすものが、修正された物証、視聴資料、ネット情報であるか否か、(d) 実物と複製」⁹となる。

また、一部の行為が商標の使用から排除されている。「次の各号に掲げる状況で、商標法上の商標使用と見なされない。(a) 商標登録情報の公布又は商標登録者がその登録商標の専有権を有するという声明、(b) 公開された商業領域で使用されていないこと、(c) 贈答品としてのみ使用すること、(d) 譲渡又は許諾行為のみで、実際に使用していないこと、(e) 商標登録の維持のみを目的とした象徴的な使用」¹⁰。この中にはむろん、贈答品として使用するだけでは商標の使用にはならないといった必ずしも合理的ではない規定もある。この点については、(3) で考察を行うこととする。

②登録商標の標識を変更した使用

商標権の使用を維持するには、登録済みの商標を使用しなくてはならない。しかし実務において、具体的な製品の変化や時代の変遷、文化の変化に伴い、その製品上に使用される商標にも調整や変化が必要となる可能性が出てくる。広告の領域では、商標の特性は時代に沿っていなければならないと強調される。このように、文字の大きさや字体、記号を含め、商標の具体的な構図に少しばかり要素を加えたり減らしたりする等、変更を加える場合がある。一般的に、商標の同一性や顕著性に変更がなければ、商標の使用の認定には影響を及ぼさない。

これに対して、「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」26条では、「実際に使用した商標表示が登録時の商標の標識と若干の差があっても、顕著な改変がない場合、登録商標の使用と見なされる」と規定されている。しかし、中国の商標審査及び審理基準7章5.3.6条では「商標登録者が提出した使用に関する証拠が、登録商標における主要部分及び顕著な特徴に変化を加えた場合、登録商標の使用と認められない。」と反対側面からの要求が提起されている。

③使用を許可された一部商品における商標の使用

現在の市場では、多角経営が一般的な経営法の一つとなっている。このため、ある商標が登録された時点で、指定商品が1種類だけではないケースが生じる。しかし現実には、多角経営の企業であれば、特定の時期にそれまでとは異なる面に重点を置くこともある。このように、特定の時期において、企業の登録商標は一部の指定商品のみにおいて使用されることになる。その場合、甲という商品における商標の使用により、その商標の乙という商品における登録を維持できるかという問題を引き起こす。それに対する答えは具体的な問題を見ながら得ていく。甲と乙が同一又は類似商品に属している場合、いずれか一方の商品に当該商標を使用することで、もう一方の登録も維持できる。しかし使用を許可された商品が同一又は類似商品でない場合は、如何なる指定商品においても登録商標は一方の商品でしか使用できない。中国の商標審査及び審理基準において、「商標登録者が、使用を許可された商品で登録商標を使用することにより、当該商品と類似の商品での登録が維持される」¹¹と明確に規定されている。

⁹ 中華人民共和国国家工商行政管理総局「商標審査及び審理基準」2016年12月、185頁。

¹⁰ 上掲、186頁。

¹¹ 前掲9)。

④使用を許可された商品以外での登録商標の使用

使用を許可された商品以外で登録商標を使用する場合、登録商標の作用を維持できるだろうか。まず、使用を許可された商品以外の商品が、許可された商品と類似していなければ、使用を許可された商品で登録商標を使用しても全く意味をなされない。その反対に類似している場合は、どのような状況になるだろうか。これに対しては、中国の商標審査及び審理基準において、「商標登録者が、使用を許可された商品以外の類似商品で登録商標を使用する場合、その登録商標に対する使用とみなすことはできない」¹²という明確な規定がある。しかしこの規定が合理的か否かについては、さらなる議論の余地がある。

もし商標登録者が、使用を許可された商品以外の類似商品でその登録商標を使用し効果があつた場合、それは一定の影響を生み出した未登録の商標と見なされ、当該商標が競争法の保護から逸脱しているとも考えられる。仮に、同種或いは類似商品で同じ商標を使用する行為では、類似商品の登録を維持することはできないとしても、当該商標の使用は、商標の使用によって一定の影響を生み出した未登録の商標をもとに、他者により使用を許可された商品での当該商標の使用を禁止することができる。

(3) 特殊な状況における「商標の使用」の認定

(i) 贈答品として指定された商品における使用

一つの常態として、登録商標はいずれも一般的に企業が販売する商品に使用される。しかし販売促進活動では、企業が消費者へ商品を贈ることもあり、しかもその贈答品に登録商標が使用される場合がある。このような贈答品が登録商標の指定商品であつた場合、このような贈答品における登録商標の使用も、商標法上の商品の使用となるのであろうか。これについては、中国の商標審査及び審理基準において、「次の各号に掲げる状況では、商標法上の商標使用とは見なされない（中略）(3) 贈答品としてのみ使用する場合（略）」¹³のように明確に規定されている。上述の規定は合理的といえるだろうか。まず、北京知識産権法院が 2015 年に結審した「開心人大薬房」の商標登録取消事件の一審裁判の内容を例に考察することとする。¹⁴

当該商標は、江西省開心人大薬房連鎖有限公司（以下「開心人大薬房公司」）が、第 3 類の石鹼を含めた洗浄剤及び化粧品を指定商品として登録し、登録番号「3427636」、登録期間は 2014 年 11 月 13 日までである。2011 年 1 月 7 日、継続して 3 年商標が使用されていないことを理由に、他の企業から「開心人大薬房」の登録商標の不使用取消しが請求された。行政手続き、ひいては行政訴訟手続きの段階で、開心人大薬房公司は、その経営活動において、複数回に亘って係争商標の他人による使用を許諾し、「雕牌」、「立白」という銘柄の食器用洗剤のパッケージに登録商標「開心人大薬房」を付した注文生産の食器用洗剤を贈答品として贈ったことを証明した。開心人大薬房公司は、「推奨ブランドを贈答品として贈ることは商業の慣例でもあり、贈答品そのものも顧客への宣伝となる。贈答品と商品はいずれも歴とした販売用の商品であり、その価格は販売した商品の総額に含まれるべきである。」と主張した。一言で言うと、商業活動における贈答品での商標の使用は「完全に商品における使用に属する」ということである。

¹² 前掲 9)。

¹³ 上掲、7 章 5.3.5 条。

¹⁴ 江西省開心人大薬房連鎖有限公司と国家工商行政管理総局評価審査委員会その他一審「北京知識産権法院行政判決書」、(2015)京知行初字第 1193 号。

これに対し北京知識産権法院は、開心人大薬房会社が第三者から仕入れた多くの商品が、本質的には贈答品として購入したものだったことを認定した上で、「開心人大薬房が経営において上述の商品を贈答品として消費者に贈ったことは、開心人大薬房チェーン店の業務における広告としての役割を果たしたが、消費者が上述の商品を手にした際、当該商品の出所が雕牌や立白の食器洗剤等の商標の所有者であると識別することができ、開心人大薬房公司であると識別することはない。」とした。したがって、上述の行為は「商標の使用」とは認められず、「開心人大薬房」の登録商標は法に基づいて取り消された。

外見的には、「開心人大薬房」が使用した食器用洗剤の「贈答品」としての性質が、商標の使用行為の性質を決定付けている。他方、少々分析を加えただけで、問題の核心がこの商品が「贈答品」と「販売品」のどちらに属するかという点にあるのではなく、係争商標の具体的な使用方式にあったことを見出すことは難しくない。一種の販売促進や広告宣伝の方式として、また企業の商号として「開心人大薬房」が食器用洗剤を贈るという形式で、確実な宣伝効果を得ることができた。江西省開心人大薬房チェーン有限公司が事前に「開心人大薬房」を薬品の販売サービスにおける商標として登録した上で、本案の贈答品のパッケージに「開心人大薬房」の商標を使用し、さらに前述の仮定の役務商標に対する商標の使用と認定される理由があったなら、第3類の洗浄剤における商品商標「開心人大薬房」の使用を実現することは絶対に不可能であり、その原因は、贈答品として贈った食器用洗剤のパッケージに「雕牌」、「立白」等の出所をはっきりと表記したことにある。言い換えれば、パッケージに「開心人大薬房」という標識で中身の食器用洗剤の出所を示す作用を発揮することはできないため、商標の使用は自ずと認定できない。実際、開心人大薬房会社がこのように包装した食器用洗剤を一般の商品として販売したとしても、それに付された「開心人大薬房」という表示は依然として商標の作用を発揮することができない。本案において、贈答品として贈った食器用洗剤が商標登録者自身の生産したものであっても、他人に委託して加工したものであっても、パッケージに「雕牌」、「立白」等の商標を出さず、「開心人大薬房」の標識をはっきりと示すなら、これらの商品が開心人大薬房公司から贈られたものであることを顧客が明確に意識するだけでなく、中身の食器用洗剤が当該会社で生産され、又は当該会社から提供されたことも明確に認識し得たはずである。このように、「開心人大薬房」は洗浄剤の商標として果たすべき機能を果たしており、それに関する行為も自ずと商標法上の商標の使用に至らしめるに足りる。ここからも、登録商標が使用された商品の贈答品の属性は、係争商標が機能を発揮するうえで必然的に障害になるとは限らないということが分かる。

この点で言うと、日本の商標「東京メトロ」に関する事件は参考に値する。当該案件で、原告は新聞、雑誌を指定商品として商標を登録しており、2002年4月29日から5月まで、原告は「東京メトロ」（2002年4月25日発刊（創刊号））という文字が書かれた新聞を計4期約8000部発行し、東京の世田谷区内で配布していた。被告は日本の商標法50条に基づき、日本の特許庁に商標の取消審判を請求した。特許庁は取消決定の重要な理由が、「東京メトロ」新聞が他人の広告を掲載して無料で配布する印刷物に過ぎず、また市場において独立した商取引の対象として流通に供されたものではないことから、係争商標が指定する新聞又は雑誌に認定され得ないことにあるとした。行政訴訟において、知的財産高等裁判所は、特許庁の審決を取り消した。その主な理由は、次のとおりである。商標法上の商品は市場で行われる商取引の対象として用いられなければならないが、商取引は売買関係に限らず、営利目的のその他の契約形態も含まれるべきである¹⁵。さまざまな商業モデルにさまざまな営利方式が存在し、市場での

¹⁵ 李楊、前掲7) 96頁～109頁。

各種の販売促進、ひいては無償提供活動も、同様に商業活動の範疇に入る。実際に、フリーペーパー等で使用された商標は、同様に商品の出所を識別する機能を果たしている。

(ii) 商標使用許諾（譲渡）と広告宣伝契約

実際の案例において、係争商標が実際に使用されたことを証明するために、登録商標の所有者が他社と締結した商標使用許諾、広告宣伝契約、ひいては新聞に掲載した広告を提出することが頻繁にある。この類の証拠の証明力はどの程度であろうか。2015 年、最高人民法院が商標「灣仔碼頭」をめぐる商標紛争に対して下した行政判決において、その答えが出されている。すなわち、係争商標はカフェ、レストラン等のサービスを指定役務として登録された、第 1591629 号商標「灣仔碼頭」で、その商標権者は自然人の成超氏である。2009 年 8 月 20 日、通用磨坊公司是、当該商標に対して「3 年不使用取消し」を請求し、「訴訟」は最高人民法院まで持ち込まれた¹⁶。成超氏は、行政及び司法手続き全体を通し、再審期間には広告宣伝及び使用許諾により商標「灣仔碼頭」の実際の商業使用を行ったことを終始堅く主張した。二審判決では、再審商標の使用に関する証拠の多くは、再審商標登録を維持することを目的とした 1 回のみの、象徴的な使用のためであると認定した。最高人民法院は行政裁定書の中で、成超氏が提出した証拠の証明力に対して、逐一、次のように認定した。

第一に、成超氏が蘇州吳越春秋文化メディア有限公司と締結した「広告代理契約」、「広告合意」、と履行の状況を証明する領収書〔原文：發票〕、「姑蘇晚報」〔晚報：夕刊という意味〕における灣仔碼頭の店頭販売部に関する広告では、再審商標が指定役務で実際に使用されたことを証明できない。

第二に、成超氏が蘇州凌琳日化有限公司食堂と締結した「灣仔碼頭商標協力契約」、及び寧波海曙天一灣仔碼頭カフェレストランと締結した「商標協力合意」はいずれも、それが実際に履行されたことを証明できる証拠がないため、再審商標が指定役務において実際に使用されたことは自ずと証明できない。

第三に、成超氏が蘇州市吳中区金庭西湾農家樂レストランと「商標許諾使用契約」を締結したが、再審商標の実際の使用状況を証明する有効な証拠がなく、「城市商報」（商報：ビジネス新聞という意味）に掲載された蘇州市吳中区金庭西湾農家樂レストランの「太湖のほとりの農家樂を、心ゆくまで」の広告に至っては、再審商標の指定期間を徒過しただけでなく、当該証拠で実際の使用を証明することもできなかった。

以上の理由から最高人民法院は、「登録商標の実際の使用がなく、譲渡、許諾行為を実施したのみで、又は商標登録情報の公表若しくはその登録商標に権利を有していることに対する声明等のみでは、商標の使用とは認定できない」、「商標の使用の有無を判断するには、商標登録者が実際に使用する意図及び実際の使用の有無を判断しなければならず、登録商標の存在を維持するための象徴的な使用のみでは、商標を実際に使用したことにはならない」と強調した。このような観点と主張は、最終的に「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」26 条の内容に置き換えられる。

¹⁶ 成超と磨坊食品アジア有限公司の商標登録取消審判行政紛争再審請求案「中華人民共和国最高人民法院行政裁定書」（2015）知行字 181 号。

(iii) 商品の注文生産と購入契約

実務において、商標の所有者はしばしば商品の注文生産、仕入・販売契約及び販売領収証により、その商標が商取引の過程で実際に使用されたことを証明する。上述の証拠の証明力は、商標局、商標審査委員会、及び法院の認可を受けなくてはならず、そこに確としたつながりを持たせる必要がある。これはつまり、注文や購入契約に商品名の明確な記載のみならず、商品の商標の表示が要求されていることを意味する。また、商標登録の所有者は上述の契約によって実際の履行がなされ、実際の履行を証明できる証拠は通常、正規の領収書または受領書（レシート）のみであり、かつその領収書に商品名称とそのブランド（商標）を記載することで購入と販売とが一致していなければならない。商品名称と係争商標も合致していなければならない。一連の証拠のうちのある段階で一旦差が生じた場合、登録者が係争商標を実際に使用したことを立証することは困難となる。

商標登録第 3135285 号「漢典」に対する「3 年不使用取消し」事件はその一例である。当該商標での指定商品は、第 30 類の茶葉代用品、非医療用タブレットなどであった。審査、商標審議、行政一審、二審の過程で、登録者は、ビタミン C のタブレットの仕入・販売活動において、商標「漢典」が実際に、有効的、合法的に商業使用されていたことを証明できた。しかし登録者が提出した販売領収証には茶類の商品があることは記載されておらず、「クコ茶」という商品名が記載された購入契約、出荷リスト、販売貨物リストがあるのみで、領収書等の支払いに関する証明書類も不足していることから、再審商標の「茶葉代用品」における実際の使用を再審期間において証明することができなかった。最終的に、当該商標の「茶葉代用品」における登録は取り消された¹⁷。

この案件はまた、商標の指定商品は多種にわたり、そのうちの 1 種類における使用は、使用したことのない他の商品における有効な登録を有効に維持するに足りない。商標「漢典」の指定商品である茶葉代用品と非医療用タブレットで見ると、一般市民の消費観念においては、これらは同一又は類似の商品には属さず、登録商標がそのうちの 1 種類の商品に使用されてもその他の商品には影響が及び得ない。これは、消費者の観念のうちでは 2 種類の非同類である商品のいずれにも係争商標が登録された場合、実際には互いに完全に独立した 2 種類の商標よりも効果があることを示している。登録者はそのうちの 1 種類の商品の使用とともに同じく多種の商標登録の効果を維持することはできない。むしろ、同一商標が同一又は類似の 2 種又は多種の商品のいずれにも登録された場合は、当該商標がそのうちの 1 種類の商品で使用されることにより、その表示の出所がその他の商品にも影響を及ぼし得る。実際、商標権の保護範囲についての基本理念に基づくと、これらの商標の禁止権の範囲が互いに重複していることが分かる。このように、1 種類の商品において登録商標を使用することで、他の同一又は類似の商品の登録の有効に保護することができる。

(iv) 間接証拠と使用意思のもとでの商標使用

訴訟立証の基本原則によると、一般的に、当事者が自身の主張を証明する際、直接証拠を挙げることが必要である。特定の状況では、当事者が直接証拠を出せなくても、事件のいきさつと間接証拠を合わせて検証することで、その主張が実際に起こったこと、または依然として存在する蓋然性が比較的高い場合、裁判官も自分の心に基づき、当事者に有利な判断を下すことができる。商標使用の立証について

¹⁷ 江蘇省漢典生物科学技術有限公司と国家工商行政管理総局商標審査委員会及びその他二審「北京市高級人民法院 行政判決書」、(2015) 高行（知）終字第 1889 号。

は、「3年不使用の商標の取消」審判で商標権益を守るためには、商標権者が直接証拠を出せることが最も好ましく、間接証拠しか出せない場合、これらの証拠と周辺環境を客観的に繋げたうえで検証を行うことが求められる。さらに言えば、商標登録者が審判や訴訟において誠実な経営者としての姿勢を示すことができれば、商標審査・評審人、そして裁判官が登録者に有利な方向に検証を進めていくことになる。商標登録第1248056号「LUCKY」の「3年不使用の商標の取消」審判はその一例といえる¹⁸。

当該登録商標の所有者は、中国楽凱フィルム集团公司（略称「楽凱公司」）、指定商品は「インクジェットプリンター用インクとコピー機用インク」の第2類である。「3年不使用の商標の取消」審判において、商標局と商標評審委員会が共に当該商標に対し登録維持の決定を下したが、一審法院では、楽凱会社が商標の許諾契約とインキのパッケージの2種類のみの証拠を提出した。しかしながら、その他の証拠がなかったため、再審商標の商品が実際に市場に投入されたことを立証するには十分ではないと判断した。二審では、楽凱会社がインク製品の販売伝票、商標マークが付された領収書、そしてサンプル品と商品説明書を含めた新たな証拠を補足で提出したため¹⁹、これに対し、北京市高級人民法院は商標が真実の又は合法的に商業使用されたか否かは、当該商標の商品そのものの特徴を考慮すべきであり、関連した証拠を日常生活の経験と合わせて総合的に判断するとした。この案件で使用された「インクジェットプリンター用インク、コピー機用インク」は、各種のコピー機に対応した形で生産、販売されるため、領収書に記載されている貨物名称も「他のある工場の商標、商号、或いはコピー機の型番+インク」という書き方となる。このことから、提出された証拠に基づいて、日常生活の経験と合わせ、楽凱会社が承認したデジタル製品関係会社が再審期間に再審商標を真実のかつ合理的に使用したことが完全に認められた。楽凱公司是、大きな影響力を持つ民族企業の代表として、再審商標を使用する意図が現在に至るまで終始一貫している。ここから、楽凱会社が誠実な経営をしているという企業イメージが、裁判官の再審商標の実際の使用に対する確信を形成する上で大きな作用を果たしたといえる。

（v）指定商品の生産・販売が行政法規定に違反する商標の使用

現在の市場体制では、一部の商品は市場へ投入する前に行政審査を受けることが義務付けられており、一部の商品の生産には相応の技術と資質を備えていることが求められている。また、特定のサービスが市場参入する際も同様に行政審査を受けなくてはならない。このように、法律に定める行政審査を受けずに事前に行政審査を受けるべきサービスを提供していた場合、或いは、関連商品の生産に必要な技術や資質を備えずに、その商品を軽率に生産した場合は、関連商品の生産・販売、また関連サービスの提供行為そのものが行政法に違反したことになる。例えば、医療衛生サービスの提供、飲食業の経営、薬品や健康用品、化粧品の商品・販売などはいずれも事前に審査が義務付けられている。また、携帯電話、パソコン、テレビ、その他の家電用品も法律が要求する技術や資質が必要となる。ここで、生産、経営の行為自体が行政法に違反してはいるが、商標の使用が完全に商標法に沿っているケースでは、このような行為は商標の使用と認定されるか、そして登録商標の有効性は確保されるかという問題が生じる。

¹⁸ 中国楽凱フィルム集团公司と商標評審委員会等、紛争商標取消審判二審「北京市高級人民法院判決書」(2011)高行終字第25号。

¹⁹ 証拠リスト：商標許可契約（デジタル製品関係会社の2001年5月18日から2006年5月17日までの再審商標の使用許可）、インク包装箱（生産期はそれぞれ2004年4月1日、2004年8月5日、2004年9月26日）、大量の商標が記載された領収書と商品販売領収書（日時はすべて2001年11月5日から2004年11月4日の間）。そのうち、商品販売領収書に記載された貨物名称の多くは「愛普生インク」「米玛克インク」「NOVAインク」「ローランインク」「MIMAKIインク」「EPSONインク」「HP3000インク」「Muthouインク」「Rolandインク」「惠普5000インク」「武騰インク8000」等、異なる型番のインクと用紙であった。高行終字第25号（2011）参照。

これに関しては、中国で次のような関連事件がある。「康王」商標の「3年不使用の商標の取消」審判では、北京市第一中級人民法院と北京市高級人民法院がともに、行政法に反した使用は商標の使用には入らないと判断した。それは「その許可証番号に関する表記が法律に合致していないことにより、違法な使用に該当するため、商標法では保護されない」という理由による判断であった²⁰。このような観点に対し、学界では反対意見が多くみられる²¹。しかし、その後、改訂された中国商標法及びその実施条例や、昨今改訂された「商標の権利付与・権利確定の行政案件における若干問題に関する最高人民法院の規定」や中国工商行政管理総局の「商標審査及び審理基準」では、いずれもこの問題に対して沈黙を続けている。これは少なくとも、自身が行政法の規定に違反した販売又は経営活動中の商標の使用が、商標法によって認可されるべきか否かについて、議論の余地があることを意味している²²。一般的に、法治社会においては、如何なる行為も法律の一部に違反すれば、該当法律に定める責任を負うことになる。生産経営活動において行政法に違反することは、行政法上に処理や罰則の規定があるため、そこに商標法が介入することはできない。その理由は以下のとおりである。

まず、中国やその他の国の商標法では、商標登録の主体に対しては資質や能力にほとんど制限を加えていない。中国を例に挙げると、「自然人、法人、又はその他の組織が生産経営活動中、その商品又は役務に対して商標権を取得する必要があるれば、商標局に登録出願をしなければならない。」とされている。商標の使用においては、多くの商標登録出願人、特に自然人が、根本的に登録しようとする商標が指定する商品や役務を生産・販売の資質を備えていないため、このような状況であれば、登録後にその商標を使用する可能性は少ないといえる。唯一の可能性として、商標の使用は商標譲渡や商標使用の許可によって実現する。その場合、中国商標法における商標譲渡や使用許可に関する要求に基づき、許諾方法と譲渡方は、それを受けた側による生産、販売した指定商品の質に対する監視を行わなければならないが、このような監視を行うにも同様に一定の能力と資質を備えていることが前提となる。そのため、登録商標を使用した生産経営活動に、如何なる法律上の瑕疵があってはならないことが厳格に要求されていれば、商標登録時に出願人の能力や資質に関する審査を行わなければならない。しかし、このようにすることが不可能ではないが、これに要する時間や人件費も国の財政が負担できる範囲を超える。このような商標法以外の「事務」に対し、商標法で管理することが不可能であるならば、管理外とすることが最も良いと考える。

次に、実践中において、行政法ないし刑事法の違反により厳格な法律責任が生じた生産・経営活動では、一般的に行為者は商標法上の不利な措置を受けることはない。企業の違法経営により営業許可証が取り消されることとなったとしても、その商標による権益も影響を受けることはない。

最後に、最も重要なことでもあるが、関連する生産・経営行為が行政法に違反しても、商標の使用行為が商標法の要求に沿っている場合、その商標は商品の表示又は役務の出所としての効力を発揮できる。この「出所の表示」の効果が客観的なものであるため、法律で取り消されるべきではない。つまり、商標の使用行為が法律で認可されなくとも、登録商標は商標として消費者の心の中にある影響力は依然として存在している。

²⁰ 「北京市第一中級人民法院行政判決書」：(2006)一中初字第1052号。「北京市高級人民法院行政判決書」(2009)高行終字第649号。

²¹ 李楊、前掲) 96頁～109頁。

²² 中国最高人民法院2008年年度報告における「康王」に関する審判を言及し、関連する問題の「さらなる研究と探索が必要」と考える。陳錦川 編『商標授權確権の司法審査』中合法制出版社2014年度版、407頁参照。

3. 登録商標不使用の侵害訴訟請求権に対する影響

21 世紀に入り、WTO 加盟に伴い、中国経済は国際市場との交流は日増しに強まっている。開放が進む市場経済体制では、商標の価値や効用が益々重視されてきている。これと相まって、商標登録が爆発的に増え、商標の抜け駆け登録や大量ストックも益々激しくなっている。このような状況で、中国商標法は二度に渡る大規模な改正が行われ、中国の法院の商標審判に係る審理が強化されている。そして、登録商標の不使用については、これまで行われてきた「3 年不使用の商標の取消」審判だけではなく、民事訴訟にまで持ち越されるようになった。商標に関する民事訴訟を審理する際、特に権利侵害行為の認定、損害賠償の計算等の重要な問題において、法院では原告が商標を実際に使用した状況をこれまで以上に重視するようになった。言い換えれば、原告がその登録商標を不使用であれば、最終的な賠償額に影響するだけでなく、商標権の侵害と判断するか否かを左右する可能性もあることになる。

そのような中、最高人民法院は 2009 年 4 月に公布したある司法解釈において、「保護を要求した登録商標が実際に使用されていなかった場合、民事責任を確定する際に権利侵害行為の停止命令を主な方式とし、賠償責任の確定時には商標を使用していなかった事実を考慮する」、「登録商標が、商標法が規定する継続して 3 年使用しないものに当たる場合は、その損害賠償請求を支持しない。」と強調した²³。2013 年 8 月、中国商標法の改正により以下の条項が加えられた。「商標権者は、これまで 3 年以内に、当該登録商標を実際に使用したことを証明できないとき、又は侵害行為によりその他の損失を受けたことを証明できないときは、権利侵害として訴えられた者は、損害賠償の責任を負わない。」²⁴。その最大の注目点としては、3 年使用しない商標権者が有する商標権の侵害に対する損害賠償請求権が完全にはく奪される点にある。ある判例では、上記の規定が「長年の司法実践の経験と司法政策における精神を受け継ぐ²⁵ものである」と指摘された。

本章では、まず、21 世紀に入ってから中国の法院が結審した判例を 4 つ挙げ、判決理由が登録商標の使用或いは不使用をどのように見ていたかを分析した上、以下の 4 つの問題を重点として検討する。第一に、権利侵害訴訟と行政訴訟における商標の使用に関する認定基準の差異、第二に、「商標は使用していなければ損害賠償はない」論における間違い、第三に、商標の不使用が法定期間に達した登録商標請求権に対する合理的な制限、そして第四に、権利侵害訴訟において被告が行う、原告に対する登録商標「3 年不使用の商標の取消」請求の処理について考察することとする。

²³ 「当面の形勢のもとにおける知識産権審判における若干問題に関する最高人民法院の意見」7 条、法発【2009】23 号。当該項目の全文：保護されている登録商標が実際に使用されていなかったことを訴えるには、民事責任を確定する際に侵害行為の停止命令を主な方式として定め、賠償責任の確定時には商標を使用していなかった事実を考慮し、権利を維持するための支出となった費用を除き、実際の損失やその他の損害がない場合、一般的に侵害行為を受けた者によらず賠償を確定する。登録者又は所有者に実際に使用する意図がなく、損害賠償請求の手段とするだけの目的で登録商標した場合、賠償を与えないことも可能となる。登録商標が、商標法の規定するところの 3 年以上不使用という状況は、その損害賠償請求を支持しない。

²⁴ 中華人民共和國商標法 64 条 1 項。

²⁵ 珠海格力電器股份有限公司と広東美的制冷設備有限公司、珠海市泰鋒電業有限公司間の商標権侵害訴訟における提訴案「広東省高級人民法院民事判決書」（2015）粵高法民三終字 145 号。

(1) 21 世紀の中国における典型的な商標権利侵害の判例についての分析

21 世紀に入り、中国の法院が受理した商標の権利侵害事件は、その件数と注目度がいずれも増しており、広範囲に亘り影響している典型的な判例が数多く現れてきた。そこで本章では、4 つの登録商標不使用に関する審判を巡って分析していく。そのうち、最初の 2 例の原告は登録商標第 1231026 号「千禧龍」の商標権者である徐州漢都実業发展有限公司（略称「漢都公司」）であるが、その商標の登録日（1998 年 12 月 14 日）より、2 例目の結審（2003 年 9 月 28 日）までの約 5 年間に及んでいる。3 例目は、登録商標第 1022719 号「紅河」の登録商標の権利侵害事件である。この審判は、起訴（2004 年 3 月 19 日）から一審、二審、そして最高法院の再審の結審（2009 年 4 月 8 日）まで 5 年余りに及んだが、被告の賠償額は一審、二審で認定した 1000 万元から再審の 2 万元となる等、劇的な変化を遂げた案件であった。そして 4 例目は、登録商標第 8059133 号「五谷豊登」の権利侵害審判であり、原告と被告はそれぞれ中国国家電事業の大手企業である格力公司与美的公司であり、起訴は 2013 年 11 月 8 日であった。当時中国では、新商標法の改正が終了して間がなく、まだ実施されていない時期であったが、二審は 2015 年 7 月 6 日に結審した。約 2 年続いた審判では、一審の判決で被告は原告に対する 380 万元の賠償を命じられたが、二審では、登録商標を使用していなければ損害は生じないので、賠償は自ずとないことを理由として、被告に対する賠償の請求もされなかった²⁶。

(i) 「千禧龍」商標の権利侵害審判：原告が登録商標を実際に使用していないことが商標権利侵害による損害賠償額を左右しただけでなく、侵害が成立するか否かに対する法院の判断にもある程度の影響を与えた

まずここでは、2000 年前後に行われた 2 件の審判について考察する。世紀に交代期にあたり、更に新千年紀の始まりであった当時では、「ミレニウム」[中国語で『千禧』]というテーマが全世界でブームとなった。中国では、ちょうど辰の年になる年であったため、「千禧龍」という一語が自然と受け入れられ、商標登録や購買促進の宣伝活動においても「流行語」となっていた²⁷。1998 年 12 月 14 日、漢都公司是登録商標第 1231026 号「千禧龍 QIANXILONG」を取得し、パソコンやテレビ、カメラなどを含む第 9 類の商品でその商標の使用が許可された。さらに、1998 年 9 月から 1999 年 7 月までの間に、漢都公司是第 11、12、23、24 類の商品でも同一の商標を使用した。この期間、漢都公司是新聞や雑誌を利用してこの登録商標について十分に広告宣伝をしていたが、当該商標を付したカメラやテレビはまだ生産していなかった。もしかすると、「千禧ブランド」をヒットさせた漢都公司是、それらの商品を最初から生産するつもりではなかった可能性もある。実際には、技術的な観点からしても、資金的な観点からしても、カメラやテレビの市場に参入する条件が低いとはいえず、一般の中小企業が介入しにくい状況であった。20 年近くが経ったが、百度で検索すると、「千禧龍」商標の商標権者である漢都公司是、依然として登録資本 50 万元、登録職員数 10 名の小規模な会社であった²⁸。このような小規模な会社が当初商標登録をした重要な目的の一つは、商標の抜け駆け登録や商標の大量ストックであり、本来からパソコンやテレビ、カメラを含む使用を指定した商品を生産する力或いは生産する意図がなかった可能性もある。

²⁶ 前掲 25)。

²⁷ 筆者が「標庫網」でまず検索したところ、「千禧龍」の文字がある商標申請または登録記録は 252 項目であった。全ての商品と役務が及んでいると思われる。：標庫網アドレス：<http://www.tmkoo.com>、検索日：2017 年 1 月 21 日。

²⁸ 「徐州漢都実業发展有限公司は 1997 年 3 月 13 日に開放南路 185 号で登録成立、会社設立当初の主要経営経済項目計画は開発、科学技術コンサルティングサービス、建築材料、金物類や電器機材、化学工業製品。登録職員数 10 名、登録資本 50 万元 URL:<http://xuzhou036761.11467.com/about.asp>、最終アクセス日：2017 年 1 月 21 日。

2000 年第 2 四半期に、日本のオリンパス光学工業株式会社（以下、略称「オリンパス」）は漢都公司の許諾を得ず、その生産、販売している OLYMPUS WIDE80 型カメラに、「千禧龍 QIANXILONG」の商標と同じ文字を装飾として使用していたことを漢都公司是発見した。このカメラの正面機体の中央に、商標「OLYMPUS」と型番「WIDE80」が印刷されており、その左下には「千禧龍」の文字と龍のマークが印刷され、外装パッケージにも同じ文字とマークが印刷され、更に商品品質保証書にも「千禧龍」の文字が印刷されていた。このことから、漢都公司の思うつぼにはまったオリンパスは、ミレニアム第一号の獲物となってしまった。漢都公司是オリンパスによる侵害行為の停止を法院に申し立て、経済損失として 200 万元と、名誉損失として 300 万元の賠償を請求した。

この請求に対し、北京市高级人民法院は判決の中で次のような指摘をした。漢都公司是「千禧龍 QIANXILONG」の宣伝にかかった費用はカメラに直接使用したのではない。また、原告は「千禧龍 QIANXILONG」の商標のついているカメラを実際には生産していなかった。かつ、被告はカメラ類のみの商品でこの「千禧龍 QIANXILONG」の商標権を侵害したに過ぎない。そして最終的に、当該法院は、漢都公司的「千禧龍 QIANXILONG」の登録商標に投入した広告宣伝費、本件の訴訟に要した調査費、そしてオリンパスの主観的過失の程度、侵害行為の性質、地域の範囲、使用期間等の要素を総合的に鑑みて、オリンパスは漢都公司に対し経済損害賠償額として人民元 25 万元を支払うことを命ずる判決を下した²⁹。漢都公司的予想をはるかに下回る賠償額を支払う判決を下した理由が、「千禧龍」ブランドのカメラを生産せず、また市場における販売活動で「千禧龍」の商標を実際に使用しなかった点にあるとは考えられる。当然、今になって思い返してみても、法院が決定した賠償額は依然として過度に高額であったといえる。登録資本は僅か 50 万元であり、指定したカメラを生産する実力、生産する意図もなかった会社が、他者による商標権の侵害によってこの短時間に 25 万元もの損失を被ることがありえるのだろうか。訴訟で請求された 500 万元等なおさらあり得ないであろう。

判決結果に対して多少失望を感じた漢都公司是、その後すぐにもっと大きな「獲物」を捉えた。2000 年という千禧龍年を迎えるべく、TCL 集团公司は 1999 年 12 月 18 日から 2001 年 1 月 30 日の間に「千禧龍大行動」と名付けた TCL の主力商品であるカラーテレビの販売促進宣伝活動を展開していた。したがって、漢都公司是再度法院に、この販売促進宣伝活動が「千禧龍」の商標権を侵害しているという理由から、TCL 集団を訴えた。漢都公司的請求は、徐州市中級人民法院の支持を得たが、二審において、江蘇省高級人民法院がその侵害は不成立であると認定した。その主な理由は次のとおりである³⁰。

第一に、TCL 集团公司は商品や商品のパッケージに「千禧龍」の文字を載せておらず、さらに「千禧龍」を商標として使用してもおらず、販売促進活動における宣伝用語として使用していただけであった。千年の一度であり、龍の年を迎えたこの年に、営業販売活動において「千禧龍」という概念の類似使用、又は流行語としての使用は珍しいことではない。この種の使用は、完全に「千禧龍」という語の正当な使用といえる。

第二に、広告宣伝においては、TCL 集团公司がその登録商標である「TCL」を目立つ位置で使用していることから、客観的に見ても、「千禧龍」が商標であるとの関連公衆の誤解を生じさせ得ないと考えられる。

²⁹ 徐州漢都実業发展有限公司の（日本）オリンパス光学工業株式会社との商標侵害紛争「北京市高级人民法院民事判決書」（2000）高知初字第 37 号。

³⁰ 徐州漢都実業发展有限公司の TCL 集団に対する商標権侵害紛争「江蘇省高级人民法院民事判決書」（2003）蘇民三終字第 025 号。

第三に、「千禧龍」という商標の所有権は漢都公司にあるが、「千禧龍」ブランドのテレビは生産していないし、他人によるテレビ商標としての使用を許可しないことからみても、「千禧龍」という登録商標が登録簿にあったものに過ぎず、実際には影響がまだ生じないといえる。

TCL 集团公司の行為に対する法院の決定に影響した上記の三要素のうち、漢都公司がテレビの販売促進活動で「千禧龍」の商標を使用していなかったことが、確かにある程度の作用は果たしたものの、決定的な要素とは言えない。「千禧龍」に大事な時のお祝いや文化的な意義があること、TCL 集团公司そのものの商標がもつ大きな影響力、ないしは営業販売活動中の「千禧龍大行動」という宣伝テーマの妥当な使用を含め、さまざまな要素を総合的に鑑みて、最終的には二審において、TCL 集团公司の商標権の侵害とは認定されなかった。さらに言えば、漢都公司が実際に「千禧龍」ブランドのテレビを生産、販売していたとしても、TCL 集团公司が「千禧龍大行動」を営業販売のテーマとしていたことは、商標権の侵害には当たらない。

上記の2件の「千禧龍」商標侵害審判では、原告が広告宣伝を含め登録商標を実際に使用したことが、侵害の認定ないしは損害賠償額の確定において、様々な要素のうちの一つとして作用を発揮しただけだということが分かる。オリンパスの侵害による損害賠償責任を引き起こした更に重要な原因は、「千禧龍」の使用が通常の意味上の商標的な使用と認定できる点にあるようだ。実際、仮にオリンパスが「千禧龍」の使用前に必要な商標検索をしていれば、商標権の侵害による案件は回避できたであろう。言い換えれば、オリンパスがカメラで「千禧龍」を使用したことは、故意に商標権を侵害したのではなくとも、周到に検索せず、注意義務を怠ったという過失があることは事実である。このような案件から分かるのは、登録商標の3年以上の不使用を回避すれば、登録者がその商標を実際に使用したか否か、及び実際に使用した具体的な状況は、商標侵害を訴える裁判では、賠償額の計算に多少に影響するが、このような影響が決して決定的な要素とは言えないということである。このような状況では、裁判はやはり侵害行為の認定や因果関係の証明で決まるものである。

当然、この案件では、原告による広告宣伝活動での登録商標の「使用」が真実的、合法的、そして有効的に行われたか否かについては、一步踏み込んだ議論の余地がある。大まかに言うと、実際の生産・販売の前には必ず準備が必要であることから、一つの商標が登録された時点で、商標権者が広告にのみ使用するならば、実際に使用する意図があるという推定ができ、その行為を商標の使用と認可することもできる。しかし、「千禧龍」商標のように、登録日の1998年12月14日からTCLの審理決議の2003年9月28日までの約5年間に亘る期間に、その商標が新聞や雑誌の広告のみで使用されていた場合、商標の使用の真実性は大幅に減少する。このような状況では、法院は原告の3年または5年以上の商標の不使用であると認定することができる。現行の中国の商標法では、64条の規定により、商標権の侵害が成立しても、登録者は損害賠償請求権を再び有することは不可能となる。

(ii)「紅河」商標権侵害審判：実際に使用されていない登録商標に対し、法院は商標権者の商標権侵害に対する損害賠償請求権を取り下げた。

ここでは主に、最高人民法院において2008年に結審した「紅河」の商標権侵害審判について分析する。この審判の原告は登録商標第1022719号「紅河」の所有権者である。この商標は1997年6月7日に登録され、ビールやドリンク剤の第32類の商品での使用が指定された。2004年3月19日、原告は広東省佛山市中級人民法院に訴訟を起こし、被告が「紅河紅」ビールの生産・販売やPR用の垂れ幕に「紅河ビール」という表示を使用した行為が登録商標の専有権を侵害したと訴えた。法院に被告の商標権侵

害行為の差止めと、1000 万元の賠償を請求した。この 2 つの請求は、いずれも一審・二審判決で認められた。続いて、最高人民法院によって審理が行われ、2009 年 4 月 8 日に終審判決が下され、賠償額は 2 万元に調整された³¹。

この案件を審理した三級法院はいずれも、被告の行為が商標権の侵害にあたると判断した。この三級法院による審理の最大の違いは、最高人民法院は原告が「紅河」という商標を実際に使用したか否かについて明確に立証できていない点であった。言い換えれば、当該商標が登録された 1997 年 6 月 7 日から、最高人民法院が終審判決を下した 2009 年 4 月 8 日までの約 12 年の期間に、原告は「紅河」の商標を実際に使用していなかった。つまり、もし他者が 3 年以上不使用を利用としてこの登録商標を取り消す請求を提出した場合、その商標は直ちに打ち消すことができる。論理上は、ドイツ商標法 26 条の規定にあるように、登録者の全ての請求権を失効とすべきである。これに対し、終審判決では「実際に使用したことが明確に証明できない登録商標に対し、賠償責任の確定においては、その商標が使用されていなかった状況を考慮する必要がある。請求人はその「紅河」商標が実際に使用されたことを証明できる証拠を提出せず、或いはその侵害行為で実際に損失を受けていたことを証明できない、(中略)しかし、被請求人が侵害行為の停止となることで一定の損失があるとみられた場合には、本院はそれらの状況を総合的に鑑みて、再審の請求人は被請求人に対し 2 万元の賠償を支払うこととする。」と強調された。

ここで注意しなければならないのは、最高法院が判決において、原審の原告が、その登録商標を 3 年以上使用していなかったことが理由で取消となったために訴訟中の請求権にも制限を受けている問題に対しても意見を提出している点である。

(iii)「五谷豊登」商標権侵害審判：原告が登録商標を使用しておらず、商業的信用を得ていなければ、損害がないため賠償問題も起こらない。

商標権侵害審判において、法院は双方の当事者による係争商標の使用（不使用も含む）の具体的状況を重視しているが、本案件の二審が行われた広東省高級人民法院は、侵害行為の発生前に使用されていなかった登録商標については、その専有権者の損害賠償請求権はないといふかなり踏み込んだ判決を下した。このようなケースを具体的に見てみることにする。格力公司是登録商標第 8059133 号「五谷豊登」

(出願日：2010 年 2 月 8 日、登録日 2011 年 4 月 21 日)の専有権者であり、その指定商品はエアコン、扇風機、そしてヒーターを含めた第 11 類商品であった。2013 年 11 月 8 日、格力公司是珠海市中级人民法院に、美的公司是生産したエアコンで「五谷豊登」と同じような商標を使用したと訴え、美的公司の商標権侵害の即時停止と賠償金（経済損失 500 万元と侵權停止による支出 5510 元を含む）の支払いを請求した。この審理を経て、珠海市中级人民法院は美的公司に対し侵害行為の即時停止と、格力公司への 380 万元の賠償という判決を下した。³²

二審において、広東省高級人民法院は、美的公司が侵害行為を実施する前に、格力公司が「五谷豊登」という登録商標を使用していなかったため、商品の出所を区別する効力はなく、美的公司が格力公司の商標権を侵害してはいるものの、格力公司に実際の損失をもたらしたとはいえない。ただ、侵權停止に

³¹ 山東泰和世紀投資有限公司、濟南紅河ドリンク剤經營部と雲南城投置業有限公司の商標権侵害再審案「中華人民共和國最高人民法院民事判決書」(2008)民提字 52 号。

³² 前掲 25)。

よる合理的な支出は美的公司に賠償請求ができるという判断を下した。その主な理由として、次のような内容が含まれる。³³

まず、未使用の登録商標が実際に使用されず、また商品の出所を区別する機能もなかったため、いわゆる商標権の侵害によって消費者の混同を招く可能性がなく、商標権者の損失にもならない。

次に、未使用の登録商標が企業信用の媒体とは言えず、侵害する側はその信用を使って自身の商品を売り出すことは不可能であり、また、侵害行為によって利益を得ることも不可能であるため、その商標権の侵害による損害賠償請求権も成立しない。

第三に、審判中の登録商標が取消や無効の審決を受けていなければ、その登録者は完全な権利を有するべきであり、他者が同一又は類似商品で、同一又は類似の商標を使用することを禁止する権利を有する。

第四に、商標権者がその登録商標を実際に使用していなくても、他者の使用行為は、商標権者の商標権の行使に対する障害となる上、商標権者が市場を開拓するにあたっての障壁となる。このため、商標権者は他者による侵害行為を制止する権利を有し、そこで生じた支出については、侵害行為による損失として侵害した側に対し賠償請求ができる。

広東省高級人民法院の上記のような観点は、一見して「紅河」の商標の侵権に関する再審では、最高人民法院が確定した「商標は使用していなければ賠償はない」の原則を貫いているようであるが、かなり踏み込んだ判断と言える。いわゆる「過ぎたるはなお及ぼざるが如し」、つまり、真理が一步前に踏み込めば、誤りとなることもある。このような極端な「商標は使用していなければ賠償はない」という議論は、商標登録制度の根源に直接触れるものであるため、さらなる研究を要する。

（2）さらなる研究を要する4つの問題

上記で述べた4つの案件における終審法院はそれぞれ、北京市高級人民法院、広東省高級人民法院、そして江蘇省高級人民法院であり、それぞれが中国の経済・文化の最も発達した地区に位置している。そのうち、「紅河」の商標案件は最高人民法院で判断がなされた。そのため、これらの判決は中国商標侵害訴訟の将来の動向を決定すると言っても過言ではない。このことから、本節では4つの観点からこれらの案件に存在する問題についての考察を再度行い、中国の商標審判における「商標の不使用」制度に存在する問題を正確に把握し、法律整備に関する有益となる策を見出すことを目指す。

（i）侵権訴訟と行政訴訟における「商標の使用」に関する認定基準の差異

4つの判決ではいずれも、原告の登録商標の使用状況に注目した。そのうち、「紅河」と「五谷豊登」という2つの商標は実際に使用されていなかったため、更に研究を進める余地はないといえる。「千禧龍」の登録商標は広告宣伝という側面で使用されたが、実際に指定した商品の生産・販売促進活動中に使用されることはなかった。これを一般に言う「3年不使用の商標の取消」から言うと、漢都公司是「千禧龍」の商標登録した直後、その商標を新聞・雑誌の広告で使用したため、その行為は商標登録が要求する「商標の使用」に当たるものといえる。しかし、漢都会社がオリンパスを提訴した案件では、北京市高級人民法院は漢都公司がその登録商標を実際に使用していなかったと判断した。これは、侵害訴訟において、法院は原告がその登録商標を実際に使用したか否かを認定する際に採用した基準は、「3年不

³³ 前掲25)。

使用の商標の取消」を基準としていたことを意味している。北京市高級人民法院はまた、中国商標権利付与・確認の司法審査の終審法院でもあるため、この判決が故意による結果であったとしても、そうではなかったとしても、行政訴訟と民事裁判における「商標の使用」に対する認定に関しては二重の基準があることから、この点についてさらに深く研究する価値が大いにあるといえる。

ここで言ういわゆる二重の基準とは、更に的確に言えば、民事審判における認定基準が、行政の確権又は司法の審査における基準より厳しいものである。このような手法は合理的といえるだろうか。もし合理的であるならば、その原因や理由はどこにあるのだろうか。本人の視点でいうと、権利の確定や民事訴訟において、「商標の使用」に対して二重の基準をとることは商標制度の運行原理に完全に合致していると言える。それは主に次のことから分かる。第一に、「3年不使用の商標の取消」の行政確権において、商標権者がその商標が実際に使用されていたことを証明することの目的は、ただ登録の有効性を維持するためだけである。このような状況では、登録商標の専有権者は「守り」の立場にあり、法律の「商標の使用」に対する要求は相対的に低い。第二に、民事訴訟において、登録商標の専有権は「攻撃者」の立場にあり、商標が実際に使用されたことを証明する目的は、商標権の侵害を制止することであり、十分な賠償を獲得することでもある。このような状況で、商標使用の具体的な形式、使用者の主観的な意図、ないしは使用の実際の効果（又は当該商標が消費者の認可を受け、使用者の利益になるか否か）に対しては、どの法律における要求も高いものとなっている。第三に、民事訴訟では、法院が登録商標の専有権者が実際にその商標を使用していなかったと認定したとしても、当該商標の登録の有効性にも影響はない。登録商標の専有権者はただ、その案件で損害賠償の請求権を行使できない、或いは十分に行使できないだけである。

さらに、「3年不使用の商標の取消」やその司法審査、又は一般の民事訴訟では、「商標の使用」の認定基準には変化がないとしても、具体的な状況を柔軟に把握することが必要である。漢都会社が登録した「千禧龍」商標では、登録当初の広告宣伝行為が「商標の使用」とであると認定され、漢都会社がTCL集団を提訴した案件の状況のように、「千禧龍」の商標が登録されてから約5年後の結審の際には、漢都公司是依然として新聞や雑誌の広告のみに商標を使用しており、生産・販売活動にその商標を使用する意図も力もなかった。このような状況で、行政による確権の視点から言えば、漢都会社が登録の有効性を維持するために、象徴的な使用だけが続いていく。ここから、行政基準でも民事基準でも、登録商標に対する要求は登録後の時間の推移に伴って高まっていくことが求められる。実際、前述のように、漢都会社が終始パソコン、カメラ類、テレビ等の製品を生産できる質も能力も有していない、小規模な会社であった。1997年に工商部門で「千禧龍」登録し、商標を1998年より使用する意思はただ、「登録商標を賠償請求の手段としている」だけであるため、結局、賠償を得ることはなかった³⁴。

（ii）登録商標「商標は使用していなければ損害はない」論に対する認識の誤り

商標権侵害訴訟において、原告の登録商標の使用又は不使用の状況は、損害賠償額の計算と認定に影響するが、商標は使用していなければ損害はない。つまり、商標権の侵害が成立しても、侵害者による賠償がないという極端な考え方は、商標登録制度の基本理念に違反し、商標権侵害審判の実際の状況とも合致しない。中国と日本の商標法を例に挙げると、商標登録は実際の使用を前提としているわけではなく、登録を許可されれば、その専有権者は法律的な全面的な保護を受けることになる。中国、日本の

³⁴ 「当面の形勢のもとにおける知識産権審判における若干問題に関する最高人民法院の意見」7条、法発【2009】23号。

現行の法律では、商標が登録後3年以上不使用の場合、如何なる人でも取消請求が可能となる。一つの側面から見ると、このような規定は商標を真に使用するためにあり、商業上に期待された通りの効力を発揮すれば、不良企業が商標の抜け駆け登録や大量ストック、他企業に損害賠償を請求するための手段として登録商標を使用することを防止できる。しかし、別の側面から見れば、「登録商標の継続3年不使用」制度の仕組みの本質は、商標登録者に具体的な使用方式を確定する前に3年の準備期間を与えることを意味する。法律上が規定する3年以内に登録商標が使用されるか否かにかかわらず、一般的に商標登録者は、完全なる整備された商標権を有している。言い換えれば、他者の行為が権利侵害として成立すれば、必然的に登録商標権者が法律上の損害を受けることになるため、その場合に議論できるのは損害の方式や損害額のみとなる。

これに対し、日本の学者である田村善之教授は、次のような鋭い視点で論じている。田村氏は、「損害賠償請求の訴訟では、原告の商標が実際に使用されていなくても、商標権を有すれば、他者は商標の使用の許諾に関する協議を通して費用を得ることになるため、不使用の商標に財産的価値が全くないとは言えない。」という点を強調している³⁵。さらに、日本の商標法が1999年に改正された後、補償金の請求権が規定に入れられたことで、商標の登録を獲得するにはその使用が要件ではないため、当然のことながら、補償金請求権の行使は当該商標の使用を前提とはしないこととなった。具体的に言えば、補償金請求権は商標の正式な登録前に法律によって与えられた臨時的な保護的措置となっている。日本の商標法によると、商標の出願提出から、登記が完了するまでの間に、商標登録の出願人が商標登録の出願内容を記載して出願する際には、類似の範囲内、又は類似の商標の使用者に警告し、類似商標の使用者に対し、その行為による経済的損失に対する補償を請求することが可能となる³⁶。臨時的保護で有することとなった補償金請求権さえ商標の実際の使用を要件とはしていないのであるから、正式に登録された商標が侵害された後、その商標権者が自身の損害賠償請求権を行使する場合には、なおさら商標の実際の使用を要件とされないであろう。商標の侵害及び損害賠償に対して上記のような立場を持つのは日本の商標法だけでなく、EU 法院でも、最近のある判例で、商標の正式な登録前に臨時的保護を受けた例がみられた。その判決では、EU 法院は商標権侵害による損害と賠償計算の鑑定を、出願日から初審公告日まで、初審公告日から登録公告日と登録公告日以降、そして登録公告の間の臨時保護段階という三段階に分け、登録を済ませたすべての登録者が、当該商標が当該段階で実際に使用されたか否かを問わず、費用を受け取るか損害賠償を主張することが可能となった。このように、正式な登録後に、許諾費の損失を主張しても、損害賠償を請求しても、当然のことながら、商標を使用したか否かを問う必要がなくなった³⁷。

実際に、「五谷豊登」の案件では、二審法院の観点もお互いに矛盾したものであった。侵害が成立するかどうかを認定する際に、法院では美的会社の当該商標の使用行為により、一般市民がその表示と美的会社の特定商品とを関連付け、これが美的会社の商標と間違えて認識する可能性が十分にあるとしていた。従って、格力会社が製造・販売したエアコン製品で「五谷豊登」の登録商標を使用した際、一般市民は格力会社が美的会社の商標権を侵害したものと誤解するため、格力会社がその登録商標との関係を薄れてしまい、格力会社が所有していた商標権が損害を受けることになる」と指摘した³⁸。むろん、この

³⁵ 田村善之『日本知的財産法（第4版）』周超、李雨峰、李希同 訳、知識産権出版社2011年版、156頁。

³⁶ 田村著、周超、李雨峰、李希同訳、前掲35) 157頁。

³⁷ CLEU-Judgement C-654/15 Lansforsakringar 21 Dec 2016

³⁸ 前掲25)。

論証は鋭いが、このような損害による結果は典型的な「逆方向混同」を招いたことは認められる。さらに言えば、格力会社が美的公司による「五谷豊登」の商標権を侵害したことにより混同が起きたことを解消したいならば、人員、物力、そして資金を広告宣伝に費やさなくてはならず、これによって生じた費用は、美的公司による侵害によって生じた損害と考えられる。二審の主審裁判官がこのように自分のことを言うことになり、「商標は使用していなければ損害はない」の主張が覆された。

(iii) 商標の不使用が法定期間に達した登録商業請求権に対する合理的な制限

登録商標の不使用が法定期間に達すると、何人もその登録商標に対する取消請求をすることができ、登録商標が一旦取り消されると、元の登録者は各請求権を含む全ての権利を有することができなくなる。このように、訴訟において、仮に原告の登録商標の不使用が法定期間に達した場合、被告はこれに基づいて抗弁を提起し、原告による商標権侵害に基づく損害賠償請求権の行使を阻却するだけでなく、原告の有効な商標登録に基づいて与えられた、差止請求権、関連情報提供の請求権、権利侵害工具の廃棄請求権、侵害商品の回収請求権等も含むべきである。これにより、侵害訴訟で被告が有している不使用に対する抗弁権と、登録商標不使用に関する取消制度との相互の協調が保てる。ここから、中国商標法 64 条 1 項にある、3 年以上不使用の商標権者に対する訴訟請求権の制限が一方的ではないかということが言える。被告の抗弁が成立すれば、原告は有効な登録によって有していたあらゆる請求権は失効する。

さらに、商標の継続する不使用が法定期間に達した登録商標は取消が可能であれば、その商標権者が有する異議申立てを通してその後の類似の商標登録を阻止する権利、ないしは無効審判でその後の登録商標を無効とする権利も厳格な制限を受けるべきである。このように、ドイツ商標法の手法を参考にとすると、商標の異議申立てと無効審判で請求人に登録商標の不使用が法定期限に達したことに対する抗弁権を与えるのは当然のことである。実際、法律で請求人に抗弁権が与えられないとしても、被請求人も、法に従って、異議申立てや無効審判の請求人に対して商標の不使用が法定期間に達した理由による取消しを請求することができる。しかし、このような取消請求の提出で秩序が保たれなくなり、商標権確定紛争の処理においても、矛盾した結果を生む可能性がある。

総括すると、中国商標法の 64 条 1 項にある商標権侵害の損害賠償請求権に対する制限を、あらゆる請求権にまで拡大するべきであるだけでなく、先に登録商標の異議申立てと無効審判で商標の不使用が法定期限に達したことへの抗弁も考慮すべきである。日本の商標法は、今回の改正において、登録商標の不使用が法定期限に達する際の三種類の抗弁を導入することができるであろう。このように改正されることにより、登録商標の不使用の規定が整備され、全ての法律制度との協調が図れるようになる。

(iv) 侵害訴訟中に被告が原告の登録商標に対して行う「3 年不使用の商標の取消」請求の処理

「五谷豊登」の一審終了後、被告である美的公司在 2014 年 11 月 12 日に法院に対して、以下を理由に「審理中止請求」を提起した。その理由とは、国家商標局が格力会社の登録商標第 8059133 号「五谷豊登」に提出した 3 年以上不使用による登録取消請求を受理したことである。原審を行った法院は、国家商標局が 3 年以上の登録商標の不使用の取消請求を受理したことは、商標権侵害案件の審理を中止する法定理由にはあたらないと判断した³⁹。

³⁹ 前掲 25)。

原審の法院の美的公司による「審理中止請求」に対する処理の方法は、現行の法律に違反するものではない。問題は、「3年不使用の商標の取消」が行政審判と侵害訴訟で同時進行していた場合、現行の法律の規定に照らし合わせて、2つの最終判決が互いに衝突するか否かというところにある。以下では、考えられる2つの判決結果を分析する。

まず考えられるのは、原告が「3年不使用の商標の取消」審判において、その再審期間に当該商標を実際に使用したことを証明できず、その登録商標が取消となるケースである。侵害審判で、被告が提出した不使用の抗弁に対し、原告は相応の期間内にその登録商標が実際に使用されたことを証明できなければ、損害賠償請求権に制限を受けることを回避できない。民事審判では、「商標の使用」の証明に関する基準が行政審判より厳しいため、行政審判で商標の使用が立証できた被告は、民事審判では立証がさらに困難となり、悪い結果となってしまふ。これは、行政審判で取消となった登録商標の場合、原告が民事審判で依然として損害賠償権以外の請求権を行使できることを意味している。

考えられるもう一つのケースは、原告が「3年不使用の商標の取消」審判において、再審期間に商標の使用を証明できた場合、その登録が有効的に維持できるということである。民事審判では、「商標の使用」の証明の基準は行政手続きより厳しいため、ここから2つの可能性が考えられる。まず、原告が民事手続で登録商標の使用を証明できていないケースである。この場合、原告は有効な登録商標を有し、かつ、他者の侵害を制止できる権利を有しているが、損害賠償請求権が制限を受けているか失効していることになる。次に、原告が民事審判でその登録商標の使用を証明することに成功したケースである。この場合、原告はその登録商標の有効性を維持したうえ、完全な請求権も有することになる。

一つ目のケースでは、むしろ、2種類の手続での判決は矛盾している。登録商標が既に取消となり、先の商標権者のあらゆる請求権が失効となったはずだが、訴訟を通して他者による侵害行為を制止する請求権は、持ち続けるべきではない。この矛盾を解決する最も有効的な方法は、現行の中国商標法64条1項を改正し、被告の不使用による抗弁に対抗する力を有さない原告のあらゆる請求権を失効とすることである。上記のような改正を行うことで、2つ目のうち第一のケースでは、原告が当該登録商標を有するが、あらゆる請求権が制限を受けるか排除されることになる。そして第二のケースでは、原告が商標の有効な登録を維持し、かつ民事訴訟中に請求権の行使ができることになる。

以上のことから、現行の中国商標法64条1項の内容を上記のように改訂することで、民事訴訟や「3年不使用の商標の取消」審判が各自の倫理に合わせて進められ、最終の判決が互いに許容できるものとなることが分かる。

4. 結論：中国、日本の商標法の整備

本論をまとめると、次のような結論に至る。

登録主義がとられている国の商標法では、いずれも登録者に登録商標の使用を義務付けている。この義務に反し、数年間（3年又は5年）登録商標を使用しない場合、登録者は次のような2種類の法的結果をもたらす。まず、他者からの請求により登録商標が取消される。そして、異議申立て、無効審判、侵害訴訟において、登録者の請求権の行使が制限を受けるか、完全にできなくなる。これにより、各制度が整然たる有機体を形成する。

中国、日本では、いずれも3年以上不使用である商標の取消制度が明確に規定されているが、これが実務上でよく使われる「3年不使用の商標の取消」制度である。2013年に行われた改正において、中国

商標法には、新たに3年以上不使用の登録商標の損害賠償請求権の制限規定が新設され、具体的には64条1項に記されているが、このような制限は依然として包括的とはいえない。民事手続では、法院は登録商標を直接取り消すことができないが、不使用の瑕疵がある商標権者が持つ全ての請求権をはく奪するだけで、関連する民事裁判の判決結果が「3年不使用の商標の取消」制度と合致している。同様に、日本の商標法でも3年以上不使用である登録商標専用権者に対する制限をしないことに対する理由はない。さらに言えば、異議申立てや無効審判において、もし商標権者が先に商標登録したことを理由として、商標登録機関に後に請求された登録の取下げを請求した場合、或いは登録した後で商標の無効を請求した場合、後の請求人又は後の登録者は、先の登録者が3年以上不使用であったことに対する抗弁ができる。この面で、日中両国の商標法でもドイツの関連する制度を導入する必要がある。

本研究の課題は「登録商標の不使用」ではあるが、「商標の不使用」が消極的、否定的に捉えられ、「商標の使用」が積極的、肯定的に捉えられているため、立証の原理によって、消極性（否定）を主張する者はその主張に対する必要とされる説明を行うことで、立証責任を果たしたことになる。相手方の当事者、つまり積極性（肯定）を主張する者こそが立証責任を負う者である。このように、「商標の不使用」の論題は最終的には「商標の使用」の研究に落ち着くことになり、「商標の使用」の認定基準は研究における核心となる。総じて言うならば、このように商標を使用することで、商標が持つ効力を発揮させなければならない、ただ商標を維持することだけを目的とした象徴的な使用があってはならない。また、「商標の使用」を具体的に認定する際、民事訴訟における要求は、行政手続よりやや高いものにすることが妥当であり、そのようにすることで各制度が協調の上で運用されることができる。

「商品の不使用」の民事訴訟請求権に対する影響については、厳格に把握しなくてはならない。3年以上不使用の登録商標の場合のみ、専有権者が損害賠償請求権を含めたあらゆる請求権に制限を受け、または完全に行使できなくなる。中国の司法の実践では、「商標は使用していなければ損害はないため、賠償もない」論が新たに出始めているが、この観点は商標使用の制度を曲げて解釈することになり、商標登録制度の根底に触れることでもあるため、改めるべきである。

第3節 日本の制度現状から

I. 不使用商標に関する効率的な制度設計の探究—日本の経験を踏まえて

学習院大学 小塚 莊一郎 教授

1. 不使用商標の取消審判制度：現行法

(1) 商標制度の目的と不使用商標

商標制度の設計において、「使用されていない商標（不使用商標）」をどの程度、またどのような形で勘案すべきであるかは、普遍的な課題である。この問題は、知的財産法の中で、商標法（あるいは、より一般的に標識法）が有する特徴に深くかかわっている。

知的財産法は、無形の情報に対して法制度による保護を与え、それによって、社会的に望ましい行動に関係者がとるように動機づける（インセンティブを与える）制度であると考えられる。そうした知的財産法のうち、特許法や著作権法では、動機づけが向けられる対象は保護される情報それ自体の生産である。すなわち、特許により保護される発明や著作権によって保護される創作は、活発に行われることが社会的に望ましいものであるので、発明者や創作者に独占権を認め、そこから利益を収める機会を、発明や創作活動に対する動機づけとする。その結果として、より多くの発明が行われ、またより多くの創作が生み出されるならば、他に社会的な弊害が生じていない限り、制度は目的を達したといえることができる。

ところが、商標法の場合、商標の考案それ自体に価値があるとは考えられていない。商標は、特定の事業に蓄積された信用を化体する標識にすぎない。社会的に見て価値を有するものは標識が表現する信用であり、標識の保護は、信用を獲得する事業を促し、あるいは事業の信用を高めるための制度環境にすぎない。かみ砕いて言えば、より質の高い商品やサービスが提供されるようになること、新しい商品やサービスが市場に提供されること等が商標制度の目的であり、そのために必要とされる限りで、商標に保護が与えられるべきであると言える¹。

従って、商取引における不使用商標の存在やその数の大小について、それ自体として、社会的に望ましいか否かを一概に言うことはできない。新しい商品やサービスを提供するためには、一定の期間をかけて準備をする必要があり、そこにいう準備の中には、新商品・新サービスに用いられる商標の選定も含まれる。最終的に商標を選定するまでのプロセスでは、時間をかけて、複数の候補を一つに絞り込んでいくことが通常であるから、結果的には使用しないであろう商標も含めて、複数の商標についていったんは保護を確保したいと企業が考えることは当然であり、それ自体は非難されるべきことではない。他方で、需要者、とりわけ一般消費者に対して訴求力が強い言語や図形、色彩等には限りがあるため、実際に使用されていない商標が保護を受けた状態で多数残っていれば、新たな商標を選択する上での自由度が制約を受ける。そうした商標選択の制約が新商品や新サービスの開発にマイナスの影響を与えるとすれば（この点には実証が必要であるが）、それは、不使用商標がもたらす社会的な弊害であるという

¹ 商標制度が持つ社会的な意義については、小塚莊一郎「商標とブランドの『法と経済学』」『中山信弘先生古稀記念論文集・はばたき——21世紀の知的財産法』764頁以下〔2015年、弘文堂〕参照。

ことができる²。

従って、不使用商標に関する望ましい制度とは、抽象的に表現すれば、「社会的に有益な限度で、現に使用されていない商標にも保護が与えられ、かつ、社会的に弊害をもたらす不使用商標は保護が否定される制度」であるということができよう。しかし、この命題には、商標保護の拡大と制限という相矛盾する要請が含まれている上に、社会的な有益性や弊害の大きさを個々の商標について測定することはほとんど不可能であるため、現実には制度設計を考えようとするときわめて困難が大きい。商標制度全体の中では一見すると周辺的に見える不使用商標の問題が、実は制度の本質にかかわっていると考えられることは、このような理由によるのである。

（２）日本の商標法における不使用商標の登録取消審判制度

日本の商標法は、登録主義にもとづいて作られている。従って、商標登録の出願時に、その商標を使用していることは登録の要件ではない。そのため、新たな使用を検討している商標についても登録を受けることができる反面で、不使用に終わった商標の登録が残り、それと同一又は類似の商標を同一又は類似の商品又は役務について出願しようとする者の妨げとなる可能性がある。このような問題を調整するため、現行法には、商標登録を取り消す審判を請求できる制度が用意されている。

その内容は、登録商標が、継続して３年以上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によっても各指定商品又は各指定役務について使用されていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に関する商標登録を取り消すことができる、というものである（商標法 50 条 1 項）。審判請求の被請求人は商標権者である。そして、この規定にもとづく審判の請求があった場合は、被請求人が、審判請求の登録前３年以内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のいずれかについての登録商標の使用をしていることを証明しない限り、その指定商品又は指定役務に係る商標登録が取り消される。ただし、その指定商品又は指定役務についてその登録商標を使用していないことに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、商標登録の取り消しを免れ、商標権を維持することができる（同法 50 条 2 項）。これは、「登録商標の使用の事実をもって商標登録の取消しを免れる要件とし、その存否の判断資料の収集につき商標権者にも責任の一端を分担させ」たものである³。

さらに、取消しの審判が請求される３か月前から審判請求の登録日までの間になされた登録商標の使用は、審判請求がされることを知った後の使用であることを請求人が証明したときは、「使用」に該当せず、不使用取消しの審判を免れる根拠とならない。ただし、この規定も、登録商標の使用について「正当な理由」があることを被請求人（商標権者）が明らかにしたときは、適用が排除され、使用の事実が認められて不使用による取消しの審判は不成立となる（商標法 50 条 3 項）。

このように、不使用商標に関する日本法上の取消審判制度は、使用・不使用の事実に関する証明責任や「正当な理由」の考慮、駆け込み使用の排除などを複雑に組み合わせ、審判請求人と被請求人（商標権者）の間で微妙な利害の均衡を図るものとなっている。このような制度は、昭和 50 年（1975 年）に

² 中国の現状は、商標出願を推奨する政策が最近まで取られていた経緯などもあって、現実には使用されない商標が多数登録されているようであり（李明徳「登録商標不使用に関する問題の研究」本共同研究報告書 第 3 章第 2 節 I、118～119 頁）、社会的な弊害の方が大きくなっている可能性が高い。

³ 最判平成 3・4・23 民集 45 巻 4 号 538 頁。

ほぼ完成し、請求人適格の制限を削除した平成8年（1996年）改正により、現行法と完全に同じ条文となった（後述2.（2））。

（3）「ブランド」の時代と商標制度の変容

ところで、不使用商標の取消審判制度が現行法に見るような形態となった頃から、日本の標識法（商標法のほか不正競争防止法、商法中の商号に関する規定等を含む法制度の全体）は、大きな改革の時代に突入する。それは、商標（標識）に「ブランド」としての価値を見出し、企業によるブランド価値の活用を後押しするような制度を模索する動きであった⁴。

商標に対する伝統的な考え方は、記号論の用語を借りて説明すれば、商標という「記号表現」が商品や役務を「指示物」として表示し、その商品や役務の品質を「記号内容」として示す、という構造を前提とする⁵。これに対して「ブランド」とは、それ自体が、消費者に対する訴求力等の価値を有する財産である⁶。直接的な製造者よりも製品に付されたブランドが市場価値を決定し（OEM生産）、商品・役務の出所を示すのではなくそのイメージを喚起する目的で商標が選択され（イメージ商標）、ついには、ファッションや酒類等のブランドが財物のように取引され、ポートフォリオとして保有の対象となる（ブランド管理会社）。それは、「記号表現」がそれ自体として価値を持ち、消費されていく光景である。

商標から「ブランド」へのそのような変化を直接的に反映するような制度改革は、世界のどこでも行われたことがない。しかし、そうした「ブランド」の価値に最大限の保護を与えるべく、多くの国では、商標に対する保護が拡大されていった。日本でも、平成5年（1993年）の不正競争防止法改正によって著名標識の希釈化に対する保護が明文化されたことを先駆けとして、その後、逐次の商標法改正により、冒認出願等の不正目的による出願の拒絶（平成8年（1996年））、地域団体商標制度の創設（平成17年（2005年））、音や色彩等の非伝統的商標の登録導入（平成26年（2014年））などが実現した。

このような変化は、不使用商標の登録取消制度にも影響を及ぼさずにはいない。「ブランド」としての商標それ自体に価値があるとすれば、商標を使用することなく保有し続ける行為にも、経済的な合理性が認められるからである。他方で、「ブランド」の価値が大きい時代であるからこそ、新たな商標の選択を制約する不使用商標を排除する必要性が大きいとも言える。不使用商標の取消審判制度には、この間、条文上の改正がなく落ち着いているように見えるが、商標制度が全体として変容する中で、その社会的な意味や機能は変化していると思われる。

（4）本稿の課題

以上に述べたところをふまえると、商標制度に向けられた現代的な要請に照らして、日本における不使用商標の取消審判制度が社会的に望ましい制度となっているかについての再検討と再評価が行われ

⁴ たとえば、平成15年（2003年）の『知的財産推進計画』においては、「魅力あるブランドを活用して、より価値の高い製品、サービスを提供する環境を整備する」ことが政策として掲げられた（『知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画』（知的財産戦略本部、2003年7月8日）27頁）。これをふまえた平成17年（2005年）の産業構造審議会知的財産政策部会答申も、「企業活動においてブランド価値が重要となっていること」を前提とした制度設計を提言している（『地域ブランドの商標法における保護の在り方について』（産業構造審議会知的財産政策部会、平成17年2月））。

⁵ Barton Beebe, The semiotic account of trademark doctrine and trademark culture, in: Grame B. Dinwoodie & Mark D. Janis, *Trademark Law and Theory*, p.42, at pp.44-45 (Edward Elgar, 2008).

⁶ Philip Kotler & Gary Armstrong, *Principles of Marketing*, 15th edition, pp.76-77 (Pearson Education, 2014). 法律家の議論として、Jessica Litman, Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age, *Yale Law Journal* vol.108, p.1717 (1999).

るべきであろう。そうした検討の中から、いまや商標大国となった中国の商標法における不使用商標の登録取消制度に対しても、教訓が得られるはずである。しかし、この課題はきわめて大きなものであり、本稿は、それに直接取り組む用意がない。その代わりに、いわば準備作業として、次の点を論ずることとする。

第一に、日本の不使用商標の取消審判制度が現在のような形になった経緯を確認する（後述2.）。そこには、不使用商標をめぐる、時には相矛盾する要請のバランスをとろうと模索してきた跡が反映されているからである。

第二に、現行法が、判例による解釈を含めてどのように運用されているかを明らかにする（後述3.）。言うまでもなく、法制度が有する社会的な機能は、条文の文言だけでは明らかにならない。その解釈や運用の中で、微妙な（場合によっては絶妙な）バランスが図られ、社会的に見て望ましい状態が実現しているという状況は、珍しいものではない。

第三に、日本の商標法が有するさまざまな制度の中で、不使用商標に関連すると思われるものを概観する（後述4.）。不使用商標の登録取消制度自体の解釈・運用が、いわば制度内部からの調整であるとすれば、他の関連する制度を通じた利害のバランスは、制度外からの調整であると言える。これらのすべてを総合した上ではじめて、現行法に対する正当な評価が可能になると考えられる。

これらの検討を経たのちに、日本の現行法及び中国法に対して、若干の提言を述べることとする（後述5.）。これは、不使用商標の取消審判制度を再検討するという前述の大きな課題に向けたわずかな試みであり、両国の制度を、より本格的に検討するための一ステップにすぎないものである。

2. 日本における不使用商標の登録取消制度の歴史

（1）現行法以前

不使用商標の登録を取り消す制度は、現行法以前の大正10年（1921年）商標法にも置かれていた。同法14条は、次のような規定であった。

左ノ各號ノ一ニ該當スル場合ニ於テハ審判ニ依リ商標ノ登録ヲ取消スヘシ

一 商標権者正當ノ理由ナクシテ國內ニ於テ登録ノ日ヨリ一年間其ノ商標ヲ使用セサリシトキ又ハ引續キ三年間其ノ商標ノ使用ヲ中止シタルトキ但シ第五條ノ規定ニ依リ指定シタル商品中其ノ一ニ使用シ又ハ連合ノ商標中其ノ一ヲ使用シタルトキハ此ノ限ニ在ラス

二 ……

これを現行法と比較するとき、第一に、「不使用」の具体的な内容が、登録の日から1年間又は商標の使用中止後3年間、登録商標を使用しないこととされていた。この期間だけを見れば、当初からまったく使用していない商標に対しては厳しい制度であったように見える。しかし、第二に、指定商品のうちいずれか一つに使用していれば不使用とはされなかったのも、結果的には、不使用として取消しの対象となる商標は限られていたのではないかとと思われる。そして、第三に、不使用の事実、審判請求人が証明しなければならないとされていた。商標権者は全国のどこかで使用していれば不使用にはあたらないので、このような解釈をとると、審判請求人は、商標が全国のどこでも使用されていないという証明

をしなければならないことになり、それは事実上、困難であった⁷。さらに、不使用取消審判の請求後、審決前に使用を開始した場合に、それを理由として不使用を免れるか否かが問題となった。当時の判例は、その場合も登録商標を使用したことになり、不使用取消審判は不成立になるとした⁸。

このような制度及び解釈の下では、不使用により登録が取消される商標はほとんどなかったと言われる。その結果として、数多くの不使用商標が登録されたまま放置されていた⁹。

（2）現行商標法における制度の変遷

（i）現行商標法の制定（昭和34年（1959年））

昭和34年（1959年）に制定された現行法は、商標登録時からの不使用と使用中止の区別を廃し、継続して3年以上、「各指定商品について」登録商標の使用をしていないときは、利害関係人が登録取消の審判を請求することができるという制度を導入した。商標登録後から続く不使用に限って言えば、1年を超えると取消審判の対象になる制度では期間が短すぎるとして、3年に延長されたことになる。他方、商標権者の営業所所在地等の一定の場所を含む市区町村において登録商標が使用されていないときは、不使用の事実を推定するものとされた（昭和50年（1975年）改正前商標法50条3項）。これは、全国のどこでも使用されていない事実を証明することの困難を緩和するため、推定という法技術によって限定的に証明責任を転換し、大正10年法に指摘されていた問題点を克服しようとしたわけである。

さらに、取消審判請求の予告登録（商標登録令1条の2）の後に商標が使用されても、不使用取消審判の制度の適用上は、使用にあたらなるとされた（昭和50年改正前商標法50条4項）。前述のとおり、大正10年法の下で、判例はそうした「駆け込み」的な使用により、不使用の事実が解消されたとしていたものであり、その点も現行法の立法を機に改められたことになる。

（ii）昭和50年（1975年）改正

しかし、これらの改正によっても、不使用の事実を請求人が証明することはきわめて困難であり、不使用商標の取消審判制度は活用されない状態が続いた。実際に取消が行われる事例は、商標権者が法人であって清算が終了した場合、指定商品が製造販売について許認可を要するにもかかわらず商標権者が許認可を受けていない場合、商標権者が不使用を自白した場合、などに限られていたと言われる¹⁰。そこで、昭和50年（1975年）の改正により、使用の事実についての証明責任を全面的に被請求人（商標権者）に負わせる改正が成立した。これが、現行商標法の50条2項である。

（iii）平成8年（1996年）改正

その後、平成8年（1996年）には、商標法条約への加入に伴う商標法改正が行われたが、同条約は、登録の更新に際して標章の使用に関する宣言書又は証拠の提出及び実態についての審査を禁止してい

⁷ 吉原省三＝桶川美和「不使用による商標登録の取消し」『松田治躬先生古稀記念論文集』451頁、452頁〔東洋法規出版、2011年〕。

⁸ 大判大正15（1926）・4・2民集5巻246頁。

⁹ 豊崎光衛『工業所有権法〔新版・増補〕』426頁〔1980年、有斐閣〕。兼子一＝染野義信『工業所有権法』827頁〔1960年、日本評論新社〕は、大正10年法の14条について、「解釈上、かつ実務上異常な結論を導きその適用をほとんど不可能ならしめてしまっていた」とまで言う。

¹⁰ 小野昌延＝三山峻司編『新・注解商標法』下巻1463頁〔2016年、青林書院〕。

る（商標法条約 13 条 4 項 6 項）。これ以前には、更新に際して更新出願を必要とし、その際に、公益的登録拒絶事由が後発的に発生しているとき、及び更新登録の出願前 3 年以内に当該商標が使用されていないときは、更新登録が認められないという制度になっていた（平成 8 年改正前商標法 19 条 2 項）¹¹。商標法条約を批准するために、更新出願制度は廃止されることとなったが、その結果、不使用商標が一層累積すると危惧され、制度に若干の改正がなされた。

第一に、不使用取消審判の請求人適格について、「利害関係人」という文言を改めて「何人も」とした。改正前の規定については、不使用商標登録の取消しを求める「法律上の利益を有する場合」に請求人適格を認める趣旨であり、自己の出願が既登録商標に類似するとして登録を拒絶されるおそれがある場合や、自己の使用する商標が登録商標と類似するとして使用差止め請求を受けるおそれがある場合には、そのような法律上の利益が認められるという解釈が判例により示されていたが¹²、そうした点が争われる余地自体をなくすための改正である。

第二に、不使用取消審判の請求前 3 か月以内の使用は、正当な理由がある場合を除き、不使用取消を免れる「使用」にあたらないとする規定が導入された。審判請求の予告登録以前にも、商標権者と、後に審判請求人となる当事者との間で、事実上の交渉等が行われる場合が多く、その間に、商標権者が取消しを免れようと「駆け込み」的な使用をすることを排除するためである。

他方で、商標権者による使用として認められる範囲を、登録商標と「社会通念上同一」と認められる範囲まで拡大する改正も行われた。具体的には、商標法 50 条 1 項において使用が必要とされる「登録商標」に「(書体のみに変更を加えた同一の文字からなる商標、平仮名、片仮名及びローマ字の文字の表示を相互に変更するものであつて同一の称呼及び観念を生ずる商標、外観において同視される図形からなる商標その他の当該登録商標と社会通念上同一と認められる商標を含む。……)」というカッコ書きが追加された。改正前にも、社会通念上同一の商標が使用されていれば不使用ではないとされていたが、その運用を明確化し、かつパリ条約 5 条 C (2) をもふまえて社会通念上同一とされる範囲を「一層弾力的なものとする」改正であると説明されている¹³。

3. 現行法の運用

(1) 運用の状況

最近数年間において、不使用商標の取消審判は、年間 1000 件程度が申し立てられている。やや遡り、現在とまったく同じ制度となった平成 8 年改正法が施行された平成 9 年（1997 年）以降の統計を見る

¹¹ 当時の条文は、次のとおりである。

「商標法 19 条 2 項（平成 8 年改正前） 商標権の存続期間は、更新登録の出願により更新することができる。ただし、次に掲げる場合は、この限りでない。

一 その登録商標が第四条第一項第一号から第三号まで、第五号、第七号又は第十六号に掲げる商標に該当するものとなつていないとき。

二 更新登録の出願前（次条第三項の規定の適用を受ける場合にあっては、同条第二項に規定する期間の満了前）三年以内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もがいずれの指定商品又は指定役務についてもその登録商標（その登録商標と相互に連合商標となつていない他の登録商標があるときは、当該登録商標及び当該他の登録商標）の使用をしていないとき。」

¹² 最判平成 4（1992）・11・20 判例時報 1442 号 143 頁

¹³ 入野泰一「商標制度の改正」時の法令 1537 号 6 頁、20 頁〔1997 年〕。

と、件数の推移は、以下のとおりである¹⁴。

【図表-1】

	請求件数	請求成立	請求不成立	取下・放棄
1997	1,339	772		
1998	1,454	1,079		
1999	1,761	1,163		
2000	1,576	1,072	182	121
2001	1,475	1,539	315	169
2002	1,500	1,227	249	135
2003	1,745	1,244	258	161
2004	1,644	1,535	223	152
2005	1,597	1,221	199	118
2006	1,601	1,259	224	107
2007	1,757	1,331	158	161
2008	1,612	1,389	232	142
2009	1,413	1,313	290	109
2010	1,380	1,105	159	123
2011	1,169	1,011	155	106
2012	1,050	874	163	97
2013	1,190	812	122	123
2014	1,099	864	91	96
2015	964	832	102	95

出典：『特許行政年次報告書 2016 年版＜統計・資料編＞』、『同 2006 年版＜統計・資料編＞』、『同 2005 年版＜統計・資料編＞』¹⁵

この統計からは、平成 21 年（2009 年）頃までは一定の水準を保っていた請求件数自体が、その後減少を始め、現在に至っていることが読み取れる。その原因は明らかでないが、後述（4.）のとおり、平成 19 年（2007 年）以降、出願時に使用意思の厳格な確認（8 以上の類似群を指定する出願の拒絶）が適用されているので、その効果が現れているのではないかという推察は成り立ちそうである。

年間十数万件（2015 年は 147,283 件）の商標出願がなされる中で、取消審判請求の件数が 1000 件前後という数字は、多いとは言えない。しかし、それを不使用商標の登録取消制度が十分に機能していないと見るべきか、あるいは、事後的に取り消す必要のある登録がそもそもなされていないという意味で

¹⁴ 平成 8 年改正が施行された日は平成 9 年（1997 年）4 月 1 日である。施行時点で特許庁に継続していた取消審判事件には改正前の法が適用されたので（平成 9 年改正附則 10 条 1 項）、平成 9 年の件数には改正前の法が適用されたものも含まれている。

¹⁵ いずれも、特許庁ウェブサイトで入手可能＜<https://www.jpo.go.jp/shiryou/toukei/gyosenenji/index.html>＞。なお、2005 年版以前の統計では、請求件数及び請求成立件数のみが報告されている。

望ましい審査が行われていると見るべきかは、にわかには断定できない。しかし、近年に至って請求件数が減少傾向にあること、また平成8年以降、商標法の改正要望として不使用商標に関する事項が主張されていないことなどを考えると、総体的には、満足できる状況になっているのではないと思われる。

（２）裁判所による各要件の解釈

不使用商標の登録取消に関する現在の制度が、度重なる改正を経て、一応、満足できるものになっているとしても、そのような状態は、条文の文言だけによって達成されたわけではない。条文に規定された要件の解釈が、裁判例や審判事例によって次第に明確化され、その解釈を通じて、関係者の利害が調整されているという側面もある。実務上は、特許庁の審判事例も重要であるが、法文を解釈する権限は、最終的には裁判所に帰属するので、以下では、裁判例に現れた重要な論点の解釈を明らかにしよう。

（い）指定商品・指定役務と商標使用の関係

不使用による登録取消を免れようとする商標権者は、商標を使用した事実を主張し、証明しなければならない。この場合に、商標は、各指定商品・指定役務について用いられなければならない。そこで、指定商品・指定役務について使用するとはどのような意味であるか、という点が問題となる。

最高裁は、「当該商標が、必ずしも指定商品そのものに付せられて使用されていることは必要でないが、その商品との具体的関係において使用されていることを必要とする」という一般論を述べたことがある¹⁶。この判決は、大正10年法についてのものであるが、現行法についても妥当すると解されている¹⁷。具体的な事案においては、登録商標を付した便箋が取締役会や株主総会の招集通知に用いられたこと、未使用の封筒に印刷されていることだけでは、「指定商品との具体的関係において」使用されたとは言えない、とされた。

商標法に定める「使用」の定義には、「商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為」も含まれている（同法2条3項8号）。しかし、取締役会や株主総会の招集通知では、指定商品と具体的な関係がある「取引書類」とは言えないであろう。同様に、「広告」の場合にも、指定商品を宣伝する目的を持った広告であることが明らかになるようなものでなければならない。裁判例には、「商標と商品を雑然と並べて表示しただけのもの」であって、5種類の商標を併せて掲げ、商品については13種類を列挙した上で「その他多数」と記載した広告は、不使用取消の審判を免れる目的で名目的に商標を使用する行為にすぎず、具体的な商品に関する「使用」と認めることはできないとしたものがある¹⁸。

ところで、実務上、指定商品・指定役務が他の商品・役務と重なり合うように見えるときに、どの商品について使用したことになるか、という点が問題となる場合がある。たとえば、繊維素材のメーカーは、特殊な素材に用いる商標を「繊維」のほかに「被服」をも指定商品として登録し、その素材を用いた被服製品に商標を記載したラベル等を付して流通させることが多い。このとき、繊維（のみ）ではなく被服について商標を使用したことになるか、という点が争点となるが、ある裁判所は、ラベルの表示

¹⁶ 最判昭和43（1968）・2・9民集22巻1号159頁〔青星ソース〕。

¹⁷ 後藤晴男「商標登録取消審判の審決取消請求事件」『村林隆一先生還暦記念・判例商標法』459頁、462頁〔1991年、発明協会〕。

¹⁸ 東京高判平成5（1993）・11・30判例時報1488号144頁〔VUITTON〕。

はあくまでも素材についての商標にすぎず、被服に関する商標として使用されているとは言えないとした¹⁹。もっとも、より新しい裁判例では、類似の事案で、ダウンジャケットに付した下げ札に表示された素材メーカーの商標を「被服である本件商品の出所及び品質等を示すものとして用いられているものとも理解し得る」としたものもある²⁰。こうした事例とは異なり、「被服、布製身回品、寝具類」を指定商品として登録された商標を婦人用下着売場の店舗名として用い、チラシ、パンフレット等に記載したという事案では、商品商標と小売役務の商標とは重なることがあり得るという判断にもとづいて、指定商品についての使用にあたりとされている²¹。この裁判例は、小売役務の特殊な性質に配慮したもののように思われる²²。

(ii) 使用の態様

商標の使用に関して、日本法では、自他の商品・役務を識別する態様の使用のみが「商標的使用」であり、商標法上の「使用」と評価されるという考え方が一般的にとられている（商標法 26 条 1 項 6 号参照）。そのため、商品・役務の品質を記述する表現の中に商標が使用されても、商標法上の「使用」にはあたらない。この考え方は、不使用による登録取消が請求された場合にも妥当する²³。

最近の裁判例に、水中でも使用できるダイバーズウォッチに「DEEPSEA」という表示がなされていた事案で、これが商標的使用にあたるか、商品が深海中でも使用できるという品質の記述にすぎないのか、が争われたものがある。裁判所は、商品の品質を記述する機能があるとしても、自他商品の識別機能を持つことは否定されないとして、「使用」にあたると判断した²⁴。

また、指定商品を「図書、写真及び印刷物類」として登録した人名のような商標を書籍の背表紙に使用した事案では、裁判所は、需要者はこの記載を書籍の著者名として認識し、書籍を出版する業務の主体はその下に名称が記載された出版社であると認識する、という判断にもとづいて商標の使用の事実はないとした（平成 8 年改正前の更新出願が拒絶された事案）。判決は、この場合の商品は有体物としての書籍であり、書籍の内容をなす著作ではないと述べている²⁵。

(iii) 使用商標と登録商標の同一性

商標権者が不使用取消を免れるためには、使用されている商標が登録商標と「社会通念上同一」と認められるものであれば、まったく同一でなくともよい。前述（2.（2）（iii））のとおり、平成 8 年（1996 年）の改正において、「書体のみに変更を加えた同一の文字からなる商標、平仮名、片仮名及びローマ字

¹⁹ 東京高判平成 17（2005）・3・17 裁判所ウェブサイト [ZAX]（裁判所ウェブサイト掲載判例は、http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search1 から検索することができる）。

²⁰ 知財高判平成 25（2013）・9・25 裁判所ウェブサイト [Gram]。

²¹ 知財高判平成 21（2009）・11・26 判例時報 2086 号 109 頁 [elle et elles]。

²² 古関宏「店舗名としての使用と商品商標の関係」AIPPI55 巻 8 号 538 頁、547 頁 [2010 年]。小売商標（指定役務を「特定の商品の小売役務」（第 35 類）とする商標）の制度は、日本では平成 18 年（2006 年）の改正で導入され（商標法 2 条 2 項の追加）、翌年 4 月 1 日から施行された。それ以前には、たとえば衣料品の小売販売業を営む事業者が商標権を取得しようとすると、取扱商品である「被服」（第 25 類）を指定商品として出願し、登録を受けるしか方法がなく、本件の登録商標もそのような事例であった。

²³ 竹田稔『知的財産権訴訟要論〔特許・意匠・商標編〕〕[第 6 版] 750 頁 [2012 年、発明推進協会]。もっとも、一般論としてはこれを否定し、不使用取消を免れるための登録商標の「使用」は、「識別標識としての使用」に限らず、何らかの態様による使用で足りると述べる裁判例もある（東京高裁平成 3（1991）・2・28 知財集 23 巻 1 号 163 頁 [POLA]）。

²⁴ 知財高裁平成 21（2009）・10・8 判例時報 2066 号 116 頁 [DEEPSEA]。

²⁵ 東京高判平成 2（1990）・3・27 無体集 22 巻 1 号 233 頁 [高島象山]。

の文字の表示を相互に変更するものであつて同一の称呼及び観念を生ずる商標」と「外観において同視される図形からなる商標」が、社会通念上同一と認められる商標の例として明示された。

社会通念上同一の商標とは、類似商標よりも範囲が狭いと解されているが、裁判例は、かなり緩やかに同一性を肯定しているように思われる。最近でも、屋根ないし山形の図形と長方形、太い直線を組み合わせた図形の長方形部分に NU-STEEL（S の文字は図案化されている）と描かれた登録商標の商標権者が、実際には、同様の図形の長方形部分の余白に HOMES の文字を加えた商標を使用していた事案で、知財高裁は、社会通念上同一の商標を使用したと認めている²⁶。自他識別機能を有しない商品名を付加して表示しても、登録商標と社会通念上同一の商標であるという一般論を述べる裁判例もある²⁷。また、平成 8 年改正前の事例であるが、「LITTL WORLD」を上段に「リトルワールド」を下段に横書きした二段構成の登録商標の商標権者が、「リトルワールド」を上段に「LITTLE WORLD」（E が正しく補われている）を下段に表示した商標を使用していた事案で、社会通念上の同一性を肯定した裁判例がある²⁸。

【図表-2】



（iv）外国事業者による使用

商品の取引が国際化し、インターネットを利用した個人輸入も増加するにつれて、外国事業者が日本国内で商標を使用したと言えるか否かが問題となる事案も増加している。裁判例は、商標が付された商品を日本の消費者が個人輸入によって購入しただけでは、商標権者又は使用権者による譲渡行為も輸入行為もないので、「使用」があったとは認められないとした²⁹。これに対して、輸入された商品がさらに日本国内で流通することを予定されていれば、流通過程における商品の譲渡について、商標を付した外国事業者による使用行為に該当すると解されている³⁰。

（v）審理手続

不使用取消審判の手続は、口頭審理を原則とするが（商標法 56 条 1 項、特許法 145 条 1 項）、当事者のすべてが書面審理を申し立てているときその他の所定の場合には、書面審理とすることができる（特許法 145 条 1 項但書き参照）³¹。事案の大半では被請求人が答弁書を提出せず、従って実体的な審理が

²⁶ 知財高判平成 21（2009）・12・28 裁判所ウェブサイト [NU-STEEL]

²⁷ 知財高判平成 27（2015）・9・30 裁判所ウェブサイト [ヨーロッパアンコーヒー]。

²⁸ 東京高判平成 2（1990）・2・20 判例時報 1350 号 134 頁 [リトルワールド]。

²⁹ 知財高判平成 18（2006）・5・25 裁判所ウェブサイト [White Flower]

³⁰ 知財高判平成 25（2013）・9・25 裁判所ウェブサイト [Gram]、知財高判平成 25（2013）・3・25 判例時報 2219 号 100 頁 [Fashion Walker]。これらの判決について、西村雅子「外国法人の日本における商標の『使用』」『知的財産法研究の輪・渋谷達紀教授追悼論文集』377 頁〔2016 年、発明推進協会〕参照。

³¹ 審判便覧〔第 16 版〕53-00 2（1）。

行われないまま審決に至ると言われるが³²、この場合も、「被請求人から何ら答弁のない場合」として、職権により書面審理とされる³³。なお、いずれの手続が取られる場合にも、審判費用は異ならない。

商標権者による使用の事実の証明は、事実審の口頭弁論終結時に至るまで許される。従って、審判手続においてなんら主張立証を行わなかった被請求人が、審決取消訴訟の事実審においてはじめて使用の事実を主張立証したとしても、その証明に成功すれば、不使用取消を免れる³⁴。もっとも、民事訴訟手続の一般原則として、攻撃防御方法は適切な時期に提出しなければならない（民事訴訟法 156 条）、これに反する主張の提出は、裁判所によって却下される可能性がある。

（vi）不使用の正当な理由

登録商標を使用しなかったことについて「正当な理由」が認められれば不使用による登録取消を免れるが、裁判例は、これを厳格に解し、不使用を商標権者の「責めに帰することが社会通念上酷であるような場合」³⁵、あるいは不可抗力その他の商標権者の「責めに帰することができない事由」により登録商標を使用することができなかった場合³⁶、をいうと述べている。そのため、商標権者の事業上の理由、たとえば外国企業が日本国内で事業展開するためのフランチャイジーを発掘していたが契約に至らなかったという事情は、「正当な理由」と認められない³⁷。

4. 関連する制度との関係

不使用商標の登録取消制度は、それだけが独立して存在しているわけではない。商標法に定められた他のさまざまな制度は、すべてが相俟って、商標権の成立および効力が調整され、全体として、登録商標を有する商標権者とこれから商標を選択し、登録しようとする者の利害に一定の均衡を実現する。

一方では、商標登録の審査に際して、登録主義を前提としつつも、使用の意思を確認する制度が導入されている。具体的には、指定商品・役務が 8 以上の類似群にわたる場合には、事業計画書などの提出によって使用の意思が確認されないかぎり、出願は拒絶される³⁸。その根拠は、商標登録の要件が、自己の業務に係る商品又は役務について「使用をする」商標と定められていることである（商標法 3 条柱書き）。

このような実務は、平成 18 年（2006 年）に産業構造審議会知的財産政策部会が取りまとめた報告書『商標制度の在り方について』にもとづき³⁹、平成 19 年（2007 年）から導入された。これにより、一定の範囲内においてはああるが、使用の意思をまったく伴わない商標の登録は、制度上、抑制されることになった。その数年後に、不使用取消審判の請求件数が減少を見せているので、因果関係は検証されていないものの、事後的に登録取消を請求する以前に、使用の実態がない商標の数を減少させる効果があったのではないかとも思われる。

³² 古関宏「最近の不使用取消審判について」知財管理 60 巻 1 号 25 頁、26 頁〔2010 年〕。

³³ 審判便覧〔第 16 版〕53-00 2 (1) エ。

³⁴ 最判平成 3 (1991) ・4・23 民集 45 巻 4 号 538 頁〔CHEY TOI〕。

³⁵ 東京高判昭和 60 (1985) ・7・30 判例タイムズ 615 号 121 頁〔ファミリア〕。

³⁶ 知財高判平成 22 (2010) ・12・15 判例タイムズ 1362 号 210 頁〔ECOLUX〕。

³⁷ 知財高判平成 17 (2005) ・12・20 判例時報 1922 号 130 頁〔Papa John's〕。

³⁸ 『商標審査基準〔改訂 12 版〕』第 1 二、2. (3) ・同第 1 二、3.。

³⁹ 産業構造審議会知的財産政策部会『商標制度の在り方について』10 頁（平成 18 年 2 月）。

他方、登録商標の効力については、さまざまな形でそれを制約する法理や考え方が存在する。従って、使用の実態を伴わない商標は、審判により登録が取消されなくとも、そうした法理によって、個別的な事案の中で効力が否定され、弊害が除去されることがあり得る。

第一に、侵害訴訟において、きわめて例外的な場合に、損害の発生があり得ないことを侵害者が抗弁として主張し、損害賠償責任を免れる余地を認めた判例がある⁴⁰。現時点で使用していない登録商標も、使用許諾により許諾料を得るべき価値を持っており、そのことを前提として、商標法 38 条 3 項は許諾料相当額の損害賠償請求権を法定しているが、最高裁は、一般論として、「損害の発生していないことが明らかな場合にまで侵害者に損害賠償義務があるとすることは、不法行為法の基本的枠組みを超えるもの」であり、同項の解釈としてとり得ないと判示した。このような考え方が適用されると、不使用商標は、侵害訴訟に関する限り存在意義をまったく否定される結果となる。もっとも、最高裁は、事案へのあてはめにおいて「当該登録商標に顧客吸引力が全く認められず、登録商標に類似する標章を使用することが第三者の商品の売上げに全く寄与していないことが明らかなとき」と述べており、実際にこのような抗弁が認められる場合はかなり限定されるのではないと思われる。

第二に、商標権の行使に対して権利濫用の抗弁を認めた判例があり⁴¹、登録商標を自らは使用していないにもかかわらず、他人に対して権利を行使することが権利濫用にあたらないかという問題が、一応、考えられる。これを安易に認めると、審判手続を経ることなく、取消審判と実質的に同一の効果を実現する道を開くことになるから、基本的には、そのような考え方を認めるべきではないと思われるが、すでに不使用取消審判が請求されている状況で侵害訴訟が提起された場合や、不正な意図が明らかである場合など、例外的には認められるのではないかとする見解も示されている⁴²。

第三に、日本の商標法が、「商標的使用」という一般的な概念を有し、自他商品役務を識別するような態様で商標が使用される場合のみを商標法において意味のある「使用」と位置づけている点も、重要である。品質を表示する文字など自他識別能力が希薄な登録商標は、不使用取消が認められずとも、使用態様によっては侵害とならない可能性が大きい⁴³。逆に、自他商品の識別能力が強い造語商標などは、ただちに使用されていないとしても、独占を認めておくことに合理性があると言えよう。

このように、登録商標に強い効力を認める必要性と商標選択の自由に対する不当な制約を排除する必要性の均衡は、不使用取消制度のみによって図られるわけではない。登録審査の段階で使用の意思を確認したり、いったん登録された商標権の効力をさまざまな法理によって制限したりすることも、商標制度が全体として望ましい均衡を確保するための有効なツールである。不使用商標に関する制度設計は、これらの総体を考慮に入れつつ議論をしなければならない。

⁴⁰ 最判平成 9 (1997) ・3・11 民集 51 巻 3 号 1055 頁 [小僧寿し]。

⁴¹ 最判平成 2 (1990) ・7・20 民集 44 巻 5 号 876 頁 [ポパイ]。

⁴² 飯田圭「商標権の行使と商標登録の無効理由又は不使用取消理由について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務』第 3 巻 99 頁 [2007 年、新日本法規出版]、光石俊郎「商標法において権利濫用とされた裁判例の再構築 (試論)」『牧野利秋先生傘寿記念論文集・知的財産権 法理と提言』683 頁 [2013 年]。なお、無効とされるべき権利の行使に対しては、無効審判を経ることなく権利行使を否定する抗弁が法定されているが (商標法 39 条、特許法 104 条の 3)、不使用取消には同様の規定は存在しない。遡及的に権利が否定される無効と、商標登録の効力を審判請求の予告登録時に消滅させる不使用取消 (商標法 54 条 2 項) との間には、性質に大きな相違が存在するのである。

⁴³ 生田哲郎＝中所昌司「商標登録の不使用取消審判の審決取消訴訟で、商標権侵害の範囲が示唆された事例」発明 113 巻 2 号 51 頁 [2016 年] 参照。

5. まとめ

本研究では、登録商標の不使用取消に関する「日本の経験」を、過去の経緯と現状の概観を通じて、明らかにした。そこには、本共同研究の当事国である中国と日本の双方にとって、豊富な教訓が含まれているように思われる。一層の検討を深めるべき論点もあるが、さしあたり、以下の点を指摘することができよう。

第一に、日本の経験は、決して直線的に発展してきたわけではないことが確認された。たしかに、不使用商標の取消審判請求という制度そのものは、大正10年（1921年）の商標法以来、現在に至るまで一貫して存在している。しかし、制度の細目は、特に証明責任の所在をめぐる、何度も変遷してきた。また、平成8年（1996年）の改正のように、不使用取消請求が容易になる方向と、取り消しを免れる可能性が拡大する方向の改正が同時に行われたケースもある。中国の現状は、大量の不使用商標が登録されていることに悩まされており、その抑制が当面の課題になっているというが⁴⁴、日本と同様の不使用を理由とする登録取消制度はすでに導入されているので、今後は、証明責任を含めた制度の運用に関する細目の改革が検討されるべきではないかと思われる。

第二の教訓は、不使用商標の問題を、登録取消制度の外形のみから議論しては不十分だということである。日本では、制度の各要件について、裁判所による解釈論が積み重ねられてきた。その中でも、商標権者がどのような態様で使用していれば取り消しを免れるのかという問題に関しては、指定商品、指定役務との関係、使用の態様、登録商標と使用商標との同一性、外国事業者による使用の場合の考え方など、さまざまな角度からの裁判例が蓄積されている。これらの解釈は、とりわけインターネットによる取引が急速に普及する状況に照らして適切か否かという観点から、日本でも改めて検討すべき点が多く、また、中国ではこうした点についてどのように解釈されているのか、日中両国の間で考え方の調整を図る必要がないかなども、今後検討されるべきであろう⁴⁵。また、登録取消制度をその他の制度との関係に位置づけて理解することも重要である。とくに、日本で、平成19年（2007年）から出願時の「使用の意思」を厳格に確認するようになった後に、不使用商標に関する制度に対する改善要望があまり聞かれなくなったという事実は、示唆的である。結局のところ、不使用商標の問題は、事後的な取消よりも出願時の審査によって解決する方が効率的であるという可能性を示しているからである。

第三に、こうした検討を進める上で、前提となる商標制度についての理論的な考察が、実は重要であるという点を指摘しておきたい。日本における不使用商標の登録取消審判制度は、不使用商標が存在するために登録を受けられない後願商標の出願人が、拒絶事由を解消するために利用するものであり、その目的に沿って、たとえば、不使用取消審判が請求されると、その対象となった商標を拒絶理由として引用する拒絶査定は猶予するという運用になっている⁴⁶。中国でも、同様に後願の出願を可能にする意図で不使用取消制度を利用する請求人は少なくないと想像されるが、審判請求が争われ、継続している間における後願商標の審査手続については、実務上、改善要望もあるようである。ここで問われている問題は、「不使用商標が登録されることにどのような弊害があるのか」というものである。そして、その問いは、結局のところ、「商標登録制度はどのような意味で社会に有益なのか」という、より本質的な問題につながっていると考えられるのである。

⁴⁴ 李明徳「登録商標不使用に関する問題の研究」本共同研究報告書 第3章第2節Ⅰ、118～119頁

⁴⁵ 彭学龍「登録商標の不使用に関する理論の検討と制度の改善」本共同研究報告書 第3章第2節Ⅱ、140頁

⁴⁶ 『商標審査便覧』20.03 参照。