

パブリックコメントに提出された主な意見に対する考え方

・小売業等の商標の保護の在り方

(1) 意見の概要

小売業等の商標のサービスマークとしての保護

小売業等の商標をサービスマークとして保護することについては、小売店が仕入れから陳列、販売に至るまでの創意工夫に多大なコストを費やしていることや、国際的な動向等をあげて、賛成する意見が多数であった。

一方、小売業者がその販売に係る商品又は商品の包装に付した商標をサービスマークとしなければ「小売業者の負担」をより一層増大させるおそれがあるとする意見や、卸売には品揃えや陳列等の小売の特徴とは異なったものがあるとして商標登録は小売サービスに限定すべきであるとの意見もあった。

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具体的表示について、権利範囲の明確化及び諸外国の取扱いを踏まえて検討することには大半が賛成であった。

具体的な表示方法に関しては、不使用商標対策を兼ねて取扱品目単位の小区分を設けるべきとの意見や、網羅的に羅列するのではなく、具体的で個別的な表示によって役務を記載させるべきとの意見がある一方で、グローバルな商取引に対応し得る合理的表示を求める意見、小売業の進化・発展を踏まえ小売業に係る役務の細分化には反対であるとの意見、小売業等の役務を包括的に表す「小売サービス業」の表示を認めるべきであるとの意見もあった。

審査上の取扱い

商標法第 3 条第 1 項柱書きの運用を強化することについては、小売業等に係る役務商標にとどまらず、それ以外の商品商標及び役務商標についても強化すべきとする意見がある一方で、その意義を認めつつも、審査の遅延要因になるおそれがあること、小売業等に係る商標登録出願以外の商標登録出願の取扱いと整合性の問題があることなどをあげて、慎重な検討を求める意見もあった。

また、先行登録商標との調整に関しては、諸外国の取扱いを踏まえて検討すべきとの意見や、商品商標と小売サービスマーク間や小売サービスマーク間には第 4 条第 1 項第 15 号で調整することにすべきとの意見があった。

小売業等に係る役務商標の導入に伴う経過措置

平成 4 年のサービスマーク登録制度導入時のような経過措置を求める意見が多数あった。あわせて、その際には、平成 4 年当時の問題点及びインターネット取引の普及に伴う影響等を考慮し、改善の余地がないか十分に検討すべきとする意見もあった。

(2) 考え方

小売業等の商標のサービスマークとしての保護

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便宜を与えており、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、顧客が希望する商品を選択し、購入することができるようになっている。また、消費者は、小売業者がどのような品揃え、接客、店舗形態、業態を行っているかといった提供されるサービスの質によって小売業者等の選択を行っていると考えられ、小売業者の使用する商標はこうしたサービス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。

小売業等に係る役務は、商品の譲渡に伴う顧客のための便宜の提供をあわせた総合的なサービス活動をいうのであって、商品の譲渡とは異なるものである。小売業者等が使用する一つの商標が商品の出所を表示する商品商標とサービスの出所を表示する役務商標の双方として機能することもあり得るが、基本的には、小売業等に係る総合的なサービス活動の出所を表示する態様により商標が付されている場合には小売業等に係る役務商標として、また、小売業等に係る総合的なサービス活動の全般の出所でなく、個別の商品の出所を表示するものである場合には商品商標として取り扱うことが適当である。

このため、包装紙等については、種々の商品に使用する汎用的な包装紙や袋などに表された商標は、小売業等に係る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表示される商標として、小売業等の商標に当たると考えられる。

また、卸売サービスについては、卸売業と小売業が単に主たる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で異なるだけであり、卸売業者の使用する商標も、小売業者の商標と同様に、サービス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。

国際的にも、ニース協定の国際分類が、第 35 類の注釈について「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。」と改正され、卸売サービスについても、役務の第 35 類に属するものとされ、その効力が平成 19 年 1 月 1 日に発生することとなっている。

したがって、卸売サービスも、第 35 類の役務として扱うのが適当であると考えられる。

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、その表示を「商品の譲渡」とすることは、小売に伴う総合的なサービス活動を表すものではなく、単なる商品の譲渡としての商品商標として理解されるおそれがあるため適当ではない。また、指定役務の記載は、商標権の範囲を定めるものであるから、権利範囲の把握が困難な表示も適当ではない。仮に、多品種の商品を取り扱う小売業者と特定の種類の商品のみを取り扱う小売業者が同じ「小売サービス業」としか表示できないとするならば、実際の事業範囲と商標権で保護される範囲の格差が大きすぎるとの懸念もある。

したがって、このような観点に、米国及び欧州等の諸外国における取扱いをも踏まえた上で、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ことが適当である。

審査上の取扱い

小売業等に係る役務は、ニース協定の国際分類では、一つの区分（第 35 類）に属するものとなっていることから、一区分の料金で複数の小売業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までも多数指定して商標登録を行い、広範な商品又は役務について網羅的に他人の登録を排除することが可能になるとの懸念がある。使用意思のない商品又は役務の指定に係る問題は、すべての商品又は役務にも共通するが、上記の理由により、料金面での抑制効果がないため、小売業等に係る役務については、他の商品及び役務にもまして、使用の意思のない役務の指定を排除する必要性が高いといえる。

したがって、使用の意思のない役務を多数指定して商標登録することを排除するために、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、報告書にあるとおり、あわせて、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。

小売業等に係る役務商標出願と先行登録商標との調整については、小売業者等の取り扱う商品の内容や商標の使用態様によっては、小売業等に係る役務と商品との間、他の役務との間、他の小売業等に係る役務との間で、出所の混同が生ずる場合もあると考えられるため、合理的な範囲内において、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。

小売業等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に、例えば、平成４年のサービスマーク登録制度の導入時の出願日の特例、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、平成９年に加盟した商標法条約により商標権の更新時の審査が禁止されていること、マドリッド協定議定書等により１８月以内に拒絶理由の審査をしなければならないこと、小売業等に係る役務商標と商品商標が密接な関係にあること等をも踏まえ、今改正により制度全体へ与える影響とのバランスを配慮し、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。

・権利侵害行為への「輸出」の追加

（１）意見の概要

侵害行為への輸出の追加

「輸出」を権利侵害行為に追加規定することについて賛成する意見が多数あり、その中では、商標法の一義的な目的が国内の利益保護にあるとしても、国際的な商標権侵害商品の横行が社会問題になっている状況では国際的に協調して偽ブランド商品の国際的流通の水際措置の必要性があること、商標権者の譲渡等を独占的に行う利益の保護という観点からすれば賛成できるとの意見や、外国出願の際の使用日の認定の際の利便や我が国出願を基礎登録とするマドリッド協定議定書上の国際登録の地位の安定性の視点からも賛成する意見、国境を越え市場が一元化している状況では外国からの環流、来日した輸出先国民の混同などを防ぐためにも賛成するとの意見、各国商標法の整合性が保てるようにすべきとの意見などがあった。また、商標権者が国内の製造行為を規制することが困難であること等の理由から輸出の規制を行うのであれば、国内で譲渡することが予定されていない輸出専用品であることのみをもって例外的扱いを行うべきではないとの意見があった。

一方で、模倣品問題・海賊版問題を念頭に置けば基本的には賛成できるものの、ＯＥＭ生産した輸出専用品が水際で差し押さえられることの問題点を指摘し、政府部内の調整・連携等により制度の適切な運用が図られるべきとの意見、企業活動の妨げとならない何らかの仕組みを求める意見及び慎重な検討を求める意見があった。また、輸出専用品は国内で流通しないことから現行法においても商標権侵害と評価することは困難であることを指摘する意見、属地主義を根拠に商標法の保護対象は国内に限られることから輸出を使用の定義規定に追加する保護法益がないとして反対する意見があった。

商標の侵害とみなす行為へ「輸出の目的の所持」をすること、その他の輸出と関連した関連規定の改正については賛成する意見があった。

通過について

我が国を仕向地として保税地域に置かれた貨物が改装、仕分け等された後、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行為は輸出として取り扱うべきとの意見があった。

一方で、「通過」については、日本の港湾、空港が国際商品流通のハブ機能を担うことを損なわないよう拙速な結論を避け、国際動向を慎重に見極めるべきとの意見があった。また、我が国の保税地域から通関せずに直接送り出される場合などは、国内の商標権者の市場利益を侵害する契機が存在せず、「輸出」とはその性格が明らかに異なると指摘した上で、なお検討を要するとの意見があった。

(2) 考え方

侵害行為への輸出の追加

商標法は、商標権者に登録商標の独占的使用を認め、その使用によって生ずべき利益の独占を保証している。

商標が付された商品を国内から国外へ送り出す輸出も、通常は国外への譲渡行為と結びついて商標権者に利益をもたらす行為であり、この輸出を通じて商標権侵害者が得る利益は、国内において商標の経済的価値を利用したことから生ずるものであり、本来、商標権者が独占すべき利益に当たると考えられる。

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り、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必要がある。

こうしたことから、商標を付した商品を「輸出」をする行為及び「輸出のための所持」について使用の定義行為として規定することが適当であると考えられる。

輸出専用品については、我が国で製造・引渡し等が行われる以上、現行法においても商標の使用の定義に規定される行為が行われており、また、国内流出などにより商標権者の利益を害する蓋然性も高いことよりすれば、輸出専用品であるということだけをもって、侵害行為に該当しないとするのは適切ではないと考えられる。

「輸出」を水際で取り締まる場合には、制度の濫用による弊害の防止を含め、その手続・運用に関する政府部内での調整・連携により、制度の適切な運用が図られることが重要であると考えられる。

通過について

いわゆる「通過」に関しては、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、我が国を積出国として外国に送り出す行為については、輸出国（積出国）を偽装するなどの新たな模倣品の流通の手口が発生している現状も踏まえ、侵

害物品の通過として水際で取り締まる必要性が指摘されている。

こうした形態については、侵害物品の通関は行われていないものの、いったん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我が国の商標法の効力が及び得るものと考えられる。また、当該貨物は保税地域内において、譲渡等を行うことが可能であるため、国内において製造された侵害物品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。

このため、我が国を積出国として外国へ送り出される行為については「輸出」に該当する行為と考えることが適切であると考えられる。

・ 刑事罰の強化

(1) 意見の概要

商標権侵害に係る刑事罰を強化することについて、ブランド保護強化とつながるとし、抑止力の強化や模倣品対策などの視点から賛成する意見が多数であった。

(2) 考え方

商標権の損害賠償請求訴訟における認定損害額も高額化しており、商標権侵害に対する抑止効果を高めるため、商標権侵害に係る刑事罰について、懲役刑と罰金刑の併科、法人重課の罰金額の引き上げを行うことが適切であると考えられる。

・ 著名商標の保護の在り方

(1) 意見の概要

商標権の効力の拡大については、フリーライドによる侵害行為を防止する観点から、非類似商品（役務）に対しても禁止権を拡大すべきという意見がある一方で、著名商標の保護の拡大については積極的に求めつつも、稀釈化のような出所混同を生じるおそれの有無に拘わらず、非類似商品にまで商標権の禁止的効力を拡大することについては、慎重に検討を進めるべきという意見があった。

著名商標の稀釈化・汚染については、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 号により規制を行うことが可能であることから、商標権の禁止権の及ぶ範囲を拡大して規制する必要性は認められないという意見があった。

防護標章登録制度の在り方については、登録によってその権利の存在が明確になり取引の安全に資するという利点の指摘や、一定のニーズの存在がある以上、その件数の多少により存在意義が問われるべきではないという意見、追加的に登録可能な新しい形態の防護標章登録制度の提言などがあった。一方で、商標権の保護範囲の十分な強化を図った上で、防護標章制度を発展的に廃止する方向での検討がなされるべきと

の意見や、審査基準の不明確さ、審査の不統一、利用度の低さから廃止すべきという意見、「防護標章登録制度」が過大評価されているという意見があった。

(2) 考え方

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）の範囲を越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による差止請求等を認めている。

また、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、差止請求等を認めている。

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、又は混同を生じるおそれの有無に関わらず、稀釈化・汚染等の防止のため禁止権を拡大することは、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、一方では登録によって予見可能性の高い一定の範囲内において安定的な権利を担保するとの商標法の特質や、禁止権の拡大に伴う第三者の監視コストの増大、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。

防護標章登録制度については、防護標章の出願件数の少ないことや、商標権の効力範囲が固定的に画されるという問題が指摘されているが、一方、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、一定の制度の利用者が存在する。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。

・ 審査の在り方について

(1) 意見の概要

コンセント制度について

コンセント制度の導入に向けた検討を行うべきとする意見があった。その中には、コンセント制度は出所の混同のおそれがないとの判断で登録が認められるのであって、コンセント制度の導入を取引の実情の参酌資料として用いるとの考え方には反対

であるとの意見、さらに、コンセントがあれば出所の混同を理由に拒絶されない英国型の導入を求める意見もあった。

一方、混同を生ずる商標が複数登録された場合に、法目的の一つである「需要者の利益の保護」に問題が生ずると指摘する意見もあった。

「類似商品・役務審査基準」の見直しについて

時代とともに商品や市場も変わっていくことを踏まえ「類似商品・役務審査基準」の見直しを求める意見が多かった。あわせて、同基準で類似群がいかなる商品を指しているのかを示して欲しいとの意見、審決取消訴訟や侵害訴訟における判決で示された判断基準に基づいて判断するのが妥当であるとする意見、同基準の見直しをニース協定に係る国際分類の第9版の発効又は小売業に係る役務商標の保護のための政省令別表の改正に併せて行うのがよいとする意見があった。

審査事項と手続の在り方

相対的拒絶理由の異議待ち審査制度については、権利の安定性・信頼性が損なわれることや、ユーザーにとって大幅な負担増となること等をあげて、反対する意見が多かった。ただし、ヨーロッパ共同体商標の動向等をあげて、相対的拒絶理由を異議待ち審査制度にして審査の効率化を図るべきとの意見もあった。

(2) 考え方

コンセント制度について

商標法は、業務上の信用の維持を目的としていることから、商標権者、出願人の利便性を向上するために、取引の実情を踏まえたより適切な審査を行うという観点からコンセント制度を導入することは一定の意義があると考えられる。

一方、商標法は、需要者の保護をも目的としており、需要者にとって商標の出所の混同を防止することを通して公正な競争秩序を形成・維持するものである。

したがって、我が国においては、審査を通じて混同を生ずるおそれの蓋然性が高い同一又は類似の商標が併存することを防止しており、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ないコンセント制度については、需要者の保護をどのように担保するかという観点から更に検討を行うことが必要であり、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とから、「類似商品・役務審査基準」の見直しを行うとともに、引用商標権者の説明書により、取引の実態と乖離している場合、これを参酌して類否判断を行うというような仕組みについて検討することが適切である。

「類似商品・役務審査基準」の見直しについて

「類似商品・役務審査基準」については、商品・役務の取引の実情に合わせて、より適切な類否判断を確保し得るように、今後、取引の実情に合致させるため必要な見直しを行うことが適切であると考えられる。その際には、あわせて、通常の見直しに加えて、類否判断における判断材料の一つとして引用商標権者の説明書を参酌することを可能とする運用についても検討する。なお、同基準については、ニース協定に係る国際分類の第9版の発効を踏まえ、順次、見直しを図ることが適切である。

審査事項と手続の在り方

相対的拒絶理由については異議申立てを待って審査を行う制度（異議待ち審査）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から踏まえ、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。

VI．その他の報告書記載事項

1． 商標の定義

(1) 意見の概要

商標の定義規定に見直しについては、世界的な商標の定義との乖離や判例の解釈によらなければ商標法自体を解釈できないという問題及び新しい分野の商標に対処できないことなどを指摘する意見や、社会通念上の商標との相違、識別性の要件の必要性等を指摘する意見、引き続き検討する必要性を主張する意見があり、また、その検討に当たっては十分な討議及び検討を望むとの意見があった。

一方で、識別性の要素を明記しても社会通念自体は変化しないことから現行法のままで問題ないとする意見や、匂い、音などの保護に反対する意見があった。

(2) 考え方

商標の定義規定は、商標法においてはその保護対象を定める重要な概念であり、定義規定を見直す際には、標章の使用の定義、商標権の効力、侵害とみなす行為等の規定への波及について広く検討を行う必要がある。

識別性の要件については、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、裁判例において既に確立しており、商標の定義に規定することで、より明確化する意義があると考えられる。一方で、既存の裁判例との齟齬が生じないように担保する必要があるとあり、また、使用の定義のあり方とも整合性を確保する必要があることから、商標の定義規定については、更に検討を行うことが必要であると考

えられる。

匂い、音等からなる新しい形態の標識の商標法における保護については、これらの商標を登録することについて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を行う必要があると考えられる。

2. 商標の「使用」の定義

(1) 意見の概要

使用行為については、現実の商取引における商標の使用態様の多様性や現行法の使用行為に該当しない使用態様の存在などを指摘し包括的な規定とすべきとの意見や、具体的な行為は侵害行為として規定すべきとの意見など、引き続き検討を求める意見があった。

一方で、常識の範囲内であれば別段問題ないとする意見や、音声での使用を標章の使用の定義に追加することに反対する意見、標章の使用の定義規定を包括的な規定としたとしても、結局審査基準などで具体的な行為を特定することになるため、変更の必要性はないとの意見があった。

(2) 考え方

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しており、商標権の侵害行為が明確となる利点があるが、新たな商標の使用態様への柔軟な対応ができないとの問題点があると考えられる。新たな商標の使用態様については個別の改正を行っており、不合理な状況は生じていないものと考えられるが、包括的な規定とした場合の使用行為の範囲と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、侵害行為との整合性も踏まえて、更に検討を行う必要があると考えられる。

【その他】

< 審査基準の見直しについて >

最近の知財高裁判例にかんがみ、商標の登録要件の審査基準について明確化することが適切である。

< 商標法第3条の拒絶理由の審査について >

商標法第3条（商標登録の要件）の審査においては、審査官といえども業界の専門家ではないことを自覚していただき、調査不足や理不尽な審査をされないよう慎重な審査を希望する。

< 不使用商標について >

今回の報告書（案）においては、不使用商標の問題について議論がなされておらず、且つ、その方向性についても指針がないが、不使用商標の問題は、喫緊の課題であり、是非とも早急に検討されることを要望する。