

ネットワーク社会の拡大と商標の概念の変化

1. 商標法の目的及び機能について

(1) 商標について

商標とは、事業者が商品又は役務の取引において自己が取り扱う商品又は役務を他人の商品又は役務と識別し、かつ、商品又は役務の同一性を表示するために、その商品又は役務との関係で使用する標識（マーク）を意味する。

（定義等）

第二条 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。）

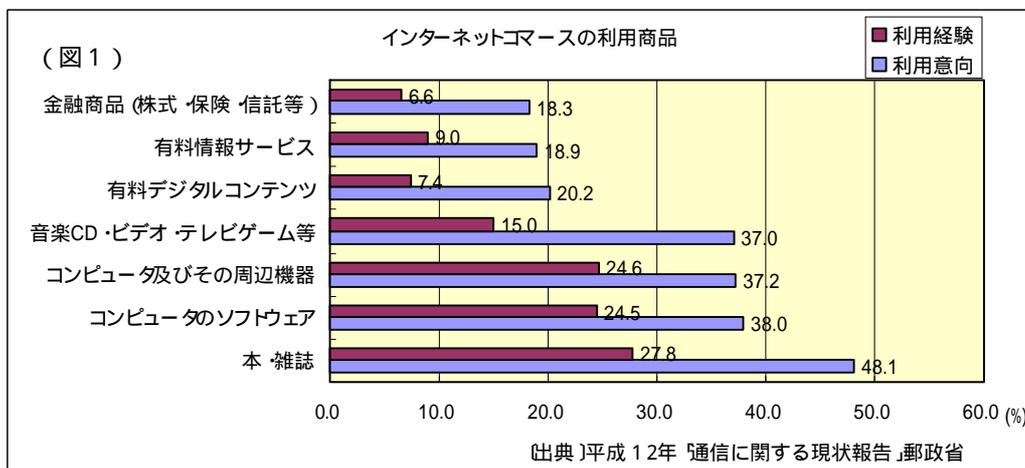
(2) 商標の機能

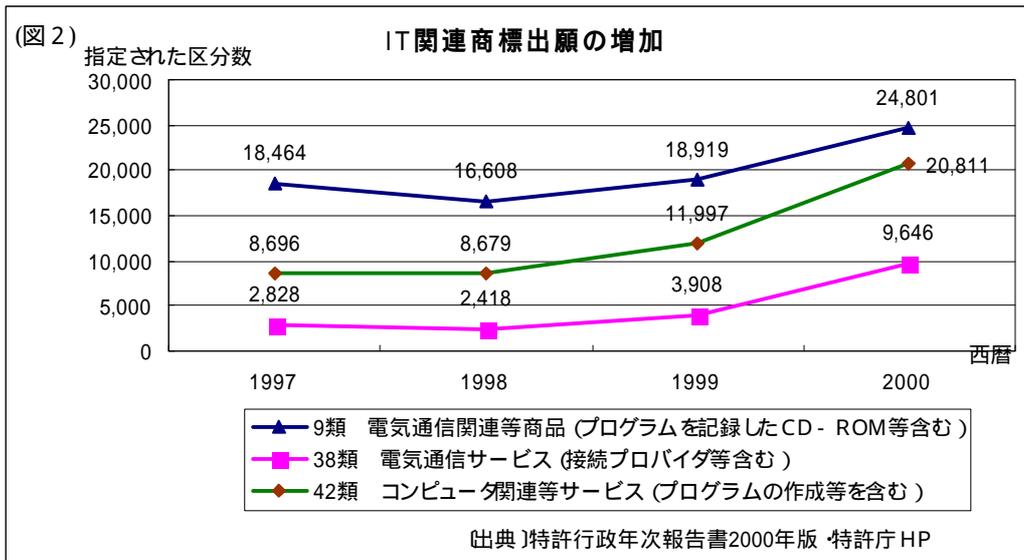
- ・ 出所表示機能...商品や役務の生産者、提供者を示す働き
- ・ 品質保証機能...一定の品質を有しているという信頼を保証する働き
- ・ 広告機能...商品又は役務の購買・利用の動機を形成する働き

2. 問題の所在

(1) 商標法では、これまで基本的に有体物である商品に関する標識と、無体物である役務に関する標識を分けて保護してきている。

(2) インターネットの普及、ブロードバンド化を背景とする e-commerce の急速な拡大に応じて、これまで CD・DOM、書籍等有体物として流通していたプログラムや書籍がダウンロード等の技術を用いてネットワークを通じて取り引きされる形態へ急速に変化しつつある。(図1)





(3) 商標制度においても、このような商品の新たな流通形態に対応した運用が進んでおり、2000年10月にはWIPOにおいて、商品・役務の国際分類を定めるニース協定(注)の改訂(2002年1月1日より効力発生予定)がなされ、インターネット関連の新品・役務の登場に対応して、新たな例示の大幅追加と区分の見直しが行われた。【参考資料2】

(注)「ニース協定」

商標登録は、指定商品・役務を特定する必要があり、その商品及びサービスの分類として各国共通の国際分類を採用することを目的とした協定。日本は1990年より同協定に加盟。

(4) 当該改訂により、新たに「ダウンロード可能な電子出版物」「ダウンロード可能なプログラム」が商品分類第9類(電子応用機械器具等)に含まれる商品の例示として追加(注)された。【参考資料3】

(注)これはあくまで分類表への例示としての追加であって、音楽等その他デジタルコンテンツを排除する趣旨ではなく、また、実体法上の効果を創設するものではない。商標法上、プログラムについては、従来、電子計算機用プログラムの開発・提供という役務(第42類)としても登録可能であり、本改訂は、出願人の選択肢を拡大するとともに、商品としても登録可能という趣旨を明確化するという意義を有する。

(5) この結果、これまでの我が国商標法の「商品」の概念の再確認が必要となっ
てきている。

3. 商標法上の商品についての考え方

(1) 「商品」について

商品については、法律上の定義はなく、学説、判例に委ねられていた。「取引の対象として流通する有体物であり、有償性、流通性、有体動産であることが要件となることが多い」(田村善之「商標法概説」弘文堂)とされる。また、「取引社会において流通する無体物である限りは、必ずしも有体動産に限定すべきではなからう。たとえば、無形のものであっても、酸素・水素・塩素等の非金属元素、天然ガス・液化石油ガス等の気体燃料は、ボンベ等の容器に収めて取引の対象とされる場合は商品である」(網野誠著「商標」有斐閣)等流通性に重点を置く考え方も有力である。 【参考資料4】【参考資料5】

(2) 欧米諸国での対応

USPTO、OHIM(欧州共同体商標庁)、英国、ドイツ等主要諸国は既にダウンロード可能な電子出版物・ソフトウェアを商品(9類)として採用している。但し、商標法上「商品」(goods)の概念は変更していない。 【参考資料6】

(3) 商品概念の弾力的解釈は可能か

IT社会への対応という点で特許法とも共通する論点であるが、「商品」の概念をどう考えるべきか。

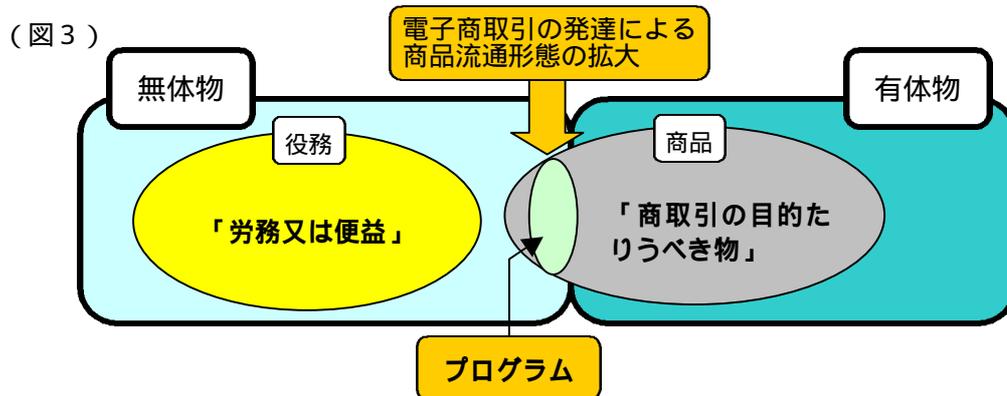
不正競争防止法では従来商品は有体物とされていたが、商品には書体(デジタルフォント)も含むとした東京高裁決定(平成5年12月24日)では、「経済的価値が社会的に承認され、独立して取引の対象とされる場合」には無体物も商品とされうると判示しているが、商標法上の「商品」の解釈においても、このような考え方は妥当するのではないか。 【参考資料7】

なお、ダウンロード可能なプログラム等については、商標法6条2項、商標法施行令1条に基づいて、省令において例示されることになる。

逆に、商品の範囲を解釈や下位法令で決定すべできなく、法律をもって明確化すべきという考え方も成り立ちうるが、どう考えるべきか。

〔参考〕モリサワタイプフェース事件（H5.12.24 東京高裁決定判旨）

社会の多様化に伴い、新たな経済的価値が創出されるから、その有する経済的価値に着目して取引対象となるものが有体物に限定されなければならない合理的理由はない。したがって、経済的価値が社会的に承認され、独立して取引の対象とされる場合には無体物も商品とされうるとした。



4. 「商品」の概念に変化に伴う「使用」の規定の見直しの必要性

(1) 「使用」の意義

商標法では、登録商標の保護を図るにあたり、商標権の効力を明確化するため、「使用」を定義している。これは、民事上の差止・損害賠償請求権の範囲を画するとともに、刑事上の商標権侵害罪の構成要件となっている。

(商標権の効力)

第二十五条 商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する。(以下略)

(侵害の罪)

第七十八条 商標権又は専用使用権を侵害した者は、五年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。

(2) 使用行為規定の変遷

旧法(大正10年法)

「使用」の定義は規定されず、何の行為が商標権侵害に該当するかは、民事上は全て解釈に委ねられていた。ただし、刑事上の侵害罪の規定には、「販売」「交付」「偽造」「模造」「輸入」等の商標の侵害行為を類型化した行為規定があった。

[参考:旧商標法(大正10年法)]

[商標権の発生・内容]

第七条 (略)

商標権者ハ第五条ノ規定ニ依リ指定シタル商品ニ付其ノ商標ヲ専用スルノ権利ヲ有ス

現行法(昭和34年法)

商標法全面改正の検討の過程において、商標権の効力の内容を明文をもって規定すべきとの指摘がなされ、差止請求、損害賠償等に共通して適用できる「使用」の定義が規定された。そして従来解釈を参考として、「付する」「譲渡」「引渡し」「展示」「広告に付して展示」等を新たに規定した。

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、又は輸入する行為

海外の法律 【参考資料 8】

米国

「取引上の使用」(use in commerce)を以下の通り定義。

- ・ 何らかの方法で付着(affix)されるとき
- ・ 取引上(in commerce)販売(sell)、輸送(transport)されるとき

英国

侵害行為と関連して「使用」(use a sign)を定義。

- ・ 商品又はその包装に標章を付す(affix)こと
- ・ 標識の下に(under the sign)商品を申し出(offer for sale)、売りに出し(expose for sale)、市場に出し(put on the market)、これらの目的のために保管(stock)すること

ドイツ

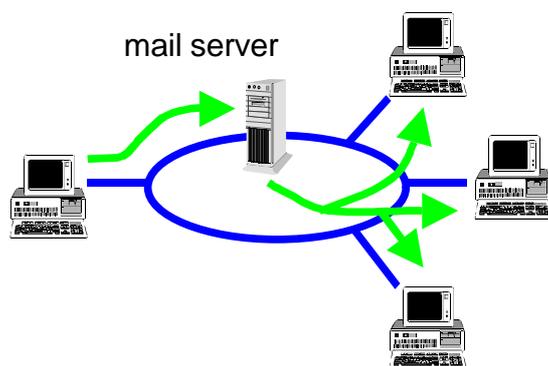
特に禁止される行為を規定。

- ・ 商品又はその包装に標章を付す(anbringen:affix)こと
- ・ 標識の下に(unter dem Zeichen : under the sign)商品を申し出(anbieten : offer)、市場に出し(in Verker bringen : put on the market)、これらの目的のために保管(besitzen : stock)すること

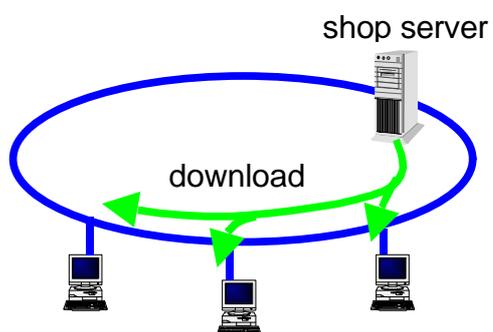
(3) プログラム、電子出版物に標章を「付する」ことは可能か

- ・ プログラムをパソコン等で実行した際、当該パソコンの画面上にプログラムのタイトル、商標等が表示されることが通例となっているが、このような画面上の表示についても「付する」と解することは可能か。 【参考資料 9】

(4) プログラム等の流通実態と法的対応



メールでプログラムを添付して送信する形態



ダウンロードサイトにおいてプログラムをダウンロードさせることでプログラムの販売する形態

(5) 使用の定義の見直しの要否について

「譲渡」「引き渡し」等がダウンロードを觀念できるか。

特許法の実施規定の見直しと共通の問題

具体的使用行為については、特許法上の検討結果に依拠した形で見直しを行うこととする。

(注)「譲渡」...「権利、財産、法律上の地位等をその同一性を保持させつつ他人に移転すること」(法令用語辞典：学陽書房)

「引渡し」...「法律上の占有権を移転することではなく、物に対する現実の支配を移転すること」(商標：有斐閣・網野誠著)

(6) 他の流通形態

A S P型、ストリーミング型等、上記以外の流通形態もあるが、ダウンロード以外のプログラム流通形態については、商標法上は役務と捉えるため、次回法制小委員会「IT化に対応したサービスマークのあり方」において議論を行う。