

「商標」及び標章の「使用」の定義の在り方について

・ 前回の議論のまとめと今後の議論の進め方

商標制度は、商標が識別性のあるマークとして適切に機能することを担保する制度である。個別の制度の在り方を検討することに先立ち、まず、商標制度の保護の対象を画することとなる、「商標」や標章の「使用」の概念を整理するため、現行制度におけるこれらの概念を規定した定義規定について、その在り方を検討すべきではないか。

1．前回の議論のまとめ

前回、ブランド戦略の観点から商標制度に期待される役割について検討したが、委員からの意見を踏まえると、商標制度は、事業者と需要者との間におけるブランド・イメージの伝達のため、ある事業に係る商品・サービスを別の事業に係る商品・サービスと区別するマークとして商標が適切に機能することを担保する制度と捉えることができる。したがって、商標制度の在り方を検討するに当たっては、その機能を発揮することを適切に担保する制度とすべきこと、特にブランド戦略において事業者が商標を効果的に用いることができる制度的環境の整備に留意すべきではないか。一方、商標がある事業に係る商品・サービスと別の事業に係る商品・サービスを区別しているか否か（識別性を発揮しているか否か〔注〕）は実際の使用の状況により変化するものという特性があることに十分配慮することが必要ではないか。

〔注〕ここでは、従来の用語法に倣い、マーク（標章）がある事業に係る商品・サービスと別の事業に係る商品・サービスを区別するものとして機能していることを「識別性を有する」と表現することとする。

2．識別性の担保に着目した「商標」や標章の「使用」の定義の在り方の検討

前回の議論においては、登録主義と使用主義の関係の整理など、特に商標の識別性の発揮のされ方の特性に注目して商標制度の在り方について幅広く検討することも提案された。

個別の論点の検討に当たり、まず、商標制度の根幹を成す「商標」や標章の「使用」の概念を明確にするため、現行制度におけるこれらの概念を規定した定義規定について、その在り方を検討すべきではないか。

・「商標」の定義の在り方について

商標が識別性のあるマーク（標章）として適切に機能することが商標制度の役割である。しかしながら、現行法における「商標」の定義は、識別性が商標の要素であることが明確に規定されておらず、その結果、社会通念上の「商標」の意味とも異なっていることから、定義として適切でないばかりか、実務においても支障を来しているとの指摘がある。そこで、識別性が要素であることを明らかにした商標の定義の在り方について検討すべきではないか。

1．現行法における「商標」の定義とその問題点

現行法においては、「標章」を「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」と定義した上で、「商標」とは「業として商品や役務の提供等をする者が使用する標章」と定義している。この定義では、商標にとって識別性が要素となっていることが明らかではない。

〔参考条文：商標法第2条第1項〕

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。）であつて、次に掲げるものをいう。

- 一 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
- 二 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（前号に掲げるものを除く。）

このような定義は、社会通念上の商標とは意味内容が異なるばかりでなく、実際に以下のような支障を来しているとの指摘がある。

識別性が商標法において守るべき要素として明確に位置付けられていないため、商標登録されているマークがその目的に沿った識別性を発揮していないような場面においても商標権侵害と訴えられる懸念がある。また、訴訟【参考資料1】においては、侵害行為の認定が困難となる可能性がある。不使用取消審判の場合において、識別性を発揮していない場面での商標の使用は、商標の使用でないと明確に判断できない。

2．「商標」の定義規定の変遷

（1）明治32年法

明治32年法においては、「自己ノ商品ヲ表彰スル為商標ヲ専用セムトスル者ハ此ノ法律ニ依リ其ノ登録ヲ受クルコトヲ得」（第1条）という条文があるのみで、商標の定義に識別性が明確にされていなかった。

（2）明治42年法・大正10年法

明治42年法及び大正10年法においては、若干条文は異なるものの、登録されるべき商標の要件として「特別顯著ナルモノ」を明記していた。この「特別顯著性」の意味については見解が分かれていたが、一般的には、取引上自他の商品を識別させる力、ないし商品の出所の指標力又は表示力と解さ

れていた。

〔参考条文：大正10年商標法第1条第1項及び第2項〕

自己ノ生産、製造、加工、選択、証明、取扱又ハ販売ノ営業ニ係ル商品ナルコトヲ表
彰スル為商標ヲ専用セムトスル者ハ商標ノ登録ヲ受クルコトヲ得

登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字、図形若ハ記号又ハ其ノ結合ニシテ特別顕著ナ
ルモノナルコトヲ要ス

（3）現行法（昭和34年法）

昭和34年に商標法を全面改正した際には、大正10年法にない「商標」の定義を明確に規定することとした。その検討においては、商標とは「当該商品が自己の業務にかかる商品であることを表示し、その商品と他人の業務に係る商品とを区別するために使用するもの」と定義し、標章を単に商品について用いるだけでは足りず、自他の商品を区別するために用いるという使用者の意思がなければ商標とはいえないこととすべきとの意見があった。また、商標とは「...商品と他人の業務に係る商品を区別することができるもの」と定義し、使用者の意思のみならず実際に自他商品の識別力があることを客観的要件として規定すべきとの意見もあった。

〔参考条文：商標法第2条第1項〕

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。）であつて、次に掲げるものをいう。

- 一 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
- 二 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（前号に掲げるものを除く。）

（4）平成8年における検討

平成8年法改正に向けた検討を行った工業所有権審議会商標問題検討小委員会（平成7年）において、商標の定義について検討項目に挙げられたが、商標法条約への対応、早期権利付与の確保、立体商標制度の導入等の検討が中心であったことから、本格的な議論には至らず、以下のような理由を示しつつ、定義規定見直しの可否は引き続きの検討事項とされた。

商標法上の「商標」という用語は、その内容が統一したものとはなっていないにしても、所謂商標的使用でないものを禁止することはできないとの考え方が学説・判例上確立している以上、むしろ現行規定のままとする方がいいのではないかと考えられる。

識別性の要件を商標法第2条第1項の「商標」の定義に盛り込むと、商標法第3条、第26条等の「商標」の語を「標章」に書き改める必要が生ずるだけではなく、立法技術的に困難な点が生ずる部分もあり、混乱を生ずるおそれが否定できない。

3．諸外国の状況

多くの国において、「商標」の定義において「識別性」を明示的に要素としている。米国商標法においては、商標とは「～その者の商品を他人が製造又は販売するものから特定し識別するため、かつ、その出所が知られていない場合でもその商品の出所を表示するものをいう。」と規定し（第1127条）韓国商標法においては「～業として営む者が自己の業務に関連する商品を他人の商品と識別させるために使用する」ものが商標であることが明記されている（第2条）。これらの国においては、自他の商品を区別するために用いるという使用者の意思（主観的要件）があることが商標の要素として規定されている。

これに対して、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS協定）においては、「ある事業に係る商品若しくはサービスを他の事業に係る商品若しくはサービスから識別することができる標識（sign）又はその組合せ」を商標とすることができる旨を規定している（第15条）。欧州共同体商標規則においては、「標識（sign）が、ある事業の商品又はサービスと他の事業のそれとを識別することができるものである場合に」（第4条）商標とし、英国商標法においては、「標識（sign）であって、ある事業の商品又はサービスを他の事業の商品又はサービスから識別することができるもの」（第1条）を商標としている。これらの地域・国においては、実際に自他商品の識別力があることを客観的要件として規定している【参考資料2】。

4．検討の方向

諸外国の例に倣い、我が国の商標法においても、「識別性」を商標の要素として明確に規定することにより、社会通念上の商標とその意味を合わせることが適当ではないか。その結果、商標法で保護されるべき商標の範囲が明確となり、無用な紛争を避けることが期待できるのではないか。なお、「商標」の定義が関連する条文が多岐に及ぶことから、定義規定の変更がそれら個々の条文において整合性を保つよう留意する必要があるのではないか。

5．具体的検討

（1）標章・標識と商標の概念整理について

我が国商標法のみならず、多くの地域・国の商標法においては、商標の要素となる文字、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を「標章」又は「標識」とし、これらのうち特定の目的又は機能をもって用いられるものを「商標」と定義している。この構造は引き続き維持することが国際的制度調和の観点に照らしても適当ではないか。

（2）標章と標識の選択について

まず、商標の要素となる文字等を「標章」とすべきか、「標識」とすべきかについても検討する必要があるのではないか。一般的には、「標章」は、しるしとする徽章または記号を意味し、「標識」は、区別するしるし、目印を意味する。英語では標章が mark、標識が sign に該当すると考えられる。我が国商標法において「標章」の語は明治32年法以来用いられているものである

が、一方、現在商標の要素として用いられるのは伝統的な図形や文字のみならず、色彩の組合せや立体的形状に拡がっており、さらに一部の地域・国においては、音、単色、さらには匂いまで商標の要素として認められている。それらは何らかの識別をするための要素としてこうした広い対象を包含するのであれば、一般に使用されることのない「標章」の用語に替えて「標識」の語を用いることも検討すべきではないか。

(3) 標章と標識の範囲について

いずれにしても識別性を有している「しるし」、すなわち、実際に商標として使用されている「しるし」であるならば、その形態の在り方に関係なく保護を及ぼすことが望ましいと考えることもできるのではないか。実際、欧米においては、商標となる標識の対象として、「文字、数字、図形、及び色とこれらの組合せ」などを例示しつつも、それらに限定をせず単色、におい、音なども対象として認める地域・国もある【参考資料3】。識別性の有無を商標の要件として明確にすることと併せて、標章・標識の範囲を柔軟に設定することについての検討も必要ではないか。その結果、ブランド戦略の推進において独創的な標章・標識が用いられた場合に、より柔軟に、かつ、適切に商標法による保護を及ぼすこともできるか。

(4) 主観的要件としての識別性と客観的要件としての識別性について

いずれにせよ、文字等の要素を基礎として、これに識別性という要素を加えることが今回の検討の中心であるが、要素としての識別性の位置付けは各地域・国により異なっている。既に紹介したとおり、米国や韓国においては、自他の商品を区別するために用いるという使用者の意思（主観的要件）があることを要素として規定しており、欧州商標規則や欧州各国においては、実際に自他商品の識別力があること（客観的要件）を要素として規定しているものが多い。このいずれが適当であるかは、昭和34年法制定の際に識別性を商標の要素として明記することを検討した際にも課題となっている。

今回の検討の契機となっている、商標の定義が招いている実際の支障に鑑みれば、商標権の侵害行為が存在するか、あるいは商標権者による登録商標の使用があったかを、裁判や審判・判定において可能な限り明確に判断する指標となる必要がある。その観点からは、裁判官・審判官といった第三者が判断する指標として客観的に識別性が存在することを商標の要素として明記することが適当ではないか。

(5) 「業として」を商標の定義に含めることについて

なお、我が国商標法においては、商標の定義に、「業として」使用されることが要素として規定されている。「業として」は、従来「反復継続して」を意味するものとされているが、このような要素を商標の定義に含めている例は他国には韓国商標法の他には見られない。また、我が国の産業財産権法（工業所有権法）においても、「業として」を権利者が専有する権利内容や

侵害行為の構成要素としてではなく、産業財産権の対象財産自体の要素として規定しているのは商標法のみである。商標法においても、「反復継続して」使用されることが問題となるのは商標登録出願に対する審査においてどの標章を商標とすべきか判断する時点ではなく、商標権侵害訴訟や不使用取消審判において、商標の「使用」の有無が問題となる場合である。以上を踏まえると、商標の定義に「業として」を含めることは適当ではないのではないかと。

・商標の「使用」の定義の見直し

ブランド戦略推進の様々な場面でコミュニケーションの道具となる商標を保護する商標法は、多様化する事業活動の発展に沿って柔軟な対応ができるよう定められる必要がある。しかし、現行の「使用」の定義では、具体的な使用行為を細分化して規定しているため、新しい使用態様が登場した際にこれを適切に保護する柔軟性に欠けるとの指摘がある。諸外国の規定を参考にして包括的な規定の導入を検討すべきではないか。

1. 現行の標章の「使用」の定義とその課題

商標が識別性を発揮するために用いられる場面が多様化し、現在見られないような利用形態が将来生まれる可能性も否定できない中、商標法がそうした変化に柔軟に対応して商標の適切な保護をする必要がある。現行の標章の「使用」の定義規定では、標章の使用として想定される具体的な行為形態を厳密にかつ具体的に細分化して多数列挙する形で規定している。このような規定は、使用行為の認定を確実にする一方、列挙された各行為の区別が困難であり却って読みにくくなっているとの指摘もある。また、新たな利用形態が生じた場合にその都度法改正をもってそれが標章の使用に該当する行為であることを明確化することが必要になるのではないかと、との懸念も指摘されている。

〔参考条文：商標法第2条第3項〕

- 3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。
- 一 商品又は商品の包装に標章を付する行為
 - 二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為
 - 三 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（譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。）に標章を付する行為
 - 四 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標章を付したものをを用いて役務を提供する行為
 - 五 役務の提供の用に供する物（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を含む。以下同じ。）に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為
 - 六 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する

行為

- 七 電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法をいう。次号において同じ。）により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為
- 八 商品又は役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為

2. 標章の「使用」の定義規定の変遷

（１）大正１０年法

大正１０年法およびそれ以前の商標法では、標章の使用について明確な定義規定は存在しなかったが、刑事罰の構成要件としてこれに類する規定が存在した。

〔参考条文：大正１０年商標法第３４条〕

- 左ノ各号ノ一該当スル者ハ五年以下ノ懲役又ハ五千円以下ノ罰金に処ス
- 一 他人ノ登録商標ト同一若ハ類似ノ商標ヲ同一若ハ類似ノ商品ニ使用シタル者又ハ其ノ商品ヲ交付シ、販売シ若ハ交付、販売ノ目的ヲ以テ所持スル者
- 二 他人ノ登録商標ト同一又ハ類似ノ商標ヲ同一若ハ類似ノ商品ニ使用セシムルノ目的ヲ以テ交付シ若ハ販売シ又ハ其ノ交付、販売ノ目的ヲ以テ所持スル者
- 三 他人ノ登録商標ヲ同一又ハ類似ノ商品ニ使用スルノ目的又ハ使用セシムルノ目的ヲ以テ偽造又ハ模造シタル者
- 四 他人ノ登録商標ト同一又ハ類似ノ商標ヲ使用シタル同一又ハ類似ノ商品ヲ交付、販売ノ目的ヲ以テ輸入又ハ移入シタル者
- 五 他人ノ登録商標ト同一又ハ類似ノ商標ヲ同一又ハ類似ノ商品ニ使用スルノ目的又ハ使用セシムルノ目的ヲ以テ輸入又ハ移入シタル者
- 六 他人ノ登録商標ヲ偽造若ハ模造スルノ目的ヲ以テ其ノ用具ヲ製作、交付、販売又ハ所持スル者
- 七 同一又ハ類似ノ商品ニ関シ他人ノ登録商標ト同一又ハ類似ノモノヲ営業ニ用イル広告、看板、引札、物価表ノ類又ハ取引書類ニ使用シタル者

（２）昭和３４年法

大正１０年法は、標章の使用の定義規定が明確でなかったため、昭和３４年の商標法では、商標権の効力の内容を明文をもって規定すべきとの観点から、標章の使用を定義する規定が以下のように設けられた。

〔参考条文：昭和３４年商標法第２条第３項〕

- 3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。
- 一 商品又は商品の包装に標章を付する行為
- 二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し引き渡し譲渡若しくは引渡しのために展示し又は輸入する行為
- 三 商品に関する広告、定価表又は取引書類に標章を付して展示し又は頒布する行為

(3) 平成 3 年改正

平成 3 年の改正では商品商標に加え、役務について用いられるサービスマークも商標法の対象に加えられた。その検討において、サービスマークの使用の概念は、その権利の効力、権利侵害の成否、不使用取消審判請求の成否、更新時の使用証明及び先使用权の成否等制度全般に多大な影響を及ぼすため、サービスマークとなる標章の使用について定義を規定することとなった。特にサービス自体に形はなく、サービスマークはサービスの過程で登場する何らかの物（有体物）に付されて使用されることとなるが、その有体物が商品なのかサービスに用いられる物なのか明確に区別できないと商品商標とサービスマークの交錯が生じてしまうのではないかと懸念から、実態に応じて細分化した定義規定を設けることとなった。

〔参考条文：平成 3 年商標法第 2 条第 3 項〕

- 3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。
 - 一 商品又は商品の包装に標章を付する行為
 - 二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、又は輸入する行為
 - 三 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（譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。）に標章を付する行為
 - 四 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標章を付したものをを用いて役務を提供する行為
 - 五 役務の提供の用に供する物（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を含む。以下同じ。）に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為
 - 六 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為
 - 七 商品又は役務に関する広告、定価表若しくは取引書類に標章を付して展示し、又は頒布する行為

(4) 平成 1 4 年改正

平成 1 4 年の法改正では、情報通信ネットワークを利用した商標の使用形態が拡大していることも踏まえ、商品やサービスが情報通信ネットワークを通じて提供される場面において商標が使用される場面を標章の使用の定義においても明確化することとした。特にサービスマークについては、平成 3 年改正で加えられた標章の使用の定義では、サービスの提供の場面で使用されるサービスマークは有体物を介して表示されるという前提で規定がされているが、情報通信ネットワークを通じたサービスの提供においてはそのような有体物が介在せず、端末の画面にサービスマークが表示されることから、新たな定義規定を新設することとした。

当時の検討においては、このように新たな定義規定を新設するのではなく、サービスが有体物を介して提供されることを前提としていること自体に限

界が生じてきているとの指摘もあり、ネットワーク上のサービス提供形態の多様化にサービスマークの使用の定義を対応させることと併せ、欧米の立法例にならい、「標章を表示して役務を提供する」のような包括的規定に全面的に改めることも提案された。また、商品とサービスの区別自体も相対化しており、その区別に厳密に沿うことにも限界があるのではないかとの指摘もあった。しかしながら、「包括的な使用概念を取り入れる場合には、いかなる行為が使用に該当するか不明確であり、不使用取消審判などにおいて「使用」に当たるか否か解釈上の疑義を拡大するおそれがある。」との理由で、これは引き続き検討すべき事項とされた。

3．諸外国の状況

諸外国の商標法において、現行の日本の商標法のように8号に分けて標章の使用を定義しているものはない。各国とも同様の規定はより包括的に規定しており、3～5程度の類型で規定している【参考資料4】。

4．検討の方向

諸外国の例にならい、標章の「使用」の定義に当たる規定は、より包括的に分けて規定をする方が、条文の理解のしやすさを向上させるのみならず、「使用」に該当するか否かが特に問題となる商標権の効力、商標権の侵害、不使用取消審判に係る規定の適用や実務の遂行の円滑化にも資するのではないか。その結果、創意工夫をしてブランド戦略を推進する中で独創的な商標の使用が行われる場合に、より柔軟に、かつ、適切に商標法による保護を及ぼすことができるのではないか。ただし、その際には罪刑法定主義の観点から特に規定の厳格な適用が求められる刑事罰の対象行為として十分明確となるか、について検証が必要ではないか。なお、「使用」が含まれる規定は商標法に多数存在することから、それらの規定への影響も検証することが必要ではないか。

- 25条（商標権の効力）
- 26条（商標権の効力が及ばない範囲）
- 32条（先使用による商標の使用をする権利）
- 37条（侵害とみなす行為）
- 50条（不使用取消審判）
- 78条（侵害の罪）

5．具体的検討

（1）「標章」の使用とするか「商標」の使用とするかについて

現行制度においては「標章」の使用を定義しているが、実際に使用の概念の外延が問題となるのは「商標」として使用されている場合がほとんどである。また、仮に包括的な規定とする場合、この使用の定義規定と・・で検討したように識別性の有無を明記する商標の定義規定とを併せて適用することにより、使用の外延が個別の事例により適切に判断されることが期待される。以上を踏まえると、「標章」の使用ではなく、「商標」の使用として定義する

ことが適当ではないか。諸外国においても、「使用」について定義をおいている法律をみると、韓国商標法では、標章ではなく商標の使用を定義しており、また、米国商標法も識別標識としての商標、サービスマークの使用を前提とした規定振りとしている。

(2) 商標・標章の使用の定義として規定することの妥当性について

一方、商標又は標章の「使用」の定義に該当する規定がそもそも存在しない法律も諸外国には存在する。例えば、イギリス商標法においては、「使用」自体は特に定義せずに一般的な概念に任せ、一方、侵害行為に該当する行為として、商品又はその包装に標識を付すこと、当該標識の下に商品を申し出、若しくは売りに出し、商品を市場に出し、これらの目的のために商品を保管し又は当該標識の下にサービスを申し出若しくは提供すること、当該標識の下に商品を輸入又は輸出すること、取引書類又は広告に当該標識を使用すること、などを列挙して規定している。

厳密に考えると、権利者が権利を専有して実際に行う行為と第三者が行う侵害行為として差止請求や損害賠償請求の対象となる行為は全く一致するわけではない。例えば、登録商標に類似した標章を付した商品を販売する行為や登録商標を指定した商品ではなく類似の商品に付して販売する行為を権利者が行うことは通常ないが、これらの行為を権利者の許諾を得ない第三者が行うと侵害行為となりうる。権利の効力、侵害行為、権利の不使用などそもそも主体が異なる行為についてまとめて定義をすることが却ってそれぞれの場面における適用において解釈を困難にすることもないわけではない。

以上を踏まえると、「使用」の定義の在り方を検討した上で、それを総則における定義規定として置くことが適当なのか、それぞれの条文において必要に応じて調整した規定を置くことが適当なのかも検討する必要があるのではないか。

(3) 侵害規定の整理の必要性について

我が国商標法においては、みなし侵害に該当する行為を第37条に規定している。第37条の各号に列挙されている行為も第2条第3項の規定の影響もあり細分化された規定になっている。第2条第3項の規定の在り方を見直す際には、第37条の在り方についても併せて検討することが必要ではないか。

また、侵害行為の範囲については、第2条第3項の使用を正当な権利なく行うことが侵害、第37条に該当する行為を行うことがみなし侵害となっているが、この両者に属する行為の整理が必ずしも適当ではないのではないかと指摘がある。

〔参考条文：商標法第37条〕

次に掲げる行為は、当該商標権又は専用使用権を侵害するものとみなす。

一 指定商品若しくは指定役務についての登録商標に類似する商標の使用又は指定商品

若しくは指定役務に類似する商品若しくは役務についての登録商標若しくはこれに類似する商標の使用

- 二 指定商品又は指定商品若しくは指定役務に類似する商品であつて、その商品又はその商品の包装に登録商標又はこれに類似する商標を付したものを譲渡又は引渡しのために所持する行為
- 三 指定役務又は指定役務若しくは指定商品に類似す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登録商標又はこれに類似する商標を付したものを、これを用いて当該役務を提供するために所持し、又は輸入する行為
- 四 指定役務又は指定役務若しくは指定商品に類似す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登録商標又はこれに類似する商標を付したものを、これを用いて当該役務を提供させるために譲渡し、引き渡し、又は譲渡若しくは引渡しのために所持し、若しくは輸入する行為
- 五 指定商品若しくは指定役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について登録商標又はこれに類似する商標の使用をするために登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を所持する行為
- 六 指定商品若しくは指定役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について登録商標又はこれに類似する商標の使用をさせるために登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を譲渡し、引き渡し、又は譲渡若しくは引渡しのために所持する行為
- 七 指定商品若しくは指定役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について登録商標又はこれに類似する商標の使用をし、又は使用をさせるために登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を製造し、又は輸入する行為
- 八 登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を製造するためにのみ用いる物を業として製造し、譲渡し、引き渡し、又は輸入する行為

(4) 包括的に規定する場合の整理の在り方について

我が国及び諸外国の標章又は商標の「使用」の定義に該当する規定を見ると、その要素は、以下のように分類することができる。

(第1の分類)

- a. 商品商標に関する行為か、
- b. 役務商標（サービスマーク）に関する行為か、
- c. 商品商標及び役務商標に共通する行為か

(第2の分類)

- x. 商標を付する行為か、
- y. 商標が付された物を譲渡・提供する行為か、
- z. 商標を広告等において表示する行為か

(5) 各国の整理の在り方の比較

(4)の分類を基準に各国の規定の類型を整理すると以下ようになる。

日本型（第2条第3項）

第1号 a（商品商標）- x（商標を付する行為）

第2号 a（商品商標）- y（譲渡・提供する行為）

第3号 b (役務商標) - x (商標を付する行為)
第4～7号 b (役務商標) - y (譲渡・提供する行為)
第8号 c (商品商標・役務商標) - z (広告等をする行為)

米国型 (第1127条 (第45条))

(1)(A) a (商品商標) - x (商標を付する行為)
(1)(B) a (商品商標) - y (譲渡・提供する行為)
(2) b (役務商標) - y (譲渡・提供する行為)・z (広告等をする行為)

ドイツ型 (第14条 [3]) (禁止行為として規定)

(1) a (商品商標) - x (商標を付する行為)
(2) a (商品商標) - y (譲渡・提供する行為)
(3) b (役務商標) - y (譲渡・提供する行為)
(4) c (商品商標・役務商標) - y (譲渡・提供する行為)
(輸出・輸入行為のみ別途規定)
(5) c (商品商標・役務商標) - z (広告等をする行為)

イギリス型 (第10条 (4)) (侵害行為として規定)

(a) a (商品商標) - x (商標を付する行為)
(b)・(c) c (商品商標・役務商標) - y (譲渡・提供する行為)
(d) c (商品商標・役務商標) - z (広告等をする行為)

欧州共同体型 (第9条 (2)) (禁止行為として規定)

(a) a (商品商標) - x (商標を付する行為)
(b)・(c) c (商品商標・役務商標) - y (譲渡・提供する行為)
(d) c (商品商標・役務商標) - z (広告等をする行為)

韓国型 (第2条第6項)

イ. a (商品商標) - x (商標を付する行為)
ロ. a (商品商標) - y (譲渡・提供する行為)
ハ. a (商品商標) - z (広告等をする行為)

(6) 新たな整理の在り方

各国と比較して我が国商標法が特色を有しているのは、b - yに該当するサービスマークの付された物を介してサービスを提供する行為を細分化して規定している点である。一方、他国法令と比較すると商品商標、サービスマークそれぞれについて想定される行為を網羅的に規定している点においては我が国商標法はより明確であると考えられる。以上を踏まえると、以下のような5つに分けて規定することが検討可能ではないか。

第1号 a (商品商標) - x (商標を付する行為)

- 第2号 a (商品商標) - y (製造・提供する行為)
- 第3号 b (役務商標) - x (商標を付する行為)
- 第4号 b (役務商標) - y (譲渡・提供する行為)
- 第5号 c (商品商標・役務商標) - z (広告等をする行為)

米国において一部の規定に見られるが、さらに商品商標と役務商標を分けて規定せず、使用の場面の分類((4)の(第2の分類))のみで規定することも検討可能ではないか。その場合、登録において商品と役務を分類として明確に区別していることと何らかの不都合が生じるおそれがあるか。

- 第1号 c (商品商標・役務商標) - x (商標を付する行為)
- 第2号 c (商品商標・役務商標) - y (譲渡・提供する行為)
- 第3号 c (商品商標・役務商標) - z (広告等をする行為)

6. 「輸出」の扱いについて

なお、専ら輸出目的の商品に商標を付して輸出する行為について、これが商標法上の「使用」と考えるべきか否かについての議論がある。高裁判決(東京高裁昭和59.2.28)では、不使用取消審判に関して、商標法第2条第3項第2号に該当しないから「使用」に当たらないとした審決を覆して同項第1号を適用して「使用」を認め、最高裁もこの判断を支持したが、この判決の考え方に対しては、商標法の目的・趣旨、属地主義の観点から批判もある。平成7年工業所有権審議会商標問題検討小委員会報告書においては、「両論を踏まえ、OEM供給に係る輸出行為の扱いを含め、商標法上の輸出の位置付けについてさらに検討することが適当である。」としている。商標の「使用」の定義の在り方を検討する場合、この課題についても、併せて検討する必要はないか。

〔参考条文：商標法第2条第3項〕

- 3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。
 - 一 商品又は商品の包装に標章を付する行為
 - 二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸入し、又は電子通信回線を通じて提供する行為
- (以下、略)

. 音声による使用について

現行法においては、文字等からなる商標をラジオ広告等において音声で表現することが商標の「使用」に該当しないと解されている。広告等に商標を用いた場合には、その形態の在り方に関わらず商標の「使用」に該当することを明確に規定すべきではないか。これと併せて、音を商標の対象として含めることを検討することが必要か。

1. 現行法の課題

現行法において、広告等について標章の使用に該当する行為とは、広告等に標章を付して紙面あるいはインターネット等の情報通信ネットワークを通じて展示することと規定されている。これは標章が視覚的に確認される場合を念頭に規定されており、標章である文字が音声で表現しつつ広告を行うことが「使用」に含まれるか否かが明確ではない。判例においては、音声による標章の表現は「使用」に該当しないことと判断したものも存在する。

2. 変遷

(1) 大正10年法

大正10年法では、商標の使用の定義にあたり、「営業ニ係ル商品ナルコトヲ表彰スル為」という条文のみで、具体的な商標の使用について明確な定義規定はなかった。

〔参考条文：大正10年商標法第1条第1項及び第2項〕

自己ノ生産、製造、加工、選択、証明、取扱又ハ販売ノ営業ニ係ル商品ナルコトヲ表彰スル為商標を専用セムトスル者ハ商標ノ登録ヲ受クルコトヲ得

登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字、図形若ハ記号又ハ其ノ結合ニシテ特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス

(2) 現行法（昭和34年法）

ラジオ、街頭放送による広告等は一般的な意味では広告であるが、媒体が音声であるため、ここでいう標章についての「使用」には論理的に入り得ない。このような態様により商標の信用が毀損されそうな場合には、36条1項で差止請求権を行使できる場合が多いと考えられるから商標の保護については差し支えないと思われる。（特許庁編工業所有権法逐条解説〔第16版〕発明協会）

3. 諸外国の例

音そのものを商標の要素となる標識の対象に含めている地域・国の法律においては、その表現は当然商標の使用に該当することから、特に音声による使用について規定したものはないが、特に文字等を音声で表現することが商標の使用に該当することを明示的に規定している例として、オーストラリア、ノルウェーの商標法があげられる。

(1) オーストラリア

商標法第7条（商標の使用）において、商標が文字、語、名称若しくは数字又はこれらの結合からなる場合には、商標の口頭による表現は（any aural representation of the trade mark）商標の使用とされる旨を確認的に規定している。

(2) ノルウェー

商標法第 4 条において、権利の効力範囲には、標識が口頭での使用を含むその他の方法で (including the use thereof in the spoken word) 使用される場合も含まれる旨を明示的に規定している。

4 . 検討の方向

文字、語、名称若しくは数字又はこれらの結合からなる標章を音声により表現する行為が標章の使用に含まれることを明確に規定すべきではないか。

5 . 具体的検討

(1) 関連条文の検証の必要性

標章の「使用」の定義における検討と同様、使用概念の調整を行うことは多数の条文に影響することに留意すべきではないか。

(2) 音声で表現される場合の範囲の在り方について

文字等により視覚的に表現されている商標が音声で表現された結果、伝達される情報量が限定される場合には、使用に該当するか否かの範囲が不明確になる場合がある。例えば、称呼が同じであるが文字が異なる複数の標章（「太陽」と「大洋」など）が音声で表現される場合、あるいは、異なる図形や色が組み合わされているが称呼されうる文字と全く同じ標章が音声で表現される場合、全く同じ行為を行っているとするべきか。あるいは、その同一性・類似性等の判断は個別具体の状況に応じて判断することとし、特に規定上の調整は必要ないか。