

日韓の不使用による 商標登録取消審判制度の比較

李 基 榮

I. 初めに

1. 不使用による商標登録取消審判制度の必要性

登録主義の下では、使いもしない商標が登録され、商標選定の自由が妨げられることになりがちである。商標登録の堆積は、特許庁における事務処理のコストを増大させ、審査遅延の一因ともなる。商標を選定するに際し、既登録商標をサーチする第三者の便宜にも配慮しなければならない。そこで、不使用商標の登録を減少させる対策として、現行法上、使用の意思の要件、不使用取消審判、存続期間の更新等の制度が設けられている¹。

その中で、使用の意思の要件は、登録主義を採用した以上、現在使用していなくとも、将来、使用する意思があれば足りるとせざるを得ない点で、この要件をもって商標登録を拒絶したり、その商標登録を取り消したりすることが難しい。そして、存続期間の更新はすべて商標登録権者本人の意思に委ねている点がある。他方、不使用取消審判制度は、商標登録権者本人以外の何人も取消審判を請求することができるとされており（商標法50条。以下、法令名に特に断りのない場合は商標法を指す。）、当該商標権の利害関係人においては、登録主義を補完する制度の中で、一番強力な手段ではないかと思われる。

本稿では紙幅の関係上、不使用による商標登録取消審判制度全体につい

¹ 田村善之『商標法概説』（第2版、弘文堂、2000年）17頁。

てではなく、同制度と関連する四つの小主題を決めてより深く検討したい。そのために、同制度について概括的な理解が必要であるから、まず関連条項を中心に簡略に触れておきたい。

2. 商標法上の規定

関連規定である商標法50条を分説すれば次のとおりである²。

1項は不使用による商標登録の取消しの要件を規定している。すなわち、第一は、商標権者、専用使用権者、通常使用権者のいずれもがその登録商標の使用をしていないことである。逆にいえば、商標権者自身が使用をしていなくても、専用使用権者又は通常使用権者が使用をしていればよいのであり、この三者のうち、一者でも登録商標を使用している事実があれば、それで取消しを免れる。

第二は、継続して3年以上日本国内において使用をしていないことである。つまり、前述の三者のいずれもが設定登録の日から3年以上不使用のとき、あるいは設定登録後に一旦使用し、その後中断して3年以上不使用のときである。「継続して」であるから、3年間のうち一度でも使用の事実があれば、本項の適用はない。また、「していないとき」であるから、請求時に使用をしていれば、それ以前に継続して3年以上の不使用の事実があっても本項の適用はない。「日本国内において」であるから、専ら外国で使用をしていても本項の規定により取り消されることになる。

第三は各指定商品又は指定役務について登録商標の使用をしていないことである。逆にいえば、指定商品又は指定役務に類似する商品又は役務について使用をしたり、登録商標に類似する商標の使用をしたりしていても、本項の適用を免れることはできない。商標権のうち禁止権に係る部分、つまり類似部分の使用は、権利としての使用ではなく事実上の使用であるから、本条の意図する登録商標の使用義務を履行しているとはいえないので、その部分の使用をもって不使用取消しを免れることはできないこととしたのである。

² 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説』（第18版、発明協会、2010年）1378-1382頁。

また、商標登録に係る指定商品又は指定役務がいくつもあるときは、その一部の指定商品又は指定役務についての取消しを請求することもできる。

なお、本項における括弧書は、本条の審判における「登録商標」の使用にあつては、その使用の範囲を拡大して、社会通念上、同一と認められるものを含ませることを明確にしたものである。たとえば、従来からの運用上の例示として「書体のみに変更を加えた同一の文字からなる商標」「外観において同視される図形からなる商標」がそれぞれ掲げられ、さらに、従来よりも一層弾力的な運用とするため、「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って同一の称呼及び観念を生じる商標」もその例示として掲げられている。

また、本条の審判の請求人適格については、「何人」にも認めることになっている。

2項は取消請求に係る商標登録の取消しを免れる場合を規定しており、被請求人が取消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使用の事実を証明し、又は不使用についての正当な理由があることを明らかにしない限り、商標登録の取消しを免れない旨を明文化することによって被請求人が举证責任を負担することを明らかにしている。ここでいう「正当な理由」としては、たとえば、その商標の使用をする予定の商品の生産の準備中に天災地変等によって工場等が損壊した結果、その使用ができなかったような場合とか、時限立法によって一定期間（3年以上）その商標の使用が禁止されたような場合等が考えられる。

3項は、商標権者等が本条の審判の請求がなされることを知った後に登録商標の使用（いわゆる「駆込み使用」）をした場合には、その使用は1項に規定する登録商標の使用に該当しないこととしたものである。すなわち、被請求人による使用が審判請求の3ヶ月前から審判請求の登録の日（予告登録日）までの間におけるものであって、審判の請求がされることを被請求人が知った後の使用であることを請求人が証明したときは、当該使用は駆込み使用であつて、使用とは認められないこととなる。ただし、被請求人が、その登録商標の使用を知ったことについて正当な理由があることを証明したときは、当該登録商標の使用をしたものとされる。

II. 日韓の不使用による商標登録取消審判制度の具体的運用

1. 立証責任、審判請求の一部取下げ及び一部取消し

1) 請求人から被請求人への立証責任の転換

昭和50年(1975年)改定前には、商標登録の不使用の事実を請求人が証明しなければならないとされていた。しかし請求人が不使用の事実を証明するのはきわめて困難³であり、不使用による取消審判手続は職権審査を原則としており、民事訴訟法159条の擬制自白の規定が準用されていないため、実際に自白した場合を除き、被請求人が争わない場合でも、請求人が不使用の事実を立証しない限り取消しを認めないという考え方の下に制度が運用されていたから、不使用取消審判制度はほとんど実効をあげることができなかった。それゆえ、事実上不使用により当然取り消されてしかなるべき多数の商標が取り消されず、取引上、不使用商標と同一又は類似の商標を使用しようとする者の商標権取得の障害となっていた。

一方、商標権は、もともと出願人が「自己の業務に係る商品について使用をする」ということで与えられたものであり(3条1項)、そして、その登録商標の使用をしているかどうかを最もよく知っており、また、使用していることを容易に証明できる者は、商標権者自身である。

以上の理由として、立証責任における最高の理念である正義公平の原則に照らし、いわゆる使用義務強化の一環として、昭和50年の一部改正により登録商標の使用に関する立証責任は、審判の被請求人たる商標権者に負わせることとなった。すなわち、不使用取消審判の請求があった場合に、被請求人(商標権者ほか参加人を含む。)が登録商標が使用されている事実を立証できない限り、当該商標権の取消しを免れないことになった。

2) 指定商品毎の一部の取下げ及び審判請求の一部取消しの可否

昭和50年の法改正までは、複数の指定商品について不使用取消審判の請

³ 特許庁編・前掲注(2)1378頁「商標権者等の営業所等がある市町村または、特別区という限られた行政区域内における不使用の事実の証明であっても、一定事実の不存在の証明はきわめて困難である。」

求がなされた場合において、その中の一部の商品について不使用が立証されたときは、その不使用が立証された商品についてのみの不使用取消しの成立を認めることが可能であった。また、審判請求後、その一部の商品についての不使用の立証が困難となった場合に、その商品についてののみ審判請求を取り下げ、残りの指定商品については審判請求を維持することも認められていた(昭和50年改正前56条2項)。

しかし、昭和50年改正による50条2項本文の現行規定は、その反対解釈として、文理上、その請求に係る指定商品のいずれか一つについて登録商標の使用をしていることが立証されれば、その請求に係る指定商品全部についての商標登録はその取消しを免れ、したがって請求に係る指定商品の一部(使用の立証がなされなかった商品)のみについての不使用取消しは認められない旨を定めているものと解される⁴。また、昭和50年に56条2項が改正され、それまでは特許法155条3項の規定を不使用取消審判について準用することにより、不使用取消審判請求の一部取下げを認めたものを、準用を外すことにより、指定商品毎の一部取下げができないように改められた⁵。

このような改正がなされたのは、使用の立証責任が商標権者側にあるのを明定したことに伴う専ら立法政策上の理由によるものである。多数の指定商品について不使用取消審判が請求された場合、商標権者が、たとえばその中の一つの商品について使用していることを証明した場合には、その商品についてののみ審判請求を取り下げ、次に別の商品について使用が立証された場合には、また他の商品について請求を取り下げるといったことが繰り返される場合においては、商標権者の負担がむやみに加重されるおそれがあるのみならず、安易に不使用取消審判を請求する傾向を助長し、かえって商標保護の目的に反する結果を招くことも考えられる。

そして、審判請求された指定商品中、使用の立証されない商品の一部取消しを認めることも、権利者に対して請求された全商品についての使用の立証の負担を課することになり、商標権者に過度な負担を負わせることになる。

⁴ 網野誠『商標』(第6版、有斐閣、2002年)892頁。

⁵ 小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説』(青林書院、2009年)492頁。

そこで立証責任の転換に伴う濫訴のおそれを排除し、商標権者を保護するために、審判請求の対象である指定商品を不可分一体のものとして取り扱い、指定商品の中の一つについて使用が立証された場合においては、その審判の請求は全体として不成立とするように法の規定を改めたのである⁶。

以上を簡単にまとめると、審判請求において指定商品毎に一部の取下げ及び審判請求の一部取消しは現行法上、認められないというのが学界と判例の通説的見解とされている⁷。

3) 他の見解

前述のように、昭和50年改正以降、一般的に不使用取消審判において指定商品毎に一部の取下げ及び審判請求の一部取消しは認定されないと解されてきたが、それと意見を異にする考え方が現れた。以下に、その見解を検討したい。

通説的見解によると、審判請求に関係する10個の指定商品のうち9個まで不使用であることが明らかにされたとしても、偶然に請求についていた1個の指定商品について使用が認められれば使用されていた9個の指定商品に係る登録が維持されることになり、審判請求のインセンティブを減殺してしまい、しかも、請求人は不成立審決が下された後でも、使用の事実が認められなかった商品について他人に不使用取消審判を請求してもらおうとしても⁸、費用と時間がかかる等の問題点が残されている。

思うに、昭和50年に50条2項と56条2項が改正されたときは、商標権者に立証責任を負わせる不利益を課する代りに、その分商標権者にその立証

⁶ 網野・前掲注(4)893頁。

⁷ 東京高判平成5年5月27日判工所〔2期〕8491の119頁〔PRINCIPE 1審、最判平成9年10月28日判工所〔2期〕8491の214頁〔同上告審〕等。

⁸ 網野・前掲注(4)898頁は、「複数の指定商品中の1つの商品について使用が証明された結果、審判請求が不成立となった場合にも、審判請求をしたその他の指定商品について新たに不使用取消審判を請求することは可能である。1つの不使用取消審判請求を不可分一体のものとして取り扱う建前を採用する以上、一事不再理の原則に反するのではないと考えられる」とする。田村・前掲注(1)42頁は、不使用取消審判毎に基準時が異なる、という。

責任を緩和して与えたものと解することができ、商標権について「競業者間の利益調節という側面」から見た傾向が強かったと考えられる。しかし、平成8年(1996年)に不使用取消審判の請求権を利害関係人から何人も請求し得ることに改正され、公共の利益に反すれば、何人も審判を請求し得るようになったことから、商標保護の目的が単なる「競業者間の利益調節」から需要者の利益、すなわち「公共の利益を調節する」⁹ ことへ根本的に変化したと捉えるべきであるともいえる。

したがってその変化を受容せず、50条2項と56条2項について通説的見解のように解してしまうと、前述した問題点が解決できず、不使用を理由とする商標登録の取消し増加を期待する1996年改正法の趣旨にも矛盾する¹¹。

そして、立法政策上の理由で50条2項と56条2項が改正され、それらは通説的見解のように解釈されているが、本来、商標権の設定、移転、消滅等について指定商品毎に商標権が存在するものとみなされ(69条、71条1項1号)、また、商標権を指定商品毎に分割し放棄することが認められている以上は、無効審判と同様、不使用取消審判について指定商品毎に審判請求の一部の成立や一部の取下げが認められない理由は、不使用取消審判の性格からすれば、存在しないはずである¹²。したがって50条2項と56条2項について、1996年改正法の趣旨に合うように解釈できれば、そのように解するのが妥当ではなかろうか。

田村善之教授は現50条2項と56条2項をもって不使用取消審判につい

⁹ 商標保護の目的を「競業者間の利益調整と見る立場」と「競業秩序の維持を図り、競業者と共に需要者の利益も調整すると見る立場」については、後述の「2. 審判請求人の適格性 3) 利害関係人の範囲についての二つの見解」を参照。

¹⁰ 特許庁編・前掲注(2)1380頁「不使用取消審判制度は、商標法の変遷の中では公益的な観点から職権又は審査官の審判請求により不使用商標の取消がなされていたこともあり、公益的な重要性は元々高いと言えるうえに、近年、不使用の登録商標の累積により、他人の商標選択の幅の狭小化、特許庁における審査負担増・審査遅延等の事態が生じており、これを抑制する手段として当該審判の公益的重要性が一層高くなってきていること…」とされている。

¹¹ 田村・前掲注(1)32頁。

¹² 網野・前掲注(4)892頁。

て指定商品毎に審判請求の一部の成立や一部の取下げを認めることができると次のように唱えている。

つまり、「1996年改正法の下では、50条2項は純粹に証明責任の所在に関する規定であり、登録商標権者がいずれかの商品について使用していることを証明した場合には、逆に、審判請求人の方が他の商品に関しては不使用を立証しなければならないということを明らかにしたものに過ぎず、その証明に成功したのであれば、残りの商品に関しては取消審決を得ることができる」¹³、「解釈論として一部取消しを認める以上は、一部取下げを認めない理由もない。他の取消審判においても一部取下げを認めないとする合理的な理由を見出すことができない以上、56条2項は確認的な意味を有するに過ぎない」とされている¹⁴。

同教授の考え方を適用すると、もし審判請求に係る指定商品A、B、Cについて商標権者がAのみについて使用の立証に成功し、請求権者はBのみについて不使用の立証に成功し、商標権者・請求権者のいずれもCについては、それぞれ使用の立証と不使用の立証に失敗した場合、商標権者がAについて使用の立証をなした以上、他の商品(B、C)に関する証明責任は審判請求人が負うことになるから、審判請求人が不使用の立証に成功したBに限って取消審決が下される。他方、不使用の立証に失敗したCに関しては取消審決が下されることはない。

通説的見解によれば、使用の立証に成功した指定商品Aの一部取下げを認めると、商標権者は、また残りの指定商品B、Cについて商標の使用を立証しなければならない負担がある。しかし新しい考え方によれば、使用が立証されたAについて一部取下げを認めても、残りの指定商品B、Cについて請

¹³ 田村・前掲注(1)32頁。

¹⁴ 田村・前掲注(1)34頁は、以下のように述べる。「1975年改正により特許法155条3項を準用する商標法56条2項に無効審判請求のみが掲げられるようになったために、不使用取消審判では審判請求を指定商品、役務ごとに一部取り下げることができないと解されているが、解釈論として一部取消しを認める以上は、一部取下げを認めない理由もない。他の取消審判においても一部取下げを認めないとする合理的な理由を見出すことができない以上、56条2項は確認的な意味を有するに過ぎないと理解すべきであろう。」

求権者が不使用の立証をしなければ、いかなる指定商品についても取消審決を得ることができなくなり、商標権者において一方的に不利になるまいし、また、審判請求の一部成立審決が可能となり、通説的見解による解釈から生じる問題点も防ぐことができると考えられる。

4) 韓国の場合

不使用による商標登録取消審判において、立証責任の転換、請求に係る指定商品毎に一部の取下げ及び審判請求の一部取消しの可否については、その解釈の根拠になる商標法の改正時期が一部異なるだけであり、韓国の裁判所の解釈及び通説的な学説は結論的として日本と同様である¹⁵。

韓国では、1990年改正で登録商標の使用についての立証責任を被請求人に転換し、それに伴う被請求人の負担緩和と濫訴を防止するために、被請求人は審判請求に係る指定商品中、一つ以上について使用した事実を立証すれば、審判請求に係る指定商品全部について取消しを免れるとされ(73条4項)¹⁶、また2007年改正では特許法161条2項(特許無効審判の一部取下げ)を準用する商標法77条から不使用による商標登録取消審判を外し、指定商品毎に一部取下げが認められないことが明らかにされている。

思うに、不使用取消審判について指定商品毎に審判請求の一部の成立や一部の取下げが認められない理由は、不使用取消審判の性格からすれば存

¹⁵ 「2以上の指定商品について取消審判請求がなされた場合、審判請求の対象である指定商品を不可分一体として取り扱い、全体を一つの請求としてみなさなければならないので、指定商品の中の一つについて使用が立証されると、その審判請求は全体を棄却すべきであり、一部棄却又は一部認容の審決をすべきではない。」(大法院1993.12.28.宣告93フ718、725、732、749判決)、「取消審判の対象となった一部の指定商品について取消審判請求を全部取り下げることのみでき、一部の指定商品をまた分離して取り下げることにはできない。」(特許法院2006.1.19宣告2005호6344判決)。

¹⁶ 73条4項：「1項3号に該当することを理由に、取消審判を請求する場合には、被請求人が当該登録商標を取消審判請求に係る指定商品中1以上についてその審判請求日前3年以内に国内で正当に使用したことを証明しない限り、商標権者は取消審判請求に係る指定商品についての商標登録の取消しを免れることはできない。(以下省略)」。

在しない点、商標権者に一方的に不利にならない点、そして立法政策的に商標権者の配慮のために現在の条文ができたとすれば、また立法政策的にその条文を変えることもできる点等に鑑み、田村教授の唱える考え方については、審判請求人を利害関係人のみに限定している現在の韓国商標法の解釈論としてではなく、立法論として捉えたうえで、今後審判請求人を何人も請求し得る方向への改正と共にその考え方の導入が真剣に行われるべきであると考えられる。

2. 審判請求人の適格性

日本の商標法は、不使用取消審判請求をなし得る者について、以前は利害関係人であったが、現在は、明文で何人も請求できることになっている。ところで、韓国の場合、不使用取消審判における請求人適格性は明文で利害関係人となっているから、本稿では請求人適格性について日本の改定前商標法当時と遡って利害関係人に焦点をあわせて進みたい。まず、現在の規定になるまでの日本の商標法の審判請求人の適格性についての沿革を簡略に述べたい。

1) 日本の審判請求人

① 大正10年法

旧商標法（大正10年4月30日法律第99号。以下、大正10年法という。）22条2項には利害関係人及び審査官に限り請求し得ることになっており、利害関係人でないと認められる者による審判請求は請求人適格がない審判請求として、本案の審理をなすことなく却下されていた。

② 改定前商標法

その後改正された旧商標法（1959年4月13日法律第127号で改正され、1996年6月12日に現在の何人との規定が用意された法律第68号で改正される前までの法。以下、改定前商標法という。）にはそれ以前の商標法と異なり、利害関係人及び審査官のみが請求し得るという規定を削除しながらも、無効審判請求の場合と同様、請求人適格については特に触れていなかった。

その理由は、大正10年法下での審判においては入り口段階で不必要に利害関係の存否について争われ、そのために本案審理に入れず全体として審理促進されないことを避けるためであった。したがって審判請求に利害関係を必要としないために削除したのではなく、依然として利害関係を必要とすることは大正10年法と同じであって、それは、利害関係を必要としない審判については「何人も、請求することができる。」（当時の商標法50条、53条）として区別していることから明らかであるとされた¹⁷。

また、大正10年法と同じ意味において制限したものと解することはできないが、利益がなければ訴権なしとの民事訴訟法上の原則は、無効審判請求の場合と同様、取消審判においても当然適用されるという説や¹⁸、請求人適格について明文の規定がないから、その反対解釈で請求人適格は利害関係人に限定されるとの説¹⁹等、当時の通説的学説は、請求人適格を利害関係人に限定解釈していた。

利害関係人に限り審判請求をなし得る旨の明文は欠くものの、東京高裁の段階では取消しについて利害関係のあることを必要とする旨、言明する判決が続いていた²⁰。そのような中で、1992年の「ダイエー事件」²¹は、最

¹⁷ 工藤莞司「不使用取消審判における請求人適格と使用商品の認定」『判例商標法（村林隆一先生還暦記念）』（発明協会、1991年）510頁、第31回国会衆議院商工委員会会議録37号11-12頁。

¹⁸ 網野・前掲注(4)900頁。

¹⁹ 小野＝三山・前掲注(5)489頁。

²⁰ 田村善之「商標登録の不使用取消審判請求の利益—ダイエー事件—」ジュリスト1024号（平成4年度重要判例解説）263-264頁（1993年）参照。①請求人の出願が取消審判請求の対象になっている当該登録商標を引用した拒絶理由の通知や拒絶査定を受けた場合（東京高判昭和58年5月12日判工所2871の4頁〔VERA事件〕、東京高判昭和60年5月14日無体集17巻2号213頁〔スキナライフ事件〕〔渋谷達紀〔判批〕ジュリスト862号242頁（1986年）、東京高判昭和60年7月30日判タ615号121頁〔FAMILIAR事件〕、東京高判昭和60年7月31日無体集17巻2号358頁〔美創事件〕、東京高判昭和63年4月12日判時1289号142頁〔アミロック事件〕、東京高判平成元年7月11日判工所8483の7頁〔FAMILIAR事件〕）、②未だ拒絶理由の通知を受けはしないものの当該登録商標の引用により拒絶査定を受けるおそれがある商標（東京高判昭和62年11月30日判工所2871の12頁〔CHEY TOI事件〕、東京高判平成2年10月29日判時1382号157頁〔ニチコンのバックコン事件〕〔満田重昭〔判批〕特許管理42巻9

高裁として初めて取消審判について法律上の利益を有する者のみが審判を請求し得ると明言するとともに、さらに、その利益を認めるべき場合について具体的な基準を示したものである。その基準は、(a)請求人が出願した商標が不使用審判請求に係る登録商標と類似し、指定商品も類似するとして、出願が拒絶され、又は拒絶されるおそれがある場合、あるいは、(b)請求人の使用する商標が当該登録商標と類似し、指定商品も類似するとして商標権者等から使用差止め等の請求を受け、又は受けるおそれがある場合には、審判請求をなす法律上の利益が肯定されるとされた。

一方、単に困惑させるための審判請求や、利害関係のある本人は希望していないのに審判請求をしたり、代理人が誤って自己の名で審判請求をする場合には利害関係が否定され、却下された²²。

③ 現行法（平成8年法律第68号）

平成8年改正法は、累積する不使用商標を取消審判によりできるだけ迅速かつ容易に減少させることができるように、異議申立てと同様、何人も請求できることとした。ただし、取消審判の請求が商標権者の利益を害することを目的として行われたものが明らかな場合には、権利濫用として請求自体が却下されることもあり得る²³。

号1225頁(1992年))、③当該登録商標の引用により拒絶査定が確定したものの再度の出願が継続中であるために再び当該登録商標の引用により拒絶されるおそれがある場合(東京高判平成元年11月28日判工所8483の8頁[スタジオ-V事件])、④出願商標について当該登録商標の連合商標を引用した拒絶理由通知を受けた場合について、当該登録商標とも類似すると判断される可能性がある場合(東京高判平成元年1月26日判工所[2期]8482頁[キュービーコーワ事件])、⑤当該登録商標権者等から請求人の使用行為が商標権侵害である旨の警告を受けた場合(前掲東京高判[VERA事件])。一方、利害関係が否定された判例として法的利益のあることを認めるべき何らの資料も存しないことを理由に審判請求を却下した審決を維持した判決もある(東京高判昭和55年11月12日無体集12巻2号678頁[スヌービー])。

²¹ 最三判平成4年11月20日判時1442号143頁=判タ805号48頁。

²² 小野=三山・前掲注(5)480頁。

²³ 網野・前掲注(4)901頁、特許庁編・前掲注(2)1380頁。

2) 韓国の審判請求人

① 通説的見解

対して、韓国においては、1949年商標法制定時、不使用取消審判請求の請求人適格について明文で利害関係者及び審査官のみ請求し得るとなっていたが²⁴、1973年に利害関係人のみが審判を請求することができるように改正され、現在まで運用されている。このように何人型ではなく、利害関係人に限り取消審判請求ができるように限定した理由は、取消審判の請求が濫用されるのを防止することにより商標権者が不必要な法的紛争に巻き込まれないようにする一方、特許庁の業務負担を減らすためのものと考えられる。

この場合における利害関係人について、不使用による商標登録取消審判は権利の上で眠っている商標権者に対するの制裁的性格を持っているから、商標法上保護される利益、すなわち、商標選択及び商標登録請求権という自由権が保護される利益を有する者として、換言すれば、不使用取消審判は民衆訴訟的な性質を有しているのであるから、利害関係人の範囲をできるだけ広く認めるべきであるという主張もあるが²⁵、利害関係とは取り消されねばならない瑕疵のある登録商標の存続により、事実上又は法律上、自身の地位に影響を受け、あるいは受けることが明白な場合を意味するという見解が主流のようである²⁶。

大法院も「利害関係人とは、取り消されねばならない商標登録の存続によって商標権の対抗を受けてその登録商標と同一又は類似の商標を使用することができなくなることによって、被害を受けるおそれがあり、その

²⁴ 25条：商標登録の利害関係者及び審査官は登録無効又は、取消しと商標権の範囲確認の審判を請求することができる(下線は筆者、以下省略。)[法律第71号、1949.11.28制定]。

²⁵ 송영식=이상정=황종원=이대희=김병일=박영규=신재호『知的所有權法(下)』(六法社、2008年)200頁参照。

²⁶ 조대연「商標登録取消審判制度の理論と問題点」『商標・意匠法の諸問題』(ハンビット知的所有權センター、1993年)79-80頁参照。以上は、權澤秀「商標不使用による登録取消審判における利害関係人」『特許訴訟研究2集』(特許法院、2002年)502頁から再引用。

消滅に直接的かつ現実的な利害関係がある者を意味する。」と判示している(下線は筆者)²⁷。

② 判例の流れと揺れ動き²⁸

利害関係人の範囲についての韓国の主流となる判例が登場するまでの判例の流れは、当初は「被請求人の商標と同一又は類似の商標を使用したことがある、あるいは現在使用する場合」に限り利害関係を認めたが²⁹、1990年代以降からはその範囲を広げて、「上記のような使用の事実がないとしても登録商標の消滅に(直接的又は)直接的かつ現実的な利害関係があるのであれば足りる」という立場に立っていると思われる。

このような判例の流れに照らしてみれば、結局、商標登録取消審判請求における利害関係は、「登録商標と同一又は類似の商標を登録商標の指定商品と同一又は類似の商品に使用する場合」がその典型的な例になり³⁰、ひいてはそのように登録商標と同一又は類似の商標を現実的に使用しない場合であっても、「取消しが求められる登録商標と類似の標章を出願し、拒絶査定を受けた場合」等も利害関係が肯定され、原則的に「その取消しが求められる登録商標と同一又は類似の商標を登録商標の指定商品と同一又は類似の商品に使用する意思が推測されることが出来る場合」にも直接的かつ現実的な利害関係があると見る余地があるといえるだろう³¹。

²⁷ 大法院1987. 10. 26. 宣告86フ78判決、大法院1997. 10. 24. 宣告96フ2326判決、大法院1998. 3. 27. 宣告97フ1115判決、大法院1998. 10. 13. 宣告97フ1931判決、大法院2000年5月30日宣告98フ2955判決等。

²⁸ 権・前掲注(26)508-509頁。

²⁹ このような判例に対しては、商標権侵害罪を犯した者のみを利害関係人として見ることになるというおかしな結論に至るとの批判がある。李相京「特許、商標法上の審判請求人適格としての利害関係人」人権と正義通巻263号86頁(大韓弁護士協会、1998年)。

³⁰ 大法院1987. 10. 26. 宣告86フ78判決、大法院1990. 1. 25. 宣告88フ1328判決、大法院1995. 11. 28. 宣告95フ897判決、大法院1997. 10. 24. 宣告96フ2326、大法院1998. 3. 27. 宣告97フ1115、大法院1982. 2. 23. 宣告80フ70判決、大法院1991. 5. 14. 宣告90フ2287判決。

³¹ 大法院1976. 5. 11. 宣告75フ4判決、大法院1988. 4. 25. 宣告88フ158判決、大法院

反面、利害関係が否定された事例として、類似の商標を使用したと認めることができない場合³²、登録商標の指定商品と同種商品の販売業に従事している事実を認めることができない場合³³、あるいは商号のみが類似の場合³⁴等、たいていその取消しが求められる登録商標と同一又は類似の商標を、登録商標の指定商品と同一又は類似の商品に使用する意思を推測することが困難である場合と思われる。

しかし、このような判例の法理が主流となっているにもかかわらず、「直接的かつ現実的な利害関係」というものはその意味が明白でないとの批判があり、各事案によっては主流である判例と乖離があるように見える判決もないわけではない。たとえば、判例の中には、審判請求人が登録商標と同一又は類似の商標を使用しない同種業者も、当然利害関係人に該当すると説示した例もあるが³⁵、これは同種業者も今後登録商標と同一又は類似の商標を使用する意思があると捉えれば、主流的な法理と抵触することはないが、前述した主流とは異なる考え方であると捉えることも可能である。

また、拒絶査定を受けることをあらかじめ知りながらも、審判請求日に隣接する日に出願した場合には利害関係人に該当しないという判決³⁶がある反面、最近は、「類似商標を出願した翌日に不使用取消審判を請求したことだけでは原告(審判請求人)に商標法の弱点を利用し、被告(商標権者)の事業を邪魔しようとする意図があるとは認め難い」として、利害関係人性を認定した判決³⁷もある等、裁判例も多少揺れ動きがあるようである。

1992. 7. 28. 宣告92フ162判決、大法院1994. 2. 25. 宣告92フ2380判決、大法院1998. 12. 22. 宣告97フ3319判決。

³² 大法院1974. 3. 26. 宣告73フ16判決、大法院1980. 9. 9. 宣告80フ12判決、大法院1981. 7. 7. 宣告80フ10判決、大法院1998. 10. 13. 宣告97フ1931判決。

³³ 大法院1979. 8. 14. 宣告79フ46判決、大法院1993. 9. 14. 宣告91フ1779判決。

³⁴ 大法院1983. 12. 27. 宣告80フ9判決。

³⁵ 大法院1976. 6. 22宣告75フ31判決、大法院1989. 10. 10. 宣告88フ1519判決、大法院1991. 2. 26. 宣告90フ1444判決、大法院1992. 11. 27. 宣告92フ995判決。

³⁶ 大法院1974. 3. 26. 宣告73フ16判決、特許法院1998. 8. 20. 宣告98호2337判決。

³⁷ 特許法院2009. 8. 13. 宣告2009호2531判決、林相珉「不使用による商標登録取消審判での利害関係人—特許法院2009. 8. 13. 宣告2009호2531判決を中心に」法曹通巻654号189-231頁(2011年)参照。

そして、現行の商標法は取消審判の請求者として利害関係人に限定して請求人適格を過度に制限することにより、不使用の事実が明白であるにもかかわらず、本案審理に入ることができず、利害関係の証明に多くの時間と努力が必要とされるという問題点があるから、これを緩和して何人も請求し得る方向に改正すべきであるという意見が提起されてきた³⁸。

韓国の現商標法の状況下で、審判請求人を何人型に変えることが適切であるかについて検討するために、商標登録制度の目的に鑑み不使用取消審判制度の趣旨についてももう少し深く述べたい。

3) 利害関係人の範囲についての二つの見解

日本及び韓国商標法は、現実の使用がなくても商標の登録が認められている登録主義を基盤としているから、不使用取消審判が絶対に必要なものというわけではない。それにもかかわらず、商標法が不使用取消審判を認める理由は、一般に、商標法1条にいう「商標保護の目的」に求められる。

つまり、商標の使用をする営業者の業務上の信用の維持を図ることによって、産業の発達に寄与することを目的とするのみならず、あわせて需要者すなわち、取引者と消費者の利益を保護することをも目的とする。したがって「パーカー判決」が示すように、商標権は基本的には私的財産権の性質を有するとしても、その保護は必然的に社会的な制約を受ける³⁹。

商標保護の目的をいかに解するかによって、不使用取消審判制度の趣旨も異なり、それには二つの捉え方があるとの考え方が⁴⁰。

まずは、商標保護の目的を「競業者間の利益調整」と見る立場である。この立場からは、不使用取消審判制度は、競合する同種企業間において、指定商品について使用されない登録商標が登録原簿上に存在していて、不使用のまま他社の営業活動を阻害するが如き状態を除去するため（これに

よってその商標の使用を欲する他者に開放するため）の制度となる。そして、請求の利益があるといえるためには、請求人が指定商品について現実に営業を行っているとか、又はそのための準備行為に入っていて、自己の商標を使用しようとする状況にあることを要するとされ、基本的に商標権を競業者間の利益の争いとして把握するから、この立場によった場合には、結果的に利害関係人の範囲を狭く解することになる。

これに対し、商標保護の目的を「競業秩序の維持を図り、競業者と共に需要者の利益も調整する」と見る立場によれば、商標登録を受けた商標が現実に使用されず、したがって商品の流通秩序の確立に寄与するところなく、かえって、当該登録商標と同一又は類似の商標の他人による使用を排斥して商品選択の分野を狭め、その営業活動を阻害しているという状態を除去すべく、請求により当該登録商標の商標登録を取り消し、商標権を消滅させる制度となる。そうすると、不使用取消審判の請求人については、一般的抽象的な利害関係では足りないとしても、登録商標の商標登録が取り消されることについて何らかの個別的具体的な法律上の利害関係を有すれば、請求の利益を肯認すべきであるとされ、より具体的には利害関係人の範囲を「何らかの法律関係」がある者であればよいとして広く解され、このように解する説が日本の改正前商標法当時の多数説⁴¹であったといわれる。

4) 日韓両国の不使用取消審判制度の時期別考察

商標保護の目的（商標法1条）をいかに解するかにより異なるように解されるという前述の二つの見解について、日本と韓国が不使用取消審判制度をどのように見ているのか、その趣旨を時期別に考察してみよう。

³⁸ 이대희 『商標不使用取消審判制度の改善方案に関する研究』（特許審判院、2001年）98頁、최성우 『OVA 商標法』（2007年改正2版、韓国特許アカデミー）431頁等。

³⁹ 大阪地判昭和45年2月27日無体集2巻1号121頁。小野昌延編『注解商標法』（新版、青林書院、2005年）51頁。

⁴⁰ 小島庸和「不使用取消審判の請求に関し請求の利益と指定商品の同一を認めた事例」判時1183号（判例評論327号）218-219頁（1986年）。

⁴¹ 小島・前掲注(40)219頁。この立場からの判決として、東京高判昭和60年5月14日判時1166号152頁【スキンライフII事件】。その請求をする法律上の利益を有することについて次のとおり判示した。「需要者一般の利益を保護するための制度という一面があることも否定できないところであるから、不使用取消審判の請求人については、一般的、抽象的な利害関係では足りないとしても、登録商標の商標登録が取消されることについて、何らかの個別的、具体的な法律上の利害関係を有すれば、請求の利益を肯認すべきであると解するのが相当である。」

① 1993年12月9日まで

大正10年法時期（～1959年4月12日）の審判請求人は、日本の場合は利害関係人と審査官に、韓国は利害関係人になっていて、審査官の有無を除いて外形的には格別差はなかったようである。

その後、改正前商標法時期（1959年4月13日～1996年6月11日）の大部分（正確には1959年4月13日～1993年12月9日）では、日本においては、利害関係を削除した以降も利益なければ訴権なしという原則により利害関係人で限定解釈しつつも、利害関係人の範囲を「何らかの法律関係」という形で把握する立場が当時の多数説であったことは前述のとおりである。韓国においても、被請求人の商標と同一又は類似の商標を使用したことがあればよく、1990年代以降はその範囲が広げられ、現在使用している事実がない場合であっても、登録商標の消滅に直接的かつ現実的な利害関係があるのであればそれで足りるという立場であったから⁴²、競争秩序維持であると捉える見解に近いように思われるが、明らかではない。

② 1993年12月10日以降

ところが、1990年代に入って両国は不使用取消審判制度においてそれぞれ異なる制度を導入することになった。まず、韓国は、1993年12月10日に商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した場合、取消審決確定の日から6ヶ月間⁴³、審判請求人に独占出願権を与えるよう商標法が改正された反面、その3年余り後である1996年6月12日に、日本は明文の規定がなかった審判請求人について、何人も請求し得ることが明記された。このように異なる道を踏み出している両国の商標法が吟味する不使用取消審判制度について、異なる解釈の可能性が現れた。

すなわち、前述した二つの不使用取消審判制度の趣旨についての見解からすれば、韓国は商標保護の目的を「競争者間の利益調整」と見る前者の立場に近いように思われる。競争者間の利益調整という色彩が濃くなった

⁴² 権・前掲注(26)509頁。

⁴³ 1993年12月10日当時、最初の改正時は取消審決確定日から3ヶ月間審判請求人に独占出願権を与えることになっていたが、2007年1月3日、その期間が取消審決確定日から6ヶ月に改正された。『条文別商標法解説』（韓国特許庁、2007年）117頁。

ことは、理論上、法的利害関係がより厳格に問われることにつながるのは当然であり、利害関係人性が証明された後、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定すれば、審判請求人は商標権者又は第三者と比較し、大きな恩恵であるといわざるを得ない6ヶ月間の独占出願権が与えられる。この改正は、利害関係が問われることによって、濫訴が防止されるのは商標権者の利益にかなうことになるが、利害関係人性がより厳格に問われることになるから、そのような審判請求人の不利の代わりに、独占出願権という利益が別途用意されることで、競争者間の利益調整を図っていると理解される⁴⁴。

日本の何人も請求し得るとの改正は、明らかに「競争秩序の維持を図り、競争者と共に需要者の利益も調整する」と見る後者の立場であると思われる。登録商標の不使用による弊害は、競争者にのみ不利益を与えるのではなく公益的目的でも除去しなければならぬ必要があるため、利害関係人の範囲を広げて何人も請求し得るようにしたのである。競争者間の利益を調整する立場ではないから、審判請求人に別に独占出願権等の利益を与える必要もないと理解される。

韓国が前者の見解に、日本が後者の見解に近い理論構成を取っているとはいえ、それは大きい枠組みを高台から眺める考え方であり、ミクロのレベルでは二つの見解は相互補完的なものとして交差援用され、他の見解の短所を補うこともできると考えられる。そうだとすると、少なくとも次のとおり解することもできるのではないかと思われる。

すなわち韓国の場合、商標権者の故意の不正使用等による取消審判の取消審決が確定した場合と同様、不使用取消審決が確定した場合にも商標権者は3年間、同一又は類似の商標を同一又は類似の指定商品について出願することができないとされている（7条5項）⁴⁵。これは商標の不当な不使

⁴⁴ この立場に賛成する意見として、林・前掲注(37)228-229頁。ただし、独占出願権制度ができた以後も韓国は、1990年代以降は後者の見解に近い判例、すなわち利害関係人について登録商標の消滅に直接的かつ現実的な利害関係があれば足りるというもっと緩やかな立場を採用する判例が出てきたということは前述したとおりである。

⁴⁵ また7条5項によって、不使用取消審判が請求された以降、商標権が存続期間満

用により、一般公衆の利益が害されることを防ぐためであり、また、一般公衆の利益が害された場合には商標権者に制裁を課す趣旨であると理解されるので、需要者の利益を配慮した後者の見解が加味されていたともいえる。

そして、日本の場合は、基本的には私権の商標権について、何人も請求し得るようにされた結果から予測される濫訴は、商標権者には不利であるが、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した後、登録商標の取消し以外には、いかなる制裁的規定もない⁴⁶ことと、かえって、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した商標権者の側は、本当に使用の意思があることを証明すれば、審判請求人を含む第三者と先出願競争があるものの、同一又は類似の商標をまた出願して商標登録を受ける可能性があるという点では⁴⁷、商標権者の私益を配慮した前者の見解と捉えることも可能ではないかと思われる。

5) 韓国の不使用取消審判における審判請求人の何人型への改正について

このように両国は、1990年代以後不使用取消審判制度の趣旨をいかに捉

了て消滅したり商標権者が商標権の全部又は一部を放棄したときは、その該当日から3年を経過した後でなければ、本文のようにその登録商標と類似関係の範囲内にある商標について商標登録を受けることはできない。同条項は商標権消滅後1年間、他人の登録商標についての出願禁止条項(7条1項8号)により、かえって商標権者が1年間再出願権を独占する矛盾を防止するために用意された条項でもあるが(前掲注(43)条文別商標法解説113頁)、商標権者の故意の不正使用が需要者に商品の品質を誤認混同させることと同様、3年間不使用の場合、他人が登録商標と同一又は類似の商標の使用を不当に制限する等、公益に反することについての制裁措置の性格も持っている(参・前掲注(38)430頁)。詳しくは後述の「3. 商標登録の取消しの効力 2) 韓国の場合 ③ 元の商標権者の取り消された登録商標の再取得の可能性及び商標権者に対する追加制裁の有無」を参照。

⁴⁶ 日本の場合、「商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した日から5年を経過した後でなければ、その商標登録に係る指定商品又は、これらに類似する商品についてその登録商標又は、これに類似する商標についての商標登録を受けることはできない」という制裁規定は、不使用取消審判の場合は該当しない。詳しくは、後述の「3. 商標登録の取消しの効力 1) 日本の場合」を参照。

⁴⁷ 田村・前掲注(1)43頁。

えるかにより、各国の不使用取消審判制度を異なる方向に改正し、各国の事情に合うように発展してきたといえる。韓国の場合、審判請求人を利害関係人に限って認めたのは1949年からであり、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した後、審判請求人に独占出願権を付与したのは1993年からであって、比較的長期間にわたって競業者(商標権者と同種企業等の利害関係人)間の私益の調節という枠組みで、不使用取消審判制度を運営してきたのである。

したがって、新しい制度を導入するためには、まずその正当な理由が要求されることはもちろん、新しい制度によって影響を受ける他の部分も共に検討され、もし一方に過度な不利益が生じる状態になれば、正当な理由があろうとも、その制度の導入自体が難しくなかねない。実は、2009年5月29日に韓国政府(特許庁)が不使用取消審判の審判請求人を何人に改正する等の内容を盛り込んで立法発議したが、なるほど、立法過程で商標の実際的使用者ではない者による商標登録を防止する必要があるとの点に鑑み、何人型の立法は失敗したのである⁴⁸。

この立法発議についてもう少し敷衍して説明すると、審判請求人適格を広げ、誰でも請求できることとしたならば、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定したとき、独占出願権が付与された審判請求人は、自分がその登録商標を使用することもできるが、その登録商標を他人に譲渡することにより利益を得ようとする、いわゆる商標ブローカーにはこれ以上ない格好の条件が用意されることになる。また、上述のように、日本と異なり韓国の場合、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した場合、商標権者は3年間出願さえできなくなるので、商標権者は二重の不利益を被ることに

⁴⁸ 第6次国会知識経済委員会(2009.9.25)審査報告書13-14頁。「しかし、現行不使用取消審判において、利害関係人にのみ請求することができるようにしたことは、取消審判請求が濫用されるのを防止し、登録商標権者を不必要な法的紛争に巻き込まれないようにする必要があるという点と、商標登録の取消審決が確定する場合、取消審判請求人に優先的に登録を受けることができる権限を付与して(8条6項)、商標の実使用者ではない者(商標ブローカー等)による商標登録を防止する必要があるという点を勘案した制度的装置という側面を考慮して、慎重な検討が必要と判断される。」とされた。

なる。

3年間不使用であったのであるから、取消しを免れることができないのは当然であるとはいえ、長期間にわたり競業者の利益調節という枠組みの下で運営されてきたと見える韓国商標法の状況下では、何人型のみを導入することは商標権者に過度な不利益を与えかねないといわざるを得ない。

思うに、登録主義を補完して、必要ではない出願、登録を抑制し、公益的目的に資するためという日本商標法が採用するような理由等からすれば、何人型への改正の正当性は十分であると考えられる⁴⁹。

前述したように、不使用取消審判において日韓両国共に、請求人から被請求人への立証責任の転換という立法政策上の決断を行った事例がある。商標権者が一方的に不利益を被ることを防ぐために、同事例に倣い、何人型への改正を図るためには、審判請求人の独占出願権及び商標権者の3年間出願禁止条項の改正等を共に勘案し、検討すべきであると思われる。

3. 商標登録の取消しの効力

取消審判は、審決に対し所定の期間内に審決取消訴訟が提起されないか⁵⁰、もしくは、原審決を維持する東京高等裁判所の判決の確定、その判

⁴⁹ 特許庁編・前掲注(2)1380-1381頁は、以下のように述べている。「①不使用取消審判制度は、商標法の変遷の中では公益的な観点から職権又は審査官の審判請求により不使用商標の取消がなされていたこともあり、公益的な重要性は元々高いと言えるうえに、近年、不使用の登録商標の累積により、他人の商標選択の幅の狭小化、特許庁における審査負担増・審査遅延等の事態が生じており、これを抑制する手段として当該審判の公益的重要性が一層高くなってきていること、②『利害関係』の有無について争われることにより審理の結論が出るのが遅れるというケースも存在すること、③利害関係を作ろうと思えば、同一又は類似の商標を『出願』又は『使用』をするという形で簡単に作ることが可能であること、④平成八年の一部改正で更新時の使用状況の審査を廃止したため、特許庁が直接的に不使用商標の取消に関与することができなくなったこと、⑤諸外国でも『何人』にも請求を認めている例が少なくないこと(イギリス、カナダ、ドイツ、オーストリア等)等を背景にして、不使用商標の整理についての一層の促進を図ることとしたものである。」

⁵⁰ 審決又は、決定の謄本の送達があった日から30日を経過した後は、提起すること

決を認める旨の最高裁判所の判決の確定により確定する。

審判請求が成り立たないとした審決が確定した場合には、審判請求人は、基準時(審判請求の予告登録時)においては、取消理由がないという判断を蒸し返すことができなくなる。このような遮断効果(実質的確定力)を認めないと、審判制度の意味がなくなるからである。その正当化のために、審判請求人には様々な手続保障が与えられていたのである。

もっとも、再度の審判請求においては、基準時が異なるので、蒸返しを防ぐためには、前審決の理由中の判断(ex. 何時の時点まで使用があったと認められたか)にも一定の拘束力、すなわち、それが真剣に争われた争点となった場合に遮断効(争点効)を認める必要がある⁵¹。なお、審判請求不成立審決には対世効はない。請求人限りの手続保障で、登録の取消しを狙う第三者の利益を剥奪することは許されないからである。

登録を取り消す審決が確定した場合には、商標権が対世的に消滅する(54条)。商標政策の観点から保護の必要性がないと判断された商標権について、第三者の行動を制約する必要性はすでに失われているところ、消滅の対世効を認めても、取消しの成否について手続保障が与えられた商標権者にとって酷とはいえないからである。

以下では審決確定の効果と関連し、日本と韓国の間で異なる点について述べたい。

1) 日本の場合

① 商標権の遡及消滅—審判請求の予告登録の日まで

日本は、平成8年(1996年)改正法以前においては、不使用商標についても商標権の消滅は、他の取消審判の審決と同様、審決が確定したとき以降であるとされていたが(54条1項)、1996年改正で取り消された商標権の消滅時点を審判請求の予告登録の日まで遡及させることにした(1996年改正法54条2項)⁵²。

はできない(63条2項、特178条3項。韓国も同様。86条2項、特186条3項)。

⁵¹ 田村・前掲注(1)42頁。

⁵² 不使用取消審判のみが例外として審判請求の登録日まで遡及して取消審決の確

1996年改正以前の法によると、審判請求人は不使用商標の使用を取消審決が確定するまで待たなければならず、それ以前の使用に対して使用の差止めや損害賠償の請求を甘受しなければならなかった。しかし、不使用取消審判の請求が成立するような商標は、少なくとも3年以上、すなわち3年間に不使用取消審判の請求登録から審決が確定するまでの期間を加えた期間は、使用されていないことが明らかにされたものであるから、法により保護すべき業務上の信用が生じていないか、ないしは、一旦使用により信用が生じたとしても長期間の経過により消滅しているものといえる。

したがって、このような内実のない権利に基づく損害賠償請求を認めるのは、商標保護の目的を逸脱するものである。そこで、審決により、3年間の継続不使用の要件を充足することが確定した場合には、不使用取消しの効力を審判請求の登録日まで遡って生じさせることとした。

この改正によって商標権者は、遡及して消滅するおそれのある権利に基づく権利行使は避けようとするであろうし、そうだとすれば、不使用商標の使用を欲する請求人は、取消審判請求登録後に、審決確定前でも安心してその商標を使用することが可能となる。したがって、不使用登録商標の使用を欲する者の取消審判の請求も以前より気軽に行われるようになり、不使用商標の権利者にとっては不使用商標の権利を保有しておくメリットは小さくなるから、権利放棄や譲渡等が促進されるようになり、それによって、不使用商標の整理が進捗することとなる⁵³。

なお、不使用商標には信用が蓄積されておらず、特別な財産的価値が生じているわけではないし、不使用取消審判請求の予告登録後は、審決により取り消される可能性があることが公示されるのであるから、予告登録時まで遡及することによって質権者や不使用商標の使用権者、その他の第三者が不利益を被るとはいえないであろう。

もっとも、そのような効果を期待するのであれば、不使用取消しの効果を商標登録後3年の時点以後である限り、3年の不使用期間の始め（あるいは3年の不使用期間の満了日）まで遡及させるべきであるという方策も

定の効果を認めるが、他の取消審判における取消審決の効果の発生時はすべて取消審決の確定したときである（54条1項）。

⁵³ 網野・前掲注(4)901-902頁。

考えられるが、1996年改正法は、このような制度の採用を見送った。登録商標の存在を信頼して専用使用権や独占使用権など第三者に対しても権利を行使できる地位を取得した者の予測可能性に配慮する必要性があり、他方、審判請求人としては、使用開始前に審判請求をなせば済むとしておけば足りると判断したものと解される⁵⁴。

② 取消審決確定（商標権消滅）後1年間の他人の登録の可能性

何人かが使用していた登録商標は、商標権が消滅した後であっても、その商標に化体した信用が残存している場合もあるため、従来は、混同防止の観点から、商標権の消滅後1年間は、その商標と同一又は類似の関係にある商標について、他人が商標登録することを認めていなかった（旧商標法4条1項13号）。ただし、元商標権者が商標権消滅日前の1年間、当該商標を使用していなかった場合には、この限りではないとされていた（旧商標法4条1項13号括弧書）。不使用により取り消された場合には、通例、この要件を満たすから、4条1項13号の拒絶理由が実際に働くのは、予告登録前の使用が駆込み使用と評価されるというような例外的な場合に限られていた。

しかしながら、近年、製品のライフサイクルの短縮化が進んでいること、特許庁における審査処理期間が短縮していること等の状況の変化の中で、商標権消滅後1年間、他人の商標登録を認めないことの弊害が顕著化しており、結果として、同条は早期の権利付与という出願人のニーズに応えられない制度となった等の理由で、平成23年（2011年）6月8日の改正（法律第63号）で従来の4条1項13号は削除された⁵⁵。

⁵⁴ 改正作業の詰めの段階には、3年の期間満了日まで遡って消滅させる田村教授の案と現行法の案の間でかなり長期間にわたる議論があった。実際には再審によって覆ることを予測し得ない刑事事件が生じることに対する嫌悪感がネックとなったそうである。田村・前掲注(1)43-44頁参照。

⁵⁵ 「今回の改正法後であっても、商標権の消滅後に出所の混同を生ずるおそれがある場合には、混同防止に関する総括的規定（4条1項15号）等を適用することが可能であり、混同防止を図ることは制度的に担保されている。」と説明されている。特許庁工業所有権制度改正審議室編『（平成23年特許法等の一部改正）産業財産権法

これによって無効審判と権利の放棄等の場合はもちろん、不使用取消審判により商標権が消滅した場合であっても、1年を待たずして、その商標と同一又は類似の関係にある商標について、直ちに他人が商標登録を受けることが可能となる。

③ 登録商標の取消し以外の商標権者に対する追加的制裁

商標法上存する五つの取消審判の中で、商標権者の不正使用による商標登録の取消審判等三つの取消審判では、商標登録を取り消すべき旨の審決確定後5年を経過した後でなければ、元の商標権者(使用権者)は、その商標登録に係る同一指定商品又は類似の商品について、その登録商標と同一又は類似の商標についての商標登録を受けることができないように制裁条項が置かれている⁵⁶。しかし、不使用取消審判の場合には、そのような制裁措置が用意されていない。商標権者の故意の不正使用等は一般公衆の利益を害するのであるから、それに対する追加制裁を与えることも考えられるが、3年間継続して商標権者の使用義務違反が行われていた場合には、上記の三つの取消審判より公衆の利益を害する程度が低いと解されるのではないかと思われる。

④ 元の商標権者による取消しになった登録商標の再取得の可能性

不使用取消審判により取り消すべき旨の審決が確定し、商標権が消滅したとしても、元の商標権者がその登録商標に係る同一指定商品又は類似の商品について、登録商標と同一又は類似の商標に関する商標登録を再度受けるこ

の解説』(発明協会、2011年)201-203頁参照。

⁵⁶ 五つの取消審判とは、以下を指す。①不使用による商標登録の取消審判(50条)、②商標権者の不正使用による商標登録の取消審判(51条1項)、③分離移転後の一方権利者の混同行為による商標登録の取消審判(52条の2第1項)、④使用権者の不正使用による取消審判(53条1項)、⑤外国人の代理人などによる商標の不当登録に対する取消審判(53条の2)。そして、元商標権者(使用権者)について5年間登録の不可条項が置かれている三つの取消審判は、上記五つの取消審判の中で②、③、④である。

とは可能である⁵⁷。他人の先願がある場合は別論であるが、本当に使用の意思が生じ、それを証明することができれば、元の商標権者が再び商標権を取得することを妨げる条項は商標法上存在しない。すなわち、上述のように、不使用による取消審判で取り消すべき旨の審決が確定した場合、5年を経過した後でなければ元の商標権者は取り消された商標権について登録できないという規定はない。従来の4条1項13号が削除された今でも、商標権の消滅後直ちに再出願をすれば、登録を受けることができる点は以前と同じである。

2) 韓国の場合

不使用取消審判において、審判請求人適格が両国間で異なっているように、商標登録を取り消すべき旨の審決による効果もかなり異なっている。

① 審判請求人への優先出願権の付与

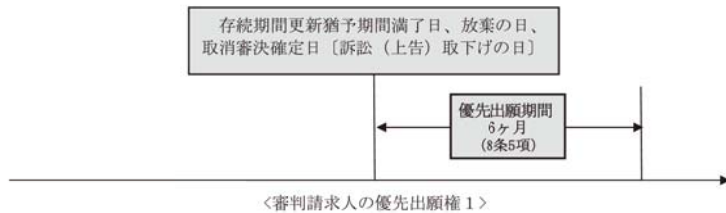
まず韓国の場合、審判請求人を保護するために、次のとおり審判請求人に優先(独占)出願権を付与している⁵⁸。優先出願権は、請求人についての積極的保護条項(8条5項、以下のi))と第三者による出願を制限する趣旨の消極的保護条項(8条6項1号及び2号、以下のii)とiii))に大きく分けられる。

i) 不使用取消審判が請求されその請求日以降消滅した登録商標に係る同一指定商品又は類似の商品について、その登録商標と同一又は類似の商標について次の該当日から6ヶ月間は審判請求人のみがその商標登録を受けることができる(8条5項)。

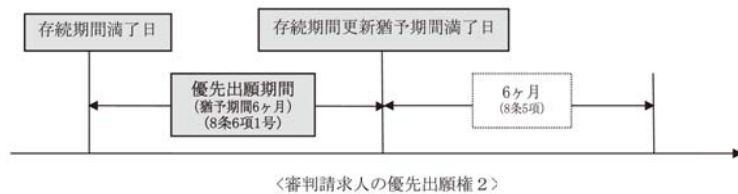
⁵⁷ 田村・前掲注(1)43頁。

⁵⁸ 不使用による取消審判の請求人に付与される権利を優先出願権として見るか、独占出願権として見るかについては見解の対立があるが、いずれにしても取消審判請求人の出願は先出願主義の例外に該当する。特許庁の実務は取消審判請求人に独占出願権を付与したと解し、6ヶ月以内に取消審判請求人以外の者が商標登録出願をした場合には、同期間内に取消審判請求人の商標登録出願の有無を問わず、8条5項を適用して拒絶する(商標審査基準「特許庁例規第57号」29条7項)。

- 更新登録出願の更新猶予期間（商標権の存続期間満了日を過ぎたとしても加算金納付の条件でその過ぎた日から与えられる6ヶ月の存続期間更新登録出願の期間）が経過した日、
- 商標権者が商標権の全部又は、一部を放棄した日、
- 商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した日（商標登録の取消審決に対し、審決取消訴訟が提起された後、その訴訟（もしくは上告）の取下げで、その審決が確定したときにはその取下げの日をいう。）



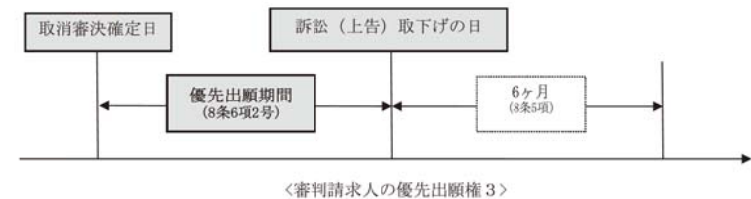
ii) 不使用取消審判が請求され、その請求日以降、審判請求に係る登録商標が存続期間満了により消滅する場合において、更新猶予期間（存続期間満了日から6ヶ月）中にその消滅した登録商標に係る同一指定商品又は類似の商品について、その登録商標と同一又は類似の商標についての商標登録出願をした場合には、審判請求人のみが商標登録を受けることができる（8条6項1号）。



8条5項によって不使用取消審判の請求人は、存続期間更新登録出願の期間満了日から6ヶ月間は、独占的出願権が与えられるが、存続期間満了日と存続期間更新登録出願の満了日の間の期間には、消滅した商標の商標権者と癒着関係のある第三者が、消滅した商標と同一又は類似の商標を出願して登録を受けるおそれがあることから、これを防止するための規定で

ある⁵⁹。

iii) 不使用取消審判が請求され、その請求日以後、商標登録を取り消すべき旨の審決に対し、審決取消訴訟が提起された後、その訴訟（もしくは上告）の取下げによって審決が確定され、商標権が消滅する場合において、その取消審決の確定日からその訴訟（もしくは上告）の取下げの日までの期間中、その消滅した登録商標に係る指定商品又は類似の商品について、その登録商標と同一又は類似の商標についての商標登録出願をした場合、審判請求人のみが商標登録を受けることができる（8条6項2号、同号にいう取消審決の確定日は、審決又は決定の謄本の送達があった日から30日（審決取消訴訟の取下げの場合）、又は14日（上告の取下げの場合）を経過した日を指すものであり、前述したi）のように審決取消訴訟（もしくは上告）の取下げの日を含んだ概念ではない。）。



⁵⁹ 前述注(45)のように、商標権が消滅した後3年間その登録商標と類似関係の範囲内にある商標について商標権者の出願を制限する規定が存在する。後述する「②取消審決確定（商標権消滅）後1年間の他人の登録禁止」のように韓国は商標権が消滅した日から1年を経過していなかった他人の登録商標と同じ指定商品又は類似の商品についてその登録商標と同じ商標又は類似の商標についての商標登録は依然として不可能である。しかし、消滅した登録商標が商標権の消滅した日から遡及して1年以上使用されていなかった場合、その適用が除外されるとされ、特許庁の実務上、消滅した商標権者の印鑑と、商標権が消滅した日から遡及して1年以上使用されなかったという旨の確認書を商標権者から受け取って提出すれば済むのであるから（商標審査基準22条3項）、元の商標権者と癒着関係にある者が元の商標権者の印鑑と確認書を受けて商標登録出願した後、元の商標権者に移転登録してあげるのを防止するためである。

8条5項によって不使用取消審判の請求人は、審決取消訴訟（もしくは上告）の取下げの日から6ヶ月の間、独占の出願権が与えられるが、取消審決の確定日から審決取消訴訟（もしくは上告）の取下げの日までの期間は何人もその消滅した登録商標と同一又は類似の商標登録出願をすることができるから、8条6項2号は消滅した商標の商標権者と癒着関係の第三者の出願に対して審判請求人を保護するための規定である⁶⁰。

以上のように、8条6項1号及び2号（上の図表2、3）は、共に審判請求人が消極的に、不使用取消審判の利益を享受することができなくなるのを防止するために備えられたものであり、韓国の場合は、日本の不使用取消審判請求人と比すると、やや細かすぎるといっても過言ではないほど審判請求人の利益を配慮しているといえる。

② 取消審決確定（商標権消滅）後1年間の他人の登録禁止

前述したとおり、日本は4条1項13号（商標権の消滅後1年間、他者による当該商標と類似範囲にある商標の登録禁止規定）を削除したが、韓国の場合は同条に対応する7条1項8号が存続している。ただ、消滅した登録商標が商標権の消滅した日から遡及して1年以上使用されていなかった場合、その適用が除外されるとされている（7条4項1号、日本の旧商標法4条1項13号括弧書）。

③ 元の商標権者の取り消された登録商標の再取得の可能性及び商標権者に対する追加制裁の有無

取り消された登録商標が元の商標権者に再度取得される可能性はかなり低いといっても差し支えはないと思われる。なぜなら、不使用取消審判が請求され、その請求日以降、i) 商標権が存続期間満了で消滅したり、ii) 商標権者が商標権の全部又は一部を放棄したり、iii) 商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した場合、商標権者及びその商標を使用した者は、その該当する場合になった日から3年が経過した後でなければ、消滅した登録商標に係る指定商品又は類似の商品について、その登録商標と同一又

⁶⁰ 商標権者からの出願に対しては、注(45)、注(59)で前述したように、別途、出願制限規定が存在するのでそれで対処できる。

は類似の商標についての商標登録を受けることはできないとされているからである（7条5項）。

この条項は、前述した7条1項8号により、取消しになった商標の元の登録商標権者がかえって1年間は出願を独占してしまうという矛盾を防止する一方で、商標権者の商標使用の義務違反に対する追加的制裁として、取消審判の実効性を担保する趣旨である⁶¹。

このように、審判請求人は利害関係人であることを苦勞して立証したし、登録商標を取り消すために審判費用と時間の投資をわざわざ行ったのであるから、取り消すべき旨の審決が確定したら、独占出願権を利用して当該商標を出願するであろうことは明らかであり、また、元の商標権者は消滅日から3年間出願すらできないのであるから、新しく商標権者になっている審判請求人（あるいは、その商標権の譲受人）に対し相当額の金銭を支払うこと等によって商標権を交換しない限り、再取得の可能性はほとんどないといえる。

④ 商標権の消滅

商標登録を取り消すべき旨の審決が確定したときには、当該商標権はその後、消滅する（73条7項）。したがって、消滅する前までは商標権が存在していることとなり、取消審決の確定前に第三者が商標権を侵害した場合であっても、商標登録が取り消されるか否かは問題とならず、侵害判決を下すことができる⁶²。そして、その判決のあった後、不使用取消審判により商標登録を取り消すべき旨の審決が確定したとしても、商標権はその取消審決確定後、将来に向かって消滅するとされているから、再審の対象

⁶¹ 前掲注(43)条文別商標法解説113頁。

⁶² 최성우『主題別商標法』（ハンビット知的所有権センター、2000年）516頁。日本で遡及効のない時代の損害賠償請求事件として、東京地判昭和58年9月28日判タ514号307頁〔狩猟事件〕は、「…仮に商標権者等において登録商標を継続して三年以上使用していないため取消審判の手続中の場合であっても、商標登録の取消審判が確定するまでは当該登録商標権は有効に存在しているのであるから（商標法54条）、その間の指定商品についての登録商標に類似する商標の使用は、当然当該商標権を侵害するものとみなされるのであって…」として侵害を肯定した。

とはならないと解される⁶³。

現在の韓国商標法と同様、日本商標法には審決確定に伴う遡及効を認めていなかった時期があった。その後の改正により、日本商標法は、審決確定による取消しの効果が予告登録日まで遡及することとなったのであるが、そのような変化に対応して、不使用取消審判と侵害訴訟が同時に行われる場合、裁判所としては、以下のように取り扱うべきであるという見解がある⁶⁴。

第一に、裁判所が侵害を肯定しようとする場合には、商標権者の商標の使用の事実があり、当該商標が不使用により取り消されることがないということを先に確認すべきである。審判請求の予告登録前に3年以上不使用であれば、その商標登録は予告登録後に使用が開始されたとしても取り消される運命であり、それに確定取消審決には審判請求の予告登録日に遡及して商標権を消滅させる効果があるから、侵害を肯定する判決を下した場合には、後ほど再審により取り消される可能性が生じる(民訴338条1項8号、刑訴435条1項5号)。

第二に、仮に、商標権者の使用の事実に該当するか否かその判断が微妙な場合(ex. 50条3項の駆込み使用に該当するか否かの限界線上の事例の場合)、使用の事実が出てこないとも限らない場合(ex. 多数の通常使用権者が存在する場合等でにわかにはその使用を把握し難い場合)など、不使用により取り消されると断言できない場合には、その帰趨を見極めるために、ひとまず侵害訴訟の手段を中止すべきである(56条1項、特許168条2項)。取消ルートを不使用取消審判手続(及び審決取消訴訟)に一元化した法の趣旨を尊重するためには、侵害訴訟における判断と取消審判(及びその審決取消訴訟)における判断が抵触する事態は防がなければならないからである。

第三に、審判請求の予告登録前3年以上不使用であり、取消審判(及びその審決取消訴訟)で取り消されることが明らかであって、判断の抵触の可能性がなく、ルート一元化の趣旨に反することがない場合には、侵害を

否定することが許されると解される。

第四に、ただし、審判請求の予告登録前になされた侵害行為に対する損害賠償請求は遡及効によっても侵害が否定されないので、手段を中止する必要がなく商標権侵害を肯定してもよい、とされている。

韓国でも、引き続き3年間以上使用されていないために、実体法上は本来その時点で取り消されるべき商標が、審判において一定の時間がかかるとの手続上の理由のみで、その間も相変わらず商標権者が権利を主張し得ると取り扱う必要はないとか、取消審判の審決は審判請求後、特許審判院を経て特許法院及び大法院の最終判決まで約3年余りかかるのに、審判請求当時すでに3年以上使用されなかった商標を再度、3年ほどの審判及び不服期間中に認める必要はない等、不使用商標に基づいた損害賠償請求権などの権利行使を防止するために取消審決の効果を一定期間遡及させようという趣旨の主張が多く聞かれるようになってきた⁶⁵。

思うに、日本の例のとおり審決確定の効果は予告登録日まで遡及させる場合、侵害訴訟において後に再審により取り消される可能性、つまり取消審判と侵害訴訟ルートとの間の判断に齟齬があるかもしれない。しかし、これを防ぐためには裁判所で商標権者の商標の使用の事実について審理した結果、「商標を使用した事実がないことが明白な場合」に限って侵害判決を下すという明白性要件を厳格に運用するか、判断しにくい場合には侵害訴訟の手段を中止する等の方法を活用することで十分解決可能な問題と考えられる。取り消されるべき実体もない商標権に基づいて提起された損害賠償請求を認める不合理性の除去等、遡及効の制度を導入することによって得られる利点は、現制度の利点よりも一層大きいといえる。さらに近年、公益的な側面から商標権を眺める世論が高まっているという点にも鑑み、不使用取消審判における審決確定の効果に一定の遡及効を認める方向への法改正が望ましいと思われる。

⁶³ 商標法83条(再審の請求)2項によって準用される民事訴訟法451条(再審理由)参照。しかし、この場合後述のように日本においては、確定取消審決に遡及効があるから、先立った侵害判決が後に再審により取り消される可能性がある。

⁶⁴ 田村・前掲注(1)314-315頁。

⁶⁵ 이석조 「登録商標不使用による取消審判に関する研究(判例を中心に)」(忠南大学校大学院特許協同課程修士学位論文、2001年)70-71頁、李・前掲注(38)431頁、『標準教材(基本書)商標法』(特許庁国際知識財産研修院、2007年)661頁、정태호 「日本の商標不使用取消審判制度とその特徴に関する比較法的研究」圓光法学26巻4号(2010年)、林・前掲注(37)230頁等。

4. 法律により不使用とみなされる行為（駆込み使用の規制）

1) 日本の場合

① 制度導入の背景

不使用取消審判が請求された場合においては、被請求人（商標権者）はその審判請求の登録前3年以内に使用していることを証明しなければ、その取消しを免れない。しかし予告登録前に使用を開始していれば、それ以前に継続使用されている必要はない。そして、審判請求された不使用商標の商標権者が、たまたま不使用取消しの審判請求を受けることを知ったような場合には、専ら不使用取消しを免れる目的で脱法的な使用（いわゆる駆込み使用）を開始するおそれがあり得る。実際にこのような駆込み使用の問題が現れた代表的な裁判例が「VUITTON」事件である（東京高判平成5年11月30日知裁集25巻3号601頁）。

この事件は、商標権者から使用許諾を得るために交渉に及んだ者が、その際に、物別れに終わった場合には不使用取消審判を請求すると明言し（1990年6月6日）、実際、交渉が決裂したために、後に取消審判を請求したところ（1990年7月5日）、審判請求の登録（1990年8月17日）に先立って商標権者が日本工業新聞に広告を掲載した（1990年7月16日）。しかし広告に記載された商品に「VUITTON」標章を付したものが販売された事実はない。裁判所は、単に不使用取消しの審判を免れる目的で名目的に商標を使用するような外観を呈する行為があっただけでは、商標を使用したということではできず、不使用による取消しを免れないと判示した。

そこで、このような商標権者の駆込み使用を初めから避けるためには、予告登録がなされるまで審判請求が行われることを隠密にしておかなければならず、まず審判請求をして、その予告登録を待ってから譲渡交渉を開始する方法によるほかなかった。そのような理由から、今まで事前譲渡交渉が妨げられがちであった。

先進諸国においてもこのような問題点を解決するために多様な立法的方策が用意されてきた。

ヨーロッパの立法を見てみると、たとえば、イギリス商標法は、ヨーロッパ共同体商標規定（50条1項a）とEC指令（12条1項）に合わせて、

不使用取消しの請求前3ヶ月の使用は善意でない限り、取消しの妨げにならないとしている（46条(3)但書）。また、ドイツ商標法もイギリスと同様EC指令に合わせ、取消請求の可能性を知った後における取消請求前3ヶ月の使用は、使用とはしない旨定められた（同法49条1項後段）⁶⁶。

このような保障が得られれば、不使用商標の使用を欲する者は、登録取消しの威圧の下に、不使用取消審判を請求する前に、商標権者と3ヶ月の期間内に十分な余裕を持って商標権の一部譲渡等、事前の交渉を行うことが容易になる⁶⁷。

② 平成8年改正の内容

日本においても、商標権者の駆込み使用の問題を立法的に解決しようとした。平成8年改正法は、上述の外国の立法例に倣い、不使用取消審判の請求前3ヶ月からその審判の請求の予告登録日までの間に、日本国内にあって商標権者、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についての登録商標の使用をした場合であって、その登録商標の使用がその審判の請求がなされることを知った後であることを請求人が立証したときは、その登録商標の使用は、50条1項に規定する登録商標の使用には該当しないものとする旨定めている（50条3項）。ただし、その登録商標の使用をしたことについて正当な理由があることを被請求人が明らかにしたときはこの限りではない（同条但書）。

50条3項の本文にいう請求人の駆込み使用の証明と同条但書の被請求人の登録商標の使用の正当な理由について詳説すれば、次のとおりである⁶⁸。

i) 駆込み使用の証明

登録商標の使用の証明は、被請求人に課せられる。しかし、それが駆込み使用であることは、請求人が証明しなければならない。請求人は被請求人の証明した登録商標の使用が次に該当することを証明することが必要

⁶⁶ 前掲注(65)標準教材643頁、網野・前掲注(4)899頁等。

⁶⁷ 網野・前掲注(4)899頁。

⁶⁸ 小野＝三山・前掲注(5)505頁。

である。

- 駆込み期間内（請求前3ヶ月から請求の登録日まで）の使用であること
- 審判請求がなされたことを使用者（商標権者、専用使用権者、通常使用権者のいずれか）が知った後の使用であること

証明方法の具体例としては、商標権の譲渡交渉などにおいて、内容証明郵便と第三者立ち会いの下で「当該商標登録の不使用取消審判を請求する」旨を伝えた事実を審判の審理の過程において立証すること等である。

ii) 登録商標の使用についての正当理由

請求人が証明した被請求人の登録商標の使用が駆込み使用の形式的要件を満たすものであって、その使用について被請求人に正当な理由がある場合には、駆込み使用に該当しない。正当な理由とは、たとえば次のような場合である。

- 使用者に、請求人による審判請求の意思を知る以前から登録商標の使用について明確な使用計画があったときに、たまたま上記状態に至って使用したとき
- 商品と営業の許認可等の制限のため使用できなかったところ、たまたま上記状態に至ったので、許認可等の制限が解けてから駆込み期間に使用せざるを得なかったとき等である。

2) 韓国の場合

不使用取消審判の請求があり得ることを譲渡交渉とライセンス交渉等の相手方の行動から察知して、その後、突如当該登録商標の駆込み使用を開始し、商標登録の取消しを免れようとするケースは韓国でも同様に存在してきたが、韓国では、まだ駆込み使用を「使用」とはみなさない規定は用意されていない。このように不使用取消審判で取消しを免れるためのわずかな使用は、不使用取消審判の趣旨からも許容できないものであるが、一般に、「正当な」使用でないという法理で判断されてきた。その「正当な」使用という法理の判断根拠は、韓国商標法73条4項にいう「—正当

に使用したことを証明しない限り—」との条文から導かれていると考えられる⁶⁹。ここにいう「使用」とは、形式的には商標法2条1項6号各目に該当する行為をいうが、登録維持のための商標の使用はこれだけでは足りず、商標使用の真実の意思に基づいた適法・正当な商標の使用であることが要求されると解される⁷⁰。

不使用取消審判について覚知する経路はどのようなものであれ、商標権者が不使用取消審判の提起について知った後に、使用もしないでいた商標を不使用取消審判の請求日（直）前に駆込み使用をすることに対し、韓国裁判所がどのように取り扱っているかを理解するためにいくつかの裁判例を検討したい。

① 関連裁判例

i) 大法院2011年6月30日宣告2011ㄹ354判決

（サミク家具事件、)

商標権者（原告）が審判の請求日（2009年12月29日）前の2008年11月14日から2008年12月12日まで週1回ずつ計5回にわたり首都圏中一部の地域に配布される生活情報誌の広告欄に指定商品（野球用バット等）についての広告をした事実は認められたものの、商標権者の別件登録商標（本件登録商標と類似しているが指定商品が相違）に対し、2008年10月23日に訴外者から不使用による商標登録取消審判が請求された以降、本件登録商標について単発的に広告されていたが、商標権者が提出した「野球用バット」

⁶⁹ 73条4項：「…被請求人が当該登録商標を取消審判請求に係る指定商品中1以上についてその審判請求日前3年以内に国内で正当に使用したことを証明しない限り、商標権者は取消審判請求に係る指定商品についての商標登録の取消しを免れることはできない。ただし、被請求人が使用をしていないことについて正当な理由があることを明らかにしたときは、この限りでない。」

参考までに、73条4項は日本商標法50条2項に該当するものであって、日本商標法50条2項には但書にのみ「正当」な理由があることを被請求人が明らかにしたときは、この限りではないとされ、本文には商標権者等の登録商標の使用について「正当に」という字句がない。もちろん、「正当に」という言葉の有無と関係なしに「正当」な使用であることは当然である。

⁷⁰ ㄹ·前掲注(38)426頁。

の製造日付等は全くわからないものであり、広告用品の製造・販売及び納税等についての資料はもちろん、原告の基本的な会社運営についてのいかなる資料も全く提出されていなかったのみならず、2003年10月21日に設立された原告（法人である。）は、2009年12月1日解散とみなされてから、この審判が請求された日以後である2010年2月8日に会社継続登記を完了していたという事情がわかる。

上記のような事情に照らしてみれば、原告の広告行為当時、その指定商品が国内で正常に流通されていたり、流通されることが予定されていたとは見受けられず、したがって、原告の広告行為は単に登録商標について不使用取消しを免れるために、名目上行われたに過ぎないから、本件登録商標はこの審判請求日前3年以内に、国内で正当に使用されたとは認定できず、取消しを免れないと判示した。

ii) 特許法院2003年1月9日宣告2002허4804 (AIRBUS 에어버스)

商標権者(原告)が本件登録商標又はその英文字の部分のみの「AIRBUS」が表示されたジャンパー10着(83,000ウォン=約5,700円相当額)の製作を依頼し、2001年3月9日に上記のジャンパー10着の製作が完了し、その中の1～2着には本件登録商標が、残りのものには英文字の「AIRBUS」のみが表示されて、原告に納品された事実等が認められ、原告が取消審判請求日以前3年の期間内に本件登録商標をその指定商品に使用した事実が認められた。

しかし、原告が本件登録商標の付されたジャンパーの生産を依頼した時点(2001年2月)には、原告とダイムラー・クライスラー・エアロスペース・エアバス・ゲーエムベーハー(Daimler-Chrysler Aerospace Airbus GmbH、以下、ダイムラーという。)の間に本件登録商標について登録無効審判(請求日1999年7月29日、請求棄却。)及びその審決取消訴訟(訴提起日2000年3月2日)が継続中であつたのみならず、原告にジャンパーが納品された日(2001年3月9日)直後の2001年3月17日にはダイムラーから本件登録商標について不使用取消審判が請求されたとの事実が認められるとこ

ろ⁷¹、原告が製作依頼したジャンパーの数量が一般的な取引実情に照らして、きわめて少量に過ぎないし、本件登録商標がそのまま付されていたものは1～2着に過ぎないこと(納品されたジャンパー中、英文字の部分のみが付されたものは本件登録商標の一部の腰部が脱落していることから、本件登録商標が表示された商品といえない。)等の事実を総合すれば、原告が納品されるジャンパーの一部のみに本件登録商標を付すようにしたことは、国内での通常の商取引を通じて流通されるのを前提としたことというよりは、不使用取消しを免れるための名目上の使用に過ぎないと判断されるから、原告の商標の使用は旧商標法73条4項⁷²所定の正当な使用ということとはできないとされた。

iii) 特許法院2010年7月14日宣告2009허8928 (O-Bead)

被告(商標権者)株式会社X⁷³は、本件登録商標と別件訴訟商標他多数



⁷¹ 以上の事実から、商標権者が本件商標について誰でも不使用取消審判等を提起し得ると察知したと裁判所は判断したようである。ダイムラーは、本件登録商標が自己の著名な商標かつ相互の略称である「AIRBUS」を含んでいるとの理由等を掲げて無効審判及びその審決に対するの不服の訴えを行い(全部請求棄却)、その後また不使用取消審判(利害関係人性が否定され却下)及びその審決に対するの不服の訴え(請求棄却)を行った。

⁷² 旧条項は一部字句修正があっただけで本稿の主題上、現商標法73条4項と実質的な差はない。

⁷³ 被告(株式会社X)と原告の関係が多少複雑であるが、判決で認められた事実を要約すれば次のとおりである。

世界的なタイヤ生産業者である原告(株式会社ブリジストン)は、1995年頃からタイヤと関連して、本件登録商標とほとんど同じ標章の商標を使用した事実、原告は訴外株式会社Aと1996年1月1日二次販売契約を締結したところ、当該二次販売契約当時に、株式会社Aは原告の知的財産権の出願、登録に協力することにし、原告の商標や商号が原告の財産権であることを認めて、これについていかなる権利も取得しないことで約定した事実、原告は二次販売契約期間が満了し、訴外株式会社Aに金8,000万円を支給し、訴外株式会社Aは原告の名前、ブランド又は、ロゴ等のすべての標識を除去することにして、以上の和解契約の効力を和解契約の譲受人にも及ぼすことを約定する和解契約を2002年5月21日に締結した当時に、被告(株式会社X)の現代表取締役Bが契約内容を確認かつ署名までした事実、しかしながら、

の登録商標を有しているにもかかわらず、本件登録商標と別件訴訟で争われている商標についての不使用取消審判が請求された日のわずか3～4週間前に、本件登録商標と別件の訴訟商標二つのみがカタログに印刷されていたという事実(費用1,764,870ウォン、約12,171円相当)及び同印刷されたカタログを本件審判請求日前にソウルの一つの売場だけに備えつけただけで、家庭、会社など公衆に郵便発送されたのは審判請求日以後であるという事実を被告が自認した点等を総合すれば、本件登録商標の正当な使用の根拠として上げている上記のカタログは指定商品の実質的な流通を前提として製作されたものではなく、名目上、単に本件登録商標と別件の訴訟商標についての商標権の登録取消しを免れるために、取消審判が請求される直前に製作されたと判断されるので、本件登録商標がこの登録取消審判請求日前、3年以上国内で正当に使用されたと認め難いと判示された。

以上は、不使用取消審判の請求日(直)前に突然開始した商標の使用について、裁判所がなぜそのようなわかの商標の使用が行われたかを比較的厳格に追究しようとしたものであるが、次の判決はそうではなさそうに見える。

iv) 特許法院2008年5月1日宣告2007허11616 (SKIN25)

原告(商標権者)が2007年4月30日に供給業者から「SKIN25」が付さ

訴外株式会社Aは原告との契約期間中である1997年10月21日、原告の商品を表示する標識として使用されていた本件登録商標を出願し、1999年2月5日に商標登録を受けた後、原告と上記の和解契約を締結した以後である2005年11月18日、本件登録商標を上記の和解契約に署名したBが代表である被告(株式会社X)に譲渡し、商標権を移転登録した一連の事実に基づいて、被告(株式会社X)の代表取締役Bは、原告と訴外株式会社Aの間の商標と関連した和解契約の内容を十分に熟知していたから、本件登録商標が原告がすでに使用していた商標とほとんど同じであるか類似であること及び訴外株式会社Aが上記の和解契約締結以後には本件登録商標を正当に使用する権原がないことを十分に認知した状態で本件登録商標を譲り受けたと判断されると判示した。そして、被告(株式会社X)が本件登録商標が正当に使用される権原がないことを知って譲り受けた点と共に製作されたカタログは指定商品の実質的な流通を前提として製作されたものではないという点をすべて参酌して「正当な使用」でないと結論付けた。

れたスキンケア製品類の化粧品であるアクアスキンミスト103個、103,000ウォン(約7,100円相当額)分を供給され、生産した事実が認められるし、本件審判請求日(2007年5月11日)前、3年以内にその指定商品について使用されたから、これと判断を異にした審決は違法であると判示された。

この判決は、上記のi)からiii)の事例と比すれば、審判請求日のわずか11日前に商標の使用が開始され、103,000ウォン(約7,100円)という少額の商品を生産しただけであったが、商標の使用が突然開始されたことについて商標権者に正当な理由があるか否かに焦点を合わせて検討された事項は判決文上には全く見当たらない⁷⁴。

② 不使用擬制規定導入の必要性

韓国は不使用取消審判が請求される可能性を察知し、名目的に使用される商標を「商標の使用」に該当しないと規定がないから、前述した「1)

⁷⁴ 審判段階で、商標権者は答弁書の提出期限を超えて審決日まで何の返事や意見もなかった(特許審判院2007号1217)。審判請求人は「SKIN79」からなる商標を使用していたところ、本件登録商標権者から差止めが請求され、本件登録商標権者を相手取って不使用取消審判のみならず、ほとんど同じ時期に(消極的)権利範囲確認審判も提起した。二つの審判共に請求が成立し、商標権者が全部審決取消訴訟を提起したところ、不使用取消審判の審決取消訴訟の宣告(特許法院2008年5月1日、登録取消しを免れる正当な使用という判決)より約4ヶ月前に権利範囲確認審判の審決取消訴訟の宣告(特許法院2008年1月7日、被告の商標は本件登録商標権の権利範囲に属しないという判決)が先立ったので、被告(審判請求人)は自分が使用してきた商標を将来継続して自由に使用することができるわけであるから、原告との黙示的和解等を通してその時点において係属中の不使用取消審判の審決取消訴訟で、ろくに対応しないことにしたかもしれないが、とにかく判決文上に示された被告(審判請求人)の主張を見れば、「その指定商品について被告の審判請求日前3年以内に国内で使用されなかったから、商標登録の取消事由に該当し、その商標登録の取消しを免れない」と簡単に記載されているだけで、審判請求日のわずか11日前に商標の使用が開始されたこと等、商標権者による正当な使用ではないという主張は見受けられない。しかし、不使用取消審判が職権探知主義を採用している以上、当事者が申請していない理由についても審理できるにもかかわらず、上記のような判決が下された。

日本の場合 ①「制度導入の背景」に記述されている制度導入の必要性を理由に、不使用擬制規定を置く方向への改正意見が出されてきた⁷⁵。筆者も全面的にそれに賛成する。加えて本稿では上述した事例からも、次のとおりその導入の必要性があるのではないかと考えている。

第一に、上述の i) から iv) の事例で、もし商標権者が不使用取消審判を提起されることを察知した後、審判請求日直前に登録商標について大々的な広告掲載及び販売開始をしたとすれば、裁判の判決はどのようになるか。そのような状況に合致した裁判例は発見できないが、上述の i) から iv) の裁判例に適用された「正当な使用」の法理を詳しく見ると、共通して①商標権者が登録商標について不使用取消審判が提起されることを察知することができる状況に、②商標が付された商品が流通を前提としているものではない、あるいは、(極)少量の商品の生産又は(極)少額の費用等、商標権者の名目(形式)的な商標の使用がさらに追加されて、初めて「正当な使用」でないという結論が出されることがわかってくる。すなわち、商標権者の名目(形式)的な使用は、正当な使用でないという結論を引き出すための重要要件のように見える。したがって上の質問において大々的な広告掲載及び販売開始を名目(形式)的な商標の使用とはいいいくいから、筆者の見解から上の質問に答えれば、請求棄却の判決が下されやすくなるか、少なくとも裁判所の判断が異なる可能性が高いといえる。

思うに、審判請求がなかったとすれば継続して使用されず、商標法上の保護を受ける必要がない商標の商標権者が単に審判請求があることを知った後で、商標の使用を開始したことを理由に、その商標の使用をしていたと認める必要はないだろう。日本等、駆込み使用を使用とは認めない規定を備えている国では、不使用取消審判が提起されることを知って審判請求日直前に、いくら大々的な広告や商標の使用行為が行われたとしても、その登録商標は取消しを免れることはできない。なるほど、こういう意味で駆込み使用を使用とは認めない規定はその存在意義を持っているというべきだろう⁷⁶。

第二に、上述の裁判例 iv) は、他の三つの裁判例と比すると、商標使用

に投入された費用(103,000ウォン、約7,100円)と審判請求日前11日という、正当な使用とは認め難い状況について、その商標の使用が通常の流通を前提としていたとか、あるいは、商標権者の不使用取消審判が提起されることを察知できる何かのきっかけがあったか等、判文上正当な使用であるか否かについてその目的を検討したとはいいい難い。もし上述 i) から iii) の事例で行われたような、正当な使用の法理についての検討が欠落しているのであれば、そのような場合を防止するためにも、明文で駆込み使用を登録商標の使用とは認めないという規定を備えておくことが望ましいと思われる。

Ⅲ. 日本の制度からの示唆点及び結び

以上、不使用取消審判について四つの小主題を中心に述べてきた。日本の制度からの示唆点を各小主題の結論部分でも論じたが、ここでその内容について簡略にまとめておきたい。

日本は1996年に商標制度の健全化を指向するために、特に不使用取消審判制度を大々的に改善する法改正を行った。本文で論じたとおり、第一に、審判請求人適格を緩和し、何人にも請求人適格を認めることにした。第二に、取消審判の不当な回避(駆込み使用)を阻止するために、不使用擬制規定を用意した。第三に、取消しに伴う効果は、審決が確定したとき以降、審判請求日の予告登録の日まで遡及することにした。取消審判の不当な回避を防止するために規定された不使用擬制規定は、審判の請求がなされることを知った後に名目的に登録取消しを免れるべく使用を開始するから、その正当性が認められにくいという側面で、また、審決取消しの効果については、一定の遡及効を認めるのは、実体法上本来その時点で取り消されるべき商標が、審判において一定の時間がかかるという理由のみで、商標権者にその間も権利を主張することができるように取り扱う必要がないという側面で、共に現在の商標法を大きく修正する必要なく直ちに受け入れることができる、望ましい制度と考えられる。

反面、審判請求を何人にも認めることについては事情を異にする。審判請求を何人にも認めることとすれば、現在の韓国商標法では、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定したとき、審判請求人には独占出願権が与え

⁷⁵ 前掲注(38)431頁、前掲注(65)標準教材643頁、前掲注(65)182-184頁等。

⁷⁶ 田村・前掲注(1)30頁。

られ、その登録商標を他人に譲渡することにより、利益を得ようとする商標ブローカーによる濫訴のおそれを考慮せざるを得ない。また、商標登録を取り消すべき旨の審決が確定した場合、商標権者は3年間出願さえできなくなる。長期間にわたり「競業者の利益調節」という仕組みと親和的に運営されてきた韓国商標法の状況下では、何人型への改正のみでは商標権者には過度な不利益になる。

日々に増加している不使用商標によって公益が害されるという現実を見れば、その不使用商標の登録取消しは不使用取消審判を通じての解決以外に主となる方法がほとんど存在しないと思われる。そこで、不使用取消審判を活性化させるためには、何人型への改正が必要であり、その正当性は十分であると考えられる。ただ、何人型への改正を図るためには、商標権者に過度に不利にならないように、商標権者の3年間出願禁止条項及び審判請求人に与えられる独占出願権の改正も共に検討されるべきであろう。

そして、不使用取消審判において、審判請求の一部の成立や一部の取下げを認めることができるとの見解については、審判請求人を利害関係人のみに限定している現在の韓国商標法の解釈論としてではなく、立法論として捉えたうえで、今後何人も審判請求をなし得る方向への改正があるとき、共にその考え方の導入が真剣に行われるべきであると考えられる。

本稿は、商標権を韓国よりもより公益的側面から眺めている日本の「不使用による商標登録取消審判制度」から、いくつかの示唆点を論じてきた。今後、同示唆点を含んで「不使用による商標登録取消審判制度」について活発な研究がなされることを期待しながら、本稿を結ぶことにしたい。

【付記】

本稿は、2012年3月9日に北海道大学にて開催された知的財産法研究会における報告原稿を加筆修正したものである。本稿の作成に当たり、指導教官の田村善之先生から懇切丁寧なご指導を賜った。また、同法学研究科博士後期課程の比良友佳理さんからも多くの貴重なご教示を頂いた。その他、校正の段階では、同修士課程に在籍する表洋輔さんから日本語の添削等を通じて様々なご教示を頂いた。この場をお借りして皆様に感謝を申し上げる。