

## 商標法第2条第1項（商標の定義規定）における 政令委任規定の創設に関する検証

濱口太久未

### 1 はじめに（問題意識）

商標法第2条第1項は「商標」に関する定義を定めており、従前は「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、次に掲げるものという・・・」と規定されていたところ、「特許法等の一部を改正する法律」（平成26年法律第36号）第4条の商標法一部改正において「この法律で「商標」とは、人の知覚によつて認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものという・・・」とされ、現在に至っている。

この時点の商標法一部改正では、保護対象が拡大し、具体には色彩が単独で商標になり得るものとされるとともに、音も商標の構成要素の一つに追加され、さらに（本条項では手当てされていないものの、）第5条第2項第1号等<sup>1)</sup>に

---

1) このほか、商標法第5条第2項第5号や同条第4項、さらに商標法施行規則第4条、第4条の2、第4条の6、第4条の8第1項・第2項を参照。

において動き商標やホログラム商標、位置商標も認められることとなった<sup>2)</sup>。

そして、この時点では保護対象たる商標には加えられなかったが、「我が国企業に限らず各国での権利取得事例が相当程度ある商標（例えば「にのいの商標」）については、我が国における将来的な保護ニーズの高まりに迅速に対応し、保護対象に追加することができるよう、商標の定義について、人の知覚によって認識することができるものであることを明示するとともに、政令に委任することとした<sup>3)</sup>」として、商標の定義に関して政令委任規定が整備されたところである。

この保護対象たる商標の拡大に係る商標法一部改正については「特許法等の一部を改正する法律の施行期日を定める政令」（平成 27 年政令第 25 号）等により翌平成 27 年 4 月 1 日から施行されたが、上記の商標法第 2 条第 1 項で規定する政令については、そこから約 10 年を経過した現時点においても未制定である。

特許権は、査定・登録という行政処分を経るものの、所有権的な私権として発生するものであり<sup>4)</sup>、この点は商標権も同様である。そして、その私権たる商標権の保護客体である「商標」（厳密には登録商標）は商標法における根幹をなす基本概念であり、こうした基本概念の内容について政令委任を行うには

---

2) このように「新しいタイプの商標」に関する法令上の整備の仕方がそのタイプによって分かれたのは、このうち、動き商標、ホログラム商標、位置商標については平成 26 年改正前の商標法第 2 条第 1 項で定義される商標に既に含まれている（が、適切な出願方法等の規定が整備されておらず、そのために従来は商標登録を受けることが困難であったものであり、平成 26 年商標法改正やそれに伴う商標法施行規則改正においては、それに必要な規定整備を行うこととした）との整理がなされたためである。金井重彦＝鈴木将文＝松嶋隆弘編『〔新版〕商標法コンメンタール』13 頁〔鈴木将文〕、特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第 22 版〕』1565 頁以下を参照。

3) 前掲注 2・特許庁編 1524 頁。

4) 中山信弘『特許法第四版』167 頁。

商標法第2条第1項（商標の定義規定）における政令委任規定の創設に関する検証

相応の理由・合理性等が必要になるところ、政府の見解としては上記の通り「我が国における将来的な保護のニーズの高まりに迅速に対応」することがその理由とされているものの、上述の通りこれだけの期間が経過しても政令が整備されない現状にあっては、改正の原点に一度立ち返って十分に検証しておくことが必要であると考えられるところである。そこで本稿では、商標法第2条第1項において政令委任規定が整備された点につき、政府説明理由の妥当性の有無やそうした法改正の適否について検証・考察を加えることとしたい。

## 2 商標法一部改正の立案に至る議論

まずは、商標法第2条第1項の改正に至る議論を振り返ってみる。

### (1) 産構審知財分科会の商標制度小委員会

抑々前出の「特許法等の一部を改正する法律」(平成26年法律第36号)では、第1条から第6条において、特許法、実用新案法、意匠法、商標法、特許協力条約に基づく国際出願等に関する法律、弁理士法の各々の一部改正がなされており<sup>5)</sup>、また、第4条に規定する商標法一部改正をとってみても、要綱上、商標の定義の見直し、標章の使用の定義の見直し、商標登録出願に関する手続の整備等五つの事項が記載されていることから分かるように、規模の大きい法律となっている。

この商標法一部改正における商標の定義の見直しに関する議論が経済産業省において具体的にスタートしたのは産業構造審議会知的財産分科会の下に置かれた商標制度小委員会の第18回会合（平成19年12月18日）であるところ、当日の一議題である「商標政策を巡る最近の動向について」の中で、

---

5) 同法は「改め文」の書式上、本則65頁（附則も含めると83頁）にもわたっている。

WIPO の SCT<sup>6)</sup> における国際的な検討の動向や、音等の新しいタイプの商標に関する主要国における保護状況を紹介しつつ、日本でも調査研究を同平成 19 年 9 月から開始した旨が説明されている<sup>7)</sup>。同小委員会の第 19 回会合 (平成 20 年 6 月) では、6 項目の制度的検討課題が提示され、その中で新しいタイプの商標の導入については、国内企業へのアンケート調査結果 (約 3,100 社を対象に平成 19 年 9 月～10 月) として新商標いずれかの保護を希望する企業が約 8 割に上ること等が報告され<sup>8)</sup>、各委員から、立法化のための検討を行うことには意義がある旨や、企業が事業を行う際のハードルとにならないような配慮が必要である旨の発言があり、その後の検討については同小委員会の下に「新しいタイプの商標に関する検討ワーキンググループ (仮称)」を設置して、5 つの事項 (商標として保護すべき対象や、権利範囲及びその特定方法、商標の定義及び商標の使用の定義の見直し等) について検討を進めることとなった。なお、新しいタイプの商標の導入を巡っては、上述のようにこのスタート時点においても、必ずしも積極的なスタンスとは評価しにくい発言があったことには留意すべきであり、この点については後述する。

## (2) 新しいタイプの商標に関する検討ワーキンググループ

「新しいタイプの商標に関する検討ワーキンググループ」(以下「WG」とい

---

6) Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications の略。邦語では、商標・意匠・地理的表示の法律に関する常設委員会と称されている。

7) 第 18 回商標制度小委員会議事録 [森吉商標課長説明]。なお、その際、新しいタイプの商標の導入については、平成 13 年時点でも検討したものの、日本におけるニーズの欠如、登録動向の把握に係る負担への懸念からその時点では見送ることとなった旨、また、今回は主要国における保護状況や日本企業における海外での音商標の保有状況等を踏まえて改めて検討することとなった旨の説明も商標課長からなされている。

8) 助知的財産研究所『新しいタイプの商標に関する調査研究報告書』(平成 20 年 3 月)

う。)は、平成20年7月～平成21年1月の半年間に計5回開催されている。WGにおける検討事項は上述の通り、①商標として保護すべき対象、②商標の特定方法、権利範囲、③商標の同一及び類似の範囲、著作権等の他の権利との調整、④新しいタイプの商標の導入に伴う商標の定義の見直し、⑤新しいタイプの商標の導入に伴う商標の使用の定義の見直し、⑥その他（不正競争防止法との関係、商標権の効力の制限等）と、どれもかなり重い論点であり且つ多岐にわたっており、本稿がターゲットとする①・④だけを検討していた訳ではない。これら①・④について一定程度の具体的な議論が行われたのはとりわけ第3回（平成20年10月）、第4回（同年11月）の各会合時であった。先ず第1回における議論の設定としては、①については、視認できる商標（動き、ホログラム等）や視認できない商標（音、香り等）のうちどのようなタイプのものが識別力を持つものとして日本商標法で保護対象に加えるべきか、④については、新しいタイプの商標を保護することとした場合に、商標の定義規定への追加方式は個別に追加するか或いは定義規定自体を包括的な定義に大幅改正するか、また商標の定義に識別性要件を加えるかどうか、の論点が提示されたところではあったが、第3回会合の配布資料<sup>9)</sup>では、法制化する新しいタイプの商標につき「(検討の前提) ○これまでの議論を踏まえ、新しいタイプのうち、輪郭のない色彩、動画、ホログラム、音、位置を、新たに商標法の保護対象に追加することを前提に検討する。○その他のタイプ（香り・におい、触感、味、トレードドレス）については、特定が困難であるため、今回の検討の対象外とする。(商標の定義の見直し) ○輪郭のない色彩や、音を商標の定義に追加することとし、現行の「標章」とあわせて、例えば、「標章等」と定義してはどうか。○動画、ホログラムについては、標章等の形状等が変化するものとして、商標法の保護対象に含まれることを明確化してはどうか。」として、改正条文

---

9) 第3回 WG 資料1「法制上の論点と考え方について」

のイメージ素案も明記しつつ、結論の方向性が早々に提示されている（他方で、商標の定義規定を包括化した形にするかどうかについては、この時点では「一案である」とされており、商標の使用に関する定義の包括化とも連動することの可能性やその際の問題点等<sup>10)</sup>のこともあって、明確な方向付けはなされていない）。とはいえ、第 3 回の席上の議論では、位置やホログラムを追加することについては慎重な検討を求めるコメントがなされ、また定義規定の包括化或いは個別追加のいずれの方式を採用するかについても意見が収斂していない状況であった。ところで、本稿の問題意識との関係で注目すべき点として挙げておきたいのは、これらとは別の論点なのであるが、この時点での席上配布資料<sup>11)</sup>で記載されていた第 2 条第 1 項の改正イメージでは「第 2 条 この法律で「商標」とは、文字、図形、記号、立体的形状、色彩、音声その他の音響又はこれらの結合（以下「標章等」という。）であつて、次に掲げるものという。・・・」として「標章」を「標章等」とされていたところ<sup>12)</sup>、これに対して複数の委員から疑問が呈されている点<sup>13)</sup>には留意しておく必要がある（こ

---

10) 第 3 回 WG 議事録 [鎌田審議室長説明]

11) 前掲注 9

12) 前掲注 10 [鎌田] では「現行の「標章」につきましては、必ずしも音などが含まれる概念とは認識しがたいこともありますので、例えば「標章等」としてはどうか」と説明されている。

13) 前掲注 10 に掲げる第 3 回 WG 議事録上、以下の発言がある。

「色彩や音に関しては現行の標章に入らないという整理がされているのですが、色彩や音が、印といますか、マークといますか、出所を表示するものとして機能しているからこそ、今回のような検討がされるのだと思います。そうしたところからすれば、何もそれを標章の概念に入らないというふうに理解する必要もないのではないかなと個人的には思っております。そうしますと、「標章等」というちょっと不明確な、なぜ標章ではないのかという疑問の生じるような概念を入れてしまうよりも、新しいタイプの出所表示ないしマークがあるということを受け入れて、それも標章の概念に入れるという整理にしたほうがいいのではないかと思います。」[江幡委員]（なお、青木委員も「標章等

の点についても後述部分で取り上げる）。

これらを受け、第4回会合の席上配布資料<sup>14)</sup>では、保護対象に追加する商標のタイプについては、輪郭のない色彩、動画、ホログラム、音、位置のうち、ホログラムの商標については対象外とすべきとの意見があった旨、位置商標についてはさらに議論すべきとの意見があった旨が記載され（そして、輪郭のない色彩や音を対象化する場合の条文イメージ（素案）では、「標章等」は「標章」に改められている）、香り・におい、触感、味、トレードドレスについては従前と同様に保護対象に追加しないと記載されており、包括的な定義規定を設けるかどうかについては今回の改正では見送ることとする旨が記載されている。この第4回会合での議論そのものは、前出の検討事項①（商標として保護すべき対象）・④（新しいタイプの商標の導入に伴う商標の定義の見直し）との関係では、位置商標（禁止権の行使範囲、類似の判断の在り方、商標的使用との関係性）や音・ホログラムの商標の特定の仕方等を中心にした議論が行われており、定義規定に係る法制的な議論は見受けられない。

最終回となった第5回会合（平成21年1月）では、WGの報告書原案が提示され、商標の定義規定に関するやりとりは特段なく、位置商標や音の商標等に関する議論を経て、報告書案の修正については座長一任とされている。

最終的にWGの報告書は、パブリックコメントを経た上で、WGに対して検討を付託した商標制度小委員会の第20回会合（平成21年10月）における

---

というのは標章としてまとめたほうがわかりやすいというのは江幡委員と同じ」とする。）「商標制度の基本的な概念のおしりに「等」という言葉がついているというのは非常に違和感があり、なるべく避けるにこしたことはないと思います。実務的にも、「等」という言葉を基本概念の最後につけることによる混乱はいろいろあるのではないかと。例えば契約上、「等」を入れずに、そんなところははしょって契約をしたけれども、実際は入れて解釈すべきじゃないかと、いろんな混乱も予想されるところであります。」[鈴木委員]

14) 第4回WG資料1「論点整理」

配布資料 2-1 として確定版が提示されており（報告書自体が平成 21 年 10 月と表紙に記載されている）、権利範囲の特定可能性等の観点から、商標法に追加する商標のタイプについては、上述の WG における議論の方向性と同様に、動き、ホログラム、輪郭のない色彩、位置、音が適切とされ、香り・におい、触感、味、トレードドレスについては追加しないことが適切であるとされている。また、これらの追加対象の点と連動するものとして、商標の定義の見直しについては、出願人等からみた予見可能性を考慮し、標章の構成要素に関して（包括的に規定するのではなく、）個々のタイプを特定し、それらに応じて条文に反映させる必要がある旨指摘されている<sup>15)</sup>。

### (3) 商標制度小委員会での検討再開（平成 21 年 10 月～平成 25 年 2 月）

商標制度小委員会での検討は上記（2）で記載したように第 20 回会合（平成 21 年 10 月）で再開し、最終的には第 31 回会合（平成 25 年 2 月）で報告書がとりまとめられており、商標制度小委員会での再検討はこの間 3 年半を要している。

前出の通り、第 20 回会合では WG 報告書が配布されているが、新しいタイプの商標の導入を巡っては、調査結果<sup>16)</sup>に見られるニーズに関する実質的な低さを指摘する消極的意見や他方で海外における保護状況を踏まえた国際的なハーモナイゼーションの必要性を指摘する積極的意見が交錯している。新しいタイプの商標の導入に関わる商標制度小委員会の検討課題も WG と同様に多

---

15) WG の報告書 13～14 頁においては、動きの商標とホログラムの商標については「標章」の定義に標章の形状等が変化するものが含まれることを条文上明確化する、輪郭のない色彩の商標と音の商標については「標章」の定義に追加する、位置商標については現行の商標の定義規定がそのまま適用される、という整理がなされている。

16) 前掲注 8

17) 新しいタイプの商標の導入に関連して、例えば、第 21 回会合（平成 22 年 3 月）では商標の定義規定における識別性の追加等が、第 22 回会合（平成 22 年 7 月）では登録要件が、第 24 回会合（平成 23 年 2 月）では特定方法や出願日が議題に上がっている。

岐にわたっており<sup>17)</sup>、このうち商標の定義の在り方が議題に設定されているのは第21回会合（平成22年3月）と第25回会合（平成24年2月）～第27回会合（平成24年5月）であるところ、第21回会合で取り上げられたのは商標的使用論との関係整理も含めて商標の定義に識別性を加えるかどうかという点であり、本稿の問題関心との関係では第25回以降の会合<sup>18)</sup>について言及する。

第25回会合（平成24年2月）では、それまで行われてきた種々の議論を整理する形で「新しいタイプの商標の保護の在り方に関するこれまでの議論と今後の方向性について（案）」と題する席上配布資料が用意されているところ、同資料上、商標法の保護対象に追加する商標のタイプについては、国際的動向として、特定国では「音」「におい」等の視覚で認識できない商標についても保護対象化する法改正をしていることや近年のFTA等において「におい」等の視覚的に認識できない商標も保護対象として考慮されるべき条項が盛り込まれるといった事情等を引き合いに出しつつ、今後の主な審議事項の一つとして「新商標WG報告書においては、香り・におい・触感・味等の商標は、権利範囲を明確に特定することが困難であること等を踏まえ、保護対象には追加しないことが適切としているところ・・・新たな国際情勢や今後の各国の制度・運用の進展の可能性を踏まえると、これらの商標についても、その保護の在り方について引き続き検証をしていく必要があるのではないか。」と記述されている。WG報告書以降に開催された第21回会合～第24回会合では商標法の保護対象に追加すべき新しいタイプの商標をどれにするかという議論は各回議事録上出てこない事柄であることからすると、殊このことに関しては商標制度小委員会の議論の方向性を事務局たる特許庁の主導により巻き戻そうとしたものと

---

18) 会合の開催頻度の点では、第25回を境に、それまで年に1～3回のペースであった商標制度小委員会が毎月乃至それに近いペースになっており、制度改正に向けての検討が急加速している。

看取される動きであり<sup>19)</sup>、この点は本稿のターゲットである商標法第 2 条第 1 項における政令委任規定の創設との関係上留意しておくべきものである。

しかしながら、商標の定義の見直しに関する検討が第 26 回以降の会合で順調に進んでいったのかどうかについては、必ずしもそうとはいえない印象の展開を辿っている。第 26 回以降は議論の詳細が確認しにくくなっているの

---

19) 第 25 回会合の議事録上、竹田委員からの質問に対して、青木商標制度企画室長は「・・・WG 報告書ではその権利範囲が特定できるかできないかという視点で、5 つのものについてはできそうなので適切ではないか、それ以外のおいなどについては難しいのではないか。だから、保護対象としては適切ではないということですが、ここで我々が考えましたのは、今の時点でワーキング報告書の 5 つものについて今後更に議論を進めて、それ以外のものは一切もう考えないで、そういう 5 つの新商標を所与のものとして検討を推し進めるとするのは若干議論としては早いのではないかということです。それから、先ほど御紹介しましたように諸外国の状況を見ると、おいなども、おいというだけでは排除していないという状況、しかもそれが今後そういった国が広がる可能性もあるという国際的な動きも見まして、引き続き我々としては、米国を含め、こういったにおいか視覚で認識できない商標について実際に運用している国の調査などを進め検証するという事は続けさせていただければと考えてここで一文を設けた次第でございます。」と答えている。この質疑応答に関連して「・・・少し分かりにくかったのですけれども、実際に諸外国の FTA との状況を見ると、結局におい等も含めて定義の見直しをやりたいという御意向なのかと理解いたしました」[柳生委員] や、「・・・味・香り等ですけれども・・・個体差とか心理状態によって味や香りの感じ方というのは変わってくるものがございます。そのような中、特定できるか否かで保護対象としての視点というも非常によく分かりますが、一方で現場で保護された商標を侵害しないように予見して避けるという観点からの現場活動からしますと、その個人、個人企業がどこまで対応していけるのかという視点も 1 つ中に入れて、再検討される場合には現場視点での検討をお願いしたいと思っております。」[和泉委員]、「・・・ここでの雰囲気ですとどうもおいも導入方向というようなことなのですから、まずは果たしてにおいを入れることが本当に必要なかどうかというそういう必要性、必然性、それを確認する意味で検討していくという方向でお願いしたいと思います。」[神林委員] などの発言が複数なされている。

20) 商標制度小委員会の各回に関しては議事録が特許庁のウェブページで公開されているが、第 26 回以降の議事録は発言者が明示されておらず、また、議論の内容が箇条書きの概要形式に変更されており、実質的に議事概要に変質している。

るが<sup>20)</sup>、第26回会合（平成24年4月）では、新しいタイプの商標に関する主要国の実態についての事務局説明及び資料配布を踏まえて自由討議が行われており、そこでは「新しいタイプの商標のうち、視覚で認識できる商標及び音の商標については、特定性、識別性の観点からも比較的導入への許容性は高いのに対して、匂い・香り・味覚の商標については、その性質上、経時的変化、つまり時間とともに変化する可能性があること、また、判断主体である取引者・需要者の認識にも個人差があることが考えられる。そのため、現時点では留保すべきと考えられるものについては留保し、それ以外の新しいタイプの商標を取り入れた制度を運用する中での検証を踏まえて、留保したものの追加を検討すべきではないか」との発言があったところである。これに対し、第27回会合（平成24年5月）では、商標の定義の見直しの議題に関し、席上配布資料<sup>21)</sup>で提示された3案（限定列挙方式、例示列挙+包括規定方式、包括規定方式）に関して「新しいタイプの商標の保護を導入するに当たって、第2条の定義等は、国際的な状況に鑑みると、限定列挙は適切ではない。ユーザーが新しいタイプの商標とは何か分かりやすいものとなるよう、可能な限り具体的に「ホログラム」、「輪郭のない色彩」等の例示を挙げた上で、包括的な規定とする方向性に賛成」との発言があり、この場の結論としては後続第28回の資料<sup>22)</sup>で見える限り、「商標法第2条第1項の「商標」の定義を包括的な規定とし、その対象が広がりすぎることのないように識別性を追加する方向性が提示され・・・その方向性について概ね了承が得られた」<sup>23)</sup>ようである。そして、第28回会合（平成24年6月）では、席上配布資料<sup>24)</sup>において、今後の検討にあたっての基本的な考え方として「・・・諸外国の制度や運用の調査結果等

---

21) 資料1「新しいタイプの商標の保護の導入に伴う「商標」の定義の見直し等について」

22) 後掲注23

23) 第28回商標制度小委員会資料1「商標法の保護対象に追加する商標のタイプについて」

24) 前掲注23

を踏まえ・・・願書に記載される商標の内容が、明確かつ十分に記載されることを登録の要件とすること、識別力等の登録要件を厳格にすること、さらに、商品又は役務の本来的な機能を担保するために用いられるに於いて独占に適さない商標については登録を認めないこと等の規定の整備を行うことにより、商標のタイプを限定することなく、に於いての商標を含む新しいタイプの商標全般について、商標法の保護の対象とすることが可能と考えられるのではないかとされ、その方向性で了承されているようである<sup>25)</sup>。

ところが、第 30 回会合 (平成 24 年 11 月) ではそれ以前の議論の方向性が急変する<sup>26)</sup>。同会合に提示された報告書の原案<sup>27)</sup> では、新しいタイプの商標の保護に係る国際的な動向や我が国企業のニーズの高まりを摘示しつつ、保護対象に追加すべき商標のタイプとして「動き」「ホログラム」「輪郭のない色彩」「位置」「音」を挙げた上で「に於いて」等についても今後の保護ニーズが高まることも想定されることから適切な制度運用が定まった段階で保護対象に追加できるように併せて検討を進めていくことが適当とし、さらに商標の定義規定の見直しについては、個別列挙方式とするか包括列挙方式にするかに関する議論・論点や識別性を加えることの是非の点があることを指摘しつつ、「今般改正を予定している商標の「定義」には、今後の国際的な趨勢や実需の拡大に応じて迅速な対応が可能となるよう配慮しつつ、現に具体的な保護の実需があ

---

25) ただし、第 28 回会合における議事録を見る限り「新しいタイプの商標を限定するに当たっては、ユーザーの利便や第三者への萎縮効果を考慮し、その外延が明確になるような規定が必要である」といった発言もあり、このような趣旨の発言が、厳格な運用を行うことを前提とした上でに於いての商標を含む新しいタイプの商標全般について商標法の保護対象とするという考え方と整合的と言えるのかは定かでないと思われる。

26) 第 29 回会合 (平成 24 年 9 月) は、新しいタイプの商標の効力の制限等について検討されており、商標の定義の在り方自体は議論されていない。

27) 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)」

るものであり、かつ、適切な制度運用が可能な標章を個別に規定することとし、「商標」の定義に識別性を加えることについては、法制的な検討の進捗を踏まえ、検討していくべきと考えられる」とする記述内容が提示されている。この点に関しては席上での議論として違和感の表明が相次いだ<sup>28)</sup>が、これに対する事務局説明は「小委員会の議論の経過と違うのではないかというところは各委員からの御指摘のとおり。第27回委員会などの考え方とは違う整理になっていることは事実。この報告書に書いたとしても、法制的に通らなければそれは本当に絵に描いた餅であるため、法案化における検討状況を踏まえた整理とした。」「定義の包括規定については、この小委員会にお諮りしたときには、包括的な規定にすると外延が非常に膨らむので、識別性を別途入れて縛っていかうという考え方であった。一方、法案化の議論においては、検討の途中段階ではあるが、包括規定では非常に外延が不明確になる等の理由から限定列举とした。また、限定列举にしてしまうと、その他の非伝統的な商標のニーズが高まるたびに法改正しなければいけないので、その他の非伝統的商標については政令に委任することを含め検討が進んでいるが、ここの部分もまだ確定し

---

28) 「商標の定義については、これまでの委員会では、大部分の委員が包括的な規定とすること、その上で例示列举を挙げること、さらには、識別力も定義に加えるという方向でずっと議論してきた。今回の報告書案はそれとは違う方向性になっており、この点について大いに疑問に感じる。」「これまでの小委員会の議事録を見ても、定義については、包括的で良いという意見ではなくて、例示プラス包括的な規定にすることで、どういう商標が保護されるかが分かり、非常に簡潔明瞭で良いという意見が多くあった。報告書である限り、今までの議論をそのまま記載していただきたい。」「これまでの小委員会の議論では「におい」についてもかなり積極的に話が進んでいたような気がするが、今回は慎重な方向性になっている。そうすると、もし包括という案に戻す場合、今度は逆に「におい」を省くのをどういう形で担保するのかという方策を考える必要があるのではないか。」といった発言や、それらのコメントに対する本文記載の事務局説明に対しても「立法政策上の問題はよく理解しているが、それにしても小委員会の議論の方向を簡単に曲げるわけにはいかないのではないか。他の委員が疑問に思うのはそのところだろう。」といった発言がなされている。

た状況ではない」というものであり、商標法改正の事務的な検討案に関する内閣法制局への下相談の感触を踏まえた方針変更であることが強く示唆され、その場の結論としては、事務局で必要な修文を加えて各委員が修正内容について確認した上でパブリックコメントに付すこととなった。

そして、第 31 回会合（平成 25 年 2 月）で商標制度小委員会として報告書を確定させており、そこでは、商標の定義について、例示を挙げた上で包括規定とすべき、また、識別性を追加するという従来の検討経緯を記載した上で、「商標法の体系への影響及び実務的な影響については・・・引き続き具体的な条文に則して更なる検討を行っていくべきものとし、そのための具体策を講じるのが適当であると考え。他方、新商標について早急に適切な保護を図るという観点から、今般改正を予定している「商標」の定義には、現に具体的な保護の実需があるものであり、かつ、現段階で適切な制度運用が可能な標章を個別に規定することが適当である。」とされている。なお、その後、この報告書は第 1 回産業構造審議会知的財産分科会（平成 25 年 9 月）で了承・とりまとめが行われ、同分科会のクレジットで公表されている。

### 3. 特許法等の一部を改正する法律案の審議

#### (1) 序

冒頭に記載した「特許法等の一部を改正する法律」（平成 26 年法律第 36 号）は、内閣提出法案（提出番号：65）として平成 26 年 3 月 11 日に閣議決定され、同年 4 月 25 日の衆議院本会議において成立したものである。

商標の定義規定における改正の立案に向けては、前記 2. の審議会での検討状況を通覧すると、WG では「動き」や「音」の 5 つのみ追加することとされたが、商標制度小委員会の有識者の議論では例示列挙をしつつ包括規定化し、その際、識別性の点も加えることで保護対象の無暗な拡大を防止することがいったんは志向されたところであった、しかしながら、法制的にはそのような

法改正の立案内容を政府部内で通過させる見込みが立たなかったことから、商標制度小委員会の結論としては個別追加することとし、他方で新しいタイプの商標の保護を巡る国際的な状況等にかなり配慮し、「におい」等についても将来的なニーズの高まり等の事態が生じた場合に対応できるように検討を進めるのが適当であるとする、紆余曲折の経過を辿ったものであった。

商標の定義規定の改正に関するこのような方針・考え方は政策論としてみると一応の説明はなされているものではある。しかしながら、最終的に商標制度小委員会での結論が上記のようなものになったのは第30回会合での事務局説明にあるように、専ら法制的な観点での整理によるものであることは明らかであり、ましてや商標の定義規定を改正するに当たって個別列挙をしつつ、におい等については政令委任することとなった点は商標制度小委員会では何ら議論されている訳ではない。この点については別の角度からの検証が必要となるころ、政府による解説書<sup>29)</sup>でも十分に明らかにされているとは言い難い。このため、ここでは国会における法案審議を検証してみよう。

## (2) 衆・参経済産業委員会での審議

上記の閣法65は衆・参両院の経済産業委員会における採決ではいずれも全会一致で可決しており、両院の本会議では審議等はなく委員長報告と採決が行われたのみであって、法案に対する実質的な質疑議論が行われたのは両院の経済産業委員会である。法案は上述の通り関係法律の改正を束ねたものであり、相当量に及ぶが、経済産業委員会での法案質疑は参（平成26年4月1日）、衆（同月18日）の二日（しかも両日も実質3時間程度）のみである。このような限られた質疑時間の中で、上記法案における特許異議申立て制度の創設や、複数国に対する意匠の一括出願に係る規定整備、地域団体商標の登録主体の拡

---

29) 前掲注3

充等、多数の改正事項に関連する質疑が行われていることから、抑々商標の定義規定の改正に関する質疑自体も極めて限定的なものにとどまっているのが実際ではあるが、具体的な質疑を拾ってみると以下の通りである。

①参・経済産業委員会 (平成 26 年 4 月 1 日)

○松田公太議員「・・・今回の商標法の改正によりまして保護対象を拡充するという点についても基本的には賛成をしております。しかし、ちょっと心配な点もありますので、今日は御質問させていただきたいと思います。・・・今御説明したもののように、少し、ううん、これはどうなんだろうという思いのケースが今後私は逆に、この法改正も色彩を守るということで、出てきてしまうのではないかなという危惧も実はしているんです。先ほど来から皆さんのお話を聞いていますと、どちらかというと中小が始めたものを大手が例えば盗用してしまうとかまねして広げてしまう、・・・このようなケースもあるのかなということも個人的には心配しているんですけども、これに対してどのような対策を取ることが可能なのかということを是非教えていただければと思います。」

○茂木敏充国務大臣「・・・商標権の保護ということになってきますと、独占的、そして排他的な使用、これが可能になるということでありまして、権利の対象となる個々の商標の範囲を明確に決定して、どのような商標が既に登録されている商標と類似するか否かについて客観的に判断できるようにすることが必要不可欠だと考えております。御指摘のように、色彩の商標に関しましては、実際に出願された商標の色合いであったりとか鮮やかさ、明るさ、更に言いますと、その形状等々、具体的な特性を考慮した上で類似性について厳格に審査するための基準を作っていくということが必要だと考えております。・・・」

○松田公太議員「・・・基準を明確にさせていただきたいなというふうに思っております。例えば、色一つ取っても、ここにある緑は大体ぱっと見同じように見えるかもしれませんが、ちょっとずつやはり違うというところもあり

ますし、それをカラーコードであったり、有名なところでいいますとパントーンのマッチングシステムなんかもありますけれども、そういったものを、明確にしっかり、完全にマッチするものじゃなければこれは該当しないというような明確な基準を是非つくっていただければと。そうしないと、やはりベンチャー、中小企業が自分たちの商品若しくは製品に該当するような色を使おうと思ったときに、大手がもう既に使っているからということで萎縮してしまうケースも生まれてしまうんじゃないかなというふうに思いますので、是非ともよろしくお願い申し上げます。」

○浜田和幸議員「・・・特許が付与された後の異議申立て制度、これによりますと、七割以上の特許が異議申立てにより訂正あるいは取消しをされているということなんですよね。これはちょっと深刻な事態ではないかと思うんですね。・・・」

○茂木敏充国務大臣「まず審査官、量的にも足りません。・・・その一方で、意匠とか商標の世界に入っていきますと、なかなか、今回色について商標に加えるということでありますけれど、例えば、においなんていうのもありますと、アメリカであったりとか韓国、これは商標の対象になるんですけど、ヨーロッパでは元々しておりましたけれど、これが二〇〇二年から欧州の司法裁判所で判決が示されて、その以降の登録は認められていない状況ということでありまして、音以上に難しいと思うんですよ、このにおいというものを定量的に判断していくと。・・・」

「・・・この商標の範囲としてにおいをどうするか。これは・・・アメリカや韓国それからヨーロッパの対応、違っております。また、日本における企業のニーズがどこにあるかと、こういったことも考えなければいけないということで、我が国の商標法の保護対象の拡充について、産業構造審議会の知的財産分科会の場において引き続き検討を進めていくということになっておりまして、においの商標につきましては我が国企業はどこまでの保護ニーズを持っている

か、また、それを商標として認めた場合にどういった形で的確に審査をして、また保護をしていくか、こういった観点も含めて検討していく課題だと、こんなふうにも思っております。』

②衆・経済産業委員会 (平成 26 年 4 月 18 日)

○今井雅人議員「・・・今回新しく色彩とか音等の商標ということでありませう。・・・日本として、これだけ主要国が先に取り組んでこられたのに・・・この問題について、どうしてここまで放置されていたということなんですか。」

○羽藤秀雄特許庁長官「商標法の保護対象の拡充という点でございますけれども、これは、知的財産権の基本性格であります独占的かつ排他的な使用が可能となるという観点がございますので、我が国企業のニーズ、そして第三者にどのような影響をもたらすのか、こういったことを踏まえて慎重かつ詳細な検討を行ってまいった、そのことでやや時間を要したという背景がございます。」

○茂木敏充国務大臣「一言だけ。(改行) 放置したというよりも、今政府参考人の方からも答弁ありましたように、これはかなり企業ニーズによっても違ってくる部分があるんだと思います。その意味では、日本の企業が、音であったり色であったりとか、そういったことまで含めてブランディング化する、そういったことを行う努力と申しますか、そういう戦略をとってこなかった、この裏腹な面もあると思いますが、そういったニーズが生まれてきたということはいいいことでもありますから、速やかに対応したということで、今回法改正をお願いしている次第であります。」

○三谷英弘議員「・・・今回の法改正によって、色彩とか音というものが商標の登録の対象になったということでございます。その意味では、例えば、においとか触感とか味というものは、もちろん、今回の改正がされたとしても商標に該当しないということで、だめだというふうに言われております。今後、に

おいとか触感、味というものが商標登録されるための手続といたしますか、要件というものについて教えてください。」

○茂木敏充国務大臣「・・・今後、先ほど申し上げたように、権利範囲の確定というものが行われれば追加することも可能だと考えておりました、同時に、企業ニーズがこういったものに対してどこまであるかということで検討してまいりたい、このように思っております。」

○三谷英弘議員「・・・必要性和許容性、両方の観点からこれは考えていかなければならないとは思っております。必要性というものは、先ほど大臣がおっしゃった企業のニーズが高まってくるということだろうと思っておりますけれども、そういった日が来るときに備えて、許容性、どういうふうなシステム、どういうふうな仕組みを整えておけば、色彩とかにおいとか触感とか味というものを商標登録できるのかということについて、今研究されているのかどうかということについて、お答えいただきたいと思っております。」

○羽藤彦雄特許庁長官「・・・法案が成立しました暁には、私ども、具体的に権利の対象となる個々の商標の範囲を明確に決定できるように、どういう商標が既に登録されている商標と類似するの可否かということが客観的に判断できるように、そういう意味合いでの、実務家や有識者から成る検討会において検討を進め、基準の明確化、規格化を図ることとしたいというふうに考えております。」

○小池政就議員「まず、商標についてでありますけれども、範囲の拡大ということが今回付け加えられました。そのときに、ではこれからどこまで広げていくのかなということを確認させていただきたいんです。当然、拡大する際にはデータベースでありますとかシステムの整備というものは必要でありますけれども、ただ、これから国際的に展開していく上で、例えば日本企業が海外で登録している商標の種類とかもやはり参考にしていく必要があるじゃないかなと思っております。」

例えば、ロゴの動きでありますとか、それから、これはニコンとかが登録しているんですけども、ホログラムでありますとか、そういう部分についても、今回は音とかでありますけれども、まだ拡大の余地はあるんじゃないかなということを考えております。（改行）海外でやっているということは特定が可能であるということでもありますし、このような案件について、恐らく知的財産分科会等でも議論がされているかと思うんですが、これからの見通し、どのように考えていらっしゃるでしょうか。」

○茂木敏充国務大臣「・・・近年のデジタル技術の急速な進歩や、商品、サービスの販売戦略の多様化に伴いまして、企業は、みずからの商品、サービスのブランド化に際して、文字や図形といった伝統的な商標だけではなくて、音や色彩を初め、非伝統的な商標も用いるようになってきております。（改行）特にグローバル展開している企業、こういったところは、諸外国の制度におきまして、電気自動車の起動音であったりとか消しゴムの包装に使用される色彩などを商標として登録して、言語を超えたブランドメッセージ、こういったものも出している事例がありまして、我が国においても、ようやくといたしますか、こういう非伝統的な商標に対する保護ニーズが高まってきていると考えております。（改行）そういったことも踏まえまして、色や音など非伝統的な新たな商標についても、産業構造審議会知的財産分科会での議論を経て、今回、商標法の保護対象に追加することとした次第であります。・・・においや触感、味等につきまして権利範囲を明確に特定することが現段階では困難ということでもありますけれども、今後も、我が国企業の保護ニーズ等々を把握しながら、独占的かつ排他的な使用が可能となるという知的財産権の基本的性格に鑑みまして、我が国商標法の保護対象の追加に関する検討を進めてまいりたいと思っております。」

○塩川鉄也議員「・・・質問ですが、こういう色彩のみから成る商標登録について、どのように登録を行っていくのか。カラーコード、パントーンとかいろ

いろいろあるんでしょうけれども・・・それをどういうふうに具体化していくのか、この点について最初にお尋ねしたいと思います。」

○羽藤秀雄特許庁長官「色彩の商標の関係でございますけれども、実際に出願されることとなります商標の色合い、鮮やかさ、明るさといった具体的な特性を考慮した上で、商標としての類似性を厳格に審査する、そういう基準を作成するというのが今後まず必要になってくるというふうに考えております。（改行）そのため、自己の商品を他人の商品と区別するのに、カラーコードといった、それぞれ企業が持っております、いわば色の見本のコード、こういったものを用いるということも一つ大事な点ではありますけれども、ただ、それを用いれば登録が可能であるというふうに基準として定めるというだけでは不十分ではないかというふうに考えております。実際に自己の商品を他人の商品と区別するのに使用することができるのかどうか、そういった観点から商標登録の可否を判断してまいりますので、そういった基準づくりについての検討を進め、明確化、客観化を図ることとしたいと考えております。」

○塩川鉄也議員「・・・音から成る商標についてですけれども、実際、どんな音か、音符であらわすのかどうかというのがありますけれども、記録媒体に標章を記録することとありますが、この条文上の規定を踏まえて、どんなふうなやり方というのが考えられるでしょうか。」

○羽藤秀雄特許庁長官「音の商標についてのお尋ねでございますけれども、やはり、その具体的な内容を特定できるように、他人の商品との識別ということがまず不可欠になります。そのためにも、音を記録した記録媒体の提出を求めるとことがまず必要であろうと考えております。改正を今お願いしています法律が成立した暁には、この法律の規定に基づいて、記録媒体の具体的な種類については経済産業省令において定めたいというふうに考えております。（改行）また、今回のこの法案の成立後速やかに、実務家、有識者から成る検討会において検討をいたしまして、パブリックコメントなどの所要の手続きもとり、具体的な記録媒体などの提供についての方策について内容を定めてまい

るといふふうに考えております。(改行)現時点では、その音を録音したCD、DVDといったものをまず想定しておりますけれども、今後、技術進歩、IT化のさらなる進展などによって、出願人の利便性に即した手続が可能となるよう、必要に応じて検討を進めてまいりたいと考えております。」

法案審議の場面における商標の定義規定改正に係る委員会質疑は概ね上記の通りであり<sup>30)</sup>、それらは概して、音・色彩の商標に関する審査の手続・基準に関するもののほか、この時点の商標法改正で保護対象化がされていない「におい」等の商標についての今後の保護対象化の見通しに関するものであって、本稿がターゲットとしている政令委任規定の整備理由やその適否についてのやりとりはされていない。ただし、におい等の商標に関して、茂木経済産業大臣が商標法上の保護対象化することに係る難度について答弁している点は注目すべきものであり、この点は後に触れることとする。

#### 4. 法律の定義規定における政令委任規定の状況

ここで、一度現行法の現況を見てみると、現行の法律において定義規定中に政省令等への委任をしている例は一定数存在する。平成以降に制定されている法律でも複数存在しており、幾つかの例を挙げると、以下のようなところとなっている。

○特定水産動植物等の国内流通の適正化等に関する法律（令和2年法律第79

---

30) 衆議院の委員会質疑の際には、本文記載のもの以外に、宮崎政久議員による商標法の保護対象の拡大に係る改正理由についての質問があり、松島みどり経済産業副大臣が答弁している件があるが、答弁ラインは茂木大臣の答弁と同様である。なお、別の観点ではあるが、閣法の与党プロセスとこれに関連する国会審議の形骸化現象については、新正幸『立法過程と立法行為—憲法の理論と判例—』24頁以下。

号) 第2条第1項

「この法律において「特定第一種水産動植物」とは、水産動植物のうち、国内において違法かつ過剰な採捕（外国漁船（日本船舶以外の船舶であって、漁ろう設備を有する船舶その他の漁業の用に供されているものをいう。第四項において同じ。）によるものを除く。）が行われるおそれが大きいと認められるものであって、その資源の保存及び管理を図ることが特に必要と認められるものとして農林水産省令で定めるものをいう。」

○畜舎等の建築等及び利用の特例に関する法律（令和3年法律第34号）第2条第1項

「この法律において「畜舎等」とは、畜舎（家畜の飼養の用に供する施設及びこれに関連する施設として農林水産省令で定める施設をいう。）及び堆肥舎（家畜排せつ物の処理又は保管の用に供する施設として農林水産省令で定める施設をいう。）をいう。」

○愛玩動物看護師法（令和元年法律第50号）第2条第1項

「この法律において「愛玩動物」とは、獣医師法（昭和二十四年法律第百八十六号）第十七条に規定する飼育動物のうち、犬、猫その他政令で定める動物をいう。」

○住宅宿泊事業法（平成29年法律第65号）第2条第1項

「この法律において「住宅」とは、次の各号に掲げる要件のいずれにも該当する家屋をいう。

- 一 当該家屋内に台所、浴室、便所、洗面設備その他の当該家屋を生活の本拠として使用するために必要なものとして国土交通省令・厚生労働省令で定める設備が設けられていること。
- 二 現に人の生活の本拠として使用されている家屋、従前の入居者の賃貸借の期間の満了後新たな入居者の募集が行われている家屋その他の家屋であって、人の居住の用に供されていると認められるものとして国土交通省令・厚生労働省令で定めるものに該当すること。」

○ P T A ・ 青少年教育団体共済法（平成 22 年法律第 42 号）第 2 条第 1 項

「この法律において「P T A」とは、学校（学校教育法（昭和二十二年法律第二十六号）第一条に規定する学校（大学を除く。）及び就学前の子どもに関する教育、保育等の総合的な提供の推進に関する法律（平成十八年法律第七十七号）第二条第七項に規定する幼保連携型認定こども園をいう。以下同じ。）に在籍する幼児、児童、生徒若しくは学生（以下「児童生徒等」という。）の保護者（学校教育法第十六条に規定する保護者をいい、同条に規定する保護者のない場合における里親（児童福祉法（昭和二十二年法律第百六十四号）第二十七条第一項第三号の規定により委託を受けた里親をいう。）その他の文部科学省令で定める者を含む。以下同じ。）及び当該学校の教職員で構成される団体又はその連合体をいう。」

法律全般の状況に即して考えると、国民の権利義務に関する事柄を扱う法律であっても、業務の遂行の適正確保を志向する法律や公的資格を定める法、ある事柄に関する最低水準を規律する法律など、専ら公益目的を達成するために国が一定以上の役割・関与を担っているものが大多数であり、元々個人に対する権利を付与する法律自体がそう多くはない状況である。先に上げた立法例もこうした意味での公的規制法に属するものとなっており、商標法のような（権利の消長自体に対する国の関与はあるものの、当該法律の中核事項である権利の活用や救済が基本的に権利者個人に委ねられている）私権設定をしている法律とは性格を異にするものであって、商標法第 2 条第 1 項の規定整備との関係で用例とするに適しているものではない。

個人に対して財産的な価値のある一定の権利利益を付与しており、そうした権利利益の確保の仕方を中核事項としている法律のうちで定義規定中に政省令等への委任事項を整備しているものは上述のように抑々多くないが、敢えて挙げるならば、以下のようなものがある。

○ 特定石綿被害建設業務労働者等に対する給付金等の支給に関する法律（令和

### 3年法律第74号）第2条第1項

「この法律において「特定石綿ばく露建設業務」とは、日本国内において行われた石綿にさらされる建設業務（土木、建築その他工作物の建設、改造、保存、修理、変更、破壊若しくは解体の作業若しくはこれらの作業の準備の作業に係る業務又はこれに付随する業務をいう。）のうち、次に掲げる業務をいう。

- 一 石綿の吹付けの作業に係る業務（昭和四十七年十月一日から昭和五十年九月三十日までの間に行われたものに限る。）
- 二 屋内作業場であって厚生労働省令で定めるものにおいて行われた作業に係る業務（昭和五十年十月一日から平成十六年九月三十日までの間に行われたものに限る。）」

### ○大学等における修学の支援に関する法律（令和元年法律第8号）第2条第2項

「この法律において「学生等」とは、大学の学部、短期大学の学科及び専攻科（大学の学部に準ずるものとして文部科学省令で定める専攻科に限る。）並びに高等専門学校の学科（第四学年及び第五学年に限る。）及び専攻科（大学の学部に準ずるものとして文部科学省令で定める専攻科に限る。）の学生並びに専修学校の専門課程の生徒をいう。」

### ○平成二十三年度における子ども手当の支給等に関する特別措置法（平成23年法律第107号）第3条第1項

「この法律において「子ども」とは、十八歳に達する日以後の最初の三月三十一日までの間にある者であって、日本国内に住所を有するもの又は留学その他の内閣府令で定める理由により日本国内に住所を有しないものをいう。」

これらの法律例の検討を行う前に、いったん行政立法に関する行政法学の議論について降れておきたい。

## 5. 行政法学における行政立法の議論

行政立法は講学上、法規命令と行政規則とに二分され、法規命令は私人の権利義務に関する一般的な法規範であり、行政規則はそうした法規命令が有する法規たる性質を持たないものと説明されている<sup>31)</sup>。これは、将来のあらゆる行政活動を見通した国会による法律制定の実際的不可能性や具体的状況に応じた行政機関による一般的ルール制定の適切性に基づく行政立法の必要性という現実的要請と、他方で法律留保の原則という法治主義の根幹的要請とを両立させる方法として編み出された区分であり<sup>32)</sup>、そして、本稿の検討課題との関係では、法規命令が対象となるところ、法規命令もまた、私人の権利義務の内容についての定めである委任命令と、法律を具体的に執行するための技術的細目である執行命令とに二分され、法律による委任との関係では、委任命令は個別具体的な委任（授権）を要するのに対し、執行命令は一般的な委任で足りるものと解されている<sup>33)</sup>。そうすると、結局本稿では、委任命令としての商標法第 2 条第 1 項の政令委任の在り方が問題となる。

この点については、法律による委任の仕方・方法の問題として、日本国憲法第 41 条との関係上、立法権の委任の限界を超えているかどうか論点となり、その判断基準については、学説上、委任の範囲が無限定な委任規定（包括的委任規定）や委任の趣旨が不明確な委任規定（白紙委任規定）は違憲無効と解されているところである<sup>34)</sup>。しかしながら、裁判実務においては、例えば租税法主義との関係上、「法律が命令に委任する場合には、法律自体から委任の目的、内容、程度などが明らかにされていることが必要であり・・・法律で概括的、

---

31) 小早川光郎＝青柳馨編『論点体系 判例行政法 1』26 頁 [野口貴公美]

32) 曾和俊文＝山田洋＝亘理格『現代行政法入門〔第 5 版〕』37～38 頁 [亘理格]

33) 前掲注 31・39 頁 [野口貴公美]

34) 前掲注 32・44 頁 [亘理格]

白地的に命令に委任することは許されない」とする下級審裁判例<sup>35)</sup>があるものの、最高裁は委任の方法に関する違憲審査についてはきわめて謙抑的と評されており<sup>36)</sup>、著名な判例では、国家公務員法第102条第1項で制限される政治的行為の制限に係る人事院規則へ委任している事案<sup>37)</sup>や、学校教育法において学校における使用義務を定めた文部大臣（当時）の検定を経た教科用図書につき、その検定の基準を定める文部省令・文部省告示へ委任している事案<sup>38)</sup>、また、共済制度の変更に伴う退職一時金の返還における利子加算額の利子に係る利率を政令に委任している事案<sup>39)</sup>などでいずれも白紙委任ではないと判示されている。学説上<sup>40)</sup>、特に国家公務員法第102条第1項による人事院規則への委任については白紙的だとして異論がきわめて強いが、個別具体的になされるべき命令への委任に関する判例の考え方は、「委任を定める規定自体の中でこれを明示する必要はなく、当該法律の他の規定や法律全体を通じて合理的に導き出されるものであると思われる」と指摘されるところ<sup>41)</sup>に端的に表れているところである。

実際、そうした事案における最高裁の判示内容の詳細を見てみると、国家公務員法第102条第1項における「職員は・・・政党又は政治的目的のため

---

35) 大阪高判昭和43年6月28日行集19巻6号1130頁

36) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第7版〕』304頁

37) 最判昭和33年5月1日刑集12巻7号1272頁

38) 最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁

39) 最判平成27年12月14日民集69巻8号2348頁

40) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』107頁、前掲注36・303頁、木村琢磨『プラクティス行政法〔第3版〕』104頁など。なお、塩野や宇賀においては、仮に合憲であるとするならばその理由は内閣や党派的対立から独立した中立的委員会としての人事院が定める点にある旨を述べる。

41) 前掲注36・304頁。ただし、この言説の内容自体は、最判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁における4裁判官の反対意見で述べられているものである。

に・・・を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」との人事院規則への委任に関しては、当初の事案では詳細な説明はしていなかったが、近時の判例<sup>42)</sup>ではこうした姿勢を改め「同項は、行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することをその趣旨とするものと解される。すなわち、憲法 15 条 2 項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである。このように、本法 102 条 1 項は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解される。(改行) 他方、国民は、憲法上、表現の自由 (21 条 1 項) としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。」とした上で「このような本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう「政治的行為」とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的

---

42) 最判平成 24 年 12 月 7 日 (平成 22 年 (あ) 第 762 号、平成 22 年 (あ) 第 957 号)

なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。」と述べ、国家公務員法第102条第1項で規律される政治的行為の範囲を実質的なものに限定解釈することでいわゆる白紙委任の違憲判断を回避し、合憲性の判断を従前と同様に維持する手法を採用している。

また、学校教育法第21条（当時）から教科用図書検定規則（文部省令）、教科用図書検定基準（文部省告示）への委任に関する前出の判例では「学校教育法五一条によって高等学校に準用される同法二一条一項は、文部大臣が検定権限を有すること、学校においては検定を経た教科書を使用する義務があることを定めたものであり、検定の主体、効果を規定したものとして、本件検定の根拠規定とみることができる。（改行）また、本件検定の審査の内容及び基準並びに検定の手続は、文部省令、文部省告示である旧検定規則、旧検定基準に規定されている。しかし、教科書は、小学校、中学校、高等学校及びこれらに準ずる学校において、教科課程の構成に応じて組織排列された教科の主たる教材として、授業の用に供せられる児童又は生徒用図書であり（昭和四五年法律第四八号による改正前の教科書の発行に関する臨時措置法二条一項）、これらの学校における教育が正確かつ中立・公正でなければならず、心身の発達段階に応じて定められた当該学校の目的、教育の目標、教科の内容（具体的には、法律の委任を受けて定められた学習指導要領）等にそって行われるべきことは、教育基本法、学校教育法の関係条文から明らかであり、これらによれば、教科書は、内容が正確かつ中立・公正であり、当該学校の目的、教育目標、教科内容に適合し、内容の程度が児童、生徒の心身の発達段階に応じたもので、児童、生徒の使用の便宜に適うものでなければならないことはおのずと明らかである。そして、右旧検定規則、旧検定基準は、前記のとおり、右の関係法律から明らかな教科書の要件を審査の内容及び基準として具体化したものにすぎない。そうだとすると、文部大臣が、学校教育法八八条の規定（「この法律に規

定するもののほか、この法律施行のため必要な事項で、地方公共団体の機関が処理しなければならないものについては政令で、その他のものについては監督庁が、これを定める」に基づいて、右審査の内容及び基準並びに検定の施行細則である検定の手続を定めたことが、法律の委任を欠くとまではいえない。」と述べており、字義的に学校教育法単体で見れば白紙委任の疑義が生ずる第 21 条及び第 88 条の規定につき、学校教育法の実質的上位法に位置する教育基本法<sup>43)</sup>における制定趣旨や関係規定<sup>44)</sup>、そうした公共性を有する学校教育に

---

43) 最判昭和 51 年 5 月 21 日 (昭和 43 年 (あ) 第 1614 号) は、全面改正前の旧教育基本法 (昭和 22 年法律第 25 号) につき、「教基法は、憲法において教育のあり方の基本を定めることに代えて、わが国の教育及び教育制度全体を通じる基本理念と基本原理を宣明することを目的として制定されたものであつて、戦後のわが国の政治、社会、文化の各方面における諸改革中最も重要な問題の一つとされていた教育の根本的改革を目途として制定された諸立法の中で中心的地位を占める法律であり、このことは、同法の前文の文言及び各規定の内容に徴しても、明らかである。それ故、同法における定めは、形式的には通常法律規定として、これと矛盾する他の法律規定を無効にする効力をもつものではないけれども、一般に教育関係法令の解釈及び運用については、法律自体に別段の規定がない限り、できるだけ教基法の規定及び同法の趣旨、目的に沿うように考慮が払われなければならないというべきである。」と判示している。

44) 前掲注 43 の旧教育基本法では、例えば、次のような条文等が規定されていた。

「われらは、さきに、日本国憲法を確定し、民主的で文化的な国家を建設して、世界の平和と人類の福祉に貢献しようとする決意を示した。この理想の実現は、根本において教育の力にまつべきものである。(改行) われらは、個人の尊厳を重んじ、真理と平和を希求する人間の育成を期するとともに、普遍的にしてしかも個性ゆたかな文化の創造をめざす教育を普及徹底しなければならない。(改行) ここに、日本国憲法の精神に則り、教育の目的を明示して、新しい日本の教育の基本を確立するため、この法律を制定する。」(前文)、「教育は、人格の完成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値をたつとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身ともに健康な国民の育成を期して行われなければならない。」(第 1 条：教育の目的)、「法律に定める学校は、公の性質をもつものであつて、国又は地方公共団体の外、法律に定める法人のみが、これを設置することができる。②法律に定める学校の教員は、全体の奉仕者であつて、自己の使命を自覚し、その職責の遂行に努めなければならない。このためには、教員の身分は、

において使用される教科書の主たる教材性を規定した「教科用図書の発行に関する臨時措置法」（昭和23年法律第132号）をも補完的に持ち出すことにより、白紙委任論を回避している。

さらに、共済制度の変更に伴う退職一時金の返還における利子加算額の利子に係る利率を政令に委任している前述の事案の判例では「国公共済法附則12条の12が定める退職一時金利子加算額の返還制度は・・・過去に共済組合から退職一時金の支給を受けた者が、その後当該共済組合の組合員期間を計算の基礎とする退職共済年金等の受給権を有することとなった場合に、年金額からの控除という従来の調整方法では退職一時金の額に比べて年金額から控除される金額が多額となる場合が多かったことから、これに代わるものとして、同一の組合員期間に対する退職一時金と退職共済年金等との重複支給を避けるための調整措置として定められたものである。そして、上記返還制度が設けられた当時の国公共済法99条1項2号は、長期給付に要する費用については、その費用の予想額と長期給付に係る組合員の掛金及び国等の負担金の額並びにその予定運用収入の額の合計額とが、将来にわたって財政の均衡を保つことができるようにする旨を定めていたものであり、このことに照らすと、同法に基づく退職共済年金等の長期給付は、上記の掛金等の額にその予定運用収入の額を加えたものを原資として支払われることが予定されていたものといえる。（改行）また、国公共済法は、昭和54年法律第76号により廃止された退職一時金制度に代わるものとして脱退一時金制度を設けていたところ・・・、この脱退一時金の金額は、組合員期間が1年以上20年未満の者が退職した後に60歳に達した場合については、俸給日額に組合員期間に応

---

尊重され、その待遇の適正が、期せられなければならない。」（第6条：学校教育）、「良識ある公民たるに必要な政治的教養は、教育上これを尊重しなければならない。②法律に定める学校は、特定の政党を支持し、又はこれに反対するための政治教育その他政治的活動をしてはならない。」（第8条：政治教育）

じて定められた日数を乗じて得た金額に、所定の期間に応ずる「利子に相当する金額」を合算したものとされ（昭和 60 年法律第 105 号による改正前の国公共済法 80 条 2 項）、その利子は、同改正後の国公共済法附則 12 条の 12 第 4 項と同じく、「複利計算の方法によるものとし、その利率は、政令で定める。」ものとされ（上記改正前の国公共済法 80 条 3 項）、当該利率は、政令により、当時の予定運用収入に係る利率と同じ年 5.5%と定められていたものである。（改行）以上に鑑みると、国公共済法附則 12 条の 12 は、同一の組合員期間に対する退職一時金と退職共済年金等との重複支給を避けるための調整措置として、従来の年金額からの控除という方法を改め、財政の均衡を保つ見地から、脱退一時金の金額の算定方法に準じ、退職一時金にその予定運用収入に相当する額を付加して返還させる方法を採用したものと解される。このような同条の趣旨等に照らすと、同条 4 項は、退職一時金に付加して返還すべき利子の利率について、予定運用収入に係る利率との均衡を考慮して定められる利率とする趣旨でこれを政令に委任したものと理解することができる。（改行）そして、国公共済法附則 12 条の 12 の経過措置を定める厚年法改正法附則 30 条 1 項についても、これと同様の趣旨で退職一時金利子加算額の返還方法についての定めを政令に委任したものと理解することができる。（改行）したがって、国公共済法附則 12 条の 12 第 4 項及び厚年法改正法附則 30 条 1 項は、退職一時金に付加して返還すべき利子の利率の定めを白地で包括的に政令に委任するものということはできず、憲法 41 条及び 73 条 6 号に違反するものではないと解するのが相当である。」と述べており、制度改正の変遷に沿った趣旨解釈を施すことにより、問題となった利率委任政令規定に係る白紙委任論をやはり回避する手法を採用している。

こうした最高裁の判示を見る限り、委任の方法に係る違憲審査についてはきわめて謙抑的とする指摘<sup>45)</sup>はその通りと言わざるを得ず、商標法第 2 条第 1 項についても、例えば、標章の例示要素を複数挙げた上でそれ以外の標章の要素について政令委任していることに注目しつつ、また第 3 条・第 4 条等の関係

規定やさらには国際動向なども併せ考えるという手法によって保護対象たる商標のスコープを限定的に捉え、結果として白紙委任論を回避するというような手法をとることは裁判所（少なくとも最高裁）としてはあり得るのかもしれない。しかしながら、他方において、上記判例の合憲論には学説上の異論がつきまとっていることも事実であり<sup>46)</sup>、商標法第2条第1項に対する評価についてもさらに掘り下げた検討が必要であるように思われる。

本稿の検討対象となっている平成26年法律第36号の場合を含めて、内閣提出法案については、周知の通り、法案の内容に応じた担当府省が審議会の検討等を経て条文原案を作成し、それを元に内閣法制局審査や他府省調整、与党審査をパスして閣議決定、国会提出へと至るプロセスを踏むこととなる。これら

- 
- 45) 前掲注36。また、これに関連して、違憲判断に係る最高裁の消極姿勢につき、川崎政司「立法をめぐる政治と法の状況と課題 —法部門による事前審査と事後審査の役割・あり方等を中心に」川崎政司＝大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望 —法形成をめぐる政治と法—』367～368頁は「・・・問題は、なぜ最高裁が違憲判決に消極的であったのか、その理由である。この点についても、既に多くの論考がみられるが、結論から言えば、その力点をどこに置くかということはあるものの、複合的な要因によるものと解するのが妥当ではないかと思われる。その上で、本稿の考察との関係で検討しておかなければならないのは、内閣法制局が事前に厳格な審査を行っていることが最高裁の違憲判決の少なさに繋がっているとの見方であり、この点については山口繁元最高裁長官が国会で同趣旨の発言をしたことでも注目されることとなった。」として最高裁の見解を紹介しつつ、さらに続けて「しかしながら、事前審査がどれだけ厳格に行われたかということは、最高裁の憲法適合性の判断に影響することは確かだとしても、それだけが要因となっているわけではなく、むしろその謙抑的な姿勢や政治に対する警戒感、役割観、最高裁審査と内閣法制局の審査とが重なる部分の大きさ、最高裁判事の人事や短い在任期間、処理事件数の多さなど、最高裁の姿勢や置かれている状況等に起因するところの方が大きいのではないかと思われる。」と述べている。確かに要因が複合的であるのはその通りであろうが、最高裁長官が国会の場において内閣法制局による事前審査の存在に言及している点は合憲性推定原則に寄与するところが大きいものと思われる。
- 46) 前掲注40のほか、例えば、前掲注39の事案に関する『行政判例百選I [第8版]』88～89頁 [田中祥貴] など。

の手續のうち、法的な観点からの検討を行う上で重要なのはいうまでもなく内閣法制局審査であるが、その詳細が対外的にオープンになされるかということ、国会議事録等から窺い知ることも困難であるところ、総論的には「内閣法制局での審査はあらゆる角度から行われるが、憲法や他の現行の法制との関係、法的妥当性、立法合理性等のほか、政省令への委任は適当か、立案の意図が法文の上に正確に表現されているか、条文の表現及び配列等の構成は適当であるかなどについて審査が行われる。」<sup>47)</sup>とされており、商標法第 2 条第 1 項における政令委任規定の整備に係る法制的適否についても審査が行われていることは当然であろう。内閣法制局の審査においては通常の場合、経験則的にいって担当部長と担当参事官との両名による考え方・進め方が法案作成における実際上の大きな影響力を持つが、総じて共通的にいえることの一つは用例の重要性である。法文の規定の仕方や用語の使い方・当てはめ方については既存の閣法の例を各府省担当者が担当参事官に提示してそれらとの整合性や異同関係について言及することにより法案原案の妥当性を説明して審査を仰ぐこととなるのであり<sup>48)</sup>、前出の平成 26 年閣法 65 についてもこのことは例外ではない。そのため、以下では、上記 4. に掲げた個人に対する権利利益の確保を中核的事項としている法律例等における定義規定中の政令等への委任に関する規定整備について詳しく見ることとし、それらと商標法第 2 条第 1 項との構造的対比や上記行政法学の点からみた検証を行うこととする。

---

47) 高橋康文「内閣提出法案ができるまで」『法学教室 No.510』15 頁

48) 例えば、現行著作権法に関しても、現行著作権法制定時の検討過程に関する調査研究委員会『著作権及び隣接権に関する法律草案（文部省文化局試案）コンメンタール』では、各条における定型的説明項目の一つに「類似の用例」が掲げられている。

## 6. 既存の規定例の検証

### (1) 前述の立法例の場合

前出の個人に対する権利利益の付与を中核事項とする立法例のうち、「特定石綿被害建設業務労働者等に対する給付金等の支給に関する法律」（令和3年法律第74号）第2条第1項の「特定石綿ばく露建設業務」については「日本国内において行われた石綿にさらされる建設業務（土木、建築その他工作物の建設、改造、保存、修理、変更、破壊若しくは解体の作業若しくはこれらの作業の準備の作業に係る業務又はこれに付随する業務をいう。）のうち、次に掲げる業務」と規定されており、そのうち同条同項第2号では「屋内作業場であって厚生労働省令で定めるものにおいて行われた作業に係る業務（昭和五十年十月一日から平成十六年九月三十日までの間に行われたものに限る。）」と規定されている。そして、同法施行規則（令和3年厚生労働省令第187号）第1条では「特定石綿被害建設業務労働者等に対する給付金等の支給に関する法律（令和三年法律第七十四号。以下「法」という。）第二条第一項第二号の厚生労働省令で定めるものは、屋根を有し、側面の面積の半分以上が外壁その他の遮蔽物に囲まれ、外気の流入が妨げられることにより、石綿の粉じんが滞留するおそれがあるものとする。」と規定されている。

次に、「大学等における修学の支援に関する法律」（令和元年法律第8号）第2条第2項の「学生等」については「大学の学部、短期大学の学科及び専攻科（大学の学部に準ずるものとして文部科学省令で定める専攻科に限る。）並びに高等専門学校（第四学年及び第五学年に限る。）及び専攻科（大学の学部に準ずるものとして文部科学省令で定める専攻科に限る。）の学生並びに専修学校の専門課程の生徒」と規定されており、これを受け同法施行規則（令和元年文部科学省令第6号）第1条では「大学等における修学の支援に関する法律（以下「法」という。）第二条第二項の文部科学省令で定める短期大学の専攻科及び高等専門学校の専攻科は、学位規則（昭和二十八年文部省令第9号）第六

条第一項に規定する独立行政法人大学改革支援・学位授与機構が定める要件を満たす専攻科（以下「認定専攻科」という。）とする。」と規定されている<sup>49)</sup>。

また、「平成二十三年度における子ども手当の支給等に関する特別措置法」（平成 23 年法律第 107 号）第 3 条第 1 項の「子ども」については「十八歳に達する日以後の最初の三月三十一日までの間にある者であって、日本国内に住所を有するもの又は留学その他の内閣府令で定める理由により日本国内に住所を有しないもの」と規定されており、これを受け同法施行規則（平成 23 年厚生労働省令第 120 号）第 1 条では「平成二十三年度における子ども手当の支給等

---

49) なお、学位規則（昭和 28 年文部省令第 9 号）第 6 条第 1 項の内容は、学校教育法の規定に基づき、短大・高専等の卒業者等に対する（独）大学改革支援・学位授与機構による学士等の学位授与を定めた規定であり、具体的には次のように定められており、委任関係を含めて要件適合者の判断要素が極めて複雑化している。

「法第四百四条第七項の規定による同項第一号に掲げる者に対する学士の学位の授与は、独立行政法人大学改革支援・学位授与機構の定めるところにより、短期大学（専門職大学の前期課程を含む。）若しくは高等専門学校を卒業した者（専門職大学の前期課程にあつては、修了した者）又は次の各号の一に該当する者で、大学設置基準（昭和三十一年文部省令第 28 号）第三十一条第一項の規定による単位等大学における一定の単位の修得又は短期大学若しくは高等専門学校に置かれる専攻科のうち独立行政法人大学改革支援・学位授与機構が定める要件を満たすものにおける一定の学修その他文部科学大臣が別に定める学修を行い、かつ、独立行政法人大学改革支援・学位授与機構が行う審査に合格した者に対し行うものとする。

- 一 大学（短期大学を除く。以下この条及び次条において同じ。）に二年以上在学し六十二単位以上を修得した者
- 二 高等学校（中等教育学校の後期課程及び特別支援学校の高等部を含む。）の専攻科の課程を修了した者のうち法第五十八条の二（法第七十条第一項及び第八十二条において準用する場合を含む。）の規定により大学に編入学することができるもの
- 三 専修学校の専門課程を修了した者のうち法第三百二十二条の規定により大学に編入学することができるもの
- 四 外国において学校教育における十四年の課程を修了した者
- 五 その他前各号に掲げる者と同等以上の学力がある者として文部科学大臣が別に定める者」

に関する特別措置法（平成二十三年法律第七号。以下「法」という。）第三条第一項の内閣府令で定める理由は、留学（日本国内に住所を有しなくなった日の前日まで引き続き三年を超えて日本国内に住所を有していた者及びこれに準ずる者が教育を受けることを目的として外国に居住すること（当該日本国内に住所を有しなくなった日から三年以内のものに限り、法第四条第一項第一号に規定する父母等と同居する場合を除く。）をいう。）とする。」と規定されている。

これらの委任命令について通覧すると、「特定石綿被害建設業務労働者等に対する給付金等の支給に関する法律」や「平成二十三年度における子ども手当の支給等に関する特別措置法」については、委任の規定振りと受任省令の規定振りとの対応関係を見ても抑々委任の必要性があったのか（石綿法）、法律上の規定と受任省令の規定振りを見た場合に抑々法律の委任の仕方が明確性を有しているといえるのか（子ども手当法）<sup>50)</sup>といった点で疑問なしとしないものの、これらの法律はいわば抑々が時限法的性格を有しているものであり、この点で恒久法である商標法とは性格を異にしているものである。この点では「大学等における修学の支援に関する法律」は参考にはなりうるが、このいわゆる修学支援法の場合、対象となる学生が属する（短大等の）「専攻科」につき、大学の学部相当のものであってその具体的内容を文科省令という形で委任の方

---

50) 本文記載のいわゆる子ども手当法の場合、法律レベルでは本法の対象となる「子ども」は基本的に国内居住者を基本パターンに想定しつつ、留学その他の内閣府令の事由によって海外在住者も対象にしている一方で、内閣府令では留学のうちの一定事由だけを規定しているところとなっている。これは府令側が法律の規定を限定的に捉えて事由化した点からみると通常は委任内容の問題として論じられることになるが、その一方で法律の適用対象が「留学のうちの一定の場合だけである」ことを法律自体が許容しているのだとすると、法律の規定上「第三条第一項に定める留学の要件については、・・・であって、内閣府令で定める事由に限ることができる。」といった規定が置かれて然るべきであり、これを突き詰めると法律サイドにおける委任方法の明確性如何という問題にも跳ね返ってくることになると思われる。

向性を法律段階で明確にした上で、委任命令で実際に規定している内容も、複線的な教育制度の中であって学部卒に相当する者を漏れなく切り出す必要があるために、相当程度多岐にわたっているものであって、これが専門的・技術的事項を委任命令において定める典型的パターンであることから考えると、後述するような商標法のケースとの比較検討をするには適さないものと考えられるところである。

そうすると、個人に対して権利利益を付与する限られた法律の中で具体的に何が商標法改正立案作業における用例として持ち出されたのか、ということになるが、実は知的財産法の中にも商標法第 2 条第 1 項に似た規定を持った法律がある。具体的には種苗法であり、以下では種苗法について詳しく見ていくこととする。

## (2) 種苗法の例

種苗法（平成 10 年法律第 83 号）はその法目的にある通り、「新品種の保護のための品種登録に関する制度、指定種苗の表示に関する規制等について定めることにより、品種の育成の振興と種苗の流通の適性化を図り、もって農林水産業の発展に寄与する」（第 1 条）ために制定された法律であり、骨格的にみると品種登録制度と指定種苗制度との二本柱で構成されているものである。このうち、前者につき、一定の要件を充足する植物の新品種を農林水産省の審査・登録を経ることで、それを育成した者に一定期間の育成者権を付与し、育成者権の侵害に対しては育成者権者による差止請求権等を行使することができるといった産業財産権法類似の制度が採用されている（なお、後者については、農林水産大臣が定める一定の指定種苗を販売する際に、生産地等の事項を表示する義務を課した制度となっている）。

本稿で取り上げとおきたい種苗法中の定義規定を拾うと、以下の通りとなっている。

「第二条 この法律において「農林水産植物」とは、農産物、林産物及び

水産物の生産のために栽培される種子植物、しだ類、せんたい類、多細胞の藻類その他政令で定める植物をいい、「植物体」とは、農林水産植物の個体をいう。

2 この法律において「品種」とは、重要な形質に係る特性（以下単に「特性」という。）の全部又は一部によって他の植物体の集合と区別することができ、かつ、その特性の全部を保持しつつ繁殖させることができる一の植物体の集合をいう。

3～6（略）

7 農林水産大臣は、農業資材審議会の意見を聴いて、農林水産植物について農林水産省令で定める区分ごとに、第二項の重要な形質を定め、これを公示するものとする。」

「第三条 次に掲げる要件を備えた品種の育成（人為的変異又は自然的変異に係る特性を固定し又は検定することをいう。以下同じ。）をした者又はその承継人（以下「育成者」という。）は、その品種についての登録（以下「品種登録」という。）を受けることができる。

一～三（略）

2 農林水産大臣は、前項第一号に掲げる要件に該当するかどうかの判断をするに当たっては、品種登録出願に係る品種（以下「出願品種」という。）と公然知られた他の品種との特性の相違の内容及び程度、これらの品種が属する農林水産植物の種類及び性質等を総合的に考慮するものとする。」

このように、種苗法の品種登録制度においては、一定の要件を充足した「品種」が育成者権の保護対象となるところ（第3条第1項）、ある品種と他の品種と区別するための要素が「重要な形質に係る特性」と規定されており（第2条第2項）、その「重要な形質」については「農林水産植物」の（省令で定める）区分ごとに農林水産大臣が定めることとされており（第2条第7項）、そこで出てくる「農林水産植物」は種子植物や政令で定める植物などと規定されて

いる (第 2 条第 1 項)。条項の関係性がやや複雑になってはいるが、要は「重要な形質」を媒介にして第 2 条第 1 項の「農林水産植物」と同条第 2 項の「品種」とが係合しているのであり、別の言い方をすれば第 2 条第 1 項で定められる「農林水産植物」の(新しい)品種が育成者権によって保護されるのであって、逆にいえば第 2 条第 1 項の「農林水産植物」に該当しないものは品種登録制度の保護対象にはならないのであるから、この「農林水産植物」は品種登録制度の保護対象を画する重要な役割を担っているものとして、第 2 条第 1 項に定義されているものである。そして、この「農林水産植物」は第 2 条第 1 項の規定から明らかなように、定義上一部が政令に委任されているところである。

このような政令委任が規定されている点につき、その内容と理由とを見てみると、種苗法施行令第 1 条では、「あらげきくらげ」(第 1 号) から「やまぶしたけ」(第 32 号) まだが規定されているところである。その理由は「本項に掲げる種子植物等に含まれない微生物については、植物に含まれるかどうかに関して様々な学説があり、光合成の有無を基準とすることもできないことから、微生物を保護の対象とするか否かは、91 年条約<sup>51)</sup> 上、各国の裁量に任されたものと解される。このため、本項は、品種登録制度の保護対象となる植物の範囲を明確化するため、保護対象となる微生物 (具体的には栽培される「きのこ」)

---

51) 「植物の新品種の保護に関する国際条約」(UPOV 条約) は、1961 年に採択された国際約束であり、新しく育成された植物品種を各国が共通の基本的原則に従って保護することにより、優れた品種の開発、流通を促進し、もって農業の発展に寄与することを目的とし、そのため、新品種の保護の要件、権利の効力、最低限の保護期間及び内国民待遇等の基本的原則が定められるとともに U P O V 同盟に関する諸規定がおかれているものである。同条約についてはその後、1978 年と 1991 年との 2 つの改正条約が採択されているところ、我が国は 1982 年 9 月に 78 年条約を締結し、また 91 年条約を 1998 年 12 月に締結しており、2022 年 3 月現在で UPOV 条約締結国は 78 の国と機関となっている。農林水産省輸出・国際局知的財産課編『逐条解説 種苗法 改訂版』628 頁以下。

を政令で指定することとした。これを受けて、施行令第1条は、「その他政令で定める植物」として32種類（令和4年4月現在）の「きのこ」（子実体の生産のために栽培されるものに限る。）を定めている。（改行）子実体とは、菌類において胞子を生じる菌糸体と、菌糸体が一定以上増殖した段階で発生する子実体からなり、子実体は肉眼で認められるほど大きく発達している。」<sup>52)</sup>とされているところである。

きのこが菌糸からできているものである以上、上記のような議論が学説上生じるのはその通りであろう。尤も、だからといって、子実体の生産のために栽培されるきのこを種苗法そのものではなく、政令に委任することができるのかどうかは上記の説明では判然としないところであるが、その妥当性はさておき、このような政令委任がなされていること自体の事実については、種苗法の来歴を確認する必要がある。

元々、現在の種苗法（平成10年法律第83号）は、「農産種苗法」（昭和22年法律第115号）を淵源として、「農産種苗法の一部を改正する法律」（昭和53年法律第89号）により題名等が改正されて「種苗法」（以下「旧種苗法」という。）となった後、平成10年に旧種苗法が全面改正された法律である。農産種苗法は「第二次世界大戦中から終戦直後にかけて、軍需や外地向け移出のため野菜種子の需給がひっ迫し、物資統制令（昭和16年勅令第1130号）に基づく蔬菜種苗等統制規則（昭和19年農商務省令第88号）によりその生産及び販売について統制がなされていたところ、戦後まもなくこの統制が廃止された際に、GHQから、戦時以来悪化した野菜種子の素質改善を目的とする法的措置を速やかにとることが求められたため、戦中から種苗関係団体が調査、研究を進めていた種子検査、改良新品種の種苗登録等の制度案を参考に、種子素質の改善促進を主眼とし」<sup>53)</sup>て制定された法律であり、その制定当初の主要目

---

52) 前掲注51・6～7頁

53) 前掲注51・638頁

的は「農業生産の根本となる種苗のうち販売種苗が消費される種苗の主要部分を占めるものについて、その品質の維持、向上を図るための種苗検査を行うとともに、主として民間育種の助長を図り、種苗の遺伝的素質の改良を促進するための新品種の種苗名称登録を行うことにより、農業生産の安定化と生産性の向上を図る」<sup>54)</sup> ことにあったところ、具体的な制度としては、この目的にある通り、①保証種苗制度（第 2 条～第 6 条：販売に際して証票の添付義務を負う種苗を農林大臣が保証種苗として指定し、当該保証種苗の販売に当たっては種苗業者の氏名、種類及び品種、生産地等の表示義務が課せられる）、②名称登録制度（第 7 条～第 11 条：農林大臣が、種苗名称登録の対象とする種苗を指定し、当該種苗について優秀な新品種を育成した者は農林大臣に出願して名称の登録を受けることができ、その登録期間中は当該登録を受けた者の許諾がなければ当該登録品種の種苗を、その登録名称を使用して販売することができないものとする）が盛り込まれていた。そして、同法上の「種苗」については「農作物の繁殖の用に供される種子、果実、茎、根、母本、苗、苗木、穂木又はだい木で農林大臣が指定するもの」と規定されていた（第一條）。

その後、昭和 53 年改正による旧種苗法においては、上記の名称登録制度に関して「UPOV 条約の内容に即して植物新品種制度を整備してきた諸外国の制度に比して、対象植物や保護の内容が不十分であったことから」<sup>55)</sup>、UPOV 条約の内容を踏まえた品種登録制度を創設すること等を主たる内容とする規定整備が図られており（第 7 条～第 12 条の 2）、具体的には品種登録の要件や登録期間等が法定されるとともに、品種登録の効果についても従来の品種名称の使用制限だけでなく、登録品種の植物体の全部・一部を種苗として有償譲渡する行為等を業として行うことが禁止されることとなった。そして、旧種苗法では第 1 条に法目的が規定されたことに伴い、法律内の定義規定については第 1

---

54) 前掲注 51・638～639 頁

55) 小林正「種苗法の沿革と知的財産保護」『レファレンス 平成 17 年 8 月号』21 頁

条の2が新たに整備され、前記「種苗」の関係は「この法律において「種苗」とは、植物体（農林水産植物の個体をいう。以下同じ。）の全部又は一部で繁殖の用に供されるものをいい、「指定種苗」とは、種苗（稲、大麦、はだか麦、小麦、大豆及び林業の用に供される樹木の種苗を除く。）のうち、種子、孢子、茎、根、苗、苗木、穂木、台木又は種菌で品質の識別を容易にするため販売に際して一定の事項を表示する必要があるものとして農林水産大臣が指定するもの」（同条第2項）と規定され、同項前段の「種苗」の定義において登場する「農林水産植物」は「農産物、林産物及び水産物の生産のために栽培される植物で政令で定めるもの」（同条第1項）と規定されることとなった。

旧種苗法を全面改正した現行「種苗法」（平成10年法律第83号）は、バイオテクノロジーの発展に伴う同一・類似の品種の創出や種苗の国際流通の進展に対応したUPOV条約の1991年改正に準拠すべく、品種登録制度につき、育成者権の明示・拡充や、登録品種に関する利用権の設定等、産業財産権法と同様の規定整備が図られ、法律全体の構成としては品種登録制度（第3条～第57条の2）が前面に出て、指定種苗制度（第58条～第66条）は第3章に配置替えされている。そして、現行種苗法における定義規定については前述の通りであるが、「農林水産植物」は「農産物、林産物及び水産物の生産のために栽培される種子植物、しだ類、せんたい類、多細胞の藻類その他政令で定める植物」とされ、また、「植物体」は「農林水産植物の個体」を（第2条第1項）、「品種」は「重要な形質に係る特性・・・の全部又は一部によって他の植物体の集合と区別することができ、かつ、その特性の全部を保持しつつ繁殖させることができる一の植物体の集合」を（同条第2項）、「種苗」は「植物体の全部又は一部で繁殖の用に供されるもの」（同条第3項）を各々いうものとされたところであり、保護対象植物の点で見ると、旧種苗法上は政令で定められた467種のみであったが、現行種苗法では原則として我が国で栽培されている全ての植物が対象となった<sup>56)</sup>。

このような農産種苗法から現行種苗法へと至る一連の経緯を鑑みると、定義

規定における下位法令等への委任については、元々「敗戦直後の食糧事情が逼迫している中で、不良種苗の取り締まりを主たる目的とし」<sup>57)</sup>として整備され規制法の色彩を強く帯びた農産種苗法においては、戦後直後の限られた時間の中で特に委任の方向性をさして明確化することなく農林大臣が指定する種苗だけを規制対象にしていたところ、同法における従の役割を担っていた名称登録制度をその後 30 年経って植物新品種に係る国際動向に合わせて旧種苗法において拡充する際に、(指定種苗の指定方式は農産種苗法のそれを実質的にそのままスライドさせつつ、)その保護対象である「種苗」の範囲を決定づける要素たる「農林水産植物」については広く栽培植物のうちから政令指定して詳細に定めていく方式を採ることとし、さらにその後知的財産法の側面を前面に出した現行種苗法では UPOV 条約 91 年改正条約での保護対象植物の拡大等に対応すべく、旧種苗法の「農林水産植物」については栽培植物の全部に拡大させた上で、前出のような「植物」の範囲に係る学説上の議論を考慮してそれ以外の政令指定植物を追加規定した形となっているものであるが、これは結局のところ、終戦直後の混乱期における規制法の限定的(或いは一種の緊急避難的な)的手法に基づく規制・保護対象に係る定義規定の政令等への委任というやり方が、法律自体が徐々に権利法的性格の法律に変容していく過程においてもなお、法定形式として継承され或いは参考とされていったものと見ることが出来るものなのであり<sup>58)</sup>、そう考えると、他の産業財産権法類似の法構造を有

---

56) 前掲注 55・26 頁

57) 前掲注 55・18 頁

58) 現行種苗法の法案審議を行った第 142 回国会の衆・農林水産委員会(平成 10 年 5 月 7 日)において、石橋大吉議員から種苗法案中の保護対象植物の拡大の改正事項に関わって、旧種苗法の品種登録制度における「農産物、林産物及び水産物の生産のために栽培される植物で政令で定めるもの」と限定していることの合理的理由について質問されたことに対し、農林水産省の高木賢・農産園芸局長は 3 点の理由を答弁しているが、その一つに「・・・現行種苗法の前身である農産種苗法におきましても、対象植物は農林水産大

する育成者権の保護を中核とする現行種苗法の定義規定においてもなお政令委任事項を法定することが妥当性を有するかについては抑々論としてそれ自体が検討すべき事柄であるし<sup>59)</sup>、また、そのような特殊な法構造の変遷を経て現在に至る種苗法の定義規定を平成26年法律第36号における商標法一部改正の用例とすることも適切ではないと考えられるものである。

---

臣の指定するものに限定していたという経緯があるということが第二点でございます。」と答弁している。しかしながら、これは本文で指摘したように、保護対象の法定の仕方を形式的に踏襲したものであって、仮に旧種苗法での定め方が妥当であるという立場を採用するのであれば、法律自体の意味合いが実質的に変化してきている中でもそのような法定の仕方がなお妥当性を有していること等の理由を説明する必要がある。

- 59) 種苗法中の定義規定における下位法令等への委任については、(育成者権の効力範囲に含まれる「利用」概念に連なる)「加工品」(第2条第4項)のほか、さらにいえば指定種苗制度に係る「指定種苗」(同条第6項)でも規定されている。農林水産省の所管法律には、定義規定におけるこのような委任は一定程度こうした傾向が看取されるところであるが(近時成立した法律でも、例えば、「特定水産動植物等の国内流通の適正化等に関する法律」(令和2年法律第79号)における「特定第一種水産動植物」等の各種定義規定において農林水産省令への委任が行われている)、これは前掲注45・川崎政司361頁において過度の形式主義・前例踏襲主義が指摘されている内閣法制局の法案審査を通過している点から正当化できるというものではなく、法律毎に検討を要する課題であることは言うまでもない。現に種苗法の定義規定における下位法令等への委任については疑義が呈されているところである(滝井朋子「種苗法の歴史と問題」小野昌延先生古稀記念論文集刊行事務局編『小野昌延先生古稀記念論文集 知的財産法の系譜』886～887頁)。なお、知的財産法の一つに分類されているいわゆるGI法、即ち「特定農林水産物等の名称の保護に関する法律」(平成26年法律第84号)の定義規定においても、その一部で下位法令への委任が行われているが(第2条第1項の「農林水産物等」など)、このGI法では、農林水産大臣による登録を受けた農林水産物等に係る地理的表示の使用者に対して法定登録標章の使用権を付してはいるものの、他者による使用行為に関しては個人の救済請求権ではなく農林水産大臣による措置命令と罰則とが規定されており、私権設定というよりも登録標章に対する公的規制・監視の色彩が濃いと考えられることから、本文の検討対象法律には加えていない。

## 7. 商標法第 2 条第 1 項の政令委任規定に対する評価

### (1) ここまでの議論等の整理

ここまで見てきた議論等の概要を小括すると以下の通りである。

・平成 26 年法律第 36 号中の商標法一部改正に係る有識者の検討は、経産省産権審の商標小委等において数年かけて取り進められていた。第 2 条第 1 項（商標の定義規定）の改正については、限定列举方式、例示列举+包括規定方式、包括規定方式のうち、商標の定義に識別性を加える工夫をしつつ包括規定方式とする方向でまとまりかかったが、報告書とりまとめの直前になって、法制的な観点から、事務局主導により個別規定方式に軌道修正され、さらにそこから漏れる非伝統的商標については政令委任することも検討中であるとされた。

・実際の内閣提出法案においては、現行法第 2 条第 1 項と同一の「人の知覚によつて認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。・・・」とする規定案が国会に提出され、原案通りに可決・成立しているが、実際の国会審議においては第 2 条第 1 項の政令委任規定の妥当性や整備理由についての質疑・答弁等は（経済産業大臣による法案趣旨説明を含めて）なされていない。

・講学上、委任命令に係る委任方法の限界については包括的委任や白紙委任は違憲無効と解されているところ、最高裁は委任方法に係る違憲審査についてきわめて謙抑的な態度に終始しており、具体的に問題となった個々の規定について、限定解釈や或いは時に法律全体、さらには関係法律等を援用するなどして合憲論の維持に努めているのが実情であるが、他方で個別のケースについて学説上異論の強いものも散見される。

・現行の各法律では、定義規定において下位法令等への委任規定を整備しているものは一定数存在するが、本稿の関心事である私権設定法の定義規定において政令等への委任をしている例は、抑々私権設定法自体が限られている

中ではあるが、同じ知的財産法に分類されている種苗法の規定例が漸く存在する程度である。内閣法制局審査ではこうした用例の存在は重要視されているが、種苗法は元々敗戦直後の公的規制法の意味合いが大きかった農産種苗法を原点としている法律であり、そこから徐々に私権に重点を置く種苗法へと変化していく中で当初の農産種苗法における保護対象に係る下位法令等への委任の考え方が種苗法に引き継がれるような形で種苗法の定義規定の政令委任がなされているというのが実際上の経緯であって、しかも現行種苗法における当該規定に係る政令委任の合理性については現在の政府見解でも十分に説明されているものとは言えず、より実質的に問われなければならない事柄であるし、また商標法第2条第1項の政令委任の用例には適さない規定例であると言えるものである。

## (2) 商標法第2条第1項の政令委任規定自体の評価

上記(1)のような状況である中で、商標法第2条第1項の政令委任規定についてはどう考えればよいのであろうか。

従来の議論等からすると、政令において規定される新しいタイプの商標として想定されているのは、においの商標、味の商標、触覚の商標などであろう。実際、海外の状況を見ても主要諸国では、これらのほかに米国のトレードドレスや欧州のマルチメディア商標が保護されているというようなどころである。しかし、現行商標法第2条第1項の規定から政令において定められることになる商標がにおいの商標等であることは当該規定それ自体としては自明ではない。というのは、第2条第1項の商標は「人の知覚によつて認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの（以下「標章」という。）であつて」、業として商品の生産等を行う者がその商品等について使用するもの、とされているが、抑々ここでいう「標章」とはどういうものを指しているのかがはっきりしていないのである。辞書的な意味としては「しるしとする徽章または記号」とされて

いるところ<sup>60)</sup>、識者の指摘する通り<sup>61)</sup> 法文上の「人の知覚によって・・・音その他政令で定めるもの」と「標章」とは本来的に概念不整合であり、「人の知覚によって・・・音その他政令で定めるもの」と規定してみたところで、商標法のレベルで「標章」と略称されるものの内容が限定されている訳でないであって、その意味ではこのような政令委任方法には疑義が生じ得るところと思われる。商標の定義規定において識別性の要件が欠落している点については

---

60) 新村出編『広辞苑第七版』2496 頁。因みに、後掲注 61 とも関連するが、大正 10 年法時代の学説においては「標章とは、一定の標識の爲め使用せらるゝ形象 (Symbol) を云う。」とするものがある。永田菊四郎『改訂工業所有権論』259 頁。

61) 三宅正雄『商標法雑感』37 頁以下では、「・・・立法の形式で「○○○○」(以下「○○」という。)の形のものは、いわゆる略称規定であり・・・正確な意味での定義ではない。本項の「以下「標章」という。」の場合も、その例に洩れない。・・・そもそも、文字、図形、記号あるいは、その結合などを標章という、というのもラフな話である。しるしとするものでない文字、たとえば、掛軸に書かれた文字などは、本来の字義からすれば、標章、すなわちマークの範疇に属すべきものではない。・・・何故、ことさらに、商標法上「標章」と呼ばれるものの範囲を通常用語例より拡張したのか、何故、商標法に限って、日本語としての固有の意味を離れた用法を採り入れたのか、その合理性を推測することはなほだ困難である。」と指摘する。現行法で定義されている商標概念が社会通念上の商標概念と異なり、識別性の要素を除外している点については、小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説【第 3 版】』10 頁によれば、一定の立法意図があったようではあるが、こうした両者のズレとそれに対する懸念については近時の平尾正樹『商標法<第 3 次改訂版>』13 頁以下を含め、種々指摘されているところである。なお、この点に関して網野誠『商標【第 6 版】』130 頁以下は「立法論としては、登録主義を採用する以上は旧法や改正前のドイツ法のように「商標」の概念は社会通念にまかせ、特に法律技術的な意味における「商標」なる概念を創設しない方が、法体系上もすっきりしたであろう」とはしつつも、「社会で現実で使用されている商標の中から、保護価値のあるものを確認するという使用主義の建前の下においては、社会通念上の商標の概念から乖離した定義を法律で規定することは、使用主義の前提が覆されるから許されるべきではないだろうが、登録主義の法制の下においては、登録されるべき対象物が明確にされていれば、法律用語としての商標は、必ずしも社会通念上の商標と観念が一致していなくても何ら不都合はない」と述べている。

産業構造審議会の商標制度小委員会等でも問題意識が共有されており、検討されたものの、（賛成多数ながら）全体としては賛否両論状態となり、結果としては引き続き具体的な条文に則して更なる検討を行っていくべきものとし、そのために具体策を講じるのが適当であるとされ<sup>62)</sup>、言わば先延ばしの状態となり、識別性の点に係る第2条及び第3条の改正は現在に至るまで特段の改正は行われていない。委任命令に対する最高裁のような考え方に立脚すれば、商標法の保護対象たる商標については、第2条のみならず第3条等も含めて考察することにより、「現実のビジネス等において識別性を有しているしるしに焦点化されるのであり、しかも、実際に追加され得る新しいタイプの商標は無限に存在している訳ではなく、国際的動向も踏まえて考えればせいぜい数種類しかないので、そうした点からすると政令への委任方法は白紙的であったり不明確であったりするものではない」とする見解も成立しそうにも見えるところではある。しかし、このような理解の仕方は現行法制を是とするための牽強附会的整理感が強いものであることは否めない。

前述したように行政立法における法規命令と行政規則との二分法は、多様な事象に適時適切に対応する行政の実現と、法律留保の原則との両立を図るために案出されたものであり、行政立法の問題は、高度化・多様化した複雑な現代社会において現実が発生する様々な課題に対して行政活動が行われるに際して、（学説上多様な見解は唱えられてはいるが）法律留保の原則<sup>63)</sup>の下で、行

---

62) 産業構造審議会知的財産政策部会報告書『新しいタイプの商標の保護等のための商標制度の在り方について』（平成25年9月）6頁

63) 中川義朗『行政法理論と憲法』70頁以下によれば、日本行政法学上、法律留保論については、伝統的な「侵害留保説」のほか、近時は「ドイツと同様にドイツ連邦憲法裁判所の一連の判決で確立された本質性留保説＝重要事項留保説を支持する見解が台頭・拡大しつつある。また、法治国・法治主義の自由主義的要素の拡大のみならず民主主義的要素の面から原則的にすべての行政活動に法律の根拠を必要とする「全部留保説」－「原則的留保説」、「原則的完全全部留保説」、「完全全部留保説」－も提唱されている。」

政がルール形成に関してどこまで制定することが許されるのか、また立法府が制定する法律による授権はどこまで許されるのかという点に帰着する事柄である。その意味で、この問題については、最高裁のような極端な謙抑的態度の当否はさておくとしても、国民の権利義務に関わる事柄は全て法律で規定しきるとする一種の理想論を後退させて、現実的な必要性・妥当性・通用性に対する配慮を一定程度行うべきものであることは間違いなし、その立場からすると逆にいえばそうした必要性等の点を無視して徒に法律に政令等に委任するような規定整備を行うことも不適切な立法行為と言わざるを得ないということになるのであって、そしてそうした委任の必要性等が存し得る場合であっても、委任方法については従来の指摘通り、白紙委任や不明確な委任が禁止される、ということになるのである。

そのような原点に立ち返ってみると、平成 26 年法律第 36 号の商標法一部改正において第 2 条第 1 項の政令委任規定を整備する必要性が本当に存在していたのか・いるのかという点についてストレートに考えてみる必要がある<sup>64)</sup>。

---

としつつ、「ただわが国の法律留保論の諸見解については、その内容を精査するといずれも一長一短あり、それが「通説」といえるか「決め手」がなく「百家争鳴」の感は否めず、一種の「混迷」状況にあるといっても過言ではない。」とされている。

- 64) この点、政令委任の許容度に対しては論者によって幅があり得るところと思われる。知的財産法の中でも著作権法においては第 30 条等の各種著作権制限規定等において政令委任が行われており、私権である著作権の権利範囲に重大な影響を及ぼすという点では、保護対象自体に係る委任命令と権利制限等に係る委任命令とで評価を異にするのではなく、保護対象自体に係る委任命令に関する必要性についても然程の厳格さを貫く必要はないとする考え方も成立し得るところではある。著作権制限規定等においても政令委任している内容は著作権法施行令の各規定上明らかなように相当程度にわたって詳細に定められており、著作権制限規定においてそのような政令委任を認めることの必要性・妥当性は、実際に要件限定的に委任している現行法の規定振りを含めて一定程度肯定されうるものと考えられるのに対し、商標法第 2 条第 1 項の委任命令に対する評価については本文中で詳述するが、抑々規定内容にそのような技術的・専門的事項が含まれるかど

実際、政府の説明では「我が国における将来的な保護ニーズの高まりに迅速に対応し、保護対象に追加することができる」<sup>65)</sup>ことを企図していた訳であるが、これは政令への委任を行うことで本当に実現されるのであろうか。思い返してみると、平成26年法律第36号の商標法一部改正への至る産業構造審議

---

うかについて疑義が生じる場所である。さらにもう少し考えてみると、例えば著作権法上、著作物や著作権の内容を定める規定において、政令委任がなされた場合、これについてはどう評価することになるのかという問題が存在するように思われる。著作物の定義の指定領域や新設する支分権の内容について、国際動向や技術の進展に応じて政令委任することになると主張しても、これには相当な違和感が生じるのではないだろうか。というのは、このように著作権法において保護すべきものはどのようなものかということや、著作権において保護される内容はどのようなことなのかといったことは私権設定法である著作権法における基本的な概念であるからと考えられるのであり、本来的にそうした事項はやはり私権設定法自体のレベルで確定させておくべきとする考えが抑々存在するものと思われるのである（だからこそ、あれだけ技術的・物理的要素に引っ張られた「送信可能化」の概念も、立法論的には別の整理の仕方もないではないが、純粹に見れば政令委任しても差し支えないような内容であるにも拘わらず、著作権法第2条第1項第9号の5でわざわざイ・ロに書き分けて詳細に規定しきっているものと解することになるのである）。そのため、私権設定法においてその保護対象について政令等への委任することに関してはその必要性等の判断をより厳格にすべきと考えられるものである。尤も、この点に関しては商標法と著作権法とでは国民生活における影響度の違いがあることを考慮して考えるべきではないかとする反論もあり得ようが、商標自体も何を商標法で保護対象とするかが国民生活に重大な影響（極めて多数の個人や企業におけるビジネス活動上の制約）を与える点では著作権法と同様であろう。またさらに、委任命令の整備に対する許容度が保護対象について厳格であるべきとする私見については、特許法や意匠法でも保護対象たる発明や意匠の定義において政令委任がされていない点も支持的事実たりうると思われる（プログラム等を物の発明の「物」に加えた平成14年改正のみならず、とりわけ建築物等の意匠を保護対象化された令和元年改正でも、平成26年法律第36号の例があるにもかかわらず政令委任規定は整備されていないところである）。なお、このような点から見る限りでは、著作権制度における権利の保護と利用の促進とを巡る法構造については、第1条の規定振りと同様に、オープンな関係性とは評価しにくいものになっていると解される。

65) 前掲注3

会での検討は実質的に平成 19 年 12 月～平成 25 年 2 月まで実に 5 年以上にもわたるものであった。無論、商標制度小委員会での検討事項は前述の通り、新しいタイプの商標の保護の導入だけでなく、商標制度における地域ブランド保護の拡充や、登録異議申立制度の見直し等種々の事項にわたっていたことから、新しいタイプの商標の保護の導入だけに時間を要していた訳ではない。尤も、新しいタイプの商標として具体的に何を対象化するかについてはそうすなりと決まって行った訳でなく、様々な意見が多様な立場を有する各委員からなされたところであった。確かに、新しいタイプの商標が海外で保護されている実績があるにせよ、そのうちの特定の商標を日本商標法において保護対象化するとなると、関連する検討事項としては商標の特定方法やその権利範囲の特定の在り方、商標の同一・類似の範囲の捉え方、使用概念の検討など、出願・審査段階や権利行使の段階のいずれにおいても商標制度の安定的な運用が果たしてどのように可能なものとして設計できるのかという点を明確にしていく必要があるところである。このことはこうした制度化をするに当たってそれを法律で整備しようと政省令等で整備しようと、いずれの場合でも変わるところはない。そのため、新しいタイプの商標のうち平成 26 年法律第 36 号では保護対象化されなかったものを政令指定するにも一定以上の時間は要することとなる。ところが、これが前出の商標法第 2 条第 1 項の政令委任規定の整備理由と整合するかと言われると、疑問が湧くところである。特に、現行法でも未保護対象の商標のうち、例えばおいの商標をとってみれば、商標制度小委員会でも化粧品関係団体出身の委員から「基本的には一企業に安易に独占されるべきものではないのではないかというように考えております」として、保護対象化にかなり消極的な発言がなされているし<sup>66)</sup>、さらに平成 26 年閣法 65 の審議の場面でも、経済産業大臣からは前出の本文記載のように、審査等の場面において的確

---

66) 第 25 回商標制度小委員会議事録 [遠藤委員]

に判断をすることの難しさが音の商標の場合よりもある旨の答弁がなされていること<sup>67)</sup>からすると、においの商標等を保護対象化するに当たってはやはり産業構造審議会等での議論は必要になるのであって<sup>68)</sup>、そうした検討には相当程度以上の時間を要することは疑いのないところであろう<sup>69)</sup>。

- 
- 67) 文脈的には、特許異議申立において訂正・取消になっている件数が多いことの原因について問われ、確保すべき質・量に関して答弁する際に、それに関連して、においの商標における欧州の状況に触れながら答弁したものである。
- 68) 前掲注 62・5 頁では「非伝統的商標のうち・・・[におい]等・・・については、諸外国において保護されている事例も一定程度あり、今後その保護ニーズが高まることも想定されることから、適切な制度運用が定まった段階で保護対象に追加できるよう、当小委員会において併せて検討を進めていくことが適当である」とされている。
- 69) 平成 26 年改正で保護対象化された新しいタイプの 2022 年度商標の出願／登録状況（国際商標登録出願の件数は含まない）については、特許庁『特許行政年次報告書 2023 年版』100～101 頁によれば、音（19 件／11 件）、動き（18 件／27 件）、位置（30 件／28 件）、色彩（7 件／1 件）、ホログラム（1 件／1 件）となっており、同年における通常出願／通常出願の登録が 169,148 件／183,546 件であるのに比して極めて低調な状況である。既に保護対象化された新しいタイプの商標の権利化等がこのような状況の中で、におい等の商標がさらに保護対象化されるかという点、関係団体サイドは従前と同様に慎重な態度を採用・維持することになる可能性が高いと予想されるところである。この点に関し、本文記載の WG 委員を務めた鈴木将文教授は、WG の報告書を受けて商標制度小委員会で検討されている途上のタイミングではあるが、次のように述べている。「この商標の定義をどうするかについては、商標の定義のあり方という問題と、今回の新しいタイプの商標への保護対象を拡大していくという問題の両面から、検討されるべきものと思われる。しかし、ワーキンググループでは、主に後者からの検討に議論を絞らざるを得なかった面があります。そして、商標の概念を是非広げたい、将来的にもどんどん広げたいという声が強いかという点、どうも必ずしもそうではないというのが印象です。先ほど、アンケート調査で必要ありと答えた企業が 8 割ということを申しましたが、ワーキンググループに出られた企業の方は、現に外国で登録されているものについては日本でも登録したいというお気持ちは非常にあるのですが、それ以上に広く登録可能性を拡大していくことについては、むしろ慎重な姿勢をお持ちであるとの印象を受けました。これは企業だけではなく、弁理士の一部の方からもそんな感じを受けました。最後にも触れたいと思いますけれども、新しいタイプの商標に登録対象を広げることには、こ

法律と政令との制定過程について見ると、国会審議を要するかどうかの違いは存在するが、におい等の商標を対象化する政令を定める場合、与党プロセスは必要になると思われる。政令施行前には権利対象となっていなかったにおい等の商標を実際に政令指定するとなると、多数の関係企業の行動に与える影響が極めて大きくなるため、におい等の商標の保護対象化を求める意見とこれに反対する意見とが交錯することとなり、調整の難度が上がることになる。政令については閣議決定のみで制定・施行されることになるものである以上、制度上の仕組みだけでいえばこうした与党プロセスは必須のものではないが、におい等の商標の政令指定が国民の社会経済生活に与える影響の大きさに鑑みれば、与党との関係では少なくとも経済産業部会への報告は必要になる。これだけの案件となると、事後報告では足りず、政令案の閣議決定前に報告をし、部会での議論を経ることは事実上不可避となろう<sup>70)</sup>。その際、関係団体等との調整が不十分なままで部会に政令案の案件をかけた場合、こうした関係団体等から多数の関係議員へのロビーイング活動が行われる結果、部会の場において当該関係議員からの反対意見等が噴出し、政府としても内閣提出予定法案の審議に影響が生じることへの懸念が生じることから、無理に当該政令案を閣議決定することが困難となるので、結局のところ政令案を閣議決定まで持っていくためには制度設計の検討や関係者の意見調整等をかなり慎重かつ時間を

---

れに伴ういろいろな意味でのコストアップ要因もあるわけで、実際に企業とか出願関係の仕事をする立場の方は、そのコストアップないしデメリットとの兼ね合いを現実的に考慮せざるを得ない、その結果かなり慎重にお考えになっているという印象を持ちました。商標概念を法律上は包括的に広げて、ある意味では運用ベースでどんどん広げられるような可能性を開くというアプローチについては、警戒心を持っておられる方が意外に多いという印象を持ちました。」鈴木将文・講演録「第 1 回公開講座＞新しい形態の商標の保護（平成 21 年 5 月 13 日）」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『「ブランド」と「法」』23～24 頁

70) 例えば、小学校等の学習指導要領も文部科学省告示であるが、与党の文部科学部会で事前に案件としてかけられ、そこで出た意見等も踏まえて実際の告示が制定されている。

かけて行うことが必要になるのである。一方でにおい等の商標を従前と同様に商標法改正によって実現することを仮に考えた場合、その改正案を国会に提出し審議を経ることとなるため、政令案の閣議決定とは事情が異なるようにもみえるが、現状において国会は通常国会のみならず臨時国会（又は特別国会）の開催が常態化しており<sup>71)</sup>、政府説明における保護のニーズの高まりに迅速に対応するためという理由の点では、法案対応の場合と政令対応の場合で実際上の差異がどこまであるかは甚だ怪しいものと言わざるを得ない<sup>72)</sup>。

それと、もう一つの問題は政令指定されうる範囲・内容の点である。現行法上の商標の定義は前述の通り「人の知覚によつて認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。・・・」であり、「標章」に係る現行の構成要素に着目すると、図形～色彩についてはこれら複数の要素が結合したのも「商標」として認められているが、「音」については「結合」の文言の後に単独で挿入されていることから、図形等との結合商標が認められていないものと解される<sup>73)</sup>。では、第2条第1項の規定に基づいて音と図形等との結合商標を同項の政令で規定することは可能なのだろうか。この点については肯定説<sup>74)</sup>・否定説<sup>75)</sup>の両説が存在するが、

- 
- 71) 平成以降でも、会期日数の違いはあれ、臨時国会等が開催されなかった年はない。
  - 72) 敢えて両者の違いを強調するならば、法案対応によることとする場合、その時々諸情勢を踏まえた与野党国対の観点から、内閣提出法案の本数を制限される可能性はあるので、その点の違いは存在し得るが、それも実質的には僅か数か月の差であり、現行の第2条第1項が整備されて約10年が経過してもなお対象政令が未整備であることを踏まえれば、致命的な差異になるものとは考えられない。
  - 73) ただし、阿部・井窪・片山法律事務所編『商標実務入門〔第2版〕—ブランド戦略から権利行使まで—』15頁〔鈴木康仁〕では、音に係る結合商標も登録対象たり得る旨の見解が示されている。
  - 74) 小野昌延＝三山峻司編『新・注解 商標法【上巻】』97頁〔茶園成樹〕、青木博道『新しい商標と商標権侵害—色彩、音からキャッチフレーズまで』324頁
  - 75) 土肥一史『商標法の研究』60頁

その理由についてはこれら両説においても詳細な説明がなされている訳ではない。敢えていうならば、これは現行法第 2 条第 1 項の捉え方による差異であると思われる。即ち、音はそれ単独の商標としてのみ存在するのであってそのことを前提に政令委任がなされていると解するのであれば音に係る結合商標は政令でも規定しえないということになるし、他方で商標法本体のレベルでは音は単独の商標としてのみ認めているが、法律本体に個別列挙されていない標章については全て政令に委任したものと解するならば音に係る結合商標は政令で規定し得ることになる。この点に係る立法者意思は明確ではなく、国会審議の場では明らかにされていない。また、政府見解も不明であるし、抑々音の商標については法案作成に至る検討経過を見ると、前出の WG 第 3 回会合資料の通り、第 2 条第 1 項おける改正後の条文イメージ(素案)として「この法律で「商標」とは、文字、図形、記号、立体的形状、色彩、音声その他の音響又はこれらの結合（以下「標章等」という。）であつて・・・」とされていたが、WG でとりまとめられた報告書（平成 21 年 10 月）では改正後の条文案や条文イメージ案はその姿を消しており、その後の商標制度小委員会等でも具体的な改正案については資料等に現れることなく、最終的に閣議決定された法案において漸く現行法と同様の条文案が明らかにされたところであって、結局音が何故単独の商標として規定されているのかについては依然として不明のままなのである。上記肯定説・否定説のいずれが妥当性を有しているかは本稿の関心事項ではないのでここではその検討はさておきが、重要なことは次の点であろう。現行法第 2 条第 1 項は保護対象たる商標の構成要素について図形等を個々に列挙するだけでなく図形等の視覚的要素が結合した標章も一つの単位として列挙しているところである。経緯としては、まず商標条例（明治 17 年太政官布告第 19 号）では商標そのものは定義付けられていなかったが、商標条例（明治 21 年勅令第 86 号）第 1 條第 2 項において「商標ハ特別著明ナル圖形字體又ハ其ノ結合ヲ以テ要部ト為スヘシ」と規定して、構成要素の結合パターンも含めて保護対象が明定されている。しかしその後、商標法（明治 32 年法律第 38 号）第 2 條

では「文字、圖形又ハ記號ニシテ左ノ場合に該當スルモノハ商標ノ登録ヲ受クルコトヲ得ス」に変更されており、次に商標法（明治42年法律第25号）第2条第2項で「登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字、圖形、記號又ハ其ノ結合ニシテ特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス」と規定して構成要素の結合パターンがまた復活している。その後同項の規定内容が商標法（大正10年法律第99号）第1条第2項そのまま継承されており、現行商標法（昭和34年法律第127号）の第2条第1項で「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つて・・・」として色彩に係る結合パターンのものが追加されている。その後、商標法等の一部を改正する法律（平成8年法律第68号）により「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であつて・・・」として商標の構成要素に立体的形状が追加され、最終的に平成26年法律第36号の商標法一部改正へ順次改められていったところである。このように見てくると、商標法制上の保護対象たる商標については、①文字・図形を起点として記号、色彩等に徐々に拡張していったこと、②結合商標もそれ独自として比較的初期から法定されていたこと、③しかしながら、色彩については嘗て単独の商標としては認められていなかったことの諸点に分かるが、これは社会通念として捉えられる商標の範囲が拡大していくのに応じて法制上の整備を進めていった結果であるという理解で良いのであろうか。③については、大正10年法から現行法に移行した時の考え方として「旧法は「商標」を明確に定義していないので、商標の色彩が商標の構成要素としてどのような意味をもつのか必ずしも明白ではないけれども、実際上の取扱は色のみが違う商標、例えば赤色の三角と黒色の三角とは同一のものとしていたようである。しかし、経験的な事実から、同一の文字、図形若しくは記号又はこれらの結合であつても、その色彩の施しかたによつては非常に異なつた印象が与えられる場合が少なくないし、ときには全く異なつたものとして意識される場合もある。また、着色限定をするとその限定した色彩を施したものとそうでないものとは別ものとして取り扱われるのであるが、これは、着色限定をした

ときには色彩が商標の構成要素となることにほかならない。しかし、構成要素というからには常に構成要素でなければならないので、場合によつて構成要素となつたりならなかつたりするのはおかしい。現行法ではこれらの考え方から色彩を商標の構成要素として明確に定義した。ただし、文字、図形又は記号などと異なり独立して構成要素となることができないという点、すなわち、文字、図形又は記号などと結合してはじめて構成要素となることができるという点で附随的な構成要素といえよう」とされているが<sup>76)</sup>、色彩を附随的構成要素とする理由自体はここでは説明されていない。もう少し遡ると、大正 10 年法における色彩の扱いについて「色彩を除きたる原商標は、何等特別顕著ならざるも、着色の爲め其の圖形全體が自他商品甄別の用を為すに至ることあるは、法第一條第二項及第三項に規定する所なるも、法は特に色彩自體は文字圖形等の如く獨立に商品甄別の標識たることを得ざるものと定めた・・・蓋し色彩は褪色し易き虞あるのみならず、一種の色自體を以て特別顕著なるべき施色を想像することを得ざるのみならず、一面二以上の施色に依る場合は、多くは一種の圖形を構成せるものと看做し得る・・・に由るならむ。」と解説されており<sup>77)</sup>、現行の昭和 34 年法制定当初の時点では大正 10 年法におけるこのような考え方を未だ引き摺っていたように思われる。他方で②の結合商標をそれ自体として古くから商標の一構成要素として認めていた理由については管見の限り判然としないところである。結局、世界において多様な商標が保護されている中で、我が国商標法において、ある時期までは平面的商標に保護対象を限定し<sup>78)</sup>、また結合商標を許容しつつも、色彩は附随的商標のみを認めてきたというのは、社会経済の実態との関係性があるとはいえ、それに全面的に規律されていると

---

76) 吉原隆次＝高橋三雄『新訂 商標法説義』16～17 頁。同旨のものとして、小野昌延『商標法概説（初版）』10～11 頁

77) 三宅發士郎『日本商標法』82 頁

78) 専優美『工業所有権法解説－四法編－』689～690 頁

いうよりも、一定の方向性を持った立法的態度であるというべきものなのであり、これらのほかに立体的形状を追加し、さらに最近になって色彩のみからなる商標や音の商標も追加した、というのもまた同様であると思われる。こうした文脈の中でみれば、商標法の保護対象について未保護商標に対する保護対象化の点を政令委任したというのは大きな方向転換といえるものである。商標法の基本的な仕組に関する方向転換を図ること自体は商標法の一部改正においても実現しうることはあろうが、その保護対象の設定範囲に関してこのような大きな方向転換を図ることの具体化を政令に委任するという場合には、前述の通り委任命令に関する制約をクリアする必要がある。この点、特に音に係る結合商標を政令で規定し得るかどうかというのは上述のような商標法制の変遷に鑑みると重大な論点といえるものであるところ、論者によって見解が分かれる状況というのは、WGにおいて「標章等」というワードに対して違和感が提起されたこと<sup>79)</sup>と相通ずるものであり、畢竟、委任の仕方が不明確であると言わざるを得ないと思われる。さらにいえば、今後の追加対象と想定されるにおいや味等の商標は前出の通り技術的事項ではないし、また（委任命令の文脈で屢々持ち出される）専門的事項とも思われないのであり<sup>80)</sup>、この点でも商標法第2条第1項の政令委任規定は疑問なしとしないところである。

以上のことからすれば、商標法第2条第1項の政令委任規定については、既存法制との関係性や委任方法の明確性等の諸観点を含め、その必要性・妥当性等を見出すことは現時点で考える限り困難であると評する以外にはないものであ

---

79) 前掲注13〔鈴木委員〕

80) 商標法の保護対象に何の商標を追加するかという点は専門的事項であるとする見解は一応ありえよう。保護対象の具体的な種類によっては登録要件や類否判断等の点で種々検討を要することはその通りであろうが、このような点をもって商標法に追加する商標の種類を政令事項とすることを許容することになると、商標法で規定する事項の多くを政令委任することが可能になりかねず、妥当性を欠く結果になるものと思われる。

る<sup>81)</sup>。

## 8. さいごに

上記 7 までで述べてきた通り、商標法第 2 条第 1 項における政令委任規定については、法制論的に見て、それ自体としての疑義が極めて大きいと考えられるところであるが、付言しておきたい点がある。この問題についての検証を行ってきたことから生じる懸念は内閣提出法案における実務の観点からみて、この商標法第 2 条第 1 項の存在が肯定されれば、それがまた一つの前例となって、委任命令における委任方法に関する許容度が拡大し、結局は最高裁のような謙抑的態度に終始する結果に陥ってしまうという点<sup>82)</sup>であり、この危険性については最後に

---

81) なお、本文では触れていないが、商標法第 2 条第 3 項第 10 号では、標章の「使用」につき「前各号に掲げるもののほか、政令で定める行為」が規定されている。同号は前掲注 2・特許庁編 1528 頁によれば「一〇号は、平成二六年の一部改正により、商標の定義が一部政令に委任されたことに伴って新設されたものである。

すなわち、一項の「その他政令で定める」標章が追加された際に、当該標章に必要な使用行為についても併せて整備することができるよう、標章の使用の定義も政令に委任したものである」とされている。即ち、第 2 条第 3 項第 10 号の規定は同条第 1 項の政令規定標章に連動する者である旨が説明されているところ、第 1 項に法定されている個別標章に係る使用行為は全て第 3 項第 1 号～第 9 号で規定しきっているとの前提でこのような説明がなされているものと思われるが、第 10 号の規定を見てもそのような理解に基づく委任がされていることは読み取れないのであり、委任命令の委任方法に関する限界性の点からはこの第 10 号は当に白紙的と言わざるを得ないものと解されるのであって、前掲注 64 で述べた著作権の支分権を政令委任した場合と同様の違和感が生じる規定である。

82) 三権分立の下で国家行政が営まれる以上、行政の姿勢は最高裁の判断には従うことになるし、実際に各府省の行政官はそのような認識で行政事務に携わっているのは疑いのないところである。ただし、そのような認識が極端な司法消極主義と称される我が国最高裁の態度（行政府的に、「最高裁は下級審と異なり過激な判断はそうそう下さない」と

大いに強調して本稿を閉じることとしたい。

---

いう、言わば「最高裁大人論」と映る態度）と結びつくことで「最高裁によって容認されている、或いは否定されていない」として、ともすれば現状の法制度を肯定する傾向を生み出し、またそうしたことが内閣法制局による前例踏襲・重視の審査態度と重なって、「最高裁に否定されない限りは現行制度と同じ様な制度を別の法律で取り込むことも許されるであろう」という考えの下で委任立法に関する限界をなし崩しにしてしまっている危険性について指摘しておきたい。最高裁が委任立法の違憲判断に対して謙抑的態度を貫く要因は前掲注45・川崎の指摘と重なって複合的なものなのであるが、法律全体や時には関係法制、さらには関連法制における実態的状况等を持ち出してでもできる限り違憲判断回避を行おうと垣間見える姿勢から考えると、一つには現行制度の否定が齎す法制度・行政の安定的運営の破壊への懸念という要素も見過ごせない点であろうと思われる。ただ、そこまで「最高裁大人論」を維持しなければならないのかといえ、現行法制自体は必ずしも精緻に構成されている訳ではない。本文で提示した学校教育法（昭和22年法律第26号）についていえば、敗戦直後にその立案事務に携わった安嶋彌・元東宮大夫は「あの当時は、あらゆる制度、法律がそうだといっていいんですけども、みんながよく分からず、不慣れな状態の中で、ただやみくもにやっていたわけですね。ですから、おそらく今、全く新しく学校教育法案を作っていくということになると、もったきめ細かなものになるでしょうね。改めて考えてみますと、学校教育法はやはり非常に粗いと思います。粗いという意味は、必ずしも粗雑という意味ではなくて、大筋しか書いてないということです。今作ったら、もう少し細かいことまで書き込むのではないかと思いますかね。」と述べている（木田宏監修、中島章夫＝辻村哲夫＝楠山三香男＝徳武靖編『証言 戦後の文教政策』89頁）。学校教育法は法制局、枢密院、GHQという重層的なハードルがある中、昭和22年3月31日に終了する第92回帝国議会を事実上の期限として通過・成立させる必要があり、一年に満たない期間で突貫工事的に立案されたものだとの事情がある点は差引く必要があるとはいえ、安嶋氏の上記発言は本稿のテーマとの関係でも傾聴に値しよう。