

新しいタイプの商標の導入に伴う「商標」の定義の見直し等について

2012.5.28

竹 田 稔

1. 基本的な考え方

商標の定義等を定めた商標法第2条第1項は、「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。）であって、次に掲げるものをいう。」と規定し、「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」、及び「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」を挙げている。

この規定の前段は、商標の構成要素を定義したものであり、後段はその使用態様を定義したものであるが、商標の本質的機能は、識別機能、すなわち他者の商品又は役務と識別する機能にあることは現在では異論のないところ（かつては識別機能のない商標も商標であるとする議論があった。）であり、現行第2条第1項は、この商標の本質と関連付けることなく商標の構成、使用態様により「商標」の定義をしているため、第三者が標章を自他商品の識別標識として使用していない場合は、「商標」の定義規定に依拠することなく、商標の本質論から判断基準を設定せざるを得なかった。そのため、「商標」の定義規定を設けるべきとする意見は、前から存在したし、報告書に見られるように、平成7年12月の工業所有権審議会でも、「商標の定義規定の見直しの是非については、引き続き検討していくことが必要である。」と指摘したところである。

これに加えて、「新しい商標の導入の是非」が審議会の重要課題となるに及んで、上記定義規定の見直しは避けられないところとなり、そうであれば、現行第2条第1項に単に新しい商標を付加するのではなく、これに関連したいわゆる「商標的使用」の問題も解決するための立法政策の検討が必須とされるに至ったものである。

ただ、商標の本質である識別力に着目して立法措置を講ずると、問題は、単に定義規定に止まることなく、商標法第3条の登録要件、同第26条の商標の効力が及ばない範囲、第37条の侵害とみなす行為との関係まで整合性の採れた制度とする必要があり、定義規定をどのように規定するかを含めて、慎重に検討しなければならない問題である。

2. 「商標」の定義規定について

商標の定義規定に識別性を加える場合、その識別性は、客観的識別性か主観的識別性か、具体的識別性か抽象的識別性かの議論がある。しかし主観的識別性、例えば案4のように、「自己の業務に係る商品又は役務を他人の業務に係る商品又は役務と識別する

目的で使用されるもの」と定義した場合、【論点】指摘のように、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」の使用と認められるとすると、自他識別機能や出所表示機能と関係なく「商標」の使用と認められることになるし、法規範としてはできるだけ判断基準としての普遍性を持ちうる規定に妥当性があることを考えると、主観的という不安定な要素に依拠する案は採用し難いと思われる。

また、客観的識別性といい、具体的識別性といっても、観念的には区別可能であるとしても、実務に使用されている標章をこの基準で仕分けするのはかなり困難であり、実益があるとはいえない。

そうすると、案１のように「次に掲げるもののうち、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をいう。」という規定は、率直でわかりやすく実務上のぶれも少ないのではないか。

ただ、このような規定を設けた場合、現行第３条第１項第６号の「前各号に掲げたもののほか、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ない商標」という規定は、第２条第１項の反対解釈として当然登録要件を有しないことになるから、削除すべきであろう。ただし、第３条第１項第１号ないし第５号については、この規定が永年商標の登録要件として機能しており、今回の改正によりこれらの規定に該当する事項が登録できないことにはかわりがないので、「次に掲げる商標は、第２条第１項の識別性を有しないものとする」として例示列举規定として残す立法措置に妥当性があると思う。

３．商標的使用について

近時商標権侵害訴訟において、登録商標と同一又は類似の標章が商品に使用されてもいわゆる商標的使用、すなわち、商品を識別し、出所を表示する機能を有する態様での標章の使用に該当しないときは商標権侵害とならないとする判決が相次いで出されている。商標の定義規定として、「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をいう。」という規定を設ける以上、このような標章の非商標的使用は商標の使用から排除する規定を設ける必要がある。

私は、従来、商標の使用を定義した第２条第３項に続いて案１が規定の整合性からみると妥当と考えてきたが、案３の商標権の効力が及ばないものとして現行第２６条の第１項第６号に「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できない態様により使用されている標章」を加えることにも合理性があると考えます。

以上