

商標制度の在り方について（案）

I 総論

1 商標制度の現状と検討の背景

2002年の知的財産戦略大綱の策定以来、我が国の国際的な産業競争力を高め、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。

その中において商標制度は、企業におけるブランドの出所識別力、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。また、1987年から毎年4月18日の「発明の日」に、産業財産権制度を有効に活用し、円滑な運営・発展に貢献した企業に対して行っている「知財功労賞」については、2005年から商標についても表彰されることとなった。

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。

まず、ブランド保護の強化については、近年、消費者の価値観が多様化・高度化し、より付加価値の高いもの、差別性の高いものを求める傾向が強まっている。こうした消費者の多様な価値観に対応して、事業者においても、付加価値の高い商品やサービスを開発し、これらが顧客吸引力を有することでブランドとして認知される傾向が顕著である。そこで、商標制度もそうした新たなブランド形成に柔軟に対応し、これらを保護する必要があるとの観点から、本委員会において地域ブランドの保護制度を策定し、法制化を図った。また、今後は、品揃えや店舗施設自体に高い付加価値や差別性、顧客吸引力を有するに至った小売業態について、そのブランドを適確に保護するためにサービスマークとしての小売業等の商標の保護について検討が必要である。

次に、権利侵害への対応については、市場におけるブランドの財産的価値が高まることに伴い、ブランドを不正に利用する権利侵害が増加しつつある。模倣品による被害がその典型である。模倣品問題は、企業のブラン

ド構築への努力にただ乗りし、ブランドに対する信用を阻害するという意味において看過し得ない問題であり、これへの対応は急務である。そこで、本委員会においては、インターネットの発展等に伴い問題が顕在化しつつある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を整理し、事例集として刊行することで関係規制当局における取締り等の実効性の向上を図ってきた。さらに、模倣品問題のボーダーレス化に対応するため、権利侵害行為への輸出の追加の検討や侵害行為抑止のための刑事罰の強化等を検討する必要がある。

2 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、当該地域の自然、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役務の提供を行う取組（地域ブランド化）やこうした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。こうした地域ブランドを保護する制度については、経済産業省により策定された「新産業創造戦略」（平成16年5月）や、知的財産戦略本部により策定された「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ている。

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た後、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

とって身近な態様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簡便となり、また、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という近時の実態に即し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、本年2月に事例集として公表した。

II 小売業等のサービスマークとしての保護

(1) 問題の所在

現行の商標法において、「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、小売業者が商品の販売をするために付随的に提供するサービスについては商標法上の「役務」ではないと解されている。このため、小売業者に係る商標を役務商標（サービスマーク）として登録することは認められていないのが現状である。

こうしたことから、小売業者は、自らの事業の出所を表示するための商標の保護を得るため、取り扱う多様な商品について商品商標を登録する必要があり、商標管理上の多大な管理コストを負担する必要があるとの指摘がある。

参考

商標法第2条では、「商標」の定義を「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）としており、小売業は「商品」を譲渡する者とされている。

(2) 検討の内容

小委員会では、小売業の商標を役務商標として採用することの是非について検討を行った。また、この際、役務商標としての小売業の商標と他の商品商標との出所の混同を避けるための審査運用の在り方、小売業の商標の登録の在り方等を論点として検討を行った。

その検討においては、小売業の商標を役務商標として登録するという基本的な方向性については異論がなかったが、具体的な実施に当たっては、どの範囲までの小売業の商標を役務商標として認めるか、小売業の商標と他の商品商標又は役務商標との類似や出所の混同のおそれをどのように審査するか、小売業の商標を役務商標として導入するために法改正が必要か等の点について、更に検討が必要であることが確認された。

(3) 対応の方向

小売業に係る役務商標の保護

(ア) 小売業に係る役務商標の保護の必要性

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、百貨店においては各種の商品を網羅的に扱うことによりワンストップショッピングが実現されており、カタログやインターネットによる通信販売などでは多様な商品の品揃えが便宜性の高いシステムを通じて提供されている。また、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独自の流通システムが構築され、消費者の生活に近い場所で多様な商品の品揃えが提供されている。

こうした小売業態については、各種商品の品揃えやこれを提供するサービス自体にブランドとしての経済的価値や顧客吸引力が存在すると考えられることから、小売業者が使用する商標を役務商標として保護すべきであるとの指摘がある。

(イ) 現行法における保護の限界

一方、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べきもの」と解されている。具体的には、いわゆる運送業者が行う輸送や、教育機関の行う教育等のことである。商品の販売又は役務の提供に付随して提供される役務、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ていないとして商標法上の「役務」に含まれないとされている。

また、小売業者が商品の販売に伴って提供する様々なサービス（例えば自社商品の広告、商品の陳列等）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いわれ（シャディ事件、エスプリ事件等の東京高裁判決も同旨。参考資料1）、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、取り扱う全ての商品について商品商標を登録しているのが現状である。

(ウ) 役務と認められる小売業サービス

しかしながら、商標に化体した事業者の信用を保護するとの商標法の目的からは、こうした商品種別を超えた多様な商品を取り扱う小売業態の商

標を個別の「商品」の販売として位置づけ、複数の商品商標によって保護することは必ずしも適切な保護ではないと考えられる。すなわち、これらの小売業者が市場において競業関係に立つのは、特定の商品販売する事業者ではなく、同様の業態で多様な商品を提供する他の事業者であり、これらの小売業者の信用の保護という観点からは、様々な商品の選別、品揃え、陳列等を提供すること自体を「役務」として保護することが必要であると考えられる。

また、現行法においては、ある商品の生産や販売を行う事業者が商品商標を登録している場合、多様な商品を取り扱う小売業者は当該商標と同一又は類似の商標を登録することができず、結果的に商標選択の自由を著しく制限しているとの問題がある。

こうしたことから、多様な商品を取り扱う総合小売業者が提供する商品の選別、品揃え、陳列といったサービスについては「役務」として捉え、こうした事業者の出所を表示するために使用される商標を役務商標として保護することが適切であると考えられる。

一方、特定の商品を取り扱う小売業者についても、当該商品について価格面や品質面で異なる豊富な品揃えや陳列等のサービスを提供している場合もあり、総合小売業者と同様に、独立した「役務」を提供しているものと解する余地もあるとの指摘もある。しかしながら、特定の商品群を取り扱う小売業については、特定の商品との間で出所の混同を生じる可能性が総合小売業と比較して高いと考えられる。

また、現行の枠組みにおいても、こうした小売業者の使用する商標は特定の商品との関係で商品商標として適切な保護が図られていると考えられ、また、商標選択の自由に対する制約も総合小売業者と比較して少ない。

こうしたことから、特定の商品を取り扱う小売業における当該商品の選別、品揃え、陳列等といったサービスは、従来と同様に、商品商標としての保護を行うことが適切であると考えられる。

(I) 国際的な制度調和

国際的にも商標法における商品・役務区分を定める二一ス協定において、小売業の商標を役務商標として扱うことを決定されており、小売業の商標の保護が国際的な趨勢になりつつある。

具体的には、二一ス国際分類第 9 版の 35 類の注釈に「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。」(下線が新規に追加された部分)が加えられることが決定され、平成19年1月より発効することとされている。

また、米国、英国等の多数の国においては、小売業の商標をサービスマークとして保護することを認めている。

こうしたことから、国際的な制度調和の観点からも、総合小売業による購入の便宜の提供を独立した「役務」と認め、役務商標として保護を行うことが適切であると考えられる。

総合小売業に係る指定役務

商品及び役務の区分の第35類に含まれるものとして、「他人のための各種商品の品揃えその他の購入の便宜の提供」を役務として認めることとする。

例えば、以下のような、取り扱う商品を特定した指定役務が記載された場合には、単に商品を販売していることと区別ができない不明確な役務であり、特定の商品に係る小売業の商標として、個別の商品を指定商品として記載すべきものと考えられる。

(例)「化粧品の購入の便宜の提供」

「べんとうの購入の便宜の提供」

「調味料の小売り」

「家具の販売」

審査における商品商標と役務商標とのクロスサーチ(類否審査)の是非
総合小売業は、多様な商品を取り扱い、各種商品の購入の便宜の提供というサービス自体に経済的価値を有するものであり、こうしたサービスに係る出所を表示するものとして登録されるものである。このため、特定の商品に係る商品商標とは出所の混同を生ずるおそれが少ないと考えられることから、総合小売に係る役務商標と商品商標との間でのクロスサーチは行わないことが適切であると考えられる。ただし、具体的な使用状況等によっては、侵害訴訟等において、こうした商標が類似と判断される可能性があることは、通常の役務商標と同様である。

なお、総合小売業における業態の相違にかかわらず、商品の選別、品揃え、陳列等の購入の便宜の提供という役務の内容は共通しており、複数の総合小売業に係る役務商標が登録された場合には、市場において出所の混

同を生じる可能性があることから、こうした役務商標は相互に類似するものとして扱うことが適切であると考えられる。

総合小売業に係る役務商標の導入に伴う経過措置

総合小売業の役務についての商標登録出願は、従来から小売関連役務を行っていた者と新規参入者による出願が見込まれる。これらの出願が、同一又は類似の商標であって、同日又は出願日を前後して競合した場合の調整規定の必要性についても指摘されている。

このような場合においては、新規参入者間においては先後願の関係に基づき調整を行い、従来から小売関連役務を行っていた者との間においては、商標法第4条第1項第10号（未登録周知商標の保護）、第15号（著名商標との出所の混同の防止）又は第19号（著名かつ不正目的出願の防止）等の規定に基づく調整が図られ、それでも問題が解決されない場合には先後願の関係に基づく調整が行われることが適切であり、特段の調整規定を設ける必要はないと考えられるものの、更に検討が必要と考えられる。

(4) 論点

卸売業についても、小売店と同様に扱うことが適切ではないか。

III 商標権の強化

1 権利侵害行為への「輸出」の追加

(1) 問題の所在

模倣品の流通・販売が組織化・国際化している状況において、模倣品の海外への流出は容易に我が国へ環流する状況になっており、こうした模倣品の国境を越えた循環を未然に防ぐことが重要になっているとの指摘がある。

また、諸外国においても商標権の効力範囲として「輸出」を規定している国が多く、模倣品対策の強化の観点及び諸外国の制度との国際的な調和の観点を考慮する必要がある。

なお、「知的財産推進計画2005」においては、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」の提唱を行うとされている。

(2) 検討の内容

小委員会では、「輸出」を使用行為として追加することについては、ボーダーレス社会においてブランドは日本だけではなく国際的に確立しているものもあること、及び「輸出」は他国・地域の商標制度においても侵害行為の一類型として明記されていることから、国際協調の視点から政策的に使用の定義に含めてもよいのではないかとの指摘があった。

一方、属地主義の観点からの必要性、及び輸出を規制することによる影響について慎重に検討する必要があるのではないかとの意見があった。

(3) 対応の方向

現行法における考え方

現行の商標法において、「輸出」が商標の使用行為に該当するか否かについては、「輸出」に伴って行われる行為の内容によって異なるものと理解される。(なお、「輸出」に関連する判決例については、参考資料2。)

まず、「輸出」について、商品の所有権の移転や占有の移転として捉えた場合、こうした行為が国内において行われる限り、「商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡す行為」(第2条第3項第2号)に該当

し、商標の使用行為に該当するとされている¹。ただし、外国で締結された譲渡契約に基づいて商品を輸出業者に引き渡したとしても、そのことが輸出業者に知られているのであれば、その商標が出所識別機能を果たしているとはいえないため、商標の使用行為に該当しないと考える考え方もある²。

なお、専ら輸出目的の商品に商標を付する行為が商標法第2条第3項第1号における使用に該当するかが争われた不使用取消審判に関して、高裁判決（東京高裁昭和59.2.28）は使用に該当するとの判断を示し、最高裁もこの判断を支持したが、この判決の考え方については商標法の目的等の観点から議論がある。

一方、「輸出」について、関税法に定義されているように、内国貨物を外国に向けて送り出す行為（関税法第2条第1項第2号）として捉えた場合、こうした搬出行為そのものは商標の使用行為には該当しないと理解されている³。その理由として、「外国市場において取引されるために商品が国外へ搬出されたとしても、日本の商標法の関知するところではなく、外国の商標が規律すべき問題だからである」と説明されている⁴。

¹ 商標 第6版、網野誠著（有斐閣）P151-152 「「輸出」が商標の使用になるか否かは文理上は明らかではない。不正競争防止法は、不正競争行為の1つとして周知商標等を使用した商品を輸出して他人の商品と混同を生ぜしめる行為を挙げている。しかしながら、商標法では輸出自体を使用行為の一つとしては特掲していない。」「輸出は通例引渡し、すなわち貨物に対する現実の支配の移転をとまうから、他人の登録商標を付した商品を輸出する行為は、その限りにおいては商標権の侵害となるといえよう。しかし、国外に搬出された商品についてはわが国における商標権にもとづいて差し押さえることができないことはいうまでもない。なお、輸出業者が商品を輸出する行為も、通例、商品の所有権の移転や支配の移転をとまうから、もとより商標の使用行為である。」

² 商標法概説 第2版、田村善之著（弘文堂）「列挙行為の中に、輸出は含まれていない。外国市場で取引されるために商品が国外へ搬出されたとしても、日本の商標法の関知するところではなく、外国の商標法が規律すべき問題だからである。もっとも、輸出の際に日本国内で別途、譲渡や引き渡しが行われた場合には「使用」に該当する（網野・商標152頁）。商標が日本国内で出所識別標識として機能する以上、日本の商標法の問題とすべきだからである。ただし、外国で締結された譲渡契約に基づいて商品を輸出業者に引き渡したとしても、そのことが輸出業者に知られているのであれば、当該商品に付された商標は、日本国内の市場において出所識別機能を果たしたとはいえないから、「使用」に該当しないと解すべきであろう。」

³ 商標 第5版、網野誠（有斐閣）「「輸出」とは内国貨物を外国に向けて送り出すことをいう（関税法2条1項2号）のであるから、それ自体が当然商標の使用行為に含まれるとはいえないであろう（特許権につき、東京地判昭38.5.18・昭37(ヨ)2397）。（中略）輸出業者が登録商標を付した商品を自己の支配内で外国に送り出すにすぎない場合、この搬出行為自体をとらえて商標権侵害であるとはなし得ない。しかしながら、このような場合は輸出以前の段階で商標権の侵害が発生しているのが通例であるから、搬出行為のみが争点となることは事実上はないといつてよいであろう。」

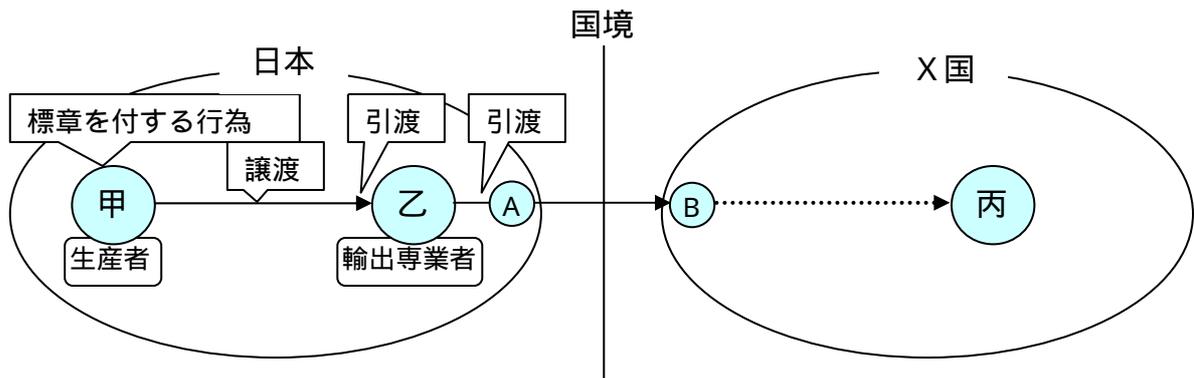
⁴ 注3参照。

「輸出」を規定する必要性

商標法は、商標に化体した事業者の信用を保護し、併せて需要者の保護を図ることを目的とした制度であり、我が国において商標の出所表示機能害し、市場における出所の混同を生じさせるおそれがある場合には、これを適切に防止する措置を講じることが求められている。

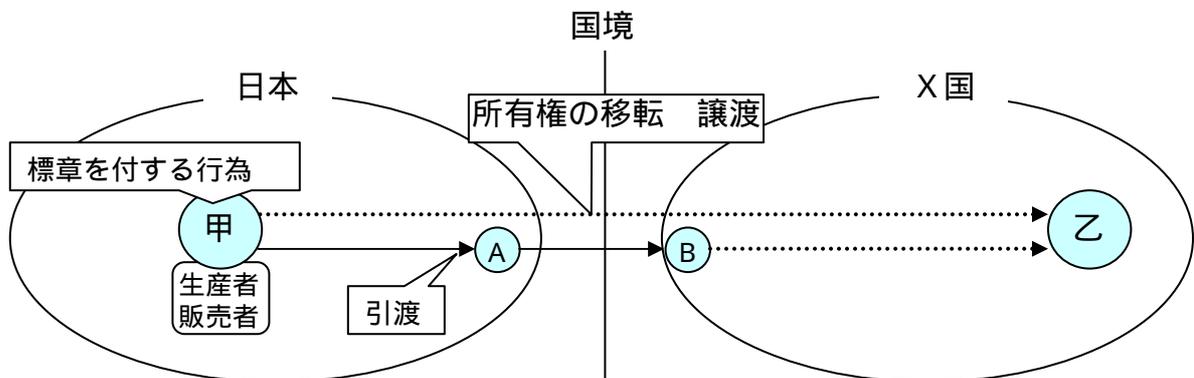
「輸出」について、商標を付した商品の所有権や占有を移転する行為と捉えた場合、こうした行為が国内において実施される限り、我が国において商標の出所表示機能が害されており、商標法の保護すべき法益が侵害されていると評価できる。このため、国内の製造業者が商標を付した商品を製造する行為や、当該商品の所有権や占有を輸出専門者に移転する行為は、第2条第3項第1号（標章を付する行為）及び第2号に規定される商標の使用行為（譲渡又は引渡）に該当し、商標権侵害を構成すると考えられる。

【輸出に伴って国内の譲渡・引渡等が行われる事例】



しかしながら、こうした所有権の移転が国境を越えて行われるクロスボーダー取引については、「譲渡」に該当するか必ずしも明確ではなく、商標権侵害に該当しないとの指摘もある。

【輸出に伴って国境を越えた所有権の移転が行われる事例】

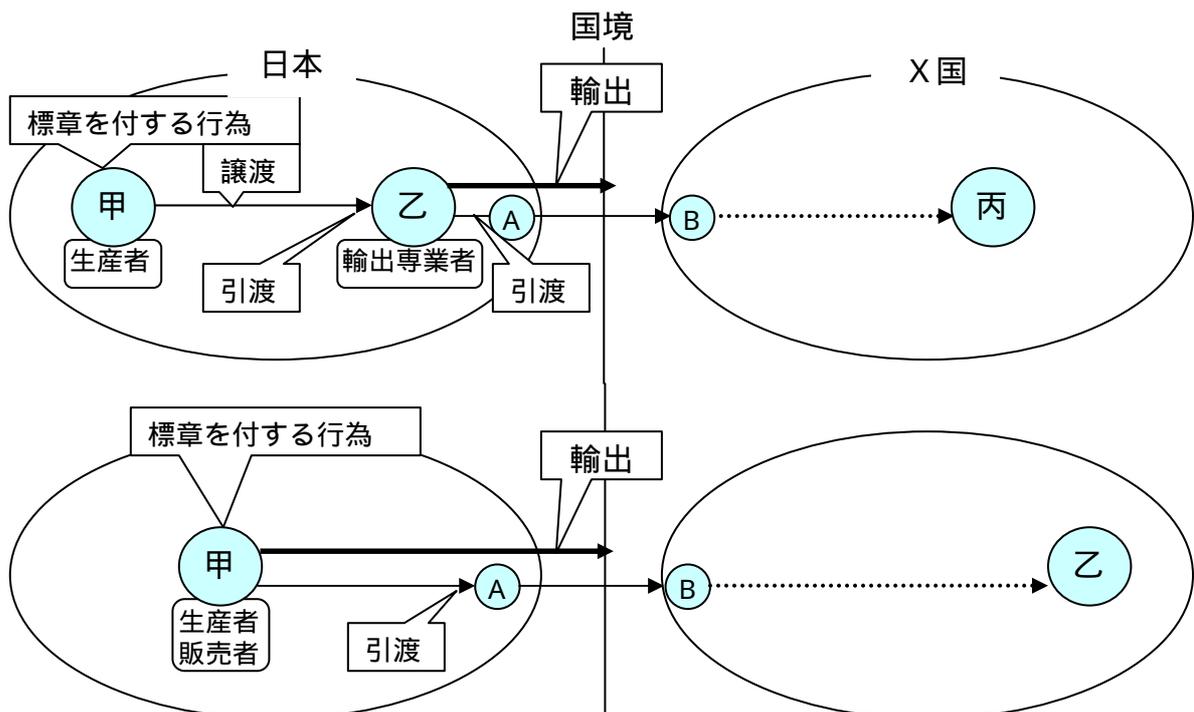


また、輸出専用品に商標を付す行為や、商標を付した輸出専用品を譲渡又は引き渡す行為についても、国内における流通を前提としていないことから、商標の使用行為に該当するか必ずしも明確ではなく、商標権侵害に該当しないと判断されるとの指摘もある。

一方、経済のグローバル化によりインターネット等を利用した越境取引等が活発化する中で、我が国から国外へ商標を付した商品を送り出すことにより、模倣品を容易に我が国に流通させることが可能となっている。具体的には、国内における譲渡として商標権侵害に該当することを回避するため、商標を付した模倣品を一旦国外へ送り出し、当該国外から個人輸入等の形態を擬装することにより、国内における販売と実質的に同様の結果を生じさせることも可能となっている。こうした場合、現行商標法における使用行為の一つである「輸入」では効果的に模倣品の流入を防止できず、「輸出」行為によって、国内から国外への模倣品の環流によって、我が国における商標の出所表示機能を害する蓋然性が高まっていると考えられる。

このため、商標の使用行為に「輸出」を追加することにより、自己の支配下で荷主（製造業者、輸出業者等）が国内から国外に商品を送り出す行為そのものを商標権侵害として規定する必要があるのではないかと考えられる。

【新たに輸出として追加される行為】



属地主義との関係

属地主義とは、法律の適用範囲や効力範囲を、一定の領域内についてのみ認めようとする立場であり、慣習国際法上、各国家に認められている基本的権利の一つである領土主権に基づいたものである。

産業財産権法における属地主義の考え方については様々な解釈が存在し得るが、いわゆる属地主義は、パリ条約の解釈等により、一国の商標権の効力が外国に及ばないという趣旨であると解される。

参考 パリ条約 第6条（商標の登録の条件、各国の商標保護の独立）

- (1) 商標の登録出願及び登録の条件は、各同盟国において国内法令で定める。
- (2) もつとも、同盟国の国民がいずれかの同盟国において登録出願をした商標については、本国において登録出願、登録又は存続期間の更新がされていないことを理由として登録が拒絶され又は無効とされることはない。
- (3) いずれかの同盟国において正規に登録された商標は、他の同盟国（本国を含む。）において登録された商標から独立したものとする。

しかし、「輸出」とは、国外に向けた商品の搬送として国内で行われる行為であり、海外における譲渡や引渡等の行為に対して直接的に我が国の商標権の効力を及ぼすものでもない。むしろ、国内の商標権の効力については、各国の立法政策に委ねられているものであり、輸出を商標権侵害行為とすることは、必ずしも属地主義の基本的な考え方を修正するものではないと考えられる。

なお、諸外国においても、商標権侵害行為として「輸出」を規定する国や税関における取締りの対象品目としている国が大半を占めるという状況にある。

参考 諸外国における商標権侵害品の輸出規制

	輸出を法律上規定	輸出を止める行政上の規制
米国	×	(運用)
欧州		
英国		×
独国		
中国	×	
韓国		
日本	×	×

(4) 論点

現行法の使用行為

「輸出」に関して、「譲渡」、「引渡」がどのような行為を対象としているか、現行法の適用範囲を如何に考えるべきか。

間接侵害規定について

商標の「使用」の概念に「輸出」を規定する場合、商標法 37 条において侵害とみなされる各行為についても、「輸出」を追加する必要があるか検討することが必要ではないか。

通過について

商標の「使用」の概念に「輸出」を規定する場合、我が国を「通過」する商標権侵害物品についても、何らかの対応を措置することが必要か。

2 刑事罰の強化

(1) 問題の所在

近年、知的財産権侵害における被害は増加の一途を辿っており、また、その被害額は高額化が進んでいる。

他方、不正競争防止法及び著作権法においては、懲役刑と罰金刑の併科の導入及び法人重課の罰金額の引き上げを行い、侵害行為の抑止力の向上を目指すための手当を行っている。

このような状況を踏まえると、商標権侵害行為への抑止力の向上を図るため、商標権侵害罪における懲役刑と罰金刑の併科、及び両罰規定（法人重課）の罰金額を引き上げることが検討する必要がある。

参考 知的財産権侵害事犯の法令別検挙状況の推移（平成11～15年）

	11		12		13		14		15	
	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

参考 損害賠償請求における認定損害額 百万円以下は四捨五入

	特許権	実用新案権	意匠権	商標権
平均	1億8千3百万	3千5百万	3千7百万	2千百万
最大	30億5千9百万	1億9千8百万	4億5千百万	2億

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

(2) 検討内容

商標法における罰則の強化については、個別のテーマとして議論を行っていない。

(3) 対応の方向

商標法第 78 条に規定される商標権侵害罪を、5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金として、懲役刑と罰金刑の併科を導入する。

商標権侵害罪の罰則規定を不正競争防止法違反と同等に厳格化するのに伴い、両罰規定における法人重課についても、不正競争防止法における当該規定とあわせて、3 億円以下の罰金刑とする。

(4) 論点

知的財産権法の動き

不正競争防止法においては不正競争行為を行う者に対する刑事罰として懲役刑と罰金刑を併科とし、さらに従来は 1 億円以下の罰金であった両罰規定について 3 億円まで引き上げている。

また、著作権法においても、著作権侵害への刑事罰として懲役刑と罰金刑を併科としている。

参考 知的財産権関連法の刑事罰

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 5 0 0 万円以下の罰金、又は併科
	両罰規定 3 億円以下
著作権法 (著作権侵害)	5 年以下の懲役若しくは 5 0 0 万円以下の罰金、又は併科
	両罰規定 1 億 5 千万円以下
特許法	5 年以下の懲役又は 5 0 0 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 3 0 0 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 5 0 0 万円以下の罰金
	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	2百万ドル以下(法人は5百万ドル以下)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5百万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1千5百万ドル以上の罰金	
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2年及び15万ユーロの罰金	
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	×

5百万ドル 5億7千5百万円(115円/\$)

15万ユーロ 2千70万円(138円/ユーロ) (平成17年10月現在)

懲役刑と罰金刑の併科

商標権侵害事件において、検察官は起訴時に、当該事件を結果重大・犯情悪質と判断した場合は公判請求(正式起訴)を行い、結果重大・犯情悪質と判断しない場合は略式手続請求を行う。公判請求が行われた場合は懲役刑が科されることとなるが、多くの事件では執行猶予付きとなり、さらに併科規定がないので罰金は科せられないため、罰金刑を科される場合に比して著しく軽く、経済的制裁に欠ける処罰となってしまう。産業財産権侵害の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となると考えられる⁵。

なお、秘密保持命令違反罪については、平成17年の不正競争防止法改正で秘密保持命令違反罪に併科が導入されたことに伴い、産業財産権四法についても併科を導入済みである(特許法第200条の2第1項、実用新

⁵ 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。

案法第60条の2第1項、意匠法73条の2第1項、商標法第81条の2第1項)。

法人重課の強化

法人重課の規定は、法人である業者が不当な利益を得る目的で組織的に商標権を侵害する事例が多く発生し、これによって得られる利益が多額であることのほか、商標権侵害事例が反復累行されることが多いことから規定されているものである。

現行の1億5千万円以下の罰金額は、平成8年法の商標法改正時に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、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5億円であり、商標権侵害においても、不正競争防止法を参考に適切な程度にまで法人重課の罰金額を引き上げることが適切ではないか。

IV 著名商標の保護の在り方

(1) 問題の所在

防護標章登録制度は、需要者に広く認識されている登録商標について、商標権者にその混同を生ずるおそれのある非類似の商品(役務)について、当該登録商標と同一の標章についての防護標章登録を受けることを認め、商標権の禁止的効力(禁止権)を「混同を生ずるおそれ」のある非類似の商品(役務)にまで拡大することができる制度である。

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という問題点からすれば、むしろ制度の在り方としては、著名・周知性や混同を生ずるおそれの有無を行政が事前に審査してそれを登録するのではなく、より直截に、特別の登録を経ることなく、一つの登録商標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ことが望ましいのではないかとの指摘がある。

参考 防護標章制度利用の現状

2004年の統計で見れば、防護標章の出願件数は、防護標章登録出願(71件)及び防護標章更新登録出願(782件)を合わせて商標登録出願全体(128,843件)の約0.7%である。

過去5年の出願件数の推移(商標)

(件)

歴年	2000	2001	2002	2003	2004
通常	144,410	122,533	115,912	121,796	126,697
防護標章	116	51	142	47	71
防護更新	248	311	547	657	782
計	145,668	123,754	117,406	123,325	128,843

出典：特許行政年次報告書 2005年版

過去5年の登録件数の推移(商標)

(件)

歴年	2000	2001	2002	2003	2004
通常	94,004	90,834	100,331	104,077	91,639
防護標章	156	103	121	143	60
更新	209	249	466	640	913
計	94,369	91,186	100,918	104,860	92,612

出典：特許行政年次報告書 2005年版

(2) 検討の内容

小委員会では、著名商標の保護のために、現在の防護標章制度を廃止し、新たに登録商標の効力範囲として混同を生じ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ことについて検討を行った。また、登録商標の禁止的効力を拡大する際には、防護標章制度と同様に登録商標と「同一」の商標に限って非類似商品（役務）への禁止的効力を認めるだけでなく、登録商標と「類似」の商標にも同様の効力を認めるべきか、

登録商標と「混同を生じるおそれ」がない場合であっても、著名商標の希釈や汚染を防止するために必要な禁止的効力を認めるべきか等を論点として検討を行った。

小委員会においては、防護標章登録の利用の絶対数は必ずしも多くないが著名商標に占める割合で見ると利用が少ないとは言えないとの意見や、防護標章登録制度は登録されると権利が一定期間確保できるため、権利者として安心できるとの意見があった。一方、防護標章登録制度においては、著名性が10年間固定されるという問題があり、また、水際措置において利用されているとの話も聞かないため、産業界で特に必要ということでないのであれば、防護標章登録制度は廃止して良いのではないかとの意見もあった。

また、防護標章登録制度に代わって、著名な登録商標については効力範囲として混同を生じるおそれのある非類似の商品（役務）にまで禁止的効力を拡大すべきとの意見や、不正競争防止法との役割分担を明確にした上で、希釈・汚染等を防止する旨の規定を設けるべきとの意見もあった。

参考 防護標章の著名商標に占める割合

「日本有名商標集(第3版)2004 AIPPI・JAPAN」の著名商標として掲載されている件数は2,182件であるのに対し、特許庁のデータ検索システム（データウェアハウス）を用いた2005年10月時点の防護標章登録出願に係る登録商標（原登録商標）の件数は715件である。（なお、現存する防護標章登録件数は8,426件、区分数では18,519件となる。）

(3) 対応の方向

著名商標については、従来から、通常の登録商標や防護標章登録による保護と併せて、不正競争防止法（第2条第1項第1号、第2号）による保護が図られてきた。このため、商標制度の在り方を検討する際には、不正競争防止法による保護の在り方との関係を整理することが必要であるが、

平成 17 年改正により不正競争防止法における著名商標の保護が強化され、周知商品等表示の使用により誤認を生じさせる行為(第 2 条第 1 項第 1 号)及び著名な商品等表示を使用する行為(同項第 2 号)に刑事罰が導入されるとともに、関税込率法による水際措置の対象とされることとなった。

こうしたことから、商標法において登録商標と類似する商標について「混同を生じるおそれ」を要件として非類似の商品(役務)に禁止的効力を拡大することや「混同を生じるおそれ」を要件とせず非類似の商品(役務)に禁止的効力を及ぼすことについては、改正後の不正競争防止法との関係について更に検討を行うことが必要であると考えられる。

また、商標権の効力範囲を拡大しないことを前提とした場合、防護標章登録制度の廃止は、商標法における著名商標の保護レベルを下げることとなり適切ではないと考えられる。さらに、登録を必要としない不正競争防止法において著名商標の保護が拡大されたことを踏まえると、登録を前提とする防護標章登録制度は権利の安定性や予見可能性という観点から一定の役割を果たしうるとも考えられる。

こうしたことから、防護標章登録制度の廃止については、商標権の効力の拡大と併せて措置すべきものであると考えられる。

(4) 論点

不正競争防止法との関係

著名商標保護の観点からの商標権の効力範囲の拡大を検討する場合には、他人の周知な商品等表示と類似する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や著名な商品等表示を使用する行為を規制している不正競争防止法による保護との役割分担について改めて整理を行うことが必要ではないか。

V 審査の在り方について

1 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）⁶と相対的拒絶理由（私益的拒絶理由）⁷の双方について職権審査を行い、商標が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必要がある。

(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の在り方等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

⁶ 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り、他の商標の存在と関係なく、全ての商標について問われるものであるため、「絶対的」な拒絶理由とされる。絶対的拒絶理由については、その登録の排除を求める先行商標権者が存在しないため、こうした登録の排除は政府が公益を代表して行うとの観点から、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。

⁷ 既に登録されている商標と同一又は類似であること、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あること等であり、他人の商標登録の存在に左右されるため、「相対的」な拒絶理由とされる。相対的拒絶理由とされている事実の有無は、市場における先行登録商標及び出願商標の具体的な使用状況等によって判断されるものであり、また時間の経過によって変化するものであることから、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ている。

た。一方、相対的拒絶理由については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に基づいて審査を行うE U型の制度については、ユーザー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といった弊害が大きいのではないかとの意見があった。

(3) 対応の方向

相対的拒絶理由について当事者からの異議申立により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あり方を含めて、その必要性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

	OHIM	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。

2 コンセント制度について

(1) 問題の所在

上記の「1 審査の在り方について」で指摘されたように、現行制度は、登録主義の下で、先行登録商標との類似関係についても職権で審査する体系を採用していることから、「類似」の審査は、具体的な個別の使用状況や取引事情を必ずしも考慮せず、一般的・抽象的な混同のおそれをもって判断されている。

このため、具体的な使用状況や取引事情も勘案して判断すれば、混同のおそれがない場合であっても、出願商標が先行登録商標と類似するものとして登録されないケースも発生していると考えられる。

こうしたことから、商標の類否判断について、職権主義のもとで行われる審査官の審査を補完し、取引の実情に合わせてより適正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、その先行登録商標の権利者が出願商標の登録に合意したときは登録を認める制度（コンセント制度）の導入を検討すべきとの指摘がある。

なお、現行制度の下では、先行登録商標との類似を理由として商標登録が拒絶された場合、実務上、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度譲渡して商標登録を得た上で、再譲渡（分離・分割移転）を行う等の手続が利用されることがあるが、このような手続は迂遠であるとの指摘もある。

(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合意（コンセント）を付与すれば出願商標の登録を認める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、商標法の目的の一つである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意見もあった。また、事業者の立場からは、需要者の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意見があった。

(3) 対応の方向

2004年における商標登録出願の件数は126,697件であり、拒絶査定不服審判は2333件、また拒絶査定不服審判に対する審決取消訴訟は22件であ

った⁸。近年、拒絶査定不服審判は約 2%程度（全ての拒絶理由を含む。）で推移しており、審判から訴訟へと進むものは極めて少なく、結果として、商標の類否判断を含めた審査・審判の判断が概ね適切になされていると考えられる。

また、実務においては、出願商標が先行登録商標と類似する場合、類似と判断された出願を一旦先行商標権者に譲渡し、当該出願が登録され、権利化された後に再び譲り受ける手続や、先行登録商標を商標登録出願の出願人に譲渡するという手続が行われている。こうした手続の件数を正確に把握することは困難であるが、前者のケースについて試算を行ったところ、平成 9 年 4 月から平成 16 年 8 月の 7 年 5 月間で 100 件程度に過ぎず、こうした手続が一般化しているとはまでは言えない状況にあると考えられる。

コンセント制度の在り方については、コンセントがあれば無条件で審査官の判断を拘束し全てを登録する制度や、コンセントの有無を参酌しつつ、一定の場合には登録を認めない制度が考えられる。タイプのコンセント制度を採用するイギリスにおいては、全出願の約 5%未満がコンセントを利用していると推定され、タイプのコンセント制度を採用する米国においても、全出願の約 10%未満がコンセントを利用していると推定される⁹。

参考 コンセント制度の類型

完全型コンセント制度（イギリス）

先の商標権者が同意をした旨の証明があれば、当該商標の存在を理由とする登録拒絶理由の審査は行政庁の側で一切行わないとする制度

留保型コンセント制度（米）

商標権者の同意がある場合であっても、審査官が審査を全く行わないのではなく、同意があることを参酌しつつ「混同を生ずるおそれ」の有無等について審査を行うこととする制度

我が国商標法において、出願商標と先行登録商標との類否判断を行うこととされているが（第 4 条第 1 項第 11 号）、これは商品又は役務の出所の混同防止をその趣旨としている。また、商標法第 1 条において、「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の

⁸ 特許庁年次報告書 2005 年版 統計・資料編 40 頁、5 頁、57 頁

⁹ 小売業商標のサービスマークとしての登録及びコンセント制度導入に対応する審査の在り方に関する調査研究報告書 [平成 16 年度調査研究報告書] 137 頁 知的財産研究所

維持を図り、もって産業の発展に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」と規定しており、最終需要者の利益を含めた公益が、法制度上も明確に意識されている。こうした観点からは、タイプのコンセント制度のように、コンセントがあれば無条件で登録を行う制度は、実際に市場において混同を生じるか否かの判断がなされないという点において、我が国制度の趣旨と整合しない可能性があり、慎重に検討することが必要であると考えられる。

一方、タイプのコンセントについて、米国の制度を参考としつつ、コンセントの有無を参酌し、具体的な出所の混同のおそれを生じないと判断した場合にのみ登録を認める制度を導入することは検討に値すると考えられる。

現行法における「類似」の概念は、判例において、「商品が通常同一営業主により製造販売されている等の事情により、それらの商品に同一又は類似の商標を使用するときは同一営業主の製造又は販売に係る商品と誤認される虞があると認められる関係にある場合には、たとえ商品自体が互に誤認混同を生ずる虞がないものであっても、それらの商標は[旧]商標法第2条第9号¹⁰にいう類似の商品にあたと解するのが相当である」とされ、「類似」と「混同を生じるおそれ」とは同一の概念として捉えられている。このため、現行法の「類似」の概念を基礎としつつ、審査官が「誤認混同を生ずるおそれ」の有無を判断する材料の一つとしてコンセントを位置づけることは可能であると考えられる。一方、職権審査を前提とする我が国の商標制度において、コンセントの有無を「混同を生じるおそれ」の判断材料とする場合、その時点における一時的な使用状況を勘案することとなり、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と考えられる。

なお、こうした措置を法律上の制度として明記するか、審査の運用において導入するかについては、諸外国の制度の動向や需要者の保護といった観点も踏まえて、更に検討が必要であると考えられる。

¹⁰ (旧)商標法〔大正10年4月30日法律第99号〕

第2条第9号 他人ノ登録商標ト同一又ハ類似ニシテ同一又ハ類似ノ商品ニ使用スルモノ

VI その他

1 商標の定義

(1) 問題の所在

商標が識別性のあるマーク（標章）として適切に機能することが商標制度の役割である。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、「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、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、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、「識別力」を有していることが必須の要件であることは、判例においても既に確立しており、現行の規定によって特段の実務上の支障が生じていないと考えられる。

また、定義を見直すことにより、これまで積み重ねてきた判例との整合性等の観点から実務面への影響が発生することも考えられる。

こうしたことから、判例や定義規定に関連する条文との整合性を踏まえつつ、更に検討を行うことが必要であると考えられる。

(4) 論点

単色、匂い、音からなる商標

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、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、「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、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

「使用」の規定は、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、現行法の規定により特段の実務上の支障は生じていないと考えられる。また、「使用」を包括的な規定とした場合、従来の「使用」概念や侵害行為との整合性の観点から影響が大きく、直ちに見直しを検討する必要はないと考えられる。

(4) 論点

音声による使用

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。