

2006 年（平成 18 年）1 月 27 日

特許庁 総務部総務課制度改正審議室 御中

大阪弁護士会

会長 益 田 哲 生

意 見 書

当会は、産業構造審議会知的財産政策部会商標制度小委員会報告書「商標制度の在り方について」（案）（以下「報告書」という。）に対し、以下の通り意見を提示する。

・小売業等の商標の保護の在り方について

1．意見の趣旨

小売業等の商標をサービスマーク（役務商標）として保護するという方向については原則として賛成する。しかし、我が国の商標制度が従来小売等一般につき役務商標登録制度を採用してこなかった経緯や諸外国においても小売業ないし小売サービス等を独立の役務として商標登録を認めていない国があること等を考慮し、その制度の設計には慎重な検討が必要である。

2．意見の理由

以下、報告書の「3 対応の方向」に記載された論点につき具体的に検討する。

（1）同（1）は、基本的に賛成する。

ただし、小売等はその取扱商品も広範であり多様な業態が含まれている。小売等につき独立した「役務」として商標登録を認める必要がある業種は、商品に従属した単純な役務ではなく商品の仕入れから陳列を経て販売に至るまで様々な創意・工夫が行われ、他のサービス提供者との競争において自己の提供する小売サービスにつき差別化をはかり、優位性を獲得すべく努力をしている百貨店、スーパー等の小売サービス業である。

したがって、役務商標の保護を許す小売等は「小売サービス業」と特定すべきである。

（2）同（2）について

報告書の意図するところが明確ではないが、小売業等の取扱商品の幅広さや業態の多様さに鑑み、指定役務の内容を何らかの基準によって細分化することを意図しているようである。

指定役務の区分の基準については、当該役務商標の権利範囲を決定する意義があるので（商標法 25 条）、その範囲ができるかぎり一義的に明確になるよう配慮すべきは当然であり、同時に小売等の実態にも合致するものでなければならない。

さらに、すでに小売等に関する役務商標登録制度を採用している諸外国の制度とも十分な調和をはかる必要がある。

(3) 同 (3) について

同 について

基本的に賛成するが、現行の商標登録出願制度との調和や、審査の迅速性の要請との調和がはかられるべきである。

我が国では、商標登録の要件として「使用の意思」を要件としてきたことから、使用実態を伴わない登録商標が多数存在した。

かような不都合を防止するための制度として不使用取消審判制度 (5 0 条) が存在しているが、必ずしも十分に機能しているとは言い難い。

他方、すでに小売業もしくは小売サービス業の業態が多様であることや、将来の業務拡大の可能性が広範囲であることを考慮すれば、仮に指定役務の区分を細分化し各々の区分毎に出願手数料や登録料を課したところで、一小売事業者が多数の指定役務に関して商標登録出願を行う可能性を否定し得ない。

そこで、商標登録出願の際に 3 条 1 項柱書の適用を厳格に行い、使用の実態や出願者の業務の態様等を勘案して、「使用の意思」の有無を確定することは意味があると思われる。

ただ、上記のような審査を行うとすると、審査が遅滞することが予想されるが、出願時に「使用の意思」が認められない場合についても商標法 4 6 条 1 項 1 号に基づき無効審判請求の事由になるのか否かが新たな解釈問題となる可能性もある。

よって、このような問題点も含めて導入を行う際の制度設計を慎重に検討すべきである。

同 について

基本的に賛成である。

(4) 同 (4) について

本システムの導入に当たっては、従来から特定の名称で小売サービス業を営んできた既成事業者との利害調整及び零細事業者の保護の問題がある。

(a) 既成事業者との利害調節については、下記の平成 3 年改正におけるサービスマーク導入時の経過措置のようなシステムの整備が必要と考えられる。しかし、当時運営上問題点がなかったか否か、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検討すべきである。

先願主義に対する特例機関の設定 (附則 4 条)

特例商標登録出願 (附則 5 から 7 条)

重複登録された場合の更新登録の特例 (附則 8 条)

重複登録の場合の混同防止措置 (附則 9 条)

重複登録された場合の取消審判の特例 (附則 1 0 条)

その他 (附則 1 1 ないし 1 4 条)

(b) 商標登録を行う資力や能力が十分でない可能性がある零細事業者の保護については、これらの多くが特定の地域のみを使用を前提としているため、継続使用権の活用が考えられる。更に、このような零細事業者は、慣用商標等をしようしている場合も多いと考えられるので、商標法 3 条 1 項の審査基準を充実させることが必要と考えられる。

権利侵害行為への「輸出」の追加

1. 意見の趣旨

侵害行為の一態様として「輸出」を追加することには、賛成する。しかし、我が国で通関されることなく、保税地域にのみ置かれた貨物についても「輸出」に該当するとすることについては、なお検討の余地がある。

2. 意見の理由

以下、報告書の「3 対応の方向」に記載された論点につき、具体的に検討する。

(1) 同(1)については基本的に賛成する。

商標法の第一義的な目的は、我が国の国内において「商標を使用する者の業務上の信用の維持を図る」ことにあることはいうまでもない。

しかし、今日では世界的な市場経済の拡大と商品・役務の国境を越えた自由な譲渡に伴って海賊版、似ブランド商品等の国際的な商標権侵害商品の横行が社会問題となっている。

そこで、各国はその国内において流通する商品や役務に関する商標の保護をはかるだけでなく、協調して似ブランド商品等の国際的流通の水際阻止をはかる必要性があり、そのためには従来問題となっていなかった他国の市場に向けた商標権侵害商品の「輸出」を水際で規制する必要があることは否定できない。

ただ、商標権独立の原則と商標制度の属地主義を重視すれば、少なくとも我が国の商標法に基づく登録商標の禁止権が及ばない外国における商標権侵害商品の流通は、我が国の商標権者（以下「内国商標権者」という）が該当国において対応する商標権を有していない限り自由であるから、海外における流通を予定した商品の輸出を我が国の商標法に基づき規制する必要はないのではないかと疑念がないではない。

しかし、報告書も指摘するように、「輸出」行為は侵害品の製造や譲渡と一連のものとして国内で行われる行為であり、しかも輸出用商品として製造されている商標権侵害商品を製造の段階で発見して差し止めることは、事実上困難である。

したがって、内国商標権者の譲渡等を独占的に行う経済的利益の適切な保護という実質的観点と、今後商標権保護の国際的協調体制の確立のために我が国が主導的役割をはたすうえからも、商標法2条3項の「使用」の態様として「輸出」を追加することが必要であると考えられる。

(2) 同(2)

賛成する。

現行法37条1項2号、4号は、「譲渡もしくは引渡しのための所持」を間接侵害の対象としており、この規定との均衡をはかる意味からも、「輸出を目的とする所持」を間接侵害に追加することは意味がある。

(3) 同(3)

賛成する。

(4) 通過について

背景として、国際的に「模倣品・海賊版の輸出・通過貨物の水際取締り」が叫ばれている。APEC貿易大臣会合において、日米韓共同提案の「APEC模倣品・海賊版対策イニシアティブ」が合意され、「模倣品・海賊版の輸入、輸出及び通過に際し、権限を有する当局がそれらの物品を捜査、差止、押収、破壊を行う上でのAPECとしての模範的なガイドラインを策定する」とこととされたという記事がある。

一方、知的財産推進計画2005において、次のように書かれている。

「(5) 模倣品・海賊版拡散防止条約を提唱し実現を目指す

模倣品・海賊版問題は、特定の国に留まらず世界各国に拡散しており、また犯罪組織やテログループの資金源となったり、消費者の健康や安全を脅かす問題であることにかんがみ、TRIPS協定を補完する実効性のある措置として、各国と連携しつつ、世界税関機構(WCO)、国際刑事警察機構(インターポール)などの国際機関と協力して、模倣品・海賊版の拡散防止を明確な国際規範とする条約を提唱し、早期にその実現を目指す。このため、2005年度は、例えば、以下のような項目をはじめとして日本提案を幅広く検討し、各国との協議を行う。

a) 模倣品・海賊版の輸出・通過の禁止と水際措置

加盟国は、模倣品・海賊版が製造国・地域から世界中に拡散することを防止するため、模倣品・海賊版の輸出・通過を禁止する。税関当局は、輸出・通過されようとしている模倣品・海賊版を没収する。

(外務省、文部科学省、経済産業省、関係府省) 」

以上、模倣品流通のボーダレス化に対処するために知的財産権侵害物品の「通過」を知的財産権の禁止権の対象とすることは今日における重要な検討課題となっており、これを実現する方向での特許法の改正に対しては、結論として異論を唱えるものではない。

ところで、報告書案に記述されている「通過」の態様は、(a)外国から到着した貨物が単に我が国の領域を通過する場合、(b)我が国を仕向地としない貨物が荷繰りの都合上いったん我が国で陸揚げされた後当初の仕向地に向けて運送される場合、(c)我が国を仕向地として保税地域に置かれた貨物が必要に応じ改装、仕分け等が行われた後、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場合等の3つである。上記(c)の場合(注：いまだ通関されていないため、内国貨物になっていない)について「侵害物品が製造国(外国)から日本に陸揚げされ、積み戻された上で第三国(外国)へ輸出される」という新たな手口が発生している現状を踏まえ、侵害物品の通過を水際で取り締まる必要性が指摘されている。報告書案は、上記(c)は「輸出」に該当する侵害行為と考えることが適切ではないかと考えられるとしている。

問題は、(c)の態様の「通過」を「輸出」の一態様と位置づけることの理論的合理性にある。

即ち、関税定率法第2条において、「輸出」とは、関税法2条第1項第2号に規定する行為(注：内国貨物を外国に向けて送り出すこと)その他貨物を特定の国(公海で採捕された水

産物については、これを採捕したその国の船舶を含む。)から他の国に向けて送り出すことをいうと定義されている。なお「内国貨物」とは、本邦にある貨物で外国貨物でないもの及び本邦の船舶により公海で採捕された水産物をいう。

関税定率法の「輸出」の定義では、関税法 2 条第 1 項第 2 号に規定する行為（つまり内国貨物を外国に向けて送り出すこと）のほか、「その他貨物を特定の国から他の国に向けて送り出すこと」とされており、法令によって広狭があるのである。

輸出貿易管理令で「仮に陸揚げした貨物を輸出しようとするとき。」と規定されているように、輸出は「内国貨物を」外国に向けて送り出すことには限られない。

つまり「(c) タイプの通過が、『輸出』に含まれるかどうか」は、定義の仕方次第で決まることになる。

以上から、実効的な水際措置のため、特許権等、意匠権、商標権の侵害品の「通過」を違法とすべきであるが、通過が「輸出」に含まれるということによるべきかどうかについては、なお検討の余地がある。

実体的に考えても、我が国を単なる通過点として保税地域内において最終仕向国向けに詰め替え等され、再度送り出される行為は、輸出者が何らかの経済的利得（譲渡に伴う利潤の獲得）を得ることによって内国特許権者の市場利益の侵害を帰結する、普通の語義による「輸出」とは、性格が明らかに異なる（我が国を通過点とする詰め替え及び最終仕向け地への船だしには、内国特許権者の市場利益を侵害する契機が存在しない）。

このような理論的疑義が存在する以上、侵害物品の「通過」を水際で禁止する国際的要請との調和を図る必要があるとしても、「(c) タイプの通過」を「輸出」の一類型として定義することはなお検討を要するものとする。

(5) 同(5)について

輸出専用品であるとの理由のみによって「輸出」に該当しないとするのは適切でないと考える。

けだし、(1)に述べたように、「輸出」が我が国における製造等の行為を必然的に伴うものであること、しかるに権利者が当該製造行為を発見して商標権に基づく差止請求権等の行使によってこれ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、当該製品が「輸出専用品」であり、我が国の国内で譲渡することが予定されていない商品であるからという理由のみで例外的取扱いを行うべき理由はない。

著名商標の保護の在り方

1. 意見の趣旨

「商標権の禁止的効力の拡大」については反対であり、「(2) 防護標章登録制度の在り方」についてはおおむね賛成する。

2. 意見の理由

周知・著名商標については、その指定商品（指定役務）と同一又は類似の商品（役務）以外

の商品（役務）について、これと同一もしくは類似の商品（役務）が使用された場合にも両者の間に混同が生じ、あるいは著名表示が希釈化され、あるいはそのブランドイメージが汚染されるおそれがあることは否定しないが、かような行為については不正競争防止法２条１項１号もしくは２号により規制を行うことが可能である。したがって、商標権の禁止権の及ぶ範囲（商標権３６条、３７条）を拡大して規制する必要性は認められない。

また、防禦標章登録制度は、現在でも十分活用されているとはいえないが、一旦登録されると少なくとも当該指定商品（役務）についてこれと同一の商標の登録を禁止するだけでなく、他人が同一の商標を使用することを禁止することができる（６７条）など、強力な効果がある。

また、登録によってその権利の存在が明確になり、第三者が商標の選択を行う際にも防禦標章登録された商標の使用を避けることができるなど取引の安全に資するという効果もある。

よって、不正競争防止法２条１項１号、同２号による周知、著名商品等表示の保護とは別に一定の存続意義が認められる。

ちなみに、現在この制度が十分活用されていない理由のひとつとして、「登録商標が自己の業務に係る指定商品を表示するものとして需要者の間に広く認識されている」との要件の認定が厳格であることがあげられる。

この点は、一旦防禦標章登録がなされると、実際に商標が使用されていなくとも保護を受け、不使用取消審判の対象とならない等、不正競争防止法２条１項１号もしくは２号よりも強力な保護を受けることから、より厳格な解釈が必要であるとも考えられるが、あまりに厳格な解釈を行うと同制度自体の存続義務を失わせるおそれがないとも言えない。

よって、同制度の必要性につき検討を行うのであれば、かような点も考慮する必要がある。

審査の在り方について

１．意見の趣旨

類似商品役務基準の見直しや審査方法の再検討については特段異議はない。現下におけるコンセンスト制度の導入については慎重に検討すべきである。

２．意見の理由

コンセンスト制度については、報告書も指摘するように、先行商標権者の同意のみを要件とすると、需要者の保護をはかることができず、特許庁が、職権主義に基づき個別事情を勘案して具体的な混同の有無を審査するとすれば、審査が遅延するおそれがある。又、特許庁の審査能力の限界を考えれば、かような審査を迅速かつ適確に行うことは困難である。よって、現状では、需要者の保護をはかりつつコンセンスト制度を導入する可能性が無い。

次に、類似商品・役務審査基準の改訂については、特許庁の審査過程で、取引の実情を斟酌して類否判断が行われるような基準を導入化しかつ審査過程の透明化が図れるような改訂を行うことは、賛成であるが、報告書がその方法の一例としてあげている「意見書とともに引用商標権者の説明書の提出を認めること」は「取引の実情」を斟酌するうえで有用な方法となるか否かは疑わしい。

本来、「取引の実情」を斟酌した具体的な混同の可能性に基づき類否判断をおこなうには、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。

どこまで具体的な基準として表現することが出来るか否かは問題があるが、審査基準の改訂においても上記判決の中で示された取引の実情を斟酌し具体的な混同の可能性に関する判断過程を参考とした類否判断の基準を定立するような改訂を行うべきである。

以 上