

商標法 3 条 1 項全体、3 条 1 項柱書の商標審査基準について（案）

平成 27 年 9 月

第 3 条第 1 項

自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、次に掲げる商標を除き、商標登録を受けることができる。

- 一 その商品又は役務の普通名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標
- 二 その商品又は役務について慣用されている商標
- 三 その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、形状（包装の形状を含む。第 26 条第 1 項第 2 号及び第 3 号において同じ。）、生産若しくは使用の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、態様、提供の方法若しくは時期その他の特徴、数量若しくは価格を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標
- 四 ありふれた氏又は名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標
- 五 極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標
- 六 前各号に掲げるもののほか、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

1. 現行商標審査基準の概要

(1) 3 条 1 項全体

3 条 1 項全体については、3 条 1 項該当性の判断時期、また、立体商標、動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標及び位置商標に関し、3 条 1 項各号の該当性についての判断基準を記載している。

(2) 3 条 1 項柱書

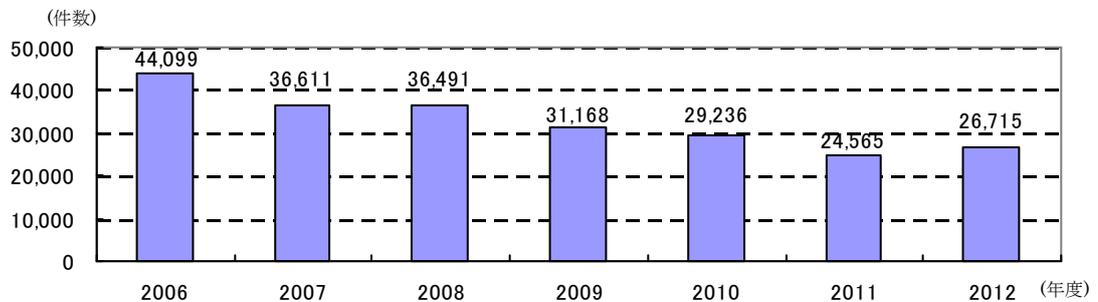
3 条 1 項柱書については、主に「自己の業務に係る商品又は役務について使用」をしないことが明らかな商標についての判断基準、また、立体商標、動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標及び位置商標に関し、3 条 1 項柱書の該当性についての判断基準を記載している。

このうち、「自己の業務に係る商品又は役務について使用」しない指定商品又は指定役務であるか否かに関し、①小売り等役務に関し、総合小売を個人が指定する等の場合、②1 区分内での商品又は役務の指定が広い範囲に及んでいる場合については、使用又は使用の意思についての合理的な疑義があるものとして 3 条 1 項柱書の拒絶理由通知により、出願人の業務を通じて商

標の使用又は使用意思を確認する旨記載している¹。

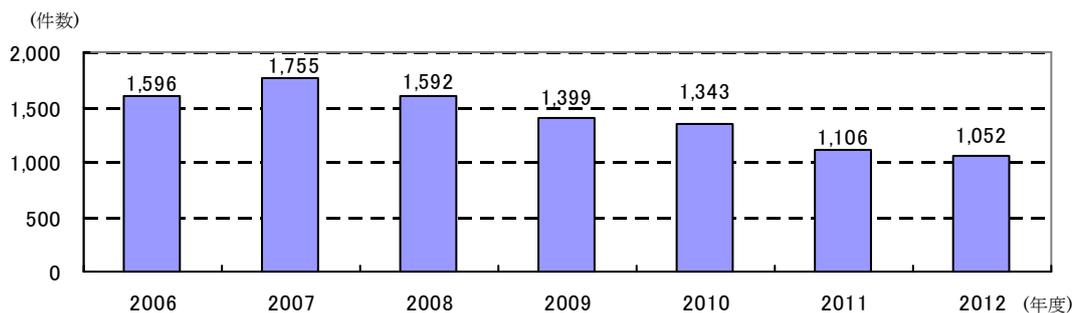
なお、平成25年度商標出願動向調査報告書によれば、審査における4条1項11号の拒絶理由件数は、2006年度(平成18年度)と2012年度(平成24年度)の合計数を比較すると、39.4%減少しており²、3条柱書の運用により一定の効果が生じていることがうかがわれる。

表 2-5-1-2 商標法第4条第1項第11号の件数の推移



また、取消審判請求件数に関しては、2006年度と2012年度を比較すると、34.1%程度減少しており、審判段階においても一定の効果が生じているといえる。

表 2-8-2 取消審判請求件数の推移



2. 問題の所在

(1) 3条1項全体

3条1項該当性の判断時期、また、立体商標、動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標及び位置商標の取扱いに関し、見出しの付与等構成面全体から見直しが必要。

(2) 3条1項柱書

「自己の業務に係る商品又は役務について使用」について、「自己の業務」の内容等明確にすべきではないか等の指摘がある。

¹ 産業構造審議会知的財産政策部会の報告書(平成18年2月)において、「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と考えられる。」と記載された。

このため、商標審査基準においては、1区分内での商品又は役務の指定が広範な範囲に及んでいる場合に商標の使用又は使用意思を確認することとしたが、審査の統一性を確保する観点から、その一応の目安として、1区分内において8以上の類似群にわたる商品又は役務を指定する場合としたものである。なお、この目安については、小売等役務における商品の類似群の数とのバランス等を考慮している(商標審査便覧41.100.03)。

² 「平成25年度 商標出願動向調査報告書—不使用商標対策後の効果・分析のための出願・登録状況調査—平成26年2月 特許庁」

また、小売等役務の導入に合わせ、平成19年4月から1区分内での商品又は役務の指定が広い範囲（8類似群以上）に及び、指定商品又は指定役務について商標の使用又は使用の意思があることに疑義がある場合に限り出願人に対して商標の使用又は使用意思の確認を行っているところであるが、業界によっては取扱う商品・役務の分野が多様であること、類似群のカウントの仕方が不明確な場合がある等の指摘がある。

3. 商標審査基準改訂の方向性

(1) 3条1項全体

見だしの付与、文言の統一化といった構成面全体から見直しをすべきではないか。

(2) 3条1項柱書

「自己の業務に係る商品又は役務について使用」について、「自己の業務」に含まれる範囲等明示にすべきではないか。

また、運用の明確化を図る観点から、商標の使用又は使用の意思があることについて合理的な疑義がある場合を、商標審査基準において一定程度明示すべきではないか。

その他の記載についても、構成面全体から記載の見直しをすべきではないか。

4. 商標審査基準改訂イメージ

(1) 3条1項全体

- ①判断時期の明確化。
- ②見出しの記載及び文言の統一化等。

(2) 3条1項柱書

- ①商標法施行規則第4条ないし第4条の6を挿入。
- ②自己の業務の明確化。
- ③使用をする商標の明確化。
- ④色彩のみからなる商標と認められない例の追加。
- ⑤音商標と認められる例の追加。

5. 参考

(1) 立法趣旨（工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第19版〕1275、1279頁）

○ 「後者の問題、すなわち、商標登録の対象となる商標は自ら使用をしているもの、あるいは使用をしようとするものに限るのか、他人に使用をさせるものでもよいのかという問題については次のように考えられる。旧法は、商標権の譲渡をその営業とともにする場合に限ったり、使用許諾制度を認めていない等の理由から自ら使用をする意思がなければならぬということができているが、現行法では、商標権の自由譲渡を認め、使用許諾制度を採用したこと

等から必ずしも旧法と同様に考えられない。しかし、当初から自ら使用をするものでないものに排他独占的な権利を設定するのは妥当ではない反面、いったん権利が設定された以上はその処分は一つの私的財産権として私的自治に委せた方がよいとの見解から、現行法においても商標登録は「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」に限っているのである。」

○ 「字句の解釈」

「〈自己の業務に係る商品又は役務について使用をする〉指定商品又は指定役務に係る自己の業務が現在又は将来において存在しないのに自己の業務に係る商品又は役務についてその商標の使用をすることは論理的にありえない。指定商品又は指定役務に係る自己の業務が現に存在しないときは、少なくとも将来において指定商品又は指定役務に係る自己の業務を開始する具体的な予定がなければならぬと考えられる。また、「使用をする」とは現在使用をしているもの及び使用をする意思があり、かつ、近い将来において信用の蓄積があるだろうと推定されるものの両方を含む。なお、この要件は査定時に備わっていればよい。」

(2) 裁判例

- ①商標法第3条第1項についての適用判断の基準時を「査定又は審決時」と解するのが相当であるとした事例 東京高判 昭和46年9月9日（昭和45（行ケ）第5号）

「けだし、商標法3条1項は、商標の登録に関する積極的な要件ないしは商標の一般的登録要件に関する規定、換言すれば、登録を出願している商標がそれ自体取引上自他の商品を識別する機能を有すべきことを登録の要件とする趣旨の規定であって、同項各号にかかる識別的機能を有しないものを列挙し、このようなものについては登録を拒絶すべきことを法定したものというべく、したがって、このような要件の存否の判断は、行政処分（商標登録の許否が一の行政処分であることはいうまでもない。）の本来的性格にかんがみ、一般の行政処分の場合におけると同じく、特別の規定の存しない限り、行政処分時、すなわち査定時または審決時を基準とすべきものと解するのが相当であるからである（略）」

- ②3条1項柱書き違反に係る無効不成立審決が取消された事例（「アールシーターバン事件」

知財高判 平成24年5月31日（平成24年（行ケ）第10019号）

「商標法3条1項柱書は、商標登録要件として、「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」であることを規定するところ、「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」とは、少なくとも登録査定時において、現に自己の業務に係る商品又は役務に使用をしている商標、あるいは将来自己の業務に係る商品又は役務に使用する意思のある商標と解される。（略）」

しかし、登録商標が、その登録査定時において「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」に当たることについては、権利者側において立証すべきところ、本件商標についてこれを認めるに足りる証拠はなく、むしろ、上記認定事実によれば、本件商標登録は、被告が現に自己の業務に係る商品又は役務に使用していない商標について、将来自己の業務に係る商品又は役務に使用する意思もなく行われたものというべきであって、上記審決の認定、判断は失当である。(略)」

(3) 産業構造審議会知的財産政策部会の報告書（平成18年2月 10頁）

「I. 小売業等の商標の保護の在り方

3. 対応の方向

(3) 審査上の取扱い

① 使用の意思の確認等（商標法第3条第1項柱書き）

商標法では出願に係る商品又は役務の区分ごとに出願手数料、商標権の登録料を納付することとなっており、国際的な商品・役務の区分を定めるニース協定において、小売業等の役務は第35類に分類されている。このため、同協定に従うと、一区分（第35類）の料金で複数の小売業等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を多数指定した場合には、これらの指定役務と混同を生じるおそれのある商品について網羅的に他人の登録を排除することも可能となることが懸念される。

こうした問題に対処するため、小売業等に係る役務については、第35類の中で更に細分化した区分を作成し、細分化された区分毎に出願手数料や登録料を課することも考えられる。しかしながら、こうした方法による場合、マドリッド協定議定書にもとづく国際商標登録出願における料金徴収手続や、国際的な制度調和等の観点からの問題点があると考えられる。

このため、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、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と考えられる。」

(4) 商標審査便覧（41.100.03）

「商標の使用又は商標の使用の意思を確認するための審査に関する運用について

願書に記載された指定商品又は指定役務について、商標の使用又は商標の使用の意思があることに「合理的な疑義がある場合」は、商標法第3条第1項柱書を適用することとする。

ただし、個別の商標をいかなる商品又は役務に使用するかを願書の記載を通

じて判断することは、現実的には困難といわざるを得ない。このため具体的な商標の使用又は使用意思の確認については、商標の使用の前提となる指定商品又は指定役務に係る自己の業務の確認を通じて行うこととする。

1. 第3条第1項柱書を適用する場合の判断について

願書に記載された指定商品又は指定役務が次の(1)又は(2)に該当するときは、原則として、商標の使用の前提となる指定商品又は指定役務に係る業務を出願人が行っているか又は行う予定があるかについて合理的疑義があるものとして、第3条第1項柱書により登録を受けることができる商標に該当しないものとする旨の拒絶理由の通知を行い、出願人の業務を通じて、商標の使用又は使用意思を確認するものとする。

ただし、出願当初から商標の使用又は使用意思に関して証明書類等が提出された場合を除く。

なお、証明書類等の提出に関しては、商標登録願と同時に提出する場合は、証明書類等は紙による場合が多いため、手続補足書による手続となる。

(例) (手続補足書の様式抜粋)

略

(1) 小売等役務について

(a) 「衣料品、飲食料品及び生活用品に係る各種商品を一括して取り扱う小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供」(以下、「総合小売等役務」という。)に該当する役務を個人(自然人をいう。)が指定してきた場合。

(b) 総合小売等役務に該当する役務を法人が指定してきた場合であって、「自己の業務に係る商品又は役務について使用」をするものであるか否かについて職権で調査を行っても、出願人が総合小売等役務を行っているとは認められない場合。

(c) 類似の関係にない複数の小売等役務を指定してきた場合。

(説明) 略

<例1>

指定された小売等役務が複数の類似群に属する場合

「自動車の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K04(12A05)」と「二輪自動車の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K05(12A06)」とを同時に指定したとき

<例2>

指定された小売等役務が複数の類似群に属さない場合

「織物及び寝具類の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K02(16A01・17C01)」と「履物の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K02(22A01・22A02・22A03)」とを同時に指定したとき

なお、類似商品・役務審査基準に例示された小売等役務以外の小売等役務（35K99）の指定が複数なされた場合においては、類似するものと非類似のものが混在する場合は考えられるが、小売等役務に係る小売業等の業務を考慮した上で、相互に類似しない小売等役務群が複数以上あるときは、上記「(c) 類似の関係にない複数の小売等役務を指定してきた場合。」に含まれるものとして取り扱うものとする。

<例 3>

上記(c)に該当する場合

「ヨットの小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K99(12A01)」と「グライダーの小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K99(12A02)」とを同時に指定したとき

<例 4>

上記(c)に該当しない場合

「治療用機械器具の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K99(10D01)」と「手術用機械器具の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K99(10D01)」とを同時に指定したとき

(2) 商品・役務の全般について

1 区分内での商品又は役務の指定が広範な範囲に及んでいるため、指定商品又は指定役務について商標の使用又は使用の意思があることに疑義がある場合。
(上記取扱いに当たっての目安)

1. 原則として、1 区分内において、8 以上の類似群コード（以下「類似群」という。）にわたる商品又は役務を指定している場合には、商品又は役務の指定が広範な範囲に及んでいるものとして、商標の使用又は使用の意思の確認を行う。

2. ただし、一の商品又は役務で多数の類似群が付与されている商品又は役務であって、他に適当な表示が認められない場合には、その商品又は役務の類似群が2以上であっても、1の類似群として取り扱うものとする。(例：第9類「電子出版物」(26A01, 26D01)等)

また、「類似商品・役務審査基準」において例示された、いわゆる包括概念表示(例：第25類「被服」(17A01, 17A02, 17A03, 17A04, 17A07)等)の商品又は役務は、個々の類似群単位に分割して表示することが困難となる場合が多いため、包括概念表示の商品又は役務が2以上の類似群が付与されている商品又は役務であっても、1の類似群として取り扱うものとする。

以上の取扱いによって、1 区分内の類似群の数が合計して7以下となるときは、商標の使用又は使用の意思の確認を要しないものとする。

3. なお、小売等役務については、取扱商品の類似群は考慮しないものとする。

資料3

例えば、「自動車の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供 35K04 (12A05)」の場合、類似群の数は2であるが、12A05は取扱商品の類似群であるため、1の類似群として取り扱うものとする。

(説明) 略

<例>

1区分内において、8以上の類似群にわたる商品又は役務を指定しているため、第3条第1項柱書の拒絶理由を通知した場合に、商品又は役務の一部を削除する手続補正書の提出により類似群が7以下となったとき」