

小売業等に係る役務商標の導入に伴う経過措置（案）の方向

1．継続的使用権

改正法の施行前から既に使用され、需要者の信用が蓄積されている商標を保護し、既存の取引秩序を維持するためには、施行前から使用されている小売役務に係る商標については、施行後においても継続的に使用できるようにする使用権の確保が必要である。

ただし、小売役務は商品の小売等に伴って提供され、商品の譲渡と密接な関係を有する上に、小売業者等も商品に係る業務を行う者として、施行前から商品に係る出願をすることができたと解される。このため、商品に係る商標権又は専用使用権に対しても、継続的使用権を行使し得るとすると、施行前には商標権の侵害行為であった商標の使用が本法の施行とともに侵害行為でなくなってしまうおそれがある。

そこで、施行前から小売役務について使用している商標については、次を内容とする商標の使用をする権利（継続的使用権）を有することとする。

改正法施行前から不正競争の目的でなく小売役務について使用されている商標については、その小売役務に類似する役務を指定する商標権があっても、その業務を行っている範囲内において、改正法施行後も継続して使用できる権利を認める。

改正法施行の際にその商標が自己の業務に係る小売役務を表示するものとして周知となっていたときは、業務を行っている範囲内に制限されることなく、その商標を継続して使用することができることとする。

商品に係る商標権に基づく差止請求等の行使は可能とする。

商標権者又は専用使用権者は、商標権に基づく差止請求等の行使が制限されることから、それに代わる措置として、継続的使用権を有する者に対して、混同を防ぐのに適当な表示を付すべきことを請求できることとする。

2．施行後 3 月間にした役務に係る商標登録出願についての先願の特例

改正法の施行日後に小売役務に係る商標登録出願を受け付ける際に、先願主義に基づく出願間の調整を行うと、施行日に大量の出願が集中することが予想され、出願手続に支障を来すおそれがある。また、小売役務が従来より長年にわたって商標法上の役務として認められていなかったこと、及び出願人の利益をも勘案すれば、一定期間の小売業等に係る商標登録出願は先願主義の例外として扱うことが適当と考えられる。

一方、小売役務は商品の小売等に伴って提供され、商品の譲渡と密接な関連があり、

敢えて商品に係る商標と異なる文字、図形等を小売役務の商標として使用すると考え難い。しかも、小売業者は、改正法の施行前においても、自己の業務に係る商品について商標登録を受けることができたのであるから、小売役務についても既存の商標登録や商標登録出願の下での取引秩序が形成されていたものと考えられる。

しかし、小売役務以外の役務との間には、小売役務と商品の間のような密接な関係があるとは考え難く、また、通常、小売役務以外の役務は小売業者等の自己の業務でなく、小売業者等は小売役務以外の役務について商標登録を受け得る者でなかったといえるから、小売役務とそれ以外の役務との間について施行当初から先後願の審査を行うとすれば、小売業者等が一方的に劣後する状態に置かれることとなるおそれがある。

したがって、施行後一定期間にした小売役務に係る商標登録出願については、商品に係る商標との間では先後願を審査（商標法第4条第1項第11号等の適用）し、小売役務以外の役務との間では先後願を審査しないこととするのが適当と考えられる。

そこで、施行日より3月間に出願された小売役務に係る商標登録出願については、次を内容とする先願の特例を設ける。

小売役務に係る商標登録出願との間では、先願主義の例外として、同日に出願されたものとして取り扱うこととし、この結果、使用に基づく特例の適用のない未使用の出願が競合したときは、協議（第8条第2項）及びくじ（第8条第5項）によって商標登録すべき出願を定めることとなる。

商品に係る商標登録出願との間では、実際の出願日を基準に先後願の審査（商標法第4条第1項第11号、第8条第1項、同条第2項等の適用）をする。

小売役務以外の役務に係る商標登録出願との間では、先後願の審査（商標法第4条第1項第11号、第8条第1項、同条第2項等の適用）をしないこととする。

3．使用に基づく特例の適用

(1) 既使用商標の優先・重複登録

施行日後3月間になされた小売役務に係る商標登録出願については、改正法の施行前から出願に係る商標を使用をしていた事実を重視し、次のとおり取り扱うこととする。

商標登録出願に係る商標が改正法施行前から不正競争の目的でなく小売役務に使用している商標については、使用に基づく特例の適用を主張できることとする。

使用に基づく特例の適用を主張するための手続は、先願の特例により同日出願とされた複数の出願が競合した場合の協議命令の指定期間内に、改正法施行前から小売役務に出願に係る商標を使用している旨を証明するための書類等を提出する。

使用に基づく特例の適用を主張した商標登録出願は、施行前から使用をしていなかった者の商標に優先して商標登録をすることとし、使用している商標についての出願が複数あるときは、他に周知・著名商標との抵触等の拒絶理由を有する場合を除き、いずれの出願も重複して商標権の登録を認めることとする。

(2) 重複登録された登録商標の間の調整

使用に基づく特例の適用として、既使用商標が重複して商標登録された場合、登録後に両者の間で誤認混同が生じることを防ぎ、両者の権利関係を調整するために、次の 及び の調整措置を設けることとする。

混同防止表示請求

重複登録の一方の商標権者等による登録商標の使用により他方の商標権者等の業務上の利益が害されるおそれがある場合は、混同防止表示の請求を認めることとする。

取消し審判の特例

重複登録の商標を使用して不正競争の目的で重複登録の他方の商標権者等との間で混同を生じさせた場合は、商標登録の取消し審判の請求をできることとする。