

教材45ページは「創作法制との調整」ということで、商標権侵害において創作法と調整する場面があるというお話です。創作法とは、知的財産法の中でも、創作したことに對して権利を与えられるたぐいの法律です。具体的には、特許、著作権、意匠が、いわゆる創作法制と言われているものです。

これに對置する言葉としては、標識法という言い方があります。これは商標法と不正競争防止法の2条1項1号や2号を指します。標識とは、表示の意味です。標識に蓄積される信用を保護するという意味で、創作法に對し、標識法と言います。ですから、標識法である商標と、創作法である特許、著作権が重複する場面があります。そのお話です。1つ目が、まず著作権法との調整ということで、「著作物の題号・著作者名の表示」とレジユメに書いてあります。

つまり著作物である本の名前や作者名を商標登録できるのか、あるいは商標権行使ができるのかというお話です。

夏目漱石事件という事件があります。この事件は漱石自身ではなくて、遺族が、「夏目漱石小説集」を商標として出願したという事例です。この出願は拒絶されています。商標登録できないということです。

次の事例は、POS実践マニュアルです(東京地判昭和63.9.16無体集20巻3号444頁)。POSというのは、コンビニ等にあるオペレーションシステムです。バーコードでピッとすると、バーコードに蓄積されている情報、例えばこの商品は何年何月に作られて、どこから出荷されて、どこのコンビニに導入されて、何時ごろどのような人に売られたのかというような情報を一括してコンピューター管理し、それをさらに仕入れや利益生産などに反映するというものです。売れ筋のマーケティングリサーチに利用する一連のシステムです。このPOSを導入したことで、マーケティングは劇的に改善され、これなくしてはコンビニという商売ができないというぐらいのものであるとのこと。

この『POS実践マニュアル』という本を出していたところ、なぜか指定商品を印刷物、すなわち本とする「POS」という商標がどこかにあったようです。これに對してPOSの方が、『POS実践マニュアル』に對して商標権を行使したのですが、それは侵害には該当しないという判決が出ております。

夏目漱石事件で、夏目漱石の遺族が何を狙っているかを考えましょう。著作権というのは存続期間があります。著作者が死んでから50年です。ですから、漱石が死んでから50年過ぎると、著作権は消滅してしまいます。

ですから、夏目漱石の小説をコピーすることは誰でもできるということになります。例えば、岩波書店が漱石と仲良くして、漱石は岩波から本を出すことにしていたところ、50年過ぎればほかの出版社、例えば小学館などは漱石の小説をそのままコピーして、そのまま出版することができるのです。すると競争になり、漱石の遺族に著作権料が入らなくなるわけです。それを防止しようと思って、商標を出願したわけです。

商標は、使っている限りは永久権です。更新制度があるのですが、更新を怠らない限りは永久権です。そうすると、夏目漱石3代の孫、5代の孫というように、延々と権利行使ができることになります。

でも、それは何かおかしいですね。著作物に関しては、著作者が死んでから50年で権利が消滅すると決めたのは、意味があることです。50年を過ぎたらパブリック・ドメインにしようという積極的な意味があります。ですから、商標制度を使ってその趣旨をすり抜けするというのは、脱法行為といえますか、法の趣旨に反することなので、保護する必要はないということになります。

特にPOSの方ですが、出願の場面では、このような商標権の題号を商標登録するとしましても、その書籍の題号というのは、そもそも出所を識別するものではないですね。例えば、夏目漱石の本に「『坊ちゃ

ん』夏目漱石」と書いてありますが、よく考えると、夏目漱石というのは出所ではないですよ。あくまで本ですから、本の出所を考えるべきです。本の出所を考えると、それは印刷業者か出版社になるわけです。夏目漱石が自分でガリ版か何かで印刷して閉じて、本を出したのではないですよ。本の内容である無体物を作ったのは漱石ですが、有体物としての本を作ったのは出版社や印刷所です。出所は、本当はそこからなるはずですよ。

ですから、レジュメには、書籍の題号を商標として出願したとしても、出所を識別するものではないから商標に該当せず、3条1項1号の柱書き違反と解すべきと書いてあります。それでも構いませんし、特許庁では3条1項3号の品質を表示するものとして、拒絶をする実務になっているようです。

3号ですと本当はいろいろ細かい問題があるので、私は商標ではないとして拒絶をした方がいいと思うのですが、いずれにしろ拒絶をするべきといえます。

さらに、侵害の場面については、「夏目漱石」と書いてあっても、一休さんの事件のテレビまんがと同じように、それは出所を表示するものではないとなります。書いたのは夏目漱石ですが、「夏目漱石」を見て出所だと思う人はいないわけです。そのようなことで商標として機能しておりませんので、それは侵害にはならないと解すべきだということです。

今考えている出所というのは、あくまで書籍の出所です。書籍の出所とは、本を作った人ということであり、本の内容を書いた人ではありません。

ですが、雑誌や百科辞典の題号は、出版社を表示する場合があります。すでにみた『日経ギフト』です。『日経ギフト』と書いてあれば、日本経済新聞が作っている雑誌だということを識別していると思います。ですので、出所を識別する場合があります、そのような場合は登録可能です。

実務的には、定期発行物については登録を認めるというのが特許庁の実務のようです。月刊誌や週刊誌、また、新聞の題号なども登録可能なようです。この辺の線引きは難しいと言えれば難しいですが、一応そのような基準になっています。

そのほかの著作物については、音楽のCDのタイトルは書籍と同じ扱いです。音楽のCDについても、著作物の問題です。他には、ゲームのタイトル、例えば、たまごっちやファイナルファンタジー、スクウェアなどは商標として機能していると言われていています。何が異なるかという、内容との結び付きが比較的弱い場合、商標として機能するというのが、傾向です。

「たまごっち」といったときに、たまごっちが流行した後の皆さんにとってみれば、たまごっち育てゲームだなと分かると思いますが、出たときは、たまごっちとは何でしょうということになるわけです。むしろ商標というのは、最初に聞いたときに何であるかわからない方が識別力は強いわけです。すなわち、商標として機能しやすいということになります。

ファイナルファンタジーやドラゴンクエストも、今は分かりますが、初めて出たときはこの題号だけではどのようなゲームかわからないですよ。その方がかえって商標として機能するわけです。

ですから、レジュメに書いてある「三国志」や「信長」は、むしろゲームの内容を説明している商標と言われて、3条1項3号などで登録阻却、あるいは26条で権利が制限されやすいということになります。すなわち、内容を直接示しているような表示ですと、比較的、登録を阻却されたり、権利行使が制限されやすくなります。

次に、「著作物の登録」の問題ですが、これは、著作物を商標として出願できるのかどうかということですよ。つまり、自分の著作物であれば問題ないですが、他人の著作物を勝手に商標登録できるのかどうか

がここでの問題設定です。

基本的に、これは禁止をする条文はありません。他人の著作物、キャラクター、ドーレくん、あるいはキャッチコピー、最近ですと R35 で「もう一度妻を口説こう」といったようなものも、登録は可能です。

これはどうしてかという、他人の著作物であっても、許諾を取ってれば、登録しても構わないわけです。しかし、審査の段階で、その当該他人から、キャラクターやキャッチコピーについてライセンス許諾を受けているかどうかを審査するのはなかなか困難です。特に自分のキャッチコピーであればライセンスは必要ないですから、出願した人のキャッチコピーか、そうでないのかというを見分けるのも困難といえますか、煩雑です。

ですので、審査の場面、つまり登録の場面では、この点については原則見ないということにして、権利を行使するときに処理をしようというのが、著作権法と商標法の発想になっています。ですから逆を言えば、他人からライセンス許諾を受けていない著作物でも登録できてしまうということになります。

権利行使の場面で調整をする規定がありまして、商標法ですと 29 条になります。商標法の 29 条は非常に読みづらい条文ですが、著作権と抵触するとき、すなわち、自分の商標登録出願の日より前に生じた他人の著作権と抵触するときは、商標権者は商標の使用はできないと定める規定になっています。著作権者から許諾を受ければいいということです。

ですから、著作権の方が先に発生した場合は、商標権者は商標を使用できないことになります。商標を取得することはできるけれども、ライセンスを受けずして使うことはできないということです。

逆に、商標の方が先で、著作権の方が後の場合はどうなのかという、条文はありません。あるとすれば著作権法にあるはずですが、条文はありません。

レジュメでは著作権者の方は使用を自由とすべきと書いてありますが、これは商標的使用でない場合が多いからです。例えば、キャッチコピーを商標権者の方が考え、「もう一度妻を口説こう」という商標を登録した後に、著作権者がいるということですから、誰かが小説の中にそのようなキャッチコピーを無断で使ったという場合です。

その場合はどうなるかといいますと、そのキャッチコピーは商標的使用ではないと考えられる場合がほとんどです。本の中にそのフレーズが書いてあったとしても、特に指定商品や指定役務である特定の商品、役務に、出所の表示としてそのキャッチコピーが使われているわけではないですよ。

ですから、先に商標があって、それを著作物の中に取り込んで使うという場合は、ほとんど非侵害になります。もちろんそのキャッチコピーを考えて商標登録をしたというプロセスにおいて、そのキャッチコピーに別途著作権が発生することがありますが、それは純粋に著作権の問題になります。

以上が著作権法との調整です。次が特許法、実用新案法、意匠法との調整になります。この問題については、両者は完全に重複しないことが多いと書いてあります。例えば、指定商品をボールペンとする、矢羽型の登録商標と、持ち手を矢羽でかたどった登録意匠がある例を考えてみましょう。

皆さん、ボールペンを想像してください。ボールペンには、胸ポケットや、あるいはノートなどに挿せるように、フックが付いていると思いますが、ここを矢羽型にして、それを立体商標として登録することができます。一方、ボールペンを物品とし、フックのところを矢羽型にするデザインについては、別途、デザインとして意匠登録を受けることができます。

ですがこういった場合に、例えばその矢羽型ボールペンで広告を打ったということを考えますと、たいていは意匠権侵害にはなりません。どうしてかといいますと、意匠権は物品性が要求されますので、広告は

基本的に非侵害になります。したがって、両者は完全に重複しないことが多いということです。

ただ、クリアする場合もありますが、著作権と同じように、登録の場面では調整はいたしません。他人のデザインであっても、商標登録を受けるのに支障はありません。その代わりに、やはり権利行使のところで処理をします。商標法ですと 29 条がありますし、特許、実用新案、意匠にも同じような規定があります。

この問題については先願かどうか、すなわち特許庁に出願書類を提出した時点で決めます。先願の権利範囲内では使うことができないということです。ですから先の例で言えば、意匠登録が先であれば、商標権者の方は使うことができず、当該意匠権者に許諾を受けて使うことになります。

以上が、他の法律の調整のお話です。

#### IV 登録主義の補完

次に、教材 46 ページの登録主義の補完制度です。本日は補完制度を 3 つ見ますが、最初の不使用商標取消審判が非常に大事な制度になります。

これは、不使用商標対策、すなわち、ストック商標対策です。登録主義の最大の欠点は、このストック商標です。登録主義なので現実の使用は要件とされず、所定の要件を満たせば商標登録できる結果、使いたくない商標がやたらと登録されます。何か商標を思い付いたら、取りあえず取っておき、その後商品を選定するということになります。

何度も言います通り、商標というのは使用されることに意味があります。使用されない限りは、絶対に信用は蓄積されません。商標法というのは信用を保護する制度ですので、使っていない商標は保護の価値がゼロということになります。

ゼロでしたらそれでもいいのですが、4 条 1 項 11 号でみたように、すでに登録されている商標と同一または類似の商標は登録できません。

ですから、ほかの人が商標を選定する自由を妨げていることになります。現在、日本では 180 万件くらい商標があると申し上げましたが、これから商標を出す人は、それ以外を選ばなければならないのです。この先 300 万件、500 万件とたまっていくと、だんだん選ぶ残りの部分がなくなってくるわけです。使われていないゆえに保護価値がゼロという商標のために、新しい商標を選ぶ人の選定行為が妨げられるということになると、これは放置しておくわけにはいかないということになります。したがって、このストック商標を減らす必要があるのです。

そこで日本の法制が採ったのが、登録の際は登録主義なので使用の有無は問わないけれども、使っていない商標を事後的に抹消しようという方策です。法律の用語で正確に言えば、取消するというのが、不使用取消審判です。ほかにも細かい制度はありますが、ストック商標対策はほぼこれに頼っていることになります。使用しているかどうかを出願のときに問わない制度を選んだ以上は、その欠点をカバーするために何らかの手当が必要だということになります。

昔は、現在使われていない商標を出願する場合は、これからの使用計画書を提出するという決まりがあったのですが、使用計画といっても予定は未定ですから、適当なことを書いて提出すれば、簡単に通ったのです。特許庁の方もそんなに厳しく問うたところで、将来どうなるかなんて分からないですね。お互いむなしい作業をしているということで、国際条約の関係もありますが、現在では、使用計画書の提出制度のようなのはなくなりました。そのため、現在ではこの不使用取消審判の役割というのは、一段と大きくなっていると言うことができます。

不使用取消審判の説明に入っていきます。これは50条に書いてある制度です。商標には取消審判はたくさんありますが、まず勘違いをしてほしくないのは、無効審判とは違うということです。無効審判というのは審査の瑕疵を正す制度なので、今までお話してきた3条や4条といった登録のための要件があります。登録のための要件を満たしていない過誤登録の商標というのが、現実にたくさんあります。

過誤登録の商標というのは、そもそも商標登録されるべきでなかったものです。それを正すのが無効審判です。取消審判はそうではありません。取消審判の対象となる商標というのは、すべて登録の要件を満たしているものです。

不使用取消審判の意味というのは、使っていないことをもって商標登録を抹消するという制度です。登録の時点では瑕疵はなかったのだけれども、商標法が本来予定をしている使用をしていないので、保護の価値がありませんから、もうこの商標登録は抹消しましょう、というのが取消し審判です。

日本の商標は180万件近くあると申し上げましたが、半分以上がストック商標だと思います。そうすると、90万件近くストック商標があることとなります。注目されるのが、1年間に提起される取消審判の数ですが、1,600件弱だそうです。ですから、ストック商標があるからといって、片っ端から取り消しになっているというわけではないのです。

取消審判が実際にどのように使われているかという、ある商標を誰かが選んで、この商標を登録したいと考えたが、調べてみるとすでに登録されていたというときに、どうしてもその商標を登録したいとすれば、その商標登録を消滅させればいわけです。その手段として不使用取消審判が使われていると思われれます。

ですから、この商標制度の趣旨を貫徹しなければいけないという正義の味方がどこかにいて、商標制度の趣旨の名の下に、使っていない商標を片っ端から取消しをしているというわけではなく、使いたいと思っている当事者に委ねているのです。ですから、予想よりもずっと少なかったのですが、年間1,600件程度ということになっております。

審判制度ですので、誰かが提起をしなければいけないのです。特許庁が、使用しているかというチェックを例えば1年間に1回行い、使っていない商標を審判に掛けるという制度ではないのです。誰かが審判を提起することを待って、この制度を動かすこととなります。

ストック商標のデメリットと制度運用のコストをはかりに掛けて、このような制度にしたのです。制度的には、特許庁などがチェックをして、定期的に審判を提起することも考えられますが、ストック商標のマイナスよりも運用コストの方が高いので、そのような制度は採らなかったということになります。

制度としては、3年間使っていない場合は取消審判を提起できるようになっています。3年間ブランクがあつてはいけないということになります。逆に言うと、3年間は使わなくてもいいこととなりますので、厳しく言いますと、登録を受けてから3年間、使うかどうかの選択の時間が与えられているということになるでしょうか。

まずこの審判制度の請求人適格ですが、これは何人も請求することができるということが50条1項に書いてあります。何人も取り消すことについて審判を請求することができるので、誰でも、つまり皆さんでも、この取消し審判を提起することが可能です。

実は昔は、「何人も」、という文言がなく、請求人適格について決まりがなかったので、一般の民事訴訟と同じように、利益なければ訴権なしが適用され、利害関係を要する、すなわち、具体的に言えば競業者でなければならないと解釈されていましたが、最初に説明したように、ストック商標というのは決して当事者だけの問題ではありません。商標選定の自由を広く妨げているということで、公益的な側面がありますの

で、改正されて、何人も、という文言が入りました。現在では、特に訴えの利益を問われることはない制度になっています。1回5万5,000円かかりますので、誰でもできるというわけにはいきませんが。

問題は、3年間使用していないかどうかです。この3年間をどうカウントするかということです。これは50条の2項に規定されています。

商標権者は、審判請求の予告登録前3年以内に、自らもしくは専用使用権者か通常使用権者、すなわちライセンシーが、審判請求に係る指定商品、役務のいずれかについて登録商標をしている必要があるということになります。

審判請求は、特許庁に対して書類を提出しますが、特許庁に対して審判請求書を提出すると、特許庁は、審判請求がありましたという予告登録というのをします。これから審判が始まりますよという意味の予告です。

これは特許庁の手続きで、特許庁の事務がやってくれます。この予告登録は、商標権者に通知されません。

3年間というのは審判請求があった後の予告登録から前の3年間であり、この期間で使っていないと、取消されることとなります。

つまり、審判請求、あるいは審判請求の予告登録がされた後に、商標権者が慌てて使用しても、もう遅いという意味です。

これは当たり前と言えば当たり前です。審判請求されてから使えばいいというのであれば、自主的には使用せず、請求書が来てから適当に使っておけばいいということになります。それでは取り消しの制度として機能しません。

この予告登録から前の3年間使っていなかったということは、昔使っていたけれども今はもう使用をやめたために、この3年間の間に入っていなかったという場合も、取消されてしまうということです。ここはある意味、法の割り切りがあります。

審判請求ではなく、予告登録からです。審判請求と予告登録の間はどれぐらいかといいますと、決まってはいるのですが、だいたい1カ月ぐらいだと言われています。時間的にはそれほど長くはありません。まず、予告登録から3年間というのを理解していただきたいです。

50条2項のただし書きに、不使用について正当な理由がある場合にはこの限りではないということが書いてあります。このただし書きが機能したことはあまりなく、おそらく商標権者側の都合でこのただし書きに該当するというわけにはいかないでしょう。

47ページに参ります。このような制度を作ったところで、必ずすり抜けの問題が出てきます。それが駆込使用と形式的使用の問題になります。

この点についてはヴィトンという事件が実際にありました(東京高判平成5.11.30知裁集25巻3号601頁[VUITTON])。Y、すなわち商標権を持っていた人が、ルイ・ヴィトンです。ほかのXが取消審判を掛けたという状況です。ルイ・ヴィトンの商標は、例のLVマークなので、皆さん分かりますが、どのような使用対応だったかといいますと、教科書の155ページにその広告が掲載されています。商標権を持っている人は、もちろん天下のルイ・ヴィトンですので、侵害的な使用ではありません。

どのような事件だったかといいますと、取消審判を請求したXは、以前に化粧品を指定商品として、英語で「VITON HI」を出願していました。ところが、ルイ・ヴィトンが、せっけんやせっけんに類する商品を指定商品として、「VUITTON」という商標を持っていたので、Xが、これは登録できないと言われたのです。

適用条文は、すでに登録されている商標と似た範囲では商標登録できないという4条1項11号でした。結果、Xは化粧品についてヴィトンハイという商標登録をしたかったのですが、残念ながら拒絶されてしまい、商標を取れませんでした。

そこで、このルイ・ヴィトンのせっけんについて取消審判を掛けることとしました。これはせっけんを問題としています。ハンドバッグなどについては、もちろんルイ・ヴィトンが使っておりますので、取消し審判を掛けてもむだです。でもせっけんについては使っていなかったようなので、取消しで権利がなくなると、自分の商標を取れると思って取消審判を掛けたわけです。

ただその前に、これもよくあることですが、Xがルイ・ヴィトンのところに直談判で行ったのです。どうしてかという、商標権というのは譲渡が可能です。もしルイ・ヴィトンがせっけん類について使っていないのであれば、Xさんはお金を出せば売ってくれるのではないかと思い、直談判に行ったのです。

もし本当に売ってくれるのであれば、それに越したことはないわけです。逐一取消し審判などという面倒な手続きをせずに——取消し審判をするにしてもお金がかかるわけですから——、ルイ・ヴィトンにお金を払って、移転登録をすればいいわけです。商標権の売買です。商標権の売買は、案外気楽に行われているようです。

Xとしては、交渉のカードとして、売ってくれないのであれば、ルイ・ヴィトンさんは使っていないのだから、不使用取消審判であなたの商標権に取り消しを掛けますよ、と言ったのです。これは別に卑劣な手段ではなく、実際ルイ・ヴィトンは使っていないのですから、事前交渉なしでいきなり使用取消し審判を申し立てられても文句は言えないわけです。

お互いメリットはあります。Xの方は面倒な手続きをせずに譲ってもらえるし、ルイ・ヴィトンの方としては、はした金かもしれませんが、いくらかお金をもらえるわけです。不使用取消で取消されてしまったら、お金はもらえません。しかし、残念ながら交渉は決裂しました。その結果Xは、予告通り審判を請求しました。時系列では、審判請求が1990年7月5日で、予告登録は8月17日でした。その前に交渉したわけです。これが6月6日です。

この事件はこのような過程をたどりました。ですから、ルイ・ヴィトンとしては、8月17日より遅れて使用したとしても、これは取消されてしまうことになります。しかし、そうはなりません。それは、ルイ・ヴィトンの方が、7月16日、すなわち、この審判請求と予告登録の間に使用したんです。それが教科書155ページの絵の広告です。これは、日本工業新聞という業界新聞の一角に張られただけです。

どうしてY、ルイ・ヴィトンが使用できたかといいますと、6月6日の直談判があったからです。この交渉の材料として、のんでくれなければ審判請求をするよと言われ、ルイ・ヴィトンの方はまづいと思ったのです。急いで使用したわけです。

たまたま、Xの方も何らかの期待があったのかもしれませんが。あるいは交渉を引き延ばされたのかもしれませんが。審判請求は7月5日になったのです。Yの方としては、まんまとこの期間の間に、取りあえずこの広告を打つことができたのです。

ですが、実は、155ページに載っているこの1枚の広告がなされただけで、商品が販売されたわけではないのです。つまり、ルイ・ヴィトンと書いてあるせっけんが販売されたという事実はなかったのです。

これを裁判所はどのように判断したかといいますと、本件広告の内容は、はなはだ漠然としたもので、本件広告は、もっぱら不使用取消を免れるために、名目的に商標を付した広告、頒布されたような概観を与えるためになされたにすぎない、ということで、この7月16日の使用を使用と認めなかったのです。不使

用取消し審判に言う使用ではないと言いました。

この Y の使用対応には、2 つの観点から問題があったので、このような判決になったのだろうと言われています。1 つがこの駆込使用です。審判請求が空振りに終わることを防ぐということです。Y としては、X が事前交渉に来たことから、次の日に取りあえず広告を打つわけです。広告であれば短時間で用意をして、打つことができます。本当に広告だけでした。

これを認めると、事前に交渉するということができなくなります。本当は、審判請求してから交渉に行けばよかったです。先ほども言いましたように、審判請求にもいくらかのお金がかかります。請求しないで交渉がまとまったのであれば、それでいいだろうと考えるのが、むしろ合理的です。

でも、このような駆込使用を認めてしまうと、X としては、審判請求をして予告登録を待ってから Y の交渉に臨む必要に迫られるわけです。Y はそもそも使っていないので、そこまで Y に対して利益を認める必要はありません。ですからこの駆込使用を防止するために、一方的な解決が図られました。それが現在の 50 条 3 項です。

どのような条文になっているかといいますと、審判請求がなされることを知った後に使用を開始した場合には、その使用が審判請求前 3 カ月からその審判請求の登録の日までの間であれば、正当な使用とは言わないとしました。

ここでの Y は、交渉に当たったので、審判請求がされることを知ったということになります。その使用が審判請求の 3 カ月前から予告登録の日までの期間に該当します。この期間の使用は、不使用取消しを免れる使用とは言わないということにしたのです。

もちろん、前々からこの期間に使用する準備をしていたなど、正当な理由がある場合は別です。そのような特別な事情がない限りは、審判請求前 3 カ月から予告登録の日までの使用は、不使用取消し審判を免れるための使用とは言わないとしたのです。

逆に、X の方から考えるとどうすればいいかという、相手に対して取消審判をすると知らせてから 3 カ月以内に審判を請求すれば、この駆込使用を防ぐことができます。

もう 1 つの問題は、形式的使用の問題です。このルイ・ヴィトンの広告ですが、2 条 3 項 8 号でみましたように、広告は、条文の文言上は商標の使用に該当します。

ただ、この使用の条文である 2 条 3 項は、定義規定ということになっており、商標法のいろいろなところで使われています。例えば、商標の侵害の場面では、形式上使用に該当すれば原則は商標権侵害であり、出所表示を害さない場合や真正品の取引の場合は、出所表示機能が害されていないので、例外的に、使用であっても非侵害にするという話をしてきたと思います。他方、この不使用取消審判のときにも、使用をしているかどうかということが問題になります。

この不使用取消審判の場面というのは、商標権者が使っているかどうかという場面です。侵害の場面は、商標権者ではない人が使っているかどうかです。この場面は、商標権者が使用しているかどうかという場合の使用です。これを同様に考えていいのかどうかというのが、ここでの問題設定です。このような問題設定をしたときは、たいてい同様に考えてはならないという結論が出てきますが、ここでもそうなっています。

侵害の場面では、商標権者と侵害者が対立している場面ですので、仮に商標権者以外の被疑侵害者が使用したとしますと、需要者に対して出所の混同が生じるおそれがあります。商標権侵害の場合は、出所の混同を実際には侵害成立の要件としては求めないのですが、今までお話ししてきた通り、混同と無関係に止めるというわけではなくて、商標を使用すれば混同するであろうというのが、商標制度の取って



いる前提です。

確かにほとんどの場合は混同します。例外的な場合を、一休さんの事件やパーカーの事件で説明してきましたが、たいていは出所の混同が生じます。ですので、需要者に対して出所の混同を生じさせるという問題があります。

ですが、今考えている事例は、取消審判に掛からないぐらい商標権者が使用しているかということが問われています。不使用取消審判に掛かるかどうかというのは、信用が蓄積されているかどうかということです。信用が蓄積されていない商標は保護する価値がゼロですので、他人の商標選定の自由を妨げるのであれば、それはもう保護する必要はないことになります。ですから、商標権者に対し、信用が蓄積されていない場合は取消すというのが、考えなければいけない問題です。

ルイ・ヴィトンにはせっけんについては全く使用していませんでした。1度この広告を打ちました。これにはせっけんは入っていないですね。「せっけん類、香水、レザークロス、スカーフ、毛布、札入れ、衣装、紙袋、紙くず入れ、宝石箱、肩掛けかばん、洋傘、眼鏡ケース、タバコケース、マッチ、その他多数」。その他多数にせっけんが入っているということでしょうか。これで本当に「せっけん類、その他本類に属する商品」について使用しているのかというと、はなはだ疑問ではありますが、ともかくルイ・ヴィトンの主張としては、「せっけん類、その他本類に属する商品」に使ったと言いたいのでしょう。

けれども、この広告を1枚打ったというだけで、せっけん類についてルイ・ヴィトンの信用が蓄積しているかということです。たった1度でしょう。しかも、商品を買ったのであればともかく、これはあくまで広告です。いまさらこんなルイ・ヴィトンの広告をされたって、そんなの誰でも知っているという話になるわけです。

これをもって、不使用取消審判に掛けさせない程度に、ルイ・ヴィトンがせっけんについて使用している、すなわち信用を蓄積させてきたと言えるかということ、それはどうも言えそうにもありません。3年間に1度しか広告を出していない。しかも広告です。これでせっけん類について信用を蓄積しているというのは無理でしょう。

ですので、ここでは商標権侵害の場面とは分けて考えるべきだと考えられます。このような形式的使用は、不使用取消審判に言う「使用」には該当しないというのが、まっとうな解釈ではないでしょうか。

形式的使用については、駆込使用のように立法的な手当をされませんでした。ですから、このルイ・ヴィトンの判決が、判例法理として生きていると考えた方がよさそうです。

これは条文の構造にもあります。工業所有権関係の法律は、全てこの2条3項のように定義をおいたうえで、以降の条文では、この定義を基本的には変えることなく使っています。明解と言えれば明解ですが、時々うまくいかないときがあります。特に商標の使用については、侵害の場面と取消審判の場面の両方で、同じ言葉が使われています。たいていはうまくいくのですが、時々うまくいかない事例があります。そのようなときは解釈論や判例法理で少し直してあげる必要があるのです。特許の方でも同じようなことがあります。

特許庁系の学者さんの中には、やはりここには定義規定があるのだから、条文ごとに使用の概念を変えるというのはけしからんと言う人も、いないわけではありません。ですが、むしろ法学部では、概念の相対化という言葉は何度も聞かされている言葉だと思います。同じ言葉であっても、場面によって、少しその範囲を変えたり、趣旨を変えて読み込むということは、皆さんは慣れていらっしゃると思うので、特に違和感はないと思います。

このようなルイ・ヴィトンの広告は、形式的使用であり、不使用取消審判の場面では使用には該当しな

いと考えておくべきでしょう。ですが、これは、商標権者であるルイ・ヴィトンが自らこのような使用をしたから形式的であるというだけであって、仮にルイ・ヴィトンでない人がこのような広告をしたのであれば、例え広告 1 枚でも、それは侵害と考えるべきです。このような 1 枚のちょっとした広告であれば、すべて使用に該当しないから非侵害だというわけではありませんので、そこは気を付けていただきたいところです。

以上のように、このルイ・ヴィトンの事件は、立法的な手当もありましたし、非常に大事な事件でした。

本件の落としどころはどうなっているかという、確かに形式的使用であり、駆込使用でもあります。ヴィトンは著名な商標ですので、仮にこの商標登録が取消されたとしても、4 条 1 項 15 号、あるいは場合によっては 19 号により、X の出願は結局登録されなかったであろうと言われてます

だからといって、いずれにしても商標登録できないから訴えるべきではなく、ヴィトンの商標登録を残しておくのがよいということにはなりません。

商標制度は、将来商標を使わなければならない制度ですが、著名商標に対する特別な制度として、使用していなくとも、他人の使用あるいは登録を排除できる制度があります。ルイ・ヴィトンとしては本来そちらを使うべきだったということは言えそうです。また、商標登録が取消されたとしても、ルイ・ヴィトンは、不正競争防止法でいずれにせよ X の使用を差止めることができると思います。ただ、そうだからといって商標登録を残しておくべきだということにはなりません。

形式的使用には、その他の例として、日曜夕刊という事件があります(東京高判昭和 52.8.24 無体集 9 卷 2 号 572 頁[日曜夕刊])。これは、新聞の配達業者の事例です。札幌に小さい業者があり、そのお店の前にはスタンド売りの新聞があったのでしょ。その横に新聞の取次所が、自分たちで取材をした印刷物を置いておいたということです。無料であり、月 3 回程度、毎回 500 部程度だったようです。

その新聞屋が、近所の人に配っていたのかもしれない。日曜夕刊という題号であり、それを商標登録していたようですが、この程度では不使用取消を免れないと言われた例です。

他に武田薬品の例があります(東京高判平成 1.11.7 無体集 21 卷 3 号 832[武田薬品])。正確には更新の事例ですが、取消審判とほぼ同様に考えられます。商標権者の方が、登録商標を他の商品の宣伝広告、販促用に無償で配布されるノベルティに付していました。薬を買うと折り紙がもらえるというような、いわばおまけだったわけです。このおまけにも、武田薬品の丸と三角の白と赤のマークが付してあったようです。もちろん薬品について使用であることは間違いありませんが、武田薬品の方は、折り紙を指定商品として、白と赤の丸と三角のマークを付けていたようです。

おまけとして配布している折り紙に対して、武田薬品のマークを使用したと言えるのかどうかということが問題となった事例ですが、これは使用に該当しないとされたようです。

判決の論理でいくと、ノベルティグッズやおまけは商品ではないという理由付けがなされていますが、私は使用に該当しないと考えた方がよいと思います。

取消審決の効果をみてみましょう——審決というのは審判の結論、すなわち判決に相当するものです。この取消審判が確定した場合は、商標登録は取消されることとなりますが、昔は確定した後、取消されるという事後法でした。しかし改正がありまして、審判請求の登録の日にさかのぼって登録が消滅されたものと見なされることになったようです。

予告登録の後、判決に相当する審決があり、上訴の手段がなくなったことなどにより確定した場合、どこから取消されるかという、登録の日にさかのぼって取消されます。

これはどのような意味があるかという、第三者がどの時期に使用していたかにより、侵害と非侵害、あ

るいは、損害賠償請求ができるかどうかが分かります。

予告登録の日にさかのぼって消滅されたものと見なされますので、確定するまでは、商標権は有効ですが、確定すると、予告登録の日にさかのぼって消滅します。ですから、取消審判で勝てると確信しているのであれば、予告登録してからXが使用しても、最終的には非侵害と言われるはずで。

ただ、予告登録前の使用は、依然として商標登録は有効ですので、侵害となり、具体的には損害賠償請求を受けることとなります。もちろん、別途、無効審判を提起することは可能です。有効な期間が残っている限りは、無効審判の提起ができます。取消審判は、有効な期間が残るという点が異なります。

以上が不使用取消審判のお話になります。

次に、存続期間の更新制度です。商標権というのは、10年間でいったん切れることになっています。何もしなければ、登録から10年で消滅いたします。ですが更新の手続きを取ると、1回の更新につき10年、存続期間を更新することができます。

ですので、この更新を10年ごとに行いますと、商標権は永久権になります。これが特許権、実用新案権、意匠権と異なるところです。この3つの権利、また著作権もですが、これらには存続期間が決まっています。ですから創作法における権利は、いつかはパブリック・ドメインになります。商標は逆です。商標権者が維持したいと思う限りは、永久に維持することができます。ですから、明治時代、大正時代の商標権がいまだに生きています。大きな会社では、時々、更新を忘れていて権利がなくなってしまうということがあるようですけれども。

このことは、商標の性質によります。商標は、使用している限りはどんどん信用を蓄積していきます。商標権というのは、使用していれば、商標権者にとっての価値が時間がたてばたつほど高くなっていきます。

他方、第三者にとっても、やはり価値が高くなっていきます。需要者は、昔からこのマークで会社を識別し、これからもずっとそうしていくということがあるでしょう。あのマークの製品を買えば間違いないということが、需要者の期待としてあるわけです。ですから、商標は使用されている限り、商標権者にとっても第三者にとっても、価値が高くなっていくものです。

ですが、これからみていきます特許権や著作権は、確かに権利者にとっては価値はどんどん高くなっていきますが、第三者にとってはだんだん邪魔なものになっていきます。つまり、技術は常に進歩していくものですので、もうすでに陳腐な技術、当たり前になった技術でも、まだ特許権が残っているという状況があり得るのです。

ですから、50年も100年もずっと権利が残っているということになると、現在では当たり前になった技術について、なおライセンス料を払わなければいけないことになり、かえって産業の発達を阻害することになります。ゆえに、このような創作法系は、権利の期間を区切り、どこかでパブリック・ドメインにしなければいけません。

では、なぜ商標権の存続期間を永遠にしないのかといいますと、これもやはりストック商標対策です。10年ごとに登録料を納める必要があり、1件16万6,000円です。使っていない商標について16万6,000円はかなり高いですね。使っている商標にとっては安いと思いますが。

ですから、使っていない商標については、10年ごとに洗い直しをするということになります。商標が必要であるか、必要でないかということを選択させるのです。そのためのハードルが、この更新登録料16万6,000円です。

このようにしておく、このお金を払う価値がある商標は、お金を払って更新し、もう使わないというものは、お金がむだだからやめようよということになるわけです。ですからこの更新制度というのは、商標権者に、自主的に使っていない商標を整理させる機能があるのです。

登録料の分納制度という制度がありまして、商標権の最初の存続期間は10年ですので、10年の登録料や更新登録料については一括払いが原則ですが2回5年ごとの分割でもいいという制度を採っています。これもやはりストック商標対策です。例えば万博や、4年に1度のワールドカップ、オリンピックのキャラクターなどは、一時のもので、キャラクターとして使われる期間は、せいぜい半年、前後のイベントを考えると、2年くらいです。

そうだとすると、世の中には、10年も必要ないという商標がある可能性があります。分割制度では、2回目を支払わないと5年で消滅するという制度になっていますので、5年で商標を捨ててくれるわけです。ですから、この登録料の分納制度も、ストック商標対策であり、商標権者に自主的に使っていない商標を整理させるという機能があります。