

座談会

小売等役務商標制度の導入と 改正審査基準について

— 出席者について —

平成 15 年度 会長	下坂スミ子
昭和 57 年度 商標委員会 委員長	松田 治躬
平成 9 年度 商標委員会 委員長	押本 泰彦
平成 15 年度 商標委員会 委員長	古関 宏
平成 16, 17, 18 年度 商標委員会 委員長	本宮 照久
平成 18 年度 商標委員会 副委員長	鈴木 一永
平成 18 年度 パテント編集委員会 (司会) 田中 勲	

野上 晃, 齋藤 康, 近藤 祐司, 岩田 啓

(この座談会は 2007 年 2 月 9 日 (金) に開催されたものであり、各参加者の発言はその時点での理解に基づいていますので、予めご承知置き下さい。)



はじめに

【田中】 本日は、お忙しい中お集まりいただきましてありがとうございます。昨年の 6 月に成立した「意匠法等の一部を改正する法律」の中に商標の小売関係の改正が含まれており、それに伴って審査基準も改定されました。これらを理解することは簡単ではありませんので、商標にお詳しい先生方をお招きしまして、そのあたりについてお話を伺いたいと思っております。



それではまず、参加していただいた先生方から一言自己紹介をお願いします。

【松田】 弁理士の松田でございます。商標委員会は多分 10 回ぐらいで、委員長経験が 1 回ございます。よろしく申し上げます。

【下坂】 下坂スミ子と申します。商標委員会は 1 回も入れてもらったことがありませんが、前々回の副会長のときに商標委員会担当ということで、総括じゃない副会長のときですからもうか



なり前なのですが、そのときに商標委員会を 1 年間担当しました。よろしく申し上げます。

【押本】 押本泰彦です。平成 8 年ぐらいですか、商標委員長をやらせていただきまして、かれこれやはり 10 本の指でようやく回数がいくかなと。今回の改正に関しては、ちょっと私は違う目から発言をしたいと思っております。

【古関】 平成 15 年度の商標委員長を経験しました古関宏です。よろしく申し上げます。

【鈴木】 この中では唯一商標委員長らしきものをやっていない一人で、商標委員会は 4 回ほど参加しておりますが、ここにいるメンバーからすると、弁理士としては駆け出しですので、弁理士経験が浅い立場から話ができればと思っておりました。鈴木一永と申します。よろしくお願いたします。

【本宮】 本宮照久でございます。平成 18 年度、現商標委員会委員長でございます。この法律改正に関して、審議の段階から弁理士会でもいろいろ検討し、意見等も言わせていただいたその当事者です。平成 16 年の知財研のワーキンググループ、平成 17 年の審議会、その辺をずっと経験していますので、一応、そのときの感触をお話ししながら進めていけれ



ばと思っております。どうぞ、宜しくお願ひいたします。

【田中】『パテント』編集委員会のほうでは、私田中と斉藤、野上、近藤、岩田というメンバーでお話を聞かせていただきますので、よろしくお願ひいたします。

法改正の経緯

【田中】 まず、法律改正の大きな枠組みをお聞かせいただきたいのですが、まず知財推進計画 2005 に小売商標のサービスマークとしての保護について検討するというものがありまして、それを受けて産構審の商標制度小委員会でいろいろ検討されている。それが報告書として纏まったということなのですけれども、古関先生がこのメンバーで、本宮先生がその後を……。

【古関】 そうですね、私が 15 年度だったので、15 年度に小委員会が立ち上がったのですね。だから、15、16、17、18 の 4 年かな。その最初の 1 年だけ私がやって、私が出て 4 回目のところに一度小売の話はしていたはずですよ。



【田中】 そこでは、ここはどうでしょうかというような具体的なお話はありましたか？

【古関】 そこでは、1 つの大きな枠組みみたいなことは議論していたのです。ただ、形にはまだなっていなかったのですけれども。

【田中】 なるほど。そういった状況の中で、本宮先生が引き継がれたと。

【本宮】 そうですね。1 年あいて、その次の年に今回の審議をしました。その間の年に知的財産研究所のワーキンググループで小売業商標のサービスマークとしての登録及びコンセント制度導入に対応する審査の在り方に関する委員会を立ち上げて、そこで検討しておりました。ただ、それがそのまま審議会に上がっているわけではありません。つまり、一応たたき台はあるものの、それがそのままの形で上がっているわけではないということです。

【古関】 それは何年度でしたっけ。

【本宮】 16 年度ですね。

【古関】 とすると、その前に知財研でやっているんだよね、14 年度のときに。その中でも一度議論しているはず。

【鈴木】 もともとニース国際分類の第 9 版への改訂が通ったときにリテールサービスを入れますよという話があって、それで、日本は批准できないということずっと宙ぶらりんになっていたでしょう。それで、日本でもそれを制度化しなくちゃいけないということで入ったんじゃないかと僕は思っていたのですけれども、違うのですか。



【松田】 基本的にはニース分類との関係しかきっかけがないだろうと思う。外国からの出願が日本へ入ってくる、これをどう取り扱ったらいいのかと考えた結果、こうなって出てきたんだから。

【鈴木】 そうでしょうね。その中で一応準備をして、改正にこぎ着けるためのいろいろな会議を開いて、委員会をやって、知財研で検討してというのを踏んで今回来ているだろうという流れからすると、多分そういう認識でいいですよ、大体。

【田中】 ニース分類の改訂があって、それに対応する形でどうしようかという流れがあると。

【松田】 国内はとりあえず収まっていたんだから、それ（ニース分類改訂）をきっかけとして国際的に合わせざるを得なくなった、そのためにこういう検討が始まってきた。

【押本】 要するに、ニース分類の注釈のところの定義規定に明らかに小売業としての役務提供が入るということ。

【松田】 事実上の出願（小売サービスを含む出願）が外国から流れてきたところが大きいんだよ。

【鈴木】 それがマドプロの関係もあって日本に入ってきたわけですよ。だからそのころからでしょう、指定役務の翻訳を「陳列・品揃え」にせいというふうな、あれは通達だったのですか、何だったのですか。事実上の指導なんですか。

【押本】 いや、ニース協定の 35 類の注釈自身に第 8 版の段階からそういうものがあるから、小売業という表現では日本



は新たな制度として開始しないと受け入れられない。そのかわり、もうニース協定にあるから「便益の提供」という表現なら取り敢えず受け入れられる。しかしその意味合いは小売業とは違うと。

【本宮】 それでいくと、日本がマドプロに加入して、外国からマドプロ経由で入って来るときに、指定役務欄に35類のクラスヘディングを書いてあって、“the bringing together, for the benefit of others, of a variety of goods (excluding the transport thereof), enabling customers to conveniently view and purchase those goods” (他人の便宜のために各種商品を揃え (運搬を除く)、顧客がこれらの商品を見、かつ、購入するために便宜を図ること；ニース分類第35類の注釈) というのが出てきたときには、もうダブルスタンダードの形で認めていた。そのときの解釈が、「他人の便宜のためにする」の「他人」の解釈を、顧客じゃなくて、要はディスプレイ業者が百貨店のためにするということなとらえ方の「他人」で、今までの注釈であれば読めた。でも、第9版になったときに、その注釈が小売店、卸売店、通信販売業者を含むものとするというような形に変わったので、そこはもう小売店サービスなんだということで保護しなければいけないという切迫した事情があって、それで審議の対象としてプライオリティーが高かった。

【松田】 今の話だと、「陳列・品揃え」は今後どう解釈するの。

【本宮】 どう解釈すると思いますか。

【松田】 やはり同じじゃないの？ 従来と同じ解釈でいいかないと。

【古関】 出願人の主観によって違ってくるでしょう。

【松田】 主観によるのかな。その文言で指定された場合「陳列・品揃え」を指定して出願してきた場合は従来のままの考え方で行かざるを得ないんじゃないの。

【本宮】 多分そうだと思いますよ。

【松田】 だって、小売の場合はああいう(類似商品・役務審査基準に従った) 指定をしなきゃいけないんだから。

【本宮】 そう。それ(「陳列・品揃え」) で来たときには、多分、今、松田先生がおっしゃったとおりだと思うのですが、そうすると、知財研のときも検討したのですけれども、役務としての「独立性」(注：工業所有権法逐条解説は「役務」を「他人のために行う労務又は便益であって、独立して商取引の対象たりうべき

もの」と定義している) ってあるじゃないですか。そうすると、ディスプレイ業者が百貨店のためにする陳列・品揃えであれば、独立した役務性はあるはずなんですよ。しかし、小売店で陳列・品揃えをやったときに、独立した役務性というのはクリアしないと思うんですよ。

【松田】 それは特許庁が言っているだけで、独立しているんだよ。

【本宮】 直接対価は？ (注：独立した役務であるためには、直接的な対価関係が必要という考え方があります)

【松田】 販売店における商品の「譲渡」というときに、あのマークとの関係の譲渡なのか、つまり、メーカーの商品商標の関係から見る譲渡なのか、小売の役務商標の関係から見る譲渡なのかということだけでも、2条1項1号は商品商標との関係で見る譲渡しか書いてない。役務商標の使用については対価の支払いの場面を書いてないんだから、商品商標に無理やりはめ込むことはないんだ。役務商標の使用も対価の支払いで完結するのだ。

【本宮】 「陳列・品揃え」は、多分、それだけ書いて出願してきたときにはもう小売ではないほうでとらえていくんじゃないかな。ただ、マドプロ出願で従来どおり“the bringing together…”と書いて来たときにはどっちかわからないので、6条の指令をかける、多分そういう運用でしょうね。

【古関】 ということは、「他人」に対する解釈は変わらないの、特許庁の解釈は？

【本宮】 「他人」に対する解釈は変わっているでしょう。変わったから、小売を保護するようにした。

【古関】 ということは、マドプロじゃない純粋国内出願のときに「他人の便宜のために」となった場合には、今変わらないと言ったんでしょう。

【本宮】 「他人の便宜のために」という「品揃え」でしよう？ その「他人」は変わらないでしょう。

【松田】 それは変わらないな。だって、小売の場合はああいう書き方をしなきゃ小売じゃないと言っているんだから、「陳列・品揃え」で書いたら、元のままの解釈。

【古関】 ああなるほど。そういう切り分けを特許庁はしようとしていると。

【押本】 でも、その「他人」というところが1つ問題で、今回の法改正は自己の商品のために行う陳列・品

揃えも1つの小売サービスというふうに位置づけていますよね。ニース協定の国際分類においてもそこを明確に定義してあるわけですか？

【古関】 「他人」に対する定義は何もないでしょう。

【押本】 そこは今後いろいろなところに影響してくると思うのですよ。特許庁が、「他人」というのは自己も含むという形でとらえると、今までのサービスマークがあくまでも他人のために行う役務の提供が保護対象だということで、プリペイドカードなんかでも、他人のためのプリペイドカードは保護するけれども、自己のものはだめだと言ってきたから。

【松田】 それは次元が全然違う。商品を作る場合自己の利益のためではあるけれど、やはり他人のために商品を作る便益の提供だから、自己が儲けるためといっても、サービスも同じなんだよ。今の「自己」と「他人」の切り分けの仕方は、ちょっと違うと思う。単に自己所有の物を自分で売るのは、単なる売だけの行為だから、それはサービスでも何でもないし、独立した商売でもない。自分の持っているものを幾らで売ろうが、それは商標制度の埒外だから。

【押本】 そのこのところがちょっと、自己と他人が何となく、特許庁の説明だと、完全に「自己」を排除してない……。

商品と役務

【松田】 メーカーは全てそうなんだけれども、商品、グッズを作るのも、他人の便宜のために、ある施設を使って役務を提供する行為だから、元々は役務なんだ。どこで商品に変わるか、本当の純粹役務で最後までいくのか、つまり、商品の部分に商品商標が絡んでくるのであって、元々商品生産行為自体は役務行為とほぼ同じ行為をやっている。

【古関】 商品进行をすることだってサービスなんじゃないのという意味ですよ、短く言っちゃうと。

【松田】 うん。商品をつくるのも、ある施設を利用して、物を作るという行為も役務の提供なんだよ。他人のためにする役務の提供なんだよ。それが物となって流れていくところを商品商標で追っかけていくのであって、役務として流れていくところは役務商標で分けていく、その違いなんだから、大もとからいくとメーカーのハウスマークでも役務と考えると……ではないかな。

【古関】 何となく制度上、商品商標と役務商標ってパ

ラルの関係にあるように思いがちだけれども、もともと商品を製造する行為だって労務なわけじゃないですか。そういう意味からすると、商品商標であったとしても、全部人の行為が絡むわけだから、すべて役務が関係しているだろうという発想だろうと思うのですね。すべて役務なんだけれども、その中で識別標識を付する対象物として商品という「物」があったから、そこから始まってしまった。そういう位置関係にあるんじゃないかなという気がしますけれどもね。

【下坂】 商標法の規定そのものから入っていけば、商品と役務というのは初めから分かれてくると思うのですね。今、古関先生がおっしゃったのは、もう1つ前の、もうちょっと哲学的など言いますか、もうちょっと根本的なもので、商品をつくるのも他人のためのサービスで役務だということになってくると、ちょっと商標法以前のものになってしまうから、商標法が何を把握しようとしているかという段階からいけば、今度の商品商標と役務商標との関係が理解しやすいのではないかな……。

それから先ほどの押本先生のお話で、私、ちょっと質問なのですけれども、小売の場合は自己の商品の陳列も入っているのですか？特許庁の説明会テキストを見ていたら、業者への陳列行為、業者に依頼して業者が行う陳列行為と書いているように思ったのですが。

【押本】 ある意味で「他人」というものが「顧客」という解釈に立っているのです、そうすると、自己の商品ではあっても、その顧客に対していろいろ陳列したりとか、表示をすることによって買いやすくしているという……。

【下坂】 小売のオーナーが自分の陳列棚を整理したり、玄関のショーウィンドーのディスプレイをする、それも入るといことですか、顧客のためには。

【鈴木】 そのときにいう「他人」というのは、作った人とかそういうことではなくて、それを買い求める人、そこに来る人のことを「他人」と呼んでいる。

【下坂】 需要者？

【押本】 そうなんです。そこはもう学者の方も皆さん、「顧客のため」というふうにやっているのです。そこで、これまでの根底からすると、小売業というのは他人のためにするんだという形で世界的に、いろいろな代理人と話していてもそういうふうに位置づけられていたものが、今年の4月1日から、とにかく顧客のためにする便益の提供は小売だというふうな位置づけ

になった。

【松田】 それって元々じゃない？自分のために展示したって自己満足だもの。品揃え・展示といたって、それは他人のためなんだ。

【鈴木】 だからとにかく自分の儲けのためなんだけどさ、それは。

【押本】 いや、それがあから、今度は商品とのクロスサーチというものが出てきちゃう。

【松田】 いや、そこで他人と自己を分けるんだったら、他人の商品を持ってきてなのか、自己の商品を持ち出してなのか、そこなんだよな、他人か自己かは。

【本宮】 要は、仕入れを伴うか伴わないかということでしょう。

【松田】 そうそう。そこが他人か自己かの問題なんだよ。

【古関】 その問題は後の問題だと思うので、もともと、先ほどちょっと私が言いかけていた商品商標と役務商標の平行の位置関係、そこからまず話が始まらないといけないと思うのですよ。

元々の考え方というのは、小売業者が商品商標として登録を持っているという事実があるわけですね。

【田中】 そうですね、まあ商品の商標として譲渡を伴うということで、大手の百貨店さんは、商品の34区分でたくさんお持ちになっているんでしょうね。

【古関】 多分、百貨店さんが自分のところで取り扱っている商品については商品商標を取らなくちゃいけないということで取っていたわけですね。そのことと、この4月からの小売等商標の登録制度とはどういう関係になるのかということの整理をまずしなくちゃいけないはずじゃないですか。そうすると、4月からの小売等役務の商標登録制度ができることによって、従来のものはどうなるんだろうかということがまず出発点ですよ。

小売等役務の位置付け

【田中】 今回の法律で2条2項が加わったわけですが、そうすると、「前項第2号の役務には、小売及び卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供が含まれるものとする。」ということは、これは従来の枠組みがそのままあって、それに何か付け加えたというような位置づけになってくる。

【古関】 ですよ。

【田中】 とすると、従来のものはそのまま一緒という

ことですよ。

【松田】 「する。」って丸を打ちちゃうのと、「ものとする。」って後ろにくっついているんだよね。「ものとする。」というと、まだ仮定なんだよね。「含まれるとする。」といたら、ここにあったものを持っていっちゃって、こっちを新しく持ってきましたとはっきり宣言しているんだけど、「ものとする。」というのはまだ歯切れが悪いんだよな。

【押本】 すべてが含まれるとは言い切れない要素があるので、含まれるものとするということで、99%は含まれるけれども1%は例外があるかもしれないよというニュアンスだ。

【下坂】 そこにそんなにこだわる必要があるんですか。

【松田】 特許庁が小売はあくまでも商品の付随業務なんですよと、今でも言っているんだけど。本来は付随じゃなくて独立なんだよね。

【押本】 本来は独立してというのがユーザーの要望だったのを、あくまでも付随業務として小売・卸……。

【松田】 役務のところへ置きましたというだけだから。付随だったら商品の方になきゃいけないんだよ。付随なんだけれどもあっち（サービス）へ持っていきまして、それはないだろう。

【押本】 だから、海外の小売制度とはちょっと違う小売制度で、堂々と海外と同じ小売制度だというふうに公表することにまた問題があるような気がする。

【下坂】 マドプロ経由で小売をカバーする出願が来たらどうなるのかなと思って。じゃあ、むしろうちもマドプロで出そうとかか。

【本宮】 マドプロで出しても日本語に訳すときは「便益の提供」になるはずですよ。

【下坂】 類似の短冊（類似群コード35K01～21）は



どうなりますか。

【松田】 あの枠は特許庁が勝手に決めたんだから。

【本宮】 そこにつく業種によるんでしょうね。多分そのときに、“retail store services for …”になると思うんですね。で、“for …”をつけなければ単なる“retail store services”になって、それは多分総合小売になると思うんですよ。総合小売になったときに付与される類似群コードは35K01。そうすると、その業務をやっているかどうかのチェック（3条1項柱書）が多分入ると思うので、やってなかったら補正もきかない（16条の2に関する審査基準）からアウトですよ、おそらく。

【押本】 でも、原文が本来の指定商品でしょう。日本語訳はあくまでも公定訳文みたいな位置づけであるから、裁判で争うときにその人の権利範囲が……。

【本宮】 裁判でというよりも、我が国に来たときに retail store services という原文でいきますよね。その原文でいったときに、これは日本の考え方だと総合小売だから、総合小売はやっていないということになれば、3条1項柱書とかで拒絶はできますよね。それで、“for …”って業種を限定していくと、その補正は要旨変更の補正ですよって原文の段階でも言えるから、そうするとにっちもさっちもいなくなるというのが現状としてあるんだろうなと。そうすると、マドプロ経由で外国から入って来るときには、総合小売をやってないのであれば、“retail store services for …”という形で、扱っている商品をずらっと書いていくしかないんでしょうね。

今、逆にマドプロと日本出願との関係でダブルスタンダードというのは本来あるべき姿ではないと思うので、そうするとどっちかにしなさいねとなると、やはり日本のほうが逆に厳しくなりますよね。外国からマドプロ経由で入って来るほうが甘くなってくるわけだから、その甘くなってくるほうに関してそれはおかしいんじゃないのと絶対またクレームがつくから、そうすると、ある程度の厳しいところで落ち着かざるを得なくなるんじゃないかなという気がしますけれどもね。

【下坂】 1点ちょっと伺いたいのですが、私は、去年の10月に古関先生が『パテント』にお載せになった記事を勉強させてもらったのですが、これ以後変わっておりますか。

【古関】 私の個人的な感触からすると、いいほうに動

きつつあると理解しています。

【松田】 理解は進んだ。

【古関】 ただ、まだグレーのところが多いので、そこはちゃんとしたいという気持ちがあります。さっき下坂先生がおっしゃったところなんですね、私が一番感じているところは。本来、小売業者というか小売店の識別標識って何を識別しているのかというところ、そこが一番重要なところになるんだろうと、原点だと思うのですね。本来、デパートとかスーパーとかは、そのデパート業あるいはスーパーの業務を識別するためとか識別できるように商標を使っているんだろうと思うんですね。ところがそれが、今回の2条2項の定義のように、便益の提供という言葉に置きかわっちゃっていますよね。その結果、何か本来、小売業そのものを識別するというべきものが、小売業において行われている人の行為を識別する標識になっているところに齟齬がある。それともう1つは、まだ議論していませんけれども、2条1項1号が何ら変わっていないというところに特許庁はすごく認識の重きを置いている点を忘れがちだという、ここが一番大きなポイントだろうと僕は思っているのですけれども。

【鈴木】 変わってないから商品商標がそのまま残るんだよねということにつながるわけです。

【松田】 残らないんだ。

【古関】 僕は残らないように解釈したいと思っているんですけどね。

【松田】 いや、残らないということで解釈できるんだ。

【押本】 2条1項1号の「譲渡」をすごく拡大解釈し過ぎちゃって、何でも譲渡。

【鈴木】 まあそうなんだけど。実際それで裁判所の判決も出ているわけじゃないですか。

【押本】 それは小売等商標の制度がない時代で。

【鈴木】 いや、私もそれでいいと思うんですけどね。

【松田】 2条1項は、業として商品を譲渡する者がその商品について使うのか、あるいは、役務を提供する者がその役務について使うのか、そこがはっきり分かれているんだよね。だから、譲渡するという行為がすべて商品商標じゃなくて、その商品に使うマークなのか、その役務に使うマークなのかで分かれているんだ。あそこ（2条1項1号）に書かれているのは商品マークが残っているだけだから、役務は入っていないんだ。勝手に、2条1項が変わってないという理由だけで役

務商標として使っているのに商品商標に含まれるものとするその発想がそもそもおかしい。

【押本】 その解釈が違うから、2条2項みたいな変な表現で、便益の提供が含まれるものとするというふうになっちゃった。

【古関】 だから3段階なんですよ。商標制度って、もともと商品商標だけの制度があって、そこに平成4年にサービスマークというのが横っちょにくっついてきた。そして、第3段階として役務の横っちょのところに便益の提供がくっついた、そういう流れじゃないですか。それを何かパラレルに見ないで、そういう流れで特許庁は考えているから、結局、小売業そのものを識別するという認識がとれないんだろうと思うのですね。

【松田】 初めはクロスサーチするための便法としてそれを言っているんだと思っていただけれども、最近でも頑張っているところを見ると、真実そう考えているらしいね。

【鈴木】 小売という概念で1つの業態があるにもかかわらず、小売という言葉をそのまま使わないで、小売において行われる便益の提供というような書き方をすると自身も、小売のうちの一部だけを保護しますと言っているようになっていでしょう。普通に考えると、小売の業務をやっている人の識別のためのマークなんだから、それで保護してくれればいいじゃないかというのが、本来の考え方からするとそうなるんですよ。ところが商品商標との関連で、じゃあ何で今まで商品商標を取らせていたんだよというところがあったので仕方なしにそうしたのかしらと初めは思っていました。ただ、少しずつ変わってはきているんだよね。

【本宮】 いや、それも今までどうやってきたかというその経緯は無視できないというのは、当然法律改正のときにありました。あともう1つ、考え方が変わっているというのは、前の考え方がいかどうかは別として、今、特許庁の説明会の資料等は、表示態様によって役務の識別なのか商品の識別なのか、それを切り口として考え方を変えてきている部分があるので、それはかなり近づいてきているのではないか。それはそれでいい方なんではないかなというのと。あと、先ほど古関先生のところで、商品商標があって役務商標があって、その横っちょにこれ(小売等商標)がついたと。だから、2条2項は「含むものとする」という表現に

なっていると。付随的なものを役務とみなしているような場合もあるし、独立した価値があるようなものも保護しようというようなものもあるし、どちらでも含まれるような意味合いで、「含むものとする」というような言い方になっているのではないかなと思うんですよ。

【松田】 そのところで商品の譲渡にこだわっているんだよね。あの「譲渡」がないと、利益の回収、対価の回収がないんだから初めの陳列・品揃えは役務が完結しない。対価の回収は物の引渡しの際に役務のマークで行う行為で、物についている商品のマークで引き渡す商品譲渡とは違うんだ。だから譲渡のところでも役務商標として使っていれば、譲渡でいいんだ。そこを切り分けないから付随のままになっている。

【古関】 審査基準の6条のところに「販売は含まないものとする。」と入ったじゃないですか。あの結果、小売業者が陳列とか品揃えなどの便益の提供をしないで販売行為をした場合は商品商標なんですかね？

【松田】 あれはエスプリかの判決で、普通の役務の対価だったら役務価格と原価価格を分けているのに、小売は分離しないでまとめて商品の値段段でとっているから、付随的であるとした。だけれども、小売店に行った需要者は店が原価で仕入れてマージンを乗せて販売していると知っているんだよね。値切るときだって、それでは原価割れですからといわれれば分かるよね。あの値段の中にはマージンが乗っていると分かって取引やっているんだ、それを別々に請求していませんから役務の対価との認識はなく商品の対価ですとしている。商品商標しかなかった時代の判決なのに、その発想に乗っかっちゃっているからおかしい。

【鈴木】 便宜的に保護していたんだというのが公式な見解だと思うんですよ。商品商標に乗せることによって便宜的に保護をしていたと。

【松田】 理論面を別にすると、国民に分かりやすくするには、商品にまつわるものは商品商標ですとやってきた、その歴史の流れはいいと思う。今回は理論でそれを分けようとしたからこういう形になってきた。単純に国民に分かり易くするんだったら、あんたらは商品にまつわるもので商売をやっている、商品で儲けているんでしょ、じゃあ商品商標へ入りなさいと。分け方はそれでもいいんだよ。今回、理論でそれが国際分類から流れてきて、分けざるを得なくなったからこういうことになった。だから、従来から小売商標は保

護されていた。保護されていたんだから、特例期間なんて本当は要らないんだよね。だって、従来から保護されていて、保護したい人はもうとっくにこっち（商品商標）で登録していたはずなんだ。登録してなかった小売の人というのは何かというと、法制度を甘く見ていて必要ないと思っていた人だからこれからも同じだよ。じゃなければ、学者に近い人で、商品商標というのはおかしい、これは役務だと世の中で頑張っていた人、何人いたか知らんけれども、その人たちのためだったら特例なんだよね。単に商品で登録とわかっていたのにサボっていた人、その人のために特例期間を設けるというのはクロスサーチする以上に全くナンセンス。

【田中】 ただ、現実問題、いろいろな商品を扱っていて、それについて個々に出願して取るというのは大変……。

【松田】 ちょっと待って、総合小売だけは別。あれは類似を見ないからね。総合小売だけは確かにあれはできています。

【田中】 総合小売までは行かないまでも、それなりの広がりを持って展開していると……

【押本】 でも、はっきり言って、特例期間はあるけどないようなものだよ。

【松田】 ないない。

【押本】 それから総合小売を保護するといっても、この2条の定義からすると、総合小売を保護するような役務の表示ってほとんどないじゃない。要するに、2条2項で「小売及び卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供が含まれるものとする」とやって、じゃあ実際の使用例はというと、3号以下なんだ。2条3項3号以下。そうすると、総合小売で看板があって皆さん来てくださいというようなものは3～8号にはないんですか。

【古関】 5号に含まれる可能性はあると思うんだけどね。

【下坂】 済みません、根本的なところですが、今度の改正も含めて、古関先生のおっしゃったものによると、商品商標という幹がありますという今度の法律の考え方なんです。そこに役務商標というのが導入されました。それで更に小枝のほうに今度は小売商標というのが入ります、そういうふうを考えてよろしいと。3本が立っているというんじゃなくて、1本があって、そこから出てきたというふうに組み立てて考えていっ

たほうが理解しやすいんですか。

【古関】 そういう制度を特許庁は考えているというふうに僕は認識しているんですけどね。

【松田】 2本あるんだろう。

【古関】 2本ですよ。

【下坂】 役務と商品と2本。

【松田】 商品からこの辺の一部分を削ってきてこっち（役務）へひょっと持ってきただけだ。

【押本】 挿し木したわけだ。

【松田】 役務のほうへ挿し木した。

【古関】 そうそう。だけど、役務に挿し木をしたんだけど、もともと小売業者が商品商標で取ったところはそのままの状態にあるわけですよ、商品商標として、制度上は。

【下坂】 それ（商品商標）を取っておかないとこっち（小売等商標）も取りにくいという状況が出たので、それで慌てているんですけどね。クロスサーチするから。

【松田】 この挿し木した枝が（従来は商品の方にあったことが）間違いだった、こっち（役務に含まれるべき）だったと言って持ってくるなら、1本持ってくればいいものを、半分にして持ってきたから。

【古関】 そうそう、おっしゃるとおり。

【鈴木】 だから、両方合わせて小売になるんですよ（笑）。そういうイメージなんですよ。

【下坂】 もともと役務の中に入れておりましたと言っているんだから、こっち（役務）のほうなんですよ。本来は役務の幹にあると考えてよろしいんですね。

【古関】 本来的にはそうですね。

【下坂】 だから、商品と役務の幹同士で考えていけばいいと。ただ、今回はそれを小売以外の役務ということで分けていますけれども。

【鈴木】 やはり分かりづらいのは、小売の中に含まれている一部だけを保護する法律改正なんですと特許庁は説明しているんですけども、小売が登録できるようになりましたと言っちゃっているんで、すごく分かりづらくなっちゃっているんですよ。だから、内容を見ていくと、実は小売全体を一まとめで保護する法律ではなくて、ばらばらに保護するというのかな、要するに便益の提供と言える部分はサービスマークで、それ以外の部分は商品商標で保護する。

【押本】 商品の方にある部分をサービスの方に持ってこれない。

【本宮】 でも、そういう考えは、立法のときは分かりませんが、審議会ではそこまでの考えはしてなかったはずですよ。

【古関】 ちょっといいですか。そこは僕も審議会に出た経験があるので言うけれども、もともと特許庁は考えて言ったんじゃないかな。我々審議会の委員は、多分そういう考えに気づいていなかったんじゃないのかなというふうに今は思うんだけど、いかがでしょう。

【本宮】 要は、小売の譲渡に中心を置いちゃったわけだけでも、小売に関して小売業者の行っている全般的な役務は一括りで考えていたと思うのですよ、切り売りではなくて。

【古関】 いわゆる法改正の方法論としてね。ただ、僕が出たときの田村先生の発言はそうじゃない。これをもしそういうやり方をするんだったら大改正ですよという言い方をしたことが記録に残っているはず。記録に残っているかどうかかわからないけれども、発言したはずなんですよ。だから、田村先生は認識していたかもしれないけど、それ以外の人たちは、今みたいな形の商品商標として残しながら役務のほうに追加するような形の法改正ということ認識していなかったと、僕はそう思っているんだけど。

【鈴木】 法改正をやっているときにこちら（弁理士会）から意見を述べようとして検討したりするときには、やはり譲渡のところを変えなきゃまずいんじゃないかという話はよく出ましたよね。譲渡は関係ない、新しい法律つくるんだから、あれはこう読めばいいんだって松田治躬先生なんかはおっしゃるし。変えた方がいいと言う人もいたし。向こう（特許庁）は法改正を別にしていただけですけども、弁理士会の中でも勉強会などでそういう話をしたりしていたんですよ。でも、そのところには手をつけずに改正をあっという間に仕上げてくださいましたので。

【田中】 法律がこういうふうになりますというのは、いつの間にか出ていたわけなんですか。

【鈴木】 一応こういう知財研の報告とかそういうものがある程度ベースになっているんだと思うのですけれどもね。

【押本】 ただ、今回の産構審で法律案が出てくるわけじゃなくて、方向性だけが審議されてきたわけなので……。

【本宮】 多分、原案があって、第何次案まで法制局と

すり合わせながら全部やっていると思うのですよ。総合小売と個別の小売も、線をどこで引くのという問題があって、線が引けないよねと。それで、当然、法制局との間でも、どこで線を引くの、何をもって単品なの、何をもって総合なのと。そこから逆転したというのかな、要は、みんな小売業者はそれぞれ何らかの形で便益の提供をしているんだから、総合と単品で分けるということではなく、小売業者が便益の提供を行っているというところに価値を求めるとすれば、全部一斉にしましょうということになったはずなんですよ。

【松田】 今回、総合小売だけの制度をつくったら、これは本当にきれいな制度だったんだよね。あれ以外は認めなかったらね。総合小売1本だけで35類つくったらきれいな制度だったんだ。だけど、それじゃやはり小売という概念からするとおかしい。それで下のほうもぞろぞろと連れ込んだ途端におかしくなった。

【鈴木】 だって、引きずり出したら芋みたいにいっぱい出てきちゃったから（笑）。1個だけで済んでいけばすっきりした制度なのに。

【押本】 結局、審議会にしたって、百貨店協会の人もあるかもしれないけれども、コンビニエンスストア協会の人が出ています。そうすると、せっかく出ているのに、総合小売だとすると、コンビニエンスの人は法の対象から外れちゃうということ……

【松田】 今度は困っているんだろうな。初めは総合小売でやってくれるというので喜んでいただけだ。ところが今、下へぞろぞろ来ちゃったら……。

【押本】 どうやって登録を取るのって（笑）

【鈴木】 私の業種は類似商品・役務審査基準のどこに入っているんでしょうって（笑）。

【松田】 クロスサーチしないから、余計に今一番困っているのは総合小売だ。

【本宮】 審議会のときの議論は、分け方として総合小売と、あるものの量販店、それと単品的な靴屋さんや眼鏡屋さん、そのレベルで考えていったんですよ。

【鈴木】 小売の考え方がものすごいギャップがあるよね。だって、いっぱい何でも売っている百貨店みたいなのを想定して、あとは量販店みたいなのを想定して、その次に来るのが靴屋ですよ。もっと間に色々なものを売っているのがいっぱいあるじゃないですか。その辺が何かすごくいいかげんに分けられて、何となく分かり易い話だけして、じゃあ間はどうなるのとい

うはよく分からない。

【古関】 クロスサーチの原点は靴屋だからね。(笑)

【鈴木】 そうなんだよ、混同するでしょうって言い出してね。極端に言えばそうなんですけれども、実際、今それだけ売っていて成立している業者なんてないんですよ。

【松田】 だけど、この座談会は結局、お客さんに対して、慌てることもないし、どこかの時期には多少は乗りかえなさいよという内容になるだけで、今バタバタしなくていいよという感じなんだよ。

【本宮】 特にクロスサーチが入ったから余計にそうですよね。それとあと、小売サービスのなところでの識別機能なのか、商品商標的などところでの識別機能なのか、それによって次の更新のときに捨てていくとか、そういうことをやって数年後に多分きれいになるのかなという気がするのですけれども。

【松田】 この間、雑誌記者が来て、これ（小売等商標の登録制度）は誰に対して一番訴えかけたらいいんですかと質問された。そうしたら、さっき言ったように、今まで出してなかった人というのは、制度をあまり知らないで、いまだに知らない人だよ。そんなのに呼びかけるんだったら、商標制度をどんと呼びかけなきゃいけないんだよ。だからそういう人じゃないよ。じゃあ今まで小売で商品商標を持っていた人、その人たちはのんびり3年以内に来ればいいんだよっておいた。結局誰に訴えかけたら一番雑誌の記事としてはいいんですかと言われたときに、いないんだよ。近々に訴えかける人が。

【鈴木】 それは町の商店。

【松田】 町の商店といたって、それは従来出してなかった人で、私は制度は関係ないよと言っていた人なんだから、それは今回云々じゃなくて、商標制度を周知徹底させるだけなんだ。

【下坂】 総合小売の場合商品商標で保護できる限界があったものだから、今回の制度ができたことは非常に助かる。

【松田】 限界を知っていた人間はいたんだろうけれども、その人も、商品商標とられたら従来でも侵害があったわけだよ。

【下坂】 商品商標でカバーしていたら？

【押本】 でも使い方にもよるでしょう。

【松田】 裁判所の争い方はあるけれども、特許庁が商品商標の権限範囲ですよと言っていたときに商標権を

取らなかった人なんだから、権利が要らないと言っていた人なんだよ。

【押本】 せいぜい年間1,000万円の売り上げで商標を取るかっていうと……。

【本宮】 まあ、抜けている部分はあるかもしれないけど。費用対効果の関係で主だったところは取っておいて、あとぼつぼつと、この辺はあえてとらなくても、それは抜けているのはあったと思いますよ。

【松田】 北海道で、アサヒという大きなチェーン小売店をやっていて、飲料から被服まで広くやっている。飲料のところはアサヒビールが持っている、被服はどこが持っている、それでだめだと言われていた。おたくはリテールだからそのうち制度ができれば取れますよと言われたので、「しめた」と思ったら、やはり取れないって。(笑)

【押本】 いや、取れないというより侵害になっちゃうんだもの、4月1日に。

【松田】 やはり変えなきゃだめかって。(笑)。

小売業の商標を商品商標として保護してきた従来 の在り方について

【斉藤】 先ほど来話がありますが、商品商標と役務商標があって、従来、小売業については便宜上、商品商標として登録して保護してきたという話ですけれども、その保護のあり方について先生方はどのように評価されているのか、今までの出願で商標登録して保護してきたものは一体何であったのか、その辺の話をちょっとお話を聞かせていただきたいのですが。

【松田】 サービスマーク制度がなかったとき（平成3年より前）に、極端に言うと、宅配便の赤帽はどこへ登録していたかと思ったら、梱包材や紐ならまだわかるが自動車のところへ登録していた。あんたら自動車売っているのかって。宅配業者が登録するところがなかったときに、パンフレットの関係で26類（印刷物）へ登録したり、梱包材料だったらまだ少しは売っていたかもしれないけれども、そういうような逃げ方をやっていた時代があった。喫茶店も、旧日本分類29類のコーヒーで登録していた。それはおかしいじゃないかという議論は元々あったから、サービスマーク制度というのは必要だったわけだ。それができたときに、あそこ（印刷物等）へ登録するのはおかしかったという人が大勢いたから、サービスマーク登録制度の導入の際には特例出願が必要になった。今回の切り分けと

いうのは、不自然といえば不自然だったけれども、商品にまつわることなんだからというので一緒に考えれば、考えられた範囲なんだよね。そこを理論的に切り分けたというのは正しいんだけど、以前と比べるとそのままやっても違和感はそこまではなかったんじゃないかな。

【斉藤】 そのサービスマーク制度が導入される前の間違った取り方と比べれば、今までの商品商標として保護していたほうは……。

【松田】 小売等商標が商品商標として扱われていたことは、そこまでの不自然さはなかったような気がする。

【押本】 ただ、スーパーマーケットとかコンビニエンスストアだと、やはりとにかく小売業というのがないということで、すべての商品について権利を獲得しなくちゃいけないということで、1類から34類まで全部出していました。しかし、何らかの商品でバッティングすることがあるのです。自分の商品じゃない、物を売っているんだけどバッティングするがためにそこに権利が取れないということで、何か権利侵害と言われるわけじゃないけれども、ちょっと自分に不利な状況がずっとあったと。もし小売業という制度があるのであれば、他人の商品を売る分については小売業で押さえて、自己の商品、オリジナル商品を出すところは商品商標で。そうすると、ほんのわずかなところだけ商品商標を取ればいいということになる。それを目指していろいろ審議会なんかでコンビニエンス協会などが意見を言っていたわけだけでも、今後どうなるか、どういう形で取るかという問題は残る。

【松田】 例えばそういうデパートを考える前に、小さな商店で小売をやっているところとは、やはり品数は違うし利益率も違うわけだ。仕入れたクッキーを売っていた商店が、類似群が違うティーセットを売り出すと、パンとは別の類で商標登録を取らなければならない。商品商標の場合、全く新たな商売を始めたときに、その類域で利益を得られると思ったら、そこに出願するのは当たり前だね、デパートは。取扱商品が拡大して、たくさんの商品を売り上げて稼いでいるので、たくさんの方で商標を取らなきゃならなかったというのは、従来の商品商標から考えても、ある意味では当たり前だったんだ。それだけたくさん種類で売り上げて稼いでいるのであれば、それだけあちこち取らざるを得ないでしょうと。使用の意思が生じるたびにや

り取っておかなきゃいけなかったわけだ。商品商標の流れからしたらデパートが巨額な費用を要するとしても、そんなに不自然さはなかったんだと思うよね。

【押本】 ただ、今度はほとんど取っていたのですけれども、じゃあ10年ごとに更新といったときに、一番苦労したのが、やはりスーパーですからいろいろな商品を載せた広告を出しているんです。そこにハウスマークがついている。じゃあそのハウスマークを使用していることにして下さいという形で使用証明を出すと(注：平成8年改正前の商標法では、更新の際に使用チェック等がおこなわれていた)、特許庁から拒絶理由が来る。特許庁の審議会担当の人と話していると、そんなことは通していましたとおっしゃるんだけど、実際はそういう使用証明ではダメだ、具体的に商品に付している状態を写真に撮って出して下さいと言われて、それで何とか努力してそういう写真を撮ってもらって……。

【下坂】 商品商標で非常に困りましたのは、まず今おっしゃった、ほとんどの類に権利をとらなきゃいけないということです。また、商標権侵害で責められたとき、例えばあるスーパーなりコンビニがレシートにマークをつけている場合、それが使用の態様の1個になるか、それからビニールの袋にコンビニの名前が入っているというとき、相手方が証拠に出してくるのが、例えばお茶をビニールの袋に入れて顧客が持って帰っている写真とか。それはその商品の包装だから商標の使用だといってくる。すべての商品に対して登録を取らないと、どこかからクレームが来るものですから、もう原子力発電を除いて全部取るというようなことで、ものすごいお金がかかるのですね。

それからもう1つ、あるコンビニの問題が出まして、そのコンビニは、店舗のガラスのところに店名のロゴが書いてある。透き通っているから、中を見れば商品がずらっと見えるじゃないか、通路から見ればそれは商標の使用だと言うんですね。その使用されているロゴは商品商標ではないとこっちは主張すると、それじゃ一体これは何ですかと。いや、店名ですと。それは法律上どこに所属するかわからない。そういう商標法と商法で割り切れない谷間が随分広がったという点はあったのです。今度の小売が入ることによって、その幅がかなり狭まったという点では、現実の仕事の上では大変メリットがあります。むだな争いが少し減ってくるんじゃないかと。

【押本】 本当の小売が保護されればね。

【下坂】 でも、まあ、今の段階でも、無いよりはいいんじゃないかという感じはしているんですけど。ただ、またお金がかかります。

【押本】 ということがあるのと、やはりスーパーとかデパートは、商品商標を取らないといけないとなると、1つの類があったら総ての商品を指定しなきゃいけないんですよ。そこが今度の3条1項柱書の審査基準の改正で引っかかってくるところにもなるのかなと。

【古関】 小売業者が使う商標で明らかに商品商標だろうと思われるところというのは、例えばプライベートブランドっていうのがありますね。例えば、ある百貨店がその百貨店独自でつくった商品に、そのデパートの商標をくっつける、これは商品商標として見ていいんだろうと僕は思うんだけど、ところが、そのデパートで売っている商品を包装する包装紙に商標をつけたものというのは、従来は商品商標だといっていたわけでしょう。

【斉藤】 そこがちょっとわからないんです。

【古関】 これは定義規定ですよ。商品の包装に商標を付したものを譲渡するとか、あるいは商品の包装に商標を付す行為、これが使用に当たるといっていたから、従来は商品商標だといっていたわけですよ。ところが今度の4月からの小売等役務の商標制度ができたことによって、それはどうなるんだろうかというところが今グレーなわけですよ。おそらくこれは、その小売業者が行う陳列とか品ぞろえとか接客サービスとか、そういうことを識別するマークだよという認識ができれば、これは役務商標だという形になると思うんだけど、物理的に商品にくっついちゃっているから。だから、それで商品商標と見られるのか、あるいは実際の行為を見てそれで役務商標と見るのかというところがわからない。

【押本】 ただ、そうなると、商品の定義そのものにもよってくると思う。商品というのは商うための商品で、売っちゃった後というのは商品じゃないわけです。要するにお金をもう払って、その後包装しているんですよ、本当は。

お金を払って買ったと思ったらラベルをつけてくれた。もう所有権は移転しているものに単にラベルがついて……。

【下坂】 ビニール袋も同じですね。

【古関】 譲渡の後ですよ。

【押本】 だから、そういう意味で特許庁が商品の譲渡とかそういうことを考えるならば、商品というものの定義をいろいろとらえていくと、商品商標における包装というのは、本当に売るに際しても最初から包装してある。そこでお客さん、選んで下さいという状況の包装はその商品に付した包装であるけれども、お客さんから「これ下さい」と言われたときに提供される包装は……。

【松田】 定義の付す、付さないという問題よりも、その名前を言ってその商品が買えるかどうかなんだ。商品の商標というのは、その名前、そのマークを言ったときに同一物の商品が入手できる。包装紙にいくらマーク付けたって個別の商品が見分けられないじゃない。だからあれもサービスマークだよ。

【押本】 私もそういうふうに言いたいんだけど、ただ、何でもかんでも商品に結びつけようと特許庁は思っているところがあるので、そういうふうな商品というものを定義すると大分違ってくるんじゃないか。

【斉藤】 文言上は確かに、文言上というか解釈の問題で、あくまでも商品であるお茶を包装しているのはこのパックじゃないですか。それをビニール袋などに入れるということは、既に商標が付されたのをまた別のものに入れるという形ですね。直接的に商品自体に付しているわけではないというふうにも考えられるのですよ。ですから、小売で販売するものにテープを張ったりビニール袋に入れたりすることを商品に付しているというのは何となく釈然としないところがあるので。

【松田】 去年の8月ぐらいまでは、特許庁も、ここにシールで定価を張るよね、あそこに店の名前がつくじゃない。あれは商品に添付し、商品の包装にそのまま付いているから商品商標だと言い張っていたんだよ。そのころ、おかしい、おかしいといって我々が特許庁とやっていた。その名前で隣の別の会社のお茶にも同じ名前を付けているわけですが、その商品を買えますかとやっていたら、いつの間にか段々変わってきて、今回は割合それがすっきりしている。後から貼ったものはダメですよというのが明確に出てきた。

【本宮】 商品商標の使用ではなくて、小売業者を識別するための使用だから、小売役務のほうですよ。そうすると、1つ考えなければいけないのは、当然そういうテープを貼ったものが今まで商品商標の使用だよと言っていたわけだから、その対応でやっていたもの

に関して、今度は全部不使用の状況が生まれてくることになる。不使用の状況が生まれてくるのであれば、次の更新のときに小売だけのほうにシフトするとか、そういう形は当然考えられるんだろうなど。ただ、今まで積極的にテープを貼ったりするのは商品商標の使用だよということを言ってきていた以上、それが違うよということになってしまうと、じゃあ今までやったのは何だったのか、全部不使用になってしまうのではないか、そういうような状況があるので、その点は1つ考慮しなくてはいけないということで、特許庁は認識していたと思いますよ。

その前の8月ぐらいのときの説明会の資料を見ると、前のは変わりません、そのまま残りますよ。小売業者のほうはその分だけ入りましたよ、だから、今まで保護されていなかった販売するときの接客する人の胸についている名前や、カートについている名前や、レジについている名前が保護されるようになりましたよ、という言い方をしているからおかしいのであって、それも含めてレジで提供される袋とかいうのも全部小売になって、今回の小売等商標で保護されることになってくれば、商品商標の使用が少なくなると思うんですよ。少なくなれば、その段階で商品商標から小売等商標の登録へシフトしていく形をとるしかないんじゃないのかな。(笑) みんながそういうふうにやればいい、先ほどの下坂先生の話でいくと、2本の柱にきれいにある程度すみ分けができるんじゃないかなと思いますけれども。

【押本】 特許庁の表現は、混在するような表現なんですよ。だから、小売でもあるし商品の使用でもあるというような、そういうちょっとあいまいな表現に変わっていて、はっきりこれは小売です、これは商品ですとは言い切っていない。

【松田】 権利というのは判例とか法律によって作られるんだから、作ってないうちは権利じゃなかったわけで、今回はサービスマークのほうへ作ったんだからはっきりした。そこで分けなきゃしょうがないんだ。その時代の前と後はやはり分けなきゃしょうがない。

【押本】 結局、商品商標の権利があったら、その権利を生かして権利侵害とか判断しようとした。つまり、昔は小売等商標がなかったから、それ(商品商標)を拡大解釈した。まず真似してやっているやつは悪いやつだという前提に立って、つぶそうという観点から法律の文言を拡大解釈して、看板も商品商標の使用であ

るという形になっていたのです。ところが今回は、制度が変わることによって、そのところは大幅改善されてくるだろうと。

【松田】 徐々に改善されてきて、10年ぐらいたってクロスサーチがなくなったときに二本の幹になる…。

小売等役務と商品とのクロスサーチについて

【松田】 はっきりしてはいないんだけど、業界のほうの商品商標でクロスサーチしてくれとっている。じゃないと、小売のマークの問題は、ほとんどが会社の屋号、ハウスマークの問題だから、3カ月で乗りかえるなんて、とてもじゃないが担当者がやられない。日清なんて食品メーカーだってたくさんあるよね、製油、製菓、製粉。このような会社が「日清」か単独商標で争ったら、めちゃくちゃになっちゃう。長い期間かけて食品の中でも住み分けができていたんだ。これが食品の小売だと今度は1本の類似群になってしまう。ハウスマークでけんかするといったら、担当者は大変だよ。だからクロスサーチをやってくれという要望がどんと来たんだ。5年ぐらいたつと、スルスルッと乗りかえていくから、乗りかえが終わったときには、クロスサーチってやはりおかしいよという世論がわいてくる。(笑) 世論が高まったら、あれは審査基準だから、法律マターじゃないからねと云ってコロット変える。という勝手読みができそうだ。

【古関】 世論は高めなくちゃ高まらないですからね。

【松田】 法律マターじゃないから、特許庁が、業界の要望によりこれは止めましょうと云って、切っちゃっていいんだよ。

【古関】 じゃあずっと嫌だ嫌だと言っていなくちゃだめですね、クロスサーチは。

【押本】 でも、クロスサーチは審議会のときから、田村先生とか竹田先生ほか4条1項15号じゃなくて実体審査で行えというようなことを述べているというふうにジュリストにも書いてある。そもそもクロスサーチすることによる影響というものを考えずにその場でいろいろ述べられていたと思うのですよね。今回の規定の中で、調整規定(経過措置)ができていますけれども、サービスマーク導入のときには、商品・役務両方に対していわゆる継続的使用権という制度をつくった。それから地域団体商標のときも同じように、商品・役務に関して継続的使用権を認めるという制度

を作ったのですけれども、今回の小売業のところだけ、どういうわけか小売等役務商標に関してのみ継続的使用権を認めるということで、クロスサーチするにもかかわらず、商品商標とのかかわり合いに関しての継続的使用権を規定してないのです。松田先生は、元々商品商標をやっているやつが小売業の商標を取るんだから問題はないというふうにおっしゃるけれども、中小の小売店の人というのは、商品商標を取ってない人がほとんどなわけなのです。そういう人たちは、明らかに商品商標との兼ね合いで4条1項11号が4月1日以降適用されるということで、何らかの形で権利侵害という形で訴えられる危険性が高くなる。すると、経産省は中小企業の保護育成を目的としていろいろ制度をつくるという観点に立っているにもかかわらず、今回は大企業優遇で、中小企業に対しては冷遇という法改正になっている。今までの経緯からしても、経過措置において、なぜ今回だけ商品商標との兼ね合いの調整規定が抜けちゃったのかというところで非常に問題があるように思うのです。

【松田】 その点だけ言わせてもらおうと、大元の議論として、例えば銀座のクラブみたいな個人経営のサービスがあるよね、ああいうところは、もう法律の埒外みたいな形で放っておいてやるシステムを考えなきゃいけないんじゃないのかというのが1つある。もう1つは、先使用権は、周知じゃなくても3年とかの期間平穩に使っていたら、その範囲に限ってだったら継続して使っているよみたいなものはどうだろうか。先使用権は今周知性が要件となっているけれども、周知じゃなくて、3年でも5年でも何か期間的なもので、先使用そのものを認めるとか、何かそっちのほうの手当てのほうがいいんじゃないか。だって、現在、小売で出願してなかった人は、もともと制度を利用しようとしていなかった中小なんだから、その辺を温存してやるような制度を考えた方が早いんじゃないかなと思う。

【鈴木】 だけど、訴えられたとしても、多分、状況としては小売のマークであって、商品商標的な使用じゃないという論理が通るような気がするんですけども。

【松田】 裁判所でそういう場合は通ると思うよ。

【押本】 裁判所に行けばね。ただ、4条1項11号の関係でクロスサーチをやるわけでしょ。

【鈴木】 それは特許庁の段階でやるだけで。

【古関】 今の一番問題なのはクロスサーチがおかしいんでしょう。継続的使用権の特例措置自体が問題なわけじゃないですよ。クロスサーチ自体は法律的根拠がないんですよ。

【松田】 37条がそのままいくとは言えない。

【押本】 ただ、これまではクロスサーチするからということで、商品と役務との関係の権利抵触関係を踏まえた継続的使用権というのを立法してきたのですよ。ところが、今回の法律だけ、どういうわけか附則6条1項には「指定役務…（小売等の役務に限る）」と、その括弧の表現が入るがために……。

【古関】 本来そこは小売同士しか考えてないということ、それで正しかったのかもしれないですよ。それにもかかわらずクロスサーチするという方がおかしいのかもしれないですよ。

【松田】 特許庁がクロスサーチで類似にした。裁判所の判決が出てこなきゃわからないけれども、裁判所で突っぱねていくうちにだんだんクロスサーチがおかしいという議論がはっきりしてくる。

【本宮】 今の法律上、商品と役務が類似する場合があるという規定がある以上、かなり近い商品・役務であればクロスサーチをやらなくてはいけないんじゃないか。それが行政庁に行ったときには、要は権利を発生させる立場だから当然考え方は広がるわけで、また、画一的にやらなくてはいけないということも考えたときに、審議会の中でも、庁としてどこまでやらなくてはいけないのか、ということを確認した上で、全部やれというんだったらやるという覚悟で言っていた。基本的には見なくてはいけないところは見なくちゃいけないんでしょう。それはどこまでか、というところで、ああいう形のクロスサーチができてしまった。あの形のクロスサーチは行き過ぎじゃないのかというところで、じゃあ、どこで切るかという代替案が弁理士会側で出せるかどうか。出せなかった部分もあるし、本来はやらなくていいんだというところに戻っちゃうから、結局は平行線になってしまうところですよ。

【鈴木】 だから、当初は僕は異議を待ってやると思っていたんですよ。

【松田】 まあ4条1項15号でね。

【押本】 結局、審査の段階でやろうというのが前提だったわけです。そうすると、異議申し立てじゃなくて、情報提供に基づく4条1項10号または15号ということが唯一クロスサーチとは別の方策としてあって、そ

れは一応提案はしていたんだけど、庁としてはそういうのだと実効性に欠けるということで、すべてクロスサーチという方向性が出ていると。

【松田】 業界のバックアップがそっちへ行っちゃったから。

【押本】 でも、業界のバックアップなんですけれども、審議会に出ている人にいろいろ聞くと、私の聞いた範囲においては、別に賛成しているわけじゃないし。

【松田】 だけど、担当者なんかみんな嫌がっていたよ。やはりハウスマークを動かすというのは、担当者としてはきついもの。

【押本】 でも、使っていて周知であれば、それは大丈夫だろうという考えに立てば、使っていない商品商標まで第三者の小売の出願を排除できるという自体がおかしいよね。

【松田】 おかしいけれども、本当にメーカーが売っていないかという、やはりどこで売っている、何の名前、わからないんだよね。

【押本】 メーカーだってすべて把握できないというのはあるけどね。

【古関】 もともとクロスサーチというか、いわゆる小売業と取り扱い商品とのクロスサーチをするということ自体、それも一律的にやるということに腹を立てたわけなんだけれども、それはまだ消えてないんだけれども、それ以上に、21の類似群に分けましたよね、あの結果、例えば食品でいうと酒屋の商標と肉屋の商標が類似だというのが、あれも何か、うーんどうかなと思うんだけれども、どうですかね。

【本宮】 その切り分けの問題というのかな、商品のところでは類似になっていないものが、小売店の中では全部類似扱いになっているでしょう。衣服のところもそうだし、食品のところもそうだし。小売役務のほうは1つの類似群が商品の類似群とマッチングしていない形で構成されているというのはありますよね。

【松田】 それは商品と役務で領域が違うんだから、それはそれだと定義しちゃえばそれだけのものだ。なぜかといったら、商品の類似群というのがあるよね、巨大なメーカーになると、食品を全部1つの類似群にしてくれとか、繊維を全部1つの類似群にしてくれなどという声は昔からあるんだ。だけど、中小と見比べたときに、適当な塊で切っていったのがあの類似群なんだ。サービスマークのときだって、商品商標が全国に飛んでいるから見習ったけれど、サービスは関

東とか東北とかのブロックで登録してくれよという要望があったけれども、その切り方というのは政策の問題だよ。だから、今回の商品商標と役務商標の類似群が合わないとしても、それは政策の問題だからいいんだと見る。いや、感覚的にはおかしいと思うよ。自分たちの頭の中で実務上の整理がつかないからね。

【押本】 おもしろいのは、商品と役務のクロスサーチはするけれども、役務同士、35K01と02の関係のサーチはないんですね。例えばスーパーとかデパートというのはK01で権利を取れます。しかし、じゃあほかのK02とかそういうところと類似関係がないから、他の人が取ろうと思うと取れちゃうケースがある。そうすると、スーパーとかデパートがどう考えるかという、K01から21まで全て押さえないといけないよねと。

【田中】 ただ、そうすると、今度は使用意思の話が出てきますよね。

【古関】 でも、これは分割してしまえば平気でしょう。

【田中】 分割するか、個別に出していくか。

【鈴木】 じゃあ言われてから分割すればいいんだ。

【田中】 まあ、どちらでもいいんですけども、わざわざ1つの出願で済むはずのものを……。

【古関】 今まで34区分で取っていたのが21で取れちゃったほうが楽でしょう。

【鈴木】 逆にもうクロスサーチがあるわけだから。

【松田】 21で取れるというのもおかしくて、本来的にとれる営業活動がともなうのなら、同じ区分だからまとめて取れてもいいよね。1区分は1出願で取れたわけでしょう。

【押本】 だって、登録料が6万6,000円で済むか130何万なんだよ、おかしいよねと。

【鈴木】 業務をやってさえすれば1件の出願で全部押さえられる。

【本宮】 だから、販売しているものを全部ピックアップして、それを類似群で当てはめていけば、1件で多分……。

【松田】 取れるんじゃない？

【本宮】 使用意思に関する拒絶理由はかかるかもしれないけど、使っているなり、使う意思があるという証明ができればそれで取れるわけだから。

【松田】 拒絶理由通知は来るけれども、私はこうやって使いますと全部それぞれの類似群ごとに何か出せれ

ば1出願で取れるはずだよ。

【古関】 ということは、35K02から21まで。

【松田】 だって、2つ以上の類似群に亘る小売等役務を指定する場合に拒絶かけますというのが今回のシステムだからね。だけど2つとも使いますと立証できたら構わないでしょ。だったら、たくさん書いて拒絶理由がかかってきても、全部その類似群ごとに使いますよという意味表明というか、証拠が出せれば、それは取れるでしょう。

【田中】 いろいろ資料を出して、あなたがやっているのは総合小売ですよという話になって、じゃあそっちへ補正するなりしなくちゃならない。

【松田】 じゃあ衣食住でどこか落ちていますよといったら、それで……。

【田中】 どこか落とすと、穴が開く……。

【松田】 まあ、落とすかどうか知らんけれども。

【押本】 だから本当におかしいのは、クロスサーチって、商品との間は一瞬懸命見るのにサービスのと間がないというのが、どう考えてもおかしいよね。今回の法律の本当の目的は、総合小売のデパートとかスーパーの標章をいかに守るかというところにあるのに……。それで個別小売が出てきた途端に、何かK01から21まで出てきて、今度は全部取ろうと思えば取れなくて。

【下坂】 総合小売の要件として、販売の10%から70%というのがありますよね。あれだけの数のものを立証していくのはすごく大変ですね。どうやるんですかね。何で70で切るんですか。80ではなぜいけないの。

【本宮】 ある一部分だけが突出しているということは、それは総合にはならないでしょうということ。

【押本】 大丈夫ですよ。ダイエーとかイトーヨーカド

ーとかイオンとか、名前だけでも総合小売ですよ。

【下坂】 10から70%に関する資料は出さなきゃいけないでしょう。

【松田】 拒絶理由が来たらね。

【鈴木】 でも、拒絶をかけないですよ、あれ。

【押本】 大手はかけないですよ、分かっているもの。

【鈴木】 ただし、総合小売で出せばかけないですけども、総合小売プラス単品小売も全部ずらっと書いて出したときはどう来るかわからないですよ。ただ、総合小売で出す分にはそうじゃない、要するに10%から70%に入っているかどうかの証明を出せということは多分言わないと思うんですけども。言うとなれば、インターネット上の販売とかですよ。

【岩田】 なるほど、いろいろと問題のありそうな制度ですね。ただ、4月1日には施行されてしまうわけですが、先生方のお考えでは、4月1日の時点で、とりあえず先を急いで小売を指定役務として出願した方がよいと思いますか。

【松田】 今現在何も手当てしていない人、している人、そこよと思うのです。

【岩田】 現在、商品商標を出願しているか否かよって結論が違ってくるといことですね。

【松田】 してない人だったら商品商標を出していくのも1つの手。(笑)

【押本】 そうです。商品商標を、3月31日までにいろいろ見直して抜けているところがあったらとにかく出し直すということがまず先決でしょうね。

【下坂】 だけど、商品商標と役務商標の場合は先後願が一緒になりませんか。

【押本】 だから3月31日までに出せばいい。それを出していたならば、小売業の出願について慌てなくもいい、クロスサーチがあるから。クロスサーチがないとすると、それはいろいろ今から躍起になってやらなくちゃいけない。

【松田】 だから、今まで出してなかった人が出すのであれば、もちろん商品商標の調査をしなきゃだめだよ、商品に類似の商標あったらだめなんだから。なるべく早く、なければ3月中にでも商品商標を出すことがまず第一だ。ただし、そのとき商品商標のほうにだすと商品商標と小売等商標とで2回取らざるを得なくなると思うよね、今度は小売しかやってないとすると、商品商標の不利用取消をかけられるからね。だから3



年以内ぐらいに乗りかえることが必要になるのかもしれない。

【押本】 あと、中小企業の方にはやはりお知らせして、商品商標を取ってないんだったらまず調べて、それで第三者が持っているとなったら、訴えられる虞を考慮してネーミングを変えるというような作業を4月1日までに始めないといけないわけです。

【古関】 看板変えるのですか。

【押本】 そうですよ。強者である大企業は、ある意味で訴訟費用にあまり躊躇することはないけれども、中小企業というのはやはり訴訟費用というのはかなり大きいマターなので、であるならば、今から事前に調べておいて、係争が起こらない環境を作っておくほうが経済的であると。確かに看板を変えると何千万の金が必要というケースもあるかもしれないけれども、ほんとうの中小の場合だったら何十万で済んじゃうわけ。

【鈴木】 でも、今までやってこれたものだから。

【押本】 でも、それは看板だけはそのまま、あとの使い方を変えるということもありますよね。

【鈴木】 うん、そういうやり方のほうが現実的ですよ。

【下坂】 私、質問があるんですけど。(笑) [手許にあるチラシを見ながら] ちょっと今日は役務のチラシは置いてきたのですが。

このチラシにある「早割」だとか、「早引」だとか、多分商標で取られているんですよ。ところが、会社名でもなく、早く来た人に安く売りますというサービスの内容ですが、これは何ですかね。その辺りの説明が書かれているところを1つ見つけたので説明会テキストを持ってきたのですが、その解説の欄外には、いわゆる小売の名前だとあります。商品と一緒にくっつけて書かれているのが商品商標だという風に言っています。ごく簡単に。ところが、この基準に従うとすごく危いのがあるのです。いつも悩まされているのは、「特得市」だとか「早割」というような商標です。それで、その場合は商品商標と小売等商標のどっちに属するのか、今日は優秀な方がお集まりなので、ちょっと伺いたいと思って持参しました。

【松田】 それによって商品が特定して買えますかというあたりだよ。

【鈴木】 あの手をやつは基本的にサービスですよ。

【松田】 そのときに、今言った「早割」というのは、我々も意味はわかるけれども、形式的には造語だから

登録になったと考えるしかないんだよね。

【下坂】 指定商品との関係もしくは役務との関係で、その場合に役務か商品か分からないから両方を取りましようとか言うのですが。

【押本】 これ、商品で取っていたらたまんないじゃないですか(笑)。だから、特許庁は今まで更新を認めていたというけれども、広告でいろいろな商品を書いてあるやつは認められていなかったから、例えばイトーヨーカドーのマークがついている商品がばーっといっぱいチラシに並んでいる。そのうちの更新する商品が書いてあるんだけれども、それは特定の商品を指定してないから商品商標じゃないと言われる。そういう観点からすると、さっきのやつは、小売としては成り立つよね、「早割」とかそういうものは。ところが、特定の商品について「早割」って何だということ、分からないですよ。

【鈴木】 「早割」という商品があるわけじゃないですからね。

【下坂】 例えばチラシ中に商品がグループで出ていますよね、そこに「早割」って表示されてありますね。そこに行けばこの商品グループのものは「早割」で買えるというような場合は、グループ商品として把握できませんですかね。

【押本】 そのグループの商品の小売業のマークとして……。

【鈴木】 小売サービスのマークとしてはわかりますよね。そこへ早く行ったら割り引けるんだから。

【押本】 食料品に関する便益の提供というところの「早割」。

【鈴木】 それは何となく分かるような気がするけれども、商品商標という感じは全然しないですよ。

【押本】 だから、そういう意味で今度の制度ができることによって、それが明確になってくるというのはあるんじゃないかなと思う。

【下坂】 そこあたりは有り難いんですけどもね、今度の法律。ただ、例えば「特得市」と書いて、こういうラベルで全部商品につけるんですよ、朝来店した人たちに渡すために。

【押本】 昨年の8月か10月の段階で特許庁の人と話したときに、いや、これまで我々はそういう更新を認めていましたと言ったんだよね。だから、違うんじゃないかなと思うんだけど、特許庁の人は、もしかしたら今の下坂先生のケースも商品商標の使用と

して認められるというふうな解釈をまだ持っているのかもしれない。

【下坂】 というのは、商品に付するのは一時的に直接的じゃないといけないという規定なんかないわけでしょう。包装でもいいですよ。

【鈴木】 シールをつくって、陳列しているところにこうやって張りつけていったやつは、商品商標の使用と認めるという人がいてもおかしくないと思いますよ。

【松田】 これ何、フェニックスってチラシの上部に表示してあるのは商品商標？

【鈴木】 それは役務商標でしょう。

【松田】 役務商標だよな、登録商標だよな。大体、ここで商品がグレープフルーツだの、エリンギだの、肉だの、スープだの、これだけ書いていたら30何種類料金とってもいいんだよ。新商品をつくって、それで名前を決めないと商品にならないんだ。商標は1品ごとにつけるのが普通で、そんな何十品に一遍に同じ名前つけるということは普通あり得ないんだ。だから、もうそこで、今までここで議論しているのは指定商品ごとと並べた区分内の数を前提に話をしているけれども、3条の柱書からいったら類似群内でも1品ごとにその都度改めて明確な意思に基づいて出願しなければいけないんだ。

使用意思（3条1項柱書）について

【鈴木】 でも、その3条1項柱書の今回の新しい運用というのが、今まで実務をやっている人からすると、かなり影響力のある運用になると思うのですよね。ところが具体的にどの類似群までとか、そういうものが出てくるわけじゃない……。

【斉藤】 じゃあ、具体的に幾つ以上の類似群を指定してきたらというのではなくて、もう一律で。

【松田】 まず、1つの類似群で指定商品をたくさん書いたらおかしいと思っているんだけど。少なくとも2つの類似群を書いた場合にはもう拒絶理由をかけて然るべきだと思う。本当に使うんだったら、証明すればいいんだから。証明できないのに頑張ろうとしている人がいるからいけない。だから制度がいつまでたってもおかしいままだ。

【押本】 でも、今、実態はそうじゃないでしょう。先生も頑張っているでしょう（笑）。

【松田】 実態を直しましょうよというには、いきなりのほうがいい。

【田中】 使用意思の証明書という結構厳しいことをしていますよね、審査基準は。

【押本】 広範囲に過ぎる場合はね。

【松田】 90何%使われてない商標でしょう。今、特許庁の調査で7割が使われてないよね。3割使われているといっても、1登録中に類似群が平均20.幾つあるんだ。登録商標で使われてないと特許庁のアンケートに答えたのが7割だから、200万件のうち140万件は使われていないわけだ。残りの60万件は、使っているといったって、類似群目一杯取ったでしょう。使っているのは基本的に一品目のみ。9割以上は使われてないんだよ。不使用部分が多いハウスマークを別登録制度で考えなきゃいけないんだけどね。

【斉藤】 出願を代理する側の考え方としては、今後は出願する際に絞って出すべきなんではなかろうか？

【松田】 僕だって自分個人ではそれはいきなりできない。やはり周りを見てヨードンだよな。そうになると、こういうシステムで特許庁からやってもらったら、みんながスーッと正しいところへ向かっていく。だから、法律でやってもらうか、運用でやってもらうか、強制してくれないと困る。あんた、それを分かっているんだったらあんただけやりなさいって、それはやはりできないよね。

【斉藤】 ただ、出願人のほうとしては、なるべくお金をかけたくないというのがあるじゃないですか。

【松田】 だけどそれは、使用したいという商品が今ここにある場合。同一商品の大小なら分かるけれど、類似群内で複数商品の同時発売は考えられないね。将来もしかしたらという使用の意思、それは現実の意思じゃないよ。将来可能性がありますというのは使用の意思じゃない。

【押本】 先生の主張をやるためには、ある意味で権利範囲が拡大するという新しい制度みたいなのができないと。企業からすると、せっかくピンポイントに絞ってそれを周知したのに、その権利範囲というのはあくまでも類似群の範囲であって、他の人に及ばないとなると、これは4条1項15号とかというのだと……。

【松田】 権利範囲の拡大というのは類似範囲に他の登録がなかったら1つの権利を拡大してやっても、それはいいと思うよ。別々の件でどんどん取りなさいじゃなくて、それは類似がなきゃ増やしてもいいが、それは1枚制か2枚制か営利の問題でしょ。

【押本】 ただ、今の商標制度というのは、25条のと

ころと 37 条というふうになってしまって、画一的に処理するような制度になっている……。

【本宮】 今は考えているのは、あくまでも審査の段階でしょう。

【押本】 まあ類似というのは、裁判所で判断すると随分違って来るわけだけれどもね。

【下坂】 それと、かなり限定してしまうと怖いところがあります。商品の表示の特許のクレームみたいにかかなり具体的に書く場合があります。インターネットを介してとか。あれは手段だから別に書かなくてもいいんですけれども、お客様の要望で、一応書きましょうと。だけど、インターネット関連の役務などではそれが本当に入っているのかがよく分からない。そのような場合が、怖いものですから、もう大変具体的に書いていきます。書いていくと、これでもし駄目だったときに嫌だということで、また似たようなものまで書くとか、どうしても長くなってしまいうんですね。だから、商品単位でお金を取るのも制限させる 1 つの方法かと思うのですけれども。

【本宮】 課金のことを考えると、商品の単位をどうするかという問題が当然付いてくるので、ということは、今あるのも全部見直さなくてはいけないから、それは取れないなというのはあると思うんですよね。だから、1 商品の概念というか、包括的なところもあれば、細分化されているところもあれば、それを全部どう考えるかということ。あと、包括的な、記述的な形で商品を書くというのと、包括的な表示で全部カバーされているからいいやということもある。ただ、諸外国へ行っても、それが明示されていなければそれは入ってないよという国もあれば、明示されてなくても包括的なところに入っているから入っているよという国もあれば、それはそれぞれまちまちだから、一概には日本の制度がどうのこうのとか、諸外国と違うという形は言えないと思うのです。ただ、そこからずれたところとか、積極表示して、さらにそこからずれたところなり、もしくは分類が変わったときには、やはり適切なものを取りたいのであれば取り直すとか、当然そういうものもついてくることだと思うんですよ。

使用意思に関しても、基本的には出願しようと思ったときには、何に使うというのは自分たちでは決まっているわけだから、決まっているところをまず取らなくてはならないというのが前提であって、そこから先、それがどう派生していくか、業態にしても商品の価値

にしても。そうなったときには、今度はプロテクトするところは違う方向で考えていかななくてはいけないんじゃないのかなと。今、最初の段階のときには、基本的に何に使うんだというのが決まっているのであれば、もう自分は対象としているのはそれしかないんだから、じゃあ今回の改正の中で、例えばコンセントは見送られたけれども、4 条 1 項 11 号の審査基準が変わっている。あそこのところだって、考え方としては、自分はこれに使うのに、あの人たちはこれにしか使っていないから、自分たちと違うよね、ということ。要は、使っている物同士を比べて考えたりするわけで、そうするのであれば、最初はいくまで自分が意図するところを中心にピンポイントでそこから派生していく形で考えるというのは本来の姿なんだろうなと思いますけれどもね。

【押本】 でも、そのピンポイントがどこまでかというのがあまりにも狭いと、理不尽なという部分があると思うんですよね。例えば、新しく家庭用テレビゲームのおもちゃを出しましたと。そうしたら、家庭用テレビゲームおもちゃだけかということ、ケーブルがあって、バッテリーがあって、チャージャーがあって、いろいろな付随した関連商品に同じマークをつけたりする。そうすると、その商品については絶対押さえておかなきゃいけない。それが 5 つぐらいになる可能性もある。それが 1 つの基準に従って 3 つでパーンと切られちゃうと、出願人からすると使うものまで一々立証しないといけないのという……。

【本宮】 類似群を跨ぐかもしれないんだけど、基本的には専用の部品及び付属品ですよ。そうすると、そこ（ケーブル等）を取らなくちゃいけないのというよりも、それ（家庭用テレビゲームおもちゃ）を取ってあれば、実際は部品及び付属品の範疇で汎用性がなければ、そこでカバーできる。ケーブルを取ってなくちゃいけないとか、そういう発想までなくてもいいんじゃないかと僕は思うんだけどね。

【押本】 でも、やはり汎用性のあるものは専用というふうにならないから、ほとんどのものはもうコンピューターと一緒にあるので、汎用性のあるものなんですよ。だからコンピューター用だと専用という形じゃなくて、ケーブルはケーブルになってきたりしているんだよね。

【松田】 汎用だったら、そこに名前がつくのが逆にいえば不思議だよ。

起業するときにハウスマークを初めに考えて、これから商品を作ろうというときはあくまで1品で、名前が付いて初めて商品になるんだよね。名前が付かないとリピートして買ってくれないから商品にならないんだよ。猫だって犬だって人間だって名前がついて初めて識別できるようになるんだから、それにつけるといのが商品商標なんだよね。そんなの、漠然としたものは使用意思じゃないんだよ。

【押本】 ただ、この1個の商品にポンと示す商品と、やはりいろんなパッケージになっている商品がある。

【松田】 ネーミングするんだから目の前で商品を見ているはずだろう。

【下坂】 でも、ハウスマークがあるから、そういうものは別にしてね。

【松田】 ハウスマークの場合はちょっと別にして考える。ハウスマークの議論を一緒にしちゃうと、これは絶対ダメになっちゃうから。

【下坂】 これだってシリーズ物でずっと付けているから、必ずしも1個に1個ということは言えないけれども。

【松田】 だけどそのときに、じゃあこれはシリーズでこの商品のこれぐらいまで使いましょうという事情があって、名前が出てくるんだよね。そこまでなんだ。だけど、僕がこう言っているからといって、僕だけじゃあ単品に絞りますということではできないんだよ。(笑) だから特許庁とか法律で一斉にやってくれたら、みんなが正しいところへずっと向かっていくんだ。

【押本】 そうすると、ライセンス事業を行うような、例えばウォルト・ディズニーとか、そういう人たちというのは、可能性のある商品というのはすごく多いと思うのですよね、ライセンスでやるわけだから。そういうのはアメリカ的にどちらかといえば認めない方向性に進むというのか。

【下坂】 そうですね、ディズニーの場合は著作権でやっていくのが多いから。

【押本】 でも、本来、アメリカなんかでは全然取れないわけですよね、使っているわけじゃないから。ところが日本だと、使用の意思もしくはライセンスする意思ということで広く取っているわけです。

【松田】 ライセンスの意思がまだ固まっていらないんだ。相手が決まって初めて決まるんだよ。

【押本】 本当はね。でも、可能性ということでやっているから。

【松田】 可能性だけじゃ商標出願はやっちゃいけない。

【押本】 でも、今それがかなり横行しているわけですよ。それをどういうふうに整理するかというものをそういう人たちにちゃんと働きかけて動かないと…。

【松田】 今回のこの改正で使用意思を一応ここまで植えつけるというのは、私はいいと思うよ。これを35K類似群(小売等役務)にはっきり出したけれども、審査基準が公開される前に特許庁が何を言っていたかという、30、40の類似群があるところであっても、1つでも落ちてくれたら結構ですと言ったんだよ。ちょっと待てよ、それは……。

【鈴木】 それは見る気がないと言っているのと同じだもんね(笑)。

【松田】 全区分で35K類似群と同じやり方で見てもいい。

【本宮】 1つでも外れるということは、そこに使わないという意味が表れている。

【押本】 ただ、そうしたときに、今回の小売業というのは、商品との関わり合い、関連性があると言っているわけですよ。そうすると、三越とか高島屋なんか、商品について取っていないけりゃいけないのに、今度はやはり3条1項柱書になるわけ？

【鈴木】 来るなら来なさいと言うしかないんですよ。

【下坂】 ただ、弁理士も含めて考えていくのには、ちょうど3条1項の柱書を厳しくしていこうというのはいい方向だと思いますね。以前は、例えば「被服その他本類に属する商品」というのがありまして、これはすごくラフでした。ところが今、その権利を相手に訴訟をしようとする、問題の商品が果たして入っているかどうかといういろいろな問題が出ます。当時はすごく出願が多くて、陣地取りしたからなんです。どの会社も発展期のときには陣地取りをしました。昭和40年代から50年代にかけて。その癖がまだ皆に残っています。たくさん出す会社なんかだと、もうあれ(類似商品・役務審査基準に記載の商品・役務)を全部入れているんです。それプラス、例えば特許庁で新たな商品や役務が出ると、それをまた足していって。ただ、じゃあこれに絞りますよという、そこが全滅というような場合もあるし、出願にはなかなか怖い面があることはあるんですけども。

【押本】 あと、我々のクライアントで情報提供サービ

スをする人がいるんですよね。そうすると、今の役務のとらえ方というのは、情報提供サービスという形で認めてくれればいいんだけど、何々に関する情報の提供ということで、1つの分類で複数類似群に渡ってくる。

【鈴木】 複数の分類にまたがっちゃうこともある。

【押本】 そういう人たちのこともやはり考えないといけない部分というのもあるんじゃないかな。実際やるわけなんですよ。

【本宮】 情報の提供と、あと、区分をまたぐのはレンタルだよ。自転車のレンタルだったら39類だとか、通信機器だったら38類だとか。

【松田】 その割に「職業のあっせん」が35類にまとまっているのはおかしいよな。

【押本】 あっせんはそうなんだけれども、派遣は違いますね。

【鈴木】 派遣はそれぞれなんですよ。

【押本】 あれがおかしいんだよな。

【本宮】 そうね、あっせんは1つで、実際行くほう（注：派遣のこと）は全部の役務区分に関わるからね。

【押本】 だから、まだそういう意味でどういう業種の人が出て、どの辺まで絞ればいいのかというのが特許庁も分かってないだろうと思うんですよ。だから、菓子・パンの分野だったら本当に菓子でいいじゃないと。パンまで要らないというぐらゐのところもあると思うのですよね。医薬品だったら、本当に薬剤だけでいいと言うところもあると思うし。

やはりそれは特許庁がどういうふう運用するかというものをよく事前に捉えておかなきゃいけない部分というのもあるし、どういうふうに対応すればいいかという、今度、証明書が結構厳しいものですよ、今までよりも。

【本宮】 でも、使用意思がどう厳しくなるかという問題もあるんですが、そこで例えば何らかの形でいろいろ出てくるとしますね、それが基準のとおりに行われてなかったら、無効理由とかそういう方向にもっていきけるんじゃないかな、おそらく。

【古関】 異議だっていいんじゃないかな。

【松田】 従来でも使用意思で争ったのはほとんど無理だからね。

【古関】 でもこれは審査基準に載りますからね。法律マターではないとはいえ。

【本宮】 一応担当の部長の印鑑、それくらいまで必要

としているでしょう、事業計画書は。

【松田】 従来実行できていないのだから、3条1項柱書の拒絶理由は元々こじつけられるので、それじゃ変わってない。

【下坂】 事業計画書にしても3、4年、登録から3年というようなことを書いていますけれども……

【鈴木】 あの3年の根拠って何ですか。

【押本】 根拠の問題というのは、今、弁理士会から特許庁に不使用商標対策としていろいろな案が出ていますよね。その中の、例えば不使用商標だったら自動的にもう権利を消滅させるような制度になってくると、ある程度広くても、まあ対応できる部分がある。でも、それも全くないとすると、今の、入り口で狭めるということが必要になるけれども、やはりもうちょっと制度全体として不使用商標対策って何がいいのかというのを踏まえて動かないと、いきなり基準がボンと来ちゃうのは、何かこれしかないのかというふうになってしまう。

【本宮】 そういう意味で、今年度の知財研では、不使用の問題を取り上げていて、これは効力との関係なんですけれども、不使用商標をベースとした権利行使を効力で制限していくのはどうかという議論をしている。諸外国はほとんど、例えばヨーロッパで考えれば、不使用の抗弁というのもあるし、何らかの形で不使用商標をベースに何かアクションを起こすときには、自分たちの方でちゃんと使っていて、そういう権利がベースじゃないとダメですよという、そういう制限が入っているにもかかわらず、日本は何もそういう制限もしてないし、更新はフリーだし、というような状況で、規制を何も作ってない。効力との関係でそういうのはどうなのかというのを今検討しています。

【下坂】 今の場合、不使用取消審判をかけるほうに制



限を設けるんですか。

【本宮】 いや、そうではなくて、自分の登録をベースとして異議申立したり、侵害だという場合とか。

【下坂】 そういうときですか。裁判所はちょっと変わってきている感じがするんですが、損害賠償などで。

【本宮】 ええ、だからそういう意味では損害賠償とかもそうで、例えば特許の流れでいくと、要は、無効審判等のときに……

【鈴木】 特許法第104条の3（商標法で準用している）に、無効だと権利行使できないというやつありますよね。

【本宮】 それもイメージしながらということですね。

【下坂】 特許の場合に使っていない特許というのが4割から5割日本ではあるということなんです。商標の場合には、不使用商標をビジネスとして仲介するというプライベートの会社もあったんですが、売りに出しますということ自体が不使用だということで、皆さん積極的じゃなくて、そのプライベートの会社のことは今はよく分かりません。ですが、その中間的なものを何か設けてIPDLに提供すると、その商標権のライセンスを安くもらえとか、何かいい方法がないかと思うのですが。何か利益を与えてそこに出して行って、権利者の要らない商標が何か売りに出せるようにすれば、ある程度利用率は上るのではないかと思うのですが。

【古関】 でも、私は商標の場合に利用というのは反対ですね。

【松田】 特許は公開の代償でもらったんだから、あとは使う、使わない、その20年間の期間は放っておこうが何だろうが自由なんですよ。商標は、権利を取ったときから使わないのが悪なんですよ。

【押本】 でも、結局、不使用商標があったときに、日本人の企業感覚というのは、不使用取消審判をかけるのは相手に失礼だと。外国人は平気なんですよ。だから、外国人の不使用取消審判の請求率はすごく高いんです。拒絶理由がかかったらすぐかけるのです。それですぐ整理しちゃうのです。

【下坂】 何で失礼なの？

【押本】 いや、商業道徳上、一声かけなさい、言ってくれば50万円で売ってあげたのにというようなことを言われちゃうわけですよ。

【鈴木】 まあそういう傾向は強いですよ、日本の企業は、どちらかといえば。

【押本】 だから、3年ですぐ整理できちゃうものがあるんですよ。でも、全体として不使用商標をどう整理するかが問題であって、入り口論だけで狭めちゃうことが、じゃあ極端な場合、類似群2つまでと狭めて、いろいろ出願人に労力をかけさせるということがいいことなのか悪いことなのかとか、そういう議論もした上でスタートすべきであろうと。

【下坂】 済みません、古関先生、先ほど何か反対だと言っている理由をちょっと伺いたいんですが。

【古関】 もともと商標制度の基本というのは、使いたい人が登録して安心して使う制度なので、それを人に貸すため、例えばディズニーのようなライセンス事業はちょっと横に置いておきますね。もともと自分で使わないものを登録を取って、それで人に貸して、それでビジネスとして成り立つというのが、どうも何か本来の商標制度とは違うんじゃないかなと。

【下坂】 譲渡なんかはどうですか。

【古関】 譲渡というのはもともと違う人がいる、あるいは自分が使わなくなったからそうなったということだけれども……。

【下坂】 ライセンスよりは働くと。

【古関】 そうなんでしょうかね。

【下坂】 3条1項柱書の基準はいいことだと思うのですけれども、それでも限界が随分あると思います。しかも不使用取消審判は、先ほどお2人の先生がおっしゃったように、それをするのは良くないような風潮が日本にあるとすれば、それもあまり期待はできない。

【鈴木】 だから、外国人がたくさん不使用取消をかけることによって不使用取消を受ける機会が多くなってくると、だんだん慣れてくるんですよ。

【古関】 でもう1つは、ごめんなさい、話の途中で。印紙代が5万5,000円は高過ぎですよ。

【鈴木】 それも大きい。

そういった問題もあるんですけれども、これはたまたまそうなのかもしれないですけれども、担当者とそういう話ができるようになってくると、会社も分かってくれるようにだんだんなってくるんですよ。そうすると、社内で、こんな商品を取っても実際に取り消されちゃったら駄目なんですからというような会話が、実際に商標を出すほうの中から出てくるようになると、実際に無駄な取り方はだんだん減ってくるのは事実なので、やはり何らかの形で弁理士もそういうクラ

イアントの教育をしていかになくちゃいけないのかもしれないですけども、まあ一朝一夕には難しいですよ。だからそういう意味では、こういう制度が入って3条1項柱書で全部は取れなくなりましたと言ってくれた方が日本の会社は納得しやすいのでしょうか。

【押本】 ただ、私のクライアントに特殊なこととして、商品化権をやっているところがあるんですよ。そうすると、何か出版物があって有名になると、それを商品化しようという。それをライセンス与えるために権利を持っていなくちゃいけないということで、大体6区分から8区分くらいで出す。そのときに、じゃあ1つの区分で商品はというと、やはりかなり広がりますが、それはこれまで認められてきたわけですね。そういうことを継続してやってきた人が、4月1日からいきなり、あんたの場合は証明書出ささいという形になったときに、そういう人たちにちゃんと説明をして納得させた上で開始した制度なのかどうかというと、全然聞いてないという話なんです。

【鈴木】 それはそうですよ。だって、元々そっちから始まっているんじゃないもの。

【押本】 だから、物まねが多くなるわけです、1つのタイトルやキャラクターのネーミングのものというのは。

【鈴木】 だからそれは本来別の法律で保護するべきなんだよ。そういう意味では、商標はそれのサイドを固めるものであるから、商標がメインで保護されるものじゃないような気がするんですよ。

【松田】 あるキャラクターを著作権として使用していた、それで有名になっちゃったから別の業界へ出ていこうとする。その別の業界というのが商標の世界だよ。そこはそこでまた別のルールがあるんだから、それはそこへ来てから考えるべきことで、もともと著作権で当たったら商標制度の中の枠に入って儲けようなどという事情は3条の柱書からいっても、元々入っていないんだから、そんな人に説明する必要ないよ。(笑)

【鈴木】 ただ、今までのビジネス構図としてそれで一応サイドまで固めてきた人にそういう構図が変わりましたというふうに言うというのは、そこまで考えてこれを採用してくれないと困るよね。

【押本】 ただ、それはあくまでも審査基準ですよ、法律マターじゃないところがちょっとおかしいんじゃないかな。

【本宮】 いや、でもそれは法律マターには乗れないと

思いますよ。3条1項柱書で「自己の業務に係る…」。

【松田】 元々あるんだもんね。

【本宮】 だから、それを変える以外は法律マターには乗らないわけで、今、3条1項柱書の入り口を狭めるというよりも、要は、1個1個の商品を見ながら、それぞれの取引の実情に合った審査ができなくてはいけない。今、そのためのネックになっているのが不使用の問題であって、入り口は入り口で狭めるのは狭めて、じゃあ今まで置いてあった200万件の登録をどうするかというところが次の問題で……。

【松田】 ちょっと待って。格好いいこと言うけど、この3条柱書が出てきたのは、35類で1出願で全部取られると困るから、出てきたんだよ。

【本宮】 まあねえ……。

【松田】 1出願で全部取られちゃったら困るから、この3条柱書問題が出てきて、類似群2つだったらいい出したんだ。商品商標でもやってよといったら、何かとぼけているだけで。出だしはそこなんだからね、単純に。そんな不使用対策とか何とか、そんなきれいなこと全然言ってないよ。

【本宮】 そうだとしても、やることは意味があるというのはよく理解できるんですよ。

【下坂】 私はもうそろそろ変えていったらいいと思う。

【本宮】 出だしを言うと、35類の小売のところを書いたときに、1類から34類までの商品を全部書いてくる人がいるんですよ、それをやられてしまうと特許庁は困っちゃうんですよ。そうすると当然制限を設けなくてはいけない。制限を設けなくてはいけないというのは当然あるんですが、弁理士会として不使用がネックになっているということはきちんと十分主張したつもりで。それで、入り口を狭めて、あともう1つやらなくてはいけないのは、今の類似商品・役務審査基準のきちんとした形での見直し。そして、ある程度見れるような形と、200万件ある今の登録、その中で包括的な表示のものがどれくらいあって、約7割、8割ですか、それをどう細かいところにもっていけるのか。多分、書換えが終わって、それから10年後の更新になるときは商品はずっと減るだろうから、あと10年待てば少し減るのかな。そのぐらいの時間を見ないと、個々の商品同士で見えていくとか、ある程度個別で考えていくというのができないんじゃないかな

と思いますけれども。

引用商標権者による取引実情の説明書等の審査への反映について

【斉藤】 次に、4条1項11号の審査基準の改正点である引用商標権者による取引の実情の説明書等の審査への反映についてお聞きしたいのですが。

【下坂】 11号に関して、今もう現実には、結果的には同意書と同じ行為が出ていますよね。例えば、出願商標を引用商標の権利者に譲渡した上で、登録後にそれぞれ分けて譲渡していきますから。

すると、現実には社会でそのような状況が起こっているのだから、同意書が進めばもっといいのかもしれない。今、ほとんど同意書（譲渡）も有料が多い。そのような状況下で、同意書の採用が消えた理由は、そして更に審査基準の改正が11号に入ってきた理由というのは何かあるわけですか。

【本宮】 11号自体は変わってないですよ、法律自体は。運用のほうですよ。それで、コンセント制度、同意書制度を導入するかというときに、ある意味、11号の改正なくしてコンセント制度の導入はないということ。そこで出てきたのは、まず当事者の意思に全部委ねていいのか、ということ。つまり、需要者利益の保護というのが商標法の1条にあるにも拘わらず、当事者がいいからいいんだよと言ったときに、それで認めてしまうということは、「需要者利益を保護する」という商標法の趣旨に反してくるのではないかと、そこをクリアしなくてはいけないということです。

あとは、法律を変えないで運用でもっていこうというような考え方もしていたのですが、審査基準で、一般に諸外国で言われているコンセントが出てきたときには、登録を認めるという形をとろうとしたのですけれども、運用でそういう縛りをかけて、それがその後の審判とかのときに、明らかに類似するようなものでも登録になっていくわけですよ。だけれども、それは運用上の問題だけなので、無効審判とかがかかれば、当然類似していると言うことで、無効にならざるを得ないし、それが裁判所に行ったときも、類似しているのであれば、当然、無効ということになってくる。そうすると、審査基準で運用もって縛っていくというのもそれではできないだろうと。そうすると、改正なくして普通の一般に言われているコンセント制度の導入はない。

コンセントがなくなったところで、11号の基準の改正が出てきたのは、とはいうものの、取引の実情を把握した形の審査というのは特許庁はなされていませんよねと。判断の硬直化というようなことが叫ばれている中で、じゃあどうするのという。実際、報告書では「説明書」というのがあったのですけれども、そのところの言葉は「同意書」と入っていたのですよ。「同意書」ということは、コンセント制度が変な形に入ったように誤解を受けることになるから、「同意書」はやめてほしいなということもあって、「引用商標権者からの説明書」というような言い方になった。

【古関】 表向きは非常にわかりやすい、ふむふむと思いますけれども、それはうそですよ。だって、今の2つの理由、最初の理由は、需要者の保護じゃないねというところは、じゃあだったら何で分離移転を認めたんですか。なぜ登録後は移転できるのに登録要件のところだけはだめと言っているのか、それがまずおかしい点ですよ。もう1つ、法律マターじゃない、いわゆる運用じゃなきゃできない、それはもう当然、これは法律マターとして法改正すべきだったんですよ。簡単なことなんです、11号に、「ただしコンセントが出た場合は除く」と書けばいい話なんですから。なぜそれができないかということが一番重要なんじゃないですか。

【押本】 その前に、もし皆さんがおっしゃるようなコンセント制度を採用するんだとすると、結局審査は要らないんですねと。そこに繋がるからってというのがあるんです。

結局、不使用商標が広くあるというのがちょっとネックにはなっているんですよ。本来だったら取っていないところだから、第三者がきれいに取れるところが、たまたま広く取られちゃっている。そうすると、類似群関係でどうしてもバッティングする。すると……。

【古関】 ちょっと待って、2つ、今回の11号の取引の実情というところに絡むと、全類で取っていた場合にこれが使えるのかという問題と、もう1つ一番典型的な例というのが個別商品同士の問題ですよ。

【押本】 全類はだめね。

【古関】 とするならば、それは不使用商標の問題とは別になっちゃいますよね。

【松田】 登録商標が全類になっていた場合、出願は単品に補正し、登録商標はその関連を削らなきゃだめだろうな。

【押本】 備考類似みたいなところであればね。

【松田】 うん、だから、本当の端っこと端っことで、単品、単品を見なきゃならないんだ。

【古関】 同一類似群の中にある単品同士だったらあり得る。

【田中】 結局、どういう場面でこれが適用できるのかなというの……。

【古関】 ほとんどない。

【押本】 と思いますね。

【松田】 意見書で反論して駄目だったやつはおそらく同じように駄目だろうと。悩んだやつで五分五分のものがあるとしたら、この五分五分は登録の方向へいくかなと。

【古関】 私の感覚的に言うと、先ほども言いましたように、同一類似群内にある個別商品同士がバッティングしたときに、これが一番典型的にあり得るのかなと思うのですね。

【田中】 引用商標の指定商品が広がったら……。

【古関】 いや、ちょっとこれは適用する場面がない。逆に言うと、取消審判をかけるでしょう、バッティングする商標権者側が使っている商品以外について全部取り消す。その状態にしておいて単品同士で争うこともできるけど、さらに相手方に引用商標の取消審判をかけつつ説明書を出して下さいというのは無理でしょう。だから、まずそこはあり得ない。そうすると、個別商品同士の類否というのは、結局商品の類否の問題になっちゃうじゃないですか。そうすると、個別商品の類否というのは、我々でも、審査レベルで認めてくれるかどうか分からないけれども、審判レベルへいくとあり得ますよね。だから、そういう意味からすると、非類似の主張をして通る範囲と見てもいいのかなと理解するのですけれどもね。

【鈴木】 電子応用機械器具の中の半導体の何ちゃらの製造機械器具みたいなやつでしょう。

【古関】 半導体ウエハとかね。

【鈴木】 うん、すごいニッチなんだよ。すごいところからしか認めてくれない。

【押本】 ほんとうにレアなものしか認められない。

【松田】 まあ、せんべいとおかきじゃだめだけれども、せんべいとアイスクリームぐらいならいいかなとか。

【押本】 審査官は類似商標と言っているけれども、当事者が両方とも全く違うよねと思っているものは、説明書をつけることによって切り変わることはあり得る

のかなと。

【松田】 商品のところの遠さと、商標の類似の度合いとの相関関連でどういう距離に行ったかだよ。

【田中】 商標の類似でいえば、かなり狭いところまで来ていますけれどもね。審判やれば、本当にちょっと違えばオーケーだというような審決があります。そうすると、これが使えるというのは、もう本当に商標的にきわどいところかなという気はしているのですけれども。

【齊藤】 そういうケースで引用商標権者が果たして協力するのかなというのが一番の疑問ですね。

【古関】 そうですね。

【松田】 コンセントで認めちゃって、後で無効審判でひっくり返るとおかしいからっていつているけれど、それ以前におかしなことたくさんやってるよな。

【田中】 初めに OK と言って、今度はだめになるとか。

【松田】 それこそ称呼同一でやっちゃったんだな(笑)。

【下坂】 禁反言で蹴ればいいわけでしょう、そういう無効審判の場合は。

【押本】 結局、入り口で絞ればこういうことを別にコンセントまでとらなくて済むというところはあるんですよ、そういうメリットを伝えて、デメリットもあるかもしれないけどメリットもあるんだよということを説明して、広範囲に過ぎるという運用基準を履行していくというのが一番いいのかなと。

【鈴木】 何しろ、選択の余地が広がれば広がるほどこういうコンセントとかそんな話が出てこなくても、スムーズにいつてしまえば話にならないわけですよ。

【本宮】 本来はコンセントは要らないのかもしれない。向こうが使っているのはこっちのほうで、こっちが使うのはここで、マークが似ていても似ていなくても、もう要らないのかもしれない、そういう意味では。

【下坂】 本来、誤認・混同が起こらなきゃいいんですからね。

【松田】 裁判所をいいよと言わずだけでいいんだよ。

【齊藤】 あと1点確認したいのですが、この4条1項11号の説明書のところで、例えばグループ会社で、親会社のマークを子会社が含んだ形で出願して4条1項11号の拒絶理由通知が来るというケースがあるじゃないですか。そのときに、親会社のほうに説明書を出してもらおうというのは、全くこのケースにはあては

まらないのですか？

【押本】 もともと類似のものを非類似とすることはできないでしょうと。

【下坂】 駄目って書いていますね。

【斉藤】 結局、類似であることには変わらないから。

【下坂】 だから、同意書まで行ったんだったら、この審査基準はもうちょっと緩めて書いてくれてもいいのかなと思ったので、ちょっと質問したのですけれども、そういうのはもう駄目と書いていますね。

【松田】 混同だったら、15号にすべきだったのに。

【古関】 11号はきつい。

【本宮】 11号は、類似ではないと言わなくてはいいから。15号であれば、業務主体を混同しないという形をとればいいんだから。

【下坂】 だけど、そうしたら最初から15号以外はダメで、11号をこんな何か変えてこりんな、あるようなこと言うことないと思いますけどね。

【押本】 とりあえず、少し余地を残したただけであって、気持ちだけ。

【下坂】 従来と変わらないという。

【本宮】 基本的には変わらないと思いますよ。

【押本】 コンセントがあると思っちゃいけないんです。要するに余地を残して考えるんですよ。

【本宮】 それで、基本的には狭めない限り、全部商品はオーバーラップしている状況でのコンセントという形になるから、だから検討もできないんですよ、実際、ワーキンググループで議論していても、もう商品はオーバーラップしているのが前提ですよというところで、じゃあコンセントの実情というのは、自分が意図している商品と相手が使っている商品の間では混同が生じるような状況ではない、だからいいですよというような同意をするわけで、それは当事者間では生きるんだけど、原簿上は重なった状態で登録になるわけだから、そこでも見えなくなっているんですよという。

【下坂】 それを審査官が判断を行うというところがまずいんですかね。現状ではもう、名義が変わってれば重なっているのが山ほどあるわけです。わざわざやこしい手続して。

【本宮】 もう1つ、そのコンセントの中で、コンセントがオールマイティーという形で、要はコンセントが出てくれば、もう審査官は有無を言わず登録しなくてはいけないというのと、コンセントが出てきて1つの参考材料として見ますよという、留保型のコンセントという形で言葉を使っていますけれども。

【下坂】 何型？

【本宮】 留保型という形で使っているのですけれども、コンセントをせっかく苦労して取ってきても、審査官がそれを見てだめと言われたら、何のために取ったんだになってしまうので。

【押本】 どうせお金払うわけだよな。

【本宮】 そうすると、コンセントを入れるのであれば、完全型以外はあり得ない。

【下坂】 コンセントの解決っぽいのが11号に入ったかと期待したのですが、15号だと……。

【鈴木】 ちょっとにおいだけ入れたみたいな感じですよ、雰囲気は。

【下坂】 でも、まあ、3条1項はすばらしいですから。みんなの心の持ち方が変わるのではないですか。

【松田】 3条1項柱書は、あそこは極めてすばらしそうに見える。

【鈴木】 とりあえず一歩前進ということで。

【松田】 一歩前進だ。

【下坂】 そうですね、そう思います。

【田中】 ではもうそろそろ時間ですので、閉めさせていただきます。本日はどうもありがとうございました。

——了——