

[判例評釈]

商標不使用取消審判における「指定商品又は指定 役務についての……使用」該当性の判断構造

——知財高判令和4年3月22日(令和3年(行ケ)第10087号)[IRO PARIS]——

鈴木敬史

富山大学紀要. 富大経済論集 第69卷第2・3号抜刷(2024年2月)

富山大学経済学部

[判例評釈]

商標不使用取消審判における「指定商品又は指定 役務についての……使用」該当性の判断構造 ——知財高判令和4年3月22日(令和3年(行ケ)第10087号) [IRO PARIS] ——

鈴木敬史

キーワード：商標法、不使用取消審判、指定商品役務への属否

一 事案の概要

X(原告・商標権者)は、日本において、「IRO PARIS」からなる標章につき、「フランス製の被服、フランス製の履物」などいずれも「フランス製の」という限定を付した貴金属(第14類)、革製品(第18類)、被服等(第25類)を指定商品とする商標権¹(以下、「本件商標権」)を有するフランス国法人である。なお、こうした「フランス製の」という指定商品の限定は、出願時にはなされておらず、商標法4条1項16号の拒絶理由を解消するための補正として付加されたものであった。

Y(被告・審判請求人)は、令和元年10月4日、本件商標権に対して、その全ての指定商品につき、登録商標を使用していないことを理由とする商標登録取消しの審判(商標法50条。以下、これを「商標不使用取消審判」とする)を請求した²。当該商標不使用取消審判において、特許庁は、本件商標権に係る登録商標(以下、「本件商標」)が使用されている商品は「フランスでデザインされた」商品であって「フランス製の」商品ではないとして、本件商標権を取り消す旨の審決をした(以下、「本件審決」)。これに対して、Xは、本件審決

1 商標第5623868号。

2 取消2019-300770号。

の取消しを求めて知的財産高等裁判所へ訴えを提起した。

本件訴訟において、Xは、「本件使用商品はいずれもフランス以外の国で製造されたものであるが、フランス国パリにある原告本社の従業員によりデザインされ、原告による厳格かつ恒常的な品質管理の下、原告の指示に従って生産されたため、『フランス製の被服』と同視される」等の主張をしたが、知的財産高等裁判所は、【判旨】記載の通り判示し、Xの使用商品は本件商標権に係る指定商品に含まれないとして、上記主張を退けた³。

二 判旨

1. 本件商標の使用の事実及び本件使用商品の製造工程について

「本件使用商品は、フランス国パリにある原告の本社の従業員（デザイナーチーム）によりデザインされ、パリの本社で製造工程を一貫して管理し、商品の素材なども選択され、パリで入手可能な素材を使用してパリで試作され、試作品が承認されると製作指示書が発行されてサプライヤー（製造者）に送付され、サプライヤーは製作指示書に基づいて試作サンプル等を製作し、試作サンプルが原告の本社の期待した要件を全て満たすと、デザイナーチームが被服の製作順序を検証し、サプライヤーがその検証結果を受け取った時点で発注され、その結果製造された商品は、パリの倉庫に送付されるという製造工程を経ている……。」

「上記サプライヤーはフランス国以外の国に所在するため、本件使用商品はフランス国以外の国で製造されたものであり、実際、『IRO』の文字が表示され、女性用の被服の写真が掲載されている原告自身のウェブサイト……にお

3 その後、本判決は確定し、本件商標権は取り消された。他方、本件訴訟と並行して、Xは、本件商標と同一の商標に関し、「フランスにてデザインされフランス国法人としての出願人による厳格かつ恒常的な品質管理の下で出願人の指示に従って生産された被服」等を指定商品とする商標登録出願を行い、令和3年2月2日に設定登録を受けた（商標第6507637号）。この事情が本判決の結論に影響した可能性は否定できないが、訴訟記録から窺える範囲では、いずれの当事者もこの点に関して言及していなかった。

いては、『PRODUCT DETAILS』欄に『Made in China』と記載されている……。』

「以上によれば、原告が本件商標の指定商品であると主張する本件使用商品は、フランス国パリにある原告の本社の従業員（デザイナーチーム）によりデザインされ、パリで入手可能な素材を使用してパリで試作され、フランス国人としての原告による品質管理の下で製造されてはいるものの、本件使用商品はフランス国以外の国のサプライヤーによって製造されていることが認められる。」

2. 登録商標を使用すべき商品について

「商標法 50 条 2 項によれば、本件の場合、商標権者たる原告が本件商標の登録取消しを免れるためには、本件指定商品のいずれかについての本件登録商標の使用の事実を証明しなければならない。そして、使用の事実は本件指定商品と同一の商品に限られるのであって、指定商品に類似する商品についての使用の事実を証明しても、登録取消しを免れ得ないことは、同条項の文理上明らかである。……なお、商標法 50 条 2 項の適用に当たり、使用する商標については商標法 38 条 5 項かっこ書きが適用されるため、『登録商標と社会通念上同一と認められる商標』の使用であっても登録取消しを免れ得るが、いかなる商品についての使用であるかに関しては商標法に同旨の定めはないから、上記『社会通念上同一』とは登録商標に関する記述であって、『指定商品と社会通念上同一と認められる商品』について使用の事実を証明しても、商標の登録取消しを免れることはできないと解される。」

「……本件指定商品は、『フランス製の被服』であり、『フランス製』とは、フランス国内で製造された物を意味すると解されるところ、前記認定のとおり、本件使用商品は、フランス国以外の国で製造された物であるから、本件使用商品の使用によっては本件指定商品について本件登録商標を使用したものと認めることはできないというべきである。」

3. 原告の個別の主張について

「確かに、上記認定の事実関係を前提とすれば、本件使用商品はフランス国で企画等がされた被服等であって『フランス製の』被服等と著しく類似するから、商標の使用を通じた信用の蓄積がない商標を整理しようとする商標法50条の趣旨に照らして、本件商標の登録を取り消すことはいささか酷であるともいえる。また、本件商標の場合、出願人（原告）が『フランス製の』との限定を付す補正をしたのは商標法4条1項16号の拒絶理由を解消するためやむなく行ったことにすぎず、例えば『フランスで製造、企画、デザイン又は品質管理された』のような限定を付す補正が拒絶理由通知書や商標審査便覧等において教示されていたとすればそれに従った可能性が高い、という事情もある。

しかしながら、そのような事情があるとしても、前記……のとおり、商標法50条2項の文理からすれば、『指定商品』を『指定商品と社会通念上同一と認められる商品』に拡張解釈することは認められないのであるから、かかる拡張解釈を排した本件審決の判断に誤りはない。」

（判旨における下線はすべて筆者による）

三 検討

1. はじめに

商標法は、著作権法や特許法といった創作法とは異なり、商標権の存続期間の更新を認めている（商標法19条2項）。したがって、商標権者は、同手続により、自らの有する商標権を永続的な権利とすることができる。しかし、このような運用の下、多年にわたって蓄積された商標権が重なることにより、新規

事業における商標選択の余地が狭められ得るという問題が指摘されている⁴。

こうした問題への処方箋としては、商標法 50 条 1 項に基づく商標不使用取消審判が有用である。同審判請求によれば、有効に成立した商標権であっても、それが一定期間使用されていないことを理由に登録を取り消すことができる。すなわち、使用の実態がなく、保護の必要性が小さい商標権に基づく独占状態を解消し、パブリックドメインを確保することができる。実際に、『特許行政年次報告書 2023 年版』によれば、（不正使用取消審判など他の取消審判請求を含めた数値であるが、）年間 1000 件前後の取消審判が特許庁に請求され、そのうち 8 割程度の商標権がこれによって取り消されている⁵。このデータからも、同審判手続が商標制度を機能させていく上で重要な位置づけを有することが分かる。

もっとも、このような実務上の重要性にもかかわらず、商標不使用取消審判制度については、従来あまり議論されてこなかった論点も存在する。すなわち、「登録商標と使用商標との社会通念上の同一性」や「商標的使用の要否」といった論点については、従前より活発な議論が繰り返されてきた。しかし、その一方で、「指定商品又は指定役務についての……使用」に該当するか——換言すると、登録商標が使用された商品・役務が登録商標権に係る指定商品・指定役務の範囲内に属するか（以下、「指定商品役務への属否」とする）——については、議論が低調であった。このような中、本判決は、「指定商品役務への

4 齋藤範香「商標の枯渇—米国での実証研究から—」一橋法学 19 卷 3 号 329 頁（2020）、藤野忠「商標の『藪』を乗り越えるために～企業内実務者視点からの一試論～」知的財産法政策学研究 67 号 1 頁（2023）、中村健太「商標の利用と不使用取消審判——商標枯渇問題への接近」根岸哲=泉水文雄=和久井理子編著『プラットフォームとイノベーションをめぐる新たな競争政策の構築』319 頁（商事法務、2023）など参照。

5 特許庁『特許行政年次報告書 2023 年版』75 頁（2023）参照。

属否」を主たる争点としている点で事例的な意義を有する⁶。

さらに、本判決は、「指定商品役務への属否」を判断するにあたって、一般論として厳格な基準を採用したように読める点でも注目される。すなわち、本判決は、「登録商標と使用商標との同一性」については法が「社会通念上同一と認められる」ことで足りるとしている一方、「指定商品役務への属否」についてはそうした規定がないことから、『指定商品と社会通念上同一と認められる商品』について使用の事実を証明しても、商標の登録取消しを免れることはできない」と判示した。このように「社会通念上同一と認められる商品」を明示的に排斥した事例は管見の限り見当たらない⁷ため、本判決は、(その当否は別論) 抽象論の次元でも意義を有する事例と考えられる。

もっとも、判決文中でも言及されているように、本件指定商品における「フランス製の」という限定は、審査段階での拒絶理由を解消するためにやむなく付されたものであるという経緯を考慮すると、「フランス国内で製造された商品以外はどのような商品であってもこれに含まれない」と厳格に解釈して商標登録取消しという結論を導くことには異論を差し挟む余地がある。とりわけ、本判決に基づいて、「指定商品役務への属否」については一切の規範的解釈を排斥するという帰結が導かれるとすると、商標登録出願の実務に少なからず影響が及び得る。例えば、地名を含むなどして一定の限定を付さなければならない商標については、指定商品役務の記載に慎重を期さなければならないなど、

6 確かに、「指定商品役務への属否」について判断した最高裁判決は存在する(最判平成23年12月20日民集65巻9号3568頁[ARIKA])。しかし、同最判は、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を解釈するために参酌すべき事項を示し、かつ、そこに定められた「商品の販売に関する情報の提供」という指定商品の名称の意義について判断したにとどまり、「指定商品役務への属否」に係る判断の一般的な基準を示したものとはいえない。本文で示したように、本判決は、「指定商品役務への属否」の判断基準として厳格な一般論を提示したかのように理解し得る点で、同最判とは問題設定が異なると言えよう。

7 実際に、「できるだけ異説はとらず判例中心・通説中心」という方針(i頁、iv頁)に基づいて執筆された小野昌延=三山峻司『新・商標法概説』(青林書院、第3版、2021)も、「指定商品又は指定役務での使用は、厳密な同一でなく、社会的通念における同一性の範囲でよい」と述べる(515頁)。

出願時の検討コストが増加することは否定できないだろう⁸。そうすると、本判決の射程がどの程度及ぶかを明らかにすることは、実務上も重要な課題となる。したがって、本稿では、従前の裁判例との対比および実務への影響という観点から、本判決がどのような射程を有すると考えることができるか／考えるべきかを検討する。

2. 従来裁判例の整理とその類型化

(1) はじめに

商標不使用取消審判は、登録商標又は登録商標と社会通念上同一と認められる商標（以下、特記のない限り、簡略化のため単に「登録商標」と記載する）が指定商品役務について使用されていないという事実に基づき、その商標登録を取り消す制度である。したがって、当該審判請求が成立するか否かを判断するにあたっては、その請求がなされた「指定商品又は指定役務」の意義を明らかにすることが必須となる。そして、指定商品役務の意義の解釈を巡っては、最高裁判所が、「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とされた商品又は役務の内容や性質、……などを参酌して解釈するのが相当であるということが出来る。」と判示し、一応の解釈基準を示している（以下、「施行規則」は「商標法施行規則」を、「施行令」は「商標法施行令」を示すものとする）。しかし、当該最判の射程が及ぶ範囲はあくまで「商品の販売に関する情報の提供」という一指定役務の意義の解釈にとどまることに加え、事の性質上、最高裁の示した解釈基準がそもそも意味をなさない場合も存在する。例えば、以下述べるように、商標不使用取消審判において争われ

8 高田伸一「地名を含む商標の権利化及び権利維持における留意点—『IRO PARIS』事件を通じて—」知財管理73巻8号948頁（2023）は、本判決の判断を「『○○産（製）の』の文言で限定が加えられた指定商品については、実際に指定商品が示す国・地域で生産工程が行われていることを要する」と捉え、かつ、不正競争防止法などの原産地表示に関する運用と商標法の趣旨に鑑みると当該判断は妥当であると論じた上で、実務上の留意点を述べる。

る「指定商品又は指定役務」は、必ずしも「施行規則別表において定められた商品又は役務」に限定されない。このとき、上記の「一応の解釈基準」はその適用の前提を欠くこととなる。

すなわち、第一に、商標権設定登録段階において、「施行規則別表において定められた商品又は役務」以外の商品又は役務が指定されることがある。

商標法6条は、商標権を取得するために、「政令で定める商品及び役務の区分」に従って、商品又は役務の区分を指定しなければならないと規定する。現行法上、これは施行令別表に記載された区分を意味する。そこでは、「第3類 洗淨剤及び化粧品」「第25類 被服及び履物」など、比較的抽象度の高い区分の総称のみが記載されている。他方、商標法施行令2条は、「〔これら抽象的な〕各区分に属する商品又は役務は、……経済産業省令で定める」と規定する。これは、施行規則別表の記載をいうものとされており、そこには、(例えば第25類「被服及び履物」について)「洋服、コート、セーター類」等の小分類に加え、(「洋服」について)「イブニングドレス、学生服、子供服」等の具体例が記載されている。

商標権者は、施行規則別表に記載された商品又は役務の小区分や具体例を指定して商標登録出願を行うことができる一方、施行令別表に記載された抽象的な区分の総称のみを記載したり、(施行令別表上の「〇〇類」を指定した上で)いずれの別表にも記載のない商品又は役務を指定したり、(本件商標権における「フランス製の～」のように)独自の限定を加えたりすることもできる。このようにして、そもそも登録商標権に係る指定商品又は指定役務が「施行規則別表において定められた商品又は役務」以外の商品又は役務となる場合がある。

第二に、商標不使用取消審判を請求する者の選択により、「施行規則別表において定められた商品又は役務」以外の商品又は役務について登録商標が使用されたか否かが争われることもある。

商標法50条2項は、「〔商標不使用取消〕審判の請求の登録前三年以内に日本国内において商標権者……がその請求に係る指定商品又は指定役務のいづれ

かについての登録商標の使用」を立証することにより、商標の取消しを免れることができる旨規定する。そのため、仮に、登録された商標権に係る商品又は役務の指定に従って商標不使用取消審判請求をしなければならないとすると、(幅広い商品又は役務を指定した商標権であっても、その内の)ごく一部の商品又は役務についての使用で取消しを免れることができてしまう。こうした不都合を解消するため、商標不使用取消審判の請求人は、登録商標に係る指定商品又は指定役務のうち、その一部のみを対象として審判請求をすることができる。すなわち、指定商品として列挙された商品の一部について取消しを請求したり、審判請求人独自の限定を加えた商品について取消しを請求したりすることができる。

以上の通り、商標不使用取消審判制度は「施行規則別表において定められた商品又は役務」以外の商品又は役務についての使用が問題となることをも予定している。このような場合には、前記最判の一般論をどれほど拡張的に解したとしても、事案解決に対する示唆を得る見込みは小さい。さらに言えば、前述した通り、前記最判はあくまで「商品の販売に関する情報の提供」という一指定役務の意義の解釈を示したものに過ぎず、他の「施行規則別表において定められた商品又は役務」の意義や「その指定商品又は指定役務についての使用」該当性(=「指定商品役務への属否」)の判断基準は明確でない。したがって、前記最判を前提にしつつも、「指定商品役務への属否」に係る裁判例の傾向や一般的な判断基準を検討する必要性は、なお認められる。

なお、以上の目的に則して考えると、従前の裁判例の一般的傾向の整理においては、専ら事案と結論の対比関係に着目した分析が便宜である⁹。したがって、以下では、裁判所が結論を導き出すに当たって採用した論理や着目した要素は捨象し、裁判所による具体的な認定事実そのもの(指定商品役務、商標が使用

9 この種の判例研究の意義につき、田村善之「判例評釈の手法—『判民型』判例評釈の意義とその効用—」法曹時報74巻5号961頁(2022)参照。

された具体的な商品役務、使用の態様等)と「指定商品役務への属否」に係る結論のみにフォーカスし、整理を試みる¹⁰。そして、この際、「認定事実そのもの」と「事実に対する法的な評価」とは明確に区別し、前者と結論との対応関係を分析対象とする。例えば、本判決について言うと、前者には「本件商品はフランスで企画され、かつ、厳格な品質管理がなされているものの、製造それ自体はフランス国外でなされていること」が、後者には「本件商品が『フランス製の～』という指定商品には属しないこと」が妥当する。

そして、このような方針で従前の裁判例(平成23年12月20日以降¹¹の裁判例)を観察すると、「施行規則別表において定められた商品又は役務」と実質的に同一の指定商品役務が問題となったか、それとは異なる文言を用いた指定商品役務が問題となったかによって、「指定商品又は指定役務についての使用」該当性につき異なる傾向が見て取れる。したがって、以下、この分類軸に沿って従前の裁判例を整理する。

10 なお、この分析では、登録商標の使用者が商標権者本人であるか、通常使用者(又は通常使用者であるか否かが争われている者)であるかという主体に関する認定判断は問わず、専ら「指定商品又は指定役務についての使用」という客体的要件が満たされるか否かを対象とする。

11 本文にも記載した通り、本稿では、前掲最判平成23年12月20日[ARIKA]以降の裁判例を分析対象とする。というのも、(前注(6)で述べたように)それまで不明瞭であった「商標法施行規則別表において定められた商品又は役務」の意義の解釈手法について同最判が一応の解釈基準を示したことにより、裁判所の事案解決に向けた判断傾向にも影響を与えた可能性が否定できないためである。[ARIKA]前後で裁判例の傾向が実際に変化したか否かの分析は、将来的な検討課題とする。

なお、[ARIKA]以降の不使用取消審判請求に係る裁判例であっても、本稿が対象とする「指定商品又は指定役務についての使用」該当性を判断していない事例(例えば、登録商標との社会通念上の同一性や使用事実それ自体を否定することによって不使用取消しの結論を導いた事例)は省いている。

(2) 商標法施行規則別表において定められた商品役務と実質的に同一の文言を使用した指定商品役務が問題となった場合

前述したように、商標不使用取消審判においては、施行令別表において定められた区分名や施行規則別表において定められた商品役務の名称とは異なる指定商品役務が問題となることも、制度上予定されている。もっとも、そのような中でも、施行規則別表において定められた商品役務と実質的に同一の文言を使用した指定商品役務が問題となった事例は少なくない（95件中71件¹²⁾。本節では、まずこの多数派に属する事例群を「指定商品又は指定役務についての使用」該当性に係る結論ごとに整理した上で、その傾向について検討する。

(a) 「指定商品又は指定役務についての使用」が認められた事例

まず、施行規則別表において定められた商品役務と実質的に同一の文言を使用した指定商品役務が問題となった事例を総合的に観察すると、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められた事例が多くみられる（71件中61件）。もっとも、その中にも、(ア)「指定商品又は指定役務についての使用」が文字通り明らかと評価できる事例から、(イ)一見するとそうとは評価し得ないように思われる事例まで存在する。

(ア) 前者としては例えば、いちごの販売に際して商品名及び包装箱に登録商標を使用したことが指定商品「いちご」についての使用と認められた事例¹³⁾、フリーズドライの油揚げの商品名として登録商標を使用したことが指定商品

12 この件数及び以下の参照事例の中には、主たる争点が「指定商品役務への属否」ではないために、「指定商品又は指定役務についての使用」ではないとする）当事者の主張が乏しい又は全くないもの、前訴審決取消判決の拘束力が及ぶことから実質的な判断がなされていないものも含む。他方、商標法50条の実体判断に踏み込まず、もっぱら審決の手続的違法性に基づいて審決取消しの判決をした事例や、「指定商品役務への属否」以外の要件のみを否定して商標取消しの結論を導いた事例は、含めていない（前注（11）も参照）。以下、すべての類型について同じ。

13 知財高判平成24年2月21日（平成23年（行ケ）第10243号）[ももいちご/百老五Ⅰ]、知財高判平成25年12月19日（平成25年（行ケ）第10203号）[ももいちご/百老五Ⅱ]。

「油揚げ、凍り豆腐、……」についての使用と認められた事例¹⁴、オートバイの販売広告に登録商標を使用したことが指定商品「二輪自動車・自転車並びにその部品及び付属品」についての使用と認められた事例¹⁵、インスタントコーヒーの販売に際して登録商標を使用したことが指定商品「コーヒー及びココア、コーヒー豆」についての使用と認められた事例¹⁶、ランニング用運動靴が掲載された商品カタログの表紙に登録商標を使用したことが指定商品「運動靴、その他の履物、……」についての使用と認められた事例¹⁷、語学学校の入学案内パンフレットに登録商標を使用したことが指定商品「……語学の教授……」についての使用と認められた事例¹⁸、地盤調査を行った上で建物の設計、建設工事を行う旨の工事請負契約書に登録商標を使用したことが指定商品「建設工事」「建築物の設計、デザインの考案」「測量、地質の調査、建築または都市計画に関する研究」のいずれについての使用でもあると認められた事例¹⁹、新米に登録商標を使用したことが指定商品「米」についての使用と認められた事例²⁰など

14 知財高判平成25年11月28日判時2225号134頁 [極] [極／きわみ]。

15 知財高判平成27年6月30日（平成26年（行ケ）第10141号）[BULLET]。

16 知財高判平成27年9月30日（平成27年（行ケ）第10032号）[ヨーロピアン]。

17 知財高判平成29年10月19日（平成28年（行ケ）第10268号）[プーメラン様の白抜きの図形]。

18 知財高判平成30年8月23日（平成30年（行ケ）第10037号、第10038号）[関西国際学友会] [国際学友会日本語学校]。

19 知財高判令和元年9月18日（平成31年（行ケ）第10033号、第10035号、第10036号）[アンドホーム]。

20 知財高判令和3年9月15日（令和3年（行ケ）第10047号）[福米]。

がある²¹。

他方、(イ) 一見すると指定商品と使用商品とは一致しないものの、結論として「指定商品についての使用」が認められたものに、コンタクトレンズの販売に際して登録商標を使用したことが指定商品「眼鏡」についての使用と認められた事例²²、焼酎の販売に際して登録商標を使用したことが指定商品「日本酒」についての使用と認められた事例²³がある。いずれも指定商品と使用商品とは一般的に別種の商品と理解されるものであるため、少なくとも指定商品の素の文言解釈からは整合的な説明を付けることが困難なように思われる。

また、これらの中間領域に属するものとして、(ウ) 通常の言語感覚からすれば「指定商品又は指定役務についての使用」と考えてよさそうではあるものの、(次項の事例と対比すると)「『指定商品又は指定役務についての使用』が認められない」とも評価し得る事例がある。これらは、(あくまで相対的な区別ではあるが) ①指定商品役務の特定が抽象的であるために、使用商品役務がそこに属することが明確とは言えないものと、②使用商品役務の性質決定が困難なものに分けられよう。①としては、例えば、使用商品「デニムズボ

21 その他、詳細は省くが、以上の事例と同様に考えられるものとして、知財高判平成26年1月29日(平成25年(行ケ)第10090号)[デーロス]、知財高判平成26年7月17日(平成26年(行ケ)第10036号、第10037号、第10038号)[ランドリータイム][トリートメントドライ][ハイ/ベックドライ]、知財高判平成27年1月29日(平成25年(行ケ)第10294号、第10295号)[JAS]、知財高判平成28年5月18日(平成28年(行ケ)第10014号、第10015号)[猫めぐり][犬めぐり]、知財高判平成28年9月14日(平成28年(行ケ)第10086号)[LE MANS]、知財高判平成28年11月2日(平成28年(行ケ)第10115号)[アイライトII]、知財高判平成29年7月24日(平成29年(行ケ)第10027号)[QRコードI]、知財高判平成29年10月26日(知財高判平成29年(行ケ)第10118号)[PRTIMES/ピーアールタイムズ]、知財高判平成29年11月29日(平成29年(行ケ)第10071号)[COVERDERM]、知財高判平成30年2月19日(平成29年(行ケ)第10175号)[資格の学校]、知財高判平成30年6月13日(平成29年(行ケ)第10228号)[TOP-SIDER]、知財高判平成30年6月13日(平成30年(行ケ)第10015号)[Bambina]、知財高判平成30年9月26日(平成30年(行ケ)第10046号)[Wiggy/ウィッギー]、知財高判平成31年1月29日(平成30年(行ケ)第10059号)[QRコードII]がある。

22 知財高判平成29年12月13日(平成29年(行ケ)第10145号)[ハート]。

23 知財高判令和3年1月26日(令和2年(行ケ)第10111号)[安心院蔵]。

ン」が「洋服」という比較的広範な指定商品に属すると判断した事例²⁴や、パチンコ店の広告に登録商標を使用したことが指定商品「娯楽施設の提供」についての使用であると判断した事例²⁵等がある。他方、②としては、ダウンジャケットの下げ札において素材（繊維）の特徴を意味するようにも理解し得る態様で登録商標を使用したことが指定商品「被服」についての使用と認められた事例²⁶、水中で用いる集魚灯の販売に登録商標を使用したことが指定商品「電球類及び照明用器具」についての使用と認められるとした事例²⁷、掃除機・クリーナー及びその制御基板の販売に際して登録商標が用いられたことが指定商品「電子応用機械器具及びその部品」についての使用と認められた事例²⁸等が

24 知財高判平成25年7月17日（平成24年（行ケ）第10441号、第10442号）[SAMURAI] [SAMURAI／サムライ]。

25 知財高判令和3年2月3日（令和2年（行ケ）第10091号）[ベガス（第二次）]、知財高判令和4年8月9日（令和4年（行ケ）第10023号）[ベガス（第三次）]。なお、知財高判平成29年12月25日（平成29年（行ケ）第10126号）[ベガス（第一次）]は、（不使用取消審判請求不成立審決において認定された）使用商標が登録商標と同一とは言えないとして審決取消しの判決をしたものであり、指定商品への属否については判断していない。なお、最終的には、第一次審決が取り消された後の再度の審判において商標権者が新たな商標使用の事実を立証したことにより、同審判請求は不成立に終わった。

26 知財高判平成25年9月25日（平成25年（行ケ）第10031号、第10032号）[グラム] [グラム／GRAM]。

27 知財高判平成27年11月26日判時2296号116頁 [アイライト I]。

28 知財高判平成28年7月27日（平成28年（行ケ）第10004号）[クリーンマスター]。

ある²⁹。後述するように、ダウンロード・記録媒体による新聞の提供に際して登録商標を使用したにもかかわらず指定商品「新聞」についての使用を認めなかった事例、「IC 電子点滅器」への使用では（上記「クリーンマスター」と同一の）指定商品「電子応用機械器具及びその部品」についての使用を認めなかった事例があることに鑑みると、ここで示した「中間領域に属する」事例群についても、「指定商品又は指定役務についての使用」該当性に関して疑いを容れる余地はあるように思われる。

(b) 「指定商品又は指定役務についての使用」が認められなかった事例

他方、施行規則別表において定められた商品役務と実質的に同一の文言を使用した指定商品役務が問題となった事例の中には、相対的に少数ではあるものの、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められなかった事例が存在する（71件中10件）。もっとも、前項の事例群とは異なり、本項の事例の中には、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められないことが明白と言える事例は多くない。あくまで推測ではあるが、そのような場合——換言す

29 なお、上述したもの他、①に分類される事例として、知財高判平成24年5月16日判タ1405号334頁【三相乳化Ⅰ】、知財高判平成24年12月5日判時2180号127頁【SAVOY】、知財高判平成25年1月31日（平成24年（行ケ）第10283号）【大銀杏／おおいちょう】、知財高判平成25年3月14日（平成24年（行ケ）第10325号）【VICTOIRE】、知財高判平成25年5月30日（平成24年（行ケ）第10411号）【ALL STATE】、知財高判平成25年7月4日（平成25年（行ケ）第10010号）【ウイルス／VIRUS】、知財高判平成28年3月24日（平成27年（行ケ）第10203号）【Line／ライン】、知財高判平成28年11月7日（平成28年（行ケ）第10093号、第10094号、第10095号、第10096号）【KIRIN】【麒麟】【キリン】【KIRIN】、知財高判平成29年6月28日（平成28年（行ケ）第10276号）【Crest】、知財高判令和2年2月26日（平成31年（行ケ）第10059号）【COCO】、知財高判令和3年6月24日（令和元年（行ケ）第10172号）【チャイルドスペースジャパン】、知財高判令和3年7月29日（令和2年（行ケ）第10151号、第10152号）【DOLGES】がある。他方、②に分類される事例として、知財高判平成24年6月20日（平成24年（行ケ）第10062号）【NTTデータⅢ】、知財高判平成25年3月25日判時2219号100頁【Fashion Walker／ファッションウォーカー】、知財高判令和元年7月11日（平成30年（行ケ）第10179号）【MUSUBI】、知財高判令和元年9月18日（平成31年（行ケ）第10034号）【アンドホーム】（前注（19）の事例とは指定役務が異なる）がある。

ると、他の要件該当性判断を待つことなく、商標取消しの結論が導かれる蓋然性が高い場合——には、商標権者が敢えて審決取消訴訟を提起しないためであろう³⁰。

実際に、(ア)「指定商品又は指定役務についての使用」が認められないことが文字通り明らかと評価できる事例には、そもそも使用事実の有無という事実認定レベルで激しく争われていたもの³¹、「指定商品（新聞、書籍、雑誌）についての使用」が認められる使用事実（ただし、商標的使用がなされていないかつたため、抽象論の次元で争いがあった）と併せて、それとは全く異なる商品役務（選挙公報および社歌）についての使用事実が主張されたもの³²といった、特殊な経緯を有する事例しか見られない。

他方、(イ) 一見すると「指定商品又は指定役務についての使用」を認めても

30 実際、特許庁審判部における商標取消請求認容率は例年8割程度であるのに対し、本稿で分析対象とした期間中の審決取消訴訟（「指定商品役務への属否」以外の論点のみを判断して商標取消しの結論を導いた事例を含む）において商標取消しの方向に働く判断（すなわち、商標取消審判請求成立審決を維持した判決および商標取消審判請求不成立審決を取り消した判決）がなされたのは、27.2%（114件中31件）にとどまる。さらに、審決取消訴訟の対象となった原審決に着目すると、これが商標取消審判請求成立審決であった割合は、（上記8割の取消請求認容率とは大きく乖離する）48.7%（55件）であった。これらデータからすると、50条2項の要件のどれか一つでも満たさないことが明らかな事案はそもそも審決取消訴訟の対象となり難しく、結果として、（本稿の文脈では）「指定商品又は指定役務についての使用」が認められないことが明らかな事例もおおのずと少なくなったのではないかと推測できる。なお、審決取消訴訟における請求認容率の高さに着目した研究として、松田さとみ「商標法50条に関する審決取消請求事件の分析」知財ふりずむ252号14頁（2023）参照。

31 知財高判令和2年6月4日（令和元年（行ケ）第10094号）[moto]。ここでは、指定商品「腕時計」についての使用事実の有無が争点となった。すなわち、本件において、商標権者ウェブページの上部に腕時計の画像が掲載されていたことから、外形上は「腕時計」も使用商品であると考え得る状態にあった。もっとも、要証期間内においては、当該画像の下方に掲載されていた「置時計」の画像とは異なり、これら腕時計には商品名、商品番号や値段等の情報、商品説明、商品を購入するための表示が付されておらず、要証期間の後にウェブページを更新したことによって「腕時計」にもこれら情報が付されるようになった。裁判所は、こうした経緯を参酌した上で、本件において、少なくとも「腕時計」については要証期間内に登録商標が使用されていないと認定し、この認定事実に基づいて不使用取消しの結論を導いた。

32 知財高判令和4年2月9日（令和3年（行ケ）第10076号）[知本主義]。

よいと考えられる事例として、[滋賀新聞]³³がある。そこでは、ダウンロード販売という形で、又は、記録媒体に格納された形で提供する電子新聞に登録商標を使用した場合であっても、指定商品「新聞」についての使用が認められなかった。

また、(ア)(イ)の中間領域に属するものとして、(ウ)問題となった指定商品役務と使用商品役務とを対比しただけでは判断が付きにくい事例も存在する。すなわち、自社ゲームソフト及びその関連商品を消費者に対して紹介し、購入を誘引する際に登録商標を使用したとしても指定役務「……商品の販売に関する情報の提供……」についての使用は認められないとした事例³⁴、点数計算を自動で行う機能やそのためのモニターも付属した麻雀台、パソコン・携帯版の麻雀ゲームに登録商標を使用したとしても指定商品「業務用テレビゲーム機、家庭用テレビゲーム機、……コンピュータ用プログラムを記憶させた記憶媒体」についての使用と認められないとした事例³⁵、電動スクーターに登録商標を使用したとしても指定商品「自動車並びにその部品及び付属品」についての使用は認められないとした事例³⁶、語学の一分野とされる「グロービッシュ」の学習者のためのSNSサイトについて登録商標を使用したとしても指定役務「語学に関する知識の教授……」についての使用とは認められないとした事例³⁷、自らがゲーム開発をしている旨を記載した商標権者ホームページ上の広告について登録商標を使用したとしても指定役務「……娯楽用電子計算機用プログラムの提供」についての使用とは認められないとした事例³⁸、IC電子点滅器(ICで制御するネオン、イルミネーション及び蛍光灯のサイン点滅を行う商品)の商品カタログに登録商標を使用したとしても指定商品「電子応用機械

33 知財高判令和3年1月26日(令和2年(行ケ)第10095号)。

34 最判平成23年12月20日民集65巻9号3568頁[ARIKA]。

35 知財高判平成25年6月20日(平成25年(行ケ)第10023号)[JanNavi/ジャンナビI]。

36 知財高判令和元年6月20日(平成30年(行ケ)第10139号)[dbx]。

37 知財高判令和3年7月20日(令和3年(行ケ)第10013号)[Lingua Franca]。

38 知財高判令和3年9月9日(令和3年(行ケ)第10014号、第10015号)[ビットスター][Bitster]。

器具及びその部品」についての使用とは認められないとした事例³⁹がある。とりわけ、(既述の通り)最後に述べた[SIGMASTAR /シグマスター]で争われた指定商品は(a)(ウ)②に属する[クリーンマスター]で争われたものと同一であるところ、その指定商品の文言に着目することのみでは、両者の結論の異同を説明できないように思われる。

(c) 検討

以上の整理からは、指定商品又は指定役務の素の文言に着目したのみでは、「指定商品役務への属否」に関して総合的な説明を行うことが困難であることが分かる。すなわち、(a)(ア) / (b)(ア)のようなケースは別論、(a)(ウ) / (b)(ウ)のような判断に迷うケースや、(a)(イ) / (b)(イ)のような直感から導かれる結論とは反対の判断がなされたケースが、およそ例外的と言えない程度に存在する⁴⁰。

しかし、こうした問題点は、「指定商品又は指定役務の素の文言」に加えて、新たな考慮要素を加えることにより、軽減し得る——その考慮要素に基づく類型化によれば、以上の事例の多くを総合的に説明できるようになる——。すなわち、以下に詳しく述べるように、問題となった指定商品又は指定役務だけでなく、それと関連する(商標登録出願時の)施行令別表上の区分、施行規則別表上の小区分および詳細な具体例と、使用商品とを対比することにより、より明確な形で従来の裁判例の傾向を整理することができる。

ここで、施行令別表上の区分をX、Y、その区分に含まれる施行規則別表上の小区分をそれぞれXa、Xb、Ya、Yb、さらにこれら小区分の下位集合として記載される具体例をXa₁、Xa₂、Xb₁、Xb₂……のような形式で表し、「指定商

39 知財高判令和4年3月23日(令和3年(行ケ)第10112号)[SIGMASTAR /シグマスター]。

40 なお、後者に属する前掲[安心院蔵]((a)(イ))および前掲[滋賀新聞]((b)(イ))は、同日、同一の裁判体によって判決がなされた(森義之裁判長)。このことからすると、それぞれ例外的な判断がなされたというよりも、何らかの規則性があることが自然である。

品役務への属否」の判断傾向を示す。

まず、【A1】問題となった指定商品役務の下位集合に含まれる具体例と使用商品役務とが一致する場合には、指定商品役務がどの程度の抽象性を有していたとしても、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められる。例えば、 Xa_1 、 Xa_2 、 Xb_1 、 Xb_2 いずれかについて登録商標が使用されていれば「指定商品 X についての使用」が認められ、又は、 Yb_1 、 Yb_2 について登録商標が使用されていれば「指定商品 Yb についての使用」が認められる。他方、【A2】（【A1】に該当せず、かつ、）問題となった指定商品役務の下位集合ではない集合に含まれる具体例と使用商品役務とが一致する場合には、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない。例えば、専ら Xb_2 について登録商標を使用した場合には「指定商品 Xa や指定商品 Y についての使用」は認められず、又は、専ら Ya_1 について登録商標を使用した場合には「指定商品 Ya_2 についての使用」が認められない。また、この垂種として、【A2'】使用商品役務が（商標登録出願時における）商標法上の保護対象外の商品役務であった場合には、いずれの指定商品役務についても「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない。

以上を実際の商品役務区分で例示すると、次のようになる。

まず、第 25 類「被服及び履物」については、「被服」の下位集合として「洋服、コート、セーター類」等の小分類があり、「洋服」に含まれる具体例として「ジャケット、スカート、ズボン」等が、「セーター類」に含まれる具体例として「カーディガン、セーター、チョッキ」がある。例えば、指定商品を「洋服」とした場合、【A1】「ズボン」に登録商標を使用していれば「指定商品についての使用」が認められる⁴¹のに対して、【A2】「カーディガン」についてのみ登録商標を使用した場合、直感的には指定商品「洋服」に属するように思われるものの、「指定商品についての使用」は認められない。

41 例えば、前掲【SAMURAI】では、「デニムズボン」についての登録商標の使用が指定商品「洋服」についての使用と認められた。

そして、この考え方によれば、(a) (ア) / (b) (ア) の事例はもちろんのこと、指定商品役務の素の文言のみに着目した場合には判断が付きにくい（又は直感に反する認定判断がなされてしまった）事例群についても、以下の通り、その多くを整合的に説明できる。

例えば、指定商品「眼鏡」に係る商標権につき「コンタクトレンズ」に登録商標を使用したことが問題となった事例（前掲 [ハート]）、指定商品「日本酒」に係る商標権につき「焼酎」に登録商標を使用したことが問題となった事例（前掲 [安心院蔵]）では、いずれも「指定商品についての使用」が認められた。既述の通り、これら判断は一見すると不合理なようにも考え得るが、上記【A1】の類型化によれば整合的に理解可能である。すなわち、施行規則別表中の「第9類10号(1)眼鏡」という小区分には「運動用ゴーグル、コンタクトレンズ、……普通眼鏡、……」という具体例が、（[安心院蔵]において問題となった商標権に係る登録出願時の）施行規則別表中「第33類1号 日本酒」という小区分には「泡盛、……しょうちゅう、……清酒、……」という具体例がそれぞれ記載されており、【A1】に則して考えれば、いずれも「指定商品についての使用」が肯定される事例群と位置付けることができる。

一方、ダウンロード又は記憶媒体による電子新聞の提供に係る登録商標の使用では指定商品「新聞」についての使用と認められないとした事例（前掲 [滋賀新聞]）に関しても、（施行規則別表中「新聞」が具体例として掲げられた）「第16類5号 印刷物」という小区分とは独立して、「第9類24号 電子出版物」「第41類4号 電子出版物の提供」という小区分があることに鑑みると、本件使用商品は（「印刷物」としての「新聞」ではなく、かつ、「問題となった指定商品役務の上位集合ではない集合に含まれる具体例」と一致するものと考えられる（【A2】）ため「指定商品についての使用」に該当しないという、実際の判決と同様の結論が導かれる⁴²。

42 なお、[滋賀新聞]においては、裁判所も、このような施行規則別表における具体例に着目した「指定商品役務への属否」の判断手法を明示的に採用している。

また、同じく「指定商品又は指定役務についての使用」該当性を否定した事例のうち、自社ゲームソフト及びその関連商品を消費者に対して紹介し、購入を誘引する際に登録商標を使用したとしても、指定役務「……商品の販売に関する情報の提供……」についての使用は認められないとしたもの（前掲【ARIKA】）の整理にあたっては、上記類型化は有益である。すなわち、当該商標権の登録出願時においては（そこでの使用役務のような）消費者に対する便宜の提供（小売サービス）が商標法の保護対象外と考えられていた⁴³。そのため、こうした指定役務の文言の不明確性ゆえに解釈の余地がある事案についても、上記【A2'】で示した考え方によれば簡明かつ整合的な説明を付けることができる。

そして、（次に述べる）【A3】に該当するものを除くと、本節に記載した「施行規則別表において定められた商品役務と実質的に同一の文言を使用した指定商品役務が問題となった」事例の結論は、すべて【A1】、【A2】（又は【A2'】）によって導かれる結論と一致する⁴⁴。例えば、共通する指定商品「電子応用機械器具及びその部品」が問題となり、当該指定商品への属否を肯定した【クリーンマスター】（制御基板そのものの販売に使用）とこれを否定した【SIGMASTAR / シグマスター】（IC電子点滅器のカタログに使用）との結論の相違についても、「電子応用機械器具及びその部品」の下位集合に「集積回路」（一般に制御基板を含むと考えられる）が記載されていること、当該指定商品とは異なる集合「配電用又は制御用の機械器具」の具体例として「点滅器」が記載されていることから説明が可能のように思われる。

43 酒迎明洋「判批」知的財産法政策学研究43号263頁、282頁以下（2013）参照。

44 なお、このように施行規則別表中の具体例をも考慮する考え方それ自体は、前掲最判【ARIKA】の判示内容とも親和性を有する。すなわち、【ARIKA】において最高裁は、それ自体では不明確な商標法施行規則別表中の役務の意義を解釈するにあたって、「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とされた商品又は役務の内容や性質、……などを参照して解釈するのが相当であるといえる」（下線筆者）と述べる。

もつとも、本節において取り上げた事例が全て【A1】【A2】【A2'】として整理可能というわけではなく、【A3】その使用商品役務の性質を特定することが困難であるために、施行規則別表中の具体例との対応関係が不明確な事例も存在する⁴⁵。しかし、(4)で述べるように、【A3】に該当する事例群についても、他の分類軸を用いることにより、その結論を整合的に説明することができる。そのため、本節ではさしあたり【A3】にあたる事例群の評価を保留し、(4)で改めて検討することとする。

(3) 商標法施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言が問題となった場合

本章(1)において述べた通り、商標不使用取消審判においては、審判請求人が独自に限定を付した指定商品役務について争われたり、そもそも登録商標権に係る指定商品について独自の限定が付されていたりして、施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言に関して「指定商品役務への属否」が争われることがある。このような事例においては、その性質上、(2)で見た傾向は看取し得ない。したがって、この類型の事例群については、また異なる観点からの検討が必要となる。以下、まずはこの類型に該当する事例について、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められた事例と認められなかった事例とに分けて整理した後、その判断傾向を見出せるか否か検討する。

45 前掲【NTTデータⅢ】、前掲【SAVOY】、前掲【Fashion Walker／ファッションウォーカー】、前掲【グラム】[グラム／GRAM]、前掲【MUSUBI】、前掲【アンドホーム】、前掲【Lingua Franca'】、前掲【ビットスター】[Bitster]、前掲【チャイルドスペースジャパン】参照。

他方、同じく使用商品役務の性質の特定が一般的に困難と思われる事例であっても、関連する施行規則別表中の具体例が詳細であるために、上記述べた類型化によって「指定商品又は指定役務についての使用」該当性を整合的に説明できる——すなわち、【A1】【A2】の類型に該当すると評価できる——事例も存在する(前掲【アイライトⅠ】、前掲【クリーンマスター】、前掲【JanNavi／ジャンナビⅠ】、前掲【dbx】、前掲【SIGMASTAR／シグマスター】)。

(a) 「指定商品又は指定役務についての使用」が認められた事例

施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言が争いの対象となった事例のうち、ほとんどは「指定商品又は指定役務についての使用」が認められている(24件中20件)。例えば、「アメリカ製」と表示のあるティーシャツに登録商標を使用したことが指定商品「米国製のティーシャツ」についての使用と認められた事例⁴⁶、ランニング用シューズに登録商標を使用したことが指定商品「……運動靴(ゴルフ専用のを除く。)……」についての使用と認められた事例⁴⁷、生地に野菜を練り込んだパスタに登録商標を使用したことが指定商品「野菜を材料として用いた穀物の加工品」についての使用と認められた事例⁴⁸、商品名を「激落ちくん」とするメラミンスポンジに登録商標を使用したことが指定商品「メラミン樹脂製の清掃用研磨スポンジ……」についての使用と認められた事例⁴⁹などがある⁵⁰。

もっとも、この中には、(本文中で指摘した各事例のように)およそ指定商品役務への属否が明確なものだけでなく、必ずしも指定商品役務との対応関係

46 知財高判平成25年1月21日(平成24年(行ケ)第10240号)[Goodwear]。

47 知財高判平成29年10月19日(平成29年(行ケ)第10052号)[BROOKS]。

48 知財高判令和3年5月19日(令和2年(行ケ)第10119号)[野菜コロ]。

49 知財高判令和3年6月29日(令和3年(行ケ)第10004号、第10005号)[レック]。

50 その他、この事例群に位置付けられるものとして、知財高判平成24年1月18日(平成23年(行ケ)第10281号)[NTTデータⅠ]、知財高判平成24年6月20日(平成23年(行ケ)第10441号)[NTTデータⅡ]、知財高判平成24年7月25日(平成24年(行ケ)第10080号)[カエデの葉様の図形・文字等]、知財高判平成24年11月19日判時2174号112頁[青山ケンネンスクール]、知財高判平成25年1月10日判時2188号103頁[LANCASTER]、知財高判平成27年9月29日(平成27年(行ケ)第10008号)[FREEBIT]、知財高判平成27年9月30日(平成27年(行ケ)第10086号)[ハイガード/HIGUARD]、知財高判平成28年4月26日(平成27年(行ケ)第10179号)[MFX]、知財高判平成29年6月8日(平成29年(行ケ)第10033号)[スイス連邦の国旗を模した図形]、知財高判平成30年12月19日(平成30年(行ケ)第10101号)[POTENZA]、知財高判令和2年1月28日(令和元年(行ケ)第10078号)[AROMA ZONE]、知財高判令和3年3月25日(令和2年(行ケ)第10127号)[松右衛門帆]、知財高判令和3年9月29日(令和3年(行ケ)第10046号)[Nクール]、知財高判令和3年11月4日(令和3年(行ケ)第10061号)[三相乳化Ⅱ]、知財高判令和4年9月28日(令和4年(行ケ)第10038号)[W.I.S.E.-CSI300 China Tracker]がある。

が明確ではないものも存在する。例えば、[三相乳化Ⅱ]においては、使用商品が（商標権者の説明によれば）「人間の皮脂の研究から確立した三相乳化という独自の乳化法を用い、皮脂の組成に限りなく近い成分で作上げた乳液」であるスキンミルクであるのに対して、問題となった指定商品が「化粧品（界面活性剤を使用せず、その代わりに親水性ナノ粒子の物理的作用力を利用した乳化技術を用いて製造した化粧品を除く。）」であった⁵¹。本件では、当該指定商品についての使用を認めたものの、指定商品の文言・使用商品の性質が不明確であるがゆえに、「指定商品についての使用」を否定する結論もあり得たように思われる⁵²。このように、指定商品役務または／および使用商品役務が明確ではないため判断に迷うような事例は複数存在する⁵³。

(b) 「指定商品又は指定役務についての使用」が認められなかった事例

他方、施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言が争いの対象となった事例のうち、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められないとした事例は、実質的には次に掲げる1件（形式的な事件数としては4件）にとどま

51 なお、登録商標権に係る指定商品は「せっけん類、化粧品、香料類」であって、「（界面活性剤を使用せず、……製造した化粧品を除く。）」の部分は審判請求人が付したものである。

52 もっとも、この商標登録に関しては、同一の審判請求人から、「界面活性剤を使用せず、その代わりに親水性ナノ粒子の物理的作用力を利用した乳化技術と用いて製造した化粧品」「化粧品（界面活性剤を使用せず、その代わりに親水性ナノ粒子の物理的作用力を利用した乳化技術を用いて製造した化粧品を除く。）」という、「化粧品」について排反の関係にある2つの指定商品について不使用取消審判が請求されていた（加えて、「せっけん類」「香料類」についても同様に、それぞれ2つずつ審判請求がなされていた）。施行規則別表上、使用商品である乳液が化粧品の下位集合として記載されているため、少なくともいずれか一方の審判請求は不成立とすべきという価値判断の下、未だ不使用取消しが確定していなかった本件については「指定商品についての使用」を認めなければならないとの考慮が働いた可能性を否定できない。

53 その他、前掲 [NTTデータⅠ]、前掲 [NTTデータⅡ]、前掲 [青山ケンネンスクール]、前掲 [FREEBIT]、前掲 [ハイガード／HIGUARD]、前掲 [MFXX]、前掲 [スイス連邦の国旗を模した図形]、前掲 [POTENZA]、前掲 [松右衛門帆]、前掲 [Nクール]がある。もっとも、本項に整理されていることから分かるように、いずれも結論として「指定商品又は指定役務についての使用」を認めている。

る。すなわち、指定商品を「LED ランプを除く、電球類及び照明器具」とする「エコルクス」関連商標権に係る一連の審決取消訴訟のみが、本項に分類される⁵⁴。これら訴訟において裁判所は、その光源としてLEDを用いた、人の動きを検知して自動的に点灯するセンサーライトに登録商標を使用したという事実関係に基づき、当該使用商品は「LED ランプ」に該当するため「指定商品についての使用」は認められないと判断した。

このように本項へと分類される事例が少ないことの理由は明確でないが、あり得る説明としては次のものが考えられる。すなわち、そもそも「施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言」が問題となるためには、基本的には、「審判請求人による限定」又は「商標権者による限定」が加えられる必要がある。このうち前者の場合には、商標をピンポイントで取り消したいという観点から限定が付される以上、「当該指定商品役務についての使用」が認められないことが多いと考えられる。こうした推測に加えて、（（注30）及びそれと対応する本文において述べた次第で）商標法50条2項の要件のいずれかを満たさないことが明らかな事案は審決取消訴訟まで争われることが少ないとの推測が成り立つのであれば、上記「審判請求人による限定」が付された事例はほとんど訴訟の対象とならないという帰結が自然に導かれる。他方、登録商標権に係る指定商品役務について「商標権者による限定」があらかじめ加えられたという後者の場合においては、敢えて限定的な商品役務を指定した以上、その商品役務に登録商標を使用する意思は相対的に強く、かつ、実際に使用していることが多いため、結果として「指定商品又は指定役務についての使用」が認められるケースが多くなった（本節（a）参照）のではないかと考えられる。

54 知財高判平成24年9月12日判時2168号133頁 [エコルクス（第一次）] [エコルクス／ECOLUX（第一次）]、これら取消判決の拘束力に基づき同様の判断をした審決を適法とした事例として知財高判平成26年1月29日（平成25年（行ケ）第10256号、第10257号） [エコルクス（第二次）] [エコルクス／ECOLUX（第二次）]。

(c) 検討

以上述べた通り、現実には争われた訴訟のうち、「商標法施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言が問題となった事例」では、そのほとんどの事例で「指定商品又は指定役務についての使用」が認められる、という傾向が見られた。しかし、以下述べるように、これほどまでに単純な裁判例の整理には問題があるように思われる。すなわち、前項の最後に述べたように、そもそもこの類型に当たる事例のうち「指定商品役務への属否」が否定されるような事実関係の事案——「商標をピンポイントで取り消したいという観点」から「審判請求人による限定」がなされた事案——の多くは、裁判所で争われるまでもなく確定し、したがって、裁判例のみに着目すると暗数になってしまうと推測される。こうした構造的な偏りが存在するにもかかわらず、例えば「商標法施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言が問題となった事例は、一部の例外を除き、基本的に、指定商品又は指定役務についての使用が認められる」と類型化すると、いざ暗数となっていた種の事案が裁判例として現れたとき、（仮に制度全体を観察すれば判断傾向に変化が見られないとしても）一貫性を欠く結果が生じてしまう。したがって、実際の事例としては現れていないとしても、この種の問題点を解消し得る類型化を可能な限り模索すべきである。

こうした観点からすると、少なくとも、【B2】指定商品又は指定役務の文言に当たらないことが明確な場合には「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない、という類型を観念すべきであろう。例えば、もっぱらゴルフ用シューズとして販売されている運動靴について登録商標を使用しても、指定商品「運動靴（ゴルフ専用のもを除く。）」についての使用とは認められない。もっとも、前掲 [エコルクス] [エコルクス / ECOLUX] のような事例は、「LED を光源として用いたセンサ・ライト」が「LED ランプ」に該当する——それゆえに、「LED ランプを除く……」とした指定商品の文言に当たらない——ことが明らかとまでは言えないため、少なくとも【B2】に整理することはできないと考えられる。

他方、【B2】の反対概念として、【B1】指定商品又は指定役務の文言に当たることが明確な場合には「指定商品又は指定役務についての使用」が認められる。これに加えて、【B1'】①商標法施行規則別表において定められた文言と②それとは異なる文言からなる指定商品役務が問題となった場合であって、①については商標法施行規則別表の具体例と一致し、②については使用商品役務が明らかにそれと合致するときには、同じく「指定商品又は指定役務についての使用」が認められる。例えば、野菜を練り込んだパスタについて指定商品「②野菜を材料として用いた①穀物の加工品」に係る登録商標を使用した場合について考えると、②野菜を練り込むなど材料として用いたことが明らかであり、かつ、①施行規則別表中「穀物の加工品」の具体例として掲げられている「スパゲッティの麺」と合致するため、「当該指定商品についての使用」が認められる（前掲「野菜コロ」）。

以上の考え方によれば、「【B3】本節で述べたうち、『必ずしも指定商品役務との対応関係が明確ではない』事例群⁵⁵」に該当しないものを全て説明することができる。それでは、【B3】についてはどのように考えるべきか？一つに、前掲「エコルクス」を例外的な事例と位置付け、【B3】に該当するものは基本的に「指定商品又は指定役務についての使用」に該当する——これを言い換えると、本節の類型に当てはまるもののうち、【B2】に該当しないものは、基本的に「指定商品又は指定役務についての使用」に該当する——と整理する考え方がある。しかし、後述するように、前節で保留とした【A3】と併せて考えることによって、前掲「エコルクス」を例外と位置付けることなく、一貫した傾向を見て取れる。したがって、【B3】は次節でまとめて検討する。

55 前注(53)の各事例、前掲「三相乳化Ⅱ」、前掲「エコルクス(第一次)」[エコルクス/ECOLUX(第一次)] [エコルクス(第二次)] [エコルクス/ECOLUX(第二次)]が【B3】に該当する。

(4) 【A3】 【B3】 に該当する場合

既に述べたように、【A3】 使用商品役務と施行規則別表中の具体例との対応関係が不明確な場合、【B3】 使用商品役務が指定商品役務へ属することが明確とも、属しないことが明確とも評価できない場合には、従前の裁判例の傾向として十分な説明をなし得なかった。換言すると、指定商品役務や施行規則別表中の具体例、使用商品役務そのものを客観的に観察することのみでは、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められたケースとそれが認められなかったケースとの相違点を抽出することができない事例が複数みられる。例えば、「……電子計算機用プログラムの提供」という点で指定役務が共通する前掲 [NTT データⅢ] と前掲 [ビットスター] [Bitster] では、いずれも商標権者ホームページ上で自社サービスの説明とともに登録商標を使用していた。さらに、両記載からは、いずれも電子計算機用プログラムに係る事業を実施していることを窺い知ることができた。それにもかかわらず、このような共通項を有する2つの事例について裁判所は、前者に「指定役務についての使用」を認め、後者にはこれを認めなかった。

(a) 「指定商品又は指摘役務についての使用」が認められた事例についての検討

以上の結論の異同をどのように考えるべきか？ これについて検討する前に、具体的な事実を捨象した全体の傾向を確認すると、「指定商品又は指定役務についての使用」を認める事例がかなりの割合を占めているということが分かる。すなわち、【A3】 【B3】 に該当する事例は合わせて26件あるところ、そのうち19件が「指定商品又は指定役務についての使用」を認めている。さらに言えば、(登録商標のみが若干相違しており) 指定商品役務・使用商品役務が同一である事例、前訴判決の拘束力に基づく判断がなされた事例を除くと、21件中18件が「指定商品又は指定役務についての使用」を認めている。このような結果からすると、(【A2】 【B2】 といった「フィルター」をすり抜けた結果)

【A3】【B3】に当てはまった境界線上の事例については、【C1】後述する【C2】の事由に該当しない限り、幅広く「指定商品又は指定役務についての使用」を認めるという傾向が導き出される。すなわち、指定商品役務の解釈のために参照する証拠（辞書など）次第で結論がどちらにも転び得る事案については、いわば「疑わしきは商標権者の利益に」とした上で、「指定商品又は指定役務についての使用」を否定できる要素が認められる場合（後述【C2a】【C2b】参照）に限ってこれを否定するという傾向が見て取れる。

もちろん、このような考え方については、本章（3）（c）の冒頭で指摘したような問題点——指定商品役務への属否を肯定する方向に働く構造的バイアスが存在する以上、それを無視して安易な類型化をすることは、暗数となっている事例群に対して一貫した説明を与えることができなくなる——がそのまま妥当するほか、敢えて不明確な指定商品役務について商標登録を受けることにより不使用取消しとされにくくすることができてしまうという批判が考えられる。しかし、これらの批判に対しては、一応の反駁が可能である。

第一に、【C1】の対象となっている事例は、（前記の通り）【A2】や【B2】というフィルターを潜り抜けた境界線上の事例であるために、仮にその全てが「指定商品又は指定役務についての使用」に該当すると考えても、前節で指摘したほどの不合理な帰結は生じない。加えて、後述するように、【C2】という新たなフィルターによってある程度柔軟な類型化がなされ得ることも併せ考えると、（3）（c）で仮定的に示した「商標法施行規則別表に用いられた文言とは異なる文言が問題となった事例は、一部の例外を除き、基本的に、指定商品又は指定役務についての使用が認められる」という単純な類型化とは、状況が大きく異なると言えよう。

第二に、確かに、商標権者が敢えて不明確な商品役務を指定することによって商標登録が維持されてしまうといった問題は発生し得るが、それは、商標制度にとってさほど大きな弊害を生じさせない（ため、さしあたり無視し得る）。すなわち、商標権の効力は「指定商品役務と同一又は類似の商品役務」につい

での使用に対して及ぶところ、不明確な商品役務を指定することによって「同一又は類似」の範囲——つまり、当該商標権の権利範囲——も限定され、結果として、パブリックドメインの浸食具合も小さくなる（例えば、指定商品を「工楽松右衛門の創製した帆布を用いたかばん類」とする商標権の効力範囲は、指定商品を単に「かばん類」とする商標権に比べると狭いものとなるだろう）。また、あまりに不明確な指定商品役務であれば、そもそも商標法6条1項非該当を理由に拒絶査定がなされること⁵⁶、指定商品役務中の不明確ではない部分と使用商品とが明らかに異なる場合には【A2】や【B2】に該当するがゆえに「指定商品又は指定役務についての使用は認められない」との結論が導かれること⁵⁷からすると、【C1】の考え方によって生じ得る上記問題は深刻なものではなく、結果として、【C1】の考え方を維持することはなお是認されるように思われる。

(b) 「指定商品又は指定役務についての使用」が認められなかった事例についての検討

先に述べたように、わずかではあるものの、【A3】【B3】に該当する事例の中には「指定商品又は指定役務についての使用」が認められなかった事例が存在する。いずれも本文中で言及した、前掲 [エコルクス] [エコルクス/ECOLUX] ((3) (b) 参照)、前掲 [Lingua' Franca'] ((2) (b) 参照)、前掲 [ビットスター] [Bitster] ((2) (b) 参照) である。各々の指定商品役務、商標法施行規則別表中の具体例、使用商品役務に関する限りでは、これら事例

56 商標審査基準第5 第6条（一商標一出願）（「指定商品又は指定役務の記載は、……その商品又は役務の内容及び範囲が明確に把握できるものではなく、指定商品又は指定役務の表示が不明確なときは、第6条第1項の要件を具備しないものとして、拒絶の理由を通知する。」）参照。

57 例えば、「工楽松右衛門が発明した帆である『松右衛門帆』を複製し、これを素材として使用したと称される、ズボン」（なお、前述の通り、「ズボン」は施行規則別表中の「洋服」という小区分の下位集合である）について登録商標を使用したとしても、指定商品「工楽松右衛門の創製した帆布を用いたかばん類」についての使用とは判断されない。

間の共通項を抽出できないが、より広く、登録商標を使用する際の態様を含めた外在的事情を考慮すると、【C1】に該当する事例群には見られない）一応の傾向を見出すことができる。すなわち、【C2】使用態様において、需要者に「商標権者が提供する商品役務が、問題となった指定商品・指定役務に係るものではない」と認識される外在的事情が存在する場合には、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない、と考えることができる。具体的には、【C2a】商標出願・登録の時点から、当該商標権に係る商標権者あるいは使用権者の業態が大きく変わっている事例、【C2b】商標権者による使用商品役務に関する説明（使用商品役務の名称や使用商品役務の提供に伴って付される説明文、関連する紛争時の主張立証等）が指定商品役務と矛盾し、あるいは不整合をきたしている事例が認められる⁵⁸。実際の事案に即して詳しく見ていこう。

まず【C2a】に当たる事例として、前掲 [Lingua' Franca'] がある。同事案では、語学の一分野とされる「グロービッシュ」の学習者のための SNS サイトについて登録商標を使用したことが指定役務「語学に関する知識の教授……」についての使用と認められるか否か問題となり、裁判所はこれを否定した。この事実関係からは、その SNS サイトの性質を特定することが困難であるために、直接「指定役務についての使用」が認められないとの結論を導き出すことは困難な——すなわち、【C1】の事例群のように、「指定役務についての使用」を認めるという結論もあり得た——ように思われる。しかし、本件においては、次のような事実が認められる点で【C1】の各事例とは区別し得る。すなわち、[Lingua' Franca'] における上記 SNS については、「商標出願・登録時に行われていた『グロービッシュの教育』に付随して提供されていた副次的なサービスであり、かつ、要証期間内においては『グロービッシュの教育』

58 もっとも、本文の記述は、【C2】に該当する類型が【C2a】【C2b】に限定されるべきという規範的主張を含まない。すなわち、あくまで本稿で検討対象とした事例の中では、【C2】と一般化される類型に属する事例の絶対数が少ないため、上記2つの場合しか認められなかったと記述的に整理したにすぎない。

それ自体は終了し、CSRの一環として維持されていた交流用 SNS に登録商標を使用していた」という事情が存在する。このような業務態様の変更されたという事実経過を考慮すると、この SNS に接する需要者⁵⁹は、もはや登録商標が「語学に関する知識の教授」に向けられたものではないことを認識できよう。

なお、「指定商品役務への属否」ではなく「指定商品役務との具体的関係において使用されている⁶⁰」か否かが問題となった事案と評価されるため本稿の検討対象からは外れるものの、この類型と同一線上に位置付けられる事例として、[FRM / ファイナンシャルリスクマネジャー]⁶¹がある。同事案では、要証期間内に配布されたリスクマネジメント研修の案内書中に登録商標を含む記載が認められたものの、商標権者が運営するリスクマネジメント研修の名称は商標登録出願時の「FRM」から「FRC」へと変更されており、要証期間内に「FRM」を使用する研修は実施されていなかった。裁判所は、このような事実に基づき、案内書中の「FRM」とする記載は、指定役務「……セミナーの企画・運営又は開催」に関連する使用と認められなかった。（先に述べたように、厳密には異なる要件が問題となったものではあるが、）商標権者の業務態様が大きく変わった結果、需要者に「商標権者が提供する役務が、問題となった指定役務に係るものではない」と認識されるという点で、【C2a】と同様の傾向を見て取ることができる。

他方、【C2b】に当たる事例としては、前掲 [エコルクス] [エコルクス / ECOLUX] と前掲 [ビットスター] [Bitster] がある。

[エコルクス] [エコルクス / ECOLUX] では、「光源として LED を用いた、人の動きを検知して自動的に点灯するセンサーライト」に登録商標を使用したとしても指定商品「LED ランプを除く、電球類及び照明器具」についての

59 具体的な認定はされていないが、上記の事実に鑑みると、ここで想定される需要者の多くは、「グロービッシュの教育」をかつて受けていて、かつ、それが終了していることを認識していると考えられる。

60 最判昭和43年2月9日民集22巻2号159頁 [青星] 参照。

61 知財高判平成28年8月25日（平成28年（行ケ）第10048号）。

使用とは認められないと判示した。先に述べたように、「LEDを光源として用いたセンサーライト」が「LEDランプ」に当たるかは必ずしも明確ではなく、そのみではいずれの結論もあり得たように思われる。もっとも、この事案には次のような外在的事情が認められていた。すなわち、「LEDランプを除く」の部分は、前件不使用取消審判請求が成立したことの効果として付加されたものである。そして、その前件審判請求手続においては、商標権者により、本件商品（光源としてLEDを用いた、人の動きを検知して自動的に点灯するセンサーライト）が「LEDランプ」に該当すると主張されていた。これに対して、はじめは当該主張が認められ、不使用取消審判請求不成立審決がなされた一方、その取消訴訟においては、本件商品についての登録商標の使用が開始されたのは要証期間を過ぎた後であると判断され、最終的に、本件商標権の指定商品が「LEDランプを除く、電球類及び照明器具」に減縮された。このような経緯に鑑みると、商標権者が自ら本件商品を「LEDランプ」として扱っていることが外形上認められる。こうした事実関係に基づけば、「LEDランプを除く」の部分が商標権者による使用商品役務に関する説明と矛盾し、よって「商標権者が提供する商品役務が、問題となった指定商品・指定役務に係るものではない」と認識され得る状態にあったと考えられる。

次に、[ビットスター] [Bitster] においては、自らがゲーム開発をしている旨を記載した商標権者ホームページ上の広告について登録商標を使用したとしても指定役務「……娯楽用電子計算機用プログラムの提供」についての使用とは認められなかった。先に述べたように、この事実関係のみに基づくと、類似事案である前掲 [NTT データⅢ] で「指定役務についての使用」を認めたこととの関係を説明付けることが困難となる。しかし、【C2b】商標権者による役務の説明との不整合という観点から事案を観察すると、両事案には次のような相違が認められる。すなわち、[ビットスター] [Bitster] では、「株式会社ビットスターは、アーケードゲームや家庭用ゲームソフト、スマホ用アプリなどの企画および開発をしている会社です。開発受託を承っております。ゲー

ム以外のコンテンツ開発や共同開発のご提案なども大歓迎です。お気軽にご相談ください。」などとしてゲーム開発を行っていることまでしか記載されておらず、その開発されたゲームを自ら「提供」していることを窺い知ることができないのに対して、[NTT データⅢ] では、ホームページ上のサービス説明において「……電子計算機用プログラムの提供」に向けた詳細な説明文が付されていた。このように、一見すると類似する二つの事案ではあるが、[ビットスター] [Bitster] には、使用役務の提供に伴って付される説明文が指定役務と不整合をきたしており、結果として、「商標権者が提供する商品役務が、問題となった指定商品・指定役務に係るものではない」と需要者に認識される固有の外在的事情が存在すると考えられる。

以上見たように、【A】【B】の各類型における整理では説明が困難であった事例についても、【C2】という分類軸を導入することによって、整合的な説明が可能となった。そして、次に述べるように、この類型化の考慮要素は、法の趣旨に適合的なものであり、理論的な裏付けをも有する。すなわち、そもそも商標不使用取消制度の趣旨は、「登録商標の使用を一定期間行わない場合には保護すべき業務上の信用が発生しないか、発生した信用も消滅するので、保護すべき対象がなくなる⁶²」ことから、かような登録商標に係る独占権を取り消して、パブリックドメインを確保することにあると理解されている。したがって、何らかの事情によって「指定商品又は指定役務について需要者からの信用が蓄積され、又はその信用が使用される状態になっていない」場合に「指定商品又は指定役務についての使用」が認められないとすることは、法の趣旨に適合している。そして、上述した【C2】（使用態様において、需要者に「商標権者が提供する商品役務が、問題となった指定商品・指定役務に係るものではない」と認識される事情が存在する場合）は、まさに「指定商品又は指定役務について需要者からの信用が蓄積される状態になっていない」場合であることからす

62 金井重彦ほか編『商標法コンメンタール』832頁（勁草書房、新版、2022）〔松井宏記〕。

ると、【C2】という類型化は、（確かに事例に乏しいために経験的な分析のみでは説得力を欠くものの、）理論的に正当なものといえることができる。

(5) 小括

以上をまとめると、「指定商品役務への属否」に係る従前の裁判例の傾向は、次のように整理できる。

まず、【A】「商標法施行規則別表において定められた商品役務と実質的に同一の文言を使用した指定商品役務が問題となっている」場合には、商標法施行規則別表中の具体例と使用商品役務との関係（一致・不一致）次第で異なる結論が導かれる。つまり、問題となった指定商品役務の下位集合に含まれる具体例と使用商品役務とが一致する場合には「指定商品又は指定役務についての使用」が認められ（【A1】）、問題となった指定商品役務の下位集合に含まれない具体例のみと一致する場合には「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない（【A2】）。ここで重要なのは、指定商品役務の文言の一般的な解釈を離れて、専ら施行規則別表中の具体例との対比を行うということである。このように考えることによって、通常の文言解釈とは乖離する判断をした裁判例をも整合的に位置付けることができる。他方、施行規則別表に記載されたいずれの具体例とも一致すると言い難い場合には、【C1】／【C2】の類型化によって事案と結論との対比関係が説明付けられる（【A3】）。

次に、【B】「商標法施行規則別表に用いられた商品役務の文言とは異なる文言が問題となっている」場合には、「問題となった指定商品役務と使用商品役務が一致することが明らかか／相違することが明らかか」が結論を左右する。すなわち、問題となった指定商品役務と使用商品役務とが一致することが明らかと評価できる場合には「指定商品又は指定役務についての使用」が認められ（【B1】）、両者が相違することが明らかと評価できる場合には「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない（【B2】）。他方、指定商品役務が不明確であったり、使用商品の性質決定が困難であったりして、いずれとも評価

できない場合には、【A3】と併せて、【C1】／【C2】の類型化に委ねられる（【B3】）。

最後に、【C】上記の類型化によっては結論を総合的に説明できなかった場合（【A3】【B3】に該当する場合）には、次のような傾向が認められる。すなわち、基本的に「指定商品又は指定役務についての使用」が認められる（【C1】）ものの、使用態様において、需要者に「商標権者が提供する商品役務が、問題となった指定商品・指定役務に係るものではない」と認識される外在的事情が存在する場合には、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない（【C2】）。そして、【C2】に分類される事例として、より具体的には、【C2a】商標出願・登録の時点から、当該商標権に係る商標権者あるいは使用権者の業態が大きく変わっている事例、【C2b】商標権者による使用商品役務に関する説明が指定商品役務と矛盾し、あるいは不整合をきたしている事例が存在する。

なお、上記の各類型化を見ると、【A】【B】は具体的かつ固定的な基準を有する一方、【C2】の類型化は相当程度に抽象的である。このような抽象性を前提にすると、ともすれば、【A】【B】の類型化（特に「施行規則別表中の具体例」という媒介項を挟まない【B】の類型化）は不要であり、単に【C2】に該当するか否かのみによって裁判例を整理できるため、【A】【B】というステップを敢えて設けて従前の裁判例を整理する必要はないのではないかの批判が考えられる。筆者は、この批判の理論的な正当性を否定することはできないが、その一方で、（従来の裁判例の整理に基づいて本判決の射程を検討し、又は、将来の事案に対する結論の見通しを示すという目的からすると、）なおも【A】【B】という類型化のステップを設けることに実践的な意義があると考ええる。すなわち、本稿の整理において【C】に分類された事例は25件にとどまり、全体（94件）の3割以下である。換言すると、多数の事例は柔軟かつ抽象的な類型化によらずとも明確な線引きをし得る。そうすると、こうした事件として争われやすいものについては予め具体的な「ルール」を設けて判断の明確性・予測可能性を確保し、一方で、事件として生じにくく、かつ、ケースバイケースの判断が求められやすい事例——施行規則別表中の文言を使用していなかったり、性質決

定が困難となる特殊な商品役務に登録商標が使用されていたりする事例——については柔軟性の高い「スタンダード」型の規範による判断を期待することにより、全体的な効率性を実現できる⁶³。このような観点からすると、【C2】という「スタンダード」型の類型化だけではなく、【A】【B】（又は【C2a】【C2b】）といった「ルール」型の類型化にも意義があるように思われる。

3. 検討一審判決の位置づけと射程一

以上の通り、「指定商品又は指定役務についての使用」該当性に関する従前の裁判例の傾向からは、必ずしも指定商品役務の文言の厳格解釈に拘束されるわけではなく、施行規則別表中の具体例が影響したり、商標の使用態様に係る外在的事情によって結論が左右されるといった傾向が見て取れる。以下、この類型化を前提に、本判決（[IRO PARIS]）の検討を行う。

まず、本件で問題となった指定商品「フランス製の被服、フランス製の履物……」について見ると、これらは「フランス製の」という部分と「被服、履物……」という部分から構成される。そして、後者は確かに商標法施行規則別表に記載された商品をそのまま用いたものである一方、「フランス製の」やそれに準ずる「〇〇（地域）製の……」とする商品役務の文言は施行規則別表に用いられていない。そうすると、少なくとも本件は【A】の類型に該当する事案ではない。

次に【B】について考える。まず、本件では、少なくとも「スカート」「ドレス」

63 本稿の検討対象はあくまで従前の裁判例の傾向分析にとどまり、規範形成のあり方について論ずるものではない。そのため、厳密には議論の焦点が異なるが、いわゆる「ルール対スタンダード」論については、See Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992). その他、いずれも商標法に関するものではないが、邦語研究として、森田果「最密接関係係法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリスト1345号66頁（2007）、鳥並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁（2008）など参照。

が記載された雑誌に登録商標（と社会通念上同一と主張される商標⁶⁴）が使用されていることが認定されている。そして、施行規則別表における「被服」の下位集合には、「スカート」「ドレス」といった具体例が記載されているために、この点のみをもって【B2】に該当するとは言えない。次に、本件使用商品は、実際にはフランスで製造されていないとしても、その企画の大部分はフランスで進行しており、かつ、フランス国法人による厳格な品質管理もなされていることから、（判決文中にも指摘されている通り）「実質的にはフランス製」と言い得るものであった。換言すると、「フランス製」であることが明らかとは言えないものの、必ずしも「フランス製」でないことが明らかとも言えない事案であったと評価できよう。したがって、本件は、まずは【B3】に該当するとして、【C】の類型化のステップによって「指定商品又は指定役務についての使用」該当性が問われる事案と位置付けられる。

先に見たように、【A3】【B3】に当たるものは基本的に「指定商品又は指定役務についての使用」を認めるという傾向にある（【C1】）が、使用態様において、需要者に「商標権者が提供する商品役務が、問題となった指定商品・指定役務に係るものではない」と認識される事情が存在する場合には、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められない（【C2】）。そこで、本件に現れている事実関係を見ると、商標権者は、自身のホームページにおいて、その商品に係る「PRODUCT DETAILS」欄に「Made in China」と記載している一方、「実際には『フランス製』と同視し得る程の厳格な品質管理がなされている」旨の記載が同ホームページに存在することまでは認定されていない⁶⁵。このような事実や、一般的に商品の製造地が商標の機能に影響を及ぼす需要者の関心事と

64 本件では、使用商標（「IRO」「www.iroparis.com」）が登録商標と社会通念上同一の商標であるか否かも争点とされていた。もっとも、原審決及び本判決ではこの点について判断することなく、商標取消しの結論を導いた。

65 加えて、本稿執筆段階で筆者が確認した限り、これに相当する記載は同ホームページに見られなかった

捉えられていること⁶⁶に鑑みると、商標権者による使用商品役務に関する説明が指定商品役務と矛盾し、あるいは不整合をきたしている（【C2b】）と評価できる。それゆえに、本件登録商標が使用された商品や商標権者ホームページに接した需要者から得られる「IRO PARIS」商標に係る信用は、もはや「中国で製造された被服」に関するものであって、「フランス製の被服」に関するものではない（【C2】）。したがって、本判決の「指定商品についての使用と認められない」という結論は、従前の裁判例の傾向と整合的であり、特に厳しいものではないと評価できる。

そして、このような理解によれば、「必ずしもフランスで製造がなされていないとしても、フランス国法人による厳格な品質管理がなされていることが需要者にとって認識可能な場合」には、本判決の射程が及ばない。換言すると、仮に、商標権者のホームページにおいて「フランスにおける商標権者の品質管理が徹底されており、商標権者自らがフランスにおいて製造したものと同視できる」と需要者が認識し得る程度の記述があれば、本判決の結論は異なっていた可能性がある。（本判決の文言を素直に読んで）「指定商品を『〇〇製の～』としたとき、『指定商品又は指定役務についての…使用』に該当するためには、実際に『〇〇国』で製造されていなければならない」と理解すると、実務上の問題が発生し得る旨指摘されている⁶⁷が、上記のように理解すれば、かかる問題点は相当程度払しょくできよう。

もっとも、上記述べた考え方は、あくまで従前の裁判例の傾向と整合的に本判決を位置付けることを前提としている。したがって、本判決が従前の裁判例の傾向を覆し、「『指定商品役務への属否』は指定商品役務の文言に照らして厳格に解すべき」という新たな規範を示したものと位置付ける考え方も論理的に成り立ち得る。しかし、以下論ずるように、このような新たな規範を一般論として用いることには慎重になるべきである。すなわち、第一に、ここまで述べ

66 最判平成15年2月27日民集57巻2号125頁〔フレッドベリー〕参照。

67 前注(8)参照。

てきたように、『指定商品役務への属否』は指定商品役務の文言に照らして厳格に解すべき」とした場合、従前の裁判例の傾向と乖離することとなり、商標実務に混乱をもたらしてしまう（従前の傾向からの慎重論）。そして第二に、そもそも「指定商品又は指定役務についての使用」該当性判断に際して、これを厳格に解釈する必要性が大きい、という政策的観点からの慎重論が挙げられる。というのも、商標権の保護範囲は「類似の商品役務」にも及ぶ（37条）以上、指定商品役務の細かな表現に工夫が見られるとしても——本件で言えば、指定商品が「フランス製の…」であっても、「フランスで製造、企画、デザイン又は品質管理された…」であっても、「フランスにてデザインされフランス国法人としての出願人による厳格かつ恒常的な品質管理の下で出願人の指示に従って生産された…」であっても——その保護範囲に相違はないように思われる。そうすると、商標不使用取消しのリスクの下、出願時に商品役務の指定を詳細に検討させることで出願コストは増大する一方、それによる社会的利益——例えば、より広い範囲でパブリックドメインを確保できること——は（あったとしても）僅少である。したがって、総体的に見れば、「指定商品役務への属否」は実際の使用態様をも考慮した上で柔軟に判断する法制度を維持した方が、社会的厚生に資すると考えられる。そして、既述の通り、そうした法制度がこれまでのプラクティスである以上、これを新たに修正して、社会的厚生を低下させる解釈論を志向することは、政策的観点から妥当性を欠く。

以上をまとめると、本判決は、「商標権者の使用態様において指定商品と矛盾する説明がなされていたために、商標取消しという結論が導かれた事例」であって、「〇〇製の～」とする指定商品についての使用が認められるためには実際に「〇〇国」で製造されていなければならないとか、「指定商品役務への属否」判断において常に厳格な指定商品役務の解釈をしなければならないと判断した事例ではないと位置付けられる。

もっとも、このような解釈に対しては、①そもそも商標権者の具体的な使用

態様（外在的事情）を「指定商品役務への属否」の判断にあたって考慮して良いのか——指定商品役務の客観性との整合性——、②本判決でも提示された38条5項かつ書きを考慮してもなお、厳格解釈以外の解釈論を採用し得るのか——条文の文言との整合性——という批判が考えられる。次章では、補論として、これら論点について検討する。

4. 補論—解釈論としての可能性—

(1) 指定商品役務の客観性との整合性

商標法上、指定商品役務とは、商標権の保護範囲を決する上で重要な役割を有する。すなわち、商標権の効力は、登録商標と同一又は類似の商標の使用であっても、指定商品又は指定役務と同一又は類似の商品役務に係る使用でなければ及ばない。したがって、指定商品役務は、登録商標とともに、商標権の効力範囲を公示する機能を有するといえることができる。このような性質に鑑みると、指定商品又は指定役務の解釈が商標使用者の態様によって浮動的になされることは、権利範囲の安定性・予測可能性を害するものであって妥当でない。それゆえに、指定商品役務の意義を解釈するにあたっては、個別具体的な外在的事情を考慮すべきでない（指定商品役務の客観性の要請）⁶⁸。

そして、このように考えた場合、本稿で記述してきたような、商標権者の使用態様に基づいて「指定商品又は指定役務についての使用」該当性を判断するという【C2】の考え方、あるいは、その傾向と整合的になされた本判決の理解は、批判の対象となり得る。

もっとも、本稿が示した解釈のうち「商標権者の使用態様」を考慮したのは、あくまで「指定商品役務への属否」という局面であって、これら要素に基

68 酒迎明洋「判批 [エコルクス]」『商標・意匠・不正競争判例百選』92頁、93頁（有斐閣、第2版、2020）（「指定商品役務は、商標と併せて、商標権の権利範囲を画する概念であって、いかなる範囲の商標・役務について商標を使用してはならないのかを取引者に公示する機能を果たす。したがって、指定商品役務の意義の解釈は、出願時の出願者の主観や権利者による具体的な使用の態様から離れ、客観的になされるべきであろう。」）参照。

づいて「指定商品役務の意義」を画定している——「指定商品役務の文言の解釈」を提示している——わけではない。そして、上記の通り「指定商品役務の意義の解釈」は確かに商標権の権利範囲に影響を及ぼす一方で、「指定商品役務への属否」はあくまで登録商標使用の抗弁（商標法 25 条）と不使用取消審判、商標権侵害に対する損害賠償の特例（同法 38 条 5 項）においてのみ影響をもたらす概念である。換言すると、「指定商品役務への属否」が関連するのは、商標権者が「特別な恩恵（類似商標権の侵害責任からの免除、商標登録の維持）」を得られるか否か／（38 条 5 項においては）被疑侵害者が「特別な制裁」を受けるか否かという局面のみであって、権利範囲（＝第三者の行為に対する規制範囲）の問題とは直結しない。そうであれば、（特に前二者のように）もっぱら商標権者の利益状況に関わる「指定商品役務への属否」の判断においては、商標権者がどのように「指定商品又は指定役務について使用」しているかを考慮することも許される。とりわけ、（【C2】のように）商標権者に不利に働く方向に使用態様を考慮して「特別な恩恵」を与えない——すなわち、「指定商品又は指定役務についての使用」が認められないとして商標登録を一旦取り消す——ことは、むしろ、ある商標に係る独占状態の維持と当該商標のパブリックドメイン化とのバランスを取るという不使用取消審判の趣旨に適していると言えよう⁶⁹。

69 「商標的使用の有無」という文脈ではあるが、飯村敏明「商標関係訴訟～商標的使用等の論点を中心にして～」パテント 65 巻 11 号 103 頁、111 頁（2012）（「[知財高判平成 18 年 1 月 31 日（平成 17 年（行ケ）第 10527 号）[がんばれ！ニッポン！] において] 裁判所は、不使用取消審判に係る事件については、当該制度が設けられた趣旨に照らして、商標権者（通常使用権者を含む。）が、商標を活用している実態が存在するような場合には、その使用態様を個別的具体的に検討し、商標権を取り消すという不利益を与えるほどの使用態様か否かという観点から総合考慮して、結論を導いているように推測されます。」）参照。また、関連して、公益的見地から、敢えて商標を維持するという「特典」を商標権者に与える以上、（審判段階で主張を欠いていたという）商標権者の落ち度が不使用取消審判にかかる規定の解釈適用に影響する旨論ずるものとして、最判平成 3 年 4 月 23 日民集 45 巻 4 号 538 頁 [シエトア] における坂上寿夫判事の反対意見も参照。

(2) 条文の文言との整合性

本判決において裁判所は、商標法上、「登録商標」には「登録商標と社会通念上同一と認められる商標」を含むと規定されている一方、「指定商品又は指定役務」にはそのような規定がないため、「指定商品又は指定役務と社会通念上同一と認められる商品又は役務についての使用」が認められるのみでは不使用取消しを免れるのに十分でないと判示した。

このような解釈を前提にした場合、本稿で示した類型化——特に、商標法施行規則別表中の具体例や個別の使用態様を考慮して、指定商品又は指定役務の文字通りの解釈よりも広い範囲で「指定商品又は指定役務についての使用」を認める余地を残したこと——は条文に適合しないとの批判が考えられる。

もっとも、「登録商標」と「指定商品又は指定役務」とで性質が異なることを考慮すると、上記批判が常に成り立つわけではない。すなわち、「登録商標」とは具体的に特定された一個の表現形態であって、厳密に言えば、「登録商標と同一の商標」は唯一または僅かしか存在しない⁷⁰。それゆえ、「商標」は敢えて「社会通念上同一のものも含む」としなければ、些末な相違点によって不使用取消しが認められてしまい、商標権者の利益を過度に失わせることとなってしまう⁷¹。「社会通念上同一と認められる商標を含む」とする規定は、このような商標権者に酷な状況を救済する目的で定められたものと考えるのが相当である。

一方、「商品又は役務」とは、それ自体幅のある概念であって、極度に限定された「商品又は役務」であったとしても、多様な「指定商品又は指定役務と同一の——つまり、そこに含まれる——商品又は役務」が想定され得る。換言すると、「商標」は点である一方、「商品又は役務」は面（領域）である。このような非対称性を考慮すると、両者を同一のレベルで解釈する必要はない。つ

70 例えば、図形からなる商標や文字をデザイン化した商標については、そのサイズや書体などまで突き詰めていくと、完全に「同一の商標」を再現することは困難である。

71 前掲 [ももいちご/百老五 I]（「現実の社会では、願書添付の商標見本と厳密な意味での同一の商標を、営業上絶えず同じ態様で固定して用いることはむしろまれであり、登録商標の使用の解釈を社会通念に合致するように行う必要があるためである。」）参照。

まり、前者にのみ救済的な「社会通念上同一」という要素が加えられたからといって、その反対解釈として、(そもそも概念上幅のある)「商品又は役務」について規範的な解釈をしてはならない、という結論を導くことは(少なくとも)必然ではない。したがって、本稿で提示した考え方——文言通りの「商品役務」に該当しないとしても、それに該当しないことが自明とまで言えない場合には、具体的な使用態様を考慮した上で「指定商品役務についての使用」を肯定する可能性がある——が、必ず条文に反するという事はない。

[付記]

本研究は、日本学術振興会国際共同研究事業英国との国際共同研究プログラム (JRP-LEAD with UKRI) JPJSJRP20211703、JSPS 科研費 JP22K20095、JP23K12398 の助成を受けたものである。また、本稿の執筆に先立って、加島広基弁護士・押谷昌宗弁護士より、知財実務オンライン (<https://www.youtube.com/watch?v=1VdcxX3b6DU>、最終閲覧：2023年11月14日) での報告の機会を賜った。本稿は、同報告の内容を基礎としつつ、その細部に加筆・修正を加え、また誤りを正したものである。記して感謝申し上げる。

(原稿受付2023年11月14日、採択決定2023年11月16日)