

商標制度の在り方について

平成18年2月

**産業構造審議会
知的財産政策部会**

産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会の開催経緯

企業活動においてブランド価値の創造が重要となっていることを踏まえ、ブランドの価値を象徴的に伝達する手段としての商標を保護する制度の中核をなす商標法の在り方について検討を行うため、平成15年6月に、産業構造審議会知的財産政策部会のもと、商標制度小委員会を設置し、以下のとおり開催した。

第1回小委員会 平成15年6月26日（木）

議事：ブランド戦略から見た商標制度の検討課題について

第2回小委員会 平成15年7月29日（火）

議事：「商標」及び標章の「使用」の定義の在り方について

第3回小委員会 平成15年9月11日（木）

議事：商標の効力範囲の在り方について

第4回小委員会 平成15年10月20日（月）

議事：小売業商標のサービスマークとしての取扱い及び団体商標制度の拡充について

第5回小委員会 平成15年12月1日（月）

議事：商標制度の枠組みの在り方について

第6回小委員会 平成16年5月25日（火）

議事：・著名な商標の保護の在り方
・これまでの議論のまとめ

第7回小委員会 平成16年7月13日（火）

議事：・模倣品の個人使用目的の輸入及び所持について並びにブランド戦略から見た商標制度の検討課題に関する関係団体の意見について
・ブランド戦略から見た商標制度の検討課題に関する関係団体の意見について

第8回小委員会 平成16年9月14日（火）

- 議事：・模倣品被害の現状について
・模倣品の個人使用目的の輸入及び所持について」及び「税関におけるマーク切除後の商品の輸入について

第9回小委員会 平成16年10月5日（火）

- 議事：地域ブランドの保護について

第10回小委員会 平成16年12月2日（木）

- 議事：・地域ブランドに関するニーズの実態について
・地域ブランドの保護について
・地域ブランドの保護について関係団体の意見について

第11回小委員会 平成17年1月14日（金）

- 議事：・地域ブランドの保護について
・模倣品に係る事例集について

第12回小委員会 平成17年2月18日（金）

- 議事：・地域ブランドの商標法における保護の在り方について
・模倣品の輸入及びインターネット取引に関する事例集について

第13回小委員会 平成17年10月28日（金）

- 議事：商標制度の在り方について

第14回小委員会 平成17年11月18日（金）

- 議事：商標制度の在り方（論点整理）について

第15回小委員会 平成17年12月9日（金）

- 議事：商標制度の在り方（論点整理）について

第16回小委員会 平成17年12月22日（木）

- 議事：商標制度の在り方について（報告書案）

第17回小委員会 平成18年1月31日（火）

- 議事：商標制度の在り方について（報告書案）

産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会名簿

小塚 莊一郎	上智大学大学院法学研究科教授
琴 寄 俊	社団法人電子情報技術産業協会商標専門委員会委員長 (ソニー株式会社知的財産センター知的財産部 担当部長)
篠原 徹	日本商工会議所常務理事
鈴木 雅博	日本知的財産協会商標委員会委員長 (株式会社日立製作所知的財産権本部部長代理)
高澤 義次	日本化粧品工業連合会商標委員会委員長 (株式会社コーセー法務部部長)
高部 眞規子	東京地方裁判所判事
竹田 稔	竹田稔法律特許事務所弁護士・弁理士
田村 善之	北海道大学大学院法学研究科教授
土肥 一史	一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授
根本 一樹	社団法人日本食品特許センター商標委員会委員長 (キリンビール株式会社法務部)
萬歳 教公	株式会社セブン-イレブン・ジャパン専務取締役
松尾 和子	中村合同特許法律事務所弁護士・弁理士
本宮 照久	日本弁理士会商標委員会委員長

委員長

(敬称略，五十音順)

目次

はじめに・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・	5
------------------------------	---

制度改正の具体的方向

Ⅰ．小売業等の商標の保護の在り方・・・・・・・・	7
Ⅱ．権利侵害行為への「輸出」の追加・・・・・・・・	13
Ⅲ．刑事罰の強化・・・・・・・・・・・・・・・・	17
Ⅳ．著名商標の保護の在り方・・・・・・・・	20
Ⅴ．審査の在り方・・・・・・・・・・・・・・・・	24
Ⅵ．その他・・・・・・・・・・・・・・・・	30

はじめに

2002 年の知的財産戦略大綱の策定以来、我が国産業の国際競争力を強化し、経済・社会全体を活性化すべく、国家的政策として「知的財産立国」の実現に向けた取組が行われている。

その中であって商標制度は、企業の出所識別力、顧客吸引力、情報発信力を具現化する重要な知的財産権として位置づけられ、「知的財産推進計画 2005」においても、魅力あるブランドを活用して、より価値の高い商品・サービスを提供する環境を整備するため、必要に応じて商標法の改正等制度整備を行うとされている。

商標制度の整備に当たっては、ブランド保護の強化と、その実効性を確保するための権利侵害への対応の強化について幅広く検討し、制度の整備・強化を図る必要がある。こうした観点から、以下の項目について制度改正を検討する。

(参考) これまでの検討成果

(1) 地域団体商標制度の導入による地域ブランドの保護

近年、地域における事業者等が一体となって、地域の名称等からなる地域ブランドを用いて、その地域の自然、歴史、風土、文化、社会等に起因した特色を有する商品の生産やサービスの提供する取組や、これらの取組を支援する地方公共団体等の動きが活発化するなど、地域ブランドに対する期待が急速に高まっている。地域ブランドを保護する制度については、経済産業省が策定した「新産業創造戦略」（平成 16 年 5 月）や、知的財産戦略本部が策定した「知的財産推進計画 2004」においても、検討の必要性が指摘された。

こうした状況を踏まえ、地域ブランドの保護の在り方を検討するため、平成 16 年 10 月から産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会において、4 回にわたる審議が行われ、平成 17 年 2 月には、地域ブランドの商標法における保護の在り方について報告書が取りまとめられた。

同報告書を踏まえ、地域ブランドの適切な保護を図るための「商標法の一部を改正する法律案」が第 162 回通常国会に提出され、平成 17 年 6 月 8 日に成立、同月 15 日に公布された（法律第 56 号）。本改正法では、地域ブランドとして使われる例が多いものの、従来商標法では原則として保護されなかった地域の名称と商品（役務）の名称等のみからなる商標について、一定の範囲で周知となった場合には、所定の要件を満たす団体に「地域団体商標」として登録を認めるとともに、その商標を使用

していた第三者の営業活動の支障とならないよう、商標権の効力について一定の制限を設けることとしている。

(2) 模倣品の個人輸入及びインターネット取引に関する事例集

近年、模倣品問題の個人輸入やインターネット取引といった国民にとって身近な形態での模倣品の輸入や販売等の事例が増えている。特に、インターネットの発達・普及によって、海外からの個人輸入がより容易となり、インターネット・オークション等の身近な取引市場が形成されるなど、商品流通を取り巻く環境が大きく変化を遂げている。こうした個人取引の増加に伴い、外形上、個人取引という体裁を装って、業として模倣品の輸入・販売等を行う事例も顕在化している。

このため、個人輸入及びインターネット取引において権利侵害の可能性があるケースを具体的に整理し、関係規制当局における取締り等の実効性の一層の向上と国民や関連事業者による権利侵害の防止に資するため、実際に模倣品被害に遭っている事業者やインターネット関連事業者、関係規制当局、法律の専門家等の意見を聴取し、本委員会における審議を経て取りまとめを行い、昨年2月に事例集として公表した。

制度改正の具体的方向

I．小売業等の商標の保護の在り方

1．問題の所在

小売業・卸売業に係る商標については、従来、特定の商品を販売する商標として使用されているとされ、小売業者・卸売業者の提供するサービス自体は独立した商取引の対象となり得るものでないとされており¹、商標法上の役務とは認められないとされている。

このため、現行法においては、小売業者や卸売業者は自らの商標について商標の登録を行う場合、取り扱う商品を指定した上で商標権を取得する必要がある。その結果、例えば不特定多数の商品を取り扱う総合小売業者の場合、他の業種の事業者と比較して商標管理上のコスト負担（権利維持のための料金、及び他人の出願動向の監視コスト）が大きくなっているとの指摘がある。

また、商品の生産者等が既に多数の商品を指定して商品商標を登録していることから、小売業者等が新たな商標を選択する際に、既に登録されている商標については権利取得することができず、結果として商標の選択の幅が狭くなっているとの指摘がある。

〈参考〉

商標法第2条では、「商標」の定義が「業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの」（第1号）「業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）」（第2号）とされている。

2．現行法における状況

（1）現行の小売業等に係る商標の保護の考え方

商標法における「役務」とは、他人のためにする労務又は便益であって、独立して商取引の目的たりうべきものと解されており²、例えば金融サービス、運送サービス等が対象となっている。一方、商品の販売又は役務の提供に付随して提供されるサービス、例えば、買い上げ商品の配送、ホテル業者のバスによる送迎、又は自社の社員の教育のようなものは独立して取引され

¹ シャディ事件：東京高裁平成11年（行ケ）第236号

E S P R I T事件：東京高裁平成12年（行ケ）第105号

² 「サービスマーク登録制度 逐条解説 改正商標法」（有斐閣）

ていないとして商標法上の「役務」に含まれないとされる。

このような考え方にに基づき、小売業者の提供する本質的なサービス（商品の品揃え、陳列等）についても、現行法を前提にすれば市場において独立した商取引の対象となり得るものでないとされ³、商標法上の「役務」として認められていない。

こうしたことから、小売業者が自らの事業の出所を表示するための商標について商標法上の保護を得るためには、「商品」の譲渡等を行う者として、取り扱う多くの商品について商標を登録しているのが現状である。

（２）国際的な動向

商標登録出願の際には、商品・役務の分類（区分）に従って、商品・役務を指定して出願することとされている。商標法における国際的な商品・役務の区分について、我が国も加盟しているニース協定（第９版）では、小売業、卸売業等により提供される商品の購入のために便宜を図ることは商品・役務区分の第 35 類に属する役務として取り扱うこととされており（平成 19 年 1 月発効）、小売業等の商標を役務として保護することが国際的な趨勢になりつつある。

また、米国においては、業態又は取り扱う商品分野を特定した総合小売業及び専門的な小売業に使用される商標についてサービスマークとしての保護を認めており、百貨店等の総合小売業だけではなく、特定の商品を取り扱う小売業もサービスマークとしての保護の対象とされている。

さらに、英国及び OHIM（欧州共同体商標庁）においても、小売業者等の商標に係る信用は、小売業者等の提供するサービスに基づいていること等を理由として、英国では 2000 年から商品分野等を特定した小売業に使用される商標についてサービスとしての保護を認めており、OHIM においても 2001 年から同様の保護を認めている。

〔参考〕ニース国際分類第 9 版 第 35 類注釈

「他人の便宜のために各種商品を揃え（運搬を除く）顧客がこれらの商品を見、かつ、購入するために便宜を図ること。当該サービスは、小売店、卸売店、カタログの郵便による注文、又はウェブサイト若しくはテレビのショッピング番組などの電子メディアによって提供される場合がある。」

※ 下線部の表記が加えられることが決定し、平成 19 年 1 月より発効。

³ 注 1 参照

(3) 小売業等に係る役務商標のブランド価値の帰属

近年の流通産業の発展に伴い、商品の種別を超えた多様な商品の品揃えとこれを販売するための独自の販売形態によって、付加価値の高いサービスを提供する小売業態が発展を遂げている。

例えば、百貨店、コンビニエンスストアやスーパーマーケット等においては顧客の欲する商品を独自の流通システムを通じて取り揃えることにより顧客に利便を提供し、カタログやインターネットによる通信販売などにおいては利便性の高いシステムを通じて顧客が希望の商品を選択し、購入することができるような利便が提供されている。また、特定の商品を取り揃える専門店においても、多品目の商品を品揃え、そこで顧客の希望商品を選択できるような利便が図られるなど、サービス活動が行われている。

さらに、需要者は小売業者の品揃え、業態に着目した上で店舗の選択を行っており、そこでは小売業等の商標は商品としての出所を表示しているのではなく、サービス活動の出所を表示しているものと考えられる。

なお、卸売業に係る役務についても、卸売業と小売業の差異は単に営業を行う顧客が流通業者等の事業者であるか消費者であるかという点にあり、卸売業者の使用する商標もサービス活動の出所を表示するものとして認識されているものと考えられる。

(4) 小売業等に係る役務商標と商品商標との関係

小売業等に係る役務商標は、小売業者が他人の商品を含む多数の商品の品揃えや顧客に対する接客等のサービスを提供することによって他の小売業者等との差別化を図り、当該役務の出所を表示する目的で使用する商標である。一方、商品商標は、事業者が生産・販売する商品自体に着目して他の事業者との差別化を図り、当該取扱商品の出所を表示する目的で使用する商標であり、各々その使用目的が異なるものであると考えられる。

また、商標の使用態様についても、小売業等に係る役務商標は、品揃えや接客等の役務に係る出所を表示するために、主として店舗名や広告、従業員の制服等に付されて使用されるものであるが、商品商標は具体的な商品との関係で製造又は販売に係る商品の出所を表示するために、主として商品や商品包装等に付されて使用されるものであり、こうした主たる使用態様において差異があると考えられる。

3. 対応の方向

(1) 小売業等の商標のサービスマークとしての保護

小売業者等の商標の顧客吸引力、経済的価値及び国際的な動向等にかんがみ、小売業者や卸売業者の提供する役務に係る商標については、サービスマーク（役務商標）として登録を可能とすることが適切であると考えられる。

なお、小売業等に係る役務商標と商品商標は、その使用目的や使用態様が異なることから、商標権の取得に当たっては、これらの特徴に応じて選択を行うことが適切であると考えられる。

(2) 小売業等に係る役務商標の役務の具体的表示

小売業等に係る役務商標の役務の表示方法については、単なる商品の販売は商品商標の分野に属するものであること、また、「小売業」の表示だけでは権利範囲の把握が困難であることから、米国及び欧州等の諸外国における取扱いを踏まえた上で、当事者や第三者等が権利範囲を把握することが可能となる合理的な指定役務の表示を検討するものとする。

(3) 審査上の取扱い

① 使用の意思の確認等（商標法第3条第1項柱書き）

商標法では出願に係る商品又は役務の区分ごとに出願手数料、商標権の登録料を納付することとなっており、国際的な商品・役務の区分を定めるニース協定において、小売業等の役務は第35類に分類されている。このため、同協定に従うと、一区分（第35類）の料金で複数の小売業等に係る役務を記載することが可能であり、出願人が使用の意思のない役務を多数指定した場合には、これらの指定役務と混同を生じるおそれのある商品について網羅的に他人の登録を排除することも可能となることが懸念される。

こうした問題に対処するため、小売業等に係る役務については、第35類の中で更に細分化した区分を作成し、細分化された区分毎に出願手数料や登録料を課することも考えられる。しかしながら、こうした方法による場合、マドリッド協定議定書にもとづく国際商標登録出願における料金徴収手続や、国際的な制度調和等の観点からの問題点があると考えられる。

このため、小売業等に係る役務商標出願については、商標法第3条第1項柱書きの規定の運用を強化し、その使用の意思又は使用実態の確認を行うことが適切であると考えられる。

なお、商品や小売業以外の役務を指定する商標登録出願についても、取引の実情や出願実態等を踏まえ、商標法第3条第1項柱書きの運用の在り方について検討を行うことが適切であると考えられる。

② 商標法第4条第1項関係

(a) 著名商標との調整

小売業等に係る役務商標の出願が、日本国内において広く知られている著名商標との間で出所の混同を生ずるおそれがあるときは、商標法第4条第1項第15号（著名商標に基づく拒絶の理由）が適用され登録されないこととなる。

(b) 周知商標との調整

一地方において知られている周知な商標が存在する場合、当該商標に一定の信用が具備されていることから、小売業等に係る役務商標が、周知商標との間で同一又は類似の役務について使用する同一又は類似の商標の関係にあるときは、商標法第4条第1項第10号（周知商標に基づく拒絶の理由）が適用され登録されないこととなる。

(c) 商品・役務間の先行登録商標との調整

小売業等に係る役務商標と商品商標は、商標の使用目的や使用態様が異なることから、商品と役務の間での出所の混同の蓋然性は、商品間又は役務間の関係に比較して必ずしも高くないと考えられる。このため、特定の事業者の製造又は販売に係る商品と商品を取り扱う小売業者の提供する役務との間で同一又は類似の商標が使用されたとしても、必ずしも一般的な出所の混同を生ずるおそれがあるとは評価されないが、小売業者等の提供するサービスにおいて取り扱う商品の内容や小売業に係る商標の使用態様によっては、同一の事業主により提供されるものとの出所の混同が生ずる場合もあると考えられる。

したがって、特定の商品商標との間で出所の混同が生じるおそれがあると考えられる場合には、合理的な範囲内において、商品商標と役務商標間において、先行登録商標との関係で問題が生じないような審査の枠組みを検討することが適切であると考えられる。

(d) 役務間の先行登録商標の類否関係

小売業等に係る役務商標は、国際分類上は第35類に区分されることとなっていることから、単一の区分の中で多様な小売業等に係る商標が保護されることになる。しかしながら、小売業・卸売業という概念の中には、多様な小売業態が含まれており、小売業等に係る役務商標の間において同一又は類似の商標が使用されたとしても出所の混同のおそれが生じない関係があり得ると考えられる。

一方、小売業等に係る役務商標の中においても、その取り扱う商品分野や小売業態によっては、混同を生ずるおそれがあることから、取引の実情に即した審査・運用を行うことのできる枠組みを検討することが適切であると考えられる。

(4) 小売業に係る役務商標の導入に伴う経過措置

小売業等に係る役務商標を新たに保護するに当たっては、商品商標によって営業上の信用を蓄積してきた事業者の実績や既存の取引秩序にも配慮し、混乱を生じさせないような措置、例えば、出願日の特例、又は継続的使用権の設定等のような経過措置も念頭に置いた上で、今改正により制度全体へ与える影響とのバランスに配慮し、無用な混乱を生じさせないような制度の導入方法を検討することが適切であると考えられる。

Ⅱ．権利侵害行為への「輸出」の追加

1．問題の所在

経済のグローバル化の進展により、企業等による国境を越えた経済取引が活発化する中で、我が国の商標権を侵害する物品が国際的に取引される事例も増大している。

また、模倣品・海賊版問題が世界各国に拡散しており、反社会的勢力等の資金源になるとともに、消費者の健康や安全を脅かす問題となっていることにかんがみ、我が国としても、各国が模倣品・海賊版の輸出及び通過を規制すること等を内容とする「模倣品・海賊版拡散防止条約」の実現を目指しているところである（知的財産推進計画2005）。また、本年7月に行われたG8グレンイーグルズ・サミットにおいても、「知的財産権侵害の拡散防止に向けた国際的な約束をまとめていくべき」と提唱したところである。

しかしながら、現行商標法においては、「輸出」は使用として規定されていないため、使用に該当する「標章を付する行為」や「譲渡する行為」として捕捉することができない場合や、こうした行為が秘密裏に行われた場合は、商標権侵害品が輸出される段階で発見されても差止め等を行うことができず、こうした行為を看過せざるを得ない場合があるとの指摘がある。

また、侵害品が輸出国から日本において積み替えられ、第三国へ輸出される新たな手口が発生している現状を踏まえ、侵害品の通過を水際で取り締まることの必要性が指摘されている。

2．現行法における状況

（1）現行法

現行商標法第2条第3項において、標章の「使用」とは、標章を付する行為並びに標章を付したものを譲渡、引渡し、輸入、及び譲渡若しくは引き渡しのための展示をする行為とされている。商標権者は業としてこれらの行為を行う権利を専有する。

（2）現行商標法による輸出の考え方

侵害品を国内から国外に送り出す「輸出」行為は、現行商標法の「使用」には規定されていない。また、国内から国外へ侵害品が搬送されることに伴い所有権の移転がなされる場合、こうした行為が「譲渡」に該当するか否かについては、裁判所による明確な判断は示されていない。

（3）輸出に関する諸外国の考え方

欧州共同体、英国、ドイツ等においては、「輸出」を侵害行為とする明文上の規定がある。また、輸出の解釈については欧州共同体商標規則では、輸出者が侵害品を外国に送る行為が「輸出」に該当するとされ、輸出者が海外商社と商標権侵害品の販売契約を締結する行為、輸出目的で商標権侵害品を輸出者に渡す行為は「提供（offering）」又は「流通（putting on the market）」に当たるものと考えられている。英国においては、輸出を「イギリス領土から移動すること（the removal of goods from the territorial jurisdiction of the UK）」とした判例がある⁴。

米国においては、「輸出」すること自体が侵害行為と明記していないが、いわゆる輸出行為自体は解釈上「取引上の使用」（use in commerce）の範囲を広く解されており、当該概念に入るとされる。また、判例においても、侵害標章を付した商品を販売又は取引で使用するために米国から国外に輸出すれば、米国商標法を適用できることが認められている⁵。

3. 対応の方向

（1）侵害行為への輸出の追加

侵害品を国内から国外へ送り出す「輸出」行為は、侵害品の製造や譲渡と一連のものとして国内で行われる行為であり、商標権者の譲渡等を独占的に行う経済的利益を適切に保護するためには、「輸出」を侵害行為に追加することが必要であると考えられる。国内における侵害行為を抑止し、水際において侵害品の取締りを実効的に行う観点からも、「輸出」を侵害行為に追加することが必要であると考えられる。

このため、商標法第2条第3項に規定される標章の使用行為に「輸出」を追加することにより、侵害品を国内から国外に送り出す「輸出」を侵害行為とすることが適当であると考えられる。

（2）「侵害とみなす行為」への「輸出を目的とする所持」の追加

商標権の効力の実効性を確保するため、輸出の前段階である侵害品の「輸出を目的とした所持」を、商標法第37条に規定される「侵害とみなす行為」に追加することが適当であると考えられる。

（3）関連事項

⁴ The English High Court in the case of Waterford Wedgwood plc v David Nagli Ltd [1998] FSR 92

⁵ American Rice, Inc. v. Arkansas Rice Grower's Coop. Ass'n, 701 F.2d 408, 218 U.S.P.Q. 489(5th Cir. 1983)

参照：”McCarthy on Trademarks and Unfair Competition” J. Thomas McCarthy, Fourth Edition(THOMSON WEST)

① 「輸出のための展示」

現行商標法は、「譲渡若しくは引渡しのための展示」についても商標の「使用」として規定しており、「譲渡若しくは引渡しのための展示」とは、商標を付した商品を店頭で陳列する行為と解されている。「輸出」については、国内でこのような行為が行われるとしても、通常この段階では引き渡し又は譲渡のための展示が行われていると解することができるのであり、あえて「輸出のための展示」を使用行為として規定する必要性は低いと考えられる。

② 「侵害とみなす行為」との関係

現行商標法第 37 条は、登録商標を表示したラベルや広告物等の商標表示物の製造や販売の予備的な行為等を「侵害とみなす行為」として規定している。属地主義の観点から、我が国商標権の侵害品を海外で製造することは、侵害行為とはならないため、「商標表示物」の「輸出」を侵害とみなすことは、侵害に当たらない海外での予備的行為を侵害行為として捉えることとなるため、適切ではないと考えられる。

(4) 通過について

① 通過の規制

商標権侵害品の「通過」としては、(a)外国から到着した貨物が単に我が国の領域を通過する場合、(b)我が国を仕向地としない貨物が荷繰りの都合といったん我が国で陸揚げされた後当初の仕向地に向けて運送される場合、(c)我が国を仕向地として保税地域に置かれた貨物が必要に応じ改装、仕分け等が行われた後、通関されることなく、我が国を積み出し国として外国に向けて送り出される場合等が考えられる。

特に上記(c)の場合については、侵害品が製造国（外国）から日本に陸揚げされ、積み戻された上で第三国（外国）へ輸出されるという新たな手口が発生している現状を踏まえ、侵害品について税関がその通過を水際で取り締まる必要性が指摘されている。

上記(c)については、侵害品の通関は行われていないものの、我が国を仕向国として陸揚げされていることから、我が国の領域内にあるものとして、商標法の効力が及び得るものと考えられる。また、陸揚げされ保税地域に置かれた侵害品について譲渡等を行うことも可能であり、国内において製造された侵害品等と同様に権利者の利益を害する蓋然性が高いと考えられる。

したがって、一般的に「通過」と考えられる行為のうち、我が国を仕向地として保税地域に置かれた貨物を通関することなく外国に送り出す行為（上記(c)）は「輸出」に該当する侵害行為と考えることが適切ではないかと考

えられる。

② 通過に関する諸外国の考え方

「通過」については、諸外国において、産業財産権の侵害行為として法令上明文で規定している国は見当たらないが、米国では、通関前に積み荷を置くための保税地域に相当する場所に陸揚げされたものについても米国法が適用されたとした判例がある⁶。また、英国において、国外から船舶により持ち込まれた商標権侵害品がイギリス国内において陸揚げされ、通関されることなく第三国に送り出された事件について、英国登録商標の侵害とした判例がある⁷。また、ドイツにおいても、特許の事例であるが、「船から陸揚げされ、通関手続きを経ずに、再度船で輸出される場合」が侵害とされている。

(5) 輸出専用品等の取り扱い

現行法の不使用取消審判に係る裁判例において、専ら輸出に供される商品であっても、国内で商標を付する行為は標章を「使用」する行為であるとされている（カワオプタ事件⁸）。また、侵害品を「輸出」する行為を侵害行為とすることにより国内商標権者の利益を保護するとの趣旨にかんがみると、我が国商標法が適用される場合には、被疑商品が輸出専用品であることだけをもって、侵害行為に該当しないとすることは適切ではないと考えられる。

また、商標権侵害事件においても、不使用の登録商標に基づき周知商標の使用を禁止しようとした件（天の川事件⁹）、著名な漫画の作者の許諾の下でキャラクター名称を付した商品を販売する者に対し、登録商標に基づき使用差止及び損害賠償を請求した件（ポパイ事件¹⁰）等のように、商標権に基づく差止請求権の行使を権利濫用を理由に認めていない事例も見られることから、個別具体的な事例に基づいて適切な解決が図られるものと考えられる。

なお、小委員会においては、日本では使用できない仕様の製品を外部から確認できないように梱包して輸出する場合等については侵害にならないこととすべきではないかとの意見もあった。

⁶ Ocean Garden v. Marktrade Co., 953 F.2d 500, 21 U.S.P.Q.2d 1493 (9th Cir. 1991)

⁷ Waterford Wedgwood PLC v David Nagli LTD (1998) FSR92

⁸ 昭和57年（行ケ）第236号 東京高等裁判所 昭和59年2月28日

⁹ 昭和28年（ネ）第2096号 東京高等裁判所 昭和30年6月28日

¹⁰ 昭和60年（オ）第1576号 最高裁判所第2小法廷 平成2年7月20日

Ⅲ．刑事罰の強化

1．問題の所在

近年、企業経営戦略におけるブランドの重要性が高まる中で、商標権の損害賠償請求訴訟における認定損害額が高額化しており、商標権侵害に対する抑止効果を高めるために、商標権侵害罪に係る刑事罰を厳格化することが必要であるとの指摘がある。

〈参考〉損害賠償請求における認定損害額

(単位：100 万円、100 万円以下四捨五入)

	特許権	実用新案権	意匠権	商標権
平均	183	35	37	20
最大	3059	198	450	200

参照：『平成 15 年度我が国経済構造に関する競争政策的観点からの調査研究報告書』

知的財産研究所

〈参考〉知的財産権侵害事犯の法令別検挙状況（平成 11～15 年）

	11		12		13		14		15	
	件数	人員	件数	人員	件数	人員	件数	人員	件数	人員
総数	691	407	829	399	655	371	642	412	789	407
商標法	382	250	504	252	417	253	476	287	542	271
不正競争防止法	13	15	19	8	40	17	15	5	15	20
著作権法	296	142	304	136	187	82	147	115	229	110
特許法	0	0	1	2	3	7	2	2	2	4
意匠法	0	0	0	0	7	10	2	3	0	0
実用新案法	0	0	1	1	1	2	0	0	1	2

参照：『平成 16 年警察白書』

2．現行法における状況

現行制度においては、商標権の侵害罪に係る刑事罰は 5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金となっている（商標法第 78 条）となっており、懲役刑と罰金刑の併科は規定されていない。

また、法人重課の罰金額については、商標権の侵害罪に係る罰金額が 1 億 5 千万円以下となっている（商標法第 82 条第 1 項第 1 号）。

3. 対応の方向

(1) 懲役刑と罰金刑の併科

商標権侵害罪は財産権の侵害であり、経済的利得を目的として行われることが多いことを考えると、懲役刑が選択される場合であっても、なお経済的制裁である罰金を併科する合理性があり、かつ、そうすることにより刑罰の抑止効果を高めることが可能になると考えられる¹¹。同様の観点から、著作権法及び不正競争防止法においては、懲役刑と罰金刑の併科が導入されているところである。

こうしたことから、刑罰の抑止効果を高めるため、商標権侵害罪についても懲役刑と罰金刑の併科を設けることが適切であると考えられる。

(2) 法人重課の引き上げについて

商標法における現行の1億5千万円以下の罰金額は、「商標法等の一部を改正する法律（平成8年法律第68号）」において、法人重課の規定を導入するとともに設定されたものであり、その罰金額については法人重課を導入している他の経済法（不正競争防止法、独占禁止法、証券取引法）の罰金額の水準を参考にしつつ、法人と自然人の資力格差にかんがみて決められたものである。

現在、不正競争防止法については法人重課の罰金の最高額は3億円とされ、独占禁止法においては5億円、証券取引法においても5億円とされているところである。

商標権侵害罪の法人重課についても、これらの経済法との罰金額の水準の引き上げ、及び他の刑事罰の強化により抑止効果を高める必要性を勘案した上で、罰金額の上限を3億円以下の罰金額に引き上げることが適切であると考えられる。

¹¹ これは、利欲的犯罪に対して懲役刑と罰金刑を併科する趣旨につき判例・学説において示されている見解に沿うものである。例えば高松高判昭58.6.9.では、「利欲的犯罪に対する罰金併科の規定の趣旨は、不法利益の剥奪と犯罪が経済的に引き合わないことを深く感銘させることにある」と判示し、また「大コンメンタール刑法 第1巻」では、「利欲的犯罪に対する罰金併科の規定の趣旨は、不法利益の剥奪と犯罪が経済的に引き合わないことを深く感銘させることにあるとする見解（略）などがある」とされている。

〈参考〉知的財産権関連法の刑事罰

特許法	5年以下の懲役又は500万円以下の罰金
	両罰規定 1億5千万円以下
意匠法	3年以下の懲役又は300万円以下の罰金
	両罰規定 1億円以下
商標法	5年以下の懲役又は500万円以下の罰金
	両罰規定 1億5千万円以下
不正競争防止法 (2条1項1号、2号)	5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金、又は併科
	両罰規定 3億円以下
不正競争防止法 (2条1項3号)	3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金、又は併科
	両罰規定 1億円以下
著作権法 (著作権侵害)	5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金、又は併科
	両罰規定 1億5千万円以下

〈参考〉諸外国の刑事罰

	刑罰内容	併科
米国	200万ドル以下（法人は500万ドル以下）の罰金若しくは10年以下の拘禁又はその両方 再犯の場合、個人であっても500万ドル以下の罰金若しくは20年以下の拘禁又は両方が処され、法人については1,500万ドル以上の罰金	○
英国	〔略式手続〕6月間を超えない拘禁若しくは法定の最高額を超えない罰金又はこの双方 〔正式起訴〕罰金若しくは10年間を超えない拘禁又はこの双方。	○
仏国	懲役4年及び40万ユーロの罰金	○
独国	取引上不正の場合、3年以下の禁固又は罰金 商業的な行為の場合、5年以下の禁固又は罰金	×

※ 500万ドル 5億7,500万円（115円/\$）

40万ユーロ 5,600万円（140円/ユーロ）（平成17年12月現在）

IV. 著名商標の保護の在り方

1. 問題の所在

商標権の効力は、登録商標と同一又は類似の商標について同一又は類似の商品（役務）に及ぶとされているが、周知・著名¹²な商標については、非類似の商品（役務）であっても、他人が使用することにより混同が生じる場合がある。このため、現行商標法においては、類似の商品（役務）の範囲を超えた侵害行為に対処するため、防護標章登録制度を設け、需要者の間に広く認識されている標章¹³については、出所の混同を生ずるおそれのある商品（役務）の範囲内において防護標章登録を認めることとしている。

しかしながら、防護標章の出願数が少ないことや、商標権の効力範囲が固定的に画されることから、防護標章登録制度という特別な手続を経なくても、商標権自体の効力範囲を非類似の商品（役務）にまで拡大することにより、直接的に周知・著名な商標の保護を図るべきではないかとの指摘もある。

2. 諸外国における取り扱い

① 欧州（OHIM）

欧州共同体商標規則（1995 年）においては、共同体商標との同一性又は類似性のために、公衆の側に混同を生ずるおそれがある場合はその標識を取引上を使用することを阻止する権利を有するとされている。また、共同体商標が共同体において名声を得ている場合であって、共同体商標の名声を不正に利用し又は害する場合には非類似の商品（役務）に商標権が及ぶこととしている。

② 英国

英国商標法（1994 年）においては、公衆に混同を生ずるおそれがある場合には、登録商標と同一又は類似の商標を同一又は類似の商品（役務）について取引上使用する者は商標権を侵害するとされている。また、登録商標が名声を得ており、登録商標の名声を不正に利用し又は害する場合には、非類似の商品（役務）に商標権が及ぶこととしている。

¹² 「著名」又は「周知」という用語は、論者によってその意義が異なる。本資料では一般的に用いられているように、「周知」及び「著名」とは双方とも需要者の間に広く認識されている状態を意味する用語であって、特に「著名」とは「周知」よりも質的にレベルの高い状態（周知の程度にとどまらず、かなり多くの需要者に認識されている状態）を意味する用語として用いる。

¹³ 現行の防護標章登録制度の要件である「需要者の間に広く認識されている」の解釈については、諸説があるが、本資料では、上記の脚注 12 の意味合いでの「著名」である場合のみならず、「周知」である場合も該当するものとして用いる。

③ 米国

米国商標法においては、混同のおそれ（*likelihood of confusion*）によって商標権侵害を判断しており、商標の強さや類似性、商品の近接性等が総合的に勘案される。また、連邦商標稀釈化法（1996 年）により、著名商標の稀釈化や汚染等に対して差止請求が可能とされている。

3. 現行法における取り扱い

① 不正競争防止法

不正競争防止法は、需要者の間に広く認識されている他人の商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用することにより混同を生じさせる行為（第 2 条第 1 項第 1 号）に加えて、著名な他人の商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用する行為（第 2 条第 1 項第 2 号）を不正競争行為としており、差止請求権や損害賠償請求権を認めている。

また、平成 17 年の不正競争防止法の改正により、こうした不正競争行為を構成する物品が水際規制の対象とされるとともに、著名表示冒用行為に刑事罰が導入された。

② 防護標章登録制度の概要

登録商標が商標権者の業務に係る指定商品（役務）を表示するものとして需要者の間に広く認識されている場合、他人がその商標を当該指定商品（役務）と非類似の商品（役務）について使用することにより、商標権者の取り扱う商品（役務）であるかのように出所の混同を生じさせるおそれがある。このため、商標権者に、その出所の混同を生ずるおそれのある商品（役務）について、その登録商標と同一の標章について防護標章登録を受けることを認め、商標権の禁止的効力を非類似の商品（役務）にまで拡大することを可能としている（商標法第 64 条）。

これにより、防護標章登録制度では、周知・著名な登録商標について、あらかじめ商品（役務）の出所の混同を生じる範囲を明確にし、他人が商標登録を受ける危険を防止するとともに（第 4 条第 1 項第 12 号）、他人が防護標章と同一の商標を使用した場合は、これを商標権侵害とみなして迅速な救済を図ることとしている（第 67 条）。

③ 防護標章登録制度の活用状況¹⁴

2005 年 10 月時点の防護標章登録件数は 8,426 件、区分数では 18,519 件であり、2005 年時点の防護標章登録出願に係る登録商標（原登録商標）の件数

¹⁴ 特許庁調査

は715件となっている。

4. 対応の方向

(1) 商標権の禁止的効力の拡大

商標法における周知・著名な商標の保護については、①商標権自体の効力範囲として混同を生ずるおそれのある非類似の商品（役務）にまで禁止的効力を認める方法や、②混同を生ずるおそれの有無に関わらず、当該商標の有する名声・顧客吸引力自体が、他人の便乗行為によって希釈又は汚染される場合に禁止的効力を認める方法が考えられる。

商標権の禁止的効力を、混同を生じるおそれのある非類似の商品（役務）まで拡大することは、事業者の信用の保護に資するものであり、商標法の目的にも沿うものと考えられるが、登録によって安定的な権利を担保するとの商標法の特質や不正競争防止法との重複保護の問題を踏まえて、更に検討を行うことが適切であると考えられる。また、混同を生じるおそれの有無に関わらず非類似の商品（役務）に商標権の禁止的効力を拡大することについては、不正競争防止法との法目的の相違を踏まえ、更に検討することが必要であると考えられる。

なお、上記のとおり、諸外国においては、商標法による著名商標の保護が行われている例があるが、各国における不正競争防止法又は判例法等による著名商標の保護の在り方も踏まえた上で検討を行うことが適切であると考えられる。

(2) 防護標章登録制度の在り方

防護標章登録制度は、不正競争防止法による周知・著名な商品等表示の保護とともに、我が国における周知・著名な商標を保護する制度として位置づけられているものである。

従来は、防護標章登録制度と不正競争防止法との制度上の相違点として、①防護標章登録に係る商標権の侵害は刑事罰の対象となること、②防護標章登録に係る商標権は関税定率法による水際規制の対象となることが挙げられてきたが、平成17年の不正競争防止法改正により、周知・著名な商品等表示の保護が強化され、①著名表示冒用行為についても刑事罰の対象とされ、②水際において不正競争防止法違反の物品も規制の対象とされることとなった。

しかし、防護標章登録制度については、登録によって権利が付与され公示されることにより第三者が権利の所在を確認できること、不使用取消審判の対象とはならず権利を安定的に管理できること、既に同一又は類似の他人の登録商標があっても防護標章登録が可能であること等から、現在も防護標章

の登録・更新が継続的に行われており、一定の制度ユーザーが存在する。このため、防護標章登録制度については、引き続き維持することとし、商標権の効力の拡大に係る検討も踏まえつつ、その必要性について検討を行うことが適切であると考えられる。

なお、防護標章登録制度については、周知・著名性が10年間固定されるとの指摘もあるが、引き続き、設定登録時はもとより更新時の著名性のチェックを厳格に行うことが適当であると考えられる。

V．審査の在り方

1．コンセント制度について

(1) 問題の所在

商標登録出願の審査においては、出願された商標と同一又は類似する先行登録商標がある場合には、その先行登録商標の権利者が出願商標の登録に同意したときであっても、出所の混同が生ずるおそれがあることから、出願を拒絶することとしている。一方、当事者である権利者が、出所の混同が生じるおそれが低いと考える場合には、他者が商標権を取得することに同意することが多いと考えられることから、権利者の同意があった場合には、職権主義のもとで行われる審査官の類否判断を補完し、取引の実情に合わせてより適切な判断を確保するため、出願された商標に類似する先行登録商標があっても登録を認める制度を導入すべきとの指摘がある。

なお、現行制度の下では、先行登録商標と類似することを理由として商標登録出願が拒絶された場合、実務上は、当該商標登録出願により生じた権利を引用商標権者に一旦譲渡（分離・分割移転）して商標登録を得た上で、再譲渡を行う等の手続が利用されることがあるが、こうした手続は迂遠ではないかとの指摘もある。

(2) 検討の内容

小委員会では、職権審査において出願商標が先行登録商標に類似すると判断される場合であっても、当該先行登録商標の権利者が同意を付与すれば出願商標の登録を認めるコンセント制度について検討を行った。

小委員会の検討では、コンセント制度に対して前向きな意見がある一方、混同を生じる商標が複数登録された場合には需要者の利益の保護という観点から問題があるのではないかとの意見もあった。また、事業者の立場からは、当事者が混同を生じるようなコンセントを付与することは想定し難いことから実害は生じないのではないかとの意見があった。

(3) 諸外国における取り扱い

コンセント制度については、諸外国において採用されているケースが多いが、例えば、英国、米国、豪州においては以下のような制度が採用されている。

① 英国

英国では、先行登録商標の商標権者が同意をした旨の証明があれば、後に出願された商標登録出願と先行登録商標の混同を生ずるおそれ（類似する）を理由として拒絶しないとする制度が採用されている。こうした制度では、両商標に係る当事者間で紛争が生じていない以上、出所の混同を生ずるおそれが少ないことを前提にしていると考えられるが、当事者が問題としない限り、混同を生ずるおそれのある複数の登録商標が並存し得ることとなる。

② 米国

米国では、先行登録商標と後に出願された商標登録出願が混同を生ずるおそれがあると判断されることを回避するため、混同を生ずるおそれが存在しない理由や公衆の混同を回避するための両当事者間の取り決め等を記載した同意書を提出することが可能とされている。こうした制度では、特許庁において、混同を生ずるおそれの有無を判断する際に、同意書を重視すべきとされており、十分な理由なく出願を拒絶することはできないとされている。なお、当事者間において、混同を回避するための市場の限定等を行っていない場合には、同意書が提出されたとしても、混同を生ずるおそれを判断する上で重要性はないとされる。

③ 豪州

豪州では、先行登録商標の商標権者が同意をした旨の証明があれば、後に出願された商標登録出願と先行登録商標の混同を生ずるおそれの判断において、同意書を参酌することができるとされている。取引の実情を適切に判断できる立場にある当事者の同意者が尊重されるのが通常であるが、商標が実質的に同一であり、かつ商品又は役務が同一であって、両商標が同一市場で用いられる場合には、同意書があっても登録が認められる可能性は低いとされている。なお、同意書には条件を付することができないが、地理的な制限については付することが可能であるとされている。

（４）対応の方向

① コンセント制度について

英国で採用されているコンセント制度については、先行登録商標の商標権者の同意があれば、先行登録商標と混同を生ずるおそれがある商標であっても登録を認められる可能性があり、需要者の保護が図られない可能性があると考えられる。一方、こうした同意を行うことは商標権者自身の利

益に反することとなるため、実際には同意されることはないとの指摘もあるが、実際に混同が生じる場合を想定した何らかの措置が必要になると考えられる。

また、米国で採用されているコンセント制度については、具体的な混同を生ずるおそれを判断することが必要になるが、職権で当事者の営業内容、営業地域、競合関係、商標の周知性等の個別事情を採知することには限界があり、同意書に付された証拠等のみから判断する場合には適切な判断が担保されない可能性があると考えられる。なお、こうした詳細な調整を個別に行うこととした場合には審査の遅延等にもつながることにも留意が必要である。

さらに、豪州で採用されているコンセント制度については、同意書があっても登録を認めないことが可能であるが、統一的な判断を担保しようとする場合には、結果的に混同を生ずるおそれを判断することなく、同意があった場合には登録を認めることになり得ると考えられる。また、個別の判断を重視した場合には、審査における裁量的な要素が大きくなる点にも留意することが必要である。

以上のことから、コンセント制度については、職権主義において、取引の実情を踏まえたより適切な判断を行うという観点から一定の意義があると考えられるが、当事者の同意によって混同を生ずる可能性がある複数の商標を登録することとなりかねず、需要者の保護という観点からは更に検討を行うことが必要と考えられる。

② 類似商品・役務審査基準の見直しについて

現行の審査において、商品又は役務の類否判断は「類似商品・役務審査基準」に沿って行われており、同基準において定められた商品又は役務の類似範囲に含まれるものは、原則として、互いに類似商品又は類似役務であると推定されている。

このため、審査官の審査を補完し、取引の実情に合わせてより適切な類否判断を確保するためには、こうした基準を経済の実態に合致したものとすることが必要であり、今後、必要な見直しを行う方向で検討すべきであると考えられる。

また、「類似商品・役務審査基準」は、商品又は役務の類似を判断する場合の指針として位置付けられており、運用の透明性と法的安定性の観点から、個別の判断において、取引の事情を斟酌して判断を覆すことは通常行われていない。

しかしながら、商品又は役務の類似については、本来、取引の実情に即

して判断を行うことが望ましく、通常の見解書に加えて取引の実情を知る引用商標権者の説明書が併せて提出された場合、類否判断における判断材料の一つとして当該説明書を参酌すべきであると考えられる。このため、審査においてこうした説明書の参酌を可能とする運用についても検討する必要があると考えられる。

③ 対応の具体的な方向性

コンセント制度については、上記①のとおり、更に検討を行うことが必要であると考えられることから、これを直ちに導入することは適切ではないと考えられる。一方、コンセント制度の必要性が指摘される背景には、現行の審査において、商品又は役務の類否判断が「類似商品・役務審査基準」に沿って行われており、必ずしも、取引の実情を十分に参酌しない場合があることも一因となっていると考えられる。

このため、上記②に沿って、「類似商品・役務審査基準」の見直しを行うとともに、取引の実情を知る当事者の意見を踏まえた類否判断を行う仕組みについて検討することが適切であると考えられる。

2. 審査事項と手続の在り方について

(1) 問題の所在

現行の商標登録出願の審査においては、いわゆる絶対的拒絶理由（公益的拒絶理由）¹⁵と相対的拒絶理由（私益的拒絶理由）¹⁶の双方について職権審査を行い、商標が公告・登録された後に何人も異議申立てを行うことが可能な制度となっている。このため、出願商標と他人の登録商標との類似（相対的拒絶理由）についても、一般的・抽象的な混同を生ずるおそれの有無という観点から職権審査が行われている。一方、商標の識別力は登録後の使用の状況により変化し得るものであり、使用されない段階において商標間に存在する出所の混同のおそれの有無を全て判断することは困難であることから、こうした審査によって、結果的に市場において具体的な出所の混同を生ずるおそれのない場合であっても登録が拒絶される場合が生じているのではないかとの指摘がある。

こうした指摘を踏まえ、どのような判断事項についてどのような手続で判断するかという、判断事項と手続の組合せの在り方について、制度の目的である「商標の使用をする者の業務上の信用の維持」に照らして最も適した枠組みを考えることが必要であるとの指摘がある。

(2) 検討の内容

小委員会では、諸外国における審査制度を参考としつつ、相対的拒絶理由の判断について出願人以外の権利者から異議申立てがあった場合に行政庁が審査を行う制度（異議待ち審査）や、異議申立て、無効審判及び侵害訴訟における「不使用の抗弁」¹⁷の必要性について検討を行った。

現行の職権審査において一般的・抽象的な混同を生ずるおそれを判断する手法に特に問題はないとの意見や、企業規模とは無関係に審査による安定した権利付与等が可能となる現行の審査制度の維持を望む意見があった。一方、相対的拒絶理由について一律に職権審査を行うのではなく、当事者からの異議申立てに基づいて審査を行う欧州型の制度については、ユーザ

¹⁵ 絶対的拒絶理由とは、識別性の有無や国旗等と同一でないかなどを問うものである。この要件については、政府が公益を代表して審査が必要であるとの観点から、我が国だけでなく、およそ全ての国・地域の商標制度において職権審査によりその存否が判断されている。

¹⁶ 相対的拒絶理由とは、既に登録されている商標と同一又は類似でないか、他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがあるものではないか等を問うものである。この要件については、商標の具体的な使用状況や時間の経過等によって変化しうることから、各国においても行政庁が職権審査によって判断する場合、異議申立てを待って行政庁が判断する場合、裁判所が訴訟において判断する場合と様々に分かれる。

¹⁷ 異議申立て、無効審判及び侵害訴訟等において、申立てや訴えを受けた側が要求した場合、当該登録商標が一定期間使用されていることを証明しなければ請求が棄却される制度。

一の監視負担や事後的負担が増大するとの意見や、無効な権利が登録されることによる混乱が発生する弊害が大きいのではないかと意見があった。

また、「不使用の抗弁」については、先行登録商標が不使用と認められた場合に権利を存続させるかは検討が必要との意見、侵害訴訟においては、不使用商標であれば権利濫用の法理、又は使用していなければ損害が発生していないという法理もあり、「不使用の抗弁」の必要性については検討が必要であるとの意見等があった。

(3) 対応の方向

相対的拒絶理由について出願人以外の権利者からの異議申立てにより行政庁が審査を行う制度については、市場における出所混同のおそれの回避、商標選択の自由、コスト負担、権利の安定性等の観点を踏まえ、出願人、第三者、行政庁等の適切な役割分担や一般需要者の保護の在り方を含めて、その必要性について慎重に検討を行うことが適切であると考えられる。

また、異議申立てや無効審判における「不使用の抗弁」については、異議待ち審査において効果を発揮する制度であり、現行の職権審査の下での必要性については慎重に検討を行うことが適切であると考えられる。また、侵害訴訟における「不使用の抗弁」については、現行法における権利濫用法理等との整合性を踏まえて、不使用とされた権利の取扱い等について更に検討を行うことが適切であると考えられる。

〈参考〉各国の制度比較表

	欧州	ドイツ	米国	日本
職権審査 における 審査対象	絶対的拒絶理由 (第 38 条)	絶対的拒絶理由 (第 37 条)	絶対的拒絶理由 相対的拒絶理由 (第 1052 条) ※	絶対的拒絶理由 相対的拒絶理由 (第 15 条) ※
異議申立	付与前異議 (第 41 条, 第 42 条)	付与後異議 (第 41 条, 第 42 条)	付与前異議 (第 1063 条)	付与後異議 (第 43 条の 2)
異議申立 理由	絶対的拒絶理由 相対的拒絶理由	相対的拒絶理由 等	絶対的拒絶理由 相対的拒絶理由	絶対的拒絶理由 相対的拒絶理由

※ 米国・日本には、絶対的拒絶理由、相対的拒絶理由に相当する拒絶理由はあるものの、概念自体はない。

Ⅵ. その他

1. 商標の定義

(1) 問題の所在

商標制度の役割は、出所識別機能を有するマーク（標章）の独占的使用を認めることで、標章の適切な使用に基づき蓄積される信用の保護を行うことにある。しかしながら、現行法における「商標」の定義には、「識別性」が商標の要素であることが明確に規定されておらず、その結果として、社会通念上の「商標」の意味とも異なっている。こうしたことから、識別性が商標の要素であることを明らかにした商標の定義を検討すべきではないかとの指摘がある。

(2) 検討の内容

小委員会では、現行法における「商標」の定義において、識別性を商標の要素として規定することについて検討を行った。また、この際、①「商標」の定義が関連する条文が多岐に及ぶことから、定義規定の変更が個々の条文と整合性を保つよう配慮すべきこと、②匂い、音等からなる標識も商標も定義に含めるべきか否か、③商標の定義に「業として」という要件を含めることが適切か等を論点として検討を行った。

小委員会の検討の中では、商標の定義に識別性を追加することについて前向きな意見がある一方、現行法の定義によって特段の実務上の支障は生じていないとの意見があった。

〈参考条文：商標法第2条第1項〉

この法律で「商標」とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。

- 一 業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの
- 二 業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）

(3) 対応の方向

商標が使用される場合に、識別性を有していることが必須の要件であることは、裁判例においても既に確立しているが、商標の定義において規定することにより明確化するとの意義が考えられる。また、「業として」の要件については、商標の定義ではなく別の条文に規定することも考えられる。一方、定義規定を見直すことにより、これまで積み重ねてきた裁判例との齟齬が生じないように担保する必要があるほか、使用の定義の在り方とも整合性を確保する必要があることから、商標の定義については、更に検討を行うことが必要であると考えられる。

なお、単色、匂い、音からなる商標については、これらを商標登録することの実体的な要請が不明確であり、必要性について更に検討が必要であると考えられる。

2. 商標の「使用」の定義

(1) 問題の所在

現行法における標章の「使用」の定義は、具体的な使用行為を細分化して規定されているため、新しい使用態様が登場した際にこれを適切に保護する柔軟性に欠けるのではないかと指摘がある。

(2) 検討の内容

小委員会では、標章の「使用」の定義について、より包括的に規定することについて検討を行った。また、この際、①罪刑法定主義の観点から刑事罰の対象として十分に明確化しておく必要性、②「使用」の定義が関連する条文が多岐に及ぶことから、個々の条文への影響を検証すべきこと、③音声による使用を使用に含めるべきか否か等の論点について検討を行った。

小委員会の検討においては、現行の定義規定の立法経緯・内容等を十分に検証しつつ包括的な規定の方法について検討すべきではないか、そもそも「使用」の定義としてではなく、侵害行為として規定する方が適切ではないか等の意見があった。

〈参考条文：商標法第2条第3項〉

3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

- 一 商品又は商品の包装に標章を付する行為
- 二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為

- 三 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（譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。）に標章を付する行為
- 四 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したものを用いて役務を提供する行為
- 五 役務の提供の用に供する物（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を含む。以下同じ。）に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為
- 六 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為
- 七 電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法をいう。次号において同じ。）により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為
- 八 商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為

（３）対応の方向

現行法における標章の「使用」の定義は、商標の新たな使用態様に応じて随時改正が行われており、本来商標の使用と評価すべき行為が商標の使用ではないと評価されたり、商標の使用と評価すべきでない行為が商標の使用と評価されたりするなどの不合理な状況は生じていないと考えられるが、適用に際して包括的な規定にすることで平易な理解が可能となるとの意義が考えられる。

一方、「使用」の規定を包括的な規定とした場合、従来の「使用」行為との相違点や、罪刑法定主義との関係から、具体的にどのような行為を対象とするのかを明確にする必要があり、侵害行為との整合性も踏まえ更に検討を行うことが必要であると考えられる。

また、ラジオ広告や取引の場において音声で表現することを「使用」の定義に追加することについては、その必要性や実務への影響を踏まえて、更に検討が必要であると考えられる。