

商標保護の法的考察

— アジアにおける商標法 —

志津田氏治

現在、世界の諸国では、国内の全地域に使用される商標を統一的に保護する傾向にある。わが国でも、夙に商標保護の必要性が認められ、今日では「商標法」（昭和34年法127号）をはじめ商標に関する附属的な法令を整備している。ことに現行商標法では、その立法目的として「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もって産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする」（1条）旨を明示している。⁽¹⁾⁽²⁾

それでは「商品の顔」ともいわれる商標 (trade mark) とはどのようなものであろうか。わが国の現行商標法のもとでは、「商標とは、文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であって、業として商品を生産し加工し証明し又は譲渡する者がその商品について使用するものをいう」（2条）と定義している。これがいわゆる「法律上の商標」といわれるものである。これに対して、社会通念のもとで、一般的に商標とは、「事業者が自己の取り扱う商品を他人の商品と識別するために商品との関連において使用する標識である」と解されている（紋谷暢男編「商標法50講」（15頁）。すなわち、社会通念上の商標とは、自他商品の識別力を有する標識であるというべきであろう。これがいわゆる「社会通念上の商標」と称されるものである。

ところで、この商標にあっては、商品の識別力こそが、商標本来の機能であり、この機能からいろいろの経済的な機能が生じてくる。たとえば、(1)出所表示機能、(2)品質保証機能、(3)広告機能などがこれであろう。まず、第一の出所表示機能であるが、これは、営業者が自己の商品に商標をつけることによって、当該商品の出所を表示することができる。これによって商品の出所が明らかとなり、営業者は商標を媒介として、自己の取り扱っている商品を消費者の記憶にとどめることができる。そして営業者は、自己の商品の販路、得意先 (good will) を確保することが可能となる。つぎに、第二の品質保証機能であるが、これはかならずしも品質が良好であることを保証する働きではなく、同一の商標をつけた商品は、つねに同一の品質をもっていることを信頼して売買できることを保証する機能である。いわば商品の品質の同一性を保証する機能であるといえる。今日のような大量生産のもとでは、商品は商標の使用によって、個性を喪失し、その品質も均一化される。そして消費者は、同じ商標によってあらわされる商品は、同一の品質のものであると期待するようになる。この品質保証機能は、出所表示機能と異なって、主として消費者の立場からみた機能であり、その点では、この機能は消費者保護の作用をも果たしていることを

留意すべきであろう。最後に第三の広告機能であるが、これは、商標のついている商品が市場に出回り、または宣伝がおこなわれると、商標が消費者に強い印象をあたえ、それが他の消費者にまで拡張させる効果をもっている。商標のもつこのような作用を広告機能と称している。現今のような大量生産、大量販売のもとでは、大きな意義をもつものといえよう。

- (1) 韓国では、1949年11月に「商標法」(法71号)が制定されており、1958年(法480号)、1963年(法1295号)にあいついで改正されている。そのほかに大統領のもとで、「商標法施行規則」、「商標登録令」などの附属法令も制定されている。台湾では、1930年5月に「商標法」が成文化されており、その後1935年、1940年、1958年に改正をみて、現在に至っている。また「商標法施行規則」も1930年12月に公布翌年1月より施行され、1932年、1947年、1960年にそれぞれ改正をうけている。タイ国では、1931年(B. E 2474)の「商標法」にひきつづき1961年の「商標法」が施行されている。マレーシアでは、商標の保護が、マラヤ諸州、サバ、サラワクの各地区で、個別の条例でなされている。たとえば、マラヤ諸州では、1950年の「商標条例」が、サバ地区では1949年の「商標条例」が、サラワク地区では1957年の「商標条例」が制定されている。ところが、マレーシアでは、商品の不正標章取締に関する法律につき連邦全体を統一、規制するための法令として、1950年「商品標章法」(10号)があることを注目すべきであろう。詳細は、日本経営技術サービス・ガイダンス編著「アジア諸国の工業所有権と保護」参照。
- (2) 諸国の商標法を法系別にとらえてみよう。まず (1)イギリス法系に属する国としては、イギリス、オーストラリア、ニュージーランド、インド、パキスタン、セイロン、タイ、シンガポール、香港、ビルマ、サラワク、マレーシアなどがある。(2)アメリカ法系に属する国としては、アメリカ、カナダ、フィリピンなどがある。(3)フランス法系に属する国としては、フランス、イタリア、ベルギー、スイス、ベトナム、ラオス、カンボジアなどがある。(4)日本法系に属する国としては、日本、韓国、中華民国などがある。また観点をかえてみると、まず、商標法をもたない国もある。カンボジア、ラオス両国は、フランス商標法によっている。ビルマは、common law にもとづく新聞に警告的な告示をするだけである。さらに東南アジア諸国のなかで、世界的な視野にわたる保護をもとめるために、パリ一条約に加盟している国をあげてみよう。先願主義(先願者に対する登録をもって商標権を発生させる主義)を採用する国としては、日本、韓国、中華人民共和国などがある。つぎに先使用主義(商標権の発生は使用にもとづくとする主義)を採用する国としては、インド、インドネシア、ベトナム、カンボジア、セイロン、タイ、中華民国、香港、フィリピン、マレーシア、シンガポール、ラオスなどの諸国がある。なおそのほかに、自国の産業政策の保護助成という立場から、サービス・マーク(フィリピン、韓国)、防護標章制度(インド、香港、マレーシア、オーストラリア、ニュージーランド、パキスタン、日本)などの特殊な対策を有している国もある。

つぎに商標の法的な構成を分析してみよう。わが国の商標法で保護される標識は、上記のように、「文字標識」「図形標識」、「記号標識」「結合標識」またはこれらに色彩を施した「彩色標識」に限られている。「文字商標」とは、文字⁽¹⁾だけから構成されている商標で

あって、わが国の場合には、登録商標の大半を占めているほどの主力の商標であるといわれている。文字の中には、漢字、仮名、ひら仮名、ローマ字、数字など多種多様である。「図形商標」とは、図形だけで成立している商標であり、歴史的にはかなり古いといわれているが、わが国の場合には、全登録商標のなかで、きわめて少数である。図形は、さまざまに神仏、動物、人物、風景、天体、仮想人物、仮想動物、器物、幾何学的な形状があげられる。「記号商標」とは、記号から構成されている商標であり、その方法としては、マル、カク、ヒシなどの輪郭、ヤマ、ツギヤマなどの冠の使用される場合が多い。記号商標は、その簡略性ないし簡潔性から、しばしば社標その他の営業標（サービス・マーク）として使用されることがある。「結合商標」とは、文字・図形、記号のなかで、二個以上のものの結合によって構成されている商標がこれにあたる。文字と図形、文字を記号、図形と記号の結合のほかに、観念の異なる文字と文字、図形と図形、記号と記号、またさらに文字、図形、記号の三種の結合などによって構成される標識である。「彩色商標」とは、文字標識、図形標識または結合標識に色彩を施した商標である。現行法は、旧法の着色限定制度（旧商標法1条3項）にかえて、上述のように色彩を商標の構成要素としている。

では諸外国の商標の法的な構成のあり方について概観してみよう。⁽²⁾まず台湾の現行商標法によれば、その第1条で、「自己の生産、製造、加工、選択、販売、または取扱いに係る商品を表示するために、商標を専用しようとする者は、この法律により登録を出願しなければならない。商標に用いる文字、図形、記号または、これらの名称および色彩を指定しなければならない。商標に用いる文字は、発音を含み、漢字を主体とし、その発音は、国語を基準とし、また外国語を補助として用いることができる」（前掲95頁）を定めている。さらに韓国の現行商標法でも、商標は、文字、記号、図形またはこれらの結合を認めているが、しかし諸外国の商標法との著しい特異性は、色彩が商標の構成要素として認められていないことであろう。しかしながら、商標を使用するときは、その商標の外観、称呼、観念など要旨に変更を及ぼさない限度において色彩を使用することを認めていることを注意しなければならない（前掲13頁）。なお、タイ国の商標法で定義されている商標も、ほぼ諸外国と同じである。すなわち、商標は、図案、ブランド、題字、ラベル、引札、名前、署名および語、文字、数字または、それらの組み合わせで、かかる商標の所有権が商品に付され、あるいは商品に関連して製造、証明、取扱い、または、販売のために使用し、または使用しようとするものをいうとしている（前掲200頁）。

- (1) 商標の構成で問題となるのは、商標が平面的で視覚に訴えるものに限定されるかどうかの点である。わが国の商標法では、この法律で「商標」とは、文字、図形もしくは記号もしくはこれらの結合またはこれらの色彩との結合であって……と商標の定義を行っており、そのために、酒類のビンそのものが商標であるような「立体商標」は、認められていない。しかし、石けん・ガラス等の商品に実際に商標を表示するときに行える多少の凹凸は、社会通念上許される範囲で商標の使用として認められている。また、容器なども、その展開図は、わが国でも、商標として登録を認めてい

るので、この限度で立体商標に準ずるものが保護されているものといえよう（紋谷編前掲16頁）。しかし、フランス・アメリカ・オーストリア等の諸国では、酒類や飲料水のビンなど立体商標についても、その登録を認め、保護の対象としていることは注目に値する。では、つぎに「音響標識」（聴覚標識）や「動く標識」は商標として認められるだろうか。わが国の現行商標法のもとでは、商標として登録することが否定されている。ただし、アメリカでは、1946年の現行連邦商標法つまり Lanham Act では、「ラジオまたはテレビの番組の題名、キャラクター名、その他顕著な表現形式」のあるものは、サービス・マークとして登録することを認めている（45条）。吉藤幸朔・紋谷暢男編「特許・意匠・商標の実務相談」138頁。

(2) マレーシアでは、1950年の商品標章法で商標を「特定の人の製造、もしくは販売にかかる商品であることを表示する標章」と定義する。フィリピン法でも、アメリカ法と同様に商標についてつぎのように明示する。すなわち、「商標という語は、製造者または商人による商品の同一性を示し、それらを他人が製造、販売または取り扱っている商品と識別するために採用し、使用されている言葉、氏名、表象、標章、記号、図形あるいはそれらの組み合わせを含む」ものとしている。

Lanham Act, sec. 45 (15 U. S. C. 1127) Trademark. The term "trademark" includes any word, name, symbol, or device or any combination thereof adopted and used by a manufacturer or merchant to identify his goods and distinguish them from those manufactured or sold by others.

商標は、いうまでもなく、商品の標識であり、また自他商品を識別するために商品との関連で使用されるものである。したがって商標法のもとでは、商品の概念はきわめて重要なことである。わが国の現行商標法のもとでは、各商標登録出願は「商品の区分」内において、「指定商品」を定めて行なうべきものとし（同6条1項、商標令1条）、商標法施行規則3条別表で、各商品の区分に属すべき商品を例示している。そこで、それについての商標登録後は、右指定商品について登録商標の専用権が認められ（同25条）、かつそれと類似する商品の範囲にわたって登録商標の禁止権が認められている（同37条）。このように商品概念は、商標法のうえで実に重要なものであるにもかかわらず、その定義づけは学説なり判例上も判然としたものがなく、経済社会の通念にゆだねられている実情である。そこで、商品が商標法上の商品であるかどうかは、経済社会の通念である取引の状況に即して判断されなければならない。大体つぎのようなことが要件として考えられている。

(1) 有形のもの、主として動産であること

まず商品は有形のもの、つまり有体物であることを必要とする。無体物である電力・熱のようなエネルギーなどは、それ自体商品ではない。また運送業、娯楽業、金融業、放送業などのサービスは、いわゆる無形の商品であって、ここでいう商品ではない。しかし、反対に無形のものであっても、天然ガス、酸素、水素などの気体は、ボンベのような容器に収納すれば、容器と一体として取引できるから商標法上の商品であるといえる。

(2) 流通過程にのせられるものであること

土地、高層ビルのような不動産は、売買されることはあっても、流通過程にのせられない

ので、商品とはいえない。しかし、不動産のように見えても、組立家屋、移動トイレ、移動店舗などは、運搬可能性を有するものであるから、商標法上の商品に含まれている。エレベーター、エスカレーター、など不動産の一部を構成するものであっても、単独に分離可能性を有する限り、商品である。なお、レストランなどで食べる料理そのものは、流通過程にのせられないために、商標法上の商品とはいえないが、料理をパックに詰めて、デパートなどで売買されているものは、流通過程にのせられているから商品というべきである。

(3) 取引の対象となりうるものであること

商品といわれるためには、また取引の目的であることを要するから、たんに取引の目的物に附随して頒布されるチラシ、パンフレットなどの宣伝文書や広告宣伝だけに使用される場合のマッチ、石けん、手帖そのものは商品ということとはできない（東京地判昭和36・3・2下民集12巻3号410頁）。なお、有価証券は動産としての法的性質もあって（民86条3項）、取引の対象としての要件を具備しているが、しかし、もともと商標によって、自他識別されることを有意義ならしめる対象物ではないから、ここでいう商品にはあたらないというべきである。またそれぞれの取締法規（薬事法、阿片法、麻薬取締法、農薬取締法）などにより、その取引が制限されている物品も、それはただ取締法規に違反するというにすぎず、商標を附すべき商品ではないと解するのは妥当ではない。このような場合には、当該商品に対する商標の使用が一定の範囲で法的に制限されることになるにすぎない⁽¹⁾（紋谷編前掲20頁）。

(1) 韓国商標法の商品分類は、53類あり、材料主義的な分類である。またアメリカ商標法を模倣して、サービス・マーク（営業標）を認め、そのサービスは101類から112類までの12の分類となっている。「アジア諸国の工業所有権と保護」23頁、台湾商標法の商標商品の分類表は第1項から第72項までとなっている。前掲125頁、フィリピン商標法の商品分類表は、第1類から第52類まで、サービス・マーク分類表は第60類から第67類までとなっている。タイ国商標法の商品分類表は第1類から第50類までである。マレーシア商標法の国際商標商品分類表は第1類から第34類までである。オーストラリア商標法の国際商標商品分類表は、第1類から第34類までである。ニュージーランド商標法の国際商標商品分類表は第1類から34類までである。前掲336頁、355頁。

商品の標識である商標は、商品について「使用」されるものでなければならない。では、商標法上の「使用」とはなにか。商標法の2条3項で、この「使用」概念について、つぎのように明示している。すなわち、(1)商品または商品の包装に標章を付する行為である（1号）。これは商品自体に直接商標を貼付したり、刻印し、焼付しまたは織出すなどの諸行為を指すのである。もちろん、つり下げラベルを商品に結びつけておくのも含まれる。さらにボタン・菓子などのさいに、商品そのものを商標の形にしたときにも、商標の使用にあたるものとされている（紋谷編前掲18頁）。また、ここでいう商品の包装とは、

商品の容器、包装箱、包装紙などを称する。しかし、未だ実際に商品を包むのに用いられていない包装用紙などは含まれない（特許庁編「工業所有権法逐条解説」632頁）。したがって、通常商品なりその包装の外観から見えないような部分に、商標を付する行為は、商品についての使用にはあたらないと解されている。判例でも、これらのは登録商標の指定商品との関係で、用いられているものであることを要し、またそれで足としている（東高判昭和40.4.23行裁例集16巻5号787頁）。(2)商品または商品の包装に標章をふしたものを譲渡し引き渡し譲渡もしくは引き渡しのために展示しまたは輸入する行為である（2号）。ここでいう「引渡」には、一般的に三つの意味がある。一つは、広く物または人についての支配を移転することである。二つは、占有を移転することである。三つは、物のうえの現実の支配を移転することである。現行商標法では、第3の意味であると解されている（特許庁編前掲632頁）。(3)商品に関する広告、定価表または取引書類に標章を付して展示しまたは頒布する行為である（3号）。商品の広告、定価表または取引書類に商標を付するだけでは足りない。なお、これを展示または頒布する行為が必要である。広告とは、看板や引札のほか、さらに街頭のネオンサイン、テレビ、カレンダー、飛行機が空に描いたものなども含まれる。ただし、ラジオ、街頭放送による広告などは、通常の意味では広告であるが、媒体が音声であるために、ここでいう⁽¹⁾標章についての「使用」にあたらないと解されている（特許庁編前掲632頁）。なお、ここでいう広告とは、商品に関するものであることを要するので、たんに商標だけの広告宣伝あるいは表示は、ここでいわれる「使用」とは認められないことになる（最判昭和43.2.9民集22巻2号159頁）。また、取引書類のなかには、注文書、納品書、送り状、出荷案内書、物品領収書、カタログなどが含まれることも注意すべきであろう。

- (1) 現行商標法2条3項では、「標章」についての使用を定義している。そこで「標章」と「商標」との関係が問題となる。そこで特許庁編「工業所有権法逐条解説」によれば、「標章とは1項の定義の通り、文字、図形もしくは記号もしくはこれらの結合またはこれらと色彩との結合であり、業務を行なうものが、標章を商品について使用すると商標となるのである。すなわち、標章は商標を含む広い概念であり、逆にいえば、商標は標章の中で一定の者が商品について使用するという特殊な要件が加ったものである。したがって、標章というときは、サービス・マークはもとより商品とは全く関係のない文字、図形または記号なども含まれるのである」（630頁引用）とする。フィリピン商標法では、「標章」とは、登録されていると否とを問わず、この法律のもとに登録される資格がある商標またはサービス・マークを含むとしている。「アジア諸国の工業所有権と保護」176頁、196頁のアメリカ商標法でも、「標章」とは、登録されていると否とを問わず、本法にしたがって登録要件を具備する商標、サービス・マーク、団体標章、証明章標を含むものとし、フィリピンと同じ定めをしている。Sec. 45 (15U. S. C. 1127). The term "mark" includes any trade mark, service mark, collective mark, or certification mark entitled to registration under this Act whether registered or not.

では、商標が商標法上の保護を受けるためには、登録を受けることが必要である。この商標の登録については、積極的な要件と消極的な要件とがある。前者の積極的な要件とは、商標登録にあたっての商標としての一般的、普遍的な適格性のことであり、いいかえると自他商品の識別力、すなわち「特別顕著性」を具備することである（3条）。旧商標法では、第1条2項で「登録ヲ受クルコトヲ得ベキ商標ハ、文字、図形若ク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」と表現していたが、その表現の理解に困難さがあるために、新商標法では、「特別顕著」という字句を使用しないで、その代わりに、その具体的内容を3条1項各号に列挙したのである。すなわち、現行商標法の立場は、特別顕著性とは、商標⁽¹⁾のもつ自他商品の識別力であり、商標登録の積極的な要件として法文に明定したわけである（3条2項）。そこで、現行商標法では、も他商品の識別力のない商標として、つぎのものを掲げている。(1)商品の普通名称である（3条1項1号）。普通名称とは、取引界において、その名称が特定の業務を営む者から流出した商品を指称するのではなく、その商品の一般的な名称であると意識されるに至ったものをいうのである（特許庁編前掲638頁）。つまり取引界で、特定の業務に係る商品であることが意識されないようになった名称は、たとえその商品について使用してみても、出所表示機能あるいは自他商品の識別力がないことが明瞭であるので、これを不登録理由として掲げたのである。本号の例としては、ナイロン、エスカレーターなどがある。もちろん、普通名称であっても、特殊な態様で表示すれば、自他商品を区別することが可能となるから、その場合には本号の適用がない。(2)慣用商標である（3条1項2号）。本来、特定人の周知商標または登録商標であったものが、同種の商品について、同業者により、慣用的に使用されるようになったために、自他商品の識別力を失うに至ったものが、いわゆる慣用商標である。たとえば「正宗」（清酒）、「オランダ船の図形」（カステラ）などがこれであろう。ここでいう慣用の範囲であるが、かならずしも全国的に慣用されている必要はなく、一地方で同業者により、慣用されていればよい。また慣用商標は「自由標章」ともいわれるもので、特定個人に独占させるのは不適當であるので、これを不登録理由として明示したのである。(3)商品の産地、販売地等を普通の態様で表示する標章（記述的標章）のみからなる商標である（3条1項3号）。商品の特性を記述する目的で表示する、いわゆる記述的商標は、一般的にみて、自他商品の識別力を欠く場合が多く、かつ何人にとっても必要な表示であって、個人に独占させるのは不適當であるので、不登録理由として掲げたのである。本号の例としては、「東京」、「大阪」、「スーパー」、「一番」、「よくきく」などがこれであろう。もっとも1号の普通名称と同様に、特殊な態様で表示した場合や商標の一部として含む場合には本号の適用は免れることになる。(4)ありふれた氏または名称を普通の態様で表示する標章のみからなる商標である（3条1項4号）。いかなる程度のものが、ありふれた氏または名称であるかは、一般的にはいえない。民と名はそれぞれありふれていても、それが結合すれば「ありふれた」とはいえなくなるから、氏名には本号の適用はない。名

称とは個人の名前だけではなく、法人名、団体名、商号、雅号、芸名、屋号およびそれらの略称を含んでいる（商法16条参照）。本号にあたる例としては、伊藤、田中、山田、鈴木などの氏がこれにあたるものといえよう。もちろん、本号も1号と同じく特殊な態様で表示した場合や商標の一部として含む場合には、その適用を免れることはいうまでもない。(5)きわめて簡単でかつありふれた標章のみからなる商標（3条1項5号）たとえば、たんなる直線または円のみからなる商標である。(6)以上(1)から(5)までのほか、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識することができない商標である（3条1項6号）。これは1号から5号までの総括条項である。いいかえれば、1号から5号までは、本号を導きだすための例示的列挙ともいうことができる。そしてまた、「特別顕著」の一般的な意味を明確にしているのである。ここでいう「需要者」には取引者を含んでいる。さらに、商標法3条2項では、使用という結果によって、特別顕著性が発生する条項をおいている。すなわち、3条1項各号の商標は、自他商品の識別力がないものとされ、商標登録を受けられないのであるが、3条1項3号から5号に該当する商標は、特定の者が長年その業務に係る商品について使用をした結果、その商標がその商品と密接に結びついて、出所表示機能をもつに至るので、それらを保護しようとする趣旨である（特許片編前掲640頁）。これは、パリ条約6条の5C(1)の規定と同じ趣旨のものであり、また旧法下の判例を確認したものにほかならない（紋谷編前掲49頁）。

- (1) 通常、識別力のない商標であっても、莫大な宣伝費を使うなどの方法によって著名になると、自他商品の識別力を具備する場合がある。このような著名商標については、例外として、とくに登録を受けることができる。使用により識別力を生ずるようになった事実を立証する証拠方法およびこれに記載すべき内容の詳細は、江口俊夫「わかり易い商標法」71頁参照。

以上、商標の積極的な要件つまり商標登録にあたっての一般的、普遍的な適格性のことを論じてきたのであるが、つぎに、商標登録の消極的な要件つまり自他商品の識別力を具備した商標が、商標法4条の規定によって不登録事由となることがあるので、以下これについて検討を加えてみよう。不登録事由の種類としては、絶対的不登録事由（4条1項1号—7号）と、事情により登録される相対的不登録事由（4条1項8号）とがあり、また公益的不登録事由と私益的不登録事由とがある。では現行商標法による不登録事由をあげてみよう。

- (1) 国旗、菊花紋章、勲章、褒章または外国の国旗と同一または類似の商標（4条1項1号） このようなものを、一個人が独占して商品の識別標として用いることは、国家の権威や皇室の尊厳を保つためにも好ましい現象ではないので、商標として出願しても、登録を拒絶されるのである。したがって、国旗等の類似性の判断は、それらとあいまぎらわしいか否かによって決すべきである。また、勲章、褒章または外国の国旗は現存するもの

に限定される（通説）。なお、外国は、わが国が承認していない国をも含むものと解されている。旧商標法では、菊花紋章が商標の一部を構成していれば、登録拒絶の対象となっていたが、現行商標法のもとでは、たとえそれが商標の一部をなしていても、商標の全体からみて、「同一または類似」のものでなければ、登録を受けられるようになり、緩和されていることは注目に値しよう（特許庁編前掲644頁）。台湾の商標法2条1項でも「中華民國の国旗、国の紋章、国じ、軍旗、官印または勲章と同一または類似であるもの」は登録できないことになっている。フィリピンの商標法では、フィリピンまたは外国の国旗、紋章そのほかの記章、これと類似するものからなり、これを含む商標を登録拒絶の対象としている。なおインドネシア商標法5条2項(ロ)によれば「国旗、国家の象徴、紋章、姓名、国際的な会社の略字、インドネシアの地方政府の象徴、またはこれらのものに類似するものからなるもの」は不登録事由とされている（詳細は、「アジア諸国の工業所有権と保護」96頁、177頁、297頁参照）。

(2) パリ同盟条約の同盟国の紋章その他の記章であって、通産大臣が指定するものと同一または類似の商標（4条1項2号）　これは、国際間の尊厳性を配慮した規定であって、パリ条約6条の3に対応する条項である。したがって、パリ条約加入国がこれらの紋章、記章を登録しないことを約束している以上、わが国でも、商標の出願をなした場合には登録を受けることができないのである。なお、本号で「同盟国」というときは、その中には日本国自体を含まないものと解されている（通説）。

(3) 国際連合その他の国際機関を表示する標章であって、通産大臣が指定するものと同一または類似の商標（4条1項3号）　本号は新設の規定である。現今、国際機関の地位、権限は、国際的な活動の分野で次第にその比重を増しつつある。そこで、1号および2号の立法趣旨に準じて、本号を創設したのであるが、その立法趣旨は、「これらのものの商標としての使用はそれが表示するものの尊厳を傷つけ、また一私人に独占を許すことは妥当ではない（特許庁編前掲644頁）」という点にある。ゆえに、国際機関のマークの尊厳性を保つために、これと同一または類似の商標は登録されないのである。本号は、パリ条約の6条の3(1)(b)と同じ趣旨の規定である。たとえば「国際連合」「The United Nation」の文字ならびに国際連合の旗および旗の中央に描かれている図形（昭和35年通産省告示154号）、「国際原子力機関」の文字およびその標章（昭和35年通産省告示681号）などが通産大臣により指定されている（紋谷編前掲51頁）。なお、そのほかにも、通産大臣によって指定され、官報に告示されているものに、「国際刑事警察機構のマークおよび文字」、「世界保健機関のマークおよび文字」、「国際民間航空機関のマークおよび文字」、「国際復興開発銀行のマークおよび文字」、「国際決済銀行のマーク」、「国際労働機関のマーク」、「ラテンアメリカ自由貿易連合のマーク」「国際オリーブ油連合のマーク」「国際通貨基金のマーク」、「欧州原子力核研究機関のマーク」「万国郵便連合のマーク」、「欧州自由貿易連合のマーク」などがあげられている（詳細は江口前掲73頁、74頁）。台湾の商標

法2条5項でも、「国際連合の名称、または記章と同一または類似であるものは登録することができない」（「アジア諸国の工業所有権と保護」96頁）。

(4) 白字赤十字の標章、赤十字の名称、'ジュネーブ十字の名称と同一または類似の商標（4条1項4号） 赤十字に関しては、赤十字条約にもとづいて、「赤十字の標章及び名称等の使用の制限に関する法律」（昭22法159）が制定されているが、本号の立法的狙いは、かかる法律で禁止しているものに、商標権を設定することは妥当ではなく、同時に赤十字社の権威を傷つけるおそれがあるからである。よって、これらのものは、商標として出願しても、登録を受けることができない。もちろん、登録が拒絶されるのは、赤十字の記号や名称を商標中に顕著に有する場合だけである。なお、「赤十字」「セキジュウジ」「RED CROSS」の文字も、登録拒絶の対象となっていることも注意すべきであろう。台湾の商標法では、赤十字の記章と同一または類似のものは登録できないことになっている（2条4項）。フィリピン商標法も赤十字紋章の登録を禁じている。マレーシア商標法も同様のことを明示する（詳細は、「アジア諸国の工業所有権の保護」242頁）。

(5) 日本国もしくは同盟条約の同盟国の政府もしくは地方公共団体の監督用または証明用の印章または記号のうち通産大臣が指定するものと同一または類似の標章を有する商標であって、その印章または記号が用いられている商品と同一、または類似の商品について使用するもの（4条1項5号） これは、監督、証明の権威およびそれらの品質保証的な機能を考慮したものにはかならない。パリ条約6条の3(2)の規定に対応するものである。したがって、その標章を商標の一部として構成する商標は、登録を受けることができない。もちろん、これらの商標が登録を拒絶されるのは、特定の商品に限定されている。たとえば、スイス国の官の監督用の印章は、金製品、銀製品、白金製品などの貴金属製品に限って、登録を拒絶されるのである（江口前掲74頁）。台湾の商標法では、「工業規準標と同一または類似であるもの」は登録できないことになっている（2条3項）。

(6) 国、地方公共団体、公益法人、公益事業などで営利を目的としないものを表示する標章であって、著名なものと同一または類似の商標（4条1項6号） 本号は、これらの団体の権威およびそれらの標章の出所表示機能を重視したもので、公益保護としての規定上の性格を有するものである。もちろん、これらの団体が出願すると、商標の登録は可能となる（4条2項）。本号にあたるものとしては、YMCA、JETRO、NHK、結核予防会のダブルクロス、大学を表示する標章、都市の紋章などである。国とは日本国を、地方公共団体とは、地方自治法にいう都道府県および市町村ならびに特別区、地方公共団体の組合および財産区をいう（1条の2）。また公益に関する団体で、最も典型的なものは、民法34条の公益法人である。

(7) 公序良俗を害するおそれがある商標（4条1項7号） 本号は、国家社会における道徳的な秩序、風俗を考慮して規定されたものである。公序良俗に違反するか否かの認定は、社会通念つまり審理するときの客観的状況なり、商標を使用すべき指定商品によって左

右されることがあることを留意すべきである。たとえば本号に該当する例としては、(イ)矯激な文字、卑猥な図形を含む商標、(ロ)社会公共の利益に反する商標、(ハ)社会の一般道徳觀念に反する商標、(ニ)国際信義に反する商標、(ホ)日本国の国旗や外国の国旗の尊厳を害する商標、(ヘ)他の法律によってその使用が禁止されている商標などがこれであろう⁽¹⁾（江口前掲75頁）。これと同様の法規制は、アジア諸国法にもみかける。台湾の商標法では「風俗秩序を害し、または公衆を欺くおそれがあるもの」（2条6項）を禁じている。フィリピン商標法でも、不道徳な詐欺的な醜悪な事項からなり、個人制度、信仰もしくは国家の象徴をけなし、それらを侮辱するものからなる商標は、不登録理由とされている。マレーシア商標法では、公序良俗に反し、もしくは醜悪な図案を有する商標は禁止されている。インドネシア商標法5条1項でも、「道徳または公序良俗に反する図形または印刷文字は、商標として登録されない」旨を明示する（「アジア諸国の工業所有権の保護」96頁、177頁、242頁、297頁）。

- (1) 著名商標のただのり（フリーライド）が本号に該当するか否か問題がある。現在では、「一定商品につき著名な商標を無断で、他人が異種の商品につき使用することにより、その商標に化体されている営業上の名声や信用などを利用すること」を著名商標のただのり（free-ride）と定義している（「法律問題の基礎知識」241頁）。ただのりの法的効果としては、(イ)出所の混同より生ずる営業上の信用毀損、(ロ)他人が著名商標を多種多様な商品に使用することによる著名商標自体の弱化、いわゆる「希釈化」（dilution）現象をもたらすことになる。そこで著名商標保護の法制度が論じられているが、諸外国とりわけ、アメリカの若干の州商標法のなかには、いわゆる希釈化防止条項（antidilution statute）が採用されているといわれている（紋谷編前掲76頁）。そのほかに、ドイツでも不正競争防止法1条の一般条項を根拠に、問題となっている。わが国の多数説は、著名商標のただのりに対しては、商標法4条1項15号を理由に、指定商品または類似商品に限らないで、非類似の商品にまで、範囲をひろげ、登録出願を拒みうるものと解している。また、ただのりの行為が、商品なり営業の混同を生じさせる限りにおいて、不正競争防止法の面からも、差止の対象となりうることが判例でも確認されている（大阪高判昭和41.4.5高民集19巻3号215頁）。しかし近時は商標法4条1項7号の適用を肯定する見解があることも注目したい。

- (8) 他人の肖像、氏名、名称、著名な雅号、芸名、筆名、これらの著名な略称を含む商標（4条1項8号） 本号は、商品の出所の混同を防止するよりは、むしろ人格権を尊重する趣旨の規定にほかならない。「他人」とは、かならず現存の人物を指すと同時にまた内国人、外国人の別を問わない。「氏名」は、フルネームであり、氏または名のうち、いずれか一方のときは本号の適用はない。（通説）「名称」には、法人の名称であり、商号も含まれる。氏名、名称は著名でなくてもよいが、ある程度の有名性、稀少性を必要とすると解されている（紋谷編前掲52頁）。これに対して、雅号、芸名などは、「著名」なものに限っている。また「これらの著名な略称」とは、氏名、名称、雅号、芸名および筆名の

略称の意味である。したがって、商標中に、他人の肖像、氏名などが含まれておれば、それが要部でなくても、他人の承諾が必要である（同号かっこ書）。本号は人格権を保護することを狙いとする規定であるために、東南アジア諸国の商標法でも、大同小異ながら、同じような定めをなしている。すなわち台湾の商標法によれば、「他人の肖像、氏名、もしくは商号または法人もしくはそのほかの団体の名称を含むもの。ただし、その所有者の承諾を得ているときは、この限りでない」（2条11項）とする。フィリピン商標法でも同様に特定の生存者の氏名、肖像を条件つき商標の登録としているが、とくに関係者の承諾を得るためには書面によることを必要としている。さらに、特異なのは、死亡したフィリピン大統領の氏名、異名、肖像を商標とするときは、大統領未亡人の書面による承諾を得た場合に許可されることになっていることであろう（「アジア諸国の工業所有権の保護」96頁，177頁）。

(9) 博覧会の賞と同一または類似の標章を有する商標（4条1項9号） 本号の立法趣旨は、博覧会の賞の権威の維持とともに、品質の誤認の防止にあると考えられる。本号に「賞」とあるのは、旧商標法の「賞牌、賞状又は褒状」にあたり、そのなかには物品としての賞品は含まれない。商標中、これらの賞が含まれておれば、それが要部を構成するものでなくても本号の適用を受ける。ゆえに博覧会の賞を受けた者が、その賞を商標の一部に使用する場合には、受賞の事実を立証する必要がある（江口前掲76頁）。台湾商標法2条9号にも同様の規定をおいている。

(10) 他人の周知商標と同一または類似の商標であって、同一または類似の商品に使用するもの（4条1項10号） 本号の立法趣旨は、商品の出所の混同防止とともに、一定の信用を蓄積した未登録有名商標の既得の利益を保護するところにある。周知商標とは、特定人の業務に係る商品を表示するものとして、取引需要者間にひろく認識されている商標である。周知性の判断は、取引需要者との関係で、具体的に決定すべきであるが、その周知の程度のいかんは、全国的であると地方的であると問わない（通説）。本号は、32条、33条の規定とともに、周知商標を代表する規定であり一般に「登録主義」と「使用主義」とを折衷した規定であるといわれている⁽¹⁾（江口前掲77頁）。本号に相当するものとして、台湾の商標法では「公知である他人の標章と同一または類似であるもの」は商標として出願を認めていない（2条8項）。なおマレーシア商標法でも、周知商標を保護している。

(1) 商標法の基本的思想として、登録主義、先願主義、審査主義、出願公告主義、権利主義などが考えられるが、なかでもとくにわが国の場合には、登録主義に関して、純粋な登録主義を採用していない。使用主義に準ずる思想が、部分的に採用されている。本号でいう周知商標、先使用権（32条）などは、その典型ともいえよう。よって周知商標権者は、不正競争防止法による場合は別として、積極的に他人の使用を差し止める権利はないけれども、他人の商標登録を阻止することができるわけである。また、本号違反によって、他の商標が登録されても、その商標権について、32条の先使用が認められている（特許庁編前掲647頁）。とりわけ東南アジア諸国で、最も

先使用主義を明確に立法化している国は、インドネシアであろう。その商標法第2条では、「自己の商品を、他人の商品と区別するため、商標を使用するが、その権利は、インドネシアにおいて、最初に商標を使用する人に許与される」と定めている（「アジア諸国の工業所有権と保護」295頁）。

(11) 最先に出願された他人の登録商標と同一または類似の商品に使用する商標（4条1項11号） 本号は、自他商品の混同防止ではなく、先願主義（8条）を明確にしたものにほかならない。本号は、25条（使用権）、37条（間接侵害）とならんで、商標を保護するための最も重要な規定であるといえよう。台湾商標法でも、「同一の商品について、二人以上の者が、同一または類似の商標の登録を、個別に出願したときは、中華民国領土内において実際に最先かつ中断することなく使用した者が登録を受けるものとする」（3条）と定めている。

(12) 他人の登録防護標章と同一である場合（4条1項12号）⁽¹⁾ 本号は防護標章を基礎とし、自他商品の混同の防止を狙いとするものである。防護標章の登録を受けたときは、他人のその標章の使用は、商標権の侵害とみなされるわけで、その範囲内では、他人の標章の使用が禁じられるのであるから、その標章と同一の商標については、その指定商品に関する限り、商標登録ができないのである（特許庁編前掲647頁）。

(1) 防護標章 (defensive trade mark) は、「防禦商標」、「防衛商標」ともいわれることがある。これに類似する制度は、イギリス商標法（27条）にある。近時のように著名商標のただのり現象が活発化してくると、それを規制するためにも、著名商標の保護が必要となってくる。そこで現行商標法では、この制度を新設し、一定の要件のもとに（64条）、周知商標についての禁止権を非類似商品にまで拡大することにしたのである。とくに香港商標条例（1955年法）では、出所の混同ではなく、ただのり現象まで、防護標章制度の枠内に採用しているとのことである。紋谷編前掲134頁、「アジア諸国の工業所有権と保護」240頁。

(13) 商標権消滅後1年を経過していない他人の商標またはこれに類似する商標であって、その指定商品またはこれに類似する商品について使用するもの（4条1項13号） 本号の立法趣旨は、商標権が消滅しても、1年間ぐらいいは、その商標に表章された信用が残っていて、他人がその商標の使用をすれば、商品の出所の混同を招くおそれがあることを防ぐところにある。もちろん、商標権が消滅してから、1年を経過していなくても、その前に1年以上使用をしなかったときは本号の適用はない（本号かっこ書）。台湾商標法2条12項にも同様の規定がおかれている。

(14) 農産種苗法第7条1項の規定により登録を受けた名称と同一または類似の商標であって、その種苗またはこれに類似する商品について使用するもの（4条1項14号）

(15) 他人の業務に係る商品と混同を生ずるおそれがある商標（4条1項15号） 本号の立法趣旨は、自他商品の混同の防止にあり、主として事業者の利益を保護しようとするものにほかならない。ここでいう「他人」とは、特定の事業者を判然と認識していることを

必要としない。また他人の商標は、登録のいかんを問わない。自他商品の混同は、商標の構成に限らず、当該商品の取引需要者の一般的注意の程度に応じて、商標の構成と客観的な諸般の事情を考慮して判断されるべきであろう（紋谷編前掲55頁）。たとえば、他人の著名商標と同一または類似の商標を、類似しない商品についてまで出願したときは、登録することができないので、本号は、ある程度著名商標を保護しているともいえよう。

(16) 商品の品質の誤認を生ずるおそれがある商標（4条1項16号） 本号は公益を重視した保護規定であり、更新拒絶理由（19条2項）でもあり絶対的な不登録事由である。品質の誤認は、出所の誤認と同じ態度で判断されるべきであろう。たとえば、商品洗髪料について「タマゴシャンプー」などは本号に該当しよう。なお当該商品の生産地以外の産地名の表示も本号にあたることが多い。マレイシア商標法では、すでに登録されている他人の商標と同一または公衆を偽購し、もしくは混同を生ずる程度に類似する商標であって、同一または類似の商品にかかるものは登録できないものとされている（「アジア諸国の工業所有権と保護」242頁）。

- (1) 品質の誤認を生じさせることは、独占禁止法上の不公正な取引方法の一種である不当な顧客の誘引（2条7項3号）にあたるとして指定されており（一般指定6）、また独占禁止法の補完法規である不当景品類及び不当表示防止法によっても規制されている（4条、6条）。紋谷編前掲。

以上商標登録の消極的な要件を分析検討してきたが、さらに観点をかえて、若干最近問題を提起しているサービス・マークについて考察してみよう。ところでサービス・マーク（service mark）というのは、銀行とか運送業者のように、商品ではなく、サービス（役務）の提供を業としている者が、その業務について使用しているマークである。これらは商品について使用をするものではないから、それがたとえ商標である場合であっても、わが国の商標法の観点からすると商標であるとはいえない。すなわちサービス・マークはいわゆる「営業標」の一種であるといえる。アメリカのランハム法45条は、サービス・マークの定義に関してつぎのように規定している。「サービス・マーク」という用語は、自己のサービスの同一性を示し、これを他人のサービスと識別するために、サービスの提供または広告にあたって使用されるマークを意味する。ラジオないしテレビ番組における題名、登場人物（キャラクター）の名前、その他顕著な表現形式（distinctive features）、これらのもの、またはその番組がスポンサーの商品を広告するものであっても、サービス・マークとして登録することができる」ものとしている。サービス・マークにも商標と同じように登録制度を認めているのは、アメリカで1946年のアメリカ合衆国商標法（Lanham Act）でこれを保護している。その後アメリカ法の影響で、カナダ、フィリピン、韓国が、商標法のなかにサービス・マーク登録制度を採用している。ことに1958年の会議においても、新たに同盟条約1条2項にサービス・マークを加えることになり、かつ「同盟国はサービス・マークを保護することを約束する。同盟国はその登録につき規定す

ることを要しない」(条約6条の6)との旨を新設し、いよいよサービスマーク保護の気運が高まっている。なお、このようなサービス・マークの登録制度のない国においても、不正競争法の分野で一般的にサービス・マークを保護している国があることも注目すべきであろう。このように現在の産業界では、サービス事業の拡大発展にともない、サービス・マークの保護が強調されつつある趨勢にある。わが国でも近時、工業所有権法改正のさいに、サービス・マークを現行商標法に、いかに導入するかにつき、検討され、かつ世論調査もなされたが、結論的には、時期尚早であるという理由で見送りになっている。

- (1) マーチン・J・ベラン(吉井参也・田中斉治訳)「アメリカ商標法の実際」75頁以下、フィリピン法では、サービス・マークの登録を認めている。SEC. 2. What are registerabl-Trade-marks, trade-names and service-marks may be registered in accordance with the provisions of this Act. 「アジア諸国の工業所有権の保護」177頁、小野昌延「註解不正競争防止法」116頁。

以上あらましながら、商標保護の序論的な一側面を考察をしてきたが、とかく昨今の企業は、その規模のいかんを問わず、製品の製造技術を「特許」という型で、また製品の名称を「商標」という型で、市場に登場させることにより、相互に激しい企業競争を行なっている。そこで諸種の企業にとっては、この商標をいかに管理するかが、運営上重要な課題となっている。今後は公正な産業秩序維持の見地から、商標を中心とする問題を重点的に検討していきたいと思っている。