

不使用取消審判における「商標の使用」(後編)

～近年の審決, 判決を通して～



関西商標研究会 (KSK)

松井 宏記, 山田威一郎, 藤田 典彦, 並川 鉄也, 鶴本 祥文, 太田 誠治,
 勝見 元博, 垣木 晴彦, 石川 克司, 脇坂 祐子, 齊藤 整, 小野 正明

要 約

商標の使用は商標実務において非常に重要であり, 不使用取消審判では商標的使用, 指定商品役務の該当性, 使用権の有無等の商標実務にとって重要な要素が多く判断されている。そこで, 本稿は不使用取消審判で判断された諸要素を各類型に分け, 過去 10 年間の不使用取消審判及びその審決取消訴訟における判断につきコメントを加えたうえで, 実務上の指針を示すものである。前編では各類型のうち「商標的使用」, 「商品役務性」, 「指定商品の範囲」, 「指定役務の範囲」を示したが, 後編では「使用の主体」, 「証拠の種類」, 「証拠の信用性」, 「駆け込み使用」, 「正当理由」, 「その他」及び審決取消訴訟における判断について, 考察する。

目次

1. はじめに
2. 各判断類型における判断
 - 2.5 (類型4) 使用の主体
 - 2.6 (類型5) 証拠の種類
 - 2.7 (類型6) 証拠の信用性
 - 2.8 (類型7) 駆け込み使用
 - 2.9 (類型8) 正当理由
 - 2.10 (類型9) その他
 - 2.11 審決取消訴訟における類型1～3
 - 2.12 審決取消訴訟における類型4～9
3. おわりに

1. はじめに

現実に使用されていない登録商標は不使用取消審判により取り消される点において, 商標の実務は特許, 意匠の実務と大きく異なる(商標法50条)。これは,

商標の使用によって発生する業務上の信用の維持を図り, 需要者利益の保護を目的とする商標法の目的が, 創作保護という他の産業財産権の法目的と大きく異なることに起因するもので, 商標実務にとって重要な要素である。また, 同審判では「商標的使用」, 「指定商品及び役務の範囲」, 「使用の主体」, 「証拠の信用性」等が判断される。つまり, 同審判においては実務担当者にとって重要な要素が多く判断されている。そこで, 本稿は過去 10 年間の審判及び審決取消訴訟の判断を類型に分け, コメントを加えた上で実務上の指針を示すものである。

我々, 関西商標研究会(KSK)は, 平成12年に結成された関西の商標担当の弁理士, 弁護士による研究会である。前回, 我々は不使用取消審判における「社会通念上同一の商標」に絞って検討を加えた。今回は同

審判の各類型について検討を加えたい。前編では各類型のうち「商標的使用」、「商品役務性」、「指定商品の範囲」、「指定役務の範囲」の検討を加えた。後編である本論考は、「使用の主体」、「証拠の種類」、「証拠の信用性」、「駆け込み使用」、「正当理由」、「その他」及び、各類型における審決取消訴訟について検討を加える。

(はじめに：藤田 典彦)

2. 各判断類型における判断

2.5 使用の主体(類型4)

2.5.1 はじめに

不使用取消審判が請求された場合、商標権者たる被請求人は、自らの使用の事実だけでなく、専用使用権者又は通常使用権者が当該登録商標と社会通念上同一の標章を指定商品又は指定役務に使用している事実を証拠として提出することによりその使用を証明することが認められている(商標法50条1項)。

この場合、専用使用権は特許庁に設定登録しなければその効力を生じないために専用使用権者であることが明確であるが、その一方で当事者間の契約のみにより有効に成立しうが故に許諾による通常使用権者の存在が必ずしも明らかであるとは言えず、この点が争点となっている事案もあるものと考えられる。

このような問題について、実際に不使用取消審判において争われた事例における一例を以下に紹介すると共に、実務上の指針にも言及したいと考える。

2.5.2 事案の紹介

(1) 取消 2006-30444

熊本県経済農業協同組合連合会の事業案内には、被請求人である熊本県経済農業協同組合連合会の子会社の一つとして、「(株)エコーブ熊本」が記載され、その出資比率が「95.7%」であることも記載されており、熊本県経済農業協同組合連合会の「第54年度業務報告書」にも同様の記載のあることが認められること、及び子会社である(株)エコーブ熊本に、本件商標の使用を黙示で許諾し使用を継続させていたものであるとの被請求人の主張とを併せみれば、被請求人の子会社である(株)エコーブ熊本は、被請求人の通常使用権者であったと認めて差し支えないものといえることができると認定している。

明確な使用許諾契約書がない場合でも黙示の許諾があれば通常使用権者の使用と認められる場合があることを示すケースである。

(2) 取消 2006-30956

「Approval(製作承諾書)」には、ヤマトインターナショナル社が被請求人のライセンサーであることが示されていると述べられており、この点についてはその表題が「Approval」となっていることや記載内容において本件商標の登録番号、通常使用権の範囲・期間等の記載もないことから、この証拠をもって直ちに被請求人がヤマトインターナショナル社に対して当該商標権についての通常使用権を許諾した書面であるとまではいい難いが、通常使用権の許諾自体は口頭の契約であっても有効なものと解されており、被請求人の主張をも併せみれば、被請求人は、ヤマトインターナショナル社に対して、当該商標権についての通常使用権を許諾していたものと推認することができると認定している。

「Approval(製作承諾書)」だけでは本件商標の登録番号、通常使用権の範囲・期間等の記載もないことから使用許諾の事実は明らかでないが、通常使用権の許諾は契約書としての書面がない口頭の契約であっても有効なものと解されていることを前提として、その他の被請求人の主張をも勘案して、通常使用権者の使用であると認定されたケースである。

(3) 取消 2006-31092

エージェント契約の第2条(当事者の役割について定めた規定)には、イングラム社が本件商標をその指定商品について使用し得る旨の文言は見当たらない。しかしながら、イングラム社は、日本を含むアジア諸国における本商標権等についての代理店業務を排他的に受任していたことからみれば、本件商標をその指定商品について自ら使用し得る権限をも与えられていたものとみられなくもないところであり、また、当該規定をもって、そこまでの権限が与えられていたとみるのは困難であるとしても、通常使用権の許諾自体は口頭によってもなし得るものであるから、被請求人がイングラム社を当該商標権についての通常使用権者であると認めている以上、イングラム社が本商標権についての通常使用権を有していなかったということはできないものといえるべきであると認定している。

エージェント契約では使用許諾がなされているか否かは明確でなかったが、通常使用権の許諾は契約書としての書面がない口頭の契約であっても有効なものと断定した上で、通常使用権者が当該商標権について通常使用権者であることを自認していることも考慮され

て、通常使用権者の使用であると認定されたケースである。

(4) 取消 2007-300159

被請求人が「通常使用権者は、一般的な従業員持株会と同様に、加入した従業員の毎月の給与・賞与から天引きされる拠出金と、会社側の補助金(持株奨励金)の合計金額をもって、被請求人の株式を購入しているもので、同会の理事長は、加入した従業員の信託を受けて、購入した株式を管理している。」と主張しており、「案内チラシ」はその右上に記載された被請求人の人事部勤労課によって作成されたものであることから、自社従業員を対象に自社株購入を呼び掛ける社内報と言えりとしても、通常使用権者は、従業員という需要者の信託を受け、購入した株式を管理していると言えるものであると認定している。

自社内の従業員を対象とする持株会が通常使用権者になると認定されたケースである。

2.5.3 実務上の指針

上記審決を始めとする多くの審決例では、特に問題となり得る許諾による通常使用権が存在するか否かを

判断するに際して、単に使用許諾契約書が存在することを判断基準にするのではなく、通常使用権の使用許諾が口頭又は黙示でも有効に成立することを前提として、例えば、被請求人の陳述、通常使用権者の陳述又は各種請求書などの証拠を総合的に勘案した上で判断がなされている傾向が見受けられる。

この傾向に鑑みると、被請求人側では、明確な使用許諾契約がない場合であっても、その事実が存在するのであれば、この使用許諾の事実を示す間接的な証拠を多く提出することによって通常使用権者の使用と認められる可能性が高くなるように思われる。

一方、請求人側では、明確な使用許諾の契約書が存在していない又はそのような契約内容が明記されていないことを主張するだけでは十分でなく、各証拠間の矛盾点や商取引上そのようなことは考えられないことなどを主張する必要があり、一般的な不使用取消審判と同様に請求人側にとっては厳しい判断がなされる傾向にあるように思われる。

(類型4：垣木 晴彦)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2004-30728	2005/5/10	○	オフィシャルパートナー、通常使用権、広告チラシ	JOC オフィシャルパートナーであるコナミスポーツは、本件商標の通常使用権者であって、平成 16 年 3 月 6 日及び同 3 月 20 日に、「スポーツクラブの提供」及び「スポーツクラブにおけるトレーニングの教授」の役務について、広告チラシを配布することにより宣伝・広告をした事実が認められ、当該広告チラシに表示されている「がんばれ!ニッポン!」の文字は、その体裁からみて本件商標と社会通念上同一の商標と認められる。
取消 2006-30269	2008/5/16	○	商品化権契約書、入出庫履歴照会	通常使用権者であるタカラ社が、販売に使用しているとする商品カタログ(2001年3月22日発行)に、本件商標の記載があり、該表示を統一的に用いていること、また、入出庫履歴照会、請求書、証明書の記載よりして、当該取引の対象商品は、「コンディショナー」であること、前記入出庫履歴照会の商品アイテム番号と請求書の販売した商品番号とが符合するものであること、乙第1号証、乙第2号証、乙第18号証ないし乙第20号証の使用商品は、商品現物の写真でありその商品の製造、販売の存在を十分に窺わせるものであり、許諾商品もシャンプー、リンス、石鹸等について許諾されていることは疑問の余地はないものといえること等を総合判断すれば、少なくともコンディショナーが取引に資されたものであろうことも十分推認され、信用性を有するものというべきであるから、証拠力の欠如を述べる請求人の主張は妥当ではなく、採用の限りでない。
取消 2006-30417	2007/2/7	○	同一グループ内にある会社の通常使用権、曾孫会社	日本エヌエスシー株式会社は、商標権者であるナショナル スターチ アンド ケミカル インベスメント ホールディング コーポレーションとは、ICI社を頂点とする曾孫会社同士の関係と認められる。
取消 2006-30444	2007/2/14	○	子会社の通常使用権、黙示の許諾	被請求人の事業案内には子会社の1つとして「(株)エコーブ熊本」(出資比率95.7%)が記載されており、子会社に黙示の使用許諾をして使用させている旨の被請求人の主張とを併せ見れば、(株)エコーブ熊本は被請求人の通常使用権者であったと認められる。
取消 2006-30692	2007/7/25	○	証拠がない場合の通常使用権の認定、親会社の名称の一部を使用	被請求人は、「使用商品は、商標権者である米国会社により米国で製造されたものであり、商標権者の完全子会社であるジンマー株式会社(東京都港区在)により日本国内に輸入され、国内需要者に販売されている。」旨主張しており、しかも、被請求人の名称が「ジンマー インコーポレーテッド」であり、子会社の名称又はその名称の一部として親会社の名称の一部等を使用することが一般に行われているといえるものであるから、被請求人の名称の一部を使用したものと認められるジンマー株式会社は、本件商標に関する通常使用権者でないとはいい得ない。
取消 2006-30956	2007/10/10	×	Approval(製作承諾書)、通常使用権の許諾の推定	被請求人がヤマトインターナショナル株式会社(以下「ヤマトインターナショナル」という。)に対して本商標権についての通常使用権を許諾した書面であるとまではいい難いが、通常使用権の許諾自体は、口頭の契約であっても有効なものと解されており、被請求人の主張をも併せみれば、被請求人は、ヤマトインターナショナルに対して、本商標権についての通常使用権を許諾していたものと推認することができる。
				被請求人は、2004年12月1日に、株式会社イングラム等との間で、本件商標を含む商

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2006-31092	2007/5/28	○	エージェント契約、権限の明記なし	標権についてのエージェント契約を締結しており、株式会社イングラムは、日本を含むアジア諸国における本件商標等についての代理店業務を排他的に受任していたことが認められる。確かに、該エージェント契約の第2条(当事者の役割について定めた規定)には、株式会社イングラムが本件商標をその指定商品について使用し得る旨の文言は見当たらない。しかしながら、株式会社イングラムは、日本を含むアジア諸国における本商標権等についての代理店業務を排他的に受任していたことからみれば、本件商標をその指定商品について自ら使用し得る権限をも与えられていたものとみられなくもないところであり、また、該規定をもって、そこまでの権限が与えられていたとみるのは困難であるとしても、通常使用権の許諾自体は口頭によってもなし得るものであるから、被請求人が株式会社イングラムを本商標権についての通常使用権者であると認めている以上、株式会社イングラムが本商標権についての通常使用権を有していなかったということとはできないものというべきである。
取消 2007-300159	2007/12/17	○	従業員持株会、購入した株式の管理	被請求人は「通常使用権者は、一般的な従業員持株会と同様に、加入した従業員の毎月の給与・賞与から天引きされる拠出金と、会社側の補助金(持株奨励金)の合計金額をもって、被請求人の株式を購入しているもので、同会の理事長は、加入した従業員の信託を受けて、購入した株式を管理している。」旨主張しており、「案内チラシ」にも同様の内容が記載されているように、該「案内チラシ」は、その右上に記載された被請求人の人事部勤労課によって作成されたものであって、請求人が主張する如く、自社従業員を対象に自社株購入を呼び掛ける社内報といえるとしても、通常使用権者は、従業員という需要者の信託を受け、購入した株式を管理しているといえるものである。
取消 2009-300131	2009/9/7	○	契約先企業の代表者及び社印のマスクング、全体の記載形式・内容	乙第1号証の1及び2は、最終ページに「2004年11月1日」、「2008年1月1日」の各日付けが明記され、被請求人会社(ゲンゼ株式会社)の社長印の押印がなされ、本件商標が特定(乙第1号証の2の別紙「商標目録の3番目」に表示されている。)され、また、「第3条(通常使用権の許諾)」で通常使用権について明記され、さらに、「第4条(通常使用権の範囲)1」で製造、販売される商品が「外衣・帽子」であることも明記され、その全体の記載形式・内容を総合すると、通常の「契約書」と認められるものであるから、契約先相手の会社の代表者名及び社印が伏せられて(マスクングされて)いるとしても、この点に関する被請求人の主張は採用の限りでない。

2.6 証拠の種類(類型5)

2.6.1 はじめに

本類型は「証拠の種類」、つまり、どのような証拠であれば不使用取消を免れるのかというものであり、類型1「商標的使用」等とも深く関連して、不使用取消審判制度において基本的事項の一つであろう。

2.6.2 事案の紹介

(1) 商品販売前のキャンペーンや準備

例えば、取消 2000-30709 においては、被請求人は、商品販売のためのキャンペーンを展開し、かつ、その広告のための準備を積極的に行っていたことが認められ、これらの事実を総合的に勘案して、ベビー製品について本件商標を使用していたものと認められている。一方、例えば、取消 2006-30965 においては、単なる商品開発の提案だけでは、仮に将来使用するための使用計画や準備があったとしても、登録商標の使用とは認められないとされている。

(2) カタログにおけるハウスマークの使用

例えば、取消 2007-300657 においては、「商標の使用は、必ずしも商品自体に商標が付される場合ばかりでなく、商品カタログにあっては、代表的出所標識のような商標がその表紙等に表示されている場合には、それが商品カタログ中に掲載されている個々の商品についても、その出所を表示する機能を果たしているものと認められるから、個々の商品自体に該商標が付され

ていない場合でも、該個々の商品について当該商標が使用されていると解して差し支えないものというべきである。」と説示され、被請求人のハウスマークがカタログの表紙・裏表紙に表示されていることによって、当該カタログに掲載されている個々の商品にも当該ハウスマークが使用されているものと認められている。

(3) 外国語の証拠

例えば、取消 2003-30606 においては、被請求人のウェブページが、米国サーバーに設けられたものであり、その内容も全て英語で表示されたものであるから、日本の需要者を対象としたものとは認められないと説示されている。なお、当該ウェブページが日本からもアクセス可能であったとしても、このことはインターネットのウェブページである以上当然のことであり、このことによっては当該ウェブページによる広告を日本国内による使用に該当するものとはいえないとされている。更に、本事案においては、被請求人は、ニューズウィーク等の雑誌にビザに関する広告を行ったり、フランチャイジーの募集を行ったりしていたが、上記雑誌は日本国内において頒布されたとしても、日本国内で発行されたものとは認められない上に、その内容をも全て英語で表示されたものであって、日本の需要者を対象としたものとは認められないとされている。

(4) ホームページのみ証拠

例えば、取消 2006-30471 においては、ホームページ掲載の使用商品には製造年月日等の表示はなく、ホームページ作成日が印刷されているにすぎず、使用商品がいつ製造され販売されたのかを見出すことができないとされている。

一方で、取消 2008-301195 の事案においては、当該ウェブページの一行目には、「平成 20 年 5 月 27 日更新」の文字が記載されていること、本件審判の請求の登録前 3 年以内の使用を推認することができることとされ、また、取消 2006-31469 の事案においては、証拠として提出された「インターネットクーポン登録情報」及び「プレスリリース」等に表示されている日付が、例え何時の日付にも変更できるとしても、直ちに変更したとまではいえないとされている。

なお、証拠として提出したいウェブページの作成年月日が特定できない場合、当該ページがインターネット上のウェブページを電子保存する団体(The Internet Archive)のウェブサイト(<http://www.archive.org/>)に保存されていれば、それを証拠として提出することは可能である(取消 2009-300510)。

2.6.3 実務上の指針

商標法 50 条 2 項には、「その審判の請求の登録前 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被請求人が証明しない限り、商標権者は、その指定商品又は指定役務に係る商標登録の取消しを免れない。」と規定されている。

上記(1)(2)の事例は、「登録商標の使用」であるかが争点となり、上記(3)の事例では「日本国内」という要件が争点となり、上記(4)の事例では「登録前 3 年以内」という要件と証拠力そのものが争点となっている。

当然のことであるが、実務においては、これらの要件を一つ一つ確認しながら、その全てを立証する必要がある。一つの証拠でこれらすべての要件を立証することができればそれに越したことはないのであるが、実際にはそのようなことは稀であろう。

したがって、実務においては、保存されている複数の証拠を精査し、それらを互いに補完させ合いながら、登録商標が実際に日本の取引者・需要者の目に触れる機会があったか、提出する証拠によって使用の年月日を特定することができるか等に留意しつつ、これらの証拠によって実際の商取引(登録商標の使用)を再現させることが重要である。

(類型 5 : 太田 誠治)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2000-30709	2002/3/12	○	販売前のキャンペーン、広告準備	被請求人は、会社案内パンフレットにおいて、ベビー製品の哺乳用乳首分野の商品を取り扱っており、同パンフレットは、1998年に発行されたものである。乙号証によれば、被請求人は、商品販売のためのキャンペーンを展開し、且つ、その広告のための準備を積極的に行っていた事実が認められる。これらの事実を総合勘案すれば、被請求人は、ベビー製品について、本件商標を用い、新たな販売展開をすべく準備を行っているとみるべきである。
取消 1999-30322	2002/5/21	○	訳文が付された英文カタログの証拠力	本件使用商品は、その需要者を一般の消費者とするものではないことを考慮すると、日本語の商品カタログでなければ、日本での使用とは認められないものではない。該商品カタログの邦文(日本語訳)も該商品カタログと符合するものであるから、使用商品に関し、そのマニュアルを邦文で詳細に解説してなる仕様説明書と認められ、該商品カタログに基づき取引が行われた状況を十分窺わせるものである。また、日本語の和訳がワードプロセッサで作成したものが認められないということもできない。
取消 2001-30420	2002/6/28	○	要証期間外のカタログの証拠力	請求人は、カタログは1997年3月作成のものであり、本審判請求前3年以内に商標の使用が証明されるものではない旨主張しているが、商品カタログが過去3年以上前に作成されたものであるとしても、一つの商品カタログを何年にも亘って使用することは商品の特性上十分あり得ることであり、必ずしも短いサイクルでカタログを制作するのが本商品の常態とも言い得ないものであるから、この点に関する主張は採用できない。
取消 2002-30100	2002/10/23	○	要証期間外のカタログの証拠力	カタログの発行日は、本件審判の請求の登録前3年の期間より前の1994年6月であるが、送品ご案内状とする取引書類には、カタログ記載の商品番号と同一の記載、及びその「年月日」の欄には「10121」の記載が認められるものであって、これを被請求人は答弁の理由において「平成11年1月21日にあたる記載」と述べているところ、該記載よりは「(200)1年01月21日」とみるのが自然であるから、商品カタログに係る商品が該年月日をもって取引されたものと推認せざるを得ない。
取消 2001-30295	2003/5/2	○	日本料理を主とする飲食物の提供、レシート、お品	被請求人の提出に係る乙各号証を徴するに、乙第1号証は、レシート伝票であるが、これには、本件商標と略同一の商標が付され(商標法第2条第3項第8号所定の「役務に関する取引書類に標章を付して頒布する行為。))しており、その発行の日付も本件審判の請求の登録前3年以内である平成11年11月21日であることを示す「99-11-21」の記載が認められ、このレシート発行者は、「サンピアザ(Sunpiazza)」において、「とんかつ、釜めし」を主とする営業を行っていたことが見出し得るところである。また、乙第2号証は、「お品書き」(写し)即ち「メニュー帳」(写し)であるが、これに

不使用取消審判における「商標の使用」(後編)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
			書き	は、「とんかつ 葵 サンピアザ3F」の記載が認められ、これより、通常使用権者が「葵」の商号で、「サンピアザ三階」において、メニュー帳記載の「日本料理を主とする飲食物の提供」を業として実施していることが認められ、このことは、上記被請求人の主張及び乙第1号証とも符合するものである。
取消 2002-30169	2003/6/6	×	収支日報、お預け金票	イベントの売上についての収支日報(乙第4号証-2、乙第5号証-2、乙第6号証-2、乙第7号証-2、乙第8号証-2)及び、お預け金票(乙第4号証-3、乙第5号証-3、乙第6号証-3、乙第7号証-3、乙第8号証-3)は、いずれも商品売上の計上を示すにすぎない自社内に限定される書類であること、上記1(4)と同様であって、各お預け金票の連絡事項の欄に「どらどん」とその売上金額の表示をもって、実際の商取引において、本件商標を商品「菓子」について使用したことを証明し得るとはいえなく、その使用事実を示すには客観性に乏しく、被請求人の主張は直ちに認められることはできない。
取消 2003-30309	2004/3/23	×	少量のテスト販売	被請求人は、本件審判の請求の登録(平成15年4月16日予告登録)前3年以内の平成14年の秋頃に、本件商標と社会通念上同一と認められる商標を使用した本件りんごジュースを前記「サリダ」に納品したが、その納品数量は、この商品をテスト販売してみる目的のためのものであったため、この種の商品としては極めて少量(注:120本)であったと認められ、これが「サリダ」において販売又は提供されたとしても、そのことをもって、本格的な本件商標の使用として評価するには足りない。
取消 2003-31116	2004/5/6	○	会社間の内部伝票、グループ会社間での取引	請求人が述べるとおり、乙第2号証及び乙第3号証が、会社間の内部伝票(あるいは社内伝票)であるとしても、同カルテに記載ある事項を疑わせるような事情は全くうかがわれず、また、乙第5号証ないし乙第7号証による取引が、被請求人と同じグループの会社間で行われたものであるとしても、そのことにより当該取引自体が否定されるものでもない。
取消 2003-31339	2004/6/1	○	チラシのみの立証資料	「NO.1ヘスタートダッシュ!!・・・パチンコ44台・スロット22台、合計66台の大幅入替」などと記載された「新聞折込広告(チラシ)」には、本件商標と社会通念上同一と認められる構成の商標が表示され、証明書によればこのチラシは、平成14年7月2日に100,000枚印刷され、折込広告代理業者により広告されたことが推認される。これらのチラシには、商標権者の住所「北九州市八幡西区本城東5-2-33」との記載がされていること、及びその他の証拠並びに被請求人の答弁を併せ考慮すれば、商標権者は、本件審判請求に係る指定役務中の「娯楽施設の提供」に含まれる「スロットマシン場の提供、パチンコホールの提供」について、本件審判請求の登録(平成15年10月29日)前3年以内に日本国内において、本件商標の使用をしていたというのが相当である。
取消 2003-30841	2004/6/3	○	ドイツ向け商品への使用	使用商品の商品カタログ、受注連絡及び売上傳票は、すべて日本語で作成されており、商品カタログに表示されている商標権者もわが国における主たる営業所が表示されていることからすると、ドイツ国所在の者からの注文を受けドイツ国に出荷した使用商品であったとしても、使用商標は、商標権者の国内の営業所において、使用商品について使用があったものとみるのが自然であるから、この点についての請求人の主張は採用できない。
取消 2003-30524	2004/6/15	○	役務が記載されている自社営業案内での使用	請求人が主張するように「営業案内」を実際に展示、頒布した事実を示す証拠は提出されていないとしても、被請求人が提出した乙第2号証-4、同-5、乙第3号証-1、同-2、乙第4号証に示された上記営業を行うための事務所設立の事実(登記簿謄本)、郵便私書箱の使用承認書、建物の写真及びその土地・建物の登記簿謄本、前記したサービスを行うことについての利用契約書等々を総合的に勘案すれば、上記営業案内等に基づいて事業を行っていることは容易に推認できるから、そうすると、本件商標が使用されている上記営業案内等は、利用者に対し提供又は頒布されていたか、あるいは少なくともこれらを媒体として事業を行っていたことは、容易に推認されるものである。
取消 2003-30808	2004/7/23	×	ライセンス企業リストだけで証明たりえるか	乙第4号証及び乙第5号証は、商標のライセンス契約に関するものであり、乙第6号証ないし乙第8号証は、通信販売の広告及びカタログであり、乙第11号証は、その表題を「ST.ANDREWS(セント・アンドリュース)契約企業一覧」とするものであり、乙第12号証は、いずれもブランド名を「ST.ANDREWS」としている月間販売高報告書であり、乙第13号証及び乙第14号証は、取引書類であるが、これらの証拠中には、いずれにおいても本件商標の記載はなく、また、乙第5号証において商品「帽子」が掲載されているが、これについての取引を証明する証拠はなく、他に本件審判の請求に係る商品に係るものではない。
取消 2003-31034	2004/8/3	○	商品販売の店舗名称の使用が商品商標の使用に該当するか	被請求人の店舗の店先看板、軒先看板、日除け、屋上看板あるいは店員の着用するTシャツには「ホープ軒」の店名など本件商標と社会通念上同一性を有する商標が表示されているのであるから、持ち帰り用の「中華そばのめん」を購入する場合、店内で飲食するのと同様に、その出所を認識し把握して購入するとみるのが自然であり、請求人の上記主張は採用し難い。
取消 2003-30606	2004/8/10	×	米国内サーバーの英語サイトがウェブページによる広告に該当するか 日本で頒布された英語雑誌への広告掲載が「使用」に該当するか	上記ウェブページは、米国内サーバーに設けられたものである上、その内容もすべて英語で表示されたものであって、日本の需要者を対象としたものとは認められない。上記ウェブページは日本からもアクセス可能であり、日本の検索エンジンによっても検索可能であるが、このことは、インターネットのウェブページである以上当然のことであり、同事実によっては上記ウェブページによる広告を日本国内による使用に該当するものということはできない。 被請求人は、ニューズウィーク2003年3月3日号ほかに、本件商標と社会通念上同一と認められる商標を表示してビザに関する広告を行い、フランチャイジーの募集を行っていることが認められる。しかし、上記雑誌は、日本国内において頒布されたとしても、日本国内で発行されたものとは認められない上、その内容もすべて英語で表示されたものであって、日本の需要者を対象としたものとは認められない。
				写真の撮影年月日、撮影場所、撮影者等が不明であっても、あるいはカタログの印刷日、印刷場所、頒布日等が不明であっても、これらにより登録商標がどのような態様

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2004-30896	2005/2/7	○	写真, カタログ, 写し	でどのような商品に使用されていたのか明確に把握することができるのであり、また、売上伝票が写しであるとしても、取引書類として何ら不自然なものとはいえず、これが登録商標の取消しを免れるための架空ないし名目的な取引であったと認めるに足る的確な証拠は見出せない。
取消 2004-30041	2005/3/30	×	日本国内での使用, 外国語版カタログ	ドイツ国に住所を有する被請求人のインターネットホームページを本件審判の要証期間内に閲覧できたことのみによって、本件商標が取消請求に係る商品「宝玉の原石」について、日本国内において使用されていたことを証明したということはいえない。また、日本語で書かれた商品カタログであれば、少なくとも日本国内で使用されたものであることは推認し得るとしても、ドイツ国に住所を有し、フランス語と思しき言語で書かれた商品カタログが日本国内において使用されていたというためには、該カタログが現実には日本国内において頒布・使用されていたことが証明されるときか、あるいは、日本国内における取引の際使用された取引書類等、他に、本件商標の使用の事実を客観的に認め得る資料の提出がない限り、日本国内において使用されていたものとは認め難い。
取消 2004-30992	2005/8/1	○	カタログ, 頒布, 証明	商品カタログは取引者、需要者に配布する目的で作成されるものであって、これらの商品カタログも、商品が把握しやすいように各ページに商品の写真が掲載され、また、商品を注文する際に使用される「ORDERING INFORMATION」欄が設けられ、さらに、「ダイレクト(商品のご注文)」、「修理のお問い合わせ」、「製品のお問い合わせ」欄には、それぞれに電話番号、ファックス番号が記載されている。そうすると、これらの商品カタログは、取引者、需要者の要請に応えられる体裁をもって配布する目的で相当部数作成されたものといえることができるから、商取引の経験則に従えば、取引者、需要者に配布されたものと推認することは可能といえるべきである。
取消 2004-31400	2005/10/31	×	インボイス, カタログ	これらのインボイスにより、被請求人がトッズ・ジャパン株式会社及び三井物産株式会社宛てに、インボイスに記載の商品番号の商品について、その数量、価格等の明細をインボイスとして送付したことは認められるとしても、それらインボイスに記載の商品が現実には我が国に輸入された事実を確認することはできない。そして、我が国に輸入された事実を裏付ける、例えば、商品代金の支払いを証明する書面、通関料、配達料、関税、輸入消費税又は航空運賃等の支払いを証明する書面等の証拠も提出されていない。商品カタログについても、これらが日本語で記載されたカタログであれば、要証期間内に我が国において頒布されたもの推認し得るが、被請求人の主張によれば、これらは世界共通の取引業者向けのものであるとのことであり、そうとすれば、該カタログが現実には我が国の取引業者に頒布されたものであることを確認することができない。
取消 2005-30481	2006/2/14	×	「販売計画」の「使用」該当性	本件商標を表示した使用商品の試作品を完成させ、同年3月31日に、使用商品の販売企画を社内において正式に提示したことが一応推認されることである。しかしながら、上記事実を推認させる証拠は、いずれも商品開発、販売計画を記載したカネボウフーズの会社内の内部文書というべきものであり、これをもって、本件商標が請求に係る指定商品について使用されたことを示すものといえることはできない。
取消 2005-31418	2006/8/10	×	リーフレット・納品書、出所表示の有無	リーフレットの下部には、2つの商品の申込書欄が表形式で設けられているものである。しかしながら、商品の製造者・販売者など該商品の出所を示す表示は、この商品カタログのいずれにも見いだせないものである。乙第1号証の商品カタログには、掲載されている商品の出所を示す表示がなく、他に被請求人が該商品カタログの制作を印刷所に依頼した事実を示すものなど、該商品カタログが被請求人の商品を掲載したものであることを示す証拠はない。したがって、該商品カタログ掲載の化粧品「パージナルオイル」が被請求人の業務に係るものであると特定することは困難といえるべきであり、その出所は不明なものといわなければならない。
取消 2005-30833	2006/8/25	×	店舗オープン告知の案内状	被請求人の提出に係る乙第1号証は、ブランドショップ「ファロ」を平成4年4月11日にオープンする予定であり、そのオープンに先立つ3月3日からオープニング特別セールを行うことを告知する案内状であるから、平成4年当時に当該ショップがオープンしたことが認め得るとしても、これをもって、本件審判の請求の登録前3年以内に本件商標が使用していた事実を証明するものとはならない。
取消 2006-30469	2007/1/30	○	展示・販売会におけるカタログ・パンフレットの配布のみの証明(商品の販売そのものの証明なし)	展示会の開催事実イ) カタログ・パンフレットの配布(商標、商品写真の掲載あり)ウ) カタログを表示したついで(商標・商品写真の掲載あり)の設置、等の認定事実によれば、本件商標は「指輪、ペンダント」等の商品について、被請求人によって使用されたものといえるべきである。
取消 2006-31081	2007/3/6	○	カタログ, カタログ印刷会社の伝票	被請求人は、その業務に係るハウステンボスホテルズの夏の味覚フェア(2004年6月1日(火)～9月10日(金))及び秋の味覚フェア(2004年9月11日(土)～10月31日(日))のカタログ中には、フォレストヴィラ/パララウンジ「ジャックポット」の記載とともに本件商標と社会通念上同一と認められる商標を表示している。発注日が16年5月17日の売上伝票及び平成16年8月20日の受領書を見ると、商品名として味覚フェアパンフレットと記載されたものであり、オムロプリント株式会社が被請求人に宛てたものと認められる。
取消 2006-30735	2007/3/15	×	購入者の証明書, 大学ノートの表紙・封筒の写し, 屋外設置看板を写した写真	証明書の記載内容を裏付ける客観的な証拠がない。大学ノートや封筒は宣伝広告物や取引書類とはいえない。看板写真は被請求人が「電気の供給」を提供していることの詳細な事実関係を示すものではない。
			カタログ(外国でのみ頒布)	被請求人は、乙第5号証は、ドイツ向け商品カタログであり、乙第3号証及び乙第4

不使用取消審判における「商標の使用」(後編)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2004-30557	2007/3/20	×	布), カタログ発送の宣誓書, 商品名のないインボイス, 商品名・日付の不明な包装箱や写真等	号証の商品番号を照合するための補充的証拠である旨述べながら, 前記の主張を翻してドイツ国の企業である ComfotSchuhGmbH がスタイル株式会社に対して乙第5号証の商品カタログの写しを75部発送した旨の宣誓書(乙第8号証)を提出したものであり, その主張は, きわめて不自然なものというべきである。また, 当該ドイツ向け商品カタログ(乙第5号証)は, 作成日等の日付の記載はなく, ドイツ語により全面記載されており, スタイル株式会社のみが発送した極めて限定的なものである。
取消 2006-30499	2007/3/20	×	展示会の案内パンフレット, 展示会の展示品の写真	パンフレットが実際に日本国内で頒布されたとする何等の証拠もない。使用商品が実際に展示会に展示されていた事実を裏付ける, 例えば写真の撮影者, 撮影年月日及び撮影場所等何等示されていない。
取消 2003-31154	2007/3/28	×	農薬登録票, 商品パンフレット(発効日不明), 納品書(販売者と商標権者との関係が不明)	農薬登録が平成19年2月27日まで有効なものであったとしても, そのこと自体が本件商品の販売を示すものではない。パンフレットは作成日の記載がなく配布日を確認しうる資料の提出もない。納品書は株式会社コハタによるものであるが, 被請求人からコハタが本件商品を購入したことまで証明するものではない。株式会社コハタが通常使用者であるとも認められない。
取消 2005-30124	2007/4/18	○	カタログ(頒布された日付の提示なし)	商品カタログが, 現実に頒布等された具体的年月日の提示はないが, 本件商標に係る商品カタログが作成されていることからすれば, カタログ自体, 広告宣伝のために取引者, 需要者に対し, 展示若しくは頒布されるのが主目的であることから, 少なくとも印刷日以降本件審判請求登録までに, 取引者需要者に対して, 頒布又は展示されたとみるのが商取引の通念からして相当。
取消 2005-31262	2007/4/19	×	商品写真(説明なし), 取引書類なし, 購入者の証明書(領収書等の添付なし)	写真の容器には「固形おしろい」についての説明が何等されておらず, 「固形おしろい」が入っているかすら不明。購入者の証明書は, あらかじめ文面を印刷し, 日付と氏名のみを記入する定型の証明書であって, 実際の日付が確認できる証明者の領収書等の貼付すらないものであるから, これをもって「固形おしろい」が流通し取引されていたとは認めがたい。
取消 2006-30471	2007/4/19	×	ホームページの掲載のみ	ホームページ掲載の使用商品には製造年月日等の表示はなく, ホームページ作成日が印刷されているにすぎず, 使用商品がいつ製造され販売されたのかを見出すことができない。
取消 2006-31046	2007/7/20	×	商標を付した商品の写真(製造年月日, 値札等の表示なし), 証人尋問の必要性	包装用箱に表示された数字の「5」は, 日本サイズの24センチと認識され, 紳士靴のサイズとしては, 不自然の感が否めない。他のサイズに関する証拠提出もない。使用事実の証明には少なくとも取引の際通常に用いられる取引書類, 例えば, 納品伝票, 仕入れ伝票, 売上伝票等の提出が必要。証人尋問において必要書類が何等示されないような場合, 証人尋問を行う必要はないものと判断される。
取消 2007-300093	2007/9/26	×	カタログの頒布時期, ホームページ掲載日が不明	当該商品カタログには, その作成日をはじめとして何ら年月日を明らかにする記載等はない。また, これが本件審判請求の登録前3年以内において頒布された時期を特定し推認し得る証拠もない。商品の効果の発生等に数ヶ月を要する旨の記載等をもって, 直ちに, ホームページ掲載日を打ち出し日の半年以上前と推認し得るということはできない。当該期間は, 商品の効果の発生等に関する説明上の期間を示すに止まるものというのが相当
取消 2006-31469	2007/10/3	○	ホームページ等に表示される日付	乙第4号証の「インターネットクーポン登録情報」及び乙第7号証の「プレスリリース」等に表示されている日付が, 例え何時の日付にも変更できるとしても, 該乙第4号証及び乙第7号証の日付をもって直ちに變更したとまではいえない。
取消 2007-300280	2007/11/9	×	名刺の写し, 会社紹介のCD-ROM,	単に「名刺の写し」のみをもって, 本件商標の使用を立証するための具体的証拠とは認められない。CD-ROMは, 販売された時期は見当たらないし, 実際の取引があったことの裏付け証拠と一緒に提出されているものでもない。
取消 2007-300193	2007/11/20	○	インボイス, 印刷日付のないHP, 要証期間外の医科器械図録, 表題や作成年月日や作成責任者等の記載のない納入病院一覧リスト	書証としての信頼性にやや難点があることは請求人主張のとおりであるが, 「輸液ポンプの商品説明書」を主たる証拠として, これにその他の乙号証を総合してみれば, それらが相互に補完し合うことにより, 本件商標と社会通念上一と認められる商標が「輸液ポンプ」に使用されていた事実を認めることはできるものというべきである。
取消 2006-31445	2007/11/26	×	医療用具製造承認書, 医療用具製造品目変更許可書, カタログ	この医療用具製造承認書によっては, 承認されていることが認められるにすぎず, 「家庭用マッサージ器」を販売した等が不明。「医療用具製造品目変更許可書」も医療用具製造品目の変更を許可されていることが認められるにすぎない。カタログは, 作成年月日又は白光年月日等がどこにも表示・記載なく, 具体的な取扱についてなら証拠提出がない。
取消 2007-300255	2007/11/29	×	購入者からの証明書, 本商品を使用した場合の水質検査結果成績書	購入者からの証明書のみによっては, 登録商標の使用の事実を客観的に証明したものとはいえない。(水質検査結果を得た事実について)平成9年9月当時, 有限会社サン・リヴが「タフウォーター水すまし」と称される「水質改良剤(化学用品)」を有していたという事実にとどまるものであり, 被請求人が本件審判の要証期間内に該化学用品に本件商標を表示して商品として取引に供していた事実を証明するものではない。
				これらは, 単に商品の開発を提案したことを示すにとどまるものであって, 本件商標を使用した商品ダイバース・ウォッチ, すなわち取消請求に係る指定商品中, 「時計」

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2006-30965	2008/1/16	×	商品開発の提案	を、本件審判請求の登録前3年以内に日本国内において、現実に製造又は取引者・需要者に対して販売したこと、あるいは、販売のために展示したことを客観的に裏付けるに足る証拠とは認められないものであり、かつ、将来使用するための使用計画や準備があったことをもって、当該登録商標が使用されたということとはできない。
取消 2007-300144	2008/1/18	×	顧客からの注文書	上記証拠を総合的に判断するに、被請求人による本件商標の使用の事実を裏付けるに足る資料(たとえば、納品書、領収書、商標権者等による新聞、雑誌への掲載及び製品カタログ等の頒布での広告、宣伝の事実等)の提出はなく、被請求人提出の顧客からの上記注文書では、その使用を客観的に把握できないといわなければならない。
取消 2007-300657	2008/3/4	○	ハウスマーク、カタログの表紙	一般的に、企業は、代表的出所標識(ハウスマーク)といわれる商標とその取り扱いに係る個々の商品に付される個別商標(ペットマーク)といわれる商標を採択・使用しているのが実情であり、代表的出所標識(ハウスマーク)といわれる商標は、個々の商品に表示されるばかりでなく、看板や広告、カタログ、パンフレット、ホームページ等々において、その取り扱いに係る商品全般にわたる出所標識として広く使用されているのが実情である。そして、商標の使用は、必ずしも商品自体に商標が付される場合ばかりでなく、商品カタログにあっては、代表的出所標識のような商標がその表紙等に表示されている場合には、それが商品カタログ中に掲載されている個々の商品についても、その出所を表示する機能を果たしているものと認められるから、個々の商品自体に該商標が付されていない場合でも、該個々の商品について当該商標が使用されていると解して差し支えないものというべきである。本件商標の場合においても、被請求人が主張しているように、本件商標はキリングループの重要商標である「KIRIN」の頭文字の「K」をモチーフとした商標であって、被請求人企業の代表的出所標識の一つと認められるものであるから、これがカタログの表紙及び裏表紙に表示されることにより、該カタログに掲載されている各種商品について、それらに付されている個別商標が果たしている機能とは別に、被請求人企業が取り扱う全ての商品についての識別標識(代表的出所標識)としての機能を果たしているものということができる。したがって、請求人の主張が個別商標(ペットマーク)についての主張であるならば一理あるとしても、本件商標のような代表的出所標識といわれる商標の使用に関しては、請求人の主張は採用できない。
取消 2007-300522	2008/3/18	×	陳述書(証明書)	被請求人の作成した証明書の標題に「ゴルフシューズ」と表示され、被請求人の関係者による陳述により商品番号「36618」の商品が「ゴルフシューズ」であることが陳述されているものの、証明書の標題は、任意に付記することが可能であり、上記表示以外に、使用商品が本件審判の請求の登録前3年以内に、市場において実際に取引がされたとか、あるいは使用商品に関する広告がされたことなどが客観的に認められる証拠の提出はない。
取消 2007-300395	2008/4/1	×	印税支払明細書	本件商標を表示したCD(乙第2号証ないし乙第6号証)に関する納品伝票、請求書等の取引書類や生産数や売上数等を示す書類等の写しの提示が一切なされずに、印税支払明細書の中に本件商標を表示したCD(乙第2号証ないし乙第6号証)に係る品番COCA-15359等の項目があることのみをもって、直ちに本件審判の請求の登録前3年以内に商標法第2条第3項の規定における商標の使用行為があったとは認め難いといわざるを得ない。
取消 2007-300774	2008/4/30	○	契約書、発注書	上記証拠における契約書等に本件商標の表示が使用されていないとしても、これらの契約を締結するに際し使用されていたと推認し得る封筒、及び顧客との取引の際に提示したと推認し得る名刺には、本件商標と社会通念上同一と認められる商標が表示されていたことは、前記2(2)認定のとおりであり、したがって、契約書等並びに封筒及び名刺とを総合勘案すれば、被請求人は、本件審判の請求の登録前3年以内に本件商標と社会通念上同一と認められる商標を使用していたと認めることができる。
取消 2007-301058	2008/6/13	○	使用証明(証拠)の時期	乙第3号証の2～7が本件審判の請求の登録前2年半の2005年3月11日とこれより2ヶ月経過した同年5月のものであると請求人が主張すること自体、前記認定の本件商標と社会通念上同一と認められる「tiens!」及び「ティアン」の文字よりなる商標の使用時期が、商標法第50条第2項本文でいう「その審判の請求の登録前3年以内に」の要件を満たしていることを認めていることにはかならず、「3年以内」の期間において、使用の事実を示す新しい証拠でなければならないとする根拠規定は見出せないから、「古い取引実績が数例しか示されておらず、昨年や今年取引について何ら言及するところがない」旨の請求人の主張は失当である。
取消 2007-301386	2008/8/8	○	カタログによる使用	商標法第50条の不使用に基づく取消しの審判にあっては、その使用は、同法第2条第3項所定の使用であれば足り、本件商標の使用は、第8号の「商品に関する広告、価格若しくは取引書類に標章を付して頒布し」に該当し、その使用時期も、該カタログが「2007年9月号」であってみれば、2007年9月28日に該カタログを配付した(乙第4号証の2)とするところも格別不自然なところはなく、これは、本件審判の請求の登録前3年以内の使用であるといえるところである。
取消 2006-66005	2008/12/24	×	外国での広告・告知	乙各号証は、日本国内において請求に係る商品についての本件商標の使用をしていることを何ら証明するものとは認められないものである。
取消 2007-301636	2008/12/25	×	無料のパンフレット、規約、領収書の見本	当該パンフレットは無料で配布されたと推認し得るものである。そうとすれば、当該パンフレットは、商標上の商品とはいえない。・・・乙第2号証は、被請求人の寄付行為に関する規約と認められるところ、当該規約には本件商標と社会通念上同一と認められる商標が表示されている。しかしながら、乙第2号証は規約にすぎないから、乙第2号証によっては、本件商標が請求にかかる指定商品について使用されたということとはできない。・・・当該領収書は見本にすぎないから、乙第4号証によっては、本件商標が請求にかかる指定商品について使用されたということとはできない。
取消 2007-301604	2009/2/17	×	内部的文書	乙第3号証の「商品企画提案書」がどのような性格の文書であるのか定かではないが、一般的には、このような名称の文書は、商品企画のための社内用あるいは関係者用の内部的な文書に多く見受けられるものであり、少なくとも、該文書をもって、キャディーバッグに関する具体的な商取引があったことを裏付ける取引書類とみることはできない。

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2008-300122	2009/3/2	×	カタログの作成時期と配布時期	該カタログの作成時期として述べている「2005年1月」は、該カタログの末尾に印刷されている「2005.1」に基づくものであると思われる。しかしながら、該日付がカタログの作成時期であるとしても、該作成時期は、本件審判請求の登録前3年以内である。2005年2月14日以降に配布されたことを示すものではなく、乙第2号証の製品カタログと同様に、実際に日本国内において、該カタログがどのような時期に、誰に対して、どのような方法で頒布されたか等、具体的な取扱いについて何ら証拠の提出もない。
取消 2008-300199	2009/3/3	×	日本の需要者を対象としたウェブサイトを	乙第1号証、乙第3号証ないし乙第7号証の2のウェブサイトによれば、英語のページのみの抜粋であり、日本からもアクセスが可能なサイトであっても、その内容がすべて英語で表示されているような場合には、日本の需要者を対象としたものとは認められず、該ウェブサイトの記載内容をもって、日本国内における使用とは認められない。
取消 2008-300652	2009/3/18	○	チラシ配布	チラシ等に様々な商品の広告が表示され、商標が表示がされているような場合は、特段の事情がない限り、同一の商標を付した商品を販売する目的をもって配布されたと推認するのが相当である。
取消 2008-300345	2009/4/8	×	外国語によるウェブサイト	同ページは、全体が外国語で構成されているものであり、同人の所在地(国外)に開設されたウェブサイトとみるのが相当であって、たとえ日本語表示画面に変換し得るものであったとしても、インターネットの性格上、世界各地からアクセスが可能であり、かつ、このチケットの対象はヨーロッパにおける役務の提供に係るものであるから、これをもって、被請求人が「鉄道による輸送」自体に包含される行為を我が国内において行ったとすることはできない。
取消 2008-301195	2009/6/22	○	ウェブページ上の記載	当該加盟契約書の有効期限は平成19年6月11日から平成22年6月10日とするものであり、たとえ鎌形建設のウェブページ(乙第11号証)の印刷が平成20年11月14日であるとしても、このウェブページの1葉目には、「平成20年5月27日更新」の文字が記載されていることから、本件審判の請求の登録前3年以内の使用を推認することができる。
取消 2008-301075	2009/6/25	○	取引書類としての認定書	当該審査・検定等に合格した者に与えられる資格の認定書は、役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物であるから、当該認定書に標章を付して発行する行為は、役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付する行為に該当するというべきである。あるいは、当該審査・検定等に合格した者に与えられる資格の認定書は、役務に関する取引書類であるともいえるから、当該認定書に標章を付して発行する行為は、役務に関する取引書類に標章を付して頒布する行為に該当するというべきである。
取消 2008-301216	2009/7/13	○	要証期間内におけるパンフレットの発行の推認	そのパンフレットには、発行日の記載はないが、それらの最終頁に「Copyright2008」の文字があることからすると、当該パンフレットは2008年に製作されたものであり、本件審判の要証期間内のもので推認して差し支えないといえる。
取消 2008-301057	2009/7/21	○	カタログ頒布の推認	特段の事情がない限り、一般的に、カタログは、不特定多数の者に頒布することが予定されているといえるのみならず、被請求人カタログは、全52頁(表紙及び裏表紙を含む。)からなり、かつ、装丁もかなりしっかりしたものであるところからすると、これが本件商標の取消しを免れるためにのみ作成されたものとは到底考えられない。
取消 2008-301388	2009/9/8	×	商品販売目的の展示	該リュックサックが販売目的のための展示であるならば、例えば、リュックサックについての製造者や材質、サイズ、価格等を表示したプレートなどが併せ示されているとか、商品についての照会のため電話番号等が表示されている等、販売のための具体的な商品情報が示されているのが自然であるところ、乙各号証に添付されている写真には、そのような表示は見当たらない。
取消 2009-300037	2009/10/28	×	英語によるホームページ	被請求人が、同人のホームページを通して日本の顧客から注文を受け、商標「REI」が表示された商品を日本に輸出したとしても、被請求人のホームページは、英語によるものであって、同人の所在地(外国)に開設されたウェブサイトとみるのが相当であって、たとえ、日本から商品の注文ができたとしても、それは、インターネットの性格上、世界各地からアクセスが可能であることによるものであって、日本国内における商業的活動をしているということもできず、宣伝、広告的なホームページということではできないから、日本国内において商標の使用をしたものとは認められない。
取消 2009-300003	2009/11/20	○	要証期間内における取引の推認	乙第2号証の写真及び乙第3号証のレンズ販売価格表は、本件審判における要証期間内に撮影あるいは印刷されたものではないが、乙第4号証のレンズの包装袋は要証期間内の2008年(平成20年)4月1日に作成されたものと認められるものであり、乙第1号証のパンフレット及び取引書類とも併せみれば、本件審判における要証期間内においても、アイメガネの店舗において、乙第3号証のレンズ販売価格表と同様のものが展示されて取引に供されていたものと容易に推認し得るところである。
取消 2009-300510	2010/1/27	○	ウェブページのアーカイブ	上記(1)イ及びゴないしシの事実及び職権調査により「The Internet Archive」という団体が米国に存在し、電子資料の保存していることが確認できたこと、「ウィキペディアのインターネットアーカイブの項(中略)」「ITmediaNEWSの記」を併せみれば、コムネットは、本件審判の請求の登録前3年以内である平成20年1月14日から、同登録後の2009年(平成21年)5月28日まで、継続的に乙第16号証のホームページで、「ASHLAR-VELLUM GRAPHITE」なるCADソフトウェアについて、広告していたと推認して差し支えないものと認められる。

2.7 証拠の信用性(類型6)

2.7.1 はじめに

不使用取消審判が請求された場合、被請求人は自ら又は使用権者による登録商標の使用の事実を使用証拠

の提出により証明する必要があるが、当然のことながら、その証拠は真正なものでなければならぬ。提出された証拠が真正なものであるか否か、即ち、商標登録の取消しを免れる目的をもって虚偽に基づい

て作成されたもの(いわゆる偽造証拠)でないかどうかは、審判の結果を左右するのみならず、偽造証拠を提出して審決を受けた場合には刑罰の適用対象となるため(商標法79条)、非常に重要な問題である。この点に関し、偽造証拠により審決を受けたとして被請求人に有罪判決が下された事件は、記憶に新しい。

提出証拠の信用性が争われた審判例は数多くあるが、特許庁による判断のポイントは何なのか、以下にその一例を紹介する。(下記事案を分類1乃至4に分け、後掲リスト中の審決例がそのいずれに属するかを「キーワード」欄に記載しているので、参照されたい。)

なお、証拠の信用性という場合、厳密には、証拠自体は真正なものであるが、要証期間外に用いていた商品カタログを要証期間内に作成・頒布したのものとして提出した場合等、虚偽の主張が絡むケースも含まれるが、ここでは、証拠自体の信用性のみを扱うこととする。また、商品写真に撮影年月日が表示されていない等の証拠能力が欠如するケースも除外する。

2.7.2 事案の紹介

(1) 取消 2005-31144

商品出荷案内書に手書きで記載された商品名「風に一番バン」中の「一」の文字のみが極めて短く窮屈そうに表示されていることは、他の商品名が品名欄を越えて書かれていることからすると、品名欄に納めるべき格別の事情は認められないため、いかにも不自然なものであるとして、当該提出証拠の信用性が否定されている。

提出証拠の構成自体に不自然な点が認められることがポイントとなった、偽造証拠に関する最も基本的な事例であるといえる(分類1)。

(2) 取消 2007-300085

店舗内写真について、「種類の異なる複数の被服を販売する際に、その一商品のみをハンガーに吊し壁に掛け、他の商品をたたんだままで展示するというのは、被服の販売方法としては、極めて不自然である」と認定され、当該提出証拠の信用性が否定されている。

合成写真等の証拠の構成自体に虚偽が認められるものではないが、その内容が通常の取引実情や経験則に照らして不自然である場合には、提出証拠の信用性が否定され得ることを示す事例である(分類2)。

なお、本分類に属する他の審決例として、被請求人自らが作成した簡易なチラシについて、「この証拠の

みによって、使用の事実を認定しているのではなく、他の証拠と併せて使用の事実を認定している」旨言及しつつ、近年のプリンター機器普及とも相俟って、事業者が自らチラシを作成したとしても不自然なことではないとして、当該提出証拠の信用性が肯定された事例(取消2008-300796)が挙げられる。

(3) 取消 2008-300575

商品カタログの表紙等に表示された「DynaBook G8 Limited Edition eyes」の文字中の「DynaBook G8 Limited Edition」と「eyes」とが書体と色彩を異にしておき、かつ、「eyes」の文字のみインクが盛り上がっていること、及び、他のページには「eyes」を伴わない「DynaBook G8 Limited Edition」が表示されており、表示に整合性がなく、不自然であることから、当該提出証拠の信用性が否定されている。

上記分類1における構成上の不自然性に加え、その内容が整合性を欠く又は矛盾することが、提出証拠の信用性否定の一ポイントとなることを示唆する事例である(分類3)。

なお、本審決では、一つの提出証拠内における整合性の欠如が問題となっているが、複数の提出証拠間において整合性がない場合も同様である(取消2007-300079等)。

(4) 取消 2006-30401

納品書控に記載された商品販売先の電話番号が、納品書の作成日付より後に販売先が使用するようになった電話番号であることから、作成日付を遡記した納品書であるとして、当該提出証拠の信用性が否定されている。

関連する事実との不一致又は齟齬に基づき、提出証拠の信用性が否定された事例である(分類4)。本審決では、「このような虚偽の証拠書類を作出する行為は、当該証拠書類自体の内容の信用性はもとより、これに関連する他の証拠書類全体の内容の信用性をも大きく減殺させるものである」とも述べられている。

なお、本審決は、知的財産高等裁判所による審決取消判決(平成20年(行ケ)第10101号平成20年10月29日判決言渡)を受けて更に審理の上なされたものであり、純粋な特許庁の判断とはいえないが、冒頭の刑事事件と絡むことから、今後の審判に少なからず影響を与えると思われる。

2.7.3 実務上の指針

上記事案及び後掲リスト中の審決例が示すように、

特許庁が提出証拠の信用性を判断するに当たっては、証拠が様々な観点から不自然なものであるか否か、即ち、構成自体に不自然な点が認められるか否か、通常取引実情や経験則に照らして不自然な点を有するか否か、整合性を欠く又は矛盾を包含するものであるか否か、関連事実との不一致又は齟齬が認められるか否か等が、ポイントとなる。ここで、上記取消 2008-300796 が示唆するように、登録商標が不使用であるか否かは、あくまで提出証拠全体を総合的に考慮の上判断されるものであり、一部の証拠の信用性に疑義があるとしても、必ずしもそれが不使用の認定に直結する訳ではない。しかしながら、上記取消 2006-30401 のように、一部の提出証拠が偽造証拠であると認定されることが、証拠全体の信用性に負の影響を与える場合があるのも事実である。

提出証拠が真正なものであるか否か、その判断は極めて難しく、誤解を恐れずにいえば、究極的には、被請求人本人のみぞ知る事とさえいえるかもしれない。そのような中で、特許庁は、上記の観点を手掛かりにして、外形から証拠の信用性を判断するしかない。

よって、被請求人の側としては、真正な証拠を提出することを大前提に、上記の観点から少しでも不自然であると捉えられるおそれのある証拠の提出は極力避けるべきである。他方、請求人の側としては、偽造証拠が見逃されるというあるまじき事態を防ぐためにも、提出証拠の不自然性に敏感になり、何らかの不自然性が認められる場合には、必要に応じて口頭審理の申立てを行った上で、積極的に指摘することが必要であるといえよう。

(類型 6 : 小野 正明)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 1997-18166	2002/11/6	×	登録原簿上の名義人名と商標使用者名との不一致 (分類 4)	本件商標の登録原簿によれば、本件商標の名義人は、平成 11 年 2 月 25 日付で、「日本アベックス株式会社」から「株式会社アベックスハイベルコア」に表示変更されていることが認められる。以上の事実よりすれば、証拠方法として提出された、…1997 年 8 月 23 日付の伝票は、「日本アベックス株式会社」の下で作成されるべきものであって、「株式会社アベックスハイベルコア」の下で作成されたこれらの伝票についての信憑性は疑わざるを得ない。
取消 2004-30430	2005/4/11	○	私文書の写し (分類 2)	一般に取引書類は私文書であり、私文書、特にその写しのすべてに信憑性がなく、原本でなければならないというのであれば、使用の事実を立証する被請求人の負担は増大するばかりでなく、特許庁における不使用取消審判の事務処理がきわめて煩雑となり、ひいてはその審理に要求される迅速性に多大な影響を及ぼすことが予想されるべきであるから、たとえ写しではあっても、取引一般からみて、それが不自然なものといえない限り、使用の事実を証明する証拠として採用することができるものは採用するというのが合理的であるといわなければならない。そして、本件における乙第 1 号証ないし乙第 3 号証についてみれば、取引書類として何ら不自然なところはなく、これが偽造されたとみるべき特段の理由は存しない。
取消 2004-30771	2005/6/24	×	記載商品が一台のみの受領印が無い納品書 (分類 1.2)	乙第 7 号証及び乙第 9 号証の納品書は、そこに記載されている商品がいずれも一台ずつという不自然なものであり、また、その納品書には、受領印もなく、しかも、納品書に対する受領書の提出もない等信憑性に乏しいものといわざるを得ない。
取消 2005-31144	2006/8/21	×	不自然な手書きの文字 (分類 1)	乙第 3 号証ないし乙第 6 号証の品名欄には、いずれも、手書きの文字で、「風に一番パン」の商品名が記載されているように見えるが、この文字中の「一」の文字は、いずれも「に」と「番」の文字の間に、極めて短く、いかにも窮屈そうに表示されている。一般的に「一」の文字や長音の横棒などは、比較的伸びやかに書かれる傾向にあり、現に、乙第 5 号証の品名欄に記載されている「ノーハレ顆粒」及び「ノーハレ顆粒差袋」の文字中の長音部分は伸びやかに書かれている。しかも、「ノーハレ顆粒差袋」の文字は、品名欄を越えて書かれていることからみれば、「風に一番パン」の文字についても、品名欄に納めて書かれなければならなかったとする格別の事情は認められない。そうとすれば、「風に一番パン」の文字中の「一」の文字のみが極めて短く窮屈そうに表示されているのは、いかにも不自然なものといわなければならない。
取消 2006-30116	2007/2/1	×	一品現金売り商品の納品書 (分類 2)	当該販売事実は、一品の現金売りであることにかんがみれば、「納品書」を作成すること自体が取引上不自然なばかりでなく、「納品書」は、納入物と同時に相手方に引き渡し、引き渡した側には、「納品書の控え」が残るのが取引の実際に照らして自然であるから、使用したとする被請求人が「納品書」を保有しているのは、不自然であり、また、「売上伝票」は、商品を引き渡した側の整理のために作成されるものであって、被請求人において自在に作成され得るものであるから、乙第 5 号証及び乙第 9 号証は、証拠力が希薄であり、その他、答弁の全趣旨に照らして、これを本件商標の使用を証明する証拠として採用することができないものである。
取消 2007-300079	2007/12/13	×	取引経験則上不自然な表示方法 (分類 1.2.3)	乙第 1 号証の写真に表されたサンダルと乙第 4 号証の商品カタログに掲載されたサンダルとは、形状等が近似しているものの、商品本体に表示された文字が明らかに異なり、同一のものとはいえないものである。また、乙第 2 号証の 1 及び 2 の納品書 (控) の品名欄に記載された「0059」の数字と乙第 4 号証の商品カタログに掲載されたサンダルの「No.0059」とが一致するとしても、該サンダルには色彩別に「アイボリー」、「ライムグリーン」及び「オレンジ」の 3 種類の商品が存在していることが窺われるにもかかわらず、上記納品書 (控) において色彩の特定がされていないことは、この種商品の取引の経験則上不自然といわざるを得ない。
			不自然な展示	当該写真が、被服の販売のために展示している様子を写したものであるとすると、種

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2007-300085	2008/4/25	×	方法 (分類 2)	類の異なる複数の被服を販売する際に、その一商品のみをハンガーに吊し壁に掛け、他の商品をたたんだままで展示するというのは、被服の販売方法としては、極めて不自然であるといわざるを得ない。
取消 2007-301356	2008/12/8	×	不自然な表示方法 (分類 2)	使用商品等を取り扱う食品業界においては、1食分毎の包装袋に商標その他の表示を印刷したシールを貼付することは必ずしも一般的ではなく、包装袋そのものに商標等を印刷するのが通常であるというのが相当であり、このことは、請求人の提出に係るアサヒ食品、請求外株式会社菊水及び請求人の製造に係る製品写真(…)のいずれも包装袋にシールを貼付するのではなく該包装袋に商標等を印刷したものと認められることから、十分是認できるといわなければならない。しかして、アサヒ食品は、甲第7号証の商品において、包装袋のデザイン等を該包装袋に印刷する一方で、同人が製造する使用商品にはシールの貼付によって本件商標等を表示するというのは、いささか不自然なものといわなければならない。
取消 2008-300097	2009/1/14	×	納品伝票中の手書きの数字、納品伝票とタグにおける表示の不一致 (分類 1,2,3)	納品伝票中の手書きの数字「87001」が、生地ロット番号(反物)を示しているとしても、紳士用スーツの製造を発注する際には必須の情報(商品の詳細)であると考えられるにもかかわらず、コンピュータからバーコード付きで打ち出される納品伝票上にも、そのための項目欄がない。そうすると、毎回、発注する度に手書きで欄外にロット番号を記載していたと考えられなくもないが、発注ミス等を招く元になるが故に、普通では考えられないことであり、むしろ、いかにも後から書き加えたようにしかみえないから、極めて不自然な記載であるといわざるを得ない。仮に、納品伝票中の手書きの「87001」の数字が、紳士用スーツの「タグ」中の数字と同一であったとしても、例えば、紳士用スーツのタグに表示されたサイズ(大きさ)を示す「3L」の表示と、納品伝票のサイズ欄に表示された細めの体型を意味する「YA4」「YA7」とは一致しておらず、むしろ、「細め」と「太め」の服のサイズでは、明らかに矛盾しているから、両者の関連性を疑わざるを得ない。
取消 2006-30401	2009/1/20	×	納品書中の電話番号と実際の電話番号との不一致 (分類 4)	納品書(控)(乙第8号証)に記載された上記「048 813 7533」の電話番号(これが、アズマの電話番号として記載されたものであることは、その記載位置からみて明らかである。)は、納品書(控)(乙第8号証)の作成日付である平成16年7月1日及びその前後において、アズマ又は平尾個人が使用していた電話番号ではなく、アズマが平成17年3月以降に使用するようになった電話番号であると認められるから、納品書(控)(乙第8号証)は、その作成日付である平成16年7月1日又はその前後に作成されたものではなく、平成17年3月以降に作成されたものであることが明らかである。そうすると、遅くとも平成16年11月25日には石崎電機製作所の代表者を務めていた被請求人は、納品書(控)(乙第8号証)につき、その作成日付を遡らせてこれを作成したものと推認されるところ、このような虚偽の証拠書類を作成する行為は、当該証拠書類自体の内容の信用性をもとより、これに関連する他の証拠書類全体の内容の信用性をも大きく減殺させるものであるといわざるを得ない。
取消 2007-301598	2009/2/4	○	手書きの箇所を含む受領印の無い物品受領書 (分類 1,2,3)	物品受領書は、納品者により、納品書と共に1セットにして作成されることも多く、その際には、納品者の社名等が予め印刷されている納品書や物品受領書の用紙に、納品者が受領者名や納品物品名等を記載して作成し、納品の際に受領者の確認を得た後、納品書は受領者の控えとなり、物品受領書は、受領者から納品者へ返却されるものであって、納品した側の控えとなるものである。そうとすれば、乙第9号証及び乙第10号証の物品受領書の記載事項のうち、受領者名や納品物品名等が手書きであったとしても、また、すべての記載の筆跡が同じであったとしても、そのこと自体は、格別不自然なこととはいえない。そして確かに、乙第9号証及び乙第10号証の物品受領書に受領印のないことについては、些か疑義がないではないが、乙第11号証(売上計上リスト)と対比してみれば、乙第9号証の品名の「4」及び「5」の欄の記載事項と、乙第11号証の4番目の欄に記載されている事項、…が全て符合しており、更には、物品受領書の摘要欄に記載されている「# 52273」の数字と売上計上リストの指図NO/計上NOの欄に記載されている「52273」の数字も符合している。…そして、売上計上リストには「入金済」のゴム判が押されており、売上計上リスト自体に、積極的に疑念を抱かせる不自然なところも見当たらないから、乙第9号証及び乙第10号証の物品受領書に係る取引は、当事者間において、該書面に記載されているとおりに行われたものとみるのが自然である。
取消 2009-300131	2009/9/7	○	相手方代表者名等がマスクングされた契約書 (分類 2)	乙第1号証の1及び2は、最終ページに「2004年11月1日」、「2008年1月1日」の各日付けが明記され、被請求人会社(グンゼ株式会社)の社長印の押印がなされ、本件商標が特定(…)され、また、「第3条(通常使用権の許諾)」で通常使用権について明記され、さらに、「第4条(通常使用権の範囲)1.」で製造、販売される商品が「外衣・帽子」であることも明記され、その全体の記載形式・内容を総合すると、通常の「契約書」と認められるものであるから、契約先相手の会社の代表者名及び社印が伏せられて(マスクングされて)いるとしても、この点に関する被請求人の主張は採用の限りでない。
取消 2008-300796	2009/11/4	○	被請求人自らが作成した簡易チラシ (分類 1,2)	請求人が主張しているように、該チラシがコンピュータソフトウェアで作成してカラーレーザープリンタで出力された簡易なチラシであったとしても、チラシの作成は必ずしも全て印刷業者に依頼するものとはいえず、また、近年におけるプリンター機器の普及とも相俟って、事業者が自らチラシを作成したとしても不自然なことはいえず、それが取引の場において頒布されたものであれば、商標についての使用行為とみて差し支えないものというべきである。そして、そのような場合、日付の大きさやチラシの体裁を含めて、請求人がいうところの商慣行にそぐわないものであったとしても、そのこと故に、商標の使用事実を証明する証拠として不適切なものとはいえない。また、このチラシが発行された日付が客観的なものではないとしても、この証拠のみによって、使用の事実を認定しているのではなく、他の証拠と併せて使用の事実を認定しているのであるから、この点についての請求人の主張は、上述の判断に影響を与えるものとは認められない。
				乙第1号証の商品カタログには、表紙及び2頁に「DynaBook G8 Limited Edition eyes」の文字が表示されているが、「DynaBook G8 Limited Edition」の文字と「eyes」

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2008-300575	2009/11/18	×	カタログにおける表示間の整合性の欠如(分類 1.3)	の文字とは、その書体及び色彩を異にしており、かつ、「eyes」の文字のみインクの盛り上がり方が確認できる。また、3頁、5頁及び7頁には、「DynaBook G8 Limited Edition」の文字が表示されているものの、「eyes」の文字は見あたらず、その表示に整合性がなく不自然である。してみれば、乙第1号証の商品カタログの表紙及び2頁に表示された「eyes」の文字は、該カタログに後から印刷されたものと推認せざるを得ない。
取消 2009-301090	2010/7/29	×	通常の記載事項が記載されていない納品・請求書(分類 1.2)	乙第3号証は、年月日、あて名、請求金額、品名等文面のほぼ全体が印字されたものであるにもかかわらず、その発行者である「有限会社興亜通商」の文字、その住所及び代表取締役の氏名のみは、ゴム印で押印したものであること及び納品した事実を示したり、事後にトラブルが発生したときなどの連絡のために、通常記載される納品者(興亜通商)の電話番号やFAX番号等の記載がないことからすると、一般的な取引書類に照らして、極めて不自然なものというべきである。…発行者たる自らの名称、住所、電話番号等は、取引相手によって適宜変更するものではなく、年月日、あて名、請求金額、品名等を印字して納品・請求書を作成することができるのであれば、取引毎に変更する必要のない発行者に係る名称、住所、電話番号等の情報が当然に印字するのが通常というべきである…。
取消 2009-300358	2010/8/27	○	発行者名等の記載のないお引換証・領収書(分類 1.2,3)	「お引換証」及び「領収書」には、発行者の住所、名称の記載がされていないものである。この点に関し、被請求人は、「お引換証」及び「領収書」が自分用の控えとして保持するものであるから、これらの書類に被請求人の住所等の表示が必要ないのは当たり前である旨主張しているところ、この被請求人の主張は、むしろ、一般の取引上あり得るものと判断するのが相当である。…「お引換証」と小川の陳述書に署名された筆跡は、確かに、異なっているものである。この点に関し、被請求人は、「お引換証」が被請求人による筆跡であり、陳述書は小川による筆跡であることを認めた上で、その理由として、被請求人の営むジュエリーサロン「ジュエリークレスト」は、規格化された宝飾品を主たる取扱商品とするようないわゆる量販店ではなく、小さくとも顧客との信頼関係を一番に考えその品質の維持と向上に努める宝飾品店であって、小川も被請求人との間で永年取引を続けている大切な顧客の一人であり、被請求人側で同氏の住所、氏名、連絡先等の情報は把握しているから顧客の手を煩わせることのないよう事業者が変わって氏名等情報を記入することは、商取引の実際においては、むしろ日常よくある当たり前の光景である旨主張しているところ、この被請求人の主張も、一般の取引の実際においては起こりえるものであって、なんら不自然なところはないものである。

2.8 駆け込み使用(類型7)

2.8.1 はじめに

いわゆる駆け込み使用については、商標法50条3項に規定されており、次の要件を満たす場合には、たとえ登録商標の使用がなされていても、登録取消の対象になる。

- ① その登録商標の使用が、不使用取消審判の請求前三月からその審判の請求の登録の日までの間になされたものであること
- ② その登録商標の使用がその審判の請求がされることを知った後であることを請求人が証明したこと
- ③ 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ていないこと

したがって、そもそも審判請求の登録日前3年以内に登録商標が請求対象に係る指定商品・役務に使用されていないければ、この駆け込み使用を問題とすること

なく、その登録商標は取消対象となる。

また、駆け込み使用の期間は、不使用取消審判の請求日前(請求の登録日前ではない)三月からその審判の請求の登録の日(請求日ではない)までの間である点に注意が必要である。

なお、不使用取消審判における登録商標の使用について、その立証責任は、1)被請求人(商標権者)側(登録商標の適切な使用であること)、2)請求人側(駆け込み使用であること)、3)被請求人側(駆け込み使用ではなく、正当理由による使用であること)と状況に応じて転換されていく点にも注意が必要である。

2.8.2 事案の紹介

上述のように、駆け込み使用は、不使用取消審判において最後の最後で問題となりうるものである。そのため、駆け込み使用が争点となり、何らかの判断がなされている審決は多くはない。主なものは次の通りである。

審判番号	上記①〔駆け込み期間〕 の要件を満たすか	上記②〔悪意使用〕 の要件を満たすか	上記③〔正当理由無〕 の要件を満たすか	駆け込み使用 (50条1項不使用) に該当するか
取消 2004-31411	×	—	—	×
取消 2004-31584	○	○	—	○
取消 2004-31598	○	○	○	○
取消 2005-30610	○	○	○	○ ただし、前提となる 登録商標も不使用
取消 2007-300529	×	—	—	×
取消 2008-300183	?	×	—	×
取消 2008-301312	?	×	—	×

この表中、○等は次のことを表している。

「○…満たす or 該当する」,

「×…満たさず or 該当せず」,

「—…判断されず」,

「?…不明」

大半の事例は、駆け込み使用期間に該当しない、駆け込み使用期間内の使用であって内容証明郵便の送付後の使用であるということで、常識的な判断がなされている。以下少し特殊と思われる審決を挙げる。

(1) 取消 2004-31598

有名な商標と酷似、又は社会通念上同一といえる登録商標を有していた商標権者に対し、不正競争行為等として、この登録商標等の使用禁止の仮処分決定が確定していた状況であった。この状況において、仮処分決定の謄本送達後の登録商標の使用が、仮処分申立事件における被請求人(商標権者)の陳述等も踏まえ、取消審判が請求されれば取り消されることを認識していたことが推認され、駆け込み使用と認められた。その結果、商標登録が取り消された事案である。

有名な商標の所有者が侵害訴訟で模倣者に勝訴しても、模倣者は自己の商標権の存在を盾に、違法な使用を継続する場合があります。このような場合、模倣者の商標権を取消審判で消滅させることが有益であり、本事案が参考になる。

(2) 取消 2008-301312

商標権者(日本)の共有者の一人の関連会社は、外国(中国)で不使用取消審判を請求されていた。本件審判(日本)の請求人は本件商標に対して登録異議の申立てを行ったが、登録を維持する旨の決定がなされていた。そして、当該請求人は、この登録維持決定後の約7年半にわたり本件商標登録の有効性に対する法

的措置をとっていなかった。この状況において、商標権者(日本)の他の共有者が行った登録商標の使用に対しては、本件審判請求がされることを予見した後になされたものではないと判断され、商標登録が取消されなかった事案である。

障害となる登録商標を確実に取り消したい場合、継続的な法的措置が必要なことをうかがわせる事例である。

2.8.3 実務上の指針

駆け込み使用に関する審決を見ると、駆け込み使用と認められるか否かは、上記②の要件、つまり、駆け込み使用期間内の使用が、不使用取消審判を請求されることを知った後に行われたかがポイントになるといえる。

上記取消 2004-31598に見られるように、仮処分決定や判決などの公的な資料で不使用取消審判を請求されることを認識できるような場合には駆け込み使用を認められやすいだろう。しかし、知った後の使用と認められやすいのは、一般的には、商標権の譲渡を受けない場合は不使用取消審判を請求する旨の通知を内容証明郵便で送付した後の使用である(上記取消 2004-31584等参照)。そのため、請求人側の立場としては、不使用取消審判を請求する旨の通知を内容証明郵便でやり取りすることが必要であろう。

一方、被請求人(商標権者)側の立場としては、知った後の使用と認められないようにするためには、駆け込み使用期間より前の使用許諾契約書(上記取消 2008-300183参照)や事業計画書等の資料を確保しておく必要がある。

(類型7:鶴本 祥文)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2004-31411	2005/6/21	○	駆け込み使用, 期間	本件商標の商標登録原簿によれば, 本件審判の請求は, 平成 16 年 10 月 27 日であり, その登録は, 同年 11 月 16 日にされている。そうすると, 本件において, 駆け込み使用というためには, 審判の請求日である平成 16 年 10 月 27 日の 3ヶ月前である同年 7 月 27 日より請求の登録日である同年 11 月 16 日までの間の使用でなければならぬところ, 前記 1 (5) で認定したとおり, 乙 4 は, 2004 年 (平成 16 年) 5 月 17 日に被請求人が株式会社住吉屋三篠店に使用商品を納品したことを証明する証拠であるから, その使用は, 同第 3 項でいう駆け込み使用の期間に該当しないものである。
取消 2004-31584	2005/10/24	×	駆け込み使用, 内容証明郵便	乙 4 ないし乙 10 の登録商標の使用説明書は, 商標の使用に係る商品である男子用下着の撮影日が平成 16 年 10 月 15 日及び平成 17 年 3 月 3 日であって, いずれも請求人が代理人を通じて, 本件商標の譲り受けを申し入れた 2004 年 9 月 15 日付の内容証明郵便 (平成 16 年 9 月 17 日配達) より後のものである (甲 2 の 1 及び 2) から, 本件審判の請求前 3 月から審判請求の登録の日までの間におけるものであって, 本件審判の請求がされることを被請求人及び通常使用権者が知った後の本件商標の使用と見るのが相当である。そうすると, 乙 4 ないし乙 10 による使用は, いわゆる駆け込み使用と認められ, 本件商標の使用とは, 認められない。
取消 2004-31598	2006/3/14	×	駆け込み使用, 仮処分決定, 取り消されることの認識	被請求人は, 平成 13 年 12 月 7 日に仮処分決定がなされ, 同月 14 日にその決定が送達されたから, 同日以降, 「PETER RABBIT」, 「ピーターラビット」等の表示の使用が禁止され, その状態が 3 年経過すると, すなわち, 平成 16 年 12 月 14 日以降, 請求人により, 不使用取消審判が請求されれば, 取り消されることを認識していたことは容易に推認でき, また, このことは, 前述の仮処分申立事件における被請求人の陳述等からも窺われるところである。してみれば, 被請求人は, 上記の事実を知りつつ, 本件審判の請求前 3 月以内の平成 16 年 10 月 14 日に新聞広告をし, 同 15 日から同年 11 月 3 日まで「ファミリーアウインターコレクション 2004」を開催して, 本件商標を使用したものということができ, 上記のことから, かかる行為は, 商標法第 50 条第 3 項でいう, 駆け込み使用と推認されても止むを得ないものと判断するのが相当である。
取消 2005-30610	2006/5/9	×	駆け込み使用, 内容証明郵便	本件についてみると, 本件審判の請求は, 平成 17 年 5 月 24 日にされており, その予告登録は, 同年 6 月 9 日である (甲第 1 号証)。そして, 請求人の代理人から本件商標に対して取消審判を請求する予定である旨の通知書が, 内容証明郵便で同年 3 月 29 日に被請求人に到達していることが認められことから (乙 1 及び甲 2), 同年 3 月 29 日には, 被請求人が, 本件商標について審判請求がされることを知っていたということが出来る。そうすると, 本件においては, 本件審判請求の 3 か月前である同年 2 月 24 日より請求の登録日である同年 6 月 9 日までの間の使用で, かつ, 審判の請求がされることを知った同年 3 月 29 日以後の使用が同条 3 項におけるいわゆる駆け込み使用ということが出来る。
取消 2007-300529	2007/10/16	○	駆け込み使用, 期間	本件において商標法第 50 条第 3 項でいう, いわゆる駆け込み使用というためには, 本件審判の請求日である平成 19 年 4 月 27 日の 3ヶ月前である同年 1 月 27 日より本件審判の請求の登録日である同年 5 月 18 日までの間の期間での使用でなければならぬところ, 本件商標と社会通念上同一と認められる商標が使用されたのは, 上記 2 で認定したとおり, 平成 18 年 (2006 年) 4 月 21 日であるから, その使用の期間は, 同項でいう, 駆け込み使用と認められる期間には該当しないものである。
取消 2008-300183	2009/6/26	○	駆け込み使用, 使用の時期	本件審判事件の予告登録日 (平成 20 年 2 月 29 日) よりも前の平成 20 年 2 月 28 日の日付で, インターネットサービス Google によって, 通常使用権者のネットショップがキャッシュとして保存されていた。(中略) 乙第 7 号証によれば, インターネットサービス Google によって, 通常使用権者である橘倉酒造株式会社のネットショップがキャッシュとして, 平成 20 年 2 月 28 日時点で保存されていたと認められるところ, 該ネットショップが, インターネット上に存在し, 使用商標を付した使用商品が掲載されているウェブページが平成 20 年 2 月 28 日時点で存在していたといえるものであって, しかも, 乙第 6 号証の商標使用許諾契約書の日付が平成 19 年 9 月 1 日であることからすれば, 請求人の主張の如く駆け込み使用とは認められない。
取消 2008-301312	2009/11/25	○	駆け込み使用, 外国における不使用取消審判, 登録異議申立て	パンジーの関連会社である中国法人の有する登録商標に対し, 不使用取消審判が請求され, これが現在, 中国において係属中であるとしても, また, パンジーとカレックスがいずれも本件商標の商標権者の一人であることを考慮したとしても, 上記中国における不使用取消審判の請求を, 本件審判において, 使用の事実を証明したカレックスと関連付けなければならない直接的な要因は見出すことはできない。さらに, 本件商標に対してした請求人による登録異議の申立てについて, 登録を維持する旨の決定がされた平成 13 年 4 月 16 日以降, 本件審判を請求した平成 20 年 10 月 10 日まで, 請求人は, 本件商標の登録の有効性について, 審判の請求等をするなどの法的な措置をとったとの事実を認めるに足る証拠の提出はなく, また, カレックスやパンジーに対し, そのような審判請求を行う旨の意思表示をしたという事実も見出せない。そうすると, 中国における不使用取消審判の請求, 本件商標に対する登録異議の申立て等をもって, 乙 6, 乙 8 及び乙 9 に示す取引について, カレックスが本件審判の請求がされることを予見した後にされたものとみることができない。

2.9 正当理由 (類型 8)

2.9.1 はじめに

登録商標の要証期間内における使用事実の立証が難しい場合であっても, 「その指定商品又は指定役務についてその登録商標の使用をしていないことについて正当な理由があること」(以下, 「正当な理由」又は「正当理由」という。)を明らかにした場合には, その登録

商標は取消を免れることができる (商標法 50 条 2 項ただし書)。

何が正当な理由に該当するかについては, 「登録商標を使用しないことについて商標権者の責めに帰すことのできないやむをえない事情があり, 不使用を理由に当該商標登録を取り消すことが, 社会通念上商標権者に酷であるような場合」と解されており, 具体的に

は、地震・水害等の不可抗力、放火・破壊等の第三者の故意又は過失による事由、法令による禁止等の公権力の発動に係る事由、といった場合に限られる、とされている。

しかし、実際の不使用取消審判において、被請求人が「正当な理由」として主張する内容には、上記に限らずさまざまなものがある。

2.9.2 事案の紹介

(1) 医薬品の製造承認申請等に関するもの

① 取消 2005-30759 (正当理由あり)

商標権の設定登録から承認申請までが約2年5ヶ月、承認申請から承認までが約1年3ヶ月、承認を受けてから審判請求登録日までが約4ヶ月かかっているが、この間の不使用については、「薬事法に関わる事由によるものであって、被請求人の責めに帰すことができないものであった」と認められ、正当理由ありと判断されている。

② 取消 2001-30458 (正当理由なし)

商標権の設定登録から承認申請までが約4年7ヶ月、承認後も、審判請求登録日まで2年3ヶ月の間不使用であったことが指摘され、商標権者(本件の場合には使用権者)の責めに帰すことのできない事情によるものとはいえない、との判断が示された。

薬事法上の医薬品の製造承認申請や、医療用具の製造承認申請を行っていることを正当理由として主張し、認められている事例(上記①)は比較的多く見られるが、その一方で、商標権設定登録から製造承認申請までの期間や、製造承認後、商標の使用開始までの期間が相当程度長期間にわたる場合には、正当理由として認められない場合がある(上記②)(なお、東京高裁昭和55年(行ケ)第329号(S56.11.25)も参照)。どの程度の期間が「相当程度長期間」となるのかは、具体的事案によって異なるが、この種の他の審決も参酌すると、少なくとも設定登録から承認申請までの期間が3年程度を超えるものについては、正当理由が認められない場合もあると考えておくべきである。

(2) 天災地変による不可抗力に関するもの

③ 取消 2001-31102 (正当理由なし/阪神大震災)

阪神大震災により計画中の商品製造販売が不可能となったことにつき、震災から本件審判請求登録日まで相当の期間があり(審判請求の予告登録日前3年以内の期間まで3年9ヶ月以上経過)、こ

の間不使用であったことから、阪神大震災が本件商標の不使用に影響を及ぼしたとは考えられない、として、正当理由は認められなかった。

④ 取消 2005-30612 (正当理由あり/スマトラ沖地震、津波)

(知財高判平成19年(行ケ)10227(H19.11.29)審決維持)

被請求人の営業所がインドネシアにあり、審判請求登録日前3年以内となる2004年12月末及び2005年3月末の二度にわたる大地震(前者はいわゆる「スマトラ沖地震」)により営業所が破壊され、指定商品について登録商標の使用ができなかったことにつき、審判では正当理由にあたることと判断された。

天災地変による不可抗力を主張する事例であっても、天災地変から審判請求登録日まで「相当の期間」不使用が継続した場合には、正当理由は認められないことがある(上記③)。被災者の立場も考慮すると、震災から3年9ヶ月程度は「相当の期間」といえるのか、という疑問もあるが、少なくとも上記③では商標の使用開始に十分な期間と判断されている。

(3) 会社の内部事情・個人的事情に関するもの等

以下の事例のほか、「使用の準備中」であることを主張しているものも多数あったが、いずれも正当理由は認められていない。

⑤ 取消 2001-30661 (正当理由なし/経営者の母親の介護・死亡)

審判請求登録日前3年の期間内に、商標権者の代表者の実母が死亡、その後の不動産の整理などのため、いわゆる一人会社であった商標権者は開店休業状態を余儀なくされたことを、不使用の正当理由として主張した事例。

⑥ 取消 2001-30983 (正当理由なし/特別清算手続開始による使用禁止)

商標権者は、解散後に債務超過の疑いが認められたとして、奈良地方裁判所から特別清算手続の開始を命じられ、清算手続中は営業を前提とする商標の使用が全面的に禁止されていたことを、正当理由として主張した事例。

⑦ 取消 2004-31075 (正当理由なし/刑務所での服役)

不当逮捕により身柄を拘束され、刑務所で服役していたため、本件商標を使用できなかったこと

を主張した事例。しかし、本当に使用する意思があるのなら、使用許諾をすることもできたはずであること、出所後も審判請求登録日まで2年5ヶ月の間、不使用状態であったことが指摘され、正当理由は認められなかった。

2.9.3 実務上の指針

以上の事案からも明らかなように、不使用の正当理由として認められうるのは、(1)医薬品の製造承認申請等に関するものと、(2)天災地変による不可抗力に関するものにほぼ限られている。したがって、それ以外の場合はまず、内部事情あるいは個人的事情にすぎないとして、正当理由の主張は認められないと覚悟す

べきである。また、(1)又は(2)に該当する場合であっても、申請手続きや震災の前後に相当の不使用期間が継続していた場合には、正当理由ありとは認められない場合もあるので、この点も注意が必要である。

このように、実際の審決の判断を見ても、正当理由が認められる範囲は、極めて限定的である。したがって、使用事実の立証が難しいと判断した場合には、正当理由の主張に頼ることはまず不可能((1)(2)の場合を除いて)と考え、取消された場合に備えた適切な対応(他の商標へ変更し、商標登録出願をしておく等)もあわせて検討することが重要である。

(類型8：脇坂 祐子)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2000-30897	2001/8/3	○	正当理由：医薬品の製造許可待ち	被請求人は、上記のとおり本件審判請求の登録(平成12年8月30日)前である平成12年6月28日に厚生省に医薬品の製造許可申請を行い、現在その許可待ちであることが認められる。
取消 2000-31142	2001/10/9	×	正当理由：使用の準備	本件商標をキーワードとして、雑誌の発刊、ラジオ放送及びCD、DVD等の録音・録画記録物の制作販売を行うべく準備段階にあった事情は窺われるとしても、それらは一般的社内事情というべきものである。
取消 2000-31075	2001/11/6	×	正当理由：製品の欠陥の改良	被請求人の本件商標を使用していない事由は、製品の欠陥の改良等に起因する事情であり、商標法第50条第2項但書に規定する「正当理由」に該当しないことは、明らかである。
取消 2001-30457	2002/1/29	○	正当理由：医薬品の製造承認申請、許可待ち	医薬品の製造承認申請をしたのは、本件審判請求の登録日より約2年前のことであって、その許可はいまだ下りていないから、指定商品についてその登録商標の使用をしていないことについて正当な理由がある。
取消 H10-31016	2002/2/1	×	正当理由：不使用商標の譲受	商標権を譲り受ける場合には、その登録商標の従前の使用状況(一定期間の不使用等)についての事実自体は消滅するものではないから、当該商標権に当然に伴う。
取消 2001-30415	2002/2/25	○	正当理由：医薬品製造承認申請、販売の準備	被請求人は、本件審判請求の登録前に、請求に係る指定商品中の「点眼液」について本件商標の使用をすべく準備をし、薬事法に基づき厚生省および県知事に対し、「医薬品製造承認申請書」、「医薬品製造品目追加許可申請書」をそれぞれ提出していた事実が認められる。
取消 2000-30368	2002/5/7	○	正当理由：化粧品に係る医薬部外品証明書交付申請	「化粧品(薬剤に属するものを除く)」は、薬事法に基づく許可に係る商品であって、厚生大臣の承認がなければその製造することができないものであり、商標権者の意思によって左右される性質のものでない。
取消 2001-30661	2002/6/26	×	正当理由：身内の介護等	実母の逝去は、平成10年10月6日とするものであり、その後審判請求の登録前3年以内(平成10年7月11日ないし平成13年7月11日)の間に、商品の製造、販売をすることができなかったという「不使用の責任」を被請求人等の責めに帰することが酷であるというのは困難である。
取消 2001-31102	2002/9/6	×	正当理由：阪神大震災、経営上の事情	阪神大震災は平成7年1月17日に起こった事であり、本件審判請求の予告登録前3年以内の期間までは3年9月以上という相当の期間が経過していること、及びこの間商標を全く使用していないことを考慮すれば、これが商標の不使用に影響を及ぼし本件商標の不使用の正当理由に当たるとは考えられない。
取消 2001-30983	2002/11/7	×	正当理由：特別清算手続の開始による商標使用の禁止	被請求人は、債務超過の疑いが認められたため、奈良地方裁判所は、特別清算手続の開始を命令したことにより、本件商標の使用が禁止された事実があるとしても、このような債務超過といった事情は、いわば私的事情により生じた事柄である。
取消 2001-30458	2002/11/11	×	正当理由：医薬品の製造承認後2年以上の不使用	製造承認申請前の長期にわたる不使用期間を併せ考慮すると、製造承認後2年以上不使用状態が継続されていることは、使用商品が医薬品という事情があるとしても、本件使用権者の責めに帰すことのできない事情によるものということとはできない。
取消 2002-30492	2003/9/19	×	正当理由：不使用継続後の製造承認申請	医薬品の製造承認申請後、被請求人の責に帰すべからざる事情によって、承認が得られるまでに予想外の長期間を要したなど特別の事情は認められない。しかも、当該承認申請は、本件商標の設定登録後13年余もの長期間にわたる商標の不使用の状況が続いた後によくならされたものである。
取消 2001-30586	2003/12/26	×	正当理由：団体設立の遅延による不使用	前記公益性のある団体の設立に際し行政措置が遅延し、また、設立を巡る混乱があった結果、本件商標を使用するに至らなかったとしても、そのことは結局、被請求人がカイロプラクティック業界の統一を図ろうとする被請求人自身の目的との関連で生じた事情に帰結するものである。
取消 2003-30234	2004/4/16	×	正当理由：10年以上前の厚生省からの指導による不使	被請求人は、厚生省の担当官の指導により販売名を「ピュアレチナ」に変更訂正して承認を受け、販売することとなったものと推認できる。しかし、本件審判の請求の登録の10年以上も前の事情であり、もとより、その申請書に記載された商品について

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
			用	「ピュアレチノ」の販売名で製造承認が得られなかったというにとどまる。
取消 2004-30280	2004/9/14	×	正当理由：民事保全申立、民事訴訟提起	被請求人が主張する民事保全の申立や民事訴訟の提起は、被請求人を相手方とするものでないばかりか、本件商標が設定登録された平成 13 年 2 月 23 日から相当期間経過しているのに上記主張以外に本件商標の使用状況または準備状況についての具体的な主張立証はなく、本件商標の使用の妨げになったとは認められない。
取消 2003-31420	2004/11/19	×	正当理由：市のマスコットキャラクターのバチンコ器具への不使用	本件商標は、生駒市のマスコットキャラクターとして、生駒市民の間で周知性を有する標章であり、本件商標を射幸性を有する商品「パチンコ器具及びその部品・付属品」に使用しない理由は事実であったとしても、商標法第 50 条に規定する、正当理由に該当するものとは認められない。
取消 2003-31731	2004/12/21	×	正当理由：侵害後の信用回復期間の不使用	被請求人は、請求人によって本件商標権を侵害されたため、その信用回復に日数がかかり、本件商標を使用出来なかった旨主張しているが審判請求の予告登録日まで約 3 年の期間に被請求人は本件商標の使用をすることは可能であったにもかかわらず、実際には前記のとおり本件商標を使用していなかった。
取消 2004-31075	2005/2/15	×	正当理由：服役	被請求人が黒羽刑務所に入所させられていた期間に商標権者自らが本件商標を使用することができなかったとしても、本件商標につき使用許諾をすることができたのみならず、出所した日から本件審判の請求の登録日まで、約 2 年 5 ヶ月もの期間があった。
取消 2003-31659	2005/6/14	×	正当理由：使用交渉中、契約締結上信義	被請求人と請求人間において「GILLETTE MACH3」の使用について交渉中であるため、被請求人が本件商標の使用を留保していたというにすぎず、それが被請求人の責めに帰すことのできない事由に基づくものである等ということに到底できない。
取消 2005-30759	2006/3/14	○	正当理由：医薬品の製造販売申請	被請求人は、本件審判の請求の登録前 3 年以内において不使用であったが、その不使用は薬事法に関する事由によるものであって、承認後の期間も、この種商品(医薬品)の製造、販売について準備のために要する期間の範囲を超えないものとみるのが相当。
取消 2005-31176	2006/5/10	×	正当理由：体調不良	被請求人は、体調不良のため、代理店取得が遅れ、業務遂行がしたくてもできなかった旨述べているが、被請求人が述べているような理由は、商標法第 50 条第 2 項ただし書きの登録商標の使用をしていないことについての正当な理由に該当するものとはいえない。
取消 2005-31005	2006/6/14	○	正当理由：医薬品の製造販売申請	被請求人は、「薬剤(かぜ薬)」について使用の意思を有していたにもかかわらず、本件審判の請求の登録前 3 年以内において不使用であったが、その不使用は薬事法に関する事由によるものであって、被請求人の責めに帰すことができないものであったと認め得るところである。
取消 2003-30609	2006/8/3	×	正当理由：フランチャイズ発困困難	被請求人の主張は、企業たる被請求人の内部事情にすぎず(被請求人がその経営判断により本件商標を日本国内において使用することは十分に可能であった)、これをもって特別な事情と認めることはできない。
取消 2006-30703	2007/2/20	×	正当理由：商品化の検討中	被請求人が、新製品開発とブランドイメージの拡大を図る計画の一環として、アンケート調査を行い、社内ミーティングにおいて、商品化の具体的な検討を行っており、商品化される商品に本件商標の使用をする意思があったことを推認させるに止まる。
取消 2005-30612	2007/5/15	○	正当理由：スマトラ沖地震・巨大津波	被請求人の営業所は、インドネシアのアチェ州にあり、本件審判請求登録前 3 年以内の二度にわたる地震によって破壊され、指定商品について登録商標の使用ができなかったと推認される。
取消 2006-30931	2007/8/21	×	正当理由：和解交渉中のための使用差し控え	請求人が使用している商標との混同防止の必要があり、また、請求人らとの訴訟上の和解交渉中であったことから、本件商標を請求に係る指定商品に使用することを差し控えていたことは、被請求人が自己の判断により登録商標の使用を差し控えていたにすぎず、これをもって、特別な事情と認めることはできない。
取消 2006-30394	2007/9/11	×	正当理由：医療器具製造承認	商標の登録後、販売名「ノバコール VISTA」に係る「外国製造医療器具製造承認申請書」が提出されたのは、これより 15 年以上後の平成 16 年 8 月 30 日であるから、その承認に時間を要したのは、むしろ、被請求人が承認申請をしなかったという、被請求人側の事情によるものと判断するのが相当。
取消 2007-300063	2007/11/13	×	正当理由：ビルの建設計画の白紙撤回	被請求人の計画は、共同店舗型ファッションビルを建設するというものであり、「飲食物の提供」について個別具体的に計画したり、本件商標の使用を具体的に計画していたことを示す証左は一切ない。近隣住民による建設反対という不測の事態による営業活動の一時停止は、不使用の正当理由には当たらない。
取消 2007-300307	2008/1/30	×	正当理由：具体的に進行しているプロジェクト	被請求人は、商品「スクワランジェル」開発のためのプロジェクトが具体的に進行していたのであるから、本件商標を使用していないことについて正当な理由がある旨主張している。しかしながら、製品化の遅れ等による単なる自己都合に起因する商標の不使用は正当な理由には当たらない。
取消 2007-300713	2008/3/4	×	正当理由：新規出店のための土地買収交渉の開始	被請求人は上記パチンコホールの新規出店のための土地の買い取り交渉を開始していたことは窺えるとしても、具体的な事業計画や商標使用の計画が何ら示されていない以上、その交渉開始の事実のみによって本件商標の使用するために具体的な準備を進めていたものとはいえない。
取消 2007-300514	2008/3/14	×	正当理由：酒造業界の不況、会社の移転、酒造製造業の免許移転	被請求人のいう登録商標の不使用についての正当な理由は、・・・酒造業界の不況、会社の移転、酒造製造業の免許移転につき日時を要したことなどである。しかし、不況により商品の売れ行きが伸びず、やむなく本件商標の使用を停止したことは、いわば企業の内部的事情にすぎない。
取消 2007-300921	2008/4/11	○	正当理由：医薬品の承認申請の取下げと再申請	本件医薬品が希少疾病用医薬品に係るものであり、短期間に承認に必要なデータを得ることが相当に高い難易度のあることと前記を併せ勘案すれば、未だ承認を得るに至っておらず、そのため、我が国においては製造・販売ができないものであるが、本件商標の不使用は、偏に被請求人の怠慢によるものではない。
			正当理由：農	被請求人は、本件取消請求に係る指定商品のうち「除草剤」について使用の意思を有していたにもかかわらず、本件審判の請求の登録前 3 年以内において不使用であつ

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2007-301437	2008/7/1	○	薬取締法	たが、その不使用は農薬取締法に関わる事由によるものであって、被請求人の責めに帰することができないものであったと認め得るところである。
取消 2007-300926	2008/8/12	×	正当理由：外国での在留	外国に在留していたという事情は、いわば個人的事情にすぎず、商標権者の責めに帰ることができない特別の事情に該当するものとは認められない。登録商標の使用は、商標権者のみならず、商標権者から当該登録商標の使用をする権利の許諾を受けた者も可能である。
取消 2007-301124	2008/8/15	○	正当理由：医薬品の製造許可申請	「各証拠」における「塩酸ノスカピン及びノスカピン含有医薬品」に関する会議日程、事業計画、協定書等を総合勘案すると、被請求人は、本件審判請求登録前に、本件の請求に係る指定商品中の「薬剤」に属する「風邪薬」の製造許可について奈良県に申請を行い、現在その許可待ちであることが認められる。
取消 2008-300021	2008/11/26	×	正当理由：使用(店舗の出店)の準備	被請求人(商標権者)は、上記の各店舗の出店について準備中である旨述べて、乙第1号証ないし乙第4号証を提出するに止まり、使用をしていないことについての正当な理由について、具体的な証拠を何ら提出していないし、他にこれを認めるに足る証拠も存しない。
取消 2008-300049	2008/12/25	×	正当理由：登録異議申立を受け商品開発中断、維持決定後に開発を再開	たとえ本件商標に係る登録異議の申立てがされたとしても、これによって、本件商標の使用が法令により規制されるというのではなく、また、登録異議の申立てによる商品開発の中断及び異議決定後に商品開発を行ったという事情も、被請求人の意思に基づく内部事情にすぎないというべきものである。
取消 2008-300471	2009/3/4	×	正当理由：取引先の事業経営問題	審判請求登録前3年以内の間に、取引先の民事再生手続申立てに連鎖して当該新聞の発行をすることができなかつたという事情は、商標権者と関係会社との事業経営に係る問題といわざるを得ない。
取消 2007-301543	2009/5/8	×	正当理由：当事者間の契約に起因する不使用	被請求人が自らの自由な意思に基づく選択によって、ジャストの間において締結した契約を原因とする事情は、そもそも、上記した商標権者等の責めに帰すことができない真にやむを得ない特別の事情と認めることはできない。
取消 2008-301339	2009/8/4	×	正当理由：特許出願が特許査定されるまでの間の商品化の保留	自身の特許出願に関し、特許査定後に再度、商品化を推進しようとしたとの理由のみでは商標の不使用についての正当な理由に当たるとはいえないし、これは専ら被請求人自身の自己都合というべきである。
取消 2009-300352	2009/12/28	×	正当理由：医薬品の承認申請	本件商標の使用を医薬品に予定していたのであれば、それを実現すべく、何らかの準備的な行為があっても不自然ではない。しかしながら、それに関係するといえる事実を窺い知ることはできない。
取消 2009-300774	2010/1/19	○	正当理由：農薬登録申請	被請求人の提出に係る証拠によれば、(ア)被請求人の子会社が、農林水産大臣に対し、農薬取締法の規定に基づき農薬登録申請を行っていること(イ)農林水産省より、農薬名「リベロフロアブル」につき現在農薬登録申請中である旨の証明書が発行されていることが認められる。
取消 2009-300268	2010/1/20	×	正当理由：医療機器、製造販売承認申請、申請前不使用	被請求人が「義歯床用アクリル系レジン」の製造販売承認申請をした後、被請求人の責に帰すべからざる事情によって、承認が得られるまでに予想外の長期間を要したというような特別の事情があればともかくも、本件についてそのような事情を認めるに足る証拠は提出されていない。しかも、当該承認申請は、本件商標の設定登録後3年余の長期間にわたる商標の不使用の状況が続いた後になされたものである。

2.10 その他(類型9)

2.10.1 はじめに

この類型は、上記類型1～8までに該当しない、または不明なものを集めたものである。

2.10.2 事案の紹介

不使用取消審判においては、上記類型1～8までに該当するものがほとんどである。そのため、これ以外の類型に該当するものは多くはない。例えば、次の審決が存在した。

(1) 取消 2002-30178

【商標権の移転があった場合の不使用期間の算定について】

不使用取消審判の対象となっている商標権が移転された場合、3年間の不使用期間は、前商標権者、現商標権者を通しての期間をいうのか、現商標権者だけの期間をいうのかが争われた事案。3年間の不使用期間

は、前商標権者、現商標権者を通しての期間をいうとされ、商標登録が取り消された。

商標は使用されることにより信用が蓄積し、保護すべき価値も生じることから、この判断は妥当であると考えられる。また、商標権者を頻繁に変更することで不使用取消を回避するという方法を排除できる点でも、この判断は妥当であろう。

(2) 取消 2004-31598

【違法な使用が登録商標の使用といえるかについて】

有名な商標と酷似、又は社会通念上同一といえる登録商標を有していた商標権者に対し、不正競争行為等として、この登録商標等の使用禁止の仮処分決定及び判決が確定していた状況であった。この状況において、商標法50条の趣旨を踏まえ、使用が禁止されている登録商標の使用は、正当な使用として認めるべき合

理的理由がないとし、商標登録が取消された事案である。

有名な商標の所有者が侵害訴訟で模倣者に勝訴しても、模倣者は自己の商標権の存在を盾に、違法な使用を継続する場合があります。このような場合、模倣者の商標権を取消審判で消滅させることが有益であり、本事案が参考になる。

2.10.3 実務上の指針

不使用取消において、上記類型1～8までの典型的な類型以外の場面に遭遇することは多くはない。逆に遭遇した場合には、よりその事案特有の対処が必要となってくる。

そして、この事案特有の対処にあたっては、不使用取消審判の趣旨、ひいては商標法自体の趣旨を意識することが必要であろう。

例えば、上記取消2002-30178では、「商標法は、使用により商標に蓄積された信用を保護することにより、産業の発達に寄与し、需要者の利益を保護すること目的としているものである。換言すれば、商標権者が登録商標を使用することを保護の前提としているものであって、一定期間登録商標を使用しない場合は、保護する対象がないものというべきであり、他方、不使用の登録商標を放置することは、商標の使用を欲する者の商標採択の範囲を狭める結果ともなり、国民一般の利益を損なうこととなる。商標法第50条の立法趣旨は、上記のような一定期間登録商標を使用していない登録商標については、請求により、商標登録を取り消すことにあると解される。そして、上記登録商標の不使用の事実は、その後に商標権が譲渡されたとしても、その事実自体が消滅するものではなく、また、不使用の登録商標は、保護すべき信用がなく、これを

存続させることが、商標法の目的に反する結果となるのみならず、上記のように国民一般の利益を不当に侵害するなどいった状態も、譲渡によって変動するものではない。してみると、上記した商標登録不使用取消の審判制度の趣旨からみて、商標法第50条第1項に規定する「継続して三年以上」とは、商標権の移転等の有無にかかわらず、前商標権者、現商標権者を通しての期間をいうものと解するのが相当である。」とある(下線は筆者)。

また、上記取消2004-31598では、「商標法第50条の不使用取消審判は、本来、商標法上の保護は商標の使用により蓄積された信用に対し与えられるのであるから、一定期間登録商標を使用しない場合は、信用が発生しないか又は信用が消滅して保護の対象がなくなり、これに独占権を与えておくのは国民一般の利益を不当に害し、かつ、使用希望者の商標選択の余地を狭めるから、請求により、これを取り消そうというものである。したがって、商標権者が取消を免れるためには、商標権者又は専用使用権者等が、一定期間内に使用していることを立証する必要があるところ、当該使用が違法な使用であったり、あるいは虚偽に基づく使用であったような場合についてまで、当該商標権を保護する必要はないものと解するのが商標法第50条の趣旨からも相当であり、よって、かかる場合は、登録の取り消しを免れないものというべきである。」とある(下線は筆者)。

このように、特殊な事案の対処にあたっては、不使用取消審判の趣旨、ひいては商標法自体の趣旨までさかのぼり、その論理付けや妥当性判断を行うことが必要といえよう。

(類型9：鶴本 祥文)

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
取消 2002-30178	2003/1/21	×	継続して3年、譲渡	商標法第50条の立法趣旨は、上記のような一定期間登録商標を使用していない登録商標については、請求により、商標登録を取り消すことにあると解される。 そして、上記登録商標の不使用の事実は、その後に商標権が譲渡されたとしても、その事実自体が消滅するものではなく、また、不使用の登録商標は、保護すべき信用がなく、これを存続させることが、商標法の目的に反する結果となるのみならず、上記のように国民一般の利益を不当に侵害するなどいった状態も、譲渡によって変動するものではない。 してみると、上記した商標登録不使用取消の審判制度の趣旨からみて、商標法第50条第1項に規定する「継続して三年以上」とは、商標権の移転等の有無にかかわらず、前商標権者、現商標権者を通しての期間をいうものと解するのが相当である。
取消 2004-31598	2006/3/14	×	違法な使用	商標権者が取消を免れるためには、商標権者又は専用使用権者等が、一定期間内に使用していることを立証する必要があるところ、当該使用が違法な使用であったり、あるいは虚偽に基づく使用であったような場合についてまで、当該商標権を保護する必要はないものと解するのが商標法第50条の趣旨からも相当であり、よって、かかる場合は、登録の取り消しを免れないものというべきである。 これに関連し、裁判例においても、たとえば、東京高裁昭和36年4月1日判決言い渡し(昭和35年(行ナ)第41号)は、「登録商標の指定商品である『散葉、錠剤』の製造については、薬事法の規定により、製造許可が必要であり、その製造許可がなされないまま、つまり、法律に違背した製造・販売がなされたとしても、右の行為は、登

審判番号	審決日	使用に関する判断	キーワード	理由参考
				録商標の正当な使用として顧慮するに値しない。」として、登録商標の不使用の事実を認めない、とした審決を取り消している。(中略)商標権者といえども、仮処分決定及び確定判決により使用を禁止されている「PETER RABBIT」等の表示を被請求人(商標権者)が使用したとしても、これを正当な使用として認めるべき合理的な理由はないものといわなければならない。

2.11 審決取消訴訟における類型1～3

2.11.1 はじめに

不使用取消審判の事例においては、商標権者の標章の使用態様が商標の使用にあたるのか(類型1)、商標権者が標章を付した商品、役務が商標法上の商品、役務といえるのか(類型2)、商標権者が商標を付している商品、役務が指定商品、指定役務に含まれるのか(類型3)といった点が争われることが多い。

かかる争点が争われた場合の判断手法に関しては、基本的には、審判段階でも、審決取消訴訟でも大きな違いはないが、裁判所が特許庁の判断を覆した事案も少なくない。

そこで、以下では、審決取消訴訟において、特許庁の審決が覆された事案を紹介し、若干の実務上の指針を述べることにする。

2.11.2 事案の紹介

(1) 知財高裁平成21年10月8日(平成21年(行ケ)10141号 DEEPSEA事件) - 類型1

この事件は、時計の文字盤に表示された「DEEPSEA」との文字が、商標権者が保有する登録商標「DEEP SEA」の使用に当たるかが問題となった案件である。原審の審決は、時計の文字盤における「DEEPSEA」の文字の使用は商標的使用には当たらないとして不使用取消の審判請求を認容したが、知財高裁は、『商品に付された1つの標章が常に1つの機能しか果たさないと解すべき理由はなく、原告商品に付された「DEEPSEA」の表示が、次行の「660ft = 200M」の表示とあいまって、需要者において、水深200メートルの深海においても使用できる耐水性を有するとの機能を表示するものと理解し得るとしても、その表示が、同時に、自他商品を識別させるために付されている商標でもあると解することができる』と判示し、審決を取り消している。

(2) 知財高裁平成19年9月27日(平成19年(行ケ)10008号 東京メトロ事件) - 類型2

この事件は類型2の審決の項でも紹介されている案件であるが、無償配布のフリーペーパーが、第16類の商品である「新聞、雑誌」に当たるかが争われた事件

である。原審の審決は、商品該当性を否定し、不使用取消の請求を認容したが、知財高裁は『「商取引」は、契約の種類が売買契約である場合に限られるものではなく、営利を目的として行われる様々な契約形態による場合が含まれ、対価と引換えに取引されなければ、商標法上の「商品」ではないということではできない。取引を全体として観察して、「商品」を対象にした取引が商取引といえるものであれば足りるものと解される。』と述べ、商標権者が提供していたフリーペーパーに関して商品該当性を肯定している。

(3) 最判平成23年12月20日(平成21(行ヒ)217) - 類型3

この事件は、商標権者の使用商品・役務と登録商標の指定商品・役務の同一性が最高裁で争われた唯一の事例である。この事件では、インターネットウェブサイトで一般消費者向けに商品情報を提供する行為が第35類の役務である「商品の販売に関する情報の提供」にあたるか否かが争われたが、最高裁は、『商品の販売に関する情報の提供』とは、商業等に従事する企業に対して、その管理、運営等を援助するための情報を提供する役務であると解するのが相当である。』と述べた上で、『商品の最終需要者である消費者に対し商品を紹介することなどは、「商品の販売に関する情報の提供」には当たらない』との判示し、商標権者が登録商標を使用していた役務と指定役務との同一性を否定している。

(4) 知財高裁平成13年7月12日(平成12年(行ケ)第447号) - 類型3

この事件は、商標権者が登録商標を使用していた「吸収性局所コラーゲン止血剤」が指定商品「薬剤」にあたるかが問題となった案件である。原審の審決は、「吸収性局所コラーゲン止血剤」は「医療補助品」であって「薬剤」ではないと判断したが、知財高裁は『ある商品が指定商品のいずれに属するかの認定・判断は難しい場合があり、二つの指定商品に属する二面性を有することすらあり得るのであるから、仮に本件使用商品が「医療補助品」に属すると認められる場合であっても、そのことから「薬剤」に属しないとの結論

に当然導かれるとは限らないというべきである。』と述べ、審決を取り消している。

2.11.3 実務上の指針

類型1～3の事案では、商標的使用、商品・役務該当性といった商標法の解釈及びあてはめの妥当性が正面から争われることになるが、このような類型においても、上述の事例のように特許庁の審決が覆されている例は少なくない。そのため、審判請求人、商標権者双方の立場から見て、特許庁の判断が妥当でないと考えられる場合には、審決取消訴訟を提起し、争っていくという戦略は重要な選択肢の1つとなろう。

審決と判決を比較して注意点として挙げられるのは、裁判所は、必ずしも特許庁の実務慣行にとらわれず、判断を行う場合があるということである。知財高裁の判決によって、特許庁の実務が変わっていくという例は商標の案件に限らず、頻繁にみられる事態であるし、商標実務家としては絶えず、裁判所の判断傾向には注意しておく必要がある。

例えば、上記の(3)の最高裁判決では、第35類の「商品の販売に関する情報の提供」との役務の内容が争点となったが、この役務に関しては、一見すると一般需要者に対する商品情報の提供も含まれるかのよう

な表記であるため、小売役務制度導入前にはインターネット上の商品販売サイトなどに関し、この役務を指定した登録の事例がみられるようである。この本判決は、このような実務慣行を正面から否定したものと見え、そのインパクトは非常に大きい。指定商品、指定役務の内容を考えるにあたっては、当該商品・役務が含まれる分類の考え方なども十分に検討することが重要であり、単にその表現にとらわれることが危険であることを物語る顕著な事例であると言えよう。

また、(1)の判決は類型1の案件、(4)の判決は類型3の案件ではあるが、(1)の判決は「商品に付された1つの標章が常に1つの機能しか果たさないと解すべき理由はな」と述べ、(4)の判決は「二つの指定商品に属する二面性を有することすらあり得る」と述べている点で両判決の考え方の基本は似通っているように思われる。商標的使用や商品・役務の同一性の判断は非常に微妙な判断が求められることになるが、使用されている商標や商品・役務が多面性を持ちうるということを念頭に置いておくことが重要であるといえる。

(類型1～3：山田 威一郎)

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
平成12年(行ケ)第447号 (平成10年審判第31206号)	2001/7/12 (2000/10/05)	○ (×)	商品が2つの指定商品に該当する場合	ある商品が指定商品のいずれに属するかの認定・判断は難しい場合があり、二つの指定商品に属する二面性を有することすらあり得るのであるから、仮に本件使用商品が「医療補助品」に属すると認められる場合であっても、そのことから「薬剤」に属しないとの結論に当然導かれるとは限らないというべきである。とりわけ、審判手続において、本件使用商品が「薬剤」に属するものと認められるべきであるとする理由を原告が具体的に主張している本件のような場合には、これらの理由をも含めて総合的な検討をし、まず取消請求に係る指定商品「薬剤」に属するか否かを判断すべきであり、その判断に当たっては、本件使用商品の名称、表示、形状・形態、原材料、性質、機能、用途、使用実態等のほか、取引者・需要者の認識や薬事法等の取扱いを含む取引の実情を考慮するのが相当である。
平成13年(行ケ)第23号 (平成11年審判第30422号)	2001/9/25 (2000/12/06)	○ (○)	商標の使用 駆け込み使用	上記認定の応募記録のうち、1996年のものは、本件審判請求の登録日である1999年6月30日の3年前である1996年6月30日より後に提出されたものである(このことは、同年8月末日締切りの募集に応じたものであることにより認められる。)から、被告が本件商標を自他識別力のある商標として使用していたかどうかを判断するに当たり、このころ(1996年6月30日以降)、被告の取引先である各美容室等が「N.H.S.」あるいは「NHS」をどのようなものとして認識していたかを知るうえで重要な証拠の一つとなることは当然である。「N.H.S.」あるいは「NHS」が「ナチュラルヘアソープ」の英文字の頭文字をとって略記したものであるとしても、これらが洗髪用石鹸という商品の内容を示す普通名称にすぎないものとなるわけではないことは明らかであり、また、これらが英文字の頭文字を略記したものであるとしても、そのこと自体から、これらに自他商品識別力がないとの結論を導き得ないことも明らかであるからである。
平成13年(行ケ)第190号 (平成11年審判第31435号)	2001/10/23 (2001/03/26)	× (×)	サブタイトル	原告は、ある表示がサブタイトル等として連続して使用されることにより、特定の雑誌を示すものとして需要者に認識されるに至ったときは、その表示に出所表示機能があり、これを使用することは「商標としての使用」に当たると主張するが、使用AないしE標章が雑誌記事の内容を概括的に記述したものであり、識別表示となる可能性のあるサブタイトルとして使用されていると認めることができないことは前示のとおりである。また、使用AないしE標章が連続して使用されることによって特定の雑誌を示すものとして需要者に認識されるに至ったことを認めるに足る証拠はない。
平成15年(行ケ)第471号 (取消2000-31258)	2004/03/25 (2003/6/17)	○ (○)	広告としての 使用	本件店舗が、被告の子会社である訴外キスミーの経営に係る、化粧品及び化粧用具等の専門店であること、本件店舗において販売している化粧品については、被告が製造し、本件表示が付され、訴外キスミーが販売する商品が含まれており、化粧用具についてみても、その中には、被告が製造し、訴外キスミーが販売する商品が含まれていることからすれば、本件店舗の看板等に使用されている本件表示が、本件店舗内で販

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
				売されている被告製造の化粧品のみならず、被告製造の化粧用具とも密接な関連性を有しているものであることは明らかである。
平成 16 年(行ケ)第 312 号 (取消 2003-30972)	2005/01/27 (2004/05/10)	○ (○)	商標の使用	「PLANT」及びその片仮名表記である「プラント」は、「植物」の意味を有するほか、「工場設備」などの意味を有する英語としても一般に知られているばかりでなく、これが化粧品を取り扱う分野で商品の原材料、品質等を表示するためのものとして、普通に使用されているという証拠の提出はない。そして、「PLANT」及びその片仮名表記である「プラント」は、それ自体独立して自他商品の識別標識としての機能を発揮する商標というべきである。
平成 16 年(行ケ)第 404 号 (取消 2002-31120)	2005/03/17 (2004/07/30)	× (×)	商標の使用	本件ラベルの裏面には、「(特徴) ザックスは、テイジンが新しく開発した『ポリエステル/セルロース系繊維』の組み合わせによるマイルドな清涼感、しなやかなドレープ性、カジュアルな表面感を持ち、ウォッシュャブル性にも優れた新質感素材です。〈取扱注意点〉この素材は、多少色落ちの傾向がありますので、他のものと分けてお取り扱いください。」と記載されており、上記本件ラベルの記載に照らせば、ラベルに表示された帝人ファイバー(甲5-2に照らせば、原告も本件ラベルの表示を理解しているものと認められる。)は、本件ラベルにおいて、使用商標を上記「素材」の商標として記載していること、そして、「ザックス」という「素材」の品質、機能上の特徴、有利性などを説明し訴求するものであることが明らかである。本件ラベルは、上記認定事実には照らせば、原告又は帝人ファイバーが、スラックスに使用された「ザックス」という「素材」の品質ないし機能を保証するものであると解し得るとしても、「素材」以外のスラックスそのものないしスラックス全体の品質ないし機能について保証する趣旨であると解し得る記載は存在しない。
平成 18 年(行ケ)第 10225 号 (取消 2005-31065)	2006/09/21 (2006/04/03)	× (○)	商標の使用 新証拠の提出	本件使用標章は、上記のとおり、「LAB」「SERIES」「FOR IMEN」の各文字を三段に横書きしてなるものであり、「FOR MEN」の表示は、「LAB」と「SERIES」の表示に比べて小さい上、取引者・需要者は、それが「男性用化粧品」という商品の用途を示す標章であると認識、理解するものと認められるので、かかる部分には自他商品の識別力がない。次に、「LAB」と「SERIES」の各文字は、上記のとおり、いずれ2も同一書体により表示され、かつ、各文字の語頭は縦にそろうように配置されているが、各文字は段を違えて表示されているのであり、一列に併記した場合に比して、「LAB」と「SERIES」の一体性を希薄化させているばかりでなく、最上段にあってわずか3文字からなる「LAB」の部分、これより字数が多く、やや文字が圧縮された感のある第二段の「SERIES」の部分より相対的に際立たせるものとなっている。 また、「LAB」の語は、「実験室、研究室」等を意味する「laboratory」の略語である「lab」を大文字表記したものとみえるが、他の何らかの意味を表す既成の語あるいは造語であるとの理解も生じ得るところであり、一般的に、直ちに特定の観念を生じさせるものとまで断定することはできない。そうすると、本件使用標章は、取引者・需要者に対し、その構成中の「LAB」の部分が顕著な印象を与えるものであり、同部分に自他商品の識別力があると認めるのが相当である。
平成 19 年(行ケ)10008 号	2007/9/27	○ (×)	商品該当性	商標法には、「商品」を定義した規定はないが、商標法は商標による出所表示機能を保護するものであり(商標法1条)、商標登録が認められるのは、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であり(同法3条1項)、また、不使用取消の対象となるのは、指定「商品」について使用がされなかった場合である(同法50条1項)。これらの規定からみれば、商標法上の「商品」といえるためには、商取引の対象であって、出所表示機能を保護する必要があるものでなければならないと解される。上記のとおり、商標法上の「商品」は、商取引の対象であるから、商品が売買契約の目的物であるなど、対価と引換えに取引されるのが一般的である。しかし、「商取引」は、契約の種類が売買契約である場合に限られるものではなく、営利を目的として行われる様々な契約形態による場合が含まれ、対価と引換えに取引されなければ、商標法上の「商品」ではないということではできない。取引を全体として観察して、「商品」を対象にした取引が商取引といえるものであれば足りるものと解される。・・・読者との間では対価と引換えでないとしても、無料紙を広告主に納品し、あるいは読者に直接配布することによって広告主との間の契約の履行となるのである。現に、本件新聞の創刊号は広告依頼主に商品として納品されているのであり、このような形態の取引を無料配布部分も含めて全体として観察するならば、商取引に供される商品に該当するといえることができる。
平成 19 年(行ケ)10158 号	2007/10/31	× (×)	商品該当性、 輸出	原告が本件商標を付して販売した「タイミングキット」は、タイミングベルトとテンショナー等を組み合わせてセットで販売する商品であり、タイミングベルトは、エンジン内のクランクシャフトの回転とバルブの開閉のタイミングを合わせる機能を有するもので「動力伝導用ベルト」とみるのが相当であるから、旧第9類の「機械要素」に属する。そうすると、旧第12類には他の類に属するものを除くと規定されているのであるから「タイミングキット」は、旧第12類に属するということではできず、取消請求に係る指定商品に含まれるということではできない。・・・平成18年法律第55号による改正前の商標法の下においてはこれらの規定における商品とは、日本国内における流通を予定し、あるいは現に国内において流通している商品を意味し、およそ国内において流通することを予定せず、かつ現に流通していない商品は、これらの規定における「商品」には該当しないものというべきである。ただし、商標法1条は、同法の目的として「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、・・・あわせて需要者の利益を保護することを目的とする」と規定しているところ、ここでいう「業務上の信用」とは日本国内における業務上の信用であり「需要者」とは日本国内における需要者を意味するからである。
				原告が代表取締役として運営する訴外会社は、同社の制作するパンティのうち生地が薄くてタイトなパンティを「スキヤンティ」と称し、これに「1955年、スキヤンティとその家族は生まれました。」、「TUNIC 訴外会社」、「ヒップ 85-93COLA.AQUA.スキヤンティポリエステル 100%」などと表示されたタグを付して販売していたことが、認められないではないが、その販売を、本件予告登録日前の平成15年12月12日から

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
平成 19 年(行ケ)10217 号	2007/12/26	× (×)	商標的使用	平成 18 年 10 月 11 日までの間に行ったことを認めるに足る証拠はない。・原告が提出する報告書(甲 10～36)は、原告が作成したと思われる定型な内容の書面に、訴外会社から下着を購入する全国の下着販売小売店が記名捺印したものであるのみならず、訴外会社が制作する、生地が薄くてタイトなパンティの商品名を「スキヤンティ」と呼んでいたというのであって、訴外会社が「スキヤンティ」の語を標章として使用していたとしているわけではない。また、訴外会社の商品台帳に付されている「16 スキヤンティ」の記載は、商品名を示すものと認められるが、そのことをもって、商標の使用ということができない。その他、本件全証拠を検討しても、原告なり訴外会社なりが、自他識別のための標章として本件商標を使用していることを認めるに足りない。
平成 19 年(行ケ)10252 号	2007/12/26	○ (○)	商標的使用	本件指定商品の取引者、需要者において、本件使用標章に接したとき、その「REGENERATIVE」、「リゼネレイティブ」について、商品の品質等を表示する標章であると認識するものであるとはいえず、本件使用標章に接した取引者、需要者は、本件使用標章のうち、「QURAS」、「キュラス」の部分だけでなく、「REGENERATIVE」、「リゼネレイティブ」の部分についても、自他商品の識別標識として認識するものであると認められる。
平成 20 年(行ケ)10160 号	2008/9/29	× (×)	指定商品についての商標の使用	商標法にいう「使用」とは同法 2 条 3 項 1 号ないし 8 号、4 項に記載されているとおりのものであるところ、原告は、上記ア(ア)のとおり、平成 17 年 8 月に、「ブランドを活用した食と環境の融合ビジネス展開企画概要」と題する冊子を作成し、平成 19 年 8 月に改訂したものの、この事実をもってしては、本件商標を「第 30 類和菓子、洋菓子、飴菓子」に使用したということとはできない。また、原告は、上記ア(イ)(ウ)のとおり、平成 19 年 8 月 21 日付け「商標の登録・出願状況について」と題する書面及び平成 19 年 8 月 22 日付け「流山市ふるさと産品協会・流山市商工会の皆様へ」と題する書面を作成、配布したり、被告に対して書状を送ったりしたが、それらの事実をもってしても、本件商標を「第 30 類和菓子、洋菓子、飴菓子」に使用したということとはできない。
平成 20 年(行ケ)10317 号	2009/1/28	○ (×)	指定商品該当性	被告は、原告は伊勢丹に対して販売している商品は、生地であって、「スーツ」ではないと主張する。しかし、前記認定のとおり、原告は、伊勢丹新宿店において顧客が選んだ生地について、自己の事業所において縫製して商標「RinAsciMento」を付した商品「スーツ」を製造、完成させ、これを伊勢丹に対して販売納品している。この点は、原告と伊勢丹との間の取引の仕入伝票(甲 11)において、その仕入れ形態の欄に「買取」との文字が印字され、「品名」として「シングルスーツ」と記載され、4 万円台から 7 万円台の 1 点当たりの原価金額が記載されていることに照らすならば、仕立て済みの「スーツ」(第 17 類被服)が販売されたものというべきであり、生地の販売に加えて「加工処理」(40 類)がされていると解する余地はない。
平成 20 年(行ケ)10414 号	2009/3/24	○ (×)	指定役務該当性	被告は、原告の行為は他人のために行う役務ではなく、各甲号証についても他人のためではなく原告自らの利益のために行う自社広告であるから、本件商標を「商品の販売に関する情報の提供」の役務に使用したことにはならないと主張する。しかし、上記(2)で認定した事実によれば「ザ・ナイトメア・オブ・ドル 3、アーク不思議のダンジョン」の音楽 CD は株式会社スーパーミュージックが製作、販売するものであり、ゲームソフト「ロックマンエグゼ トランスミッション」「ストリートファイター EXplus a」についても株式会社カプコンが販売するものであるから、これらに関する情報の提供は他人のために行う役務ということができ「商品の販売に関する情報の提供」に該当、するものと認められる。被告の主張は採用することができない。
平成 20 年(行ケ)10482 号	2009/6/25	○ (×)	販売業者の商標	原告は、上記 1 で認定した事実によると、本件米を株式会社純情米いわてから購入し、これを顧客に販売していたものであり、本件米は、株式会社純情米いわてから仕入れたものであっても、これをいわば「転売」していた原告の「商品」であるということもできるところ、本件袋は本件米の「包装」であって、本件袋に「忠臣蔵」の文字、すなわち、本件商標を表示した本件ラベルを貼付する行為は、本件米の包装に「標章」を付する行為に当たるといえることができる。
平成 21 年(行ケ)10104 号	2010/2/24	○ (○)	商標的使用	被告は、本件商標に係る「堤」の表示は仙台市の「堤町」を表す産地表示又は「堤人形」の普通名称の略称を意味するにすぎず「堤」の文字を堤人形に使用しても、これらの「堤」の文字は商品の産地表示であって、自他商品識別機能又は商品の出所表示機能を発揮するものではなく、商標的使用に当たらないと主張する。しかし、前記(1)のとおり、包装箱に貼付された説明書きにおける「堤」の文字や、包装紙に押捺された四角で囲んだ「堤」の文字は、その配置、文字の大きさに照らして、容易に目につく部分に顕著に表示されているのであって、単なる産地の表示や堤人形であることの表示としての機能を越えて、原告の製作する土人形を他の土人形と識別し、その出所を示すという格別の意図及び機能をもって表示していることは明らかであるから、かかる使用は商標としての使用に当たるといえるべきである。したがって、被告の主張は採用することができない。
平成 21 年(行ケ)10141 号	2009/10/8	○ (×)	商標的使用	この「DEEPSEA」については、次行の「660ft = 200M」の表示とあいまって、需要者において、水深 200 メートルの深海においても使用できる耐水性を有するとの機能を表示するものと理解し得る可能性があるが、一方、「DEEPSEA」の語は、深い水深の場所でも使用できる腕時計の品質を表示する語として一般的に使用されているものではないこと(当事者間に争いが無い)などからすると、この「DEEPSEA」の表示については、「深海」の意味を示す用語として、需要者において、テレビ番組等においても目にする機会がめったにない深海や深い海の神秘的なイメージをも与えていると理解することができ、このことは、需要者に対して、これが付された腕時計である原告商品の自他の識別標識としての機能をも果たしているものであって、「DEEPSEA」の表示は、原告商品に自他商品の識別標識としての機能を果たす態様で用いるものとして付されているといえることができる。・・・商品に付された 1 つの標章が常に 1 つの機能しか果たさないと解すべき理由はなく、

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
				原告商品に付された「DEEPSEA」の表示が、次行の「660ft = 200M」の表示とあいまって、需要者において、水深200メートルの深海においても使用できる耐水性を有するとの機能を表示するものと理解し得るとしても、その表示が、同時に、自他商品を識別させるために付されている商標でもあると解することができるものであり、上記のとおり「DEEPSEA」の持つイメージ等に照らすと、この表示が原告商品に自他商品を識別させる機能をも果たす態様で用いるものとして付されていると解することができるものであって、被告の主張は採用することができない。
平成21年(行ケ)10171号	2009/12/28	○ (×)	指定商品該当性	原告商品は、断面形状につき、直角に互い違いに6回折り曲げて構成されたM字型様の鋼材(形鋼)であること、原告商品は、国土交通大臣から、安全上、防火上又は衛生上必要な品質に関して、建築基準法所定の認定を受けた建築材料(構造用鋼材及び鋳鋼)であること、原告商品は、住宅、店舗等の建物の材料として使用されることが多いが、その他、駐車場等の構造物、ごみ収集箱、テーブル、棚等の材料として使用されることもあること、原告商品は、オーストラリアのCDS-Nu-Steel社が製造し、原告が同社から輸入販売しているものであること等の性質及び特徴がある。原告商品は、このような性質・特徴を持った典型的な鋼材であるから、被告において登録商標の取消しを求めた指定商品である「鋼」に含まれることは明らかである。
平成21年(行ケ)10177号	2009/12/17	○ (○)	小売商標と商品商標	原告は、本件広告の上記各商品の写真には、固有の書体からなる「SANYO」、「JVC」、「carrozeria」、「macAudio」等の製造業者の商標が併記されているところ、これらは明らかに当該商品の出所を表す製造者の商品商標と認識されるものである一方、本件広告の右上角に表示された商標は、当該新聞折り込み広告主であり、かつ、掲載商品を取り扱う小売等役務の商標として認識されるものである、と主張する。しかし、一つの商標が小売等役務の商標として使用されるとともに、商品についても使用されているということはあり得るのであって、本件使用標章が、小売等役務の商標として使用されているからといって、商品について使用されていないということとはできないというべきである。また、上記(1)認定のとおり、本件広告の商品の写真には、「SANYO」、「JVC」、「carrozeria」、「macAudio」等の製造業者の商標が付されているが、一つの商品に複数の商標が使用されるということも妨げないのであるから、本件広告の商品の写真にこれらの製造業者の商標が付されているからといって、本件使用標章がこれらの商品について使用されていないということとはできないというべきである。
平成21年(行ケ)10203号	2009/11/26	○ (○)	小売商標と商品商標	原告は、本件表示は、単に店舗内の婦人用下着売場の所在を指示するためにのみに使用され、婦人用下着について出所表示機能を果たす商標として使用されたものではないと主張する。なるほど、本件表示は、被告の営業する「ビブレ」のレディースズインナーショップの店舗名としても使用されているが、本件表示の下に婦人用下着を陳列販売し、婦人用下着の広告に本件表示をすることが、それゆえに商品についての商標の使用に当たらないということとはできない。そして、商品に係る商標が、「業として商品を…譲渡する者」にも与えられるものであり(商標法2条1項1号)、商品の製造業者のみならず、小売業者もまた、商品の譲渡等を行うことには変わりはないことに照らすと(同条3項2号参照)、小売業者としての出所を表示することが、商標としての使用に当たらないということとはできない。そうすると、本件表示の下に婦人用下着を陳列販売し、また、婦人用下着の広告について本件表示をしたことは、業として婦人用下着を譲渡する者がその販売業者としての出所を表示するものとして、本件商標を使用したものと評価することができる。
平成21年(行ケ)10217号	2009/10/22	○ (○)	輸出	法50条に規定されている不使用取消審判の制度は、本来商標の使用によって蓄積された信用に対して与えられる商標法上の保護を長期間にわたって使用されていない商標に与えたままにしておくことは、国民一般の利益を不当に侵害し、かつ、その存在により権利者以外の商標使用希望者の商標の選択の余地を狭めることとなるため、そのような商標登録を取り消すための制度であると解される。そして、この制度の適切な運用により、長期間使用されていない登録商標が取り消され、登録商標に対する信頼が相対的に確保されるのであり、これは商標を保護して商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図るという法の目的に合致するものであり、不使用取消審判の場面における「使用」の概念を法2条3項各号において定義されているものと別異に理解すべき理由はない。この点について、原告は、法2条3項2号に規定する標章の使用に当たる行為に「輸出」が加えられたのが法改正(判決注:平成18年法律第55号による改正をいう。)によるものであることから、法改正前には使用に当たらなかった輸出については、法改正後も使用に当たらないと解すべきであるとの趣旨の主張をするが、少なくとも法改正後の現在においては上記のとおり解されるべきものであるから、原告の主張を採用することはできない。
平成21年(行ケ)10305号	2010/2/3	○ (○)	小売商標と商品商標	平成19年4月1日に小売等役務商標制度が新たに施行されたところ、商標を小売等役務について使用した場合に、商品についての使用とは一切みなされないとはできない。すなわち、商品に係る商標が「業として商品を…譲渡する者」に与えられるとする規定(商標法2条1項1号)に改正はなく、「商品A」という指定商品に係る商標と「商品Aの小売」という指定役務に係る商標とは、当該商品と役務とが類似することがあり(同条6項)、商標登録を受けることができない事由としても商品商標と役務商標とについて互いに審査が予定されていると解されること(同法4条1項10号、11号、15号、19号等)からすると、その使用に当たる行為(同法2条3項)が重なることもあり得るからである。そして、商品の製造元・発売元を表示する機能を商品商標に委ね、商品の小売業を示す機能を小売等役務商標に委ねることが、小売等役務商標制度本来の在り方であり、小売等役務商標制度が施行された後においては、商品又は商品の包装に商標を付することなく専ら小売等役務としてのみしか商品商標を使用していない場合には、商品商標としての使用を行っていないと評価する余地もある。しかしながら、本件商標は、小売等役務商標制度導入前の出願に係るものであるところ、前記1の認定事実によれ

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
				<p>ば、被告は、小売等役務商標制度が施行される前から本件商標を使用していたものである。このように、小売等役務商標制度の施行前に商標の「使用」に当たる行為があったにもかかわらず、その後小売等役務商標制度が創設されたことの一事をもって、これが本件商標の使用に当たらないと解すると、指定商品から小売等役務への書換登録制度が設けられなかった小売等役務商標制度の下において、被告に対し、「洋服」等を指定商品とする本件商標とは別に「洋服の小売」等を指定役務とする小売等役務商標の取得を強いることになり、混乱を生ずるおそれがある。</p>
平成 21 年(行ケ)10335 号	2010/2/24	○ (○)	商標的使用	<p>原告は、被告開設のウェブページに掲載された写真における古いギターの現品にセミー・モズレーが生存中にしたサインがあったとしても商標としての使用ではなく、セミー・モズレーのサインの使用は、商標としての使用とはいえないなどと主張する。しかしながら、ギターヘッド部に「SEMIEMOSELEY」のサインが表示されたギターの写真が被告の予約販売のウェブページに掲載されていることは、被告が予約販売する商品であるギターに「SEMIEMOSLEY」というサインが入っているという趣旨にとどまるものではなく、上記(1)のとおり、ヘッドロゴとしての「SEMIEMOSLEY」のサインを付した種別の商品であるギターを予約販売するという趣旨で、同サインを付したギターを広告しているものであって、まさに「SEMIEMOSELEY」のサインの表示を識別性を持つ商標として使用しているものと解することができるものであり、その表示を単なるサインにすぎないという原告の主張は採用し得ない。</p>
平成 21 年(行ケ)10354 号	2010/4/14		メールマガジンの名称	<p>原告は、メールマガジン及び Web 版に「クラブハウス」なる商標を表示している。メールマガジン及び Web 版には、加工食品を中心とした原告商品に直接関係し、原告商品を広告宣伝する情報が掲載されているから、メールマガジン及び Web 版は、顧客に原告商品を認知させ理解を深め、いわば、電子情報によるチラシとして、原告商品の宣伝媒体としての役割を果たしているものといえることができる。このように、メールマガジン及び Web 版が、原告商品を宣伝する目的で配信され、多数のリンクにより、直接加工食品等の原告商品を詳しく紹介する原告ウェブサイトの商品カタログ等のページにおいて商品写真や説明を閲覧することができる仕組みになっていることに照らすと、メールマガジン及び Web 版は、原告商品に関する広告又は原告商品の内容とする情報といえることができ、そこに表示された「クラブハウス」商標は、原告の加工食品との具体的関係において使用されているものといえることができる。</p>
平成 21 年(行ケ)10385 号	2010/6/28	○ (○)	商標的使用	<p>商標が有する自他識別機能・出所表示機能とは、商標が付された商品・役務が特定の事業者によって製造販売提供等されたものであると需用者に認識させる機能をいうと解されるところ、ある商標が商品の形態を示すものとして採用されている場合であっても、需用者が当該形態の商品について特定の出所に係る商品であると認識するのであれば、その形態、すなわち商標が出所を表示しているということになるから、ある商標が商品名・製造者ではなく商品の形態として使用されている場合であっても、その商標が自他識別機能・出所表示機能を有しないということにはならないといえるべきである。かかる見地から本件を見ると、前記認定のとおり、「バイオ形態」は被告が研究開発した人工歯の一形態であることに加え、「バイオ形態」を意味する英語である「BioForm」の「Bio」の語をダブルクォーテーションマーク(“”)で囲むことにより強調して表記されていることに照らすと、使用商品 1 及び 2 の各包装箱に表示された「Bio」の文字は、使用商品 1 及び 2 が人工歯の様々な形態のうち「バイオ」形態を採用していることを示すのみならず、当該商品を他の商品から識別し、あるいは商品の出所を表示するための標識としても使用されていると認められるのが相当である。</p>
最高裁 平成 21(行ヒ)217	2011/3/24 (2010/12/22)	○ (○)	指定商品該当性	<p>商標法施行規則別表において定められた商品又は役務の意義は、商標法施行令別表の区分に付された名称、商標法施行規則別表において当該区分に属するものとされた商品又は役務の内容や性質、国際分類を構成する類別表注釈において示された商品又は役務についての説明、類似商品・役務審査基準における類似群の同一性などを参照して解釈するのが相当であるといえることができる。・政令別表第 35 類は、その名称を「広告、事業の管理又は運営及び事務処理」とするものであるところ、上記区分に属するものとされた省令別表第 35 類に定められた役務の内容や性質に加え、本件商標登録の出願時に用いられていた国際分類(第 7 版)を構成する類別表注釈が、第 35 類に属する役務について、「商業に従事する企業の運営若しくは管理に関する援助又は商業若しくは工業に従事する企業の事業若しくは商業機能の管理に関する援助を主たる目的とするもの」を含むとしていること、「商品の販売に関する情報の提供」は、省令別表第 35 類中の同区分に属する役務を 1 から 11 までに分類して定めているうちの 3 において、「経営の診断及び指導」、「市場調査」及び「ホテルの事業の管理」と並べて定められ、類似商品・役務審査基準においても、これらと同一の類似群に属するとされていることからすれば、「商品の販売に関する情報の提供」は、「経営の診断及び指導」、「市場調査」及び「ホテルの事業の管理」と同様に、商業等に従事する企業の管理、運営等を援助する性質を有する役務であるといえる。このことに、「商品の販売に関する情報の提供」という文言を併せて考慮すれば、省令別表第 35 類 3 に定める「商品の販売に関する情報の提供」とは、商業等に従事する企業に対して、その管理、運営等を援助するための情報を提供する役務であると解すると解されるのであって、商品等の最終需要者である消費者に対し商品を紹介することなどは、「商品の販売に関する情報の提供」には当たらないといえるべきである。</p>
平成 22 年(行ケ)10012 号 (取消 2009-300445)	2010/12/15 (2009/12/9)	× (○)	包装紙に商標を付す行為	<p>(1) 商標法 2 条 3 項 1 号所定の「商品の包装に標章を付する行為」とは、同号に並列して掲げられている「商品に標章を付する行為」と同視できる態様のもの、すなわち、指定商品を現実に包装したものに標章を付し又は標章を付した包装用紙等で指定商品を現実に包装するなどの行為をいい、指定商品を包装していない単なる包装紙等に標章を付する行為又は単に標章の電子データを作成若しくは保持する行為は、商標法 2 条 3 項 1 号所定の「商品の包装に標章を付する行為」に当たらないものと解するのが相当である。(2) これを本件についてみると、前記認定のとおり、被告は、本件請求</p>

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
				登録日以前から、本件容器に本件商標を付して販売するための準備を進めていたところ、被告が平成 21 年 4 月 10 日に外部会社から受領したものは、本件容器のパッケージデザインの電子データであるにすぎない。したがって、被告が上記電子データを受領し、これを保持することになったからといって、これをもって商標法 2 条 3 項 1 号所定の「商品の包装に標章を付する行為」ということはできない。
平成 22 年(行ケ)10083 号	2010/7/28	× (×)	商品と商標の 関連性	本件段ボール箱には、確かに本件商標「ECOPAC」が表示されていたが、本件段ボール箱は、バイオタッチ 800 の名称で取引されているプラスチック製包装用容器を注文主である本件卸売先に納品するために使用されているものと認め得るにすぎない。本件段ボール箱には、梱包された商品がどのようなものであるかに関する表示はされておらず、また、本件写真によると、梱包された商品は、注文主である本件卸売先自身が内容物を充填し、各種印刷を施した上で商品として販売することが予定されているようであり、その外面には、何の記載もされていないものであって、梱包された商品にも、本件商標「ECOPAC」が表示されているものではない。したがって、バイオタッチ 800 が収納されている本件段ボール箱に本件商標「ECOPAC」が表示されていたとしても、内容物であるバイオタッチ 800 との関連性はなく、当該表示がバイオタッチ 800 の出所を表示しているものということではできないから、バイオタッチ 800 という名称のプラスチック製包装用容器について、本件商標が使用されているものという余地もなく、商標法 2 条 3 項 1 号の「商品…に標章を付する行為」には該当しない。

2.12 審決取消訴訟における類型 4～9

2.12.1 はじめに

不使用取消審判の審決取消訴訟において、最も争いが多いのは類型 1 と類型 2 である。しかし、審決段階と異なった判断がなされるのは、上記類型の他に、類型 4 と類型 6 が多い。これは一般的に書面審理によりなされる審決段階と異なり、訴訟段階は多くの証拠が提出され、実質的な判断がなされる場合が多いことが要因と考えられる。類型 4 は直接証拠がない場合に通常使用権を認めるかどうか、類型 6 は使用に関する証拠の信用性に争いがある場合に使用を認めるかどうか、が主な争点となる。知的財産権に関する訴訟の中では、これらが争点となることは比較的少なく、不使用取消審判に関する審決取消訴訟における特有の状況である。

そこで、本稿は、類型 4、類型 6 のうち審判段階と訴訟段階での信用性の判断が異なった事例を中心に一定のコメントを加えたうえで、その他の類型についても若干のコメントを加える。

2.12.2 事案の紹介

(1) 使用の主体 (類型 4)

(ア) 平成 21 年(行ケ)第 10393 号(取消 2008-301025)

審決段階では否定されたが、訴訟段階では通常使用権の存在が認められた事案である。

商標権者と使用権者との間には商標権の通常使用権を許諾するとの明示的な契約は存在しなかったが、技術援助契約書が締結され、商標権者が製造する製品の日本における販売する事業を継続し、その独占権、ライセンス、サブライセンスを

許可し、ロイヤリティに関する合意等がなされていた。また、商標権者が使用権者に対して、商標の使用に関して何ら異議を示さなかった経緯も踏まえて、通常使用権の存在が認められた。

(イ) 平成 18 年(行ケ)第 10105 号(取消 2005-30291)

審決段階では認められなかったが、訴訟段階では通常使用権の存在と使用事実を認めた事案である。本件でも、通常使用権の直接証拠はないながらも、商標権者が自己の旅行事業を承継させるために吸収分割をした会社(後に合併)の商標の使用について、契約書等の書面が証拠として提出されない場合であっても、通常使用権を許諾した事実は優に推認されたとした。

(2) 証拠の信用性 (類型 6)

(ア) 平成 20 年(行ケ)第 10101 号(取消 2006-30401)

審決段階は通し番号が付されていない納品書、領収書の取引書類により 2 回の販売事実を認めたが、訴訟段階はこの取引書類の信用性を否定した。

原告(審判請求人)は上記取引の相手方と接触して得た内容を証拠として提出し、当該取引が不自然であること、取引書類に記載の取引相手方の電話番号が当該書類に記載の日後のものを記載していること等を主張した。判決は、取引相手方が通常ならば所持しているはずの領収書の控え等を被告が提出しない態度をとり、文書送付嘱託の申出等の手続きをとっていないことから、上記各取引書類の内容の信用性が減殺されたとした。また、上記電話番号の記載から、当該証拠書類自体の内容はもとより、これに関連する他の証拠書類

全体の内容の信用性も大きく減殺するものとした。

(イ) 平成 19 年(行ケ)第 10277 号(取消 2006-30309)

審判段階では通常使用権者の百貨店での販売事実を認めたが、訴訟段階ではその事実が認められなかった。原告(審判請求人)は販売事実を示す証拠に記載された品番と実際に販売されている品番が異なること、同店店員から「販売の記憶がない」旨の事情聴取した報告書等を提出し、当該販売事実を示す証拠の信用性を争った。そこで、判決は、原告の主張が認められ、販売事実を示す証拠の信用性がないとされた。

(ウ) 平成 12 年(行ケ)第 413 号(平成 2 年審判第 4145 号)

審決では使用の事実を認定したが、判決では使用の事実が認められなかった。その証拠である納品書に使用されたノートは日付後に販売開始されたことが調査嘱託により判明し、日付を遡らせて記載されたことが認められた。その他、開店時期と「創業〇〇年」の年数が合わない等の不自然であること等が認定され、使用事実が認められなかった。

(3) その他(類型 5, 類型 7~9)

(ア) 平成 18 年(行ケ)第 10188 号(2004-31596 号) 他

使用禁止の仮処分違反してなされた使用について、商標の使用はその使用自体が法的保護に値する正当な行為といえるものでなければならず、使用を認めなかった。

(イ) 平成 19 年(行ケ)第 10227 号

正当理由の判断において、平成 16 年 12 月に発生した大地震による不利用を正当事由と認定した。

2.12.3 実務上の指針

使用主体(類型 4)について、明文の商標権使用許諾契約がなくとも通常使用権が認定される場合がある。当事者は必ずしも明文の契約書を作成しているとは限らない。明文の契約書が存在しないとき、どのような立証をすれば使用権の存在が認められるか。事案(1-ア)に示すように、技術援助契約書や当該商品の独占販売を認めた事実やロイヤリティの取り決めがなされた事実等の様々な間接証拠により認定される場合

もあり、商標権者による使用を容認した状況や、商標権者と使用者との関係が主な間接事実となる。商標権者が使用者に対して使用を認めたことと評価できることが必要であるが、関係者の供述のみではなく、それが客観的な証拠の存在により裏付けられることが重要である。両者の関係でいえば、事案(1-イ)に示すように、親子会社等の事情があれば使用権の存在が認められ易いといえよう。

証拠の信用性(類型 6)について、審判段階では認められた使用を示す証拠が訴訟段階では認められなかった事案が散見されるので、審決で認定された証拠に疑念を持った場合、訴訟段階で争う価値はある。その場合、まずは綿密な調査が必要となる。商標権者が主張する事実と反する供述証拠等があれば、証人申請を求める他、報告書、陳述書により、裁判官に一定の疑念を生じさせなければならない。しかし、審決の判断を覆すには、供述証拠のみではなく、客観的事実との不整合があること、商慣習上不自然な事項や商標権者の応訴態度等が大きな要因となる。実際に、事案(2-ア)は商標権者の応訴態度及び商慣習上不自然であること、事案(2-イ)は品番の違いが商慣習上極めて不自然であること、事案(2-ウ)は客観的証拠との不整合が審決の判断と判決の判断が異なった大きな要因となったと考えられる。これらの要因のうち商慣習との不一致、証拠の不自然さ、応訴態度はどれも抽象的な要素を含むものである。そのため、最も大きな要因は、客観的証拠や動かし難い事実との不一致である。これらの要因は必ずしも存在するとは限らないが、証拠の信用性を争う場合には上記要因を示すことが肝要である。

その他で示した事案(3-ア)は使用禁止の仮処分により使用を禁止された状況で使用した場合に法律上の使用に該当しないとしたこと、事案(3-イ)では大地震の存在が正当理由に該当すると判断された。その他にも、証拠の種類として(類型 5)、インターネットのウェブページにおいて広告する行為が使用事実を示す証拠となるかが争われたが、サーバーの存在地域、内容の言語等から我が国の需要者を対象としたものか否かにより判断され、米国のサーバーで、英語で表示された広告用のウェブページは日本で検索可能であっても広告的使用に該当しないとされた。

(判決類型 4~9: 藤田 典彦)

不使用取消審判における「商標の使用」(後編)

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
平成12年(行ケ)第303号 (平成11年審判第30385号)	2001/2/27 (1999/06/23)	○ (○)	信用性	証拠の全趣旨によれば、審決の理由の要点中「(3) 審決の判断」(3)-1の審決認定事実を認めることができる。原告は、審決の認定には法律違反がある旨種々主張するが、そこに法律違反があるものとは認められない。
平成11年(行ケ)第362号 (平成10年審判第30312号)	2001/9/28 (1999/06/15)	○ (○)	証拠の信用性	被告及びフルーツは文書による合意がなければ契約の内容を第三者に開示しない旨の規定があるところ、Cの陳述書(乙第4号証)の記載によれば、当該契約書を証拠として提出する旨の書面による合意は本件訴訟の提起よりかなり後にされたことが認められ、また、本件商標権移転の口頭による合意後に、上記契約書の作成がされたことは前示認定のとおりであるから、原告の挙示する事実は上記契約書の信用性を格別損なうものとはいえず、原告の上記主張は採用することができない。
平成12年(行ケ)第413号 (平成2年審判第4145号)	2002/6/19 (2000/09/05)	× (×) (×) (○)	証拠の信用性に欠けるとした事例 前判決の拘束力	上記各納品書は、いずれもココヨ株式会社製の「ココヨ ウ-221N」の用紙が使用されているところ、調査囑託の結果によれば、上記「ココヨ ウ-221N」の用紙は平成元年5月から販売が開始されたことが認められ、上記事実によれば、同乙第19号証(納品書)及び同乙第24号証の2(納品書)は、いずれも日付を遡らせて記載されたものであることが認められ、同乙第23号証(納品書)は、「No.3」であって、同乙第19号証(「No.2」の納品書)及び同乙第24号証の2(「No.1」の納品書)と一連のもの認められるから、同乙第19号証(納品書)及び同乙第24号証の2(納品書)が日付を遡らせている事実と照らし、同乙第23号証(納品書)の日付も信用できず、また、同乙第32号証(B作成の陳述書)によれば、新世界興業が「壁の穴」を開店したのは昭和52年であることが認められるところ、同乙第19号証(納品書)及び同乙第23号証(納品書)によって納品されたとされる同乙第20号証(案内書)及び同乙第22号証(定価表)には、いずれも「創業15年 元祖壁の穴」の記載があるから、これらが昭和63年ないし平成元年に作成、使用されるのは不自然で、同乙第19、第20、第22、第23号証、第24号証の2は、その作成時期に疑問があり、新世界興業が本件審判請求の登録前3年以内に本件商標と同一性を有する商標を使用していた証拠とすることはできない。
平成14年(行ケ)第67号 (取消2000-30868)	2002/9/20 (2001/11/06)	× (×)	駆け込み使用 正当理由	原告は、まず、企業の内部において商標の使用の準備がされている場合には、商標法50条2項ただし書所定の正当理由がある旨主張するが、例えば、商標権者において商標の使用の準備を進めていたにもかかわらず、商標権者の責めに帰すことのできない特別の事情により現実の使用に至らなかったなどの事実関係が、具体的に主張立証されるのであれば格別、単に商標の使用の準備が進められていたという事実のみから、上記正当理由を認めることはできない。
平成14年(行ケ)第50号 (取消2000-31403)	2002/9/20 (2001/09/13)	×	取引書類 正当理由	上記貸室申込書は、原告の日本駐在員事務所代表Aが2000年(平成12年)8月31日付けで野村不動産株式会社に対し貸室の賃借を申し込み、同会社が翌9月1日付けでこれを承諾し契約締結に向けて協議を開始する旨記載した書面にすぎず、本件商標の指定役務との関連が不明なものであって、「指定役務について」の本件商標の使用を示すものとはいえない。また、封筒、手紙用用紙、名刺等については、これらが原告の主張する指定役務提供の準備段階における取引書類として商標法2条3項7号所定の「取引書類」に当たり得るとしても、予告登録日前に、これらに本件商標を付けて展示又は頒布したことを認めるに足りる証拠がないから、本件商標の使用を示すものとはいえない。
平成15年(行ケ)124号 (取消2002-30078)	2003/10/30 (2002/02/24)	○ (○)	弁論主義違反	子会社(住友電工の出資比率60%)として、被告を設立したこと、被告の商号は、本件商標を片仮名で表記した「ネットマークス」の前に「株式会社」を付したものであること、住友電工は、平成9年2月3日に上記の役務を指定役務とする本件商標の登録出願をし、平成11年1月8日に同商標につき商標登録を受けたこと、が認められる。上記認定事実によれば、他にそれを妨げる特段の事情が認められない限り、住友電工は、被告に対し、本件商標の通常使用権の許諾をしていたと認定するのが相当である。住友電工が被告に対し本件商標の通常使用権を許諾しないということは、本件商標に指定役務等を行うために被告を設立した行為と矛盾することになる。このようなことは、通常考え難いことである。
平成15年(行ケ)123号 (取消2002-30077)	2003/10/30 (2002/02/24)	○ (○)	弁論主義違反	審判においては当事者が主張しない事実についても審理することができることとされている(商標法56条、特許法153条1項)から、弁論主義違反を問題とする余地はない。もっとも、審判長は、当事者が申し立てない理由について審理したときは、その審理の結果を当事者に通知し、相当の期間を指定して、意見を申し立てる機会を与えなければならないとされている(商標法56条、特許法153条2項)。本件審判手続において、このような手続がとられたことは、本件全資料によっても認めることができない。上記前提の下では、この点において審決には手続上の瑕疵があることになる。しかしながら、本件審判手続において、被告が使用の事実を立証するために提出した上記証拠中においては、すべて使用商標3が記載されている。原告は、審判手続において提出した弁駁書(甲第33号証)中において、被告が使用した商標が使用商標3であること、同商標が商標法50条1項括弧書きに該当しないことを主張している。これらの事実によれば、原告は、使用商標3につき十分に意見を述べているということが出来るから、上記手続上の瑕疵は、重大であるとはいえず、審決を取り消すべき瑕疵には当たらない、と解するのが相当である。
平成15年(行ケ)第488号 (取消2002-30666)	2004/01/28 (2003/6/30)	○ (○)	通常使用権の 許諾期間外の 使用	原告は、カーク社が上海昭文工贸发展有限公司に対し、本件使用商品に付される上記ラベル、織りネーム等を各1万8480枚発注し、また、カーク社が「錦超」に対し、本件使用商品1万8480枚を加工指図書に基づいて製造するよう依頼したのは、いずれも2001年(平成13年)2月であり、したがって、かかる行為は、本件契約に基づく通常使用権の有効期間外での行為であり、商標法50条1項にいう「使用」に該当するかどうかの判断の対象外である旨主張する。しかしながら、本件商標を表示したラベル、織りネームが付された本件使用商品が完成され、カーク社によりこれらが販売された時期は、上記通常使用権の有効期間内であるから、上記発注、加工指示の日が上記有効期間外での行為であったとしても、そのことは、本件商標がその通常実施権者であるカーク社により使用されたとの上記認定を左右するものではない。
				納品書の控が「FROM ア OMS GARDEN」として、ランバート以外のものから送付

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
平成 15 年(行ケ)第 433 号 (取消 2000-31025)	2004/05/25 (2003/08/21)	× (×)	証拠能力 証明力	されたこと、郵便番号が7桁になってから1年以上経過した日付のものであるにもかかわらず、5桁の郵便番号が記載されている。これは、少なくとも商売を行う者の書面としては、不自然である。また、された靴の型番は、いずれも、本件商標が付された商品のパンフレットには、記載がない。しかも、昭和50年代から平成12年当時にかけてもデザインの変更はなく、ロングランで売られている商品で、上記期間を通じて「1603」の商品番号は変えていないが、「1603」の商品番号は、本件各商品パンフレット中には見当たらない。以上によれば、各証拠を組み合わせても、本件商標が付された靴（特にパンプス）が、本件要証期間内に販売されたとの事実を認定することはできない。
平成 16 年(行ケ)第 67 号 (取消 2002-30417)	2004/06/30 (2004/01/09)	× (○)	審決取消訴訟 における新たな証拠の提出 証拠の信用性	商標登録の不使用取消審判の審決の取消訴訟における当該登録商標の使用の事実の立証が、取消訴訟の事実審口頭弁論終結時に至るまで許されることは、平成3年最判（最高裁平成3年4月23日第三小法廷判決）の判示することでありである。原告が平成13年9月まで使用店舗の取締役の地位にあったことや、商標登録原簿上の原告の住所が平成13年6月12日まで上記Oビルとされていたことには照らせば、特に書面は作成しなかったものの、原告が経営するステーキ店に対し本件商標の使用を認めてきたという原告陳述書の内容は、十分に信用し得る。また、商標権についての通常使用権の設定は、登録をその効力要件とするものではない（商標法31条4項において準用する特許法99条1項）から、登録の有無により通常使用権の存否に消長を来すものではない。
平成 16 年(行ケ)第 201 号 (取消 2003-30879)	2004/12/15 (2004/03/30)	× (○)	注文書の品名と指定商品と異なる場合の認定	ウェブページにおいて、ソフトウェアの案内文のもとに、「共通業務」の1つとして、「マルチメディア設備管理 FastVIEW」を掲載している。物品注文書の品名欄に「FastVIEW クライアントライセンスフリーパック」と記載されているからといって、このことのみから、原告が、本件商標ではなく、「FastVIEW クライアントライセンスフリーパック」との商標を使用したとは到底認めることができない。
平成 16 年(行ケ)第 161 号 (取消 2002-31136)	2004/12/21 (2004/03/09)	× (○)	カタログ記載の商品が指定商品に該当するかどうか	被告は、審判手続において提出されていない証拠を本訴において採用することは許されない旨主張するが、商標登録の不使用取消審判で審理の対象となるのは、その審判請求の登録前3年以内における登録商標の使用の事実の存否であり、その審決取消訴訟においては、上記事実の立証は事実審の口頭弁論終結時に至るまで許されるものと解するのが相当である（最高裁平成3年4月23日）。判決はカタログの記載から当該商品の内容を詳細に認定したうえで、「ensemble」を販売する形態には、「リース方式」と「直販方式」の二通りがあり、カタログの末尾の「価格 月額 113,000 円より」との記載は、このリース方式による場合の価格を示したものと窺われるから、この記載をもって「ensemble」の標章を付したものが労務又は便益（役務）の提供であり、商品自体でないとするとはできないとした。
平成 17 年(行ケ)第 10554 号 (取消 2004-31252)	2005/11/24 (2005/05/27)	○ (○)	証明力 指定商品該当性	原告は、本件ラベルや本件納品書等が真正に成立し、現に存在することを示す客観的な証拠がないと主張する。しかし、その体裁及び記載内容に照らせば、これらは通常の取引の過程で作成された書面であると認められるから、これらに基づいて本件商標の使用の事実の認定することに不合理なところはないといふべきである。さらに原告は、本件使用商品は、商標法施行令別表第30類の「茶」に属するものであって、本件商標の指定商品には含まれないと主張する。しかし、本件において問題となるのは、本件の指定商品が商標法施行令別表の第30類に属するかそれとも前記のとおり第29類に属するかということではなく、あくまで指定商品の書換登録の前後を通じて変更のない「乾燥野菜、乾燥果実及び乾燥茶の葉を主原料とする粉末状の加工食品」についての使用の有無であるところ、上記認定のとおり、本件使用商品は、乾燥した野菜及び茶の葉を主な原料とし、これを粉末状に加工したものであるから、本件商標の指定商品の範囲に属する使用がされたと認められることができる。なお、本件ラベルには、「アイスティーでどうぞ。」「名称……粉末茶」といった記載があるが、この記載は、本件使用商品を茶と同様の方法で飲用に供することができることを示すにとどまると解され、これをもって、本件使用商品が粉末状の加工食品に当たらないとみることはできない。
平成 17 年(行ケ)第 10098 号 (取消 2003-30609)	2005/12/20 (2004/08/10)	× (×)	外国における 使用 正当理由	被告は、日本におけるフランチャイズ展開のための営業活動として、米国を訪れた相手方に対し、本件商標と社会通念上同一と認められる商標の付された指定役務のカタログを、ビザ及び飲食物提供に関するフランチャイズの規模、状況及び業務方針の説明のために手渡したことが認められる。しかし、いずれも米国におけるものであり、日本国内における使用とは認められない。被告は、日本国内において指定役務である「飲食物の提供」をしたことはなく、日本の需要者は被告の飲食物の提供を受けることができないのであるから、上記カタログ及び年次報告書が商標法2条3項8号の「取引書類」に該当するとしても、その頒布は、指定役務である「飲食物の提供」に関するものであるとは認めることができない。また、確かに、証拠によれば、被告は、インターネットのウェブページにおいて、本件商標と社会通念上同一と認められる商標を表示してビザに関する広告を行い、フランチャイジーの募集を行っていること、上記ウェブページには日本からもアクセスが可能であること、上記ウェブページは、日本の検索エンジンから「papajohns」、「papa john's」の語で検索した場合に直ちに検索できることが認められる。しかし、上記ウェブページは、米国サーバーに設けられたものである上、その内容もすべて英語で表示されたものであって、日本の需要者を対象としたものとは認められない。上記ウェブページは日本からもアクセス可能であり、日本の検索エンジンによっても検索可能であるが、このことは、インターネットのウェブページである以上当然のことであり、同事実によっては上記ウェブページによる広告を日本国内による使用に該当するものということとはできない。また、原審は日本の伊藤忠商事と交渉していたことや、フランチャイズ産業の他国進出においては、マスター・フランチャイジーを捜すのが通例であるところ、資格・資力のあるマスター・フランチャイジーを捜し契約を締結することは困難を伴い一定の時間を要することが認められることから正当理由があるとした。しかし、商標法50条2項ただし書の「正当な理由」があるというには、商標権者において登録商標を使用できな

不使用取消審判における「商標の使用」(後編)

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
				<p>かったことが真にやむを得ないと認められる特別の事情が具体的に主張立証される必要があると解するを相当とするところ、上記(1)の審決の認定事実によっては商標権者の責めに帰することのできない特別の事情があったと認めることはできず、また、他に上記特別の事情が存したことを認めるに足る証拠もない。被告がその経営判断により本件商標を日本国内において使用することは十分に可能であった。よって、正当理由は認められない。</p>
平成17年(行ケ)第10826号 (取消 2004-31586)	2006/05/30 (2005/10/24)	× (×)	証拠の信用性	<p>原告が本件ダンボール箱を使用していた根拠としているのは、甲3証明書に添付写真されている写真であるはずのところ、その写真の添付はないから、熊野莫大小において本件ダンボール箱を使用していたことの裏付けを欠くものというほかない。また、甲3証明書は、上記の記載内容から明らかとなっており、証明すべき事項を列挙し、末尾において「上記の通り相違ないことを証明いたします。」としているのみであって、具体性を欠いており、にわかには信用することは困難である。</p> <p>本件ダンボール箱は、被服商品の製造会社が発注者に注文品を納品するためだけに使用されており、そのダンボール箱には、中身が何であるかを示す表示が存在せず、収納されている商品自体にはネームを付することが禁じられ、これを入れる蓋付小ケースも無地の箱であるというのであって、このような事情の下では、本件ダンボール箱に「CITIZEN」の標章があっても、収納されている商品との結びつきが著しく希薄であり、収納されている商品について商標として付されたとは解するは困難である。本件ダンボール箱に「CITIZEN」の標章を付しても、商標法2条3項1号の「商品又は商品の包装に標章を付する行為」には当たらず、また、これを発注者に納品しても、同項2号の「商品の包装に標章を付したものを譲渡等する行為」には当たらないから、これらは商標としての「使用」に該当しない</p>
平成18年(行ケ)第10105号 (取消 2005-30291)	2006/08/09 (2006/01/31)	× (○)	通常使用権の 許諾の証拠	<p>被告は、通常使用権の許諾契約の存在を示す証拠方法が全く提出されていないから、東急ストリームラインは通常使用権者でないと主張する。しかしながら、契約書などの書面によらなければ、通常使用権を許諾することができないというわけではなく、また、契約書などの書面が証拠として提出されない場合であっても、上記1の事実によれば、原告が本件商標について東急ストリームラインに通常使用権を許諾した事実は優に推認されるのである。被告の主張及びこの点に関する審決の事実認定に関する手法は、あたかも、実体法的には要式行為性を要求し、手続法的には法定証拠力を想定するものであって、誤りである。被告は、ウェブページでは、「旅費精算・管理システム」の名称として本件商標を使用しているにすぎないし、提案書等は、商標法2条3項8号の「取引書類」に当たらない上、特定の一企業に提示されただけであるから、同号の「頒布」に当たらないと主張する。しかしながら、上記1の事実によれば、東急ストリームラインのウェブページの掲載は、商標法2条3項8号にいうところの、本件役務に関する広告を内容とする情報に本件商標を付して電磁的方法により提供する行為に当たるものである。また、提案書は取引上必要な書類であるから、本件役務に関する取引書類に当たるところ、通常、このような提案書は提供を求める特定の顧客に交付されるものであるから、現実に提供を求める顧客に交付されている以上、これを頒布したということができる。</p>
平成18年(行ケ)第10092号 (取消 2004-30640)	2006/09/14 (2006/01/18)	× (×)	証拠の信用性	<p>写真を精査しても、本件予告登録前から、同店舗において、本件商標が、写真に撮影されたような態様により使用されていたことを認めることはできない。かえって、同写真は、人物はだれも写っておらず、また、価格表や値札、機器類等には、使用の形跡や汚れ等が全く見いだせないものであり、撮影日以前から、写真に撮影されたような態様で、店舗として使用されていたことについて疑いを生じさせるものである。</p> <p>また、日計票と題された書面は、立証趣旨を「原告が販売したサンドイッチの各日の売上内容」とするものである。しかし、1日に1品ないし3品しか販売していない日が複数あるなど、その内容自体、にわかには信じ難いものであるだけでなく、3年の期間にわたって作成されたとするものであるにもかかわらず、同一様式の用紙に、同一書体で文字及び数字が記入されているなど、その字体や記入方法等に变化が認められない。また、上記日計票は薄い用紙であるにもかかわらず、いずれも折れや汚れ等が全くないものであり、同一の機会にまとめて作成されたと考えるほかないものであって、到底、3年間にわたって、売上げがあった日に、その都度、作成されたものとは認められない。したがって、同日計票は、そこに記載された日にそこに記載された内容の売上があることの証拠とは到底なり得ない。さらに、陳述書は、その記載の形式・態様からも、原告側で、自己の主張に沿った陳述内容を作成し、陳述書の作成名義人において、内容部分につき、該当部分の数字を記入しただけであることが容易に推測されるものである。また、その記載内容も、サンドイッチの購入に関する詳細な事実関係は一切記載せず、サンドイッチを購入したという日付や内容等を覚えていないというものであるから、サンドイッチの購入を裏付ける証拠としての価値はそもそも非常に低いものである。</p>
平成18年(行ケ)第10188号 (取消 2004-31596)	2006/10/26 (2006/03/15)	× (×)	仮処分による 使用差止がない されている状	<p>商標法上の保護は、商標の使用によって蓄積された信用に対して与えられるのが本来的な姿であるところ、商標法50条所定の登録商標の不使用取消審判制度の趣旨は、一定期間登録商標の使用をしない場合には、そのような信用が発生しないか、又は消滅してその保護すべき対象がなくなること及び不使用に係る登録商標に対して排他的独占的な権利を与えておく理由はなく、かつ、その存在により商標使用を希望する第三者の商標選択の余地を狭めることから、そのような商標登録を取り消すことにあると解される。この制度趣旨から商標の使用は、その使用自体が法的保護に値する正当な行為といえるものでなければならぬというべきであって、当該使用が、その使用を禁止する仮処分あるいは執行力ある判決に違反してされたものであるときは、そのような違法な状態のもとに信用の蓄積を認めることは許されず、かかる違法な使用は、商標法50条にいう登録商標の使用に当たるということはできず、かかる違法な使用は、被告との混同を防止するための広告は「ピーターラビット」の登録商標を有していること、被告やコピーライツグループの商品と混同しないよう注意を喚起していることは認められるものの、「ファミリアのオリジナル商品」という以上に、原告の</p>

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
			況における使用	商品が特定されていないし、掲載の写真からも「ファミリアのオリジナル商品」が何であるかは不明であり、広告全体としてみても、本件商標が付されている具体的商品が何かは不明である。したがって、同広告は、本件商標の指定商品である「家具」等の具体的な商品についての広告であるとはいえないというべきであり、これをもって本件商標を使用したことにはならない。上記民事保全事件及び本案訴訟を通じて、被告が、原告による本件商標の使用を容認しない態度をとっていたことは明確であり、仮処分決定の時点で将来商標登録の取消請求をすることは予測し得たものといえる上、本案判決の確定した時点では、移転登録により被告が本件商標の商標権者となる途がなくなったのであるから、被告がその商標登録の取消請求の方法をとることは十分予測される状態にあったものであり、原告が民事保全事件の段階から不使用取消審判の請求を意識していたことに照らすと、遅くとも本案判決の確定時点である平成16年9月21日には、原告において「審判の請求がされることを知った」と推認するのが相当である。
平成18年(行ケ)第10183号 (取消2004-31158)	2006/11/08 (2006/03/13)	○ (○)	審判の請求がされることをしったとき	審決は、(i)被告の前身であるサンダーソンが本件商標の登録に対して異議申立てを行ったが、その主張が採用されなかった事実、(ii)原告からマナトレーディングに対し、商標権侵害通知がなされた事実、の2つの事実に基づいて、被告が「本件商標に対して不使用取消の審判請求をするであろうことは、容易に推認された」とみるのが相当である」と判断している。しかしながら、被告の前身であるアーサー・サンダーソンによりなされた異議申立てに対する決定が出されたのは、本件登録商標の使用がなされた約2年前の平成14年7月25日であり、前記判示のとおり、その後、本件審判請求まで、サンダーソン又は被告から本件商標登録の有効性を争う審判請求等はなされず、またそのような審判請求を行う旨の意思表示が原告にされたことと認めるに足る証拠もないのであるから、上記異議申立ての事実から、本件登録商標を使用する際に、原告が本件審判の請求がされることを知っていたと推認することはできない。次に、マナトレーディングに対する本件商標権侵害の警告については、平成15年5月2日ころ以降、原告側と被告側との間で交渉が行われたことはないものであるから、その1年以上も後になって本件登録商標を使用するときに、この件を契機として、被告から本件審判が請求されることを原告が予期していたとは考えられない。「その審判の請求がされることを知った」とは、例えば、当該審判請求を行うことを交渉相手から書面等で通知されるなどの具体的な事実により、当該相手方が審判請求する意思を有していることを知ったか、あるいは、交渉の経緯その他諸々の状況から客観的にみて相手方が審判請求をする蓋然性が高く、かつ、被請求人がこれを認識していると認められる場合などをいうと解すべきであり、被請求人が単に審判請求を受ける一般的、抽象的な可能性を認識していたのみでは足りないというべきである。
平成18年(行ケ)第10349号 (取消2005-30911)	2006/12/25 (2006/06/25)	× (○)	広告としての使用	美容師法における「美容」の定義や「商品及び役務区分解説」からすると、本件商標の指定役務である「美容」は、容姿を美しくする役務であって、パーマントウェーブ、結髪、化粧がその例として挙げられるが、それらに限られるものではなく、社会通念上、容姿を美しくするものとして、「美容」ということができるものであれば、広く含まれると解されること、前記(1)アの事実によると、①原告が各店舗において行っているリンパドレナージュは、全身のマッサージであって、体調不良の解消や痩身のほか、吹き出物・肌荒れの防止をも目的としてされるものであること、②原告は、各店舗において、リンパドレナージュのほかにも、顔の肌をきめ細かくつるつるにする施術、顔の肌のシミやソバカス、古い角質や汚れを除去する施術を行っていること、③原告は、各店舗において、眉のメイクや立体まつげカールも行っていることが認められる。そうすると、原告が各店舗において行っている施術は、顔の肌を美しくすることにより容姿を美しくする施術、眉のメイクやまつげのカールにより容姿を美しくする施術が含まれているから、本件商標の指定役務である「美容」の役務を提供しているものと認めるのが相当である。
平成19年(行ケ)10049号	2007/7/19	○ (×)	証拠の信用性	株式会社セシールと原告間において、本件婦人靴の取引があったと認めるのが相当であるから、本件カタログに記載された本件婦人靴は、いずれも原告の商品であると認めることができる。この点、被告は、上記甲9の支払明細書に書類作成者の名前等が示されていないことなどを理由に、同支払明細書は信ぴょう性に欠けると主張する。しかし、被告の上記主張を受けて提出された上記甲12には、上記ア(ウ)のとおり、同内容の正当性を認証する旨が付記されているし、株式会社セシールにおいて虚偽の支払明細書を作成する必然性は見当たらないことからすると、被告の上記主張は採用の限りでない。
平成19年(行ケ)10227号	2007/11/29	○ (○)	正当の理由	本件各大地震により被告が被災した被害が、被告の責めに帰すことができない不可抗力により、本件予告登録前3年以内に生じた事由であることはいうまでもなく、とりわけ、平成16年12月の大地震は、本件予告登録時の約半年前に発生したものであるところ、その時点における被告による本件商標使用の準備行為の有無・内容を明らかにする証拠はないが、仮に、その準備が全くなかったとしても、本件商標に係る指定商品にかんがみて、本件予告登録までの期間は、本件各大地震の発生がなかったとすれば、本件予告登録時までの間に、被告が本件商標の使用に至ることができたと認めるに足りるものといえることができる。
平成19年(行ケ)10228号	2007/11/29	○ (○)	正当の理由	本件各大地震により被告が被災した被害が、被告の責めに帰すことができない不可抗力により、本件予告登録前3年以内に生じた事由であることはいうまでもなく、とりわけ、平成16年12月の大地震は、本件予告登録時の約半年前に発生したものであるところ、その時点における被告による本件商標使用の準備行為の有無・内容を明らかにする証拠はないが、仮に、その準備が全くなかったとしても、本件商標に係る指定商品にかんがみて、本件予告登録までの期間は、本件各大地震の発生がなかったとすれば、本件予告登録時までの間に、被告が本件商標の使用に至ることができたと認めるに足りるものといえることができる。
				商標登録の不使用取消審判の取消訴訟における当該登録商標の使用の事実の立証は事実審の口頭弁論最終時に至るまで許されると解される(最高裁平成3年4月23日第

不使用取消審判における「商標の使用」(後編)

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
平成 19 年(行ケ)10277 号	2008/8/29	× (○)	証拠の信用性	三小法廷判決・民集 45 卷 4 号 538 頁参照) ことから、本件訴訟の口頭弁論最終結末までに取り調べられた全証拠により、被請求人である商標権者(被告)において、上記「使用」の事実を証明したと判断される場合は本件不成立審決が維持され、そうでないときは本件不成立審決が取り消されるべきこととなる。・・ 以上によれば、被告は、本件商標の登録取消し審判の予告登録がされた平成 18 年 3 月 27 日より前 3 年以内に日本国内において商標権者である被告ないし専用使用権者又は通常使用権者のいずれかが本件商標を使用していたことを証明していないことになる。
平成 20 年(行ケ)10014 号	2008/5/15	○ (○)	使用権者による使用	少なくとも平成 16 年(2004 年)4 月 1 日から平成 17(2005 年)年 3 月 31 日までの使用について、ドウシヤが被告に対して本件商標の使用料を支払っていることが認められ、前記のとおり、本件商標がドウシヤによって指定商品について使用されていたことも合わせ考えると、少なくとも審判の請求の登録(平成 19 年 3 月 26 日)前 3 年以内において、ドウシヤは本件商標の通常使用権者であったものと認められ、取消事由 2 は理由がない。
平成 20 年(行ケ)10025 号	2008/6/26	× (×)	使用権者による使用、権利濫用	原告が、ウエスコットに対し、本件商標の通常使用権を許諾したこと、ボンテラアメリカが、平成 8 年当時、本件商標の通常使用権を許諾する権原を有していたこと、原告が、ボンテラアメリカのウエスコットに対する許諾を追認したことのいずれの事実も認めることはできない。かえって、原告がウエスコットに対して、「BonTerra 商標」の使用権限を否定し、その使用の差止めを求めている事実には照らすならば、ウエスコットが本件商標の通常使用権者でなかったと認定すべきである。・・ ウエスコットが、原告から、本件商標の通常使用権者であることを否定され、使用の停止を求められたため、ウエスコットの法務担当者である被告が、同社のために、本件商標についてその登録の取消しを求めて、本件審判請求に及んだのであって、被告ないしウエスコットの行動は、自然かつ合理的なものであるから、何ら権利の濫用に該当するものとはいえない。
平成 20 年(行ケ)10103 号	2008/10/29	× (○)	証拠の信用性	被告は、本訴において、本件売買 1 及び 2 に係る取引書類として存在するのが通常であると考えられるものを提出せず、また、その提出を試みようとしないうちに、被告のかかる応訴態度は、上記 1 の各取引書類の内容の信用性を減殺させる無視できない事情であるといふべきである。
平成 20 年(行ケ)10167 号	2008/9/29	○ (○)	証拠の信用性	甲 5 証明書は、被告の子会社であり「サリダ」を運営していた片岡フードサービスの営業部長 当時 が被告からの証明願に応じて作成した「添付(1)の写真に表示されている商標『SUNKID』が付されている商品『果実飲料』を平成 12 年 9 月より平成 17 年 10 月までの間、貴社が運営する『サリダ(住所・大阪府大阪市(以下略)堂島アバンザ 1 階)にて販売されたことに相違ないこと」を証明する旨記載された証明書であるが、甲 5 証明書添付(1)の写真によれば、本件商品の容器である紙パックに前記のとおり「販売者」として被告の名称が表示され、かつ、同商品が「サリダ」が営業していた期間中である平成 15 年 5 月 28 日(03.5.28)に製造されたことが認められこれは上記証明内容と何ら矛盾するものではない、またサリダで使用されていたメニュー甲 7 8 によればサリダにおいてグレープフルーツジュースが提供されていたことが認められるからこれも上記証明内容と矛盾するものではない。
平成 20 年(行ケ)10344 号	2009/2/24	× (×)	正当の理由	本件における原告の主張は、本件商標登録後は国外であるアメリカ合衆国(ハワイ等)に居住し、ハワイ大学における農業資源経済学の研究で多忙であったから、本件商標を使用することができなかつたことにつき正当な理由があったというものであるが、原告提出の証拠(甲 1-1, 2)及び弁論の全趣旨によっても、毎年、年末年始、春季及び夏季の休業の間は帰国して登録原簿上の住所等に数日間は一時帰国しているものであって、これらを含めた上記事情は、ここでいう「正当な理由」に当たるといふことはできない。
平成 21 年(行ケ)10327 号	2010/4/27	× (×)	使用権者による使用	ライテック社は、専用使用権者であるジャス社から本件商標の使用の再許諾を受けていたが、ジャス社と商標権者である原告との間の本件専用使用権設定契約は、平成 16 年 10 月 30 日に契約期間満了により終了したこと(当事者間に争いが無い)によって、ライテック社の通常使用権者としての地位は、当然に消滅した。したがって、その後の平成 9 年 7 月 11 日に、ライテック社が、指定商品「スマイリー LED」に、本件商標と社会通念上同一の商標を付してインターネットのホームページにおいて販売目的で展示していたとしても(甲 12、商標法 50 条 2 項にいう「通常使用権者」としての使用に該当しない)。
平成 21 年(行ケ)10393 号	2010/8/31	○ (×)	使用権者による使用	エレクター社は、平成 19 年 4 月及び平成 20 年 1 月に、本件商標等が付されたインターネット社製の組立式棚を輸入、販売し、平成 19 年 6 月及び平成 20 年 5 月に、本件商標等が付されたインターネット社製の組立式棚の写真(本件商標等を看取することができる)を掲載し、本件商標と社会通念上同一の商標を付した製品カタログを頒布し、そのころ、それらの組立式棚を販売した。そして、上記認定した事実によれば、エレクター社は、本件商標について、原告による通常使用権の許諾を受けて使用したものと認定するのが自然である。すなわち、エレクター社は、昭和 41 年に設立され、インターネット社の製品である組立式棚を、同社から輸入し、販売する事業を継続してきたこと、エレクター社は、昭和 40 年代前半には、インターネット社が製造した組立式棚「エレクターシェルフ」を日本で独占的に販売する権限を取得し、昭和 63 年ころにはエレクター社の及び同夫人がインターネット社との CD A 技術援助契約を締結し、エレクター社は、インターネット社の製造に係る組立式棚を日本で独占的に販売する権限を取得していること、エレクター社は、インターネット社の製造に係る本件商標等が付された組立式棚を輸入して販売するとともに、本件商標等が付された組立式棚の写真(本件商標等を看取することができる)を掲載し、本件商標と社会通念上同一の商標を付した製品カタログを頒布するなどしてきたこと、インターネット社及び原告のいずれもエレクター社の本件商標等の使用に関して、何らの異議を述べたことはないこと等の一連の経緯に照らすならば、エレクター社の本件商標等の使用は、原告の通常使用権の許諾の下でされたものと解するのが合理的である。

判決番号 (原審決番号)	判決日 (原審決日)	使用に関する判断 (原審の判断)	キーワード	理由参考
平成 22 年(行ケ)10037 号	2010/6/2	× (×)	正当の理由	上記「正当の理由」とは、商標権者、専用使用権者又は通常使用権者(以下「商標権者等」という。)の責に帰すことができない事由が発生したために、商標権者等が登録商標をその指定商品又は指定役務について使用することができなかつた場合をいうものであるところ、本件において、原告が、実際に、本件商標を販売名とする医薬品の製造販売を企図しながら、業事法上の製造販売の承認との関係で、その製造販売やその準備手続を見合わせざるを得なかつたとの事実を認めるに足りる証拠はなく、そうである以上、本件商標の使用を予定する医薬品の製造販売の承認審査を申請しても前記指針によって承認がされないとの原告の見込みも、要は、原告の憶測にとどまるものであつたといわざるを得ないのであつて、そのような憶測を理由に、本件商標の不使用について原告の責に帰すことができない事由があつたとまでいうことはできない。
平成 22 年(行ケ)10078 号	2010/9/30	○ (×)	使用の証明	平成 21 年 12 月 29 日、大阪市西区内の店舗内において、本件商標が付された商品が陳列されている。もっとも、商品が陳列されている時期は、本件取消審判請求の予告登録後ではあるが、商品が陳列されている写真が残されている事実から、それに先立つ時期に、原告が、日本市場に参入できるかを試みるために、日本の個人業者を選んで、市場展開の可能性などを調査したことが推測され、撮影の対象とされた商品は、原告が日本の業者に販売した原告商品であると推認して差し支えない(甲 9)。以上認定した事実経緯を総合するならば、原告は、本件取消審判請求の登録前 3 年以内である平成 18 年 1 月から平成 20 年 4 月に、少なくとも 5 回にわたり、大阪府羽曳野市の個人に対して指定商品に該当する原告商品を販売し、その際、同販売に関する取引書類(請求書)に、本件商標を付して、本件商標を使用したことを認定することができ、同認定に反する証拠はない。
平成 22 年(行ケ)10082 号	2010/6/29	× (×)	正当の理由	被告による違法な本件専用使用権設定登録、本件専用使用権設定登録の抹消拒否による使用妨害行為、ホームページ上での営業活動妨害行為があつたから本件商標の不使用について正当な理由があるとする原告の主張は、その前提事実が認められないから、理由がない。
平成 22 年(行ケ)10100 号	2010/9/30	○ (×)	審決取消訴訟提起後の使用立証	本件商標の通常使用権者であるファインプラスが、本件予告登録前 3 年以内に日本国内において、本件商標をその指定商品(被服)に付して販売したことが認められるから、通常使用権者であるファインプラスが本件商標を指定商品について使用したことが証明されたものであるといえる。・・・被告は、審判において何ら使用の事実を主張、立証しなかつたものであるから、約 1 年後の本件訴訟になってから新たな使用の事実を主張立証することは許されないと主張する。しかし、被告の主張は、採用の限りでない。すなわち、商標登録の不使用取消審判において審理の対象となるのは、その審判請求の登録前 3 年以内における登録商標の使用の事実の存否であるが、その審決取消訴訟においては、その事実の立証は事実審の口頭弁論終結時に至るまで許されるものと解するのが相当である(最高裁判所昭和 63 年(行ツ)第 37 号平成 3 年 4 月 23 日第 3 小法廷判決参照)。
平成 22 年(行ケ)10359 号 (取消 2010-300180)	2011/3/17 (2010/10/14)	○ (×)	品質を証明する規格を示す商標の使用の使用主体	本件商標の使用についてア前記(1)によると、本件使用商標は、原告による評定又は認証がされた原告の規格に適合する照明器具であることを証する標章であつて、その上段に原告の名称が記載されていることが示すように、本件使用商標によってその旨を証している者は原告といふことができる。もっとも、前記(1)のとおり、実際に本件使用商標を作成し、当該器具に同商標を貼付するのは各登録事業者であるが、これは、原告の了承の下、原告に使用料を支払った上で、原告の名称で行っているものであるから、原告が、各登録事業者を介して、照明器具に本件使用商標を貼付して使用しているといふべきものであつて、本件使用商標の構成中に存在する本件商標についても、原告が、各登録事業者を介して、照明器具に本件商標を貼付して使用しているものであるといふことができる。

3. おわりに

以上のとおり、前編では、10 年間の不使用取消審判及び審決取消訴訟の分析を通じて、「商標的使用」、「商品役務性」、「指定商品の範囲」、「指定役務の範囲」について検討し、本稿(後編)では、「使用の主体」、「証拠の種類」、「証拠の信用性」、「駆け込み使用」、「正当理由」、「その他」及び全ての種類の審決取消訴訟について検討を加えた。

冒頭でも述べたとおり、同審判及び審決取消訴訟で

判断される諸類型は、商標実務にとって重要な要素である。我々は、商標実務のみならず知財業務において西からムーブメントを起こすべく日々の活動を行っているが、全国の商標実務担当者にとって、本稿が実務上の判断の参考になることがあれば望外の喜びである。

(関西商標研究会)

以上

(原稿受領 2012. 5. 22)