

平成 22 年 3 月 24 日（水）

於・特許庁 16 階特別会議室

産業構造審議会知的財産政策部会

第 21 回商標制度小委員会

議 事 録

特 許 庁

1. 日 時： 平成22年3月24日（水）10：00～12：00

2. 場 所： 特許庁特別会議室（特許庁庁舎16F北側）

3. 出席委員： 土肥委員長、阿部委員、遠藤委員、小塚委員、小山委員、鈴木委員、竹田委員、
田村委員、苗村委員、松尾委員、水野委員

4. 議 題： 開会

商標行政を巡る最近の動向について

「商標」の定義への識別性の追加等について

商標法第4条第1項第13号の見直しについて

改正後の「類似商品・役務審査基準」の導入方法について

閉会

開 会

○土肥委員長 定刻でございますから、ただいまから産業構造審議会知的財産政策部会第21回商標制度小委員会を開催いたします。

本日は、御多忙のところをお集まりいただきましてありがとうございます。

それでは、本日の議題について御紹介をさせていただきたいと存じます。

まず1が商標制度を巡る最近の動向についてということでございます。

2が「商標」の定義への識別性の追加等について。

3が商標法第4条第1項第13号の見直しについて。

4が改正後の「類似商品・役務審査基準」の導入方法について。

以上の4点でございます。

それでは、事務局より配布資料の確認をお願いいたします。

○鎌田審議室長 それでは、配布資料の確認をさせていただきます。

本日の配布資料は、座席表、議事次第・配布資料一覧、委員名簿のほか、資料1の商標行政を巡る最近の動向について、資料2の「商標」の定義への識別性の追加等について、参考資料1のA3の紙ですけれども、「商標」の定義への識別性の追加等についての概要、参考資料2の判例の商標的使用論の例、資料3の商標権消滅後1年間の他人の商標登録排除規定の見直し、資料4の改正後の「類似商品・役務審査基準」の導入方法について。

以上6点です。不足等ございませんでしょうか。

もう1点、お願いがございます。

御発言をなさる際には、お手元のマイクのスイッチをお入れいただき、マイクを近づけて御発言いただくようお願いいたします。

以上でございます。

商標行政を巡る最近の動向について

○土肥委員長 それでは、早速議題に入らせていただきます。

はじめに、最初の議題である商標行政を巡る最近の動向について、これは商標課長から説明をいただきます。よろしくお願いします。

○水荃商標課長 商標行政を巡る最近の動向について御説明をさせていただきます。

まず1 ページ目の商標の出願動向でございます。これは年度ではなくて年の表です。2009 年1 月から2009 年12 月というようなスパンでまとめております。2009 年の出願区分数、これは表にございますように、18 万5,000 件弱ということで、対前年比7 %減ということになっております。特に日本を指定するマドプロ出願については17%減と大きく落ち込んでおり、2000 年の加盟以来、初めての出願減ということになっております。それから、審査処理につきましては、今年度の実施目標、一次審査処理が21 万500 区分以上、F A 期間6 月以内、この達成に向けて現在、順調に推移しているというところでございます。

次、2 ページ目の地域団体商標制度の現状でございます。右下の産品別出願内訳一覧表を見ていただきたいと思います。2 月末現在において地域団体商標の出願件数は合計で929 件となっております。農水産一次産品から酒類までを食品といたしますと、全体の7 割近くが食品となっております。それから、登録件数につきましては合計で448 件となっております。51%が食品となっております。次のページは日本地図上に地域別に登録された地域団体商標を表示したのですが、登録が一番多いのは京都府でございます。

次に商標三極の話でございます。これには2007 年にJ P O がホストとして開催された第6 回会合以降、中国商標局、C T M O がオブザーバーとして参加しております。前回、2009 年12 月9 日から11 日にO H I M、スペイン・アリカンテにおきまして第8 回三極会合を行いました。①の他の知財庁及びユーザーとの関係につきましては、W I P O とK I P O の次回会合へのオブザーバー参加が合意されました。それから、次回会合より、ホスト国の主催によりユーザー会合を開催するということも合意されております。続いて②の共通統計指標としまして、三極での統計を共通化するための検討でございます。今後も統計情報の共有のための継続した検討が合意されております。③の優先権書類の電子的交換につきましては、今まで優先権の証明書を書類で提出していたものを、電子的に交換できないかという方向を検討しております。④の三極が相互に受け入れられる商品・役務表示のリストの将来の方向性につきましては、三極が相互に受け入れられる商品・役務の英語表記を検討しておりますが、この将来的な方向性について議論しております。第三国の

参加を含めどのくらいの規模にするのか、そして将来の方向性の検討を継続して行っておりまして、これにはW I P Oがオブザーバー参加しております。それから、⑤として意匠等についての意見交換を実施しております。これは各庁の統計を中心とした制度の近況の意見交換をやっておりまして、今後も議論するということになっております。一番最後になりますが、2010 年 12 月に次回の第 9 回三極会合が、我が特許庁ホストにより、東京で開催される予定ということになっております。次のページに共同声明を参考までにつけさせていただきますので、あとで御覧になっていただければと思います。

次に 6 ページのW I P Oにおける議論と関連しまして、まずマドリット協定議定書でございます。2009 年 7 月に開催された第 7 回作業部会において、出願時に限り認められる出願言語の追加に関する調査研究がされました。それから、スイスから提案された「国際登録の分割」に関する調査研究について検討されました。「国際登録の分割」は、中身的には各国の分割制度の調査ということで、マドリットシステムへの組み込み方について事務局に依頼することで合意されてございます。そして出願言語の追加の話に関しましては、パイロットプロジェクトをつくって、そのコストやワークロードの影響調査を行うということが合意されております。2010 年の夏、7 月ぐらいを目途に第 8 回作業部会が開催される予定です。

次、ニース協定の議論です。昨年の 11 月に第 3 回アドホック作業部会が、国際分類の商品、サービスの変更等の各国提案の検討を迅速、効率的に行うために開催されました。そこでは電子フォーラムの開設、専門家委員会の開催を、現在 5 年に 1 回ぐらいのペースで開催されていたものを年 1 回として「国際分類の変更」を毎年発効とするという将来構想の検討がされました。加えてその実現のためには専門家委員会の手続規則の改正もやらなければいけませんので、これも検討されました。5 年ごとの見直しは長過ぎるという意見がありましたが、では何年にするのかという具体的な期間の提示はこのときはございませんでした。今年の 11 月に第 21 会期専門家委員会が開催される予定になっております。

次のS C Tにつきましては、昨年の 11 月に開催された第 22 回会合においては、あらゆるタイプの商標に関する拒絶の理由、証明商標・団体商標の登録に関する技術的・手続的側面ですとか、パリ条約の第 6 条の 3 での国名の保護、それから意匠法及び実務に関する収束可能な範囲が検討されました。これらに加えて、意匠・商標に関する優先権処理に関するデジタルアクセスサービス、つまりD A Sシステムの意匠・商標への拡張、これは三極の方でも議論されておりますけれども、これはS C Tの方でも議論されております。そ

れから、コンセント制度につきましては、昨年の 11 月の 22 回会合で、コンセント制度の各国アンケート調査結果のとりまとめが行われまして、参考資料として公開されるということになっております。今年の 4 月には 23 回会合が予定されております。

そして、7 ページの日中、日韓における交流・協力でございます。

昨年、知財分野における日中双方の交流・協力の強化、これを目的として日中政府間で 2 つの覚書が合意されております。

まず経産省と中華人民共和国商務部との覚書。目的は知的財産分野における日中双方の交流・協力の強化を図ることですが、中身としてはワーキンググループを設置して年 1 回開催するということになりました。第 1 回のワーキンググループが 2009 年 11 月 19～20 日に東京で開催されました。

それから経産省と中国の国家工商行政管理総局、俗にいう S A I C との覚書。これは商標制度あるいは模倣品の取締り、あるいは不正競争の防止等の分野などにおける日中双方の交流及び協力の強化を図ることを目的とするものです。この中に人材育成というのも含まれております。これも年 1 回やりましょうということですが、ちょっと中身的にストップしている状況ではございます。

次の日韓間の交流・協力としましては、日韓特許庁長官会合が昨年の 12 月 18 日に大田で行われました。日韓各国において登録された地域団体商標であるとか、韓国の地理的表示団体標章等、この目録の交換を行って、審査の参考資料として活用するということが双方で合意されております。来月には第 2 回会合が韓国・大田で開催される予定ということになっております。

次、8 ページのハイレベルフォーラムがあります。これは各国政府の商標制度担当の幹部が一堂に会していろんな課題についてプレゼン、情報交換、意見交換等を行う会合ですが、今まで 2 回ほど行われております。第 3 回会合がシンガポールで開催される予定です。

簡単ですが、以上でございます。

○土肥委員長 ありがとうございました。

それでは、ただいまの説明につきまして御質問、御意見ございましたらお願いをいたします。

○水野委員 1 ページの商標出願の統計と、それから、第 6 ページのマドリッド協定議定書の関連で質問をしたいと思います。

日本の産業の競争力強化のための知財戦略の中で、商標も非常に重要な位置を占めると

考えておりますけれど、その中でも国際出願、特に我が国の国民が海外へ出ていく方の国際出願、これについても重要だと思っております。

それでこの統計の中の1ページの方は、これは外から入ってくる方のものであらうと思いますので、こちらは全体を含めて下がってきておるわけですが、聞くところによると、6ページの方、マドリッド協定議定書に基づく、出ていく方、こちらはやや増えているようにも仄聞しております。

その点は非常に重要な競争力に応援・支援するファクターと思っておりますので、その辺の数字をお聞きできればと思ひまして、よろしくお願いします。

○林商標制度企画室長 件数だけ御紹介させていただきます。

21年の歴年ベースでいわゆる日本が本国官庁として受け付けている出願件数ですが、1,310件で、対前年比でいうと大体3.6%程度多くなっているという状況かと思ひます。

○土肥委員長 ほかにございますか。

特によろしゅうございますか。

それでは、この説明については、以上とさせていただきます。

「商標」の定義への識別性の追加等について

○土肥委員長 それから、2つ目でございますけれども、「商標」の定義への識別性の追加等についての問題でございます。これも事務局から説明をいただきます。

○鎌田審議室長 それでは、御説明いたします。

関連の資料は、お手元の資料2、参考資料1、参考資料2、この3種類でございます。参考資料1は、資料2の内容を簡単にまとめた資料でございますして、参考資料2は判例をまとめております。以下資料2に基づきまして御説明をさせていただきます。

「商標」の定義への識別性の追加等についてということでございます。

まず問題の所在でございますけれども、これは2つございます。

1つ目が「商標」の定義の関係でございます。

商標法第2条第1項では、「標章」を「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」と規定した上で、「商標」とは「業として商品

の生産や役務の提供等をする者がその商品又は役務について使用する標章」、このように定義をしております。このため、商標の本質的機能は識別性であるにもかかわらず、この定義では、識別性が「商標」の要素となっていないということから、諸外国と同様に、第2条第1項の「商標」の定義に識別性を追加すべきではないかという御指摘をいただいております。これが1つ目でございます。

2つ目の問題の所在でございますけれども、これはいわゆる商標的使用論の関係でございます。

商標法第37条などが適用される侵害の場面におきましては、識別性が侵害の構成要件として条文上は求められていない。この結果としまして、第三者の使用する「商標」が識別性を発揮する態様で使用されていないにもかかわらず、商標権者から訴えを提起されることがある旨の指摘がございます。この点につきましては、判例の方で、自他商品等識別機能ないし出所表示機能を発揮する態様で使わない場合は商標権侵害を構成しないとの解釈、商標的使用論といわれているものが確立しているわけございまして、これを何らかの形で立法的に解決し、明確化すべきではないかという指摘をいただいているところでございます。

以上が問題の所在でございます。

1枚めくっていただきまして、この点につきましては、かねてより御指摘いただいておりますところございまして、これまでの検討状況でございます。

ここでは3つ載せておりますけれども、過去の「商標」の定義の見直しにつきましては、いずれも慎重な検討が必要とされてきたという歴史がございます。

1つ目は平成7年12月の工業所有権審議会でございますけれども、この審議会におきましては、定義の改正によって、かえって混乱が生じるおそれがあるとの指摘ですとか、定義を改正する場合には法律の他の部分にどのような修正を行う必要があるかですとか、法律構造の根本的な考え方から変更する必要があるかですとか、さらには判例上、積み上げられてきた解釈・運用にどのような影響があるのか、こういった点を含め十分な検討を行う必要があるということで、引き続き検討していくことが必要であるとされております。

2つ目は平成18年2月の産業構造審議会の報告でございますけれども、いわゆる商標的使用論につきましては、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という積極的な評価をした上で、他方、

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ということで、さらに検討が必要だとされております。

そして3つ目ですけれども、平成21年10月の新商標のワーキンググループの報告書でございます。これにつきましては、「商標としての使用」に関する裁判例との齟齬が生じないように担保、それから、商標の使用の定義の在り方とも整合性を確保する必要、こういった点を指摘した上で、新商標に限らない商標法全体の問題として慎重な検討が必要であるとされております。

以上がこれまでの検討状況でございます。

1枚めくっていただきまして国際的な状況でございます。

まず条約がどうなっているかということでございますけれども、①としまして商標の定義と登録要件を見てまいります。

まずパリ条約でございますけれども、商標の構成要素については規定がございません。それから、登録要件につきましては、識別性を有しないものである場合を拒絶理由としておりますので、識別性が登録要件になっているということでございます。

またT R I P S協定でございますけれども、これは「ある事業に係る商品若しくはサービスを他の事業に係る商品若しくはサービスから識別することができる標識又はその組合せは、商標とすることができるものとする」としておりまして、「自他商品等識別可能性」を商標の構成要素、定義としているということでございます。

他方で登録要件の関係でございますけれども、T R I P S協定の中で拒絶理由についてはパリ条約の規定を遵守するというようになっておりますので、パリ条約同様識別性が登録要件ということになっております。

では次に条約における商標権の禁止権の対象でございます。

パリ条約の中では、商標権の禁止権の対象については規定をしてない状況でございます。

また、T R I P S協定ですと、登録された商標に係る商品又はサービスと同一又は類似の商品又はサービスにつきまして、同一又は類似の標識を商業上使用することの結果として混同を生じさせるおそれがある場合には、その使用を防止する排他的権利を有するとされております。このように商標権の禁止権の対象につきましては、第三者が使用する「商標」ではなく「標識」としております。また、「混同を生じさせるおそれ」という要件が明文で課されているという形になっております。

以上が条約でございますけれども、次が諸外国でございます。

まず諸外国の商標の定義と登録要件の関係でございます。

欧州におきましては、欧州指令により、欧州共同体加盟国の商標法のハーモナイゼーションが進められているところでございます。欧州指令第2条の中では、商標を構成することができる標識は、ある事業の商品又はサービスと他の事業のそれとを識別することができるものである場合に限るとしておりますので、商標の構成要素として自他商品等識別可能性を考えているということでございます。

また、同第3条におきまして、識別性を欠く商標を拒絶理由としておりますので、識別性が登録要件になっているということでございます。

この欧州指令に基づきましてイギリス商標法ですとか、ドイツ商標法におきましても同様な規定を置いておりますし、欧州共同体商標理事会規則、これの中でも欧州指令と同様の規定を置いていたということでございます。

以下各国の条文を載せておりますけれども、6ページを御覧ください。

次に米国でございますけれども、米国の連邦商標法第45条の中では、商標はその者の商品を特定し、他人が製造又は販売するものから識別し、出所が知られていない場合でもその商品の出所を表示する語等をいうと規定しております。この点につきましては、主観的識別性を有するものを商標の保護対象としているという考え方もあるようでございます。

また、登録要件の関係でございますけれども、同法第2条の中では、出願人の商品を他人の商品から識別することを可能にする商標、これは登録を拒絶されないと規定しておりますので、客観的識別性を有していないことが拒絶理由されております。

以上が定義と登録要件の関係でございます。

次に、諸外国における商標権の禁止権の対象でございます。

まず欧州でございますけれども、欧州指令では、T R I P S協定の第16条第1項と同様に、「標識」を商標権の禁止権の対象としております。これは識別性のある商標ではなく、標識を禁止権の対象としているという趣旨でございます。

他方、「混同を生じさせるおそれ」のところですが、これはちょっと細かい話になりますけれども、T R I P S協定第16条の第1項におきましては、商標が同一又は類似、商品役務が同一又は類似の場合、すべてのケースにつきまして、「混同を生じさせるおそれ」というのが商標権侵害の成立要件としておりますけれども、欧州指令におきましては、T R I P S協定とは一部異なっておりまして、商標同一、商品又は役務同一の場合

だけは「混同を生じさせるおそれ」が商標権侵害の成立要件となっていないという状況になっております。逆にいえば、残りの３つのケースにつきましては、侵害の成立要件になっているということでございます。

この欧州指令に基づきまして、イギリス商標法、ドイツ商標法におきましても、同様の規定ぶりとなっておりますし、欧州共同体商標理事会規則におきましても、欧州指令と同様の規定が置かれているということでございます。

次に米国でございますけれども、米国の連邦商標法におきましては、商標権の禁止権の対象につきましては、登録商標の複製、偽造、複写又はもっともらしい模造を商標権の禁止権の対象としておりまして、「標識」という言葉では規定していないということになります。

他方、「混同を生じさせるおそれ」につきましては、T R I P S 協定第 16 条第 1 項と同様に、商標・商品役務の同一又は類似を区別せず、すべてのケースにおきまして商標権侵害の成立要件としているということでございます。

以上が条約と諸外国の状況でございます。

以下、個別の論点に入ってまいります。

４．「商標」の定義規定の見直し。これが問題の所在の 1 つ目にあった定義の問題でございます。

「商標」の定義に、諸外国と同様、識別性を追加すべきとの指摘、これにつきましては、以下のような対応が考えられるのではないかとということで幾つかの案を提示しているところでございます。

なお、仮に「商標」の定義に識別性を追加しますと、T R I P S 協定第 16 条 1 項との整合性の観点から、商標権の禁止権を規定する商標法第 37 条において、禁止権の対象が今は「商標」になっているわけでございますけれども、この「商標」、今は識別性を必ずしも持たない商標でございますけれども、この商標に識別性が要素として加わりますと、「標章」に改めることになると考えられます。

詳細につきましては、後ほど細かく御説明させていただきます。

「商標」の定義規定の見直しの 1 つ目のオプションでございます。「商標」の定義に主観的な識別性を追加するものでございます。

これは「商標」の定義に、自他の商品等を識別するために用いるという使用者の意思、ここでは主観的識別性と呼んでおりますけれども、これを追加するというものでござい

す。

この場合、商品等との関係で客観的に自他商品等の識別性があるかどうかについては、いずれにせよ判断する必要がございますので、この点につきましては、現行と同様と登録要件において判断するという事になるかと思えます。

これによりまして、使用者が自他商品等を識別するために用いるものでない場合は、「商標」概念に含まれなくなるということになります。

この場合の論点でございますけれども、「商標」の定義に主観的識別性を追加しますと、商標に商品等との関係で客観的に自他商品等の識別性があるかどうかにかかわらず、使用者に自他商品等を識別するために使用する意思さえあれば「商標」となってしまうということになりますので、「商標」の本質的機能が客観的に決まることとの関係で整合性がとれるのかどうかという論点があると考えられます。

また、同じことは判例の商標的使用論との関係でも整合性がとれるのかどうかという問題があるかと思われます。

次に2つ目のオプションでございますけれども、「商標」の定義に客観的識別性を追加するというものでございます。

客観的識別性を追加する方法はいろいろあるかと思えますけれども、ここでは第2条第1項の商標の定義規定に第3条第1項第6号、識別性のいわばバスケットクローズになっているものでございますけれども、この内容を追加するというものでございます。

「商標」の定義に、商品等との関係で客観的に自他商品等の識別性があること、客観的識別性という理解ができますけれども、これを追加するという事でございまして、具体的には、例えばというところでございますけれども、「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができる標章（使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものを含む。）」、括弧書きの部分につきましては、今の第3条第2項に相当する部分ですけれども、これを「商標」の定義に追加するというものでございます。

この場合は、客観的識別性の有無について、「商標」の定義において判断することとなりますので、「商標」の定義として判断した上で、さらに登録要件で重ねて判断する必要がなくなりますので、現行第3条の客観的識別性に関する各号の登録要件については削除されることになるのではないかと考えられます。

この結果としまして、商品等との関係において客観的に見て自他商品等識別機能を発揮

し得ない場合は、「商標」概念に含まれないということになります。

この場合の論点でございますけれども、1つ目は第3条の各号の登録要件が削除されるという点でございます、この各号に規定されていた具体的な客観的識別性の内容がいわば条文上不明確な形になってしまいますので、それでいいのか。それに対する手当てとしては審査基準等に明記することによって対応せざるを得ないのではないかという点がございします。

2つ目は地域団体商標制度との関係でございます。地域団体商標制度につきましては、第3条にかかわらず、使用により一定の地域で周知性を獲得していれば商標登録が認められるという形で、登録要件を緩和しているという状況になっています。

ここでこのオプションのように、「商標」の定義に客観的識別性を追加しますと、地域団体商標は、今まで登録要件の緩和という形になっていたわけですが、いわば定義の緩和のような形にせざるを得なくなりますので、そういう意味では、地域団体商標は現行第3条の登録要件である客観的識別性を有していないことになる可能性がありますので、「商標」の定義の特例を設けるなどの手当ての必要があるのではないかというのが2点目の論点になります。

3つ目のオプションは、「商標」の定義に抽象的な客観的識別性を追加するものです。

この抽象的な客観的識別性とは何ぞやということでございますけれども、「商標」の定義に特定の商品又は役務に関わらない何らかの商品等との関係で客観的識別性を有し得ること、これを抽象的な客観的識別性と呼んでおりますけれども、これを追加するということでございます。

この場合、「商標」の定義と登録要件の両方に客観的識別性が出てくるわけでございますので、その関係が問題になるわけでございます。

この点、ドイツでは、商標の定義における自他商品等識別可能性を「抽象的識別性」、登録要件における識別性を「具体的識別性」と解釈しているようでございます。「抽象的識別性」は、特定の商品又は役務に関わらない抽象的な識別能力を判断するものであって、「具体的識別性」は、ある事業に係る指定商品若しくは指定役務を他の事業に係る商品若しくは役務から識別する具体的な識別能力、これを判断するものであるとされているようでございます。

これを参考にしまして、「商標」の定義に追加する客観的識別性につきましては、先ほど申しました抽象的な客観的識別性とする一方で、登録要件の客観的識別性は、出願に係

る具体的な商品、指定商品などとの関係で客観的識別性の有無を判断する必要があるという整理をした上で、現行の第3条の登録要件は維持をするという案でございます。

これによりまして、いかなる商品等との関係でも客観的識別性を有し得ないものは、「商標」概念に含まれないことになるという案でございます。

この場合の論点でございますけれども、1つ目は「商標」の定義に抽象的な客観的識別性を追加したとしても、指定商品等との関係で具体的な客観的識別性がないものが依然として「商標」概念に含まれてしまうということになりますので、「商標」の本質的機能ですとか、商標的使用論との関係で整合性がとれなくなるのではないかというのが1つ目の論点でございます。

それから、2つ目の論点、これはちょっと技術的な話でございますけれども、現行の第2条第1項の「商標」の定義につきましては、「その商品（役務）について使用するもの」という商品等との関係が含まれる形で今既に定義がなされておりますので、特定の商品等との関係で客観的識別性の有無を問わない抽象的な客観的識別性を追加することになりますと、条文の抜本的な見直しが必要になるのではないかというのが2つ目の論点でございます。

4つ目のオプションは現行どおりということでございます。

以上が「商標」の定義及びそれに関連する登録要件の問題でございます。

次に 11 ページの商標的使用論の手当てでございます。問題の所在の2つ目の論点でございます。

判例の商標的使用論を立法的に解決（明確化）すべきとの指摘につきましては、以下に申し上げますような幾つかの対応が考えられます。

個別のオプションに入る前に、1点だけ商標的使用論の前提となる第37条の「商標」を「標章」に改める必要があるのではないかという点につきまして、先ほど簡単に御説明させていただきましたけれども、ここにつきまして※印のなお書きで整理をしております。

商標的使用論の手当てをするかどうかにかかわらず、仮に「商標」の定義に識別性を追加した場合には、識別性を有しない標章が「商標」概念に含まれないということになりますので、商標法上の「商標」の範囲が現行の識別性を持たない「商標」よりも狭くなるということになります。

他方、TRIPS協定の中では、商標権の禁止権の対象を識別性のある「商標」でなく、「標識」としておりますので、そういう意味では広い範囲を禁止権の対象にしているとい

うことになろうかと思います。

この点につきましては、現行の我が国の商標法では、「商標」概念には識別性が含まれておりませんので、そういう意味ではT R I P S協定第 16 条の「標識」概念と整合性が保たれているということができるかと思います。

しかしながら、「商標」の定義に識別性を追加しますと、これに伴いまして、第 37 条の「商標」の範囲も狭くなりますので、結果的に商標法上の商標権の禁止権の対象がT R I P S協定の禁止権の対象よりも狭い概念となってしまいます。したがって、そのT R I P S協定との整合性の観点から、商標法第 37 条、商標権の禁止権の対象につきましては、「商標」の定義に識別性を追加する場合には、第 37 条を「商標」から「標章」に改める必要があるのではないかということでございます。

この点は商標法第 26 条につきましても基本的に同じような整理になろうかと思われます。

以下、判例の商標的使用論を立法的に解決すべきではないかという指摘への対応のオプションでございますけれども、まず1つ目は、第2条第3項の「使用」の定義に客観的識別性を追加するというものでございます。

これによりまして、商標法上の全ての「使用」を、自他商品等識別機能等を発揮する態様の「使用」に限定するということになります。

なお、(1)のオプション自身は客観的識別性ですけれども、仮に主観的識別性を追加するということにした場合には、侵害の場面におきまして、客観的に見て自他商品等識別機能などが発揮する態様で「使用」されているにもかかわらず、侵害者側がかかる意思を有していないという抗弁を許してしまうことになりますので、これは不適當だろうということでございます。

客観的識別性を「使用」の定義に追加する場合の論点といたしましては、まず1つ目として、条文上そのような手当てをすることによって立証責任にどのような影響があるのかというところにつきまして、実務への影響も踏まえつつ考え方を整理する必要があるのではないかという点がございます。

また、2つ目としましては、不使用取消審判の関係でございますけれども、仮に第2条第3項の使用に客観的識別性を追加しますと、結果的には不使用取消審判における登録商標の「使用」も商標的使用に限られることになってしまいますので、この点についてそれでいいのかという考え方を整理する必要があるのではないかという点でございます。

2つ目のオプションは、第25条及び第37条の「使用」に客観的識別性を追加ということとでございます。第25条、登録商標の「使用」する権利を専有する旨を定めている規定と、第37条、他人による類似範囲の「使用」を排除する旨を定めている規定、この2つの規定の「使用」に客観的識別性を追加するというものでございます。

これによりまして、商標全体ではありませんけれども、商標権侵害となる「使用」、これが識別性を発揮する「使用」に限定されることとなりますので、これが条文上、明確になるということとでございます。

論点の1つ目は、このような手当てをした場合に、立証責任へどのような影響があるのかということとでございます。

2点目は、同じように不使用取消審判の場合の「使用」の定義についてどのように整理すべきかという点でございます。

3つ目のオプションが、現行の第26条第1項に「客観的識別性を発揮しない態様での使用」、これを商標権の効力が及ばない事由として追加するというものでございます。

これによりまして、自他商品等識別機能ないし出所表示機能を発揮しない態様での使用、これが商標権侵害にならないということが条文上明確になると考えられます。

このオプションの論点でございますけれども、この場合は、侵害訴訟において（使用の）客観的識別性が抗弁事由になると考えられますけれども、この点について立証責任がそのようなことで整理されていいのかどうかということが論点としてあげられると考えております。

4つ目のオプションは、現行のとおりということで特段の手当てを行わない、判例に委ねるというものでございます。

以上が商標的使用論に関するとオプションでございます。

次に商標的使用論に関するその他の論点といたしまして2つほど載せております。

1つ目は商標権侵害に係る規定への混同要件の追加という論点でございます。まず我が国商標法におきましては、商標権侵害の成立要件としまして、同一類似の商標の同一類似の商品等への使用という形式的な要件が規定をされています。他方、「混同を生じさせるおそれ」という要件は条文上、課されていません。しかしながら、判例上は商標的使用論というものが確立しておりまして、自他商品等識別機能などを発揮する態様で使用されていない場合には、商標権侵害は成立しないとされているという状況でございます。

他方、T R I P S 協定ですとか欧米の商標法を見ますと、商標権侵害の成立要件と

して、商標的使用については特段明文では規定されておられませんけれども、いずれの場合も「混同を生じさせるおそれ」という要件が明文で規定されているという状況でございます。

以上を踏まえまして、我が国商標法においても、仮に商標的使用論を明文化することを検討する場合には、その明文化にかえて、以下のように、商標権侵害に係る規定に「混同を生じさせるおそれ」の要件を追加する、T R I P S 協定ですとか、欧米の商標法のような形で手当てをする方法についてその適否について検討すべきではないかというのが1つ目の論点でございます。

1枚おめくりいただきまして、具体的にはここで2つの方法をあげておりますけれども、1つ目は第25条及び第37条、ここに「混同を生じさせるおそれ」の要件を追加するというものでございます。

これは同一類似の商標の同一類似の商品等への使用という形式的な条文上の要件に加えまして、具体的な侵害の場面における使用態様について「混同を生じさせるおそれ」の有無を判断する要件を明文上追加するというオプションでございます。

これによりまして、商標権侵害となる「使用」が「混同を生じさせるおそれ」がある態様の「使用」に限定されるということで、「混同を生じさせるおそれ」がない態様での「使用」でなければ商標権侵害にならないということが明文で規定されることになります。

2つ目のオプションは、第26条の第1項、商標権の効力が及ばない事由に、「混同を生じさせるおそれのない態様での使用」というものを追加するというものでございまして、これによりまして、「混同を生じさせるおそれのない態様での使用」は、商標権侵害にならないということになるというオプションでございます。

最後に著名商標の効力の拡大との関係でございます。商標法における著名商標の効力範囲につきましては、出所の混同を生ずるおそれのある範囲を超えて、著名商標の希釈化の防止にまで拡大するよう立法すべきではないかといった議論もあるところでございます。

したがいまして、仮に著名商標の効力が商標の希釈化の防止にまで拡大された場合には、自他商品等識別機能などを発揮する態様での使用以外にも商標権の効力が及ぶということになりますので、そうしますと、今まで商標的使用論の立法化を議論してきた前提が変わることになりますので、これらの議論の動向に留意する必要があるのではないかという点でございます。

以上でございます。

○土肥委員長　ありがとうございました。

それでは、ただいま説明がございましたけれども、これについての忌憚のない御意見をちょうだいしたいと思っております。どうぞ、どなたからでもお願いいたします。

○苗村委員　１ページ目に（２）に第 37 条が適用される侵害の場面において、識別性を発揮する態様で使用されていないにもかかわらず、訴えを提起される旨の指摘があるとあるのですけれども、実際には識別性があるものが商標だということがわからずに訴えられているということではなくて、実際の判例とかを見たら、そんなことはわかっていて、それが本当に識別性を発揮する態様か否かというところが、もっとハイレベルの争いになっているというところがありますので、この識別性が発揮される態様で使用されているか否かということが問題になっていることは、実質的には現在では生じていないのではないかなということを感じて持ちました。これは既に過去の産構審での審議でも既に指摘されているところだとは思いますが。

そうとしますと、（１）番目に掲げてある諸外国との整合性とか、そういうところとの関係で識別性を商標の定義に加えるかというところが問題になると思うのですけれども、そこはどちらかという、実質的な問題点としての重要度がどうかなというふうな思いもありまして、一方、以下のページにおいて御検討されている点を見ますと、かなりいろんな論点がありまして、識別的の要件を定義規定等に入れると、そういったものにもかなり配慮しないといけないということで、逆の問題点とかがもしかしたら生じてくるおそれもあるということで、そういったこととの関係で、この識別性を定義規定に入れるということの必要性の度合いと、それによる影響というのを比較して、どうしても入れた方がいい、あるいは入れると逆効果が多いというところをちょっと慎重に検討していくべきかなと私は思いました。

以上です。

○土肥委員長　ありがとうございました。

○竹田委員　私の意見は後で申し上げるつもりでおりますが、今の御発言の中で、識別性の問題は、訴えを提起する側としては自他商品の識別、つまり出所表示機能として使っているということで侵害訴訟等を提起しますが、いわゆる商標的使用の問題は、まさに識別性がある形で使われているかどうか争点となった場合に、その点について立法的手当が何もされていないという点が問題なのです。その前提で言われたことについては、私は侵害訴訟の場でいわゆる商標的使用が争われる場合は、識別性との関係が一番問題になって

くるという意味では、極めて現在の侵害訴訟等においてもこの点が重要な争点になってきているのだという点で、認識が私と違いますので、その点だけ申し上げておきます。

○土肥委員長　ありがとうございます。

ほかに御意見。

○阿部委員　今、侵害訴訟の実務の関係のお話があったのでございますけれども、一審の侵害訴訟の実務におきまして、特に識別性について、条文化がされてないということによって、現行の規定内容で特に支障が生じているとまでは感じてないところでもございます。

ただし、これは、私が訴訟でやっているときにそう感じるだけなのかもしれません。実務上、いろんな場面で支障が生じているとか、規定が明確になることによってそういう支障が解決される。そういうことであれば特に改正に反対するものではないのですけれども、そういうことから考えますと、現行の規定のもとでいかなる改正の必要性があるか、改正によって支障を取り除くことができるか、ということについて十分な吟味が必要なのではないかと思います。

それから、また、改正によりまして、関係条文がどうなるのか、実務上、それによって混乱が生じないかどうかについてもやはり十分な検討が必要なのではないかと感じております。

以上でございます。

○土肥委員長　ありがとうございます。

ほかにいかがでございましょうか。

今の文脈の中で言うと、立法技術といいますか、そういうこの点について手当てをすべきであるというような実務上の問題点とか、そういうさまざまな必要性をお感じの御意見があれば是非お願いしたいと思うのですけれども。

○遠藤委員　私が委員長をしています日本化粧品工業連合会の商標委員会では、登録公報に掲載された商標の中から、化粧品業界では識別性がないだろうと思われる商標をチェックして、異議申立てを行うかどうかを検討して、該当するものについては、実際に異議申立てをしています。それは30年以上前から行っていることですが、そのような活動を行うようになったきっかけというのは、その当時、識別力の微妙な商標が数多く登録され、その一方でそれを識別性がないものと思って使用してしまう会社が多くあって、そういった商標上の争いが頻繁に起こったということで、そのような争いを未然に防ぐという意味から、こういう活動が始まったと聞いています。

ですので、どういう形であれ、やはり識別力というものが商標を守る上で非常に大事なファクターであるというのが商標法上明確にされていて、真に商標法で保護されるべきものと、業界で自由に使える範囲、そういうものを明確にしていただけると、我々としてはとてもありがたいと思っています。

過去、いろいろ大変だということであきらめていたようではすけれども、是非とも結論はともかく、とことん検討していただけるとありがたいと思っています。

○竹田委員 今度は私の意見を申し上げたいと思います。

知財４法を見てみますと、それぞれ特許とは、考案とは、意匠とは、商標とはという定義規定を設けておりまして、いずれも第２条に規定があるわけです。ですが、よく御覧いただくとわかると思うのですが、特許法では特許とは自然法則を利用した技術的創作の高度なもの、実用新案法では実用新案とは自然法則を利用した技術創作と定義しています。意匠法では、視覚を通じて美観を起こさせるものという規定になって、つまりそれぞれの本質的な機能というか、本質をきちっと定義しているのがこれらの法律だと思います。

ところで商標法第２条の第１項を見てみますと、商標とは、これこれの結合（以下「標章」という。）であって、次に掲げるものをいうとって使用の形態が列举されているだけで、いわゆる商標とは何かという本質に関わるような規定にはなっていません。

この点が今まで何度もこの審議会で議論されて、特に松尾委員からは再三にわたって指摘されてきたところで、そのことを前提に商標の定義を考えると、審議室長が先ほど御説明いただいたような自他識別力、出所表示機能ということになるのですから、その意味では、この知財４法の全体の整合性の上に立ってみても、商標法だけがこういう規定であっていいのかということは、みな疑問に思うので、今まで審議会で何度でも議論が出てきたと思うのです。

ただ、今回は審議室の方で非常に全体を体系的に整理していただきまして、私は平成５年から委員をやっていますが、これまでの商標の定義の議論でも、ここまでしっかりと定義と、それから、各法律の条文との関係についての問題点の指摘をしたことはなかったと思いますので、その意味では非常にいい検討の素材を提供していただいたと思っています。

その上で私の意見を申し上げますと、今、言ったようなことから考えて、やはり商標法も、その実際の必要性には、先ほどの御発言もありましたけれども、しっかりと定義規定を設けて、その上で、それに関連する規定の整備を図るという方向でしっかりとし

た議論をしてみたらいかがか。それでいろいろな異論があつて、今の段階では時期尚早ということになるのであれば、それはやむを得ないことだとは思いますが、一応私の組み立てを申し上げますと、商標の定義をするのであれば、この審議室で整理していただいた定義の仕方としては、第二の客観的識別性ということで考えていくべきではないかと思っております。

第2条で客観的識別性を定義するとなると、このとおりである必要はないと思いますが、それでも、第3条の第1項第6号のような規定ぶりになるだろうと思いますが、その上で、そうなってくると、まず問題点として第3条が必要ないではないかという問題が出てくるわけです。ただ、しかし、第3条は、これまでも識別性のある商標が登録されるのだということの指標としては、ユーザーの側にとっても、この登録要件を審査する審査官、審判官の側からにとりましても、重要な指針になっているわけですし、私は今、言った定義からすれば、当然第3条の第1項第6号はもう削除することになると思いますが、この規定自体は、次に掲げる商標は第2条第1項の規定する識別性を有しないものとするというような形で残していけば、これは非常に重要な点についての例示的な規定として生きてくると思います。その点はそれでクリアできるのではないかと私は考えております。

それから、第37条の方は、先ほど審議室長が言われたように、商標を標章に改めるということで、識別性を持たない態様での使用の除外規定とともに全体に整合性のあるものにできると思います。

また、それ以外の細かい点については、基本的には整理が可能な問題ではないかと思えます。

それから、第25条や第37条で、その使用がどういう場合をいうのかということについて、問題が起きてこないかということですが、第2条第1項で定義されれば、当然そのような商標の使用がここにいう第25条、第37条の使用だということになって、格別な手当ては要らないのではないかと思いますけれども、もしそれらの点について必要であれば、そこに手当てをするということでいけば、関連して見直し規定というのはかなりあることはあると思いますが、定義規定を、いわば柱として第2条第1項に設けて、それと全体が整合するような規定ぶりに改める。その中で、使用の問題については、先ほど審議室長が御説明になったような商標的使用にあたらないもの、つまり識別性を持つ態様で使用しない標章は、これは商標的使用でないのだということを明確にしていくことによって、全体を整合性のあるものにできるのではないかと考えております。そういう意味

で私の意見を申し上げましたが、この問題は今までも何度も、先ほどから言ったような議論をして、なかなか全体的なまとまりをみない問題ですけれども、せっかくここまで取り上げたので、ひとつ皆さんの議論を深めていただきたいと思います。

長くなりましたが以上です。

○土肥委員長 どうもありがとうございました。

ほかに。

○松尾委員 私も意見を述べさせていただきます。

今回の資料では、商標の定義等の問題についてかなりよく検討し、整理されていて、今までにない立派な資料だと思います。

定義の見直しについてまず主観的識別性から始まってきているわけですが、主観的というのは、識別するために使う意図ということですから、主観的にとどまることでいいという方は恐らくないのではないかなと思います。そうしますと客観的識別力ということになると思います。

ここでは登録のときに問題になる具体的客観的識別性と、抽象的識別性ということが取り上げられておりますが、今まで多くの判例で商標的使用という理論をつくって不当な商標権侵害の原告訴訟を棄却してきたときにいう「通説的な社会一般に使われている社会通念としての商標」というのは、恐らく基本的には抽象的客観性だと思います。登録の段階で、具体的に特定の商標、特定の指定商品、指定役務を見て考えるときの具体的識別性というのは、これと違ってくるのは当然だと思います。

そういう意味では、社会通念上の商標（別に定義されているわけではないですが）と、登録のときに問題になる商標、侵害のときに問題にされる商標というのは段階が違い、提出される証拠も違うので内容が違ってくるのは当然であり、その点は、あまり問題にしないでいいと思います。そういう点から、客観的識別性ということで考えていったらどうかなと私は思うわけです。

現行法の下で実務的に支障がないかどうかということですが、商標をしばらく勉強して判例を読んだり、論文を読んだりする方になると、だんだんわかってくるわけですが、初めて商標を扱う方が何で商標的使用なのかとか、何で条文に書いてあるのに商標権侵害にならないのかと、疑問を持つ例を私は経験しています。私は、竹田委員が言われたように、商標とは何かということが商標法に記載されてなく、社会通念上という商標が基本にあるだけなので、問題が出てくると思います。やはりきちんとこの際に議論して、

積極的に定義規定を設ける方でやっていただきたいと思います。

この客観的識別性の前に第3条の第1項第6号だけもってきて、第3条をなくすという見解がありますけれども、これも私は、竹田委員が言われましたように、今まで第3条が果たしてきた役割等々を考えますと、単純になくすわけにはいかないと考えます。そういうことと、それから、具体的なものは、結局定義に書ききれなければ審査基準等に任せるというのが検討資料に出てきます。識別性に関する重要なところは審査基準に書かざるを得ないということですが、審査基準は法的な効果がないわけですから、こういうことにならざるを得ないようなやり方はとらないでいただきたく、最終的には結局客観的識別性を追加するという方向でさらに検討していただきたいと思います。

ここでいろいろ、修正すべきところは出てくるだろうと思います。しかし、例えば修正すべきところで問題になるような規定というのは、今でさえ私は問題があると思うのです。例えば第26条の商標権の効力が及ばない範囲というようなところで、ここに出てくるのが、はじめは自分の肖像等を普通に用いられる方法で表示する商標、「商標」です。頭の柱書きで、商標権の効力は次に掲げる商標には及ばない。「商標」なんですね。だから結局これをまじめに読んでいきますと、この「商標」はどれだろうか、こっちの「商標」はどれだろうかとわからなくなるような規定です。

そういうわけで、商標的使用論がいろいろ問題になっても、商標的使用論で被告の商標については第26条で読んでいいはずだと思われるところでも、第26条は適用されていないのです。一般的な商標使用論で判断されている。そういうのは第26条の規定の仕方が問題だからだと思うのです。

第37条についても、これも商標、「登録されている商標」という商標と、これに類似する被告側の商標も、また「商標」で、ここら辺も、もともと整理すべきものだったのではないかなと私は思っていました。

したがって、この機会にいろいろ条文の整理もすることができるのではなかろうかと思っています。

それから、商標的使用論で、判例が不当な商標権行使を抑えようとするとき、商標的使用論というのも1つではないのです。文献では大体3つに分類できるといっており、同じではありません。だから商標的使用論が固まっているから定義の規定の見直しというか、定義の規定を設ける必要はないというのは間違っているだろうと思います。やはり商標的使用論が余りにもいろんなところで使われ過ぎているので、ここら辺の整理も必要なので、

商標とは何かということの定義は必要だろうと思います。

それから、第 25 条で、ここら辺の修正も必要ではないかということが出ておりますが、これは商標の定義がしっかりすれば、本来はこのままでもいいと思います。しかし、この第 25 条の意味するところはどこまでなのかなということを考えますと、例えば商標権の範囲が何かというと、これは離れている第 27 条の方に登録商標権の範囲が出てくるのです。こういうのは非常に商標法を初めてやる人にはわかりにくい条文だと思います。

それから、裁判例でよく出てくる出所の誤認混同という問題、それがまたここで今回、取り上げられています。登録要件のところでも同一類似があり、日本の商標法では同一類似が中心になっていますけれども、今の混同防止というところ、これは侵害における同一類似の判断をどうするのかというところで問題とされています。これは入れるか入れないかは別として、是非議論した方がいいのではないかと思います。

それから、第 2 条の使用の定義ですけれども、これが先ほど竹田委員も言われましたが、第 2 条の第 3 項のこの使用というのは、使用の意味、意義を書いているのではないのです。使用行為の態様を書いているだけです。ここら辺も、ここで標章とすること、さっきおっしゃった今までの商標には入っているけれども、今度商標に入らないというのは、標章なのか、標識なのか、ちょっとそこら辺どういうふうに考えていらっしゃるのか知りたいと思いますけれども、ここら辺の「標章」の整理も必要だと思います。

それから、第 3 条でいっているいろいろな要件が第 26 条にかぶってきます。これとの関係もこのままにしておくという考え方もありますし、2つの関係がどうなのかという問題もありますので、そこら辺も考えて、この機会に是非整理してはどうかと思います。私は最小限度で結構だと思いますけれども、是非この機会に、ここまでの立派な資料ができあがっていますので、みんなで検討してよりよい商標法というものもつくりあげていったらいいのではないかと思います。よろしくお願いいたします。

○土肥委員長　ありがとうございました。

○田村委員　先ほどから竹田先生からみな昔から疑問に思っているというような御意見が審議会で強かったような御意見があったのですが、私も平成 8 年の改正の折りから参加していますが、私は現行法でかまわないとずっと思っていました。

その趣旨と、あるいはさまざまな問題点については、特許庁さんの方から御提示いただいた今日の検討に賛成しているところであります。

結論としては、変更する必要はないと思っておりますが、もし仮に変更するとしたら、

特に注意しなければいけない論点が幾つかあるように思います。

それは既に今日の御報告に出ていますが、まず1つは商標の定義というのが単に商標の登録要件だけではなくて、侵害訴訟の請求原因、あるいは抗弁値に関わる問題だということを認識する必要があります。それが現行法の構造となっているからです。なので、それに従う限りは、この点に特に注意をしなければならなりません。

今日の御検討で非常に重要な点は、そもそも商標の定義に仮に識別力を入れた場合には、その識別力を入れた商標の新たな定義が侵害の方に及ばないようにするというのが1つのみそだったように思います。これは現在、侵害訴訟の方では、商標的使用ということで事実上の抗弁事由として識別力の問題を考えているのに対して、もし商標の方に積極的な定義として識別力を入れた場合に、現在の裁判実務を変更することになる。それに対する懸念のようなものをお感じになっているのだと思いますので、もし仮に識別力を商標の積極的な定義の方に入れるとすれば、その場合には侵害の方に及ばないようにするといった手当てが必要かと思えます。

それから、もう1点重要なことは、現在では商標の定義の方には積極的に識別力を書いていない。そのかわりに第3条の方で除く型で書いてあるわけです。これは必ずしも登録要件だけに絞ってみますと、必ずしも証明責任の所在とは関係はないわけですが、ただ、それに対しましても、積極的に何か事由があるのを発見しにいく必要があるのか、あるいは疑いがあることがわかってからきちんと調べる必要なのか、やはり積極的に書くか、消極的に除くかで書くかというのは非常に重要だと思います。

そもそも第3条の現行の規定が要らなくなるかどうかということも議論しなければいけないということになるのは、この問題が現行法上、識別力があるものを登録するというよりは、識別力がないものを登録から除くという問題設定の下で運用されているところを、積極的な定義として書こうとするとどうしてもそのような現行法の構造と抵触するというを示しているのではないかと思いますので、例えば定義を新たに変更するといった場合にも、識別力がない場合にそれを除くという規定ぶりで定義する考え方もあり得るのかなと思います。

以上が大体最初の方の識別力の定義の問題で、結論を言うと、基本的に私は必要ないと思いますが、もし変更するのであれば、今みたいな形で特に今の2点について侵害訴訟との区別及び積極的に書くか消極的に書くかということを考えながら御議論を進めた方がよいのではないかなと思っています。

2 番目に、もう 1 つ、今日、竹田先生の方からも、松尾先生の方からも御議論のあった商標的使用の問題についてですけれども、もし仮に商標の方の定義規定をいじらないとなりますと、やはり商標的使用について明文化するかどうかということが問題になると思います。

その場合には、今日も特許庁さんの方から御提示がありましたけれども、問題が侵害訴訟に関わらない。不使用等にも影響する、不使用取消しにも影響するということは認識した方がよいと思ひまして、私自身は不使用の方についても、商標的使用に該当しないような使用は幾ら継続してもらっても使用とはみなさない方がいいと思いますので、もし仮に商標的使用の定義に入れるのであれば、ベストの選択肢は第 26 条だけではなくて第 50 条にも除く型で何らかの定義をする必要があるのではないかなと思います。

以上が大体全体の構造なんですけど、最後の方、13 ページに混同要件を追加する案を少し考えてみようということがあるのですけれども、これは現在の判例実務を変更することになるおそれがあると思います。

具体的には、現在は商標に関しては基本的に商品類似、役務類似の範囲で類似商標が使われれば侵害になるとしつつ、裁判例の方で商標的使用に該当しない場合をまず除く、それから、もう 1 つは、仮に商標的使用に該当していたとしても、真正商品、特に並行輸入との関係で、出所識別機能ないし品質保証機能を害さない場合には、商標的使用に仮に該当していても、その場合は侵害しないという法理で処理をしています。それを逆に混同のおそれの方を積極的要件に仮にしていしまいますと、そもそも除くでやっていて、基本的に問題ない場合には侵害にするというふうにしていたものが、証明責任の所在に影響するだろうという問題があります。それだけではなくて、実体法の問題としても、特に真正商品の流通、あるいは真正商品の並行輸入などを考えますと、現在のフレッドペリーの最高裁判決に関しては色々な読み方があると思いますが、私のような出所識別機能が害されている否かということだけで侵害の成否を決める少数説ではない一般的な読み方は、最高裁判決は出所表示機能を害される場合と、品質保証機能を害される場合、両方を問題にしているのだ。だから仮に真正商品の並行輸入で一般的に混同しないような、消費者が同じフレッドペリーの商品だと思うような場合であっても、重大なライセンス契約違反がある等の理由で、品質保証機能を害する場合には、やはり商標権侵害にするというのが通常のフレッドペリー裁判の読み方だと思います。

そうだとすると、混同のおそれがない場合であっても、品質保証機能を害する場合には

侵害になるというのが現在の判例の理解ですので、その意味で、混同のおそれがない場合にはすべて侵害しないという規定に致しますと、一般的に解釈されているところの実体要件も変えることになるおそれがあるということを御検討いただきたいと思います。

大変長くなりました。以上です。

○土肥委員長 ありがとうございます。

○小塚委員 今、田村先生も言っておられましたけれども、本件について一番考えなければいけないのは、現在の法の内容、法というのは商標法という名前の法律ではなくて、それに基づく判例実務を含めた法、適用されている法のルールの内容を変えるのか変えないのかということだと思います。ここが一番のキーポイントだと思います。

私は本日の特許庁の事務局からの御提案は、そこを変える趣旨ではない。変える趣旨ではなくて、条文の体系をわかりやすくするという御提案だと理解しておりまして、そういう趣旨であれば私は十分賛成できる。検討にも値しますし、結論的にも方向が間違っていないと考えています。

次に、そうすると、ルールを変えないのになぜ条文を変えるのだという議論が出てくるわけですが、今度は法律の条文のわかりやすさ、書き方のわかりやすさというのは今、非常に問題になってきていると思います。松尾先生が先ほど商標法についてもおっしゃって、これは初学者にわかりにくいと御指摘になって、私もそれを実感として持っておりますけれども、商標法だけではなくて、例えば世の中全体についていえば、今、債権法改正というようなことも起こっていて、債権法改正の大きな柱というのも、やはり専門家に聞かなくても読んでわかるようにルールを書きましょう。こういうことだと思います。

ですから、例えば裁判所に行けば、商標的使用論という判例法がありますとか、TRIPS協定と一見矛盾しているように見えるけれども、実はよく見れば矛盾していないのか、それは専門家としては言えるかもしれませんが、やはりそれを必ずしも専門家でない、あるいはさらにいえば海外の人たちに対して説明ができていいのか。理解してもらえているのかという意味で、わかりやすく整理していくということは重要なことではないかと思います。

御指摘の資料の中で、いろいろこういう点も検討する必要がある。ああいう点も検討する必要があるとお書きになっているので、あるいは実務の方の中には大変な作業ではないかという感触を持たれた方もいらっしゃるのではないかと思います。私はむしろそれはわかりやすくした上で、しかし現在のルールを変更しないための細心の注意を事務局が払

われたものと理解しておりまして、こういう検討をきちんとして上で改正していくという方向をサポートしたいと思います。

以上です。

○土肥委員長 ありがとうございます。

本日は、この問題については1回目でございますので、広く委員の御意見を承りたいと思っておりますけれども、まだ御発言のない方で。

○小山委員 先生方に非常に参考になる御指摘をいただきまして本当に勉強になりました。ありがとうございます。

私どもは法律の専門でも、立法の専門でもございませんので、制度ユーザーという立場で、ちょっと素人な考えを申し上げていきたいと思えます。

私ども日本知的財産協会としましては、いろいろアジア諸国を訪問させていただきまして、そこで各国の国内産業に併せた制度のボトムアップといえますか、そういったことに力を入れてここ数年、特許、実用意匠、商標、そういった形で各国を訪問しています。

その中で私どもが申し上げることは、別に日本の企業としてこれをお願いするというよりも、あくまで自国産業にとっていい知財制度という議論です。

その際に、草の根の活動におきまして、やはりその国の法律で海外の企業が読んでも、法律からわかるような法律にしてほしい。よく途上国の方が運用ではこうやっているから問題ないんだよという議論がありますが、そういったことではなくて、やはり誰が読んでもわかりやすい法律、明確な法律にしてほしい。そういった観点から、今回の議論というのはとっても大事なところかなと思います。

また、前回も申し上げましたが、私どもは出願して、登録しておしまいという業務ではございませんで、各社、先ほど遠藤委員から御発言もございましたが、他者の出願を事前に調査をして、それに対して異議をかけるとか、かけないとか、あるいはこれからつくる、あるいは使用する商標につきまして、他人様の知的財産とか商標権を侵害するかどうか、あるいはこれは登録性があるかどうかを自分たちで判断して、その中の一角のものを特許庁さんに出願させていただいているのが現状でございます。

そういったユーザーの立場からもしましても、ここいらの定義に関するわかりにくい点というのは何らかの形で明確、わかりやすくなっていくことは、ユーザーとして賛同できることと思えます。

今回、今日、参加する前にちょっと特許庁のホームページを見させていただきまして、

この小委員会で定義の議論というのをいつされているのかなとばらばら見させていただきました。細かい議事録等を見るのは非常に膨大な作業になりますので、議事趣旨を見させていただきましたけれども、もちろん定義ということで新しいタイプの商標から、立体商標からいろんな場面で発言あるいは議論されているというのは重々存じあげておりますが、この定義を正面打って議論されたのが7年前の第2回目というふうに議事録には書かれておりました。

私どもこの定義というのは非常に重要な根幹をなすものだと思いますので、今回に限らず非常に重要な範囲によりますので、時間をかけてじっくり検討して、わかりやすい条文になることを願っております。

以上です。

○土肥委員長　ありがとうございます。

ほかに。

○水野委員　今もお話のありました、わかりやすい法律というお話はよくわかります。その方向ですと、恐らく抽象的な客観的識別性、これを入れるという方向になっていくかなというふうに想像しておりますが、先ほどの話もありましたように、かなりいろいろな条文を併せていじる必要があります。

実務者としては、このそれぞれの規定の変更、そこに要件が入ってきますので、これによって審査段階においても、それから、裁判もそうですね、それから不使用取消しの対応、ひいては模倣品対策の場合にどういうふうな影響を与えるか。今、この申し上げた方でわかりにくいかもしれませんが。拒絶理由がどういう形にかかるか。それによってこちら側にどういう立証を要求されるのか。これは裁判の場合だけではありませんので、不使用取消しの場合であっても、使用の定義をいじれば、使用についても識別力のある形での使用であることまで立証しなければいけないということだって考えられるわけですね。

これはそういう意味で、実務家としては、これは恐縮ですけれども非常に、シミュレーションをさせていただきたい。十分な議論をしたい。それはひいてはユーザー側の負担がどのようになるかということをしっかし見極めたいということです。したがって、今、この議論の中では、私が聞いている限りでは、とてもではありませんが、実務的な想像力が働きません。全体の仮にこういうふうな条文構成、法律構成になりますということがあってはじめて、それを実務家に落として、守る立場、攻める立場、あるいは先ほどの自らの商標使用、あるいはパッケージ1つをどういうふうに記載するか、記載していいかどうか

かを考えるときに、どういうふうに見て判断をするか、というふうなシミュレーションを行いたいと思います。

そういう意味では、非常に時間をかけて、しかもシミュレーションをさせていただけるような、そういう議論を是非していただきたいと思います。

その点、先ほどちらっと申し上げた模倣品対策、これもいろんな権利行使に限りません。権利行使以前にさまざまな方法で交渉をし、アクセスをし、模倣品対策をしていくわけですが、その際においても法律の構成、これがどういうふうな仕組みになっているか、登録後については既に識別力が入っておりますので、その点には大きな変化は考えにくいかもしれませんが、登録をどのように確保できるか。それから、それをどのように使えるか。それが各場面において違ってまいりますので、是非ともシミュレーションをできるような検討をしていただきたいと希望いたします。

○土肥委員長 ありがとうございます。

ほかにございますか。

○阿部委員 先ほど田村委員の方から、侵害訴訟における主張・立証責任についてお話があったので、事前にちょっと検討してきたところをお話しますと、商標的使用論に関して、主張・立証責任はどちらにあるのかということについては請求原因説と抗弁説といいますか、原告説と被告説とどうも両説があるようでございます。ただ、実際の裁判の場面では、被告の方から商標的使用ではないのだということが主張されて、それで主張が闘わされるという形になっていますので、その意味では、田村委員がおっしゃったように、抗弁的に働いているというようなことはいえるかと思えますけれども、ただ、請求原因に識別性を入れたところで、実際の裁判での当事者の主張、立証の仕方は、そんなに変わってこないような気がいたします。主張・立証責任の所在については、識別性を定義に入れて原告が負うこととしても、実際の訴訟でやることはあまり変わってこないのかなと思っております。

それから、識別性を定義に入れた場合の問題ですけれども、識別性というのは規範的、評価的概念でございますので、これを入れたからといって識別性があるものとないものをたちどころに区別できて紛争がなくなるというものではなくて、その識別性の有無をめぐって訴訟ではいろいろ争いになるケースは現状と余り変わらないかもしれないなという感想を持っております。

そうは言いましても、確かに現行法の条文といいますか、商標法の条文はわかりにくい

という点はございますので、この点を明確化するということが、それから、判例法であります商標的使用論について、条文化して商標法に取り入れるということはそれなりに意義があるとは思いますが、その点については議論の俎上に乗せること自体については特に反対するものではありません。

以上でございます。

○土肥委員長　ありがとうございます。

委員皆様の御意見を伺っておりまして、もっと今後、検討していくべきであるということとは皆さんおっしゃっておられたと思いますので、本日、いただいた皆様の御意見を1回、事務局の方で整理しまして、また、機会を得て、皆様のこの場にお示ししたいと考えております。

商標法第4条第1項第13号の見直しについて

○土肥委員長　本日の3つ目のテーマなんですけれども、商標法第4条第1項第13号の見直しについて、事務局から説明いただけるということでございますので、お願いいたします。

○林商標制度企画室長　お配りした資料の「商標権消滅後1年間の他人の商標登録排除規定の見直し」という資料に沿って御説明させていただきます。

まず問題の所在でございますが、現行の商標法におきましては、商標権が消滅した日から1年を経過していない他人の商標又はこれに類似の関係にある商標については登録することができないという規定がございます。

なぜこのような規定があるのかというと、いわゆる商標権が消滅して使用をやめても、一定期間は商標に化体された信用の残存期間があるのではないかとということで、その残存期間のうちに他人の商標を登録すると混同を生ずるおそれがあるため、そのような登録を回避する。それが条文の趣旨だといわれております。

ただし、審査実務上、どうやっているのかを御紹介させていただきますと、基本的にはこの拒絶理由というのは一定期間、すなわち1年間を経過しますと拒絶理由が解消してしまうものですから、審査実務上は、一定期間が経過して拒絶理由が解消するのを待って後

願の出願の方を登録することが多く、一般的になっている状況でございます。

この規定について我々がお聞きするところでは、例えば、第4条第1項第11号、すなわち生きている商標権との関係で拒絶理由通知を受けた場合の対応策として、先行する商標権者の方々といろいろと協議をして、先行する商標権を放棄してもらう、あるいは、先行する商標権に過誤があるのではないかということで異議申立てや、無効審判等の審判請求を行い、審判、異議の決定によって商標権を消滅させる場合がございます。しかし、このようなことができた場合でも、そのまますぐに後願にあたる自分の商標を登録できるかということ、1年間待たないと登録できないということで、非常に迅速な権利化の障害になっているというような指摘があるということです。

そういう観点から、今般、検討の課題とさせていただいたわけですが、次のページでは、簡単ではございますが、諸外国の制度を調べさせていただきましたところ、まず欧州共同体、すなわちCTM、さらにフランスとかドイツには、日本の第4条第1項第13号に相当するような拒絶理由は発見できません。一方でアメリカでは、基準上の話ではございますけれど、登録の記録が消滅する日、実際には期間満了後6カ月が更新の申請ができる期間としてあり、消滅の記録に要する期間がその30日後ということかと思いますが、これらの期間が経過するまでは、先行商標として拒絶の根拠になるとされております。

さらにイギリスにおきましては、先行登録商標の存続期間満了後1年間は、後願商標の登録を検討するにあたり考慮しなければならないというような規定がございます。

さらに中国では、存続期間満了後1年間は後願を登録できないという規定がございますし、韓国でも、やはり商標権が消滅してから1年間は同一、類似の関係にある他人の出願は拒絶理由に該当するというような状況です。

そういうことで、今後、どう検討したらいいのかということで、資料の3.の検討の方向でございます。商標権が消滅するいろいろなケースの中でも、先ほどちょっと申し上げた異議申立ての決定とか無効審判や、取消審判といった審決の確定とか、さらには申請による放棄、そのような形で商標権が消滅した場合については、後願の他人の商標登録出願をそのまま登録できるようにしてもいいのではないか、このようなことを検討しております。

仮に、そういう形にした場合に気になりますのは、13号の趣旨である信用の残存期間における保護という観点かと思えます。ただし、第4条第1項第13号とは別になりますが、第4条第1項第15号に、いわゆる出所の混同を生ずるおそれがある商標は登録でき

ないという規定がございますので、少なくとも例えば著名商標であるとか、そういうものとの関係で、混同を生ずるおそれがあるケースは、仮にこの 13 号の見直しを行った上でも、やはり登録できないようにすることは可能なのではないかと、そういう意味では需要者の利益を大きく損なうようなおそれはないのではないかと考えています。

ただし、先ほど諸外国の制度との関係でも申し上げましたけれど、日本の制度においても、商標権の存続期間満了後においても更新をする機会が認められています。満了から 6 カ月間はいわゆる倍額納付期間といわれるものですし、さらに最大で 6 カ月間でございますが、商標権者に不責事由があるようなケースについては、やはり更新が認められています。仮に、この期間に他人の出願をそのまま登録してしまうというようなことをしますと、更新がなされた場合に、結果として 11 号に違反する過誤登録を招くようなおそれがあるのではないかと。そういうようなことも考えられますから、いわゆる一定期間、この期間だけは、やはり存続期間満了の場合は、他人の出願をそのまま登録するというのは適当ではないのではないかと、すなわち、後願の処分を待たざるを得ないのではないかと、このように考えてございます。

このような方向でよろしいかどうか御議論いただければと思います。よろしく申し上げます。

○土肥委員長 ありがとうございます。

ただいまの説明につきまして御質問、御意見がございましたらどうぞお願いいたします。

○苗村委員 私が属しております電子工業関係の委員会のメンバーに聞きましたところ、商標権が更新しない場合、期限が切れる直前まで使っていたのに更新しないというのはまれなんではないか。もう 1 回ぐらい新表記してやるのではないかと。そうすると、それを前提にすると、使用をやめてから 1 年間信用が残るという、そういう状況というのは更新せずに消滅したという商標については、理念と実際とはかなり違っているのではないかなという意見がありまして、あと一方で、最近、審査を早めるということで、13 号拒絶もしばしば受けることになって、意見書を出せばお待ちいただけるということで、若干手続のための手続みたいになっているかなということもありまして、そういうことからしますと、これは廃止されてもいいのではないかなというふうに我々の方では思っていたのですけれども。

この中で無効とか取消しの場合は 13 号はやめる。一方で更新の場合は残すということになりますと、先ほどの信用が 1 年ぐらい残るのだという趣旨が一方ではなくなって、一

方では残るみたいな感じで、その説明がちょっと難しい、どうなるのかなということを疑問に思いましたのと。

更新をせずに消滅したものに関しては 13 号を残すというよりも、アメリカのように、トレードマークマニュアルで一定期間待つみたいな審査実務を取ることによって対応するとか、そういうことによっての対応は可能なのでしょうかという、可能であればその方がいいのではないかなというふうに思いました。

以上です。

○林商標制度企画室長 まず、先ほどの説明がちょっと足らなかったのかもしれませんが、いわゆる満了後一定期間については更新の申請があるということで、ある意味、その期間については、現行の第 13 号の趣旨というよりも、第 4 条第 1 項第 11 号との関係で過誤登録を招かないように待たざるを得ないという意味だと考えています。

そういう意味からすると、仮にこのような方向で見直しを行うとした場合の法改正として考え得るオプションというのは、1 つは第 4 条第 1 項第 13 号を先ほど申し上げたような存続期間満了のケースだけに限定するような改正をするというオプション、もう 1 つは、今、御指摘がありましたけれど、13 号を廃止してしまって、11 号の基準なり運用として更新期間は当然 11 号が将来的に発生する可能性があるということで、結局のところ後願の処理はしないこととするオプションがあらうかと思います。ただ、実体的には、いずれの場合においても、そういうケースについては、後願を直ちに登録するというのは適当ではないのではないかなという趣旨で申し上げたものです。

いずれのオプションがいいのかは今後、いろいろ関係部署や関係当局との調整等で決まっていくのかなと思いますけれど、実体的にはそのような方向がよろしいのではないかと考えています。

○土肥委員長 ほかにございますか。

○水野委員 今のお話の方向ですと、結論から言いますと、これは弁理士会でも何度も意見を出しておりますが、第 4 条第 1 項第 13 号を廃止してもよろしいのではないかと考えております。

今、お話の運用、第 4 条第 1 項第 11 号の関係で存続期間満了日から半年の復活可能期間、これは今のような運用で対応していただければよろしいと思いますし、万が一の場合も、第 4 条第 1 項第 15 号で対応は可能であらう、そのとおりに考えます。

最初にお話しましたように、現在、マドプロ等の国際出願、この重要性が高まってい

と考えておりますが、この基礎である日本出願、こちらの方の早期の権利化であるとかスムーズな審査の進行、これが非常に重要だと思っております。

そういうものを含めて商標の採択の際に、不使用取消しであるとかで相手を消す、それから、更新が切れるものを考えて採択をする。そのようなケースも決して珍しいことではありません。もちろん水面下のものもありますけれども、そういう戦略的に対応していく場合に、この第4条第1項第13号もその1つですが、後で出てまいります類似審査基準の改正、それから、例えば被請求人が破産している場合の不使用取消しの場合の対応、さまざまなそういう見直しはこれによって相当部分が商標戦略を立てる場合に柔軟性を上げるというふうに考えておりますので、この1つ1つの改正が非常に重要である。しかもこれによってマドプロに引き継いで日本国民のメリットになるわけですから、今回の第4条第1項第13号も、先ほどのその他の見直しを含めて早急にやっていただくのが望ましいと考えております。

移行期間、そのものにはもちろん賛成ですが、是非実行する方も早めにできますようにと希望をしております。

以上です。

○土肥委員長　ありがとうございました。

ほかにございますか。

○小山委員　お聞きしたいのですが、商標権消滅後1年間ということになりますと、もちろん商標権消滅となりますと登録原簿が抹消登録されたということになろうかと思いますが、実務関係、会員企業からちょっと意見がございまして、なかなか今、6カ月間の倍額納付期間がございまして、その後、先ほどの御説明では救済期間があるということがございまして、第4条第1項第11号を引かれた場合でも、第4条第1項第13号でも同じなんです、相手の引例がいつ抹消されたかということがなかなか私どもユーザーからはわかりにくいという点がございまして、ここいらは特許庁の実務としては大体どんな感じで抹消登録を促すようなルーチンになっているのでしょうか。ちょっと1点だけお聞きしたいのですが。

この御質問は、ある会員企業の方から、権利更新しないのを確認、登録原簿上いたしまして、それが抹消登録されないと、審査官に対しても更新していませんとかということのなかなか裏付けができないということで、登録原簿をウォッチングしていたところ、6カ月過ぎて、当然6カ月間はできないわけですが、やはりそこから数カ月たってからやっと

抹消登録されるということをちょっと聞きまして、そうしますと、この第4条第1項第13号と第4条第1項第11号が実質上ダブっているような形になってしまうのかなというところがございます、これは法律改正云々ではないのですが、実務上のそういったところもございますので、ちょっとお聞きしたかったという点です。

○林商標制度企画室長 権利期間満了後の倍額納付ができる6カ月間の後に、原簿の抹消の手续として大体2カ月ぐらい、計8カ月ぐらいで原簿上の抹消手続きをしているようです。

○小山委員 ありがとうございます。

○土肥委員長 よろしゅうございますか。

○鈴木委員 今の第4条第1号第13号の見直しについては賛成なのですが、これに併せて恐らく不使用取消審判の利用が増えるのではないかと考えています。その際に、現在の不使用取消審判の審判請求費用は5万5千円ということでかなり高いと思っております、特に権利者の方で何も応答しないというものが9割近くあるという話を聞いていますので、今後、料金体系の見直しも併せて行っていくというか、検討していただけるとよろしいのかなと思います。

○土肥委員長 わかりました。御意見として承っておきます。

方向性としては、先ほど企画室長の説明がございましたように、13号を存続期間とそれ以外の場合について分けて見直しをしていく。オプションについてはまた今後、お示しするということになるかと思えますけれども、その方向性を御了解いただいたということではよろしゅうございますね。

ありがとうございます。そのように進めさせていただきます。

改正後の「類似商品・役務審査基準」の導入方法について

○土肥委員長 もう1点ございますので、次の議題に入らせていただきます。

改正後の「類似商品・役務審査基準」の導入方法について、事務局から説明をお願いします。

○今田商標審査基準室長 資料4について説明させていただきます。

改正後の「類似商品・役務審査基準」の導入方法についてという資料でございます。

これは前回、第 20 回の小委員会におきまして、類似商品・役務審査基準の見直しについてということで御審議いただきましたが、前回の資料につきましては別紙 1 として添付させていただいております。

前回の委員会におきましては、類似基準の見直しの基本的な方向性として 2 つ、いわゆる「他類間類似」の縮小、それから、「けり合い」を必要最小限の範囲にとどめるということについては既に御了承いただいているところですが、この導入方法につきましては、その基本的方向性についてパブリックコメントを行った上で本委員会に報告することということになっていた事項でございます。

パブリックコメントにつきましては、資料に別紙 2 として添付させていただいております。

前回、了承いただいた基本的方向性に基づいて作成させていただいた具体的な類似関係、これも含めてホームページを通じてパブリックコメントを同時に行わせていただいております。

導入方法に関する基本的な方向性につきまして提出いただいた意見を検討させていただいた上で、四角い枠の中に検討後の修文として提案させていただいております。

新類似基準の導入にあたっては、新類似基準施行後、施行前の出願の審査が継続している場合は、出願人の予見可能性の確保の観点から、旧類似基準に沿って審査することとする。ただし、その審査の過程において、出願人から新類似基準に沿った取引の実情に関する主張及び立証があった場合は、新類似基準への変更事由も十分考慮し判断することとする。

このように修正させていただいた上で提示させていただきました。

導入方法について検討させていただいたパブリックコメントにつきましては、下に参考として記載させていただきましたが、具体的な類似関係に関する意見と合わせて全体で 13 の団体等から 148 の意見をいただいております。

その中で導入に関しましては、2 団体から 2 つの意見が提出されたのみでありました。その概要は、まずこのページの一番下にありますが、1 つの団体からは、提案内容について予見可能性の確保を目的としていることを御理解していただきつつも、審査がダブルスタンダードになる危険性について不安を覚えるという意見もないわけではない。そのため、メリット・デメリットを開示し、なお一層の慎重な検討を行った後に決定願いたいという

ものです。

また、もう1つの団体、次のページになりますが、もう1つの意見は、この経過措置的な取扱いについて出願時を基準とするものが妥当とする考え方と、査定時を基準とするものが妥当とする考え方に意見として分かれていたということ。それから、新類似基準の非類似として将来、非類似とされる商品・役務について「類似」と扱うことは妥当ではないという点について統一的見解とされているというものでした。

これらの意見、2つの意見ではありますが、これに関する考え方として、3. のところに説明として書かせていただいております。

この提案は、出願人の予見可能性をもって出された出願について出願人が自ら選択できない査定時期によって、不測の事態に陥ることにことを避けるためのものでありまして、出願の予見内容に影響が生ずるであろう案件についての経過的な取扱いであるということ。

したがって、新類似基準施行後の出願については、従来どおり、すべて査定時を基準時として判断をする。

それとパブリックコメントの意見では、導入方法について広く意見を聴取するようという意見もありますが、既に調査研究においてメリット・デメリットを提示してアンケートを行っておりまして、ここで意見が半々であったことは前回、報告させていただいているところでございます。

ただ、今回の提案は、類似基準が類似関係を推定するものであって、法的な拘束力を有するものではないことを考慮して、その類似基準の必要性として最も重要とされている予見可能性を確保することを目的として提案させていただいていること、さらに旧類似基準に基づく審査の判断については、出願人の主張等に加えて、新類似基準への変更事由も十分考慮することとすれば、懸念される不安についても解消されるのではないかと考えております。

4. として今後の進め方についてですが、既に御承認いただいている基本的な方向性の2点に加え、今回、導入の方向についても御確認いただき、次の3ページ目に（1）から（3）として書かせていただいておりますけれども、この基本的な方向性、（1）から（3）として全体を確定させていただきたい。

それから、具体的な類似関係については、基本的な（1）、（2）の方向性に従って、それとパブリックコメントの結果を踏まえ、類似関係を決定するとともに、その後の作業を進めさせていただきたいと考えております。

なお、新類似基準につきましては、国際分類第 10 版の発効が平成 24 年の 1 月を現在のところ予定しておりますので、これと合わせ、審査環境、データ等を整備した上で採用したいと考えております。

以上がこの資料の説明となります。よろしくお願いいたします。

○土肥委員長 ありがとうございます。

それでは、ただいまの説明につきまして何か御質問、御意見がございましたらお願いいたします。

今、説明がございましたように、（１）、（２）についてはもう既に了解いただいているところですが、（３）についてご意見をお聞かせ下さい。

○遠藤委員 新しい審査基準でいいものができると思うのですが、いいものであれば、なるべく早く適用していただきたいというのが我々出願人の願いだと思います。

ただ、いろいろ御都合があるかもしれないので、それはこの案でもいいのですけれども、ただ１つ、（３）のところに新基準に沿った取引の実情に関する主張及び立証があったとき、とあるのですが、立証までしないとやはりだめでしょうか。新基準でこれからなので、非類似になるのではないかというような主張だけで十分なのではないかと思うのですが。我々としては、紙おむつを出願して、エプロンとか靴下と類似になるというような審査基準はなるべく早く解消して頂きたいと思っています。

○今田商標審査基準室長 できるだけ早く新たな基準を導入したいということはこちらも考えておりますが、審査基準を統一的に運用するにあたって、やはりいろいろ整備しなければいけない、審査にばらつきがあってはいけないということで一応時間をとらせていただいているというところでございます。

類似関係についての主張及び立証につきましては、もともと類似基準自体、類似関係を推定するというものですが、審査官が 11 号と判断して通知したものに対しては、実際に取引の実情はこうなんだというところをやはり実際の取引の内容を主張、立証という形で明らかにしていただければと考えまして、このような運用にはさせていただいております。

○土肥委員長 どうぞよろしくお願いいたします。

よろしゅうございますか。

○小山委員 類似商品の役務基準と直接は関係ないのですが、ちょっと間接的なところで 1 点申し上げたいと思うのですが、約 10 年ほど前ですか、日本の非常に世界に誇る予見可能性を持たせる商品の類似基準をこうやって公開しているということは非常にすばらし

い点だと思うのです。こういった日本独特の商品分類とか、商品の類似基準というものがございまして、片やニース協定ということがございまして、国際分類に加盟して、今、既に登録になった日本分類のものは更新の前後において書換申請というのをやられているかと思っています。ちょうどそろそろ 10 年になって、書き換えたものがだんだん更新になると思っていますが、書換というのはマストな仕事になりますので、もしかしたら中小の方、個人の方が書換ということを知らなくて、書換をしなかった場合に、10 年後の更新はなかなか難しくなるという話も聞きましたし、あるいは書換申請した場合でも、そのままやると区分が増えて料金が非常に高くなる。また、これに対してどれかを限定して更新するということはあると思います。

そういったことを含めまして、この類似商品の役務基準に関係するということで、指定商品の書換も関係すると思いますので、そこいらを御多忙だと思いますが、どこかのタイミングで、ちょうど 10 年になりますので、中小、個人の方が書換申請しなかったものに対して救済する何らかの措置とか、書換をした人が 10 年後に更新する際に混乱が起きないように処置とか、あるいはそういうアナウンスというのをこの審査類似商品基準に若干関係があるということで、是非ともお願いしたいと思います。ありがとうございました。

○土肥委員長 今の点、何か今の段階でお答えになるようなことがありますか。つまり何らかの手当てについて検討されておられたり何かございましたらお願いします。

○今田商標審査基準室長 現状の運用の部分だけ説明させていただきますけれども、書換登録の申請につきましては、更新時期を前後して期間が設定されておりますが、その前後において 2 回、注意喚起の意味で権利者の方に対しては通知を行っているという状況がございまして、その書換のみを忘れたというような事態に対しては、一応手当ては現在行っていると考えております。

○小山委員 もし更新の書換を忘れてしまった場合には、たしか次の更新のときにはペナルティーがございませうね。

○今田商標審査基準室長 書換をせずに更新だけを行った場合には、次回の更新ができないという規定がございまして。

○小山委員 これは既に審査を通った財産権の問題ですので、国際分類に再分類するという形の行政の事務上やったことですので、何らかの形で、どの程度書換が間違いなく更新した日とか、書換をしたかどうか統計を取られているかと思いますが、そこいらで、せっかく更新したけれども書換をしなくて事務できなかった、次の更新ができないということ

になりますと、せっかく取った権利がそこでもう使えなくなってしまう、取られてしまうということで極めて重要なことですので、それがあと数年で到来するということがございますので、この類似商品・役務基準に関わりまして、是非ともそこいら今後、御検討いただきたいと思います。

○土肥委員長　ありがとうございました。

それでは、「類似商品・役務審査基準」の導入方法について、今、説明のあったような方向でやらせていただく、進めさせていただくということでよろしゅうございますか、御承認いただけますか。

〔「異議なし」の声あり〕

○土肥委員長　ありがとうございます。

ではそのようにさせていただきます。

時間が来ておるのですけれども、先ほど松尾委員の御意見があるかと思ったのですが、ございますか。

○松尾委員　私は阿部委員の言われたことに全く賛成だということを言いたかったのです。それは私ども特に特許庁が商標の定義規定を入れた場合に、今までの侵害訴訟になんか立証責任の影響がないかということを心配していらっしゃったようなので、弁護士会で手分けして判例、論文などを調べました。商標的使用のところは権利者の主張責任というのがほとんど通説です。他、第26条というのが抗弁的に書かれていますね。しかし、この要件というのは評価が必要なので、個別的に両当事者いろいろと資料を出し合って立証していくもので、結局結果的にはうまくおさまっています。そこで、これが商標の定義が入ったからといって今の実務に影響があるものでないというのが私どもの見解だったので、先ほどそのとおりだと思いますということを言いたかったわけです。

○土肥委員長　ありがとうございました。

いずれにしても、本日いただきました御意見は十分参考にさせていただいて、次の建設的な議論につなげていきたいと思っております。

それでは、時間がついに来ておりますので、最後に今後、スケジュールがどのようになるのか、事務局から説明をお願いしたいと思います。

○鎌田審査室長　今後のスケジュールにつきましては、委員長と相談の上、追って御連絡

させていただきたいと考えております。

以上でございます。

○土肥委員長 ありがとうございました。

それでは、以上をもちまして産業構造審議会知的財産政策部会第 21 回商標制度小委員会を閉会といたします。

本日は、長時間の御審議をいただきまして本当にありがとうございました。

閉 会

-
- <この記事に関する問い合わせ先>
 - 特許庁総務部総務課制度改正審議室
 - TEL：03-3581-1101 内線 2118
 - FAX：03-3501-0624
 - E-mail：[お問い合わせフォーム](#)
 - 特許庁審査業務部商標課商標制度企画室
 - TEL：03-3581-1101 内線 2806
 - FAX：03-3508-5907
 - E-mail：[お問い合わせフォーム](#)