HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	商標類否の判断基準に対する一考察 ： 裁判例に基づく商標類似性に対する分析
Author(s)	許, 清
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第12344号
Issue Date	2016-06-30
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k12344
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/62603
Type	doctoral thesis
File Information	Xu_Qing.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

北海道大学大学院法学研究科

博士（法学）学位申請論文

商標類否の判断基準に関する一考察

－裁判例に基づく商標類似性に対する分析－

（2016 年 3 月提出）

博士後期課程　許　清

学籍番号　　15125003

【目　次】

第 1 章　序説 1
第 1 節　問題の所在 1
第 1 款　商標の類似 1
第 2 款　類否判断の考慮要素 2
第 3 款　類似と混同 3
第 2 節　本稿の意義及び構成 4
第 1 款　意義 4
第 2 款　構成 4

第 2 章　裁判例の概観 6
第 1 節　登録阻却の場面の裁判例 6
第 1 款　総合考察の確定と取引実情の強調
―登録阻却に関する二つの最高裁判決― 6
第 2 款　定型的規制の時期 9
第 3 款　柔軟的規制の時期 19
第 2 節　権利侵害の場面の裁判例 39
第 1 款　定型的規制の時期 39
第 2 款　具体的取引状況の強調と出所混同基準の展開
－侵害事件に関する二つの最高裁判決－ 46
第 3 款　柔軟的規制の時期 49
第 3 節　裁判例のまとめと新たな動向 55
第 1 款　裁判例のまとめ 56
第 2 款　裁判例の新たな動向 60

第 3 章　要件事実論の視点における商標類否の判断 65
第 1 節　商標類否の判断と要件事実 65
第 1 款　商標類否の判断の構造－「出所混同のおそれ」の位置づけ－ 65
第 2 款　商標類否の判断に関する評価基準 69
第 3 款　要件事実としての三点要素と取引実情 71
第 2 節　取引の実情に関する二つの論点 74
第 1 款　局部的・一時的な取引実情と一般的・恒常的な取引実情 75
第 2 款　商標の周知著名性の考慮の可否 85

第 4 章　プロセスの視点における商標類否の判断 91
第 1 節　法的判断主体における運用論 91
第 1 款　特許庁と裁判所における判断基準の齟齬 91
第 2 款　裁判所における登録事件と侵害事件においての相違 95
第 3 款　小括 97
第 2 節　混同行為の規律手法の選択 97
第 1 款　登録阻却の場面の例－条文間の役割分担－ 97
第 2 款　権利侵害の場面の例－商標法と不正競争防止法の関係－ 98

結語 101

裁判例索引 104

第１章　序説

第１節　問題の所在

商標の「類似」は、登録商標の保護範囲を画定する一つの要件として、商標登録阻却の場面でも商標権侵害の場面でもよく出ている[1]にもかかわらず、商標類否の判断については、必ずしも明らかにしていない。本稿は、商標類否判断の実態を開示し、その在り方を解明するために、商標類似という要件の運用に焦点を当てて、４条１項１１号及び３７条を中心に、商標類似の要件が登録阻却の場面において問題となる場合と、侵害の場面において問題となる場合に分けて考察してみる。さらに、裁判例に対する分析に基づき、要件事実の考え方から商標類否の判断の構造を探索した結果をもって、特許庁と裁判所の類否判断の実態、及びインテグリティを有する標識法の仕組みを論理づけようと試みる。

第１款　商標の類似

商標類否の判断については、大審院時代から多くの裁判例が積み重ねてきており、通常称呼、外観、観念の三点要素が判断要素として挙げられる。旧法下の裁判例は、商標類似を肯定する際に、称呼、外観、観念のうち、いずれに類似することを明示しなければならないとし（大判昭和２年６月７日民集６巻８号３３７頁［花鳥図］）、また、三点要素のうち一つが類似するときは、たとえその他の点において紛らわしいところがないとしても、比較する両商標は類似であると判断しても違法ではないとしていた（大判昭和２年３月５日民集６巻３号８２頁［ヨネフラッシュ　バルブ］、大判昭和８年４月１１日法律新聞３５５１号１２頁［桃太郎印］）[2]。

現行法施行後においては、いくつかの最高裁判決が積み重ねてきており、商標類似性を認めるには、三点要素の類似を要する程度に関しては明示的に述べることはないが、両商標が付された商品や役務の出所の混同を生じるおそれがあるか否かという基準の下で、取引実情の考慮を含め、称呼、外観、観念の三点要素を総合的に考察して類否判断を行うように見受けられる。よく用いられている説示は、「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずる

---

[1] 先願の既登録商標に類似する商標を、その指定商品・役務に類似する商品・役務に使用するものとして、当該商標権者以外のものが出願しても、その登録は許されない（４条１項１１号）であって、また、登録商標権者以外のものが、登録商標に類似する商標を指定商品・役務に類似する範囲で使用等の所定の行為をした場合には商標権侵害となる（商標法３７条）。田村善之『商標法概説』（第２版・弘文堂・２０００年）１１１頁。

[2] 外観・観念において何ら類似の点がないことを指摘した上で、原審決は称呼の発音が近似するだけで類似商標としたのは審理不尽とした大判昭和１５年１１月６日民集１９巻２２号２０２４頁［楠公事件］もある。当該判決の評釈につき、末弘厳太郎「判評」判例民事法昭和１５年度１１１事件４４２－４４４頁を参照。

おそれがあるか否かによって決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする」(最判昭和４３年２月２７日昭和３９年（行ツ）第１１０号［氷山印］）というようなものである[3]。このような判断は侵害訴訟においても同様に解されている（最判平成４年９月２２日平成３年（オ）第１８０５号［大森林］、最判平成９年３月１１日平成６年（オ）第１１０２号［小僧寿し］)。

商標の類否判断は、一般的に、自他商品出所混同のおそれの有無を軸としつつ、取引の実情に対応して、商標の観念、外観、称呼という三点要素を観察することを媒介としてなされる、という定式が当てはまると考えて大過ないが、具体的には、裁判所が商標の類否を判断する際に、どの要素が重視されるのか、又は、取引の実情をどの程度考慮されるのかによって、異なる結論に辿りつく可能性がある[4]。現行法施行後の従前の裁判例[5]から見ると、昭和６０年代前後までの相対的に定型的に認定する判決が主流を占めていた時代と、平成初期からの柔軟的に認定される時代という変遷を経ている。

第２款　類否判断の考慮要素

前述のように、商標類否を判断する際に考慮される要素は、称呼、外観、観念という三点要素とともに取引の実情に焦点とした[6]。基礎的要素としての称呼、外観、観念という三点要素に対する考察は、商標表示自体に対する考察であり、二つの商標の対比を通じて、発音が似ている場合に称呼類似とし、見た目が紛らわしい場合に外観類似とし、商標から生じる意味が同じである場合に観念類似とする。ただし、三点要素における類似性あるいは非類似性は、商標の類否判断の要件事実として、どのように位置づけられるべきかについて、すでに解明したとは言えない。一方、取引の実情に対する考察の場合は、あらゆる事情を考慮して個別的・具体的な混同のおそれの有無につき判断すべきなのか、考慮すべき事情を限定してある程度抽象的・形式的な混同のおそれの有無につ

---

[3] その基準において、商標類否の判断に関する立証命題を変更していると理解されるが（飯村敏明「商標の類否に関する判例と拘束力―最三小判昭和４３年２月２７日判決を中心にして―」Ｌａｗ　＆　Ｔｅｃｈｎｏｌｏｇｙ５２号５５頁（２０１１年))、それにもかかわらず、商標の外観、観念又は称呼の類否を全く検討することなく、取引の実情のみによって、商標の類否を判断してよいとするものではない（知財高判平成２２年４月２７日平成２１年（行ケ）第１０１５２号［ＰＯＬＯ］)。

[4] 類似概念はもともと相対的な概念であり、比較される対象をどのようなものとして評価するかによって、例えば、識別標識としてかまたは単なる視覚に訴える文字・図形としてかまたは美的表現の手段としてかによって、その結論も異なってくる可能性があって（網野誠『商標』（第６版・有斐閣・２００２年）４３０頁)、そのところは「類似」に対する理解の齟齬の発端であると考えられるだろう。

[5] 現行法実施前後の時期に、旧商標法の２条１項９号（現行法４条１項１１号）を適用した裁判例も含む。

[6] 商標類似という要件を含め、商標権侵害の要件について他国との比較を行うものとして、渋谷達紀『商標法の理論』(東京大学出版会・１９７３年）１９７頁、島並良「登録商標権の物的保護範囲（一)」法学協会雑誌１１４巻５号５４７頁、同・「登録商標権の物的保護範囲（二・完)」８号９３６頁（１９９７年）を参照。

き判断すべきなのかという点につき、通説的見解はなく、まだ議論の余地が大きく残されている[7]。

取引の実情が、称呼、外観、観念という三点要素との関係についても、意見が収斂されていない。大まかに二つの考え方があって、三点要素が商標の類否判断にどの程度の影響力を有するかを決める補助的な要素であるという考え方（以下は、補助的な要素としての取引実情という）と、取引の実情は三点要素とは別個の商標類否を決し得る独立の要素であるという考え方（以下は、独立の要素としての取引実情という）に分けている[8]。前の考え方とは、商標を構成する外観、称呼、観念の類似性を認定して、それらの判断に基づき商標の類似を決めることで、その際に、三点要素の内容をの認定する為か、この商標において優位的な地位を持っている要素を確定する為か、取引の実情に照らしてみていくことである。もう一つの考え方とは、商標の類否を決める際に、外観、称呼、観念とともに取引の実情を加えて、四つの要素が認定され、その三点要素が類似していなくても、出所の混同を生ずるおそれがあるという取引の実情があれば、商標は類似するといわざるを得ないことになる。

第 3 款　類似と混同

「出所混同基準」の下で、称呼、外観、観念の類似は、商標を使用した商品につき出所混同のおそれを推測させる一応の基準にすぎず、取引実情の考慮が従来より容易に認められることになり、裁判官の心証の許容度が広がってくる。現実において商標の保護範囲をめぐり生じる紛争は複雑多様であるので、裁判官は当該紛争の具体的事情に応じて商標の保護範囲を画定し、その判断を正当化するために、柔軟性に優れる「出所混同基準」の適用に好意を持つ次第だろう。しかし、商標「類似」の意味を「出所混同のおそれが生ずる」に解釈すると、主観的な判断が先行し、受容性の高い結論を導くために、あえて技法として「混同のおそれ」を運用する危険性の存在を無視することはできない。「混同」とは、仮装理由[9]として存在する概念であるのではないかと考えないわけにはいかなく、具体的な判決の具体的な結論について体系的な理由づけを必要とする実務の有効な指針とはなりえないと思う。

一方、条文の文言上では、現行商標法は混同のおそれではなく類似性を商標権侵害の要件とした特徴であって[10]、商標登録阻却の場面にも、「混同」と「類似」の用語を分け

---

[7] ２０１１年調査「商標審決取消訴訟における取引の実情に関する調査研究報告書」９９頁。

[8] 牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」パテント６２巻１３号（２００９年）７５頁。

[9] 「仮装理由」の詳しくについて、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社・１９７５年）３７３－３７６頁。そのほか、「仮装理由」を論じる際に慎重的に取扱う必要があることを強調したうえで、「仮装理由」とは、法律的判断の明示的理由付けと、その判断についての内心の理由付けとの間に矛盾が存することであると定義されるものがある（パウルス リストフ（篠森大輔 訳）「ローマの法学者が仮装理由を使用した例か?：ユーリアヌス・学説彙纂第三六巻第一章第二六法文序項の検討」法政研究67巻4号1019頁）。

[10] 金子敏哉「商標法と混同を巡る問題状況」別冊パテント８号（２０１２年）６頁。

て使っていることは明らかである[11] [12]。商標「類似」を「出所混同基準」をもって解するには、条文の整合性において、少なくとも標識法における「類似」と「混同」を区別するように解釈する必要がある。学説においては、「具体的な混同」を意味する「混同」概念に対し、「抽象的な混同」をもって「類似」概念の意味を説明することがある[13]。しかし、混同のおそれを巡る抽象性・具体性の用語は、「取引の実情や両当事者を巡る個別事情（周知性・著名性、打消し表示の有無等の具体的使用態様）をどの程度考慮するのかについて相対的な概念として用いられている」[14]に過ぎないので、そうした区別の説明をもって実務上の判断では必ずしも容易とは言えないだろう。

第 2 節　本稿の意義及び構成

第 1 款　意義

商標類否に関する訴訟において、実務上実際に関心するのは、いかなる場合にどれだけの資料を立証すべきか、どのような主張が裁判所に認められるのかという問題であり、それを分かるようにするために、具体的な問題に直面しなければならなく、具体的な参考資料の斟酌を分析する必要がある。したがって、判決文に述べる抽象論に止まらなく、裁判実務の実態に直面し、商標類否判断においての考慮要素及びその間の関係に対する研究が意義を持つのではないかと思う。

第 2 款　構成

本稿は、まず、商標法４条１項１１号及び３７条を中心に、商標類否の判断に関する裁判例を概観して（第２章第１～２節）、従来の裁判例の流れおよび最近新たな動向を示する（第２章第３節）。次に、前章の考察に示した事情に基づき、要件事実の考え方から商標類否の判断の構造を探索する上、商標類否の判断に関する評価基準及び要件事実と

---

[11] 登録阻却事由に関する条文には、４条１項１０号・１１号等が「類似」を用いているに対し、４条１項１５号のほうが「混同」という用語を使っている。

[12] 著作権、特許権の場合に比較すると、権利範囲の拡大には、著作権侵害（類似性）と特許権侵害（均等論）においても存在するが、なぜ商標法の場合に限り立法により規定されてるか。それは、著作物又は特許発明など、既に保護に値するものを創出してから保護を与えるのに対し、商標法の場合は、登録主義の下で商標発展助成機能を活かすのために、まだ信用を化体していない商標にも保護を与えるからであるのではないかと思う。即ち、知的財産権は、創作者にインセンティヴを与えるため、他人の成果を盗用する行為を禁圧するものと大まかに理解しえると思われるが、登録商標の場合は、まだ信用を化体していない登録商標（保護に値するものがまだ創出しない）にも類似の範囲内での保護を与えるのは、少し納得性が弱いのではないかというので、立法により（禁止権）権利範囲を拡大する概念を設置したと推測する。

[13] 網野・前掲注４）３７４頁以下、渋谷達紀『知的財産法講義ＩＩＩ』（第２版・有斐閣・２００８年）２８頁以下、勝部哲夫雄「商標における『混同』概念の分析」パテント４９巻３号（１９９６年）２５頁以下を参照。

[14] 金子・前掲注１０）３頁。

しての三点要素と取引実情を分析し（第３章第１節）、続いて、取引実情を如何に限定すべきかを解明するため、局部的・一時的な取引実情の考慮の可否と商標の周知著名性の考慮の可否という取引実情に関する二つの論点を検討する（第３章第２節）。さらに、以上で明らかにした商標類否の判断構造をもって、プロセスの視点から、法的判断主体による類似要件の運用に対する水平的考察（第４章第１節）と、同一法制度に止まらなく各法制度にわたる類似要件と混同要件の関係に対する垂直的考察（第４章第２節）を行ってから、最後に、展開してきた商標類否の判断基準をまとめて提示して結びとする（結語）。

第２章　裁判例の概観[15] [16]

第１節　登録阻却の場面の裁判例

第１款　総合考察の確定と取引実情の強調―登録阻却に関する二つの最高裁判決―

第１項　氷山印事件最高裁判決（最判昭和４３年２月２７日昭和３９年（行ツ）第１１０号［氷山印］）

事案は、指定商品を「硝子繊維糸」する本願商標（図１．１）が、指定商品を「糸」とする引用商標「しょうざん」（図１．２）との類否判断であって、特許庁は、「ひょうざん」という称呼が生ずる本願商標と、「しようざん」という称呼が生ずる引用商標とが、称呼が類似するとして、旧商標法２条１項９号（現行法４条１項１１号）所定の商標に該当することを理由に、その出願を拒絶した。東京高裁は、本願商標の指定商品である硝子繊維糸の取引実情を考慮して、「比較的高価なガラス繊維糸では、一般市民を取引の相手方とせず、特定範囲の取引者間で取引される等の実情に照らせば、商標の称呼のみで商品の出所を知ることは殆どなく、外観、観念において全く異なることは明瞭である。両商標は指定商品の出所について誤認混同を生ずるおそれはなく、称呼においても類似するものではない。」と述べて審決を取り消した（東京高判昭和３９年９月２９日昭和３７年（行ナ）第２０１号［氷山印一審］）。

この判決に対して、特許庁が上告し、最高裁は、まず、「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具

---

[15] 取り扱う裁判例については、新商標法に適用する裁判例を主として、旧法時代の一部の裁判例を含め、昭和３４年から平成２７年までの裁判例が検索対象とされている（検索時点：２０１６年1月１５日。検索方法：商標類否の判断にかかる審決取消訴訟事件については、検索期間を「昭和３４年から平成９年３月１１日以前」と、検索キーワードを「４条１項１１号」又は「第四条第一項第一一号」と、検索範囲を「書誌と全文」と、法条範囲を「商標法４条」に設定して検索すると、１７３件が出てくる。それに加え、検索期間を「平成９年３月１１日から平成２７年１２月３１日」と、検索キーワードを「４条１項１１号」と、検索範囲を「書誌のみ」と、法条範囲を「商標法４条」に設定して検索すると、２３３件が出てくる。そのほか、旧法第二条第一項第九号の時代の裁判例は、後述の文献を参考して検索する。商標類否の判断にかかる侵害訴訟事件については、検索期間を「昭和３４年から平成２７年１２月３１日」と設定し、検索キーワードを「類似」と設定し、検索範囲を「書誌と全文」と設定し、法条範囲を「商標法３７条」に設定して検索すると、２１２件が出てくる。）

[16] 裁判例について、田村・前掲注１）、最高裁判所事務総局行政局監修『知的財産権関係民事・行政裁判例概観』（法曹界・１９９３年）、小野昌延編『注解商標法』（新版・２００５年・青林書院）、金井重彦＝鈴木将文＝松嶋隆弘『商標法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン・２０１５年）、櫻木信義『商標の類否』（発明協会・２０１１年）、小林十四雄＝小谷武＝西平幹夫編『最新判例からみる商標法の実務』（青林書院・２００６年）、小林十四雄＝小谷武＝足立勝編『最新判例からみる商標法の実務ＩＩ』（青林書院・２０１２年）も参照。

体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」という抽象論を判示した。そして、上告理由の中で、原判決が斟酌された取引実情は、普遍性、恒常性が欠くもので経験則とは言えなく、考慮すべきではないとの主張に対して、「原判決が…認定したところは、本件出願商標の出願当時およびその以降における硝子繊維糸の取引の状況であつて、かつ、それが所論のように局所的あるいは浮動的な現象と認めるに足りる証拠もない。」と述べ、さらに、称呼のみ類似すれば両商標は類似とする従前の判例・学説に反しているとの主張に対して、「商標の外観，観念または称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所の誤認混同のおそれを推測させる一応の基準にすぎず、従つて、右三点のうちその一において類似するものでも、他の二点において著しく相違することその他取引の実情等によつて、なんら商品の出所に誤認混同をきたすおそれの認めがたいものについては、これを類似商標と解すべきではない。」と述べて、上告を棄却した。



図１．１

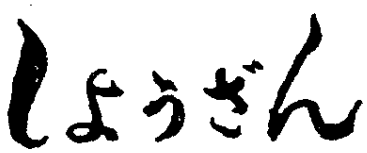


図１．２

第２項　保土谷化学工業事件最高裁判決（最判昭和４９年４月２５日昭和４７年（行ツ）第３３号［保土谷化学工業］）

事案は、染料、顔料、塗料の指定商品が共通であって、本願商標（図２．１）は、やや縦長に表わした違い亀甲紋章様の図形を肉太に表わし、左右外側の直線部の中央の部分を若干切りはなし、内側平行線部の中央をやや細い横線で連絡している幾何図形を大きく画いてなるものであるが、これに対し、引用商標（図２．２）は、やや縦長に表わした違い亀甲紋章様の図形を太線で表わし、右外側直線部の中央を若干切りはなした幾何図形をやや小さく画いてなるものである。両商標は、やや縦長の二つの六角形を左右に鎖状に組合わせた図形としての印象を共通にしている。

出願人が主張される出所混同を生じない取引実情の考慮の可否について焦点に当たったが、原審の東京高裁は、「原告会社では現に、その生産する染料は一般消費者を販売の対象にしておらず、また、顔料は生産していないことを認めることはできるけれども、染料、顔料および塗料について、一般にデパート塗料店および文具店等において一般消費者を対象とする家庭用のものが販売されていることは、顕著な事実であり、原告会社の現在の生産および販売方針がそのまま永く続けられると認めうる証拠はないのみならず、専門業者の間においても、前認定の外形上の類似点の故に、本願商標と引用商標の付せられた各商品について出所の誤認混同を生ずるおそれが全くないとはいいがたいところであるから、原告の右主張は採用することができない。」と述べて、商標類似に反する取引実情の斟酌を認めなかった。

この判決に対して、出願人が上告し、最高裁は上告を棄却し、「商標の類否判断において考慮することの出来る取引の実情とは、その指定商品全体についての一般的・恒常的なそれを指すものであって、単に該商標が現在使用されている商品についてのみの特殊的、限定的なそれを指すものではないことは明らかであり、所論引用の判例（注：　氷山印事件最高裁判決）も、これを前提とするものと解される。」と判示した。



図２．１



図２．２

第３項　評価

４条１項１１号における類似性について、旧法の時代から、数少ない判例が積み重なってきており[17]、現行法施行後に、最高裁判決氷山印事件において判示した抽象論は、一般な判断基準となっていることが見受けられる。氷山印事件最高裁判決は、商標の類否は商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきであるとの最高裁判決橘正宗事件（最判昭和３６年６月２７日昭和３３年（オ）第１１０４号［橘正宗］）の判旨を踏襲しつつ、外観、観念、称呼のうち一つが類似すれば商標が類似するとの従来の考え方を改め、「外観、称呼、観念」の三点要素に対する観察に加え、「取引の実情」を含めた総合的判断がなされるべきとしたことである。当判決は、判旨の抽象論部分において、「その商品の取引の実情を明らかにしうる限り、その具体的な取引状況に基づいて判断する」と明確的に判示し、取引の実情を考慮した判断を優先することを意味すると理解される[18]。抽象論の文言上には、「取引の実情」の範囲が限定されないにもかかわらず、事案の当てはめを見れば、考慮が許された取引実情は、硝子繊維糸という商品の性質（高価、特殊用途商品）から、一般市民を取引の相手方とせず、特定範囲の取引者間で取引される等の実情であって、一般的には、商品の性質が安定なものだと考えられるので、そこから導いた取引の実情は、普遍的、恒常的な実情として捉えやすいだろう。その後に出た最高裁判決保土谷化学工業事件では、商標の類否判断で考慮が許される「取引の実情」は、一般的・恒常的なものに限ることを明確した。保土谷化学工業事件最高裁判決は、最高裁判例集民集に収録されていないにもかかわらず、学者に掘り出されて以来、頻繁に引用されてきて、重要な判決である。

この二つの最高裁判決は、４条１項１１号における類似性に関する判断基準を判示し

[17]　旧法の時代においての大審院判決又は最高裁判決の紹介について、牧野・前掲注８）６７－７０頁を参照。

[18]　飯村敏明「判例の読み方と先例拘束力について―商標の類否を中心として」『松田治躬先生古稀記念論文集』（東洋法規出版株式会社・２０１１年）２５頁。

たにもかかわらず、その後の下級審においては、必ずしも統一な基準に収斂させて商標類否を判断するわけではない。氷山印事件最高裁判決のしばらく、下級審においては、外観、観念、称呼のうち一つが類似すれば商標が類似するとの従来の考え方が続かれている。その一つの原因とは、当時では、氷山印事件最高裁判決を事例判決と考えられていることで、その判例の射程を広く解釈されないだろう。また、取引の実情については、かつての最高裁の判断を忘れされて、浮動的な取引実情により類似性を狭める方向へ斟酌する下級審の裁判例がその後にも現れた。学者からの批判を受けてから、下級審のほうは保土谷化学工業事件最高裁判決に立ち返る判決が増えてきたが、その後、また無限定に取引実情の斟酌の立場へ戻っていて、全体的からみて、最高裁判決が判示したにもかかわらず、下級審の態度は若干揺れているという現状である。以下は、下級審の裁判例を概観しよう。

第２款　定型的規制の時期－昭和６０年代前後まで－

第１項　称呼、外観、観念の三点要素に対する考察

（一）三点要素のうち一つ以上が類似すれば、商標の類似性を決する裁判例

（１）商標類似肯定例

（ａ）外観の類似を理由として商標の類似性を肯定した裁判例

例えば、本件商標（図３．１）と引用商標（図３．２）との類否に争った事案で、両商標が、外観、称呼および観念のいずれの点においても類似しないと認定した本件審決に対して、くびの長い鳥の上部は、程度の差があっても、いずれも写実的に表現されており、それ自体が看者の多くの者に強い印象を与えるものであり、また、指定商品とする自転車においては、商標の表示が自転車前輪の支承パイプに装着される金属プレートにより行なわれることをも考慮し、両商標は外観において類似するものとして、本件審決を取消した（東京高判昭和４５年１１月２７日昭和４２年（行ケ）第１０３号［ＳＴＯＲＫ］）。



図３．１



図３．２

また、商標の要部において外観が類似する場合、商標の類似性を認めることもある。「Ｓｉｎｇｌｅ」という文字を中心に置き、その背景に星形のマークを配し、下部に「Ｓｉｎｇｌｅｓｔａｒ　Ｂｒａｎｄ」の文字を小さく横書きして成る本件商標（図４．１）が、「ＳＩＮＧＥＲ」という引用商標（図４．２）との類否判断につき、星の図形はあり

ふれたものであり、下部の文字は付記的部分であるから、本件商標の要部は「Ｓｉｎｇｌｅ」の文字にあると認定したうえ、全体として六文字にすぎない欧文字のうち五文字を共通にし、しかも、初めの部分四文字を共通にするものであって、書体が特異なものとはいえないから、書体の相違は外観上の類否判断に影響を及ぼさなく、これをみる者に直観的に極めて近似した印象を与えると述べ、両商標が外観上類似するとして、外観、称呼、観念の三点要素ともに非類似だと認定した本件審決を取消した（東京高判昭和４５年２月１７日昭和４４年（行ケ）第３０号［ＳｉｎｇｌｅＩＩ］）。



図４．１



図４．２

その他、外観の類似を理由として商標の類似性を肯定した裁判例として、東京高判昭和４６年３月３０日昭和４０年（行ケ）第１１５号［キミス］がある。

（ｂ）称呼の類似を理由として商標の類似性を肯定した裁判例

例えば、東京高判昭和５５年９月１０日昭和５４年（行ケ）第２２７号［Ｑ－ＣＥＬ］においては、「Ｑ－ＣＥＬ」の欧文字を左横書きして成る本願商標（図５．１）が、引用商標（図５．２）との類否を争った事案で、裁判所は、本願商標の「Ｑ」の文字部分を商品の品質等を表わす符号、記号として理解し、「ＣＥＬ」の文字部分によつて自他商品の識別に資する場合も少なくないと認め、「ＣＥＬ」の文字部分に相当して「セル」の称呼を生ずることであり、「シエル」との称呼を生ずる引用商標との類似性を肯定し、外観が明らかに相違にも関わらず、称呼の類似性のみをもって、商標非類似と主張する原告の請求を棄却した。



図５．１



図５．２

また、商標の要部から生じる称呼において類似する場合、商標の類似性を肯定することが許される。本願商標（図６．１）については、中央部やや下部位置に他の欧文字及び図形部分に比して顕著に大きく横一杯に書き表わされている「ＥＴＩＱＵＥＴＡ　ＮＥＧＲＡ」の部分も独立して看者の注意を強くひき、これから「エテイケツタネグラ」の称呼をも生ずるものに対し、引用商標（図６．２）については、中央円内下部に円弧状に明確に書き表わされている「ＥＴＩＣＨＥＴＴＡ　ＮＥＲＡ」の部分も看者の注意を喚起し、これから「エテイケツタネラ」の称呼をも生ずることを認定し、両商標が称呼において類似するとして、商標非類似と主張する原告の請求を棄却した。



図６．１



図６．２

そのうち、称呼類似をもって、三点要素の非類似で商標の類似性を否定する審決を取消した裁判例として、「シーサー」の称呼を生ずる本件商標（図７．１）と「シーザー」の称呼を生ずる引用商標（図７．２）（東京高判昭和５０年９月１１日昭和４９年（行ケ）第１４４号［ＳＣＨＩＥＳＳＥＲ］）、片仮名文字「ハビタドリンク」の文字の横書きして成る本件商標と図１の引用商標（東京高判昭和５４年４月２４日昭和５３年（行ケ）第１１８号［ハビタドリンク］）、横書きである「シユシユ」と縦書きである「ジユジユ」（東京高判昭和５２年１０月３１日昭和５２年（行ケ）第８９号［シユシユ］。その他、東京高判昭和６０年６月２５日昭和５９年（行ケ）第１４号［ＧＲＡＮＤ　ＥＭＰＥＲＥＵＲ］）、東京高判昭和６０年７月２４日昭和６０年（行ケ）第４６号［ＯＥＣ］、東京高判平成１年１１月２９日平成１年（行ケ）第１２６号［ＭＡＲＵＩ］がある。



図７．１



図７．２

他方で、三点要素のうち称呼類否のみが争点になった事案では、称呼類似に基づき商標の類似性を肯定する審決に対し、称呼類似を否定する理由はないとし、審決の結論を支持した裁判例として、「パストン」と「パストーン萬有」（東京高判昭和４４年７月２２日昭和４３年（行ケ）第２８号［パストン］）、「宏成」と「佼成」（東京高判昭和４４年９月２日昭和４３年（行ケ）第９２号［宏正］）、「ラビアン　セブン」と「ラビオン」（東京高判昭和４４年１１月１３日昭和４４年（行ケ）第４７号［ラビアン　セブン］）、「セフロン」と「ＳＥＦＬＯＲ」（東京高判昭和４６年６月１１日昭和４５年（行ケ）第１２１号［セフロン］）、三角形フラスコの図形内に「ＯＨＴＡ」の英文字をあらわして成る商標と「ＯＨＴＡ　ＩＳＡＮ」（東京高判昭和４７年２月２９日昭和４６年（行ケ）第２０号［オータ］）がある。

また、「ゼネラル」の称呼が生ずる「ＧＥＮＥＲＡＬ　ＣＯＮＴＲＯＬＳ」と「ＧＥＮＥＲＡＬ」（東京高判昭和４９年５月１４日昭和４７年（行ケ）第１１４号［ＧＥＮＥＲＡＬ　ＣＯＮＴＲＯＬＳ］）、「デユオ」の称呼を生ずる「ＤＵＯ‐ＤＥＣＡＤＲＯＮ」と

「ＤＵＯ」（東京高判昭和５０年２月２７昭和４９年（行ケ）第３４号［ＤＵＯ‐ＤＥＣＡＤＲＯＮ］）、いずれも「ルミ」の称呼をも生ずる「ルミスーパー」と「Ｌｕｍｉｄｅｌｕｘｅ」（東京高判昭和５０年３月１２日昭和４９年（行ケ）第１４５号［ルミスーパー］）、「カロメツクス」と「ＳＡＲＯＭＥＸ」（東京高判昭和５３年２月２７日昭和５２年（行ケ）第１１９号［カロメツクス］）が挙げられる。

その他の例として、東京高判昭和５２年１２月２１日昭和５２年（行ケ）第５６号［「Ｌ‐ｒｏｎ］、東京高判昭和５２年１２月２２日昭和５２年（行ケ）第８０号［西陣風味］、東京高判昭和５４年８月２９日昭和５４年（行ケ）第３１号［デアリイクイーン］、東京高判昭和５５年７月２３日昭和５５年（行ケ）第４５号［Ｄａｎ　Ｊｅａｎ］、東京高判昭和５８年１２月２０日昭和５７年（行ケ）第２７１号［Ｎａｔｉｏｎａｌ　Ｓｅｍｉｃｏｎｄｕｃｔｏｒ］、東京高判昭和６１年１月２９日昭和６０年（行ケ）第１８２号［エレナ］、東京高判昭和６１年３月６日昭和６０年（行ケ）第１８０号［ＯＬＴＡＳＥ］、東京高判昭和６１年３月１２日昭和６０年（行ケ）第１７０号［ＢＡＲＩＣＡＲ］がある。

（ｃ）観念の類似を理由として商標の類似性を肯定した裁判例

例えば、東京高判昭和５１年１月２８日昭和４９年（行ケ）第１２５号［サン海苔］においては、海苔などを指定商品とし、「サン海苔」の文字を横書してなる本願商標が、食料品、加味品を指定商品とし、太陽の図形を大きく描き、その上部に「太陽」の漢字を、下部に「ＲＩＳＩＮＧ　ＳＵＮ」の欧文字を横書してなる引用商標との類否判断につき、「商標の類否は、…対比される商標が同一又は類似の商品に使用された場合、商品の出所につき誤認、混同を生じるおそれがあるかないかによつて決すべきであるが、取引の実際においては、商標から生じる外観、称呼又は観念のいずれかによつて取引されることも想定されるから、そのいずれか一つ以上において紛らわしいときは、取引者、需要者をしてそれらの商品の出所につき誤認、混同させるおそれがないものではないところ、本願商標と引用商標とは、それから生じる観念を同じくする以上、外観及び称呼が全く異なるからといつて、それだけで類似しないということはできない。」と述べ、太陽という同一の観念を生じる点をもって両商標が類似とする審決の結論を支持した。

その立場に立ち、商標の類似性を肯定する審決を支持したものとしては、英文字「ＡＲＲＯＷ」を頭文字「Ａ」を大きくして表示し、その右肩空白部分に洋弓（ＢＯＷ）を図案化した図形を嵌め込むように描いてなる本願商標（図８．１）が、下向きの矢型の図形からなる引用商標（図８．２）との類否判断につき、本願商標と引用商標が「アロー」という同一の称呼を生ずるとした審決の認定を認めなかったにもかかわらず、両商標が「矢」印という同一の観念を生ずることをもって、商標の類似性を肯定した（東京高判昭和４９年３月５日昭和４８年（行ケ）８８号［ＡＲＲＯＷ］）。



図８．１



図８．２

他方で、観念類似をもって、商標非類似とする審決を取消した裁判例として、「どんがめ」の文字と図形の結合からなる本願商標（図９．１）が、「カブトガニ」の文字と図形の結合からなる引用商標（図９．２）との類否判断につき、岡山県笠岡地方では昔からカブトガニのことを方言で「どんがめ」と呼んでいることであり、いずれの商標の図形もカブトガニを図案化したものと理解でき、カブトガニの観念を生ずる点において共通であることをもって、商標非類似とする審決を取消した（東京高判昭和５５年５月２８日昭和５３年（行ケ）第１０５号［どんがめ］）。

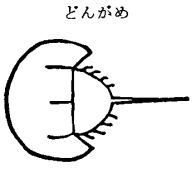


図９．１



図９．２

（２）商標類似否定例

商標類似の否定例は、ほとんど三点要素の類似性ともに否定した場合である。すなわち、三点要素のうち一つ以上が類似すれば商標の類似性を肯定するという論法においては、三点要素それぞれ考察して、三点要素の類似性を一々排除させなければならず、三点ともに類似否定した場合、初めて商標非類似とする結論を下すことなる。

例えば、人の足跡を２足描いてなる本願商標（図１０．１）が、人の足跡を１足描いてなる引用商標（図１０．２）との類否について、審決は、外観、観念の類否について判断するまでもないと述べ、いずれも「アシアト」の称呼を共通することのみをもって、両商標の類似性を肯定した。それに対して、裁判所は、両商標が外観において顕著な差異が存するほか、観念上も類似するものでないことを認めた上に、審決の理由の要点となる称呼上の類否について検討して、取引の実情に照らし、本願商標を「ハンテン」もしくは「ハンテンマーク」と称呼して行つていることに対し、引用商標を「フツトマーク」と称呼して取引に当つていることを認定して、両者が称呼においても類似しないとして、商標の類似性を否定した（東京高判昭和５５年１月３０日昭和５２年（行ケ）第１９７号［足跡］）。



図１０．１



図１０．２

その他の例として、東京高判昭和５４年２月２７日昭和５１年（行ケ）第１４２号［ニ

コシン］、最判昭和５５年８月２６日昭和５４年（行ツ）第８１号［同上告審］、東京高判昭和５４年１２月２４日昭和５３年（行ケ）第２１４号［ワイキキパール］、最判昭和５５年８月２６日昭和５５年（行ツ）第３２号［同上告審］、東京高判昭和５５年３月３１日昭和５２年（行ケ）第１５７号［サトちやん］、東京高判昭和５７年１月２８日昭和５４年（行ケ）第２２号［ハイシミン］、東京高判平成１年４月２７日昭和６３年（行ケ）第２１８号［ソイルメート］、東京高判平成１年６月２７日昭和６３年（行ケ）第２８８号［小僧事件Ⅰ］、最判平成２年１月２２日平成１年（行ツ）第１１４号［同上告審］、東京高判平成２年４月２４日平成１年（行ケ）第２４３号［ちぎり花びら］がある。

また、観念が比較できない場合、称呼、外観の非類似に基づき、商標の類似性を否定するこ場合もある。例えば、東京高判昭和５１年１０月２７日昭和５０年（行ケ）第１１９号［ソンテツクス］、東京高判平成２年１２月１１日平成１年（行ケ）第５５号［ＶＡＸＯＮ］が挙げられる。他方で、外観、称呼、観念がともに生じる場合、単に一つの要素においての非類似を基づき商標の類似性の否定に決するもの、または、称呼・観念非類似若しくは外観・観念非類似に基づき商標の類似性の否定に決するものはほとんどない[19]。

（二）定型的規制の緩和

以上のように、昭和６０年代までは、一つ以上が類似すれば、商標の類似性を決する論法において、三点要素のうち一つの要素の非類似は、商標類似性を否定するには強く働かないことがみられる。例えば、外観上の類似性をいかんにしても、称呼、観念においての類似に基づき、商標の類似性を肯定する裁判例も多数ある[20]。それといっても、

---

[19] それらの要素のみを検討する裁判例はないわけではないが、ほとんど、商標類似とする審決の結論が依拠される理由の当否について審理するものであり、事実関係から確かに商標の類似性を否定すべきであるにもかかわらず、判決の論法から見て、いずれも、審決の判断した点に対し誤るところを検討するもので、審決を取消す理由として十分であるが、それらの否定要素のみをもって直ちに商標類似とする結論に辿り着くことはできない。例えば、東京高判昭和５４年１０月２５日昭和５３年（行ケ）第５６号［Ｑ－ＴＩＰＳ］、東京高判平成２年４月１８日平成１年（行ケ）第２４５号［ハニーベル］、東京高判昭和５７年３月３１日昭和５５年（行ケ）第３６６号［どさん子大将］などは、それに属する例である。

[20] 称呼、観念が類似すると認定して商標の類似性を肯定する審決を支持したものとして、東京高判昭和４５年５月２０日昭和４４年（行ケ）第８９号［ＰＲＩＮＣＥ　ＣＨＡＭＰＩＯＮ］、東京高判昭和４７年９月２９日昭和４７年（行ケ）第４号［鶴図形］、東京高判昭和４７年１１月２８日昭和４７年（行ケ）第１３号［ミクロン］、東京高判昭和４９年７月１６日昭和４６年（行ケ）第１４３号［ＱＵＥＥＮ　ＡＲＲＯＷ］、東京高判昭和５２年６月１４日昭和５１年（行ケ）第７３号［イロリ］、東京高判昭和５２年９月２８日昭和５２年（行ケ）第２２号［越後獅子］、東京高判昭和５２年１０月１９日昭和５２年（行ケ）第５２号［ＰＩＮＥ　ＴＩＧＥＲ］、東京高判昭和５３年６月１４日昭和５２年（行ケ）第２０号［Ｓｗｉｎｇ　Ｃｕｓｔｏｍ］、東京高判昭和５５年７月１０日昭和５４年（行ケ）第５０号［やまと］がある。

三点要素の非類似で商標の類似性を否定する審決を、称呼、観念においての類似性をもって取消したものとして、東京高判昭和４８年１２月２０日昭和４７年（行ケ）第１４０号［丸鱗］、東京高判昭和４９年９月１８日昭和４８年（行ケ）第５４号［ＭＥＲＲＹＷＯＯＤ］、東京高判昭和５２年２月１６

商標類否の判断は、両商標の全体を観察し、外観、称呼、観念において共通するか否かを検討して、そのいずれかにおいて相紛わしいため、商品または役務の出所につき混同を生ずる場合には、両商標は類似の商標とされる、というように理解されるのが一般的であって、そうすると、上記の判決は、三点要素のうち一つが類似して商標の類似性を肯定するのは、他の要素が反する方向に斟酌することはないことを前提にされているだろう。

ただし、昭和５０年代の後期から、三点要素のいずれかが類似すれば商標の類似性を決する論法に、「特段の事情がない限り」という限定を加え、判断を緩やかにする可能性を示した裁判例が出てきた。例えば、東京高判昭和５７年２月１６日昭和５３年（行ケ）第１２８号［みねふーど］においては、裁判所は、「原告は、商標の類否の判断に当つては、外観を主として検討すべきものであり、称呼及びこれより生ずる観念の差はこれを参考考慮すれば足りる旨主張するが、今日における取引の実情からすれば、商標の称呼が類似する以上、特段の事情がない限り、出所の混同を生ずるおそれがあるのは当然である。」と述べ、本件の事実認定によってはその特段の事情を認めることはできないとし、「ミネフード」の称呼を生ずる本件商標と「ミネフイード」の称呼を生ずる引用商標との類似性を肯定した[21]。

それに、「特段の事情」が認められるか否かについて検討する裁判例もある。東京高判昭和５６年7月１４日昭和５３年（行ケ）第２０９号［印相学の総本家］においては、いずれも印刷物を指定商品とし印刷物に付される商標であって、「印相学の総本家」の文字を横書してなる本件商標が、「印相学宗家」の文字を縦書してなる引用商標との類否判断につき、裁判所は、両商標ともに「印相学についての本家（家元）」の観念において相紛らわしい類似の商標として、無効とする旨の審決を支持した事案である。本判決においては、単にその観念のみを比較して両商標は類似であると判断するか否かについて争った。

裁判所は、まず、「商標の類似とは、一般に、商品の識別標識として使用される商標が、取引上の経験則又は取引の実情に照らして、外観、称呼、観念のいずれか一つ以上の要素において相紛らわしく、同一又は類似の商品に用いられた場合に、取引者又は一般需要者によつて商品の出所が互いに混同される程度に相紛らわしいことをいうものである。しかし、実際取引の場における特殊な事情から、商標の類否判断の基準とされる右三要素のうち、一要素において相紛らわしいものがあつても、他の要素において相異るときは、商品の出所の混同を生じないとされる場合もありうると考えられる。」という一般論を確認した。

次に、原告が主張される「実際取引の場における特殊な事情」、すなわち、新聞、雑誌

日昭和５０年（行ケ）第４６号［パールクイーン］、東京高判昭和５３年１２月２０日昭和５２年（行ケ）第２０９号［小倉屋］がある。

[21] 「特段の事情がない限り」という限定を加えた論法を展開するほかの例として、東京高判昭和６０年6月２５日昭和５９年（行ケ）第１４号［ＧＲＡＮＤ　ＥＭＰＥＲＥＵＲ］。

等の定期刊行物（印刷物）にいわゆる題号として用いられる商標に関しては、取引の実情からみて、当該商標から生ずる観念そのものは自他商品の識別力を欠き、そのような刊行物（印刷物）に関しては、付せられる商標の観念の類否は商標の類否判断の基準とはなしえないことに対して、裁判所は、原告が例示される、観念において相紛らわしい商標が登録されて併存している例は、「いずれも、新聞、雑誌等定期刊行物の題号として用いられた場合、その題号としての商標の観念自体が包括的にその刊行物の内容を表示していて、題号自体でその内容を自ら推知できる底のもの、換言すれば、商標から感得される観念がその付せられた商品自体の観念を表示するような場合であって、かような場合には、現在の多様を極めた情報化社会にあって、観念類似の故に一の商標の独占を許すことは不合理とみられるため、併存が許されているにほかならない」とし、「新聞、雑誌等定期刊行物の題号として用いられる前記の底の商標については、取引者、需要者においてその観念のみで商品を識別することなく、外観及び称呼に注意を用いて商品を識別し、観念において相紛れるおそれがあっても出所の混同を来すことはないのが取引の実情であるといえよう。したがつて、このような場合においては、取引の実情からみて、商標の観念は商品の識別機能において十分でなく、観念の対比のみで商標の類否を判断することは不当といわざるをえないであろう。」と述べつつ、

「しかし、この理を商品印刷物一般の場合に、しかもすべての商標に拡大推及して、印刷物に付せられる商標の類否判断に際しては、商標の観念の対比のみで結論することは不当であり、他の二要素についても検討しなければならないという命題を是認すべき証拠資料は本件に現れていないし、経験則上もむしろ消極に解さざるをえないところである。」そして、「本件商標及び引用商標は、「印相学の総本家」及び「印相学宗家」というものであつて、指定商品である印刷物の題号として用いられた場合においても、題号自体でその内容を自ら推知できる底のものでないことは明らかである。したがつて、本件商標及び引用商標につき、観念の対比をもつて両商標の類否判断を行った本件審決に、原告主張のような過誤はないといわなければならない。」とした。

これらの判決を嚆矢として、ほかの要素を検討するまでもなく、一つの要素のみが類似することをもって商標類似を肯定するという従来のやり方が変わり、三点要素の間に、一つの要素がほかの要素への影響を考慮に入るようになった。

例えば、外観においての大いなる相違が称呼に影響を与えることで、称呼類似に基づき商標類似とした審決を覆した東京高判平成３年３月１４日平成２年（行ケ）第１６８号［ＴＨＥ　ＢＯＸ］や、観念が明らかに異なる場合、称呼の明瞭性を欠くことがあるとしても商標類似を否定した東京高判平成５年６月２９日平成４年（行ケ）第１４７号［ＬＡＮＣＥＬ］が挙げられる。

そのほか、称呼において紛らわしいが、外観および観念上の相違を認めると共に、称呼上の類似を否定するために、観念からの影響を考慮した上、語感、語調の違いに着目して、称呼類似を否定した（東京高判平成３年１０月３１日平成３年（行ケ）第２４号［ガス燈］。同様に、外観および観念が非類似であるが、称呼上の類似を否定するために

工夫する裁判例として、東京高判平成３年１０月２４日平成３年（行ケ）第１９号［Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ　Ｉｎｄｕｓｔｒｉｅｓ，Ｉｎｃ.］がある)。

なお、観念類似をもって商標類似を肯定する例においては、単に観念のみ基づき判断することではなく、他の要素にも類似であるとか、或いは、少なくとも共通する部分が存して近似する程度が求められる。例えば、東京高判平成７年９月２７日　平成６年(行ケ) 第７７号［関の孫六］、東京高判平成７年１２月　６日平成７年 (行ケ) 第５８号［原米洲］、東京高判平成３年１月２２日平成２年（行ケ）第１３０号［夢二］（当判決の判決文から見れば、商標類似を肯定するには、単に観念共通を言及したにもかかわらず、事実関係から見れば両商標の共通部分の存在をも考慮しただろう）がある。

第２項　取引実情の考慮

（一）　補助的な要素としての取引実情の考慮－三点要素の枠内で取引実情が考慮される裁判例－

（１）称呼を認定するために取引実情を考慮する裁判例

この時期の裁判例においては、称呼を認定するために取引の実情を考慮することがある。例えば、本願商標の称呼を認定する際に取引実情を考慮した例として、東京高判昭和５５年１月３０日昭和５２年（行ケ）第１９７号［足跡］においては、人の足跡を２足描いてなる本願商標の称呼を認定する際に、図形商標から生ずる称呼を認定するには、「図形の具体的構成や数を無視看過し単に抽象的に表現したり、ただ上位概念的に表現したりするのは、上述の自他商品識別の目的にそわな」く、「広い意味内容の称呼については、おのずとその範囲を限定し、当該商標の実体に即したものとするにいたるのは自然のことであり、その場合、右限定をするに相応しいものは、少なくとも、図形のみからなる商標にあっては、その構成及び指定商品の取引の実情であろうと考えられる。」と述べ、本願商標やこれを付した商品の宣伝も、展示会への出品、テレビや新聞、雑誌への掲載、パンフレツトの頒布などの方法によつて広く行われ、本願商標は、被服、装身具などの取扱業者においてはもとより、一般消費者においても相当広く知られるようになつていたことを認め、本願商標又はこれを付した商品の取引及び宣伝に際しては、右商標を、「ハンテン」もしくは「ハンテンマーク」と称呼してこれを行つている関係上、これら商品を取扱う取引業者間においては、本願商標を右のように称呼し、「アシアト」とは称呼していないと認定して、「アシアト」の称呼を生ずる引用商標とは、称呼上の類似性を否定した。その他の例として、東京高判昭和６０年６月２５日昭和５９年 (行ケ) 第１４号［ＧＲＡＮＤ　ＥＭＰＥＲＥＵＲ］がある。

（２）識別力を有する部分を確定する作業において周知著名性の考慮が許される裁判例

本件商標と引用商標が共通する一部を抽出して類似判断を行うか否かについて、引用商標の著名部分を考慮することがある。例えば、引用商標の識別力の有する部分を確定する際に、引用商標の周知著名性を商標類似の方向に斟酌した東京高判昭和５３年１２

月２０日昭和５２年（行ケ）第２０９号［小倉屋］においては、審決は、「小倉屋」は、ありふれた名称（屋号）で、これを商品に付して使用しても何びとの業務に係るものか認識することのできない商標であって、「小倉屋」の文字部分は自他商品識別の標識として需要者の注意をひく部分ではないとしたが、裁判所は、「小倉屋」又は「おぐらや」の標章を付されたものが、既に取引者、需要者の間に広く知られていたことで、それのみで十分な出所の識別機能を有するものと認められ、「オクラヤ」の称呼と観念を生ずる本件商標との類似性を肯定した。

ただし、当然に抽出が許されることではなく、著名部分が、独立して商標として自他識別機能を有するとはいえない場合、著名部分を抽出して対比することは認めない（本件商標「すわき後楽」につき、「スワキ（洲脇）」と呼ばれる氏は極めて珍しいうえに平仮名で表示されているため、この部分も需要者の注意をひくから、「後楽」が著名な庭園等を強く連想させることを考慮しても、「後楽」の部分が独立して商標として自他識別機能を有するとはいえないとした東京高判昭和６３年７月２８日昭和６３年（行ケ）第１号［すわき後楽］）。

（二）　独立の要素としての取引実情の考慮－三点要素の枠外で出所混同の有無を判断する一要素として取引実情が考慮される裁判例－

（１）商標類似を否定する方向に考慮する取引実情

本願商標の周知著名性を、出所混同を生じることを阻却する要素として考慮されたもので、東京高判昭和６０年１０月１５日昭和５８年（行ケ）第２１５号［寶］においては、本願商標（図１１．１）と引用商標（図１１．２）とは、「タカラ」の称呼、「寶或いは宝」の観念において共通することを認めたものの、「「寶」の文字を前記のとおりに図案化して成る商標はいわゆる周知、著名商標であることからすると、本願商標をその指定商品に使用し、或いは「タカラ」の称呼をもつて取引がなされた場合、その取引者、需要者は、該商品は、原告の製造販売にかかるものであると認識する蓋然性が極めて高いものというべく」という取引の実情を考慮して、両商標が出所の混同を生ずるおそれはないとして、商標の類似性を否定した。

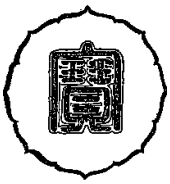


図１１．１



図１１．２

（２）商標類似を肯定する方向に考慮する取引実情

取引活動が行う場において、取引者、需要者が商標の称呼を発音しまたは聴取する実態が考慮されたもので、東京高判昭和５０年９月１１日昭和４９年（行ケ）第１４４号［ＳＣＨＩＥＳＳＥＲ］においては、いずれも被服等を指定商品とし、「シーサー」の称

呼を生ずる本件商標と「シーザー」の称呼を生ずる引用商標の類否について、両称呼を対比すると、両者とも二音より構成され、そのいずれもが長音であること、両者は第一音「シー」を同じくし、第二音の「サー」と「ザー」とを異にすること、両者とも第一音の「シ」にアクセントがあり、この音が聴者に強い印象を与えること、第二音も「サ」と「ザ」という清音と濁音の違いにすぎないことであって、迅速な取引活動が要求される取引場においては、一般に、取引者、需要者が商標の称呼について常に必ずしも冷静に注意深く発音しかつ聴取するとは限らないことを考慮して、両者の称呼は極めてまぎれるおそれがあり、商標非類似とする審決を取消した。

商標の周知著名性を考慮したもので、東京高判昭和５１年７月１３日昭和５０年（行ケ）第７４号［アリナポン］においては、「アリナポン」の片仮名文字と「ＡＬＩＮＡＰＯＮ」の欧文字を上下二段に横書きしてなる本件商標（図１２．１）が、「ＡＬＩＮＡＭＩＮ」の欧文字と「アリナミン」の片仮名文字を上下二段に横書きしてなる引用商標（図１２．２）との類否を争った事案で、外観・称呼上別体のものとして区別できる差異はあるにもかかわらず、引用商標は原告が製造・販売するビタミン剤の商品名として周知著名なものであることを認め、このような引用商標の使用の実情を考慮して、本件商標を指定商品に使用するときは、観念的な連想を惹きおこし易いその基幹部分「アリナ」（ＡＬＩＮＡ）を共通にし、しかも薬剤の商標の接尾語として慣用されることと「ン」（Ｎ）を共通にする何れも二音であることで類似する語尾部分を結合した点から、原告が製造・販売するビタミン剤に使用する引用商標「アリナミン」（ＡＬＩＮＡＭＩＮ）を連想させ、取引者・需要者はあたかもシリーズ商標もしくは姉妹商品として原告の製造・販売にかかるものと誤認し、商品の出所につき混同を生ずる恐れがあると判断し、商標非類似とする審決を取消した。



図１２．１



図１２．２

第３款　柔軟的規制の時期－平成初期から－

第１項　称呼、外観、観念の三点要素に対する考察

（一）総合考察の主流化

定型的規制期の後期の動きを踏みつつ、外観、称呼、観念等によって、取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して、全体的に考察する総合考察を行う裁判例は、

だんだん主流に占めてきた[22]。さらに、「比較される両商標が、その称呼において類似する場合には、外観、観念についての判断を経るまでもなく、類似する商標と認めうるとの趣旨」は、誤りといわなければならないと明確に述べた判決もある[23]。それは、現在では情報媒体が多様化し、国内国際的情報量が飛躍的に増大した社会において、人々は多量の情報を識別認識することになれ、個々の情報間の際に敏感に反応する習性が養われている事実は明らかであり、そうした事情は、総合考察に変化する要請をもたらしただろう[24]。

外観、称呼及び観念のうち一点において類似する場合、原則として、両者は相類似するものとするという従来のやり方については、どう考えるべきかというと、「確かに、原告のいう三点観察において、指定商品の抵触する両商標が、その外観、称呼及び観念のうち一点において類似する場合に、両者が類似すると認め得る場合が存在することを否定するものではないが、実務が外観、称呼及び観念の三点に分けて商標間の類否を考察する三点観察によることとしているのは、それが、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれを推測させる一応の基準として合理的であるからであって、一点観察において類似することが直ちに商品の出所につき誤認混同をきたすことになるわけではない。商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるかどうかの考察は、上述したとおり、商品に使用された商標がその外観、観念、称呼によって取引者・需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的にされるべきであって、例えば、当該取引が、外観、観念、称呼のうち一点のみに基づいて行われるなどといった特段の事情がある場合等において、はじめて一点観察において類似することが直ちに商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれに結び付くものというべきである。」(知財高判平成１８年４月２７日平成１７年(行ケ）第１０７６４号［源気］)。

この観点に立ち、商標類似を肯定する裁判例において、

第一に、称呼、外観、観念がともに類似すると判断した場合（商標から観念を生じないか、または観念において比較しえない場合を含む)、ほとんど両商標が類似するという結論になる[25]。そのうち、要部において類似すれば、商標が類似するという結論に辿る

---

[22] 数少ないが、総合考察の名義において、称呼類似とする場合、他の二つの要素の考察をいい加減にして、商標類似を肯定する裁判例が残留がある（東京高判平成１１年１０月２８日平成１１年(行ケ）第１７１号［ＣＯＧＮＥＸ］、東京高判平成１１年１０月２８日平成１１年（行ケ）第１３８号［ＴＥＲＲＡ］)。

[23] 東京高判平成９年１０月１日平成８年（行ケ）第３１２号［ＶＩＳＣＡＲＩＮ］、東京高判平成１０年７月１４日平成０９年（行ケ）第２７２号［ＳＮＩＦＦＥＲ］)。

[24] そのような理を説示した裁判例について、東京高判平成５年２月１７日平成４年（行ケ）第９３号［ＷＲＡＮＧＬＥＲ］や、東京高判平成７年３月２９日平成６年（行ケ）第１５０号［Ｇｉｂｅｌｔｙ　ギベルティ］がある。

[25] 三点要素がともに類似と評価される場合の例として、人の実顔のように描いたスマイル図形からなる本件商標とスマイルマークからなる引用商標との類似性を肯定した知財高判平成２４年７月２６日平成２４年（行ケ）第１００５４号・第１００５５号［スマイルマーク］や、「ＡＳＣＥＮＤ」の欧文字からなる本願商標と「ＡＳＣＥＮＴ」の標準文字からなる引用商標との類似性を肯定した知財高判平成２５年６月２６日平成２４年（行ケ）第１０４１７号［ＡＳＣＥＮＤ］などがある。

ことが許される[26]。

第二に、観念において類似する場合に、称呼又は外観上の一要素の相違は、常に類似性を否定する方向に強く働くとはならない[27]。さらに、称呼、外観が相違するにもかかわらず、観念上の共通に基づき商標の類似性を肯定する裁判例もある。知財高判平成２３年２月２８日平成２２年（行ケ）第１０１５２号［名奉行金さん］においては、共に標準文字を表示した「名奉行金さん」と「「遠山の金さん」の類否判断について、外観、称呼において、その全体を一連に把握すると類似しないが、歴史上の人物である「遠山金四郎」、及び時代劇等で演じられる「名奉行として知られている遠山金四郎」との観念を生じる点において類似することから、商品の出所につき誤認混同のおそれを生じさせるというべきであるとした[28]。しかし、商品の出所混同を生じない取引実情が存在することを認めた場合、商標の類似性を否定する[29]。

第三に、外観はそれほど顕著な特徴を有するものとはいえない場合、外観上の相違は、商標の類似性を否定する方向に強く働く要素とまではならない。例えば、外観において

商標から観念を生じないか、または観念において比較しえない場合の例として、「ＣＳＴ」と「ＣＳＴ方式」（知財高判平成２６年１月２７日平成２５年（行ケ）第１０１１３号［ＣＳＴ方式］）、「ＢＤＯ Ｂａｎｃｏ Ｄｅ Ｏｒｏ」と「ＢＤＯ」（知財高判平成２４年１１月２９日平成２３年（行ケ）第１０４４６号、第１０４４７号［ＢＤＯ］）などがある。

[26] その例として、「飲食物の提供」を指定役務とし、「モンテローザカフェ」の標準文字からなる本件商標について、要部である「モンテローザ」の部分は、「モンテローザ」の文字を横書きして成る引用商標との三点要素においての類似性を認めたうえ、商標の類似性を肯定した知財高判平成２３年９月２７日平成２３年（行ケ）第１００８１号［モンテローザカフェ］や、漢字部分の「江戸切子」を要部とした本願商標と「江戸切子」の標準文字からなる引用商標との類似性を肯定した知財高判平成２５年９月５日平成２５年（行ケ）第１００４５号［カガミクリスタル江戸切子］等がある。

[27] 例えば、称呼が相違するにもかかわらず、商標から複数の称呼が生じ且つ確定な証拠を認められない事を考慮し、外観及び観念においての類似に基づき商標の類似性を肯定した例として、本件商標「肌優」と、「優肌」を要部とした引用商標の類否判断につき、本件商標から複数の称呼が生じ得ることがあり、称呼上の相違を重視するのは妥当とはいえないとして、外観及び観念においての類似に基づき商標の類似性を肯定した知財高判平成２１年１０月２８日平成２１年（行ケ）第１００７１号［肌優］が挙げられる。外観上の相違は、取引者、需要者に特段印象づけるほどの著しい特徴があるものではないことを理由とし、称呼及び観念の類似性をしのぐものではないとした例として、一般的に親しまれないアラビア文字で表記する相違部分は、外観においてアラビア文字を知らない者にとっては記憶するのが困難な形状であるところ、そのような部分は取引者、需要者の注意を惹く部分ということはできないことで、称呼及び観念の類似に基づき商標の類似性を肯定した知財高判平成２６年８月７日平成２５年（行ケ）第１０２９８号［マギー］がある。

[28] 称呼及び外観が非類似、観念のみが類似する場合に、称呼が外観ともに明らかに異なる以上、通常、両商標を区別できると考えられるから、観念が共通することだけで、類似性が肯定されることは滅多にない。当事案は、少なくとも外観及び称呼においては共通するところがあり、また、パチンコ業界の取引実情をかなり影響されていたと考えられるだろう。

[29] 例えば、出願商標の著名性、及び引用商標の不使用取消審判が確定したことをも考慮して、観念と称呼においての類似は商品の出所混同を生じないとして、商標の類似性を否定した知財高判平成２２年１２月１４日平成２２年（行ケ）第１０１７１号［ＢＯＯＫＩＮＧ．ＣＯＭ］や、もっぱら受験シリーズ商品に用いられ、具体的な使用商品上の相違という取引実情を考慮して、商標の類似性を否定した知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）第１０１０１号［きっと，サクラサクよ。］が挙げられる。

類似するとまではいえないが似通った印象を与えられる場合、称呼類似に重点を置き商標類似を肯定した知財高判平成２２年１２月２２日平成２２年（行ケ）第１０２５７号［ＥＸＴＲＩＭＡ］や、外観が全体的に非類似であるが、共通する部分があることを考慮して、外観上の非類似は商標類否の判断に強く働かなく、生じされる同一の称呼を重視して商標類似を肯定する知財高判平成２３年７月２１日平成２３年（行ケ）第１００８７号［ホレカ］が挙げられる。ただし、後述のように、業界の取引の実情を考慮して称呼又は外観上の差異を重視し商標の類似性を否定する裁判例もある。

第四に、商標から複数の称呼、観念が生じえる場合、一つの称呼、観念が他人の商標の称呼、観念と同一または類似であるとはいえないとしても、他の称呼、観念が他人の商標のそれと類似するときは、両商標は類似するものと解することが許される[30]。ただし、複数の称呼が生じ得る造語からなる商標の類否判断につき、複数の称呼が生じ得ることにかんがみると、称呼を重視するのは妥当ではないと述べ、称呼非類似にしても、商標の類似性を肯定する場合もある（「肌優」からなる本件商標と「優肌」を要部とする引用商標との類否につき、知財高判平成２１年１０月２８日平成２１年（行ケ）１００７１号［肌優］）。

この観点に立ち、商標類似を否定する裁判例において、

第一に、称呼、外観、観念ともに非類似すると判断した場合（観念において比較しえない場合を含む）、ほとんど両商標が非類似するという結論になる[31]。そのうち、分離考

---

[30] 例えば、「ｂｅｒｒｙ　ｍｏｂｉｌｅ」の文字から成り、指定役務を「携帯電話による通信」とする本件商標と、「Ｂｌａｃｋ　Ｂｅｒｒｙ」の文字部分を含む引用商標との類否判断について、それぞれ全体に対応した称呼及び観念のほか、「ｂｅｒｒｙ」の部分に対応した「ベリー」の称呼及び「果物のベリー」の観念も生じることに基づき、商標の類似性を肯定した知財高判平成２２年３月１７日平成２１年（行ケ）第１０３２８号［ｂｅｒｒｙ　ｍｏｂｉｌｅ］が挙げられる。

同旨の例として、「ＡＴＨＬＥＴＥ　ＬＡＢＥＬ」を標準文字で記してなる本件商標が、全体としてのみならず、「ＡＴＨＬＥＴＥ」の部分からも称呼、観念が生じることができ、「アスリート」の称呼と「運動選手、競技者」等の観念が生じる引用商標「ＡＴＨＬＥＴＥ」との類似性を肯定した知財高判平成２２年４月２８日平成２１年（行ケ）第１０４１１号［「ＡＴＨＬＥＴＥ　ＬＡＢＥＬ］がある。

[31] 三点要素がともに非類似と評価される場合の例として、特徴のある筆記体により描かれた「ＳｔＥｌｌａ」からなる本件商標と、「ＳＴＥＬＬＡ」又は「ＳＴＥＬＬＡ　ＭｃＣＡＲＴＮＥＹ」の文字からなる引用商標との類似性を否定した知財高判平成２６年２月２７日平成２５年（行ケ）第１０２５１号［ＳＴＥＬＬＡ］や、「醗酵玄米菜食ギャバ」の標準文字からなる本件商標と「玄米菜食」の明朝体文字からなる引用商標との類似性を否定した知財高判平成２７年２月１２日平成２６年（行ケ）第１０１８０号［発酵玄米菜食ギャバ］が挙げられる。その他、知財高判平成２２年９月１４日平成２１年（行ケ）第１０３００号［片目でウインクした顔の図形］、知財高判平成２２年６月３０日平成２２年（行ケ）第１００７６号［Ｊｏ－Ｊｕ］、知財高判平成２４年５月３１日平成２３年（行ケ）第１０３３２号［電装現代仏壇］等がある。

観念において比較しえない場合の例として、「Ｄｅｅｐ　Ｓｅａ　Ｄｒｉｖｅｒ」「ディープシードライバー」を上下二段階に書きしてなるものと「ＤＥＥＰ　ＳＥＡ」（知財高判平成２５年１月１５日平成２４年（行ケ）第１０２９３号［Ｄｅｅｐ　Ｓｅａ　Ｄｒｉｖｅｒ］）や、「Ｇｏｌｄ　Ｌｏａｎ」と「ＣｉｔｉＧｏｌｄ　Ｌｏａｎ」（知財高判平成２３年４月２７日平成２２年（行ケ）第１０３２６号、第１０３２７号［Ｇｏｌｄ　Ｌｏａｎ］）が挙げられる。そのほか、知財高判平成２４年２月２１日平成２３年（行ケ）第１０２０３号［ＶＯＳＳ］、知財高判平成２４年１月３０日平成２３年（行ケ）第

察を否定したうえで、三点要素の非類似に辿り着くものが多い[32]。

第二に、観念において非類似する場合に、称呼、外観のいずれかの要素が類似にしても、商標の類似性を否定する場合が多い[33]。ただし、商標から生ずる観念は、一般的な言語表現とはいえず、その具体的意味でも明らかでない場合、一般消費者が直ちに想起できなく、観念上相違であるにしても、商標類似を肯定することに妨げない。例えば、「魔法の腰のくびれ」の観念を生ずる「マジカルウエスト」と「魔法の探索」を生ずる「マジカルクエスト」(知財高判平成１８年5月１０日平成１７年（行ケ）第１０８４０号［マジカルウエスト])。

第三に、称呼において類似する場合があることのみをもって、直ちに商標非類似の結論を覆すことはできない[34]。かえって、称呼においての類似の程度は比較的弱い場合、

１０１９０号［メルクス]、知財高判平成２３年6月6日平成２２年（行ケ）第１０３３９号［潤煌］等がある。

[32] 共通する部分があるとしても、要部と認められない場合、全体考察に従い三点要素が共に類似とはいえなく、商標の類似性を否定した例として、「御用邸の月」の標準文字からなる本件商標と「御用邸」の文字を縦書きしてなる引用商標との類似性を否定した知財高判平成２５年5月３０日平成２５年（行ケ）第１００２６号［御用邸の月］や、「いなば和幸」と「とんかつ和幸」との類似性を否定した知財高判平成２２年3月２９日平成２１年（行ケ）第１０３０６号［いなば和幸］が挙げられる。また、称呼が共通する部分があるとしても、商標に図形の要素が加えられて構成したもので一体的になっている場合に、分離考察を否定したうえ、全体考察に従い三点要素が共に類似とはいえなく、商標の類似性を否定した例として、上段の「P」「A」「G」の文字、「！」の符号、足跡状の図形及び下段の「Ｐｏｉｎｔ　ＡＤ　Ｇａｍｅ」のすべてがまとまりのある一体的な図形として描かれていることで、「ＰＡＧ」の欧文字を横書きした引用商標との類似性を否定した知財高判平成２３年１０月２４日平成２３年（行ケ）第１００９３号［ＰＡＧ］が挙げられる。さらに、同じ称呼が生じられるかな文字または英文字を含む両商標について、それぞれのかな文字と英文字の部分のみを抽出して対比することを認めなく、全体考察に従い三点要素が共に類似とはいえない場合、商標の類似性を否定した例として、「ＴＶプロテクタ」の標準文字からなる本願商標と「ＰＲＯＴＥＣＴＯＲ」の標準文字からなる引用商標の類似性を否定した知財高判平成２３年9月２０日平成２３年（行ケ）第１００８５号［ＴＶプロテクタ］や、上段に片仮名の「モノリスタワー」下段に欧文字の「Ｍｏｎｏｌｉｔｈ　Ｔｏｗｅｒ」を横書きした本件商標と欧文字の「ＭＯＮＯＬＩＴＨ」を横書きした引用商標の類似性を否定した知財高判平成２５年3月２５日平成２４年（行ケ）第１０３３８号［モノリスタワー］が挙げられる。

[33] 例えば、「ＰＯＬＯ　ＪＥＡＮＳ　ＣＯ.」と小さい文字の「ＲＡＬＰＨ　ＬＡＵＲＥＮ」を上下二段階に表示しする本件商標と、引用商標「ＰＯＬＯ」との類否判断について、本件商標から生ずる観念（ラルフローレンのデザインに係るポロ・ラルフローレン商品であること）は、引用商標から生ずる観念とは別個の、固有のものであり、取引場面において略されて呼ばれている本件商標の称呼が、引用商標と同様の称呼を生じるとしても、商標の類似性を否定した知財高判平成２２年4月２７日平成２１年（行ケ）第１０１５２号［ＰＯＬＯ］が挙げられる。そのほかの例として、「ＰＯＷＥＲＷＥＢ」の文字を標準文字で表してなる本願商標と、「ＰＯＷＥＲＷＡＶＥ」の欧文字と「パワーウェーブ」の片仮名を上下二段に横書きしてなる引用商標との類似性を否定した知財高判平成２４年7月１９日平成２３年（行ケ）第１０３７５号［ＰＯＷＥＲＷＥＢ］や、「海葉」を標準文字で横書きしてなる本願商標と、「海陽」を縦書きで表記した引用商標との類似性を否定した知財高判平成２４年1月３０日平成２３年（行ケ）第１０２５２号［海葉］等がある。

[34] 例えば、「ココ」の仮名文字からなる本件商標と、横に二つ並べる欧文字の「Ｃｏ」と鶏風の図形部分及び「ココストア」の仮名文字部分をそれぞれ組み合わせた引用商標につき、「ココ」の称呼において一致するが、外観及び観念において著しく相違であり、また、引用商標の現実の使用状況を考慮して、両商標の類似性を否定した東京高判平成９年７月２９日平成８年（行ケ）２６９号［ココ]。

商標類似を否定することに妨げない。例えば、「エックス・パクト」という２音節から成る称呼を生ずる本願商標「Ｘ‐Ｐａｃｔ」と「エクスパクト」という一連の称呼を生ずる引用商標「ＥＸＰＡＣＴ」（知財高判平成１８年１１月２０日平成１８年（行ケ）第１０２３３号［Ｘ‐Ｐａｃｔ］）、「プロモス」の称呼を生ずる「ＰｒｏＭＯＳ」と「プラモス」の称呼を生ずる「ＰＬＡＭＯＳ」（知財高判平成１８年１２月２５日平成１８年（行ケ）第１０３３４号［ＰｒｏＭＯＳ］）。いずれも「カイヨウ」との称呼を生ずる「海葉」と「海陽」につき、これに「K」と「Y」の子音を組み合わせた「KあいYおう」との称呼は２文字の漢字のありふれた読みからくるもので、外観、観念の相違に比較すると識別力が弱いものであり、称呼においての類似は、商標非類似の結論を覆らない（知財高判平成２４年1月３０日平成２３年（行ケ）第１０２５２号［海葉］）。

（二）総合考察の要素に対する具体的な認定

総合考察の基礎とは、称呼、外観、観念という三点要素に対する類否認定である。以下は、近年の裁判例を主として取りあげて敷衍する。

（１）称呼類否に対する認定

一つの商標から多数の称呼を生じる場合は少なくない。その際に、複数の称呼を生じえる商標について、確定的な称呼を生じるとは言いがたい場合に、両商標は称呼において必ずしも類似とはいえない[35]。他方で、多数の称呼が生じえるにしても、取引実情において実際に呼ばれている称呼が確定される場合、その称呼で類否を判断することが許される。例えば、実際の取引において「潤煌」の部分につき「ウルオウ」と称呼して原告商品を販売していることを考慮して、「ジュンソ」若しくは「ジュンコウ」の称呼が生じる引用商標との類似性を否定する方向に働いた知財高判平成２３年6月６日平成２２年（行ケ）第１０３３９号［潤煌］[36]や、本願商標「海葉」及び引用商標「海陽」を指

同旨の例として、本願商標「ＳＴＥＲＩＳ」と引用商標「ＳＴＥＡＬＴＨ」（東京高判平成１２年２月２９日平成１１年（行ケ）第１２６号［ＳＴＥＲＩＳ］）、「海」と「快」（知財高判平成１９年8月３０日平成１９年（行ケ）第１００９０号［海］）。

そのほか、東京高判平成１３年１２月１２日平成１３年（行ケ）第１４４号［痛快！］、東京高判平成１６年１１月２９日平成１６年（行ケ）第２２９号［魚耕］、知財高判平成１７年4月１９日平成１７年（行ケ）第１０１０３号［ＢＡＬＭＡＩＮ］がある。

[35] その他の例として、「ピーエージー、ポイントエーデーゲーム」「パグ、ポイントエーデーゲーム」「ピーエージー」など複数の称呼を生じ得る本願商標と、「ピーエージ」「パグ」の称呼を生じる余地がある引用商標とは、「ピーエージー」の称呼において同一としても、確定的な称呼が生じるとはいいがたいことに照らすと、両商標は称呼において類似するとはいえないとした知財高判平成２３年１０月２４日平成２３年（行ケ）第１００９３号［ＰＡＧ］や、本願商標は、英語の発音に近く「エアリー」や「エアリ」と読まれる場合と、ローマ字読みで「アエリー」や「アエリ」と読まれる場合のいずれもあり得ると解されるのに対し、引用商標は「エアリー」であって、両商標の称呼は、同じ場合と異なる場合がありえるとした知財高判平成２２年8月１９日平成２２年（行ケ）第１００９４号［ＡＥＲＩＥ］）がある。

[36] 同旨の判決として、引用商標「ＲＵＢＲＡ」は、実社会において、事実上、「ルブラ」とのみ発音されて使用されてきたのであることを考慮して、一般論としてみれば、引用商標「ＲＵＢＲＡ」から「ラブラ」の称呼をも生ずるものであるとしても、このことをもって、「ラブラ」の称呼を生ずる本願商標

定商品に含まれるかまぼこに使用する際に、ともに「かいよう」の読み仮名を付していることを考慮して、両商標からは基本的に「カイヨウ」の称呼が生じるものと認められた知財高判平成２４年１月３０日平成２３年（行ケ）第１０２５２号［海葉］が挙げられる。

需要者に対して称呼についての調査結果が、称呼の認定において働くこともある。例えば、特徴のある筆記体により描かれた「ＳｔＥｌｌａ」からなる本件商標の称呼認定について、実施した調査によって、本件商標に接した者は、「Ｓｔ」部分と「Ｅｌｌａ」部分に分けて認識し、かつ、前者を「Ｓａｉｎｔ」の略であると理解しているとの回答が多いこと等の諸事情を総合すると、本件商標からは「セントエラ」又は「セイントエラ」との称呼が生じると認められ、特段の事情のない限り、両者を連続した一体のものと認識されることはないというべきであるから、「ステラ」との称呼は生じないと解するのが相当であるとした（知財高判平成２６年２月２７日平成２５年（行ケ）第１０２５１号［ＳＴＥＬＬＡ］）。

両商標の称呼が近似しても、観念において顕著に相違する場合、称呼上聞分けられることを認める場合があり（「ＭＩＣＲＯＬＯＮ」と「ＭＡＫＲＯＬＯＮ」につき東京高判平成３年１月２４日平成２年（行ケ）第１５４号［ＭＩＣＲＯＬＯＮ］や、「ＣＩＭＡ」と「ＳＥＡＭＡＮ」につき東京高判平成１１年６月３０日平成１１年（行ケ）第２号［ＣＩＭＡ］）、逆に、称呼全体の音声のみから似ていないとしても、商標を構成する部分から称呼される音に内在する意味を考慮しつつ、両商標が称呼においても類似するという結論を導く場合もある。例えば、本件商標が「ふぐの子」の文字を標準文字で横書きしてなるに対し、引用商標が「子ふぐ」の文字を横書きしてなる事案について、称呼全体の音声から「フグノコ」と「コフグ」が似ていないが、、「フ」、「グ」、「コ」の３音において共通しており、「フグ」は「河豚」を、「コ」は「子」を意味する語であり、「ノ」は「河豚」と「子」との関係を示す助詞であることから、実質的には上記各称呼は、「河豚」を意味する語と「子」を意味する語の語順を入れ替えたにすぎないものであり、両商標の称呼において相当によく似ているとした（東京高判平成１５年７月３日平成１４年（行ケ）第３７７号［ふぐの子］）。

（２）外観類否に対する認定

両商標の相違部分は出所識別機能を有する部分であるとは認められない場合に、外観上の相違は商標類似を否定する方向に働かない。例えば、外観上の相違部分は、オレンジ色の横長長方形の中央部分に白色の真円を配するというような格別特徴のない図形であるとか、または「おいしさ３６５日」との文字列のような商品・役務の内容を説明する部分であるとか、需要者に対し、付加的な印象を与えるものにすぎず、出所識別機能を有する部分であるとは認められないので、特徴的な外観上の相違があるとはいえない

を、引用商標との間に、その登録を拒絶しなければならないほどの強さの称呼の共通性を有するものとすることはできないとした東京高判平成１１年１２月７日平成１１年（行ケ）第１６１号［ＬＡＢＲＡ］がある。

とした知財高判平成２７年2月２６日平成２６年（行ケ）第１０２１７号［Ｖｅｒｇｅｒ］が挙げられる[37]。さらに、両商標の全体の外観構成において相違するように見えるとしても、要部が共通する場合、外観上の非類似というよりも、外観の近似性を認めるほうがが多い。例えば、「ＶＩＡ」文字の標準文字からなる本願商標と「ＶＩＡ」の文字、「ＳＯＬＵＴＩＯＮＳ」の文字及び引用図形を組み合わせた引用商標の類否判断について、全体の外観構成において相違するものの、引用商標を構成する構成部分のうち、外観上、「ＶＩＡ」の文字部分が単独で最も強く看者の注意を引くものと認められるので、要部である「ＶＩＡ」の文字部分は、本願商標の外観において共通するものであり、商標類似を肯定する方向へ斟酌した知財高判平成２６年１０月２７日平成２６年（行ケ）第１０１２２号［ＶＩＡ］や、インディアン図形の有無という点では異なるものの、特徴のある同一の書体で表された「Ｉｎｄｉａｎ」の文字部分を共通にするものであるから、外観上近似性を有すると認めた知財高判平成２５年１月１７日平成２４年（行ケ）第１０２２３号［Ｉｎｄｉａｎ］がある[38]。そのうち、要部が構成上離れているとしても、その構成において共通する要素があるところ、商標類似を肯定する方向へ斟酌することが許される場合もある。例えば、本願商標が「ＰＥＡＣＥ」「ＩＣＥＤ」「ＣＯＦＦＥＥ」を三段にする図案化して表されたに対し、引用商標が「ピースコーヒー」「ＰＥＡＣＥ　ＣＯＦＦＥＥ」を上下二段にする事案について、全体の外観構成が相違であるが、本願商標の要部である上段「ＰＥＡＣＥ」及び下段「ＣＯＦＦＥＥ」の部分が、引用商標の下段「ＰＥＡＣＥ　ＣＯＦＦＥＥ」と比べると、文字のつづりが共通していることで、商標類似を肯定する方向へ斟酌することが許されるものとした（知財高判平成２６年１０月２９日平成２６年（行ケ）第１００９４号［ＰＥＡＣＥ　ＩＣＥＤ　ＣＯＦＦＥＥ］）。

商標の外観を認定する際に、商標の構成を考慮することがよくある。まず、商標の構成する文字数が少ない場合、差異部分を軽視することはできない。例えば、本件商標の片仮名文字部分「メルクス」と引用商標の「メルク」は、４文字ないし３文字の比較的少ない文字数から成るものであり、「ス」文字の有無が外観全体に与える影響は大きいとして、外観の非類似に働いた（知財高判平成２４年１月３０日平成２３年（行ケ）第１

[37] その他、背景とする黄色の楕円形の図形部分という相違部分は出所識別機能が生じないから、外観上の相違によって商標類似を否定することができないとした知財高判平成２１年９月１５日平成２１年（行ケ）第１０１０２号［ｌ－Ｌｕｘ事件］や、知財高判平成２２年１１月３０日平成２２年（行ケ）第１０２２６号［ハーブヨーグルトン図形］がある。

[38] 同旨の例として、「飲食物の提供」を指定役務とし、「モンテローザカフェ」の標準文字からなる本件商標と「モンテローザ」の文字を横書きして成る引用商標との類否判断について、「モンテローザ」の部分が共通するから、両商標の外観において近似した印象を与えるものであると認めた知財高判平成２３年９月２７日平成２３年（行ケ）第１００８１号［モンテローザカフェ］や、「化粧品」を指定商品とし、「ラブコスメティック」の文字からなる本願商標と「ラブ」の文字からなる引用商標と類似とした知財高判平成２１年７月１６日平成２１年（行ケ）第１００２１号［ラブコスメティック］や、「ソフトウェア」を指定商品とし、「ＣＳＴ」と「ＣＳＴ方式」が類似とした知財高判平成２６年１月２７日平成２５年（行ケ）第１０１１３号［ＣＳＴ方式］。

０１９０号［メルクス］）。また、一連の文字列によって構成される商標について、商標に接した人の認識により容易に外観上の差異部分を区別できる場合、文字列の共通性を強調すべきではない。例えば、「ＰＯＷＥＲＷＥＢ」と「ＰＯＷＥＲＷＡＶＥ」との類否にについて、人がこれらの商標に接した場合、単なる文字列としてではなく、容易にその意味を想起し得る「ＰＯＷＥＲ」と「ＷＥＢ」の組合せから成るもの、または「ＰＯＷＥＲ」と「ＷＡＶＥ」の組合せから成るものとして認識すると見た以上、「ＰＯＷＥＲＷ」という文字列の共通性を強調するのは相当ではなく，むしろ「ＷＡＶＥ」と「ＷＥＢ」の外観上の相違を軽視することはできないと判断した（知財高判平成２４年７月１９日平成２３年（行ケ）第１０３７５号［ＰＯＷＥＲＷＥＢ］）。さらに、漢字２文字の語順を入れ替えた両商標につき、離隔観察において外観類似と認定することがある。例えば、「肌優」と「優肌」の外観類否について、商標を構成する文字そのものの持つ意味が重要な判断要素となること、「優」と「肌」の文字が共通すること、「優」「肌」の漢字はいずれも指定商品と関連性の強い文字が選択されていること、各商標とも横書きであるため、需要者は語順を正確に記憶して理解することが必ずしも容易でない場合があること等の諸点を総合考慮すると、離隔的に観察するときは、両商標の外観は紛らわしく、外観において類似するとした（知財高判平成２１年１０月２８日平成２１年（行ケ）第１００７１号［肌優］）。

（３）観念類否に対する認定

商標から生じる意味は、取引者、需要者が理解し得えない場合、生じる観念とは認めない。例えば、外国語が商標の一部を構成する場合に、日本において一般的に知られた語であるとは認められないと、特段の観念が生じないと認定した例として、「Ｖｅｒｇｅｒ」とのフランス語を構成に含む本件商標と引用商標が特段の観念が生じないとした知財高判平成２７年２月２６日平成２６年（行ケ）第１０２１７号［Ｖｅｒｇｅｒ］や、フランス語である「ＲＡＦＦＩＮＥ」又はイタリア語である「ＬＡ・ＦＩＮＥ」ないし「ＬＡ　ＦＩＮＥ」は、我が国において一般的に知られた語であるとはいえないため、特段の観念は生じないとした知財高判平成２５年１２月１８日平成２５年（行ケ）第１０１６５号［ＲＡｆｆＩＮＥ］がある。そのほか、商標を構成する文字は難語であり、その意味がよく知られていることを認められない場合、特段の観念が生じないと認定した例として、「ａｅｒｉｅ」という単語には「(崖や山頂にあるワシ、タカなど猛鳥の）巣、(一般に大形の鳥の）高所にある巣」との意味があり、同用語が、我が国において取引上よく用いられており、親しまれている、又はその意味がよく知られていることを認められないので、「ＡＥＲＩＥ」の欧文字よりなる本願商標から特段の観念が生じないとした知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）第１００９４号［ＡＥＲＩＥ］が挙げられる。

商標から生じる観念は、単に商標の符号自身の意味から生じる本来的な観念だけではなく、実際の取引において生じる観念を含む。例えば、取引の実情で需要者に如何なる認識されるかとの考慮を含めた具体的な観念を認めた裁判例として、「ＴＯＮ’Ｓ」「ト

ン」という表示を、原告の商号、販売商品、広告宣伝などにはよく使われている実情、また、原告は、木の実の製造、販売を主として実施している実情を考慮して、引用商標「ＴＯＮ’Ｓ・美実」からは、「ＴＯＮ」「トン」（すなわち原告である「東洋ナッツ食品株式会社」）の製造、販売に係る美味しい木の実、又は木の実の含まれた「菓子及びパン」を連想するものと解して、少なくとも「美味しさを増した」ほどの観念を生じる本件商標「美実ＰＬＵＳ」との観念上の類似性を否定した（知財高判平成２６年２月２７日平成２５年（行ケ）第１０１７５号［ＴＯＮ’Ｓ・美実］）[39]。また、指定商品の機能との関連性を考慮したうえに、生じる観念を認定する裁判例として、本件商標の指定商品である絆創膏等においては、かぶれないあるいは剥がすときに痛くない製品についての需要があること、原告は引用商標を使用した商品について肌に優しい絆創膏として宣伝広告を続けてきたこと等の取引実情を認定し、引用商標「優肌」、本件商標「肌優」のいずれも「肌に優しい」、「優しい肌」、「優美な肌」等の観念を生じさせるとして、観念において類似であるとした知財高判平成２１年１０月２８日平成２１年（行ケ）第１００７１号［肌優］が挙げられる。そのうち、共通部分を着目して商標の生じる観念を考察することではなく、指定商品の分野の慣習を照らし、自然に生じる観念を基づき、観念の類否を判断すべきである。例えば、知財高判平成２７年２月１２日平成２６年（行ケ）第１０１８０号［発酵玄米菜食ギャバ］においては、「醗酵玄米菜食ギャバ」の文字を標準文字で一連に横書きされて成る本件商標について、指定商品である健康食品の分野で、玄米の表皮と胚芽を主原料にする原材料を麹菌などで醗酵させることが一般的に行われているので、「醗酵」と「玄米」との結び付きは強いものと認定し、本件商標から「穀物である醗酵玄米を食べること、これにより摂取した栄養素であるギャバ」との観念を生じるものと認められ、「玄米を主食、野菜等を副食とする食事法、健康法」との観念を生じる引用商標である「玄米菜食」とは、観念上の非類似と判示した。

商標の符号自身の意味から生じる本来的な観念は一般的に知られているとは認められない場合に、取引実情において生じる観念から、商標の観念と認定する場合がある。例えば、引用商標の上段部分の「ＭＡＧＩ」は、英語で「マギ、東方の博士」を意味するものの、当該単語が我が国において一般的に知られているとは認められないため、下段部分の「マギー」からは、認定の事実からすると、「マギー」という女性の名又は愛称との観念が生じるので、全体としてみると、「マギー」という女性の名又は愛称との観念が

[39] 同様の例として、また、本件商標「ＰＥ’Ｚ」の観念を確定する際に、被告に属する音楽バンドのグループの「ＰＥ’Ｚ」は、平成１１年から「ペズ」と称して活動し、継続して作品を発表し、全国公演、テレビコマーシャル等への楽曲の提供及び宣伝活動などの実情を考慮しながら、本件商標からは「ジャズバンドのペズ」の観念が生じると認定された知財高判平成２１年７月２１日平成２１年（行ケ）第１００４８号［ＰＥ’Ｚ］や、上段の「ＳＡＰＰＯＲＯ」と下段の「Ｆａｃｔｏｒｙ」からなる引用商標から生じる観念について、文字どおりに「札幌」「工場」という意味により商標から生じる観念と認定しなく、「さっぽろふぁくとりー」の称呼と札幌市中央区に所在する大型複合施設である「サッポロファクトリー」の観念を生ずるとした知財高判平成２１年５月２８日平成２０年（行ケ）第１０４３９号［Ｆａｃｔｏｒｙ９００］がある。

生じるものと認められた知財高判平成２６年８月７日平成２５年（行ケ）第１０２９８号［マギー］が挙げられる。それに対し、商標自体から生じる観念は実在するものを指す場合、当該商標が周知著名ではない限り、その観念を凌駕して、当該商標が使用者の商品と識別するものとしての観念を生じがたい。例えば、「御用邸」の文字からなる商標はについて、「御用邸」とは「皇室の別邸」であることは日本人にとって誰もが知ることであり、原告及び被告が店舗を構える那須を訪れ原告の商品に接したとしても、そこに表示された「御用邸」とは、まずもって栃木県那須郡那須町所在の「那須の御用邸」を意味するのであって、その観念を凌駕して、「御用邸」の文字のみから原告の商品と識別するほどに、原告使用の商標が独立して周知あるいは著名となっているとは認められないとした（知財高判平成２５年５月３０日平成２５年（行ケ）第１００２６号［御用邸の月］）。

第２項　取引の実情に対する考察

柔軟期に入ってから、商標類否の判断については、三点要素のみならず取引実情の考慮を含める総合考察は一般的に受け入られることになり、取引実情の考慮が商標類否の結論にかなり影響を与えてきた。

（一）補助的な要素としての取引実情の考慮－三点要素の枠内で取引実情が考慮される裁判例－

（１）定型的規制の時期から行われてきたのであって、商標の三点要素を確定する際に、取引の実情を考慮するのは続いている。上記の三点要素に対する具体的な認定する作業において示したように、商標の具体的な使用状態を考慮して称呼を認定する知財高判平成２４年１月３０日平成２３年（行ケ）第１０２５２号［海葉］や、多数の称呼が生じえるにしても、実社会において事実上発音されて使用され来た称呼をもって称呼類否の判断を行う東京高判平成１１年１２月７日平成１１年（行ケ）第１６１号［ＬＡＢＲＡ］、知財高判平成２３年６月６日平成２２年（行ケ）第１０３３９号［潤煌］や、取引の実情で需要者に如何なる認識されるかとの考慮を含めた具体的な観念を認定する知財高判平成２１年７月２１日平成２１年（行ケ）第１００４８号［ＰＥ’Ｚ］、知財高判平成２１年５月２８日平成２０年（行ケ）第１０４３９号［Ｆａｃｔｏｒｙ９００］や、指定商品の機能との関連性を考慮したうえに、観念を認定する知財高判平成２１年１０月２８日平成２１年（行ケ）第１００７１号［肌優］や、指定商品の分野の慣習を考慮して自然に生じる観念と認定する知財高判平成２７年２月１２日平成２６年（行ケ）第１０１８０号［発酵玄米菜食ギャバ］、「ＶＯ」の発音を認定する際に著名な「フォルクスワーゲン」や「フォルクス」の発音を参考した知財高判平成２４年２月２１日平成２３年（行ケ）第１０２０３号［ＶＯＳＳ］が挙げられる。

また、商標の外観、称呼、観念の三点要素を認定するため、商標の周知著名性を斟酌することが許される。例えば、東京高判平成７年４月２０日平成６年（行ケ）第１０９

号［マルエム］においては、細線の円輪郭の内に、欧文字の「M」字状の図形を配してなる引用商標からの称呼を認定する際に、原告（引用商標の商標権者）の名称が「モトローラインコーポレーテッド」で、頭文字が「エム」と捉えられるものであること、原告は、昭和３７年に引用商標の使用を開始して以来、携帯電話等に引用商標を付して、日本国内において販売し、広告をしてきたものであって、引用商標は周知、著名であることを考慮して、引用商標は、本件商標の登録査定時において、日本国内において、多くの取引者、需要者の間で「マルエム」と称呼されるに至っていたことが認められて、「マルエム」の称呼を生ずる本件商標とは、称呼上の類似性を肯定した。

図形商標から生ずる称呼、観念を認定する際に、引用商標の周知著名性を考慮した知財高判平成２０年１２月１７日平成２０年（行ケ）第１０１３９号［キューピー］においては、「キューピー」のキャラクターの周知性を斟酌して、「キューピー」のキャラクターの特徴と符合する本件図形商標から、「キューピー」の称呼を生ずるとともに、頭の先の髪と思しき部分が尖り、目がパッチリと大きい裸体の幼児又はその人形である「キューピー」の観念を生ずると認定した。

また、本件商標から生ずる観念を認定する際に、本件商標の周知著名部分を考慮した知財高判平成２３年6月２８日平成２３年（行ケ）第１０００４号［アイテック阪急阪神］においては、「阪急阪神」は著名な企業グループを表す語であることを斟酌して、本件商標からは「阪急阪神グループに属するアイテックという会社」という観念が生じることになると認定され、それに対し、引用商標からは「アイテックという会社」という観念のみが生じ、観念が異なると認めた。

その他の例として、東京高判平成３年１０月２４日平成３年（行ケ）１９号［Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ　Ｉｎｄｕｓｔｒｉｅｓ，　Ｉｎｃ.］(「Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ」の語句も著名であり、この商標の付された商品の取引に当たり、省略して称呼する場合であっても、「コロンビア　ピクチャーズ」と一体に称呼され、「コロンビア」とのみ称呼されるものではないので、原告の先願商標である「Ｃｏｌｕｍｂｉａ」を含む図形商標との類似性を否定した（同上告審も維持））や、東京高判平成４年７月２８日平成３年（行ケ）第１９２号［別冊フレンド］（周知である本願商標「別冊フレンド」は、現実に取引者、需要者の間の取引の場で「別冊フレンド」という一連不可分の称呼により原告の商品であることを示すものとして使用されていることを考慮して、「別冊」の構成部分を省略して単に「フレンド」と称呼されることはないとして、称呼において引用商標との類似性を否定した）や、東京高判平成６年３月３１日平成４年（行ケ）第１３６号［ＣＯＮＶＥＲＳＥ］や、東京高判平成６年１０月２５日平成６年（行ケ）第８号［Ｐａｎ－ｔｈｅｒ］、東京高判平成１３年１２月１８日平成１３年（行ケ）第１２１号［ＳＴＥＡＫ　ＨＯＵＳＥ　ｈａｍａ］、知財高判平成１９年８月８日平成１９年（行ケ）第１００６１号［ＣＵＢＳ］がある。

（２）商標の識別力を有する部分を確定するために、取引の実情を考慮する判決も続

いている。

例えば、商標の周知著名性を考慮したものとして、引用商標の一部が著名であって、その著名部分は識別力の有する部分として商標類否の対比に考慮すべき、それ以外の部分のみの共通性は、商標類似を肯定することにはならないと判示した有名な最判平成５年９月１０日平成３年（行ツ）第１０３号［ＳＥＩＫＯ　ＥＹＥ］においては、「ｅＹｅ」の下部に「ｍｉｙｕｋｉ」との文字を配した構成である本願商標が、「ＳＥＩＫＯ　ＥＹＥ」という構成である引用商標との類否判断につき、原審は、「ｅｙｅ」の部分を要部として捉らえて、両商標とも「眼」という観念、「アイ」という称呼が生ずるから、外観は異なるものの、両商標の類似性を肯定した。最高裁は、引用商標の構成中の「ＳＥＩＫＯ」の部分は、著名な時計等の製造販売業者である株式会社服部セイコーの取扱商品ないし商号の略称を表示するものであることを認め、「セイコー」の著名性を考慮して、「ＳＥＩＫＯ」の文字と「ＥＹＥ」の文字の結合から成る引用商標が指定商品である眼鏡に使用された場合には、「ＳＥＩＫＯ」の部分が取引者、需要者に対して商品の出所の識別標識として強く支配的な印象を与えるから、それとの対比において、眼鏡と密接に関連しかつ一般的、普遍的な文字である「ＥＹＥ」の部分のみからは、具体的取引の実情においてこれが出所の識別標識として使用されている等の特段の事情が認められない限り、出所の識別標識としての称呼、観念は生じず、「ＳＥＩＫＯＥＹＥ」全体として若しくは「ＳＥＩＫＯ」の部分としてのみ称呼、観念が生じるというべきであるとして、両商標は類似しないと判断した[40]。近時の同旨の裁判例として、「宝焼酎」の部分が焼酎を取り扱う業界において周知であることを考慮して、本願商標「枠」と引用商標「宝焼酎　粋」との類似性を否定した知財高判平成２６年６月１８日平成２６年（行ケ）第１００２９号［宝焼酎　粋］がある。

また、引用商標「[ＭＩＺＵＨＯ」は保険業務について取引者、需要者間に広く認識されていることを考慮して、保険業務を指定業務に含む本件商標「ＭＩＺＵＨＯ．ＮＥＴ」の構成中の「ＭＩＺＵＨＯ」の文字部分が強い印象を与えるものとして、両商標の類似性を肯定した知財高判平成２１年１月２８日平成２０年（行ケ）第１０２５８号［ＭＩＺＵＨＯ．ＮＥＴ］がある。そのほか、知財高判平成２７年８月６日平成２６年（行ケ）第１０２６８号［オルガノサイエンス］[41]も同旨。

ただし、当然に抽出が許されることではなく、商標の一体的に表現されていることを考慮して共通部分を抽出することを否定する場合もある（引用商標「ビゲン」の著名性を考慮するとしても、同書同大でかつ等間隔に一連で表示、成立している本件商標「ノービゲン」をことさらスペース等を入れて分離させる根拠はないとした東京高判平成７

[40] そのほか、商標類似を否定したもので、引用商標の著名部分が一体的に称呼され、その一部のみの共通性は、商標類似を肯定するにはならないと判示した東京高判平成３年１０月２４日平成３年（行ケ）１９号［Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ　Ｉｎｄｕｓｔｒｉｅｓ，Ｉｎｃ.］、最判平成４年７月１７日平成４年（行ツ）第７１号［同上告審］がある。

[41] 当判決に対する評釈につき、生田哲郎＝中所昌司「判批」発明１１２巻１１号５１頁。

年１１月２２日平成６年（行ケ）第１５７号［ノービゲン］や、引用商標の著名部分が一体的に称呼され、その一部のみの共通性は商標類似を肯定するにはならないと判示した東京高判平成３年１０月２４日平成３年（行ケ）１９号［Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ　Ｉｎｄｕｓｔｒｉｅｓ，Ｉｎｃ.］、最判平成４年７月１７日平成４年（行ツ）第７１号［同上告審］）。

業界においての慣習的認識を考慮したものとして、指定商品「清酒」は地域性の強い商品であり、清酒の取引者、需要者は、地名部分を必ずしも産地等と理解せずに、商標全体として自他商品の識別標識として認識する場合が多いということを考慮して、本件商標「宰府寒梅」と引用商標「寒梅」との類似性を否定した（東京高判平成１１年５月２７日平成１０年（行ケ）第３１８号［宰府寒梅］）や、葬祭業ではを商標に含んでいる式場の所在地名等は役務の提供場所と認識することが一般であることを考慮して、式場の所在地名の部分が出所識別標識として認識されなく、それ以外の部分においての類似性をもって、商標類似を肯定した知財高判平成２６年３月５日平成２５年（行ケ）第１０２６１号［中央式典・町田駅前会堂・けやき］がある[42]。また、両商標の指定商品及び指定役務が共通するコンピューター分野において、「ファンタジー」の語はゲームのジャンルを指すものとして使用されている実情を認め、引用商標の「ｆａｎｔａｓｙ　ＬＩＦＥ」の部分はゲームのジャンルを示すものと認識されることが多いと認定し、「ｆａｎｔａｓｙ　ＬＩＦＥ」の部分が共通しても、当該部分を抽出して類似性を判断することは許さなく、両商標の類似性を否定した（知財高判平成２４年７月１２日平成２３年（行ケ）第１０３７２号［ファンタジーライフ］）、「ベビー」の片仮名は、菓子やパンを含む様々な商品分野において、商品が通常の大きさよりも小さなものであることを表すものとして、日常的に使用されているものであるから、本件商標の構成中の「Ｂａｂｙ」の欧文字からは出所識別標識としての称呼、観念を生じることはないとして、「Ｍｏｎｃｈｏｕｃｈｏｕ」の部分が共通することをもって商標の類似性を肯定した（知財高判平成２５年３月２１日平成２４年（行ケ）第１０２９０号［Ｂａｂｙ　Ｍｏｎ　ｃｈｏｕｃｈｏｕ］）がある[43]。

両商標の類似部分を含む既登録商標が多数存在することを考慮したものとして、被服の取引分野においては、「ＢＥＡＲ」、「Ｂｅａｒ」、「ｂｅａｒ」、「ベアー（熊の図）」などの文字を含む商標が多数存在する事情を考慮して、単なる「ベアー」という称呼や「熊」

---

[42] その他の例は、菓子や食品の分野では、「小倉」の語は、「小倉餡」、「小倉汁粉」の略称としても確立した言葉となっており、「小倉羹」の略称として用いられることもあることを考慮して、引用商標を構成する「八雲小倉」が、その指定商品である「小倉羹」に使用された場合には、取引者、需要者は、その構成中の「小倉」の文字部分は、「小倉羹」を表すものと認識し、自他商品を識別する機能を有するその構成中の「八雲」の文字部分で取引に当たることが多いと認め、本願商標「八雲」と「八雲小倉」との類似性を肯定した東京高判平成１２年９月２６日平成１２年（行ケ）第５０号［八雲］がある。

[43] そのほか、引用商標中の「ラブ」は、指定商品中の「化粧品」と密接な関連性を有することを考慮すれば、「ラブ」の部分は当然に強い排他力を持つ構成部分であることを認めなく、類似性を否定した知財高判平成２１年４月２７日平成２０年（行ケ）第１０３８０号［ラブコスメ］がある。

の観念のみによっては自他商品の識別はできないということを認定し、「ＢＥＡＲ」に語句と図形を付加して構成される本件商標と引用商標「Ｂｅａ Ｒ」の類似性を否定した東京高判平成１４年１２月１９日平成１３年（行ケ）第３９６号［ＢＥＡＲ］[44] 。

そのほか、知財高判平成２１年５月２７日平成２０年（行ケ）第１０４４２号［Ｑｕｉｃｋ　Ｃｈａｎｇｅ］（引用商標の商標権者が過去の商標登録例を参考して、引用商標の「ＢＬ図形」の部分は社名の一部である実情を斟酌して、当該部分は識別力がある部分ではないとした）や、知財高判平成２４年１２月１３日平成２３年（行ケ）第１０３４４号［いなば和幸］（飲食店を想起させる「和幸」という表示は、当事者とは限らず全国の飲食店に多数使用されてることを考慮して、「和幸」の部分が識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認めなく、「和幸」の部分のみ共通する両商標との類似性を否定した）や、知財高判平成２４年１１月２９日平成２３年（行ケ）第１０４４７号［ＢＤＯ］（本件商標の商標権者が「ＢＤＯ」部分を共通のロゴとして商標に統一的に用いていることを斟酌して、当該部分が需要者の注意を喚起させる特徴部分と認定する方向への考慮要素の一つと認めた）がある。

（３）重点に置くべき要素を決する際に取引分野における実情が考慮されることが多数ある。例えば、東京高判平成１３年９月１３日平成１３年（行ケ）第４７号［リスコート］（眼科用薬剤に使用する場合、流通経路において耳からの情報のみによって取引することは少なくないことを認め、称呼においての類似性を重視して商標類似を肯定した）や、知財高判平成１９年８月３０日平成１９年（行ケ）第１００９０号［海］（薬剤等を指定商品とする本件商標「海」と引用商標「快」の類否判断につき、実際の薬の処方の場面において、商標の外観なり観念なりを意識した処方がなされることを考慮して、称呼の共通性より、外観及び観念上の非類似を重視して、商標の類似性を否定する方向に斟酌した）や、知財高判平成２１年３月１７日平成２０年（行ケ）第１０４１１号［皇寿ドリング］（両商標の指定商品は比較的低廉な日常消費物資であって、その取引者、需要者には含んでいる一般消費者が商品を識別する際に、商品の名称が極めて重要な要素となることを考慮して、称呼においての類似性をもって商標の類似性を肯定した）や、知財高判平成２１年９月１５日平成２１年（行ケ）第１０１０２号［ｌ－Ｌｕｘ事件］（指定商品として共通する「眼鏡」の取引においては称呼重視という取引実情を考慮して商標の類似性を肯定する方向に斟酌した）や、知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）１００９４号［ＡＥＲＩＥ］（第３類の化粧品はインターネット上の取引が多いことを考慮して外観非類似が称呼類似を凌駕すると判断した）や、知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）第１０１５０号［京や］（「飲食物の提供」の分野に

[44] また、文房具の分野において「グリップ」又は「ＧＲＩＰ」の文字を商標の構成中に含む商標が多数出願・登録されている事情を考慮して、「ＧＲＩＰ」（グリップ）は、単独では自他識別力を有しないか、又は自他識別力はあっても微弱なものと認めて、本件商標「ＳＵＰＥＲ　ＧＲＩＰ」と引用商標「グリップ」の類似性を否定した東京高判平成１５年１月２１日平成１４年（行ケ）第２６６号［ＳＵＰＥＲ　ＧＲＩＰ］がある

おいて、音声を用いた宣伝・広告に対する人の耳からの記憶が出所の識別に重要な役割を果たしており、称呼が極めて重要である実情を認め、商標類似を肯定した）や、知財高判平成２４年1月３０日平成２３年（行ケ）第１０２５２号［海葉］（商品が電話注文を受け付けている事実が認められたものの、その多くは事前に配布されたカタログやチラシの存在、またはウェブサイト上の商品情報の閲覧を前提とする事情を考慮して、称呼のみで取引が特定されている実情を認めなく、商標の類似性を否定した）や、知財高判平成２５年１２月１８日平成２５年（行ケ）第１０１６５号、１０１６６号、１０１６７号［ＲＡＦＦＩＮＥ］（化粧品等に関する分野において、商標を耳よりも目で捉える機会が多いという実情を認め、「ＲＡＦＦＩＮＥ」と「ラ・フィネ／ＬＡ・ＦＩＮＥ」の外観の相違を重視して類似性を否定した）などがある。

（二）独立の要素としての取引実情の考慮－三点要素の枠外で出所混同の有無を判断する一要素として取引実情が考慮される裁判例－

（1）商標の使用態様、使用範囲を取引実情としての考慮

まず、商標の現時点の使用態様を斟酌し得るか否かについて、斟酌を否定すべきの立場に立つ判決は、例えば、東京高判平成１４年1月２９日平成１３年（行ケ）第２５４号［Ｎａｔｕｒｅａ］（本件商標を付した商品が「ナチュレアピュアシリーズ」の名称で販売されていることにより、本件商標が「ナチュレア」の称呼を生じるとしても、その称呼は商標類似判断の依拠にならなく、「ナチュリー」又は「ナチュリア」の称呼を生じる本件商標は、「ナチュリエ」の称呼を生じる引用商標との類似性を肯定した）。それに対し、斟酌を肯定しても構わない立場に立つ判決もある。例えば、新聞広告でなされている商標現実の使用情況に照らして商標の類似性を否定した東京高判平成８年４月１７日平成７年（行ケ）第５２号［ＳＰＡ］や、引用商標を一定数量のコンビニエンスストアのシンボルマークとして用いられている現在使用態様により、コンビニエンスストアに関連する領域以外の商品に混同しないとした東京高判平成９年７月２９日平成８年（行ケ）第２６９号［ココ］や、本願商標とほぼ同一の書体と色彩により「スーパーみらべる」の店舗名の表示を掲げるなどして、引用商標と類似する使用態様がされていないことを、商標非類似の方向に斟酌した知財高判平成２３年１２月２６日平成２３年（行ケ）第１０１３５号［スーパーみらべる］が挙げられる。

次に、商標が現実に使用されているか否かは、一般的に、取引実情の斟酌要素と認められない。例えば、知財高判平成１８年2月１６日平成１７年（行ケ）第１０６１８号［ＳＡＮＹＯ　ＳＨＩＮＰＡＮ　ＧＲＯＵＰ］（引用商標が現実に使用されていないとしても、将来的に使用される可能性を否定できないとして、商標が使用していない事情の斟酌を認めなかった）。ただし、特殊な事情の影響を受け、商標が使用しないという事実は恒常的なものになると認めた場合、斟酌が許される。まず、衝突した指定商品において不使用取消審判で引用商標が当該指定商品での登録を取り消したことを考慮して、商標類似を否定する方向に働く斟酌が許される。例えば、不使用取消審決から、少なくと

も審判請求の予告登録の３年前から、衝突指定商品に関しては、引用商標を使用していなかったことが推認され、出所に誤認混同を生じさせるような事情は認められないとした（知財高判平成２３年１０月２４日平成２３年（行ケ）第１００９３号［ＰＡＧ］）[45]。また、引用商標の商標権者は破産手続終結決定が確定したので、引用商標がその正当な権利者使用される可能性が極めて低いことを考慮して、商標の類似性を否定する方向に働く斟酌が許される（知財高判平成２２年７月２１日平成２１年（行ケ）第１０３９６号［ロキ］）[46]。

（２）商標の知名度を取引実情としての考慮

まず、混同を生じさせるか否かの判断要素として、類似性を肯定する方向に商標の著名・周知性を考慮する判決がよくあって、一般的には引用商標の著名・周知性を斟酌することである。例えば、東京高判平成５年３月３日平成４年（行ケ）第８２号［ＬＩＺＺＡ］（引用商標を使用する結果、「リッツ」といえば、特定の商品主体により製造販売されているクラッカーを示すものとしての著名性を獲得していることが認められるから、「リッツ」の３文字が共通する本願商標を使用して、同一の指定商品である「菓子　パン」が販売されると、時と所を異にして観察した場合、取引者、需要者が著名な商標である「リッツ」を連想し、商品の出所を混同することは明らかであり、両商標の類似性を肯定する方向に斟酌した）や、東京高判平成１２年１０月５日平成１２年（行ケ）第１３９号［象の図形］（引用商標の象の図形が特定の出所に係るものとして周知であることを認定し、両商標の相違点に接した需要者に明らかに上記特定の出所とは無関係のものであることの観念を生じさせない限り、混同のおそれを否定することはできないと判示した）や、東京高判平成１４年１１月１３日平成１４年（行ケ）第１５２号［セレモアみずき］（引用商標を構成する「セレモアつくば」の表示は、指定役務中の「飲食物の提供、葬儀の執行、衣服の貸与」において周知であるという取引の実情を参酌して、取引者、需要者において役務の出所を誤認混同するおそれがあり、両商標の類似性を肯定した）がある。そのほか、引用商標の著名性により類似性を否定する要素として斟酌する判決も存在する。例えば、東京高判平成１６年２月２５日平成１５年（行ケ）第３７１号［ポロ競技］。

次に、本件商標の周知著名性を類似性を否定する要素として斟酌することは少なくない。例えば、東京高判平成３年１０月１５日平成３年（行ケ）第７７号［ランバン］に

---

[45] 同旨の例として、知財高判平成１９年１０月２５日平成１９年（行ケ）第１０２０５号［大阪プチバナナ］（引用商標「大阪バナ奈」が使用されていないだけでなく、不使用取消審判により取消審決が確定され、何らかの信用が形成されていないという取引実情の考慮が許された）や、知財高判平成２２年１２月１４日平成２２（行ケ）第１０１７１号［ＢＯＯＫＩＮＧ．ＣＯＭ］（本件商標が一定の信用を形成されたこと、及び引用商標に係る商標登録は争っている指定役務につき不使用取消審決が確定されたことを、商標非類似の方向への考慮要素として認められた）がある。

[46] 東京高判平成１４年３月１９日平成１３年（行ケ）第３６３号［鳳凰］（商標が実際に使用されていないことを加え、商標権者が破産宣告を受け解散登記もなされ、第三者が許諾を受けて使用性もないことは、一般的な取引実情として考慮が許された）も同旨である。

おいては、「ＬＡＮＶＩＮ」なる登録商標の連合商標として出願された出願商標「ランバン」が、「ラーバン」と「ＲＵＲＢＡＮ」の文字を併記してなる引用商標との類否判断につき、「ＬＡＮＶＩＮ」または「ランバン」の標章は、指定商品の属する被服等の取引分野において、フランスの著名服飾会社である原告の商品を表すいわゆる高級衣料品のブランドとして広く知られており、「ランバン」に接する者は、直ちに原告の商品であることを想起させるものとして、引用商標と識別可能というべきであるから、称呼において類似するとした審決を取消した。また、東京高判平成１０年９月２２日平成９年（行ケ）第１７９号［メニコン］において、本件商標「メニコン」と引用商標「ＥＮＩＫＯＮ」の類否について争う事件で、被告の商品を表示するものとしての本件商標「メニコン」は、コンタクトレンズまたは医療機械関連の需要者等の間において周知となっていた一方、引用商標「ＥＮＩＫＯＮ」は、審決当時において、原告の商品表示として使用されていた形跡を窺うことができないので、本件商標と引用商標は彼此相紛れる可能性が小さいということを考慮して、商標類似を否定する方向に補強した[47]。

（３）商品・役務に係る実情の考慮

まず、混同を起こさせる程度に影響を与える要素として、取引される商品の性質を斟酌が許される。例えば、知財高判平成２４年２月１５日平成２３年（行ケ）第１０３１１号［ＢＬＣＫ］（共通の指定商品であるマッチは、個別単価の安価な使い捨ての汎用品であって、需要者が商品の選択に当たって重要な意味を持つものとして認識されていないという取引実情を、商標の類似を肯定する方向へ斟酌することが許された）、知財高判平成２５年３月２８日平成２４年（行ケ）第１０４０３号［ボロニアジャパン］（本件商標の指定商品が日常的に消費される性質の商品であることからすると、これを購入するに際して払われる注意力はさほど高いものでないとして、商標類似を肯定する方向に斟酌した）。

次に、混同を起こさせる程度に影響を与える要素として、商品・役務の需要者層の斟酌が許される。例えば、需要者層の趣向や動機の相違を考慮して、商標「ＣＨＯＯＰ」の使用された商品に関心を示す、「ティーン世代の少女層向けの可愛いカジュアルファッション」を好む需要者層と、引用商標の使用された商品に関心を示す、いわゆる「セクシーなＢ系ファッション」を好む需要者層とは、被服の趣向（好み、テイスト）や動機（着用目的、着用場所等）において相違することを考慮して、称呼において類似する両商標を非類似性の方向に斟酌した知財高判平成２３年６月２９日平成２３年（行ケ）第１００４０号［シュープ］が挙げられる。需要者層の特殊性を考慮して、商品を選択、購入する際に払う注意力が高いことを前提として、商標の区別を把握でき、商品の出所混同を生じない方向に斟酌する場合は少なくない。需要者は、情報通信分野を中心とす

[47] そのほか、東京高判平成４年３月１０日平成３年（行ケ）第１９８号［Ｄｏｄｇｅｒｓ］、東京高判平成２年９月１０日平成２年（行ケ）第７２号、７３号、７４号［ＫＯＤＡＫ］があり、後願商標の著名性に由来した特別の称呼は、日本語として定着しておるほど極めて著名であるから、商標の類似性を否定するものと評価される（田村・前掲注１）１１９頁）。

る電子機器・部品の業者等の当該役務に関して一定程度以上の知識経験を備えた少数の者に限られることについての斟酌が許された知財高判平成１８年１２月２５日平成１８年（行ケ）第１０３３４号［ＰｒｏＭＯＳ］や、化粧品の需要者はこだわりをもって購入・使用され、商品が間違ったかをそれなりに注意して確認することの斟酌が許された知財高判平成２２年６月３０日平成２２年（行ケ）第１００７６号［Ｊｏ－Ｊｕ］や、指定役務の「資金の貸付け」において、一般的に借主にとっては資金の貸主が誰であるかは最も重要な要素の一つであるから、相応の注意を払った上で確認するものという指定役務の内容を含めた取引実情を、商標非類似の方向へ斟酌するものとして認めた知財高判平成２３年４月２７日平成２２年（行ケ）第１０３２６号［Ｇｏｌｄ　Ｌｏａｎ］が挙げられる。ただし、取引実情において需要者には一般人が含まれる可能性がある限り、需要者範囲を限定する商品（専門者向けの商品とか）という商品的性格に基づき混同を生じさせない方向に働く主張を認めがたい。例えば、「コンピュータソフトウェア」はコンピュータの普及に伴い大衆化し、また様々な流通形態で活発に取引されている実情を考慮して、専門的な業務用ソフトウェアについても、一般人が日常的に経験し知ることが可能であることを認定するうえ、商品の専門性という性格が商標類似という結論に左右しないと示した（知財高判平成２６年１月２７日平成２５年（行ケ）第１０１１３号［ＣＳＴ方式］）。そのほか、指定商品の需要者は、老人から若者までを含む一般大衆であって、商標やブランドについて詳しくない者や中途半端な知識しか持たない者も多数含まれていることを考慮した東京高判平成１３年８月９日平成１２年（行ケ）第２７９号［ＢＥＶＥＲＬＹ　ＨＩＬＬＳ　ＰＯＬＯ　ＣＬＵＢ］や、需要者層は一般消費者であることと、共通する取扱商品もあることを考慮した知財高判平成２６年６月１１日平成２５年（行ケ）第１０３４２号［ライフストア］がある。

さらに、混同を起こさせる程度に影響を与える要素として、商品・役務の現在の販売態様・経営方式を斟酌することがある。一般的には、商標非類似の方向へ商品・役務の現在の販売態様・経営方式を考慮されない。例えば、現在になされている締約のやり方は店頭等の陳列販売されるような販売態様にはないという取引実情をもって混同を生じさせない旨の主張を認めなかった知財高判平成２１年６月２５日平成２１年（行ケ）第１００３１号［Ｌａｓｅｒ　Ｅｙｅ］が挙げられる。しかし、最近その理を反する判決が次々出ている。例えば、知財高判平成２１年７月２１日平成２０年（行ケ）第１００４８号［ＰＥ’Ｚ］（本件商標は音楽活動としてのジャズバンドの演奏会場における商品販売を中心とするのに対し、引用商標３は菓子販売等に伴うものに使用されるなどの取引実情を考慮して、類似性を否定した）や、知財高判平成２２年　８月１９日平成２２年（行ケ）第１０１０１号［きっと，サクラサクよ。］（もっぱら受験シリーズ商品に用いられ、具体的な使用商品上の相違という取引実情を考慮して、商標の類似性を否定した）や、知財高判平成２３年６月２９日平成２３年（行ケ）第１００４０号［シュープ］（現在の商品販売策略による需要者の相違という浮動な事情の考慮をも認めて、商標の類似性を否定した）や、知財高判平成２３年６月６日平成２２年（行ケ）第１０３３９

号［潤煌］（現在の商品の構成及びその販売形態での相違という実情を、商標非類似の方向への考慮要素として許された）。

（４）取引分野に係る情況の考慮

まず、混同を起こさせる程度に影響を与える要素として、取引分野においての慣行を取引実情として斟酌が許される。購買、販売、宣伝等の取引形態の具体状について、取引分野においての慣行を参考する場合は少なくない。例えば、東京高判平成１４年１２月２７日平成１４年（行ケ）第１４０号［Ｉｎｄｉａｎ　Ｍｏｔｏｃｙｃｌｅ］（被服関連の企業は、類似する複数の商標を使用している例が少なくなく、一般の需要者の多くも短期間のうちに購入商品を決定する場合もまれではないことを考慮して、商標の類似性を否定する方向に斟酌した）や、東京高判平成１３年６月２０日平成１２年（行ケ）第４３５号［ＰＲＯ－ＬＥＸ］（本件商標を付した商品と引用商標を付した商品が同一販売者によって同一店舗で販売されうることを考慮して、商標の類似性を否定する方向に斟酌した）や、東京高判平成１５年６月１２日平成１４年（行ケ）第５１８号［ジジ］（化粧品の宣伝において、販売元のみならず詳細な商品情報を豊富に提供され、商品のイメージを差別化する宣伝広告がされている実情を認めて、商標の類似性を否定する方向に斟酌した）。ただし、取引分野においての慣行は取引分野全般の実情であるべき、一部の取引分野での慣行は取引実情としての考慮は認められないことがある。例えば、東京高判平成１４年９月３０日平成１３年（行ケ）第５１８号［塩沢絣］（織物工業協同組合の組合員及び一部の絹織物製造業者が、本件商標及び引用商標等を別の３部分からなる商標と共に使用するという商標の使用方法は、絣織物全般について一般的・恒常的なものではないとして、商標非類似に斟酌することが許されなかった）。

次に、取引分野においての競争状態の考慮も許される。まず、取引分野で競業者の数量が限られているの事情を、商標非類似の方向へ斟酌することを認めた判決がある。例えば、営業活動は県内に限られていること及び同一県内に複数の県信用組合が存在しないことという県信用組合の特徴を考慮した知財高判平成２３年１１月３０日平成２３年（行ケ）第１０２０５号［けんしんスマートカードローン］においては、共通する指定役務である「金融サービスの提供」において、「けんしんスマートカードローン」の文字を横書きしてなる本願商標と「けんしん」の文字を書きした外観を有する引用商標との類否について、「けんしん」の部分から「県信用組合」の略称であるとの観念を生じる可能性があるにもかかわらず、組合員により構成される協同組合組織の金融機関である県信用組合は、その営業活動が県内に限られており、同一県内に複数の県信用組合が存在しないという実情を認定し、商標が混同を来たすことはない方向に働いた。そのような実情は取引分野上の恒常的な実情でなければ、考慮が許されない。例えば、取引分野での現在の市場占有率の斟酌を否定した知財高判平成１９年５月２９日平成１８年(行ケ)第１０４８０号［アオバ］（引用商標の指定商品である「凝灰質砂岩のパウダーよりなる土壌改良剤」が現在引用商標の商標権者以外のメーカーが取り扱っていないという事情を考慮しなかった）、知財高判平成２０年１２月２５日平成２０（行ケ）第１０２８５号

［ＣＩＳ］(本件商標にかかる指定商品についての現在のマーケットシェアは、今後も変化する余地があるとして、考慮しなかった)。

第２節　権利侵害の場面の裁判例

第１款　定型的規制の時期－昭和６０年代前後まで－

第１項　称呼、外観、観念の三点要素に対する考察

昭和６０年代前後までの商標権侵害の場面で、商標の類否判断に関する裁判例には、三点要素のいずれかが類似すれば商標の類似性を決する論法を取る裁判例が続いているほか、三点要素に対する総合考察に基づき商標の類似性を決する論法を取る裁判例も少なくない。

（一）商標類似肯定例

（１）三点要素のいずれか類似すれば、商標類似を肯定する裁判例

第一に、一つの要素においての類似性をもって、他の要素を検討するまでもなく、商標類似を肯定する裁判例が続いている。現行法施行後の最初のごろは、従来の判断基準に沿えて、そのような旨を再度確認した裁判例もあって、例えば、東京地判昭和３９年１２月２６日昭和３８年（ワ）第４４９３号［シンセン］においては、被告標章「強力シンセン」が原告登録商標「玉盛シンセン」とは、「外観及び観念の点に及んで判断するまでもなく、「シンセン」の称呼を共通にする点において、類似の商標といわなければならない」と述べた。

その後にも、判決のおいて明確的に述べていないにもかかわらず、その旨を踏襲する裁判例が続いている。例えば、東京地判昭和４８年４月２３日昭和４６年（ワ）第７６４７号［塩瀬］においては、登録商標（図１３．１）は、毛筆書き楷書体の漢字「塩瀬」からなるのに対し、被告標章（図１３．２）は、特殊の模様地の中央空所に毛筆書きの変体仮名文字「志ほ★」を表わしてなる点で外観を異にするが、前者は「しおせ」の称呼を生じるのに対し、後者は、「しおせ」または「しほせ」の称呼を生じるから、「しおせ」と称呼を共通にするかまたは称呼が類似するものということができるので、両者は全体として類似するとした。

塩
瀬

図１３．１



図１３．２

また、東京地判昭和５２年１月１９日昭和５０年（ワ）第６２０９号［ニコラス］に

おいては、被告標章２は、「ニコラス」の称呼を生じる点で原告登録商標と類似し、被告標章３は、口ひげを蓄えた、身体に比べてかなり大きな短靴を履いた人物が左を向いて立ち、両手に頭の高さにまで達するほどに重ねられた数十枚の皿のようなものを持ち、その皿様のものが左側に倒れそうにわん曲している図が描かれている点で外観が原告登録商標と類似することで、いずれも商標類似を肯定した。

第二に、外観が商標に対するイメージに強く訴える場合、その類似する要素のみをもって、商標類似性を肯定することが認められている。例えば、浦和地方裁判所昭和４７年１０月１８日昭和４６年（モ）第１３０８号［納豆の包装用容器第一審］では、「クロレラ」「ゴールド」「納豆」の各文字を３段に横書きした構成を含む図形から成る標章（図１４．１）は、「クロレラ」「デラップス」「納豆」の各文字を３段に横書きした構成を含む図形から成る登録商標（図１４．２）との類否判断につき、両標章を離隔的に観察すると、「デラップス」と「ゴールド」に対する印象は層状模様の形状と色彩に注意力が奪われ、むしろ同一の認識、記憶が残ることになると述べ、特別顕著性を有する図形と色彩が両商標において類似することをもって両商標は外観上類似すると認定し、さらに、本件商品である納豆の機能より考察すると、外観上の類似があれば、称呼上の非類似と観念上の非類似があっても、原則として商標の類似性があると解するのが相当であると述べ、本件の両商標については外観上の類似性があり、その他の点につき多少の非類似性があるのにすぎないことを考慮して両商標の類似性を肯定した。控訴審の東京高判昭和４８年１０月２６日昭和４７年（ネ）第２６１７号［同控訴審］においても、両商標の外観については、図形と配色は、一見同一であるとの印象を与えるものということができ、また、文字部分はやや異なるところがあるにしても、図形、配色、各文字の配置関係を含めた全体としてみるときは、類似したものとの印象を看者に与えることで、仮に文字部分に応じた称呼、観念を生ずるとしても、全体的観察において彼此相紛らわしい形状のものである以上、外観類似とするに何らの妨げはないとし、両商標の外観上の類似が商標に対する全体的なイメージに与える影響力を強調して、原審の判断を支持した。



図１４．１



図１４．２

そのほか、標章（図１５．１）は登録商標（図１５．２）と同一の図形を要部とするものであり、その図形自体が強く需要者の注意を引くものであることを考慮すれば、標章は全体として本件登録商標と類似していると認めた東京地判昭和５７年１０月２２日

昭和５４年（ワ）第１１８１７号［制糖茶一審］、東京高判昭和６２年　９月２９日昭和５７年（ネ）第２７９９号［同控訴審］が挙げられる。



図１５．１

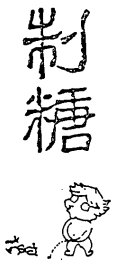


図１５．２

（２）三点要素の検討結果に基づき商標類似を肯定する裁判例

外観、称呼、観念の三点要素が共に類似であって、商標の類似性を肯定した裁判例はもとより、例えば、東京地判昭和３７年６月３０日昭和３６年（ワ）第５１０１号［ＣＡＭＥＲＡＲＴ］(商標類似と認定しつつ､先使用権の成立をも認めて侵害を否定した)、大阪地判昭和５６年４月８日昭和５３年（ワ）第３５号［フエルタッチ］、名古屋地判昭和６０年７月２６日昭和５９年（ワ）第２０８８号［東天紅一審］、名古屋高判昭和６１年５月１４日昭和６０年（ネ）第５３１号［同控訴審］、横浜地判昭和６０年１０月２５日昭和５７年（ワ）第１４８２号［濱ッ子］がある。

称呼、観念の二点にわたって同一または類似している場合は、商標類似を肯定する裁判例も少なくない。例えば、被告標章「東洋レリーフ箱根」「トーヨーレリーフ箱根」と登録商標「はこね」「箱根」（大阪地判昭和５４年９月１４日昭和５３年（ワ）第２２９５号［東洋レリーフ箱根］)、被告標章「ＳＯＲＯＲＩ」と登録商標「曽呂利」（大阪地判昭和５７年１月１９日昭和５５年（ワ）第７９３３号［曽呂利］)、図１６．１の標章と図１６．２の登録商標（大阪地判昭和５８年１１月２５日昭和５８年（ワ）第９４４号［ＲＯＹＡＬ］)、被告標章の「コンピュータランド北海道」と登録商標の「コンピュータランド」（札幌地判昭和５９年３月２８日昭和５８年（ヨ）第４６号［コンピューターランド北海道］）などがある。そのほか、大阪地判昭和６３年２月９日昭和６０年（ワ）第９８６０号［プラス］、東京地判昭和５６年８月３日昭和４８年（特わ）第２１３８号［盛光］がある。



図１６．１



図１６．２

そのうち、外観が異なると認定したとしても、称呼、観念の同一性をもって商標類似を肯定したこともある。たとえば、被告標章「Ｍｅｉｊｉｙａ」と登録商標「明治屋」との類似性を肯定した東京地判昭和３６年１１月１５日昭和３６年(ワ)第３８２号[明治屋]、被告標章「ＥＴＩＱＵＥＴＴＥ　ＦＲＩＥＮＤ」と登録商標「エチケツト」との

類似性を肯定した大阪地判昭和５４年１１月２８日昭和５３年（ワ）第１８９８号［エチケツト］、被告標章「月刊しゅみ」と登録商標「月刊趣味の会」との類似性を肯定した東京地判昭和３６年3月2日昭和３２年（ワ）第５２７８号［趣味の会］が挙げられる。

他方で、称呼、観念において同一であっても、外観の相違をもって、商標類似を否定する場合もある。被告標章（図１７．１）が原告商標（図１７．２）と同時に、一般的に月桂樹の観念および称呼を生じさせる事案で、裁判所は、月桂樹の小枝二本を左右対称に冠状にして形成した図形を商標として用いることは、被服その他の商品について、一般にひろく行なわれているところであることが明らかであるので、単に、被告標章が原告商標と同時に、一般的に月桂樹の観念および称呼を生じさせるからといつて、直ちにそのことのみによりその類否を決することは許されなく、明らかに飾りひもとみられる裂片が示され、また、全体の形も、原告商標が自然の月桂樹の小枝二本を、そのまま冠状としたとみられる図形であるのに対し、被告標章は、キリスト降誕祭の装飾として用いられるやどりぎ（ミスルトウ）に近い図案化された図形であつて、右両者を対比するとき、これを離隔して観察したとしても、その混同は生じないものというべく、したがつて、たがいに類似の商標であるということはできないとした（東京地判昭和４７年１月３１日昭和４４年（ワ）第１３２６１号［月桂樹］、東京高判昭和５１年1月２９日昭和４７年（ネ）第３７６号、昭和４７年（ネ）第４０４号［同控訴審］）。



図１７．１



図１７．２

観念において特定の意味を有しなく比較できない場合、称呼、外観においての類似性をもって商標類似を肯定するものが少なくない。例えば、東京地判昭和６２年7月１７日昭和６１年（ワ）第６８１６号［ＳＣＩＥＮＣＥ　ＤＩＥＴ］では、被告標章「ＳＵＮＡＣＥ　ＤＩＥＴ」と登録商標「ＳＣＩＥＮＣＥ　ＤＩＥＴ」とが、特定の意味を有しない造語であるとか、意味のある特定の観念が生ずるものはないとか、両商標の観念の類否を比較できないとして、称呼、外観においての類似をもって商標類似を肯定した。

なお、商標からもたらす観念がその商標の付せられる商品自体の観念である場合には、観念の類似は商標類否の判断要素から除外した判決もある。例えば、大阪高判昭和５０年１０月２４日昭和４８年（ネ）第７３６号［アルバイトニュース］は、控訴人の商標である「アルバイトニユース」も、被控訴人の商標である「アルバイトパートタイマー情報」も、アルバイトの機会についての情報を提供する新聞の題号であり、その種の新聞であることを示す名称であって、そのもたらす観念は、いずれも、その商標の付せられる商品自体の観念であると述べ、「普通名称」とは商品の「観念」をさすものという点をとらえ、商品の「普通名称」を独占することを条文上に排斥される趣旨を立ちつつ、商品の観念を一つの商標が独占することを排斥しているものと解し、このような場合に

は商標のもたらす観念が同一であることをもつて、二つの商標を類似の商標とし、商標権の侵害をみとめることは、許されないとした（最判昭和５１年６月２９日昭和５１年（オ）第１９７号［同上告審］も控訴審を支持した）。

（二）商標類似否定例

（１）三点要素がともに非類似で商標の類似性を否定する裁判例

商標類似を否定する判決には、常に称呼、外観、観念の三点要素ともに類似性を否定する。例えば、大阪地判昭和５５年１０月２４日昭和５４年（ワ）第８６８３号等［稲妻］においては、図１８．１の登録商標と図１８．２の被告標章との類似性について、称呼また外観には特段の共通性がないことについて明らかに争っていないとしても、観念上の同一性の存否を判断して、結局、我が国の英語教育の普及度からして、被告標章を「ライトニング」「ボルト」と英語発音風に読み、かつそれが何らかの有意の英語であると受取るとしても、一般人がこれをみて直ちに「稲妻」の観念を想起すると考えるのは実情に反すると述べ、観念上の類似性をも否定し、両商標が類似しないとした（大阪高判昭和５６年５月１９日昭和５５年（ネ）第１８３９号［同控訴審］も非類似を支持した）[48]。

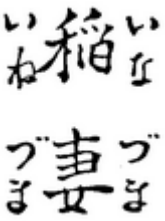


図１８．１



図１８．２

（２）称呼、外観を異にし、商標の類似性を否定する裁判例

称呼、外観において明らかに異なる場合、商標類似を否定する裁判例は少なくない。例えば、当事者が観念上の類似性を主張していない事案であるが[49]、東京高判昭和５５年５月２１日昭和５４年（ネ）第２０７８号［ＲＥＡＬ　ＣＨＥＭＩＣＡＬ　ＣＯ.，ＬＴＤ．控訴審］においては、図１９．１の標章と図１９．２登録商標とは、称呼、外観においての非類似をもって商標類似性を否定した。

---

[48] そのほか、称呼、外観、観念においての類似性をともに否定してから、商標非類似とした例として、被告標章「おとなの特選街」と登録商標「特選街」（東京地判昭和６２年１０月２３日昭和６１年（ワ）第１３２２号等［特選街］）、図１標章と図２の登録商標（東京地判平成６年３月２８日平成４年（ワ）第９３１１号［ａｓａｈｉ］、東京高判平成８年１月２５日平成６年（ネ）第１４７０号［同控訴審］、最高裁判所平成１０年６月２５日平成８年（オ）第１０２２号［同上告審］）がある。

[49] 商標類否を判断する際に、裁判所が考慮するものは、当事者が主張される要素にこだわることはない。





図１９．１　　図１９．２

また、上記大阪地判昭和５５年１０月２４日昭和５４年（ワ）第８６８３号等［稲妻］の傍論においても、「仮りに前記要部Ａ、Ｂ、Ｃのいずれかについて人により場合によりいわゆる稲妻の観念を想起することを無視できないとしても、もともと商標の類否判別上観念の共通性は単にその一つの基準にすぎないものであつて、必らずしも右の共通性のゆえに直ちに商標の類似性を肯定しなければならないものでもない」とし、「このような全体的考慮の見地からひるがえつて本件をみるに、本件商標は前示のとおり漢字と平仮名を墨書体風に併記しただけのおよそ現代的感覚に乏しいもので、現在では殆んど顧客吸引力のない商標であるといって過言でないものであるのに対し、本件被告各標章は、あるいは英文字自体をその意味とは別に章匠化したものであり、あるいは全体として英文によつて感じるナウさ（斬新さ）を訴えるものであり、あるいは力動感、スピード感、スマートさ等を感得させる構成が工夫されたものであると認められ、ことにそれが使用される商品が若者を主たる顧客とするサーフイン関連商品であることをあわせ考えると、双方は称呼上はもとより外観上において著しく相違することが明らかであつて、その取引上双方の標章を誤認混同し、またはこれを付した商品の出所を混同するような事態はおよそ生じないと考えるのが相当である」と補足することがある。

第２項　取引実情の考慮

この時期の商標の類否判断に関する裁判例には、取引の実情を考慮するものがあり、三点要素の枠内で補助的な要素として取引の実情を考慮される裁判例と、三点要素を検討するとともに混同を生じさせる（生じさせない）取引実情を独立の考量要素として取り扱われる総合考察を行う裁判例が見られる。

（一）補助的な要素としての取引実情の考慮

（１）称呼を認定するために取引実情の考慮が許される裁判例

被告標章の使用形態を考慮して称呼を認定する東京地判昭和５１年１月２８日昭和４７年（ワ）第８６７３号［ａｎ事件］においては、被告標章（図２０．１）について、左部分はローマ字ａの図案化と見られる余地がないわけでなく、右部分もｈよりｎに近いと見られなくはないとしつつ、被告の商品である婦人服の下げ札には、被告標章が、「株式会社アン東京原宿」、「ＴＯＫＹＯ　ＡＮ　Ｃｏ．ＬＴＤ．ＡＮ」の表示と併記して用いられているので、需要者には被告標章を「ａｎ」の図案化したものであり、「あん」と称呼され得ると認定し、本件登録商標（図２０．２）との類似性を肯定した。



図２０．１

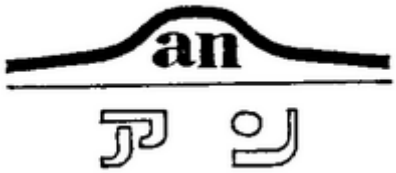


図２０．２

（２）識別力を有する部分を確定する作業において取引実情の考慮が許される裁判例

商標の類似性を肯定する事案であって、原告商標の表示部分が被告標章の一部を構成するものであって、原告商標の著名性を考慮して、当該表示部分は被告標章においての識別力の強い部分と認定することが許される。それに基づき、当該表示部分から生じる称呼を、被告標章から生じる称呼と認定するものとして、ファッション雑誌の題号として著名である「ＶＯＧＵＥ」の標章と「ＳＵＮＳＥＡ　ＶＯＧＵＥ」等の標章との類否判断につき、「以上に説示した諸点、特に、債務者標章２ないし１２において、「ＶＯＧＵＥ」の部分を外観上他の部分から明確に区別して認識しうること及び「ＶＯＧＵＥ」の標章がファッション雑誌の題号として著名であることに照らすと、債務者標章２ないし１２からは、いずれも少なくとも「ヴォーグ」又は「ボーグ」の称呼を生じることが肯認できるところ、これは本件登録商標から生じる称呼と同一であるのであって、結局債務者標章２ないし１２は本件登録商標と類似するものといわねばならない」として、称呼類似に基づき両商標の類似性を肯定した（東京地判昭和６３年２月１２日昭和６１年（モ）第４５６４号［ＶＯＧＵＥ］）。

（二）独立の要素としての取引実情の考慮

混同を生じるか否かを決する要素として独立的に考慮される取引実情を、商標類似の方向に斟酌することがある。例えば、三点要素に対する考察で商標類似と推定する上、商品の包装の表示態様を商標の類似性を肯定する方向に補強する例として、大阪地判昭和５１年４月３０日昭和４８年（ワ）第５６３５号［ピロビタン］においては、「ピロビタン」が「ピオビタンＡ」との類否判断につき、外観、称呼、観念に対する考察のうえ類似するものと認めるほかに、「原告らの容器である瓶の前記「ピロビタン」の表示の上部には「各種ビタミン・ローヤルゼリー・アスパラギン酸ＮＡ・Ｌーリジン・Ｒ」との内容表示があるのに対し、被告の容器である瓶の前記「ピオビタンＡ」の表示の上部にはこれがないが、後記の「Ｐｉｏｖｉｔａｎ」の表示の上部には「各種ビタミン・ローヤルゼリー・アスパラギン酸ＮＡ・Ｌーリジン・クロレラ」との内容表示があり、右内容表示の差は「Ｒ」と「クロレラ」だけであつてその字体、大きさ、色彩が殆んど同一である」というように、標章を付した商品の包装の表示態様も考慮して、「被告の標章「ピオビタンＡ」を附した乳酸菌飲料の販売は一般の人をして原告らの本件登録商標を附した乳酸菌飲料ピロビタンと誤認混同を生ぜしむる行為と認めるを相当とする」と認定し、両商標の類似性を肯定した。

また、被告標章「美鶴松浦」「美鶴松浦漬」が登録商標「松浦漬」との類否判断につき、原告登録商標の周知著名性を商標の類似性を肯定する方向に補強する福岡地方裁判所昭和４２年３月３１日昭和３２年（ワ）第１１２５号［美鶴松浦漬］がある。

それに対し、独立の要素としての取引実情を商標非類似の方向に斟酌する主張は、否定される場合が多い。例えば、実際の取引においての事情を取り上げ、商標類似に反する取引実情を否定した大阪地判昭和５４年９月１４日昭和５３年（ワ）第２２９５号［東洋レリーフ箱根］においては、被告の使用する標章には業界において被告を意味することが周知されている「トーヨー」「東洋」等の表示がされていることや、取引者が限られていることあるいは原、被告が製造販売する商品に形状、大きさの違いがあることを理由に両者が誤認混同されることはあり得ないという被告の主張に対して、「本件はいずれも少くとも称呼、観念の二点にわたつて同一または類似している場合であつて、右二点にわたる同一性、類似性は一般にはそれ自体強く誤認混同のおそれを事実上推定するものである」と述べつつ、原、被告が製造販売する製品は等しく天井材、壁材といっても多種類に及び、その各種のものが更に多様な柄・模様のものにわけられていること、そして、被告標章またはその主要部や本件各登録商標はいずれも各種別の商品の中の一つを特定するための品名（柄名）を示すいわば愛称として使用されるものであること、ことに被告商品について電話取引等口頭で商品を特定するような場合には、被告使用標章中の「トーヨー」「レリーフ」「ホンザネ」等非主要部分の称呼は省略されることが多いこと等の事実を認めて、被告標章またはその主要部や本件登録商標はいずれも各種製品の中の品名（柄名）を表示するものであり、多種類の中から一つの商品を特定するための最も直接的な識別手段として使用されるものであると認定して、被告に主張される取引実情によって混同を生じさせないことを認めなかった。

また、主張される混同を生じない取引実情に対して、一時的、局部的なものにすぎないということを理由に、商標類似に反する取引実情を否定したものとして、大阪地判昭和５４年１１月２８日昭和５３年（ワ）第１８９８号［エチケット］がある。本件においては、被告は本件外箱にその主張の如きキヤラクターや標章が付されていることおよび被告商品は特別に被告商品だけを集めた特設コーナーで販売されることを理由に原告の商品と誤認混同されることはあり得ない旨主張するに対して、その主張される事情は、末端の消費者が前記のような店頭で被告製品ブラシを購入する場合だけに妥当するにすぎないと考えられ、その他の取引場面、生活場面においてことに称呼だけで商品を特定するような場合の混同はなお避け難いとし、商標類似に反する取引実情を否定した。

第２款　具体的取引状況の強調と出所混同基準の展開－侵害事件に関する二つの最高裁判決－

第１項　大森林事件最高裁判決（最判平成４年９月２２日平成３年（オ）第１８０５号［大森林］）

育毛剤あるいはシャンプーに付して使用している、「木林森」の漢字を行書体で横書き又は縦書きした標章（図２１．１及び図２１．２）が、指定商品を第４　類「せっけん類、歯みがき、化粧品、香料類」とし、「大森林」の漢字を楷書体で横書きした登録商標（図２１．３）との類否について争った事案で、一審、控訴審は類似性を否定したが、最高裁は、昭和４３年の氷山印事件最高裁判決の判旨を引用して、「具体的な取引条件に基づいて判断すべきものであって、綿密に観察する限りでは、外観、観念、称呼において個別的には類似しない商標であっても、具体的な取引状況如何によっては類似する場合があり、したがって、外観、観念、称呼についての総合的な類似性の有無も、具体的取引状況によって異なってくる場合もあることに思いをいたすべきである。」、「本件についてこれをみるのに、…両者は、いずれも構成する文字からして増毛効果を連想させる樹木を想起させるものであることからすると、全体的に観察し対比してみて、両者は少なくとも外観、観念において紛らわしい関係にあることが明らかであり、取引の状況によっては、需要者が両者を見誤る可能性は否定出来ず、ひいては両者が類似する関係にあるものと認める余地もあるものといわなければならない。」、「原審は…被上告人商品が訪問販売によっているのかあるいは店頭販売によっているのか、後者であるとしてその展示態様はいかなるものかなどの取引の状況についての具体的な認定のないままに、本件商標と被上告人標章との間の類否を認定判断したものであって、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の解釈適用の誤りないし理由不備の違法がある」として、原判決を差し戻しました。

本判決は、昭和４３年の氷山印事件最高裁判決の判断基準が侵害事件においても適用され、侵害事件でも同じように考えてよいのだということを初めて述べた判決である。また、「個別的には類似しない商標」が、取引実情を斟酌することによって類似する場合があると述べており、侵害事件においては、取引の実情を考える場合に訪問販売かどうかとか、展示態様はどうかというような、極めて具体的な取引事情を考慮しないといけないことを示した。



図２１．１



図２１．２



図２１．３

第２項　小僧寿し事件最高裁判決（最判平成９年３月１１日平成６年（オ）第１１０２号［小僧寿し］）

指定商品を「他類に属しない食料品及び加味品」とする、「小僧」の文字を縦書きした本件登録商標（図２２．４）が、持帰り品としてのすしを製造販売する際に使用する、

「小僧寿し」「ＫＯＺＯＳＵＳＨＩ」「ＫＯＺＯＳＵＳＩ」「ＫＯＺＯ　ＳＵＳＨＩ」「ＫＯＺＯ」の文字及び小僧の図形標章（図２２．１、図２２．２、図２２．３）との類否について争った事案で、「ＫＯＺＯ」のみからなる標章との類似性を肯定される以外に、他の「小僧寿し」あるいは「ＫＯＺＯＳＵＳＨＩ」等、それから図形の商標、これは全部非類似として、一審及び控訴審の結論を支持した。

その理由がとして、「商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標が外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべきであり、かつ、その商品の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものである。右のとおり、商標の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所を誤認混同するおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、右三点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違するか、又は取引の実情等によって、何ら商品の出所を誤認混同するおそれが認められないものについては、これを類似商標と解することはできないというべきである。」と、氷山印最高裁判決の判断基準によることを述べた上で、「小僧寿し」というのは持ち帰り寿しのフランチャイズの名称であって、小僧寿し本部、被上告人を始めとする各地の加盟店及び被上告人傘下の加盟店は全体として１　個の企業グループを形成し、外食産業において店舗数、売上高などの点で我が国有数の規模の企業グループとなっており、遅くとも昭和５３年には、「小僧寿し」の名称は、小僧寿し本部又は小僧寿しチェーンを示すものとして広く認識されており、本件商品の取引において「小僧寿し」といえば、一般需要者の間で小僧寿し本部又は小僧寿しチェーンの略称として通用するものとなっていたということから、「小僧寿し」という商標を「小僧」と「寿し」とを分離せず一体として見なければならず、それが直ちに著名な「小僧寿しチェーン」を思い浮かばせる、観念させるということで、単なる「小僧」である上告人商標とは外観、観念において異なり類似しないという判断になったわけである。

本判決は、「小僧寿しチェーン」が著名であるということを、この持ち帰り寿しの商品取引の実情として認定して、類似しないと判断した。標章が著名であることで、標章自体が生じる観念から脱出して、「あの著名な小僧寿しチェーン」という具体的な観念をもって、本件登録商標から生ずる「商店で使われている年少の男子店員」「年少の僧」「あなどっていうときの年少の男子」等の観念と比較して、商標の類似性を否定する方向に斟酌し、出所を誤認混同するおそれの有無をもって商標類似性を決することを示したと評価できよう。

小僧寿し　KOZO SUSHI

KOZO ZUSHI

KOZOSUSI

KOZO
KOZO

そのほか、やや字体の異なるもの３個、右から左書きの１個、縦書きの４個





小僧









図２２．１　　図２２．２　　図２２．３　　図２２．４

第３款　柔軟的規制の時期－平成初期から－

第１項　柔軟的判断を踏襲するその後の裁判例

大森林事件最高裁判決、昭和４３年の氷山印事件最高裁判決の判断基準が侵害事件においても適用されることを明確的に述べ、具体的な取引事情の考慮を強調することを示した。その影響を受け、平成初期からの柔軟的規制の時期では、三点要素の一つが類似すれば商標の類似性を直ちに肯定する裁判例があまり見えなく、ほとんど、取引実情に照らして、三点要素を一々検討した結果に基づき総合考察を行なわれている[50]。

[50] 取引の実情を検討せず、三点要素に対する総合考察の結果に従い、商標類否を判断する裁判例もあって、東京地判平成１５年5月２８日平成１４年（ワ）第６８８９号［カナディアンメープルシロップ］、東京地判平成１５年6月２７日平成１４年（ワ）第１０５２２号［花粉］、東京地判平成１７年４月１３日平成１６年（ワ）第１７７３５号［レガシィクラブ］、東京地判平成１７年１０月１４日平成１６年（ワ）第１１６１７号［ＲＥＮＡＰＵＲ］などを挙げられる。

三点要素の総合考察において、観念類似に基づき、商標類似を肯定するものは出ており、登録商標「レガシィクラブ」を有する原告が、「Ｃｌｕｂ　ＬＥＧＡＣＹ」の表題で雑誌を発行している被告に対し、商標権侵害を理由として争った事案で、文字類別が異なり且つ構成の語の順序が逆である本件商標と被告標章とは、外観、称呼において似ていない（称呼類否を判断する際に、読みが似ていないにもかかわ

さらに、取引実情の考慮については、小僧寿し事件最高裁判決が、出所を誤認混同するおそれの有無をもって商標類似性を決するという基準を抽象的に展開したために、その後の裁判例は商標類否の判断において、取引実情は、補助的な要素として三点要素の枠内で考慮される場合とは限らなく、出所混同が生じるおそれがあるか否かを認定するための独立の一要素として、商標の類否判断を決する場合においても考慮される判決が増えていく。

第２項　取引実情に対する考察

（一）補助的な要素としての取引実情の考慮

（１）商標の称呼、外観又は観念を確定する場合に考慮される裁判例

この時期においては、三点要素を確定するために取引実情を考慮するのは容易に認められるようになった。しかも、それらの事案においては、標章の使用態様又は標章の周知著名性に限らなく、考慮が許される取引実情の範囲は広がってきた。商標の称呼、外観又は観念を確定する場合に考慮された取引実情の具体例は、次のように挙げる。

（ａ）被告標章の現実の表示状態。被告標章の注意を引く部分である「遊」「食」「市場」の各文字においては、「遊」のほうがよりも幾分大きいがにもかかわらず、被告店舗の入口上部には、すべて同じ大きさの文字及び書体で書かれた「遊食市場」との大きな表示があり、また、入口横の壁面にある店舗の案内表示にも、すべて同じ大きさの文字及び書体で書かれた「遊食市場」との表示が存する実情を考慮すると、被告標章において識別力を有する要部は、「遊」の文字部分ではなく、「遊食市場」と認識される文字部分であると認定し、「ゆうしょくいちば」との称呼を生ずるものと認めた（東京地判平成１２年２月２５日平成１１年（ワ）第１９６０７号［遊食市場］）。

そのほか、「＆」「★」などの符号をもって、「ＬＯＶＥ」と「ＢＥＲＲＹ」をつながる被告標章らについて、「オシャレ魔女の“ラブ”と“ベリー”」を想起させる図形等が付されておる場合は、「愛らしい小果実」との観念を生ずることではなく、周知である「オシャレ魔女の“ラブ”と“ベリー”」のキャラクターとの観念を生ずることになると認定し、観念において類似しないとした東京地判平成１８年１２月２２日平成１７年（ワ）第１８１５６号［ＬＯＶＥＢＥＲＲＹ］がある。

他方で、被告標章の現実的な利用形態から、被告商標を常に一体的に認識されている場合、標章全体から生じる称呼、観念により対比する。例えば、被告標章の現実的な利用形態については、本件ウェブサイトにいずれも目立つよう大書された被告の正式名称である「特定非営利活動法人ライフサポートネットワークいけだ」、あるいはブログのタ

らず、出所を誤認混同する可能性の有無を基準として称呼類似と認定した）ものの、観念においては、同様に「レガシィのクラブ」ないし「レガシィの会」といった伝統ある又は高貴な雰囲気を有する集まりとの観念が生ずるものと認め、商標類似を肯定した（東京地判平成１７年４月１３日平成１６年（ワ）第１７７３５号［レガシィクラブ］）。

イトルである「ライフサポートネットワークいけだのブログ」を記載し、その後に、バナー、イラスト、記述的文章の中に、被告の正式名称の略語として被告標章である「ライサポいけだ」が使用されていることを認識するものと考えられるから、本件ウェブサイトを閲覧し被告標章に接する者は、本件ウェブサイトを管理運営しているのは、池田市に本拠を置く、生活（ライフ）を支援（サポート）することを目的とする団体である旨の観念を抱くものと考えられるので、被告標章である「ライサポいけだ」を一体として認識され、「ライサポ」のみを抽出して捉えることはないと判断した（大阪地判平成２６年６月２６日平成２５年（ワ）第１２７８８号［ライサポ］）。

（ｂ）需要者層の特徴。例えば、片仮名で横書きしてなる「アイネイル」と表記する構成である被告標章から生じる観念を認定する際に、美容としてのネイル装飾についての需用者には比較的若年の女性層が多いものと推認されること、また、「幸福」や「結婚」、「お姫様気分」といった宣伝がされていることを考慮して、「アイ」は、日本語の「愛」を連想させ、「愛のあるネイル」との観念も生じさせるものと認定した（東京地判平成２４年９月１０日平成２３年（ワ）第３８８８４号［アイネイル］）。

そのほか、需要者層の知識構成を考慮したものとして、標章に含む英文字の単語が日本の需要者での普及程度を考慮し、「ｓａｋ」から生じる観念を確定する際に、フランス語である「ｓａｋ」が日本であまり認識されないことを斟酌した東京地判平成１１年７月２３日平成１０年（ワ）第２０３８３号［ＴＨＥ　ｓａｋ］がある。

（ｃ）商品取引業界の慣習。例えば、産地と結び付けた表現が日常頻繁に用いられている日本酒の取引業界において、取引者・需要者が、一般にその産地によって日本酒の味や品質に相違があるものと認識しているという取引の実情を考慮して、「筑後の国寒梅」又は「筑後の寒梅」という標章について、その地名部分は自他商品識別機能を果たし得るものと認めて、登録商標「寒梅」との類似性を否定した（東京地判平成１０年７月２４日平成７年（ワ）第２００９５号［筑後の国寒梅］、東京高判平成１１年１０月２９日平成１０年（ネ）第３７０７号［同控訴審］）。

また、衣料品業界においては、ブランド名に「Ｓｐｏｒｔｓ」を付加したものが、当該ブランドの商品のうちスポーツ関係の商品のブランドとして一般に用いられていることを考慮して、被告標章のうち「Ｓｐｏｒｔｓ」は、スポーツ関連の商品であると認識されるのが通常であると認められるから、商品識別能力は極めて弱く、被告標章前段である「Ｕｎｉｔｅｄ」の部分は要部であると認定した（東京地判平成１４年１月２９日平成１２年（ワ）第２３４２５号［Ｕｎｉｔｅｄ　Ｓｐｏｒｔｓ］）。そのほか、東京地判平成１９年１２月２７日平成１８年（ワ）第５２７２号、平成１８年（ワ）第８４６０号［ＳＨＩＲＡＨＡＭＡ］などがある。

（２）商標の識別力部分を確定するために、取引の実情を考慮する裁判例[51]

被告標章の著名性を類似性を否定する方向に斟酌する裁判例として、被告標章の著名

[51] 小嶋崇弘「判批」知的財産法政策学研究２１号（２００８年）２８８－２９３頁でのまとめを参照

部分以外の部分は識別力が弱く、その部分の共通性をもって商標類似を決することは認められない事案で、被告標章「日経ギフト」の要部を認定する際に、「日経」の語が株式会社日本経済新聞社又はその発行する新聞等の略称として著名であることを考慮して、「日経」という語が、看者の注意を強く引き、後に続く単語を修飾し、当該雑誌が株式会社日本経済新聞社又はその関連会社が刊行したものであることを示しているものと認められると認定して、被告標章の要部は、「日経」を含む標章の全体であって、「日経ギフト」というように一体となつて、日経のギフト（贈り物）と観念され、ニツケイギフトと一連に称呼されるものと認めることができる「ＧＩＦＴ」を要部とする登録商標とは類似しないとした（東京地判平成３年２月２５日平成１年（ワ）第３４９６号［日経ギフト］、東京高判平成　３年１１月１２日平成３年（ネ）第７３８号［同控訴審］）。

被告標章「Ａｌｗａｙｓ　Ｃｏｃａ－ｃｏｌａ」の要部は、著名商標に該当する「Ｃｏｃａ－ｃｏｌａ」の部分にあるとして、原告商標「オールウェイ」と類似しないとした東京地判平成１０年7月２２日平成９年（ワ）第１０４０９号［Ａｌｗａｙｓ　Ｃｏｃａ－ｃｏｌａ］がある。

世界的に著名なタバコの商標「ＣＡＭＥＬ」「ＣＡＭＥＬ及びラクダの図形」を「トレーナー」に付す行為が、商標権侵害に該当するか否かが争われた事案で、当該商標の著名性を斟酌して、登録商標「ラクダ印メリヤス」との類似性を否定した裁判例がある（大阪地判平成４年1月３０日平成２年（ワ）第２５９号［ＣＡＭＥＬ　Ｉ一審］、最判平成７年９月１９日平成５年（オ）第５４１号［同上告審］、大阪地判平成４年１月３０日平成２年(ワ)第２５８号[ＣＡＭＥＬ　ＩＩ一審]、最判平成７年９月１９日平成５年(オ)第５４２号［同上告審］）。その他、東京地判平成１８年１２月２２日平成１７年（ワ）第１８１５６号［ＬＯＶＥＢＥＲＲＹ］など。

原告商標の著名性を類似性を肯定する方向に斟酌する裁判例として、登録商標「ＥＬＬＥ」と被告標章「ＥＬＬＥ　ＭＡＮＩＮＥ」の類似性の争われた事案で、被告標章の構成や被告標章２つの別々の単語によるものと認識されることを加えて、原告の登録商標が著名であるため、一般消費者は被告標章のうち「ＥＬＬＥ」の部分に着目すると認定して、類似性を肯定する裁判例がある（東京地判平成１０年１０月３０日平成８年(ワ)第２３０３４号［ＥＬＬＥ　ＭＡＮＩＮＥ］）。同様に、原告「ＥＬＬＥ」の著名性を認定して、被告標章のうちの「ＥＬＬＥ」を要部と認定したうえで、類似性を肯定した裁判例がある（東京地判平成１１年1月２９日平成８年（ワ）第１９８０７号［ＪＯＥＬＬＥ］）。そのほか、原告商標「菊正宗」と被告標章「金盃菊正宗」の類似性が争われた事案で、原告登録商標が清酒の商標として著名であるため、被告標章のうち「菊正宗」の部分が要部であると認定し、類似性を肯定した大阪高判平成１２年８月２５日平成１１年（ネ）第２８１５号［金盃菊正宗控訴審］）がある[52]。

---

[52] 他方で、原告商標「ｃｌｅａｒ」が周知となっているとしても、それが意味上の関連を持って名詞と結びつき、しかもその結びつく名詞がそれ自体として識別力を有する場合には、当該結合商標が「「ｃｌｅａｒ」」のみによって、識別されるということはできないとして、被告標章「ＣＬＥＡＲ　Ｉ

（３）重点に置くべき要素を決する際に取引実情が考慮される裁判例

例えば、東京地判平成２６年1月３１日平成２４年（ワ）第２４８７２号［Ｐｉｅｒａｒｅｊｅｕｎｎｅ／ピエラレジェンヌ］おいては、本件商標は、欧文字の「Ｐｉｅｒａｒｅｊｅｕｎｎｅ」と片仮名の「ピエラレジェンヌ」を上下二段に横書きしたに対し、被告標章は、欧文字の「Ｐｉｅｒａｒｅｊｅｕｎｎｅ」を横書きしたもの、又は、片仮名の「ピエラレジェンヌ」を横書きしたものである事案において、欧文字の下にその語の音を日本語表記で併記した商標は、欧文字の標章とその日本語読み標章を切り離して個別に使用される場合があることを考慮して、本件商標と被告標章は、その外観の相違を重視することは相当ではなく、称呼において同一であって、商標類似を肯定した[53]。

（二）独立の要素としての取引実情の考慮

独立の要素としての取引実情は、補強的な理由として、商標類似を肯定する方向に斟酌されることを認める裁判例が続いている。

例えば、知財高判平成２５年3月２５日平成２４年（ネ）第１００１０号、平成２４年（ネ）第１００１７号［ナーナニーナ］においては、片仮名「ナーナニーナ（標準文字)」を横書きした本件商標（図２３．１）が、全体として「ｎａーｎａｎｉーｎａ」との表記との印象を与える被告標章（図２３．２）との類似性を争った事案において、「ナーナニーナ」との称呼を生じる点で同一であり、外観に相違があるものの、「文字商標等において、片仮名表記の一部をローマ字表記にすることは一般に行われることであるから、上記の点は、本件における類否を判断するに当たり、重視されるべき要素ではない」と述べつつ、被控訴人は、被告標章を付して直接にメザイク商品を直接に販売する前に、契約の趣旨に従って、長い間被告標章を付した上で、控訴人を販売者としてメザイク商品を販売していたとの取引の実情等を考慮して、需要者にとっては出所混同を生じやすいので、本件商標と被告標章との類似性を肯定した[54]。

ナーナニーナ

図２３．１

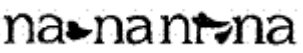


図２３．２

それに対し、三点要素のうち類似する点があるとしても、商標類似を否定する方向に

ＭＰＲＥＳＳＩＯＮ」の一部との類似性を否定する裁判例も出現している（大阪地判平成２０年2月７日平成１９年（ワ）第３０２４号［ＣＬＥＡＲ　ＩＭＰＲＥＳＳＩＯＮ]）。

[53] 同様に、欧文字の下にその語の音を日本語表記で併記した登録商標が、その欧文字の標章と日本語読み標章を切り離して個別に表示される被告標章との類似性を肯定した例として、大阪地判平成２６年3月２７日平成２４年（ワ）第１３７０９号［ＰＲＩＭＥ　ＳＥＬＥＣＴ／プライム　セレクト］がある。

[54] 同じ標章を付した役務の承継的経営により、混同を生じるおそれがある場合、商標類似性を肯定する方向に斟酌する裁判例があるが、本件と同じ、その混同を生じる独立の要素としての取引実情は、補強的な理由として働くものに過ぎない（東京地判平成２４年7月２７日平成２４年（ワ）第５９４６号［小町苑]）。

斟酌する独立の要素としての取引実情が認められる判決は、定型的規制の時期により増えてきた。

例えば、大阪地判平成２６年８月２８日平成２５年（ワ）第７８４０号［ｍｅｌｏｎｋｕｍａ］においては、原告商標は、ローマ字（小文字）で「ｍｅｌｏｎｋｕｍａ」と一連一体に表記されるに対し、被告標章は、いずれも「メロン熊」又は「メロンくま」に商品の種類に関する記述を続けるものであり、その要部は「メロン熊」又は「メロンくま」である事案において、原告商標と被告各標章のうち「メロン熊」又は「メロンくま」の部分が称呼において類似しているとしても、被告標章が、メロンを食べ過ぎた熊の様子を想定するキャラクター（被告キャラクター）を指し示すものとして周知著名性を獲得すること、被告のウェブサイトにおいて、北海道夕張市に由来することを示す各種語句とともに使用されており、他人の商品役務との誤認混同が生じることのないような措置がされていること、被告キャラクターが出現するまでに、果物のメロンと動物の熊を組み合わせた存在を具体的なイメージとして観念しがたいことを考慮して、需要者が誤認混同するおそれは極めて低いと認定し、商標の類似性を否定した。

ブランドイメージの相違を考慮したものとして、標章「Ｌｏｖｅ　ｃｏｓｍｅｔｉｃ」「ラブコスメティック」等９件が、登録商標「ＬＯＶＥ」他３件との類否につき、ＨＰのトップページには､「性的な用途に使用する化粧品」又はそれを扱う店の意味合いで「ラブコスメティック」という用語が用いられること、取り扱っている商品に性的用途に用いるための説明をすることなど、控訴人（被告）は、通常の化粧品メーカーないし販売業者とは異なり、性的用途に用いる化粧品・雑貨を主として取り扱うイメージを宣伝広告戦略とする取引実情を、商標類似を否定する方向への斟酌が認められ、控訴審裁判所は､商標類似とする原判決を取り消した大阪高判平成２０年１１月７日平成１９年(ネ)第３０５７号［ＬＯＶＥ控訴審］（上告不受理）がある。また、図２４．１の控訴人（被告）標章「ＥＬＬＥＧＡＲＤＥＮ」が図２４．２の登録商標「ＥＬＬＥ」との類否判断につき、控訴人（被告）標章ないしその現実的な使用態様から喚起される控訴人（被告）商品の製造販売主体のイメージと、歴史的な経緯に立脚し、本件ＥＬＬＥ商標とともに形成されてきた一審原告のブランドイメージとは到底合致しないことを、商標の類似性を否定する方向に斟酌した知財高判平成２０年３月１９日平成１９年（ネ）第１００５７号［ＥＬＬＥＧＡＲＤＥＮ控訴審］が挙げられる。



図２４．１



図２４．２

独立の要素としての取引実情を考慮して商標類似性を否定するほかの例として、原告登録商標「Ｃｕｔｉｅ」が称呼の共通する被告標章「Ｑｔ」との類否について争われた事案で、被告標章の使用態様（取引、広告等）を、商標類似を否定する一要素として斟

酌した東京地判平成１１年７月２３日平成１０年（ワ）第２６６３８号［Ｑｔ］と東京高判平成１２年１月２６日平成１１年（ネ）第４５７１号［同控訴審］があり、原告商標と称呼の共通する被告標章が被告ホームページで使用される事案で、トップページやそれにそれに続くページに被告の著名商標「ＮＴＴＤｏＣｏＭｏ」との記載があることを斟酌した東京地判平成１６年１２月１日平成１６年（ワ）第１２１３７号［(ドコモ)ｅサイト］があり、被告標章の文字部分は本件商品の商品名であることを斟酌した東京地判平成２１年３月３１日平成１９年（ワ）第１８６１１号［Ｃｏｍｆｏｒ　るるど］がある。

さらに、混同基準が独り歩きして、現実の出所混同が生じるか否かを重視して、商標類似を否定する方向に斟酌する取引実情をもって、商標の類似性を否定する判決も存在する。

例えば、取引業界の特徴の考慮した例として、標章「Ｂｅａｒ」（図２５．１及び図２５．２）と登録商標「ＢｅａＲ」（図２５．３）との類否判断につき、商標自体に対する考察を行った後、「ｂｅａｒ（熊、ベアー)」に関連づけられる観念及び称呼を生じさせる多数の商標が、被服の分野において独立的に登録され実際に使用されている実情、及び、被服類の購入者や取引業者は衿ネームや商品タグによっても商品の出所を識別するのが普通である実情という一般的な取引実情のほかに、さらに、襟ネーム及び商品タグに控訴人標章を付した商品が販売されていることに対し、登録商標「ＢｅａＲ」自体は使用の実績が薄いという商標に関連する個別の取引事情をも考慮して、商品の出所についての誤認混同を生ずるおそれはないと判断し、商標類似を否定した東京高判平成１４年１２月１９日平成１２年（ネ）第６２５２号［ＢｅａＲ　控訴審］（上告不受理）がある[55]。





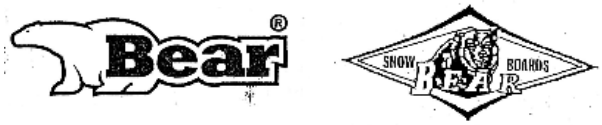


図２５．１　　図２５．２　　図２５．３

第 3 節　裁判例のまとめと新たな動向

[55] そのほか、東京地判平成２６年４月３０日平成２４年（ワ）第９６４号［名奉行金さん］がある。

第１款　裁判例のまとめ

第１項　裁判例のまとめ　その１－登録阻却の場面－

（一）定型的規制の時期の裁判例のまとめ

（１）三点要素の考察について

昭和６０年代前後までの審決取消訴訟では、商標類否の判断につき、外観、観念、称呼のうち一つが類似すれば商標が類似するという従来の考え方に強く影響を受ける。商標類似の肯定例には、三点要素のうち一つの要素の類似を理由として、商標の類似性を決するものが多数あり、商標類似の否定例には、ほとんど三点要素の類似性ともに否定した場合である。また、観念が生じないか、または観念において比較できない場合、称呼、外観の非類似に基づき、商標の類似性を否定することは認められるが、外観、称呼、観念がともに生じる場合、単に一つの要素においての非類似を基づき商標の類似性の否定に決するもの、または、称呼・観念非類似若しくは外観・観念非類似に基づき商標の類似性の否定に決するものはほとんどない。

この時期の後期に入って、三点要素のいずれかが類似すれば商標の類似性を決する論法に、「特段の事情がない限り」という限定を加え、判断を緩やかにする可能性を示した裁判例が出てきた。これらの判決を嚆矢として、ほかの要素を検討するまでもなく、一つの要素のみが類似することをもって商標類似を肯定するという従来のやり方が変わり、三点要素の間に互いに与える影響を考慮することになってきた。

（２）取引実情の斟酌について

昭和６０年代前後までの審決取消訴訟では、商標類否の判断につき、取引の実情はあまり考慮されないとみられる。それにしても、商標の生じる称呼を認定するために取引実情を考慮するものや、商標の識別力の有する部分を確定する作業において商標の周知著名性を考慮するもののように、補助的な要素として取引の実情を考慮する裁判例が何件かある。また、独立の要素として考慮される取引実情について、後願商標の周知著名性を商標非類似に斟酌するものと、需要者が商標の称呼について常に冷静的に注意深く発音しかつ聞取するとは限らないという取引現場の実態を、称呼がまぎれるおそれのある両商標が類似する方向に斟酌したものがある。

（二）柔軟的規制の時期の裁判例のまとめ

（１）三点要素の考察について

平成初期からの審決取消訴訟では、外観、称呼、観念等によって、取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して、全体的に考察する総合考察を行う判決は主流に占めてきた。

その時期に、三点要素の類否による商標類否の判断について、まず、商標類似の肯定例につき、称呼、外観、観念がともに類似すると判断した場合、ほとんど両商標が類似するという結論になる。観念において類似する場合に、称呼又は外観上の一要素の相違は、常に類似性を否定する方向に強く働くとはならない。外観はそれほど顕著な特徴を

有するものとはいえない場合、外観上の相違は商標の類似性を否定する方向に強く働く要素とまではならない。商標から複数の称呼、観念が生じえる場合、一つの称呼、観念が他人の商標の称呼、観念と同一または類似であるとはいえないとしても、他の称呼、観念が他人の商標のそれと類似するときは、両商標は類似するものと解することが許される。

次に、商標類似の否定例につき、称呼、外観、観念ともに非類似すると判断した場合（観念において比較しえない場合を含む)、ほとんど両商標が非類似するという結論になる。観念において非類似する場合に、称呼、外観のいずれかの要素が類似にしても、商標の類似性を否定する場合が多い。称呼において類似する場合があることのみをもって、直ちに商標非類似の結論を覆すことはできない。かえって、称呼においての類似の程度は比較的弱い場合、商標類似を否定することに妨げない。

（２）取引実情の斟酌について

平成初期からの審決取消訴訟では、商標類否の判断につき、取引の実情はよく考慮されるようになった。

この時期では考慮される取引実情の特徴といえば、補助的な要素として商標類否の結論に影響を与えるものが多い。例えば、商標の三点要素を確定する際に取引の実情を考慮する判決、商標の識別力部分を確定するために取引の実情を考慮する判決、及び三点要素において重点に置くべき要素を決する際に取引実情を考慮する判決が多数続いている。また、独立の要素としての取引実情が考慮される場合について、考慮される取引実情の種類が多岐にわたりになり、商標の使用態様、使用範囲を取引実情として考慮するものとか、商標の知名度を取引実情として考慮するものとか、商品・役務に係る実情を考慮するものとか、取引分野に係る情況を考慮するものなど、かかる裁判例も数少なくない。

そして、独立の要素としての取引実情の考慮について、商標類似を否定する方向に働くものが多くなる。また、後願商標の周知著名性を類似性を否定する要素として斟酌することも少なくないが、中には、後願商標の著名性に由来した特別の称呼は、日本語として定着しておるほど極めて著名であるものをも含む（東京高判平成４年３月１０日平成３年（行ケ）第１９８号［Ｄｏｄｇｅｒｓ］、東京高判平成２年９月１０日平成２年（行ケ）第７２号、７３号、７４号［ＫＯＤＡＫ］）[56]。そして、商品・役務の現在の販売態様・経営方式は、一般的には、商標非類似の方向に斟酌しないが、最近その理を反する判決が次々出ている。ただし、それらの考慮される取引実情は、ほとんど、補強的な理由として機能されていると見られ、商標を構成する三点要素がいずれも非類似（類似）になっても、取引の実情からすれば出所混同のおそれがある（ない）場合は、商標は類似（非類似）する裁判例はまだ見えない。

---

[56] 極めて著名であって日本語として定着しており、長期的に変化がないと認められる場合、著名性に由来した特別の称呼を顧慮して類似性を否定することが許される（田村・前掲注１）１１９頁)。

第２項　裁判例のまとめ　その２－権利侵害の場面－

（一）定型的規制の時期の裁判例のまとめ

（１）三点要素の考察について

昭和６０年代前後までの侵害訴訟では、商標類否の判断につき、三点要素のうち一つが類似するとき両商標を類似するという旧法時代の判断基準を援用する裁判例が続いている。ただし、それらの裁判例は、図形標章にかかわる事案が多く、ほとんど称呼又は外観に基づき商標類似を肯定する事案であり、観念のみが共通することだけで商標の類似性を肯定した判決はまだ見たことがない。最高裁が登録阻却場面の事件において判示した商標類否の判断に関する基準（最判昭和３６年６月２７日昭和３３年（オ）第１１０４号［橘正宗］、最判昭和４３年２月２７日昭和３９年（行ツ）第１１０号［氷山印］等）が受け入れるとともに、昭和５０年代後は、三点要素に対する総合考察を通じて、商標の類否判断を行う裁判例が多くなることが見られる。

この時期は、総合考察の下で、三点要素の類否による商標類否の判断について、まず、商標類似の肯定例につき、外観、称呼、観念の三点要素が共に類似であって、商標の類似性を肯定するはもとより、称呼、観念の二点にわたって同一または類似している場合は、一般にはそれ自体強く誤認混同のおそれを事実上推定させるものであり、商標類似を肯定する裁判例が多い。そのうち、外観が異なると認定したとしても、称呼、観念の同一性をもって商標類似を肯定したこともあるが、ほとんど、英文字若しくは漢字の標章と、それをカナ若しくはローマ字により表示された標章において争った事案であり、日常的には、英文字又は漢字をカナ又はローマ字により表示することはよくあるので、外観上、文字種類の相違ぐらいの差は、商標類似への阻却に強く働かないことは考慮されるだろう。また、観念の類否を判断要素から除外して、称呼、外観においての類似性をもって商標類似を肯定するものが少なくない。それについては、現実で、商標の構成は特定の意味を有しない造語であるとか、意味のある特定の観念が生ずるものはないとか、観念において特定の意味を有しなく比較できない場合がよくあるので、その際に、称呼、外観の類似をもって商標の類似性を肯定するのは妥当であろう。次に、商標類似の否定例につき、称呼、外観、観念がともに非類似である場合、常に商標の類似性を否定する一方、称呼、外観が明らかに異なる場合、商標の類似性を否定する判決は少なくない。称呼、外観を異にする場合、通常は、両者の区別がつくと推察されるから、観念類似のみで出所混同を生じさせることは滅多にないことで、称呼、外観において明らかに異なる場合、商標類似を否定するのは、穏当であるだろう。

（２）取引実情の斟酌について

昭和６０年代前後までの侵害訴訟において、商標類否の判断につき、取引実情を考慮する裁判例がいくつかある。被告標章の使用態様を考慮して称呼を認定するものや、商標の識別力を有する部分を確定するため商標の周知著名性を斟酌するものや、いずれも補助的な要素として取引実情を考慮した裁判例に属する。独立の要素としての取引実情の考慮について、商標類似を肯定する方向に斟酌する裁判例はあるが、商標類似を肯定

する補強の理由として考慮されたものである。それに対し、独立の要素としての取引実情を商標類似を否定する方向に斟酌することは、否定される場合が多い。したがって、厳密に言えば、この時期での商標類否判断において独立要素としての取引実情が考慮されるのは、拘束力のある判旨部分ではない。

（二）柔軟的規制の時期の裁判例のまとめ

平成初期からの侵害訴訟では、商標類否の判断につき、大森林最高裁判決と小僧寿し最高裁判決を通じて、具体的な取引実情の強調および出所混同基準の展開を行うとともに、三点要素の一つが類似すれば商標の類似性を直ちに肯定する裁判例が見なくなり、代わって、取引実情を対応しての、三点要素を一々検討した結果に基づき総合考察を行なわれる手法は一般的になった。

三点要素を確定するために考慮される取引実情は、標章の使用態様又は標章の周知著名性に限らなく、考慮が許される取引実情の範囲は広がってきて、容易に認められるようになる。出所混同の有無を判断する一要素として考慮される取引実情については、補強的な理由として商標類似を肯定する方向に斟酌するものが続いている一方、三点要素のうち類似する点があるとしても、商標類似を否定する方向に斟酌するものが増えている。

この時期の侵害訴訟では、商標類否の判断につき、取引の実情が広く斟酌される裁判例は多くなるにもかかわらず、明確的に異なる立場を採用する裁判例がないわけでもない[57]。

第３項　小括

商標類否の判断に関する裁判例は、大まかに、昭和６０年代前後までの定型的に認定する判決が主流を占めていた時代、その後、平成初期からの柔軟的に認定される時代という変遷がみられる。

定型的規制の時期において、基本的には、外観、称呼、観念の三点要素の類否に基づき商標類否の判断を行うことであり、取引実情の考慮は、主に標章の使用態様または標章の周知著名性に限られ、標章自体を需要者にいかに認識されているかという点に着目する。また、その時期では、三点要素のいずれかが類似すれば商標類似とする旧法時代の考え方が続かれている一方、後期から三点要素の相互間の影響を考慮する裁判例が多

---

[57] 例えば、一時的、浮動的な取引実情を考慮すべきではないとされる裁判例として、被告標章が付された商品が、当該被告ゲーム機の夏休みキャンペーンでの販売方法が、今後とも永続する販売方法であると認めることはできないとし、商標類似を否定する理由を斟酌しなかった東京地判平成１８年１２月２２日平成１７年（ワ）第１８１５６号［ＬＯＶＥＢＥＲＲＹ］がある。

同旨の判決として、被告商品が本件ロックバンドの人気上昇等に従い、デパートや衣料品の通販チャネルで販売されることも十分あり得ると認められるから、ライブ会場や被告ウェブサイトを通じて販売されるとの現在の販売方法が今後とも永続する販売方法であるとまで認めることはできないとした東京地判平成１９年５月１６日平成１８年（ワ）第４０２９号［ＥＬＬＥＧＡＲＤＥＮ］が挙げられる。

くなる[58]。それに対し、柔軟的規制の時期においては、三点要素に対する総合考察が主流に占めており、取引の実情も広く考慮されるようになった。考慮される取引実情は、標章の使用態様又は標章の周知著名性に限らず多岐にわたるようになった。それにしても、考慮される取引の実情は、多くの場合補助的な要素として三点要素の枠内で斟酌するもので、独立の要素として斟酌する事案においても、ほとんど商標類否の判断の結論を補強する理由の一つとして追加されるものにすぎない[59]。

以上のとおり、定型的規制の時期はもとより、柔軟的規制の時期においても、取引実情の考慮につき謙抑な態度を示す裁判例が主流であるように見える。商標類否の判断においては、外観、称呼、観念という三点要素の根本的な地位は、動揺されるわけではない。

第２款　裁判例の新たな動向

第１項　登録阻却の場合において近時の裁判例の傾向

近時の判決は、商標類否の判断に斟酌する取引実情の考慮は、厳格的になる傾向が見られる。

商標の類似性を肯定するために、主張される評価障害事実（類似性を否定するための事実）としての取引実情を認めないものは、知財高判平成２５年１１月２１日平成２５年（行ケ）第１０１６８号［Ｉｎｄｉａｎ・図形・Ｉｎｄｉａｎ　Ｍｏｔｏｃｙｃｌｅ　Ｃｏ.，Ｉｎｃ.］（類似肯定・取引実情：需要者は一般消費者であること、引用商標未使用の抗弁）、知財高判平成２５年９月５日平成２５年（行ケ）第１００４５号［カガミクリスタル江戸切子］（類似肯定・取引実情：本願商標と引用商標とでいずれかが他方を凌駕して圧倒的に顕著な著名性）、知財高判平成２５年６月２６日平成２４年（行ケ）第１０４１７号［ＡＳＣＥＮＤ］（類似肯定・反対取引実情未認可）、知財高判平成２５年１月１７日平成２４年（行ケ）第１０２２３号［Ｉｎｄｉａｎ］（類似肯定・取引実情：ファッションに関心を持つ若い男性層という需要者層が共通することは混同を生じさせないことを認めなかった）、知財高判平成２４年７月２６日平成２４年（行ケ）第１００５４号、第１００５５号［スマイルマーク］（類似肯定・取引実情：スマイル商標は指定商品において多数登録され、その態様はぞれぞれ異なることに基づき、類似範囲を同一の図形に限定すべきという出願人の主張を認めなかった）、知財高判平成２３年　９月２７日平成２３年（行ケ）第１００８１号［モンテローザカフェ］（類似肯定・取引実情：本件商標権者である原告の商号の周知性は商標類否の判断結果を影響するという主張を認めなかった）、知財高判平成２６年１月２７日平成２５年（行ケ）第１０１１３号［ＣＳ

---

[58] 登録阻却の場面の判決と権利侵害の場面の判決は、総合考察の普遍化のタイミングラグがあり、昭和５０年代後期に、前者はまだ総合考察を試しているに対し、後者はすでに総合考察を展開していた。

[59] 知的財産研究所『商標審決取消訴訟における取引の実情に関する調査研究報告書』６６頁以下に、登録阻却の場面における裁判例の動向の分析をも参照。

Ｔ方式］（類似肯定・取引実情：本願商標の周知性を否定するとともに、指定商品のソフトウェアは簡易迅速とは無縁の領域という主張を認めなかった)、知財高判平成２６年６月１８日平成２５年(行ケ)第１０３２２号[チボリ](類似肯定・反対取引実情未認可)、知財高判平成２６年５月２１日平成２５年（行ケ）第１０３４５号［マキシマム］（類似肯定・取引実情：本願商標の周知性を否定、一時的な取引実情を否定)、知財高判平成２５年７月１８日平成２５年（行ケ）第１００２９号、第１００３０号［ＳＡＭＵＲＡＩＪＡＰＡＮ］（類似肯定・取引実情：具体的な取扱商品、販売ルート及び需要者層を限定して経営することを認めなかった)、知財高判平成２５年３月２１日平成２４年（行ケ）第１０２９０号［Ｂａｂｙ　Ｍｏｎ　ｃｈｏｕｃｈｏｕ］（類似肯定・取引実情：本件商標と同一商標権者の別の既使用著名商標との同一構成を認めなかった)、知財高判平成２４年６月１３日平成２３年（行ケ）第１０３２８号［レインボー］（類似肯定・反対取引実情未認可)、知財高判平成２２年６月２８日平成２１年（行ケ）第１０４０９号［ｅ－ｗａｔｃｈｉｎｇ］（類似肯定・取引実情：本願商標の周知著名性を認めなかった)、知財高判平成２３年７月２１日平成２３年（行ケ）第１００８７号［ホレカ］（類似肯定・取引実情：一般消費者を対象とし、消費者を限定したうえの主観的観念の相違という主張は採用されなかった)、知財高判平成２４年７月１９日平成２３年（行ケ）第１０３７５号［ＰＯＷＥＲＷＥＢ］（類似否定・取引実情：称呼上の共通を重視する実情を認めなかった)。

また、商標類似の方向に斟酌する取引実情の考慮も、否定されることが少なくない。商標の類似性を否定するために、主張される評価根拠事実（類似性を根拠付けるための事実）としての取引実情を認めないものは、知財高判平成２６年２月５日平成２５年（行ケ）第１０１２７号［Ｍｅｉｊｉ］（類似否定・取引実情：スタッフの間に主観的に呼んでいる称呼は商標から生じる称呼と認めなかった)、知財高判平成２５年１月１５日平成２４年（行ケ）第１０２９３号［Ｄｅｅｐ　Ｓｅａ　Ｄｒｉｖｅｒ］（類似否定・取引実情：引用商標「ＤＥＥＰＳＥＡ」が広知であることを認めなかった)、知財高判平成２４年２月２１日平成２３年（行ケ）第１０２０３号［ＶＯＳＳ］（類似否定・取引実情：指定商品が日常消費物資であり取引者等が一般消費者であることに基づき、称呼を重視するすべきという被告特許庁の主張を認めなかった)。

第２項　侵害訴訟の場合において近時の裁判例の傾向

近似の裁判例は、混同基準が独り歩きする判断を見直し、定型的な判断に復帰する傾向が見られる。

まずは、取引実情を斟酌しなく、三点要素の総合考察を行ったうえで、商標類否を判断する裁判例が多くなった。その例として、登録商標と被告標章の自体の構造また各部分識別力に対する考察を通じて、三点要素の対比を行なう上、商標類似を否定した（東京地判平成１７年３月３０日平成１６年(ワ)第２５６６１号[スタビライゼーション]、二審の知財高判平成１７年１１月２４日平成１７年（ネ）第１００８２号［同控訴審］

も商標非類似の結論を支持した)。また、被告が商標類似を否定するために、被告標章の周知性とか実際にカタログでの使用態様を主張したが、裁判所はこれらの取引実情を考慮しなく、三点要素の対比から、商標類似すると判示した（東京地判平成１４年８月２２日平成８年（ワ）第１４０２６号［インディアンモーターサイクル　中間判決］）[60]。

原告登録商標若しくはその要部と被告標章若しくはその要部とは、表示自体においてかなり似ている場合、出所混同が生じないことに証拠付けるための反する取引実情などを主張する空間が狭く、三点要素の総合考察に従って商標類似を肯定する例は多い（東京地判平成１９年７月２６日平成１８年（ワ）第２８３２３号［自然健康館］、知財高判平成１９年１２月２５日平成１９年（ネ）第１００６５号［同控訴審］、大阪地判平成２０年７月１０日平成１９年（ワ）第１４９８４号［青丹よし］、大阪地判平成２１年９月１７日平成２０年（ワ）第１６０６号［ＳＷＩＶＥＬ　ＳＷＥＥＰＥＲ］、東京地判平成２１年１２月２４日平成２１年（ワ）第１９８８８号［薄茶形図形の組合せ図］、知財高判平成２２年１１月２９日平成２２年（ネ）第１００１５号［同控訴審］、東京地判平成２２年　３月　４日平成２０年(ワ)第１０７３５号［Ｉ（ハート形の図形）Ｎａｉｌ］、東京地判平成２２年７月１６日平成２０年（ワ）第１９７７４号［シルバーヴィラ］、東京地判平成２２年１０月１４日平成２１年（ワ）第１０１５１号［Ｓ－ｃｕｔ／エスカット］、大阪地判平成２３年６月２日平成２２年（ワ）第１１１１５号［ＰＩＡ］、大阪地判平成２３年７月２１日平成２１年（ワ）第１６４９０号［ポリマーガード］、東京地判平成２４年１０月１７日平成２３年（ワ）第２６６９６号［エイブル］、東京地判平成２５年３月２２日平成２２年（ワ）第４４７８８号［とんかつ和幸］)。

そのほか[61]、外観、称呼、観念の点で類似性が否定される裁判例では、取引の実情はほとんど考慮されず侵害が否定されている（大阪地判平成２５年１月２４日平成２４年（ワ）第６８９６号［Ｃａｃｈｅ］、東京地判平成２５年３月２８日平成２４年（ワ）第８３４６号［御用邸］、東京地判平成２５年１０月２３日平成２４年（ワ）第２７４７５号［ふふ一審］、知財高判平成２６年１１月１９日平成２５年（ネ）第１０１０１号［同控訴審］､東京地判平成２６年１２月５日平成２５年(ワ)第２５７６８号[プラネット]、東京地判平成２７年４月２７日平成２６年（ワ）第２１２４９号［ＨＹＢＲＩＤ　ＡＥＲＯ］、大阪地判平成２７年１０月１５日平成２６年（ワ）第３１７９号［中古車の１１０番］)。

次に、主張される反する取引実情の存在を否定し、三点要素の検討に基づき商標類似を肯定する裁判例も少なくない。

例えば、各関連実情に基づき反する取引実情の存在可能性を打ち消すものとして、取引の実情から見て「Ｅｐｉ　Ｓａｌｏｎ」「エピ・サロン」「エピサロン」との標章が脱

[60] 原告と被告の地位が逆にしてもう一つの侵害訴訟事件判決は、東京地判平成１４年８月２２日平成８年（ワ）第９３９１号［インディアンロゴ　中間判決］がある。二つの事件ともに、原告がぞれぞれ自分の有する登録商標権に基づき侵害訴訟を提起したものであるが、商標類似を肯定したのは、相手の有する登録商標権と同一ではない標章を対象としていたのである。

[61] 平澤卓人「商標的使用論の再検討」知的財産法政策学研究４８号に掲載予定を参照。

毛美容の役務に使用されても、原告商標「ＥＰＩ／エピ」と出所の混同が生じるおそれはない旨の被告の主張に対し、裁判所は、「ＥＰＩ」「エピ」が「脱毛」の意味として使用されること、原告の脱毛サービスには「ＥＰＩ」「エピ」の名称が付されること、「ｅｐｉ」が脱毛を意味することが知られるようになってきていること、原告が被告に先行して「ＥＰＩ／エピ」を使用していたものであることを考慮して、「Ｓａｌｏｎ」標章が需要者に被告の出所のみを識別させるものとなっていたものとは到底いえないとして、混同が生じないことに証拠付けるための反する取引実情があるという被告の主張を認めなかった(東京地判平成１９年１１月２１日平成１８年(ワ)第１７９６０号[ＥＰＩ])。また、主張される商標類似に反する取引実情は、経験則上、生じる可能性が低いと判断して考慮しなかったものとして、表紙の視覚的構成が近似する雑誌がある中で、需要者が題号を識別して商品の選択をしていることは、客観的根拠を欠く被告の憶測にすぎない上、原告雑誌や本件雑誌１の需要者が通常人よりも高い注意力を有して当該雑誌を選択しているとも認められなく、外観、称呼、観念ともに類似することに基づき、両商標の類似性を肯定した（東京地判平成１７年１２月２１日平成１６年（ワ）第８０９２号［本当にあったＨ(エッチ)な話］がある)。さらに、反する取引実情を否定するために、具体的混同例を挙げて、商標類似を肯定するものとして、名古屋地判平成１３年１１月９日平成１２年（ワ）第３６６号［ＪａｍＪａｍ］がある[62] [63]。

そのほか[64]、外観、称呼、観念の類似性が強い事案においては、取引の実情をほとんど検討せず類似性が肯定されている例として、東京地判平成２４年1月２６日平成２２年（ワ）第３２４８３号［ＫＡＭＵＩ］(ただし先使用を肯定したため傍論)、東京地判平成２４年4月２５日平成２３年（ワ）第３５６９１号［ＳｈｉｂｕｙａＧｉｒｌｓＣｏｌｌｅｃｔｉｏｎ］、大阪地判平成２４年7月１２日平成２２年（ワ）第１３５１６号［ＳＡＭＵＲＡＩ］、東京地判平成２５年3月２２日平成２２年(ワ)第４４７８８号[とんかつ和幸]、大阪地判平成２５年１０月１７日平成２５年（ワ）第１２７号［ＲＡＧＧＡＺＺＡ］(ただし、権利の濫用としたため傍論)、東京地判平成２５年１１月２８日平成２４年（ワ）第１６３７２号［ＲＡＦＩＮＥ］(ただし先使用を肯定したため傍論)、東京地判平成２６年1月３１日平成２４年（ワ）第２４８７２号［Ｐｉｅｒａｒｅｊｅ

---

[62] そのほか、混同を生じない取引実情の存在を否定しつつ、三点要素考察によって商標類似を肯定する裁判例として、大阪地判平成２４年7月１２日平成２２年（ワ）第１３５１６号［ＳＡＭＵＲＡＩ］（控訴審も支持）がある。他方、三点要素を検討した結果は類似とすべきであって、否定する取引の実情の存在もないと述べつつ、商標類似としたものとして、東京地判平成２６年１１月１４日平成２５年（ワ）第２７４４２号平成２５年（ワ）第３４２６９号［ＳＨＩＰＳ］、知財高判平成２６年1月２７日平成２５年（行ケ）第１０１１３号［ＣＳＴ方式］、東京地判平成２６年5月２１日平成２５年（ワ）第３１４４６号［エルメス・バーキン］がある。

[63] 判断の順においては、先に、出所混同のおそれを否定するような取引の実情は存在しないことを認めてから、外観，称呼，観念の対比によって類否判断を行う裁判例もある（大阪地判平成２３年６月３０日平成２２年（ワ）第４４６１号［ＭＯＮＣＨＯＵＣＨＯＵ］、大阪高判平成２５年3月７日平成２３年（ネ）第２２３８号、平成２４年（ネ）第２９３号［同控訴審］)。

[64] 以下の整理は、平澤・前掲注６１）を参照。

ｕｎｎｅ／ピエラレジェンヌ］、東京地判平成２６年１１月１４日平成２５年（ワ）第２７４４２号平成２５年（ワ）第３４２６９号［ＳＨＩＰＳ］、東京地判平成２７年1月２９日平成２４年（ワ）第２１０６７号［ＩＫＥＡ］、東京地判平成２７年2月２７日平成２６年(ワ)第７１３２号[Ａｇｉｌｅ]、東京地判平成２７年9月１０日平成２６年(ワ)第２９６１７号［ＴＫＤ］がある。

第３章　要件事実論の視点における商標類否の判断

第１節　商標類否の判断と要件事実[65]

第１款　商標類否の判断の構造－「出所混同のおそれ」の位置づけ－

要件事実を考える判断構造としては、「一定の要件であれば、それに応じる法律効果が発生する」という形で要件と効果が考えられ、それに該当する具体的事実という形が考えられる必要がある[66]。出所の混同のおそれという要件を、商標類否の判断構造において、どのように位置づけるかについては、主に、以下のような二つの考え方がある。

第１項　変則的評価的要件として捉える説（枠外説）[67]

評価的要件とは、個別的法律要件（ある権利または法律関係が発生するために定められている法律要件全体を構成する個々の要件）の内容が何らかの「評価」である要件をいう。典型的評価的要件では、要件の内容の評価そのものであり、その評価根拠事実・評価障害事実は法条の上には示されていない。しかし、評価根拠事実及び評価障害事実が法定されている評価的要件もあり、それらの各事実を主張立証するだけで、相手方から特段の主張立証がない限り、同要件の予定する法律効果を発生させることができ、そのような評価的要件は、いわゆる変則的評価的要件[68]である[69]。

この説によって、４条１項１１号及び３７条１号が変則的評価的要件であるという性質に合致すると考えられる。詳しくいうと、商標類否の判断構造について、三つの評価レベルがあると見なし、すなわち、

Ａ要件　対象商標が登録商標と商品（または役務）の出所の誤認混同を生ずるおそれがある商標であること（最終レベルの評価）

Ｂ要件　対象商標が登録商標と同一または類似の商標であること（第２レベルの評価）

---

[65] 要件事実というのは、実体法上の法律効果を発生させる実体法の要件に該当する具体的事実をいう。その内容は、そこで問題となっている当該法律効果の発生のために必要にして十分な最小限の事実、すなわち、当該法律効果発生のための本質的事実である。伊藤滋夫『要件事実・事実認定入門』（有斐閣・２００５年）１８３頁。

[66] 伊藤滋夫「民法と知的財産法一般との関係及び知的財産法各法に共通する特質――主として後者に関する要件事実論の視点から見た検討」『知的財産法の要件事実』（日本評論社・２０１６年）９２頁。

[67] この部分は、伊藤・前掲注６６）９０－９６頁を参照。

[68] 変則的評価的要件については、伊藤・前掲注６６）９１頁、伊藤滋夫『要件事実の基礎――裁判官による法的判断の構造』（新版・有斐閣・２０１５年）２１０頁以下。

[69] その条文例の典型的なものとしては、民法１０８条（同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。ただし、債務の履行及び本人があらかじめ許諾した行為については、この限りではない。）を挙げて説明できる。

同条は、利益相反行為を最終のレベルの評価であって、本人の利益を害する危険が類型的に高い行為を利益相反行為の評価根拠事実として挙げるとともに、そうした行為があっても、特段の事情で、本人の利益を害する危険がない行為を例外として評価障害事実として挙げている（伊藤・前掲注６６）９１頁）。

Ｃ要件　対象商標が登録商標と外観、観念または称呼が類似している商標であること（第３レベルの評価）

であって、それに、上記各要素の判断にあたっては、ときに「取引の実情」がその根拠・障害事実となる。

４条１項１１号及び３７条１号の場合は、Ｃ要件を充足すると評価されることによってＢ要件を充足すると評価されるときは、１１号（又は３７条１号）によって、原則として、登録禁止（または侵害排除可能）という法律効果が発生する。ただし、例外として、他の点において著しく相違しまたは取引の実情等によって、Ａ要件を充足しないと評価されるときは、この限りでない。

すなわち、４条１項１１号（又は３７条１号）には、最終レベルの評価は、「出所の誤認混同を生ずるおそれ」であり、両商標の同一又は類似は、法条で明確に示された評価根拠事実として、「誤認混同を生ずるおそれがあること」になる典型的事例となる。それに、評価障害事実としての「誤認混同を生ずるおそれがない事情」があるときにはこの限りでない、という隠れた例外要件があると解すべきである。

上記の類否判断の構造に合わせると、最終判断基準は、Ａ要件の充足性の有無（誤認混同を生ずるおそれがあることの有無）なのであり、Ｂ要件を充足する（類似性がある）ときは、特段の事情のない限り、Ａ要件を充足する（誤認混同を生ずるおそれがある）ことになるが、Ｂ要件を充足しても（類似性があっても）、Ａ要件を充足しない（誤認混同を生ずるおそれがない）ときは、登録禁止（又は侵害排除の可能性）という法律効果は発生しないことになるということである。

この説によっては、「誤認混同を生ずるおそれがない」商標であっても、１１号にいう類似する商標である（Ｂ要件を充足している）ことに変わりはなく、「誤認混同を生ずるおそれがないこと」によって１１号該当性が最終的には否定されるとしても、類似しない商標であるという形で考えるべきではない。すなわち、「出所につき混同を生ずるおそれがあること」を類似性の有無の判断の枠外で行うことであり、類似性があると評価できる場合は、それ以上に「出所につき混同を生ずるおそれがあること」を述べることは過剰主張になる。

第２項　類否判断の指標として位置づける説（枠内説）[70]

「出所の混同のおそれ」は、外観、称呼、観念の三点要素を総合的に判断して商標の類否を決定する際の指標として位置づける説がある。

この説は、商標法にいう商標の「類似」が、「対比される両商標が同一又は類似の商品・役務に使用された場合に、商品・役務の出所につき混同を生ずるおそれがあること」と定義される[71]ことに基づいて、両商標の全体としての類否は、この定義に当たるかどう

[70] この部分は、牧野利秋「商標の類似判断の要件事実的考察」『知的財産法の要件事実』（日本評論社・２０１６年）１７４－１７５頁を参照。

[71] 「出所につき混同を生ずるおそれがなければ、類似性がないことになる」のは、論理上当然のこ

かの評価により決定される。

詳しく言うと、商標の類似性は、証拠によって直接認定される事実そのものではなく、認定された外観、称呼、観念を基礎として、明らかにされた取引の実情の考慮を総合し、商品の出所が生ずるおそれがあるかとの観点からの評価を加え、商標類否の結論が得られる評価的要件に該当する。商標の全体としての類否判断の場合、混同のおそれの有無という評価をすべき対象は、それ自体が評価概念である各商標の外観、称呼、観念のそれぞれの類否（評価根拠事実又は評価障害事実）であり、この三点要素のについての類否の評価は、対比される両商標の構成から認識される外観、称呼、観念及び取引の実情という証拠によって認定できる事実に基づいてなされる。

この説によっては、混同のおそれがないと評価される場合は、商標類似には当たらないので、混同のおそれの有無は、商標全体としての類否を判断する枠内において、最終的評価の指標として位置づけられる。

第３項　評価

「枠内説」を、「枠外説」においての三つの評価レベルがある商標類否の判断構造に当てはまると、見解を異にする由来は、「枠内説」によっては、Ｃ要件とＢ要件で足りるとし、Ａ要件は、Ｃ要件に基づいてＢ要件を判断する際（両商標が同一の場合は除く）によるべき指標である点にあると解されることがあるが[72]、Ａ要件という「指標」を達しないと、所定の法律効果を発生しない以上、むしろ、「枠内説」は、Ｃ要件とＢ要件でなく、Ｃ要件とＡ要件の２段レベルの評価に近いと考える。

「枠内説」は、商標類否を決定する際に、法的安定性を保つために、何らかの指標を採るべきということを強調して、結局、「出所混同のおそれの有無」を指標とすることを勧める[73]。何らかの指標を採るべきという点を賛するが、「出所混同のおそれの有無」を指標とするのは、無駄骨になると考える。即ち、「出所混同のおそれ」は、柔軟性に優れる概念であり、この指標の下で、取引の実情の斟酌が容易に認められており[74]、主観的な判断が先行し、受容性の高い結論を導くために、ただ技法として「出所の混同のおそれ」を運用する危険性の存在を無視できなく、かえって、法的安定性が失う顧慮が高いのではないかと考える。むしろ、Ｂ要件を判断する段階で、「商標自体の混同の有無」を指標として評価を行うほうが、その目的を達するには近いだろう。三点要素のそれぞれ

とを前提認識にして、その定義の仕方は結論を先取りした定義であると非難されることがある（伊藤滋夫「知的財産法要件事実研究会を終えて１」『知的財産法の要件事実』（日本評論社・２０１６年）２１１頁。）

[72] 牧野利秋「知的財産法要件事実研究会を終えて５」『知的財産法の要件事実』（日本評論社・２０１６年）２３６頁。

[73] 牧野・前掲注７２）２３８頁。

[74] ただし、牧野裁判官自身は、斟酌を認められる取引実情は、三点要素が商標の類否判断にどれ程の影響力を有するかを決める補助的な要素としての事実に限定すべきであるという考え方である（牧野・前掲注８）７５頁)。

の類似性には高低があるとしても、取引経験則によってかかる要素の影響力を考慮し、両商標自体が取り違えられるおそれがあるほど似ている場合、Ｂ要件を充足するということである。

「枠外説」対しては賛するところが多いが、ただし、当説において、４条１項１１号と１５号が、同様に３段評価レベルの類否判断の構造に位置づけられており、Ａ要件を充足するか否かを評価する際に、取引の実情を無限定に斟酌することが認められるように読めることで、その点を是認しがたい。

「枠外説」においての法文上の要件構造からすると、Ｃ要件、Ｂ要件を充足すると評価されるときにも、取引の実情を無限定に斟酌することができ、それによってＡ要件を充足しないと評価されると、４条１項１１号（又は３７条１号）での登録禁止（又は侵害排除可能）という法律効果が発生しない。他方で、Ｃ要件、Ｂ要件が充足しなくても、取引の実情によってＡ要件を充足すると評価されれば、１５号によって、登録禁止という法律効果が発生する。

１５号によって登録禁止という法律効果が発生するには、評価根拠事実としての取引実情を如何に斟酌しても、混同防止の視点から特に大問題にならないが[75]、１１号の場合は、Ｃ要件、Ｂ要件を充足すると評価されても、評価障害事実としての取引の実情を無限定に斟酌することにより、Ａ要件を充足しないと評価されるとき、１１号上の法律効果の発生を覆したのは、将来の混同のおそれを防止する視点が薄弱であり、問題がないとは言えない。

即ち、いったん出所の混同を生じないとして、登録を認められた２つの登録商標が、以後の取引実情の変化により出所の混同を生じることとなったとしても、互いに更新登録を重ねる限りは、永遠に商標登録は併存することになるので、このような商標法上好ましくない状況を防ぐため、最低限、これ以上は近づいた登録商標は併存せしめてはならないという範囲を設ける必要があり、その機能の実現には「類似性」が期待される[76]。そうすれば、Ｃ要件を充足すると評価されることによってＢ要件を充足すると評価されるときは、取引の実情によってＡ要件を充足しないと例外として評価されようとする際に、評価障害事実としての取引実情の斟酌は、限定にすべきである。

以上のとおり、本稿は、商標類否の判断の構造について、基本的に「枠外説」の立場に立って考えようとするが、Ｂ要件を評価する際に、指標としての「商標自体の混同のおそれの有無」の評価を加え、さらに、例外としてＡ要件の充足性を評価する際に、斟酌する評価事実としての取引実情を、限定にすべきであると考える（考慮される取引実情をいかに限定すべきかについて、後述の第 3 章第 2 節で取引実情に関する論点においての検討によって開示する）。

---

[75] ただし、先行登録商標側の取引実情を無限定に斟酌すると、先行登録商標の保護範囲に対する予測可能性につき議論が残る。

[76] 田村・前掲注１）１１８頁。

第２款　商標類否の判断に関する評価基準

上記の二つの説が示したように、証明責任の問題であるが、「枠外説」によっては、Ｃ要件、Ｂ要件の充足性を評価できる評価根拠事実が主張・立証されれば、登録禁止（又は侵害排除可能）という法律効果を発生することになり、Ａ要件の充足性まで証明する必要はない[77]。相手が所定の法律効果の発生を阻却しようとする場合、はじめて、Ａ要件の非充足性を評価できる評価障害事実を主張･立証することになる。他方で、「枠内説」によっては、登録禁止（又は侵害排除可能）という法律効果を発生しようとする場合、Ａ要件の充足性を評価できる評価根拠事実を主張・立証しなければならない。

以上のとおり、二つの説が類似性の評価基準において相違があり、「枠外説」は「商標自体の混同のおそれ」（Ｂ要件を評価する指標）という基準が採られているに対し、「枠内説」は「商品出所の混同のおそれ」（実質にＡ要件を評価する指標）という基準が採られていることが分かる。

実は、商標類否の判断の評価基準について、学説においては、従来、需要者による商標自体の混同のおそれによって判断する立場（商標自体の混同説）と、需要者による商品出所の混同のおそれによって判断する立場（商品出所の混同説）が大別される[78]。

商標自体の混同説は、商品の出所を考慮することなく、両商標が互いに紛らわしいゆえに、取引において取り違えられるおそれがあるほど似ている場合、商標の類似性を肯定する見解である[79]。その根拠は、商品出所に関する混同のおそれは、登録事例につき商標法４条１項１５号によって、侵害事例につき不正競争防止法２条１項１号によって対処できるので、それと別個に設けられた商標の類似という概念は、取引経験則上の出所の混同のおそれを生じる場合を類型化し、今後混同を生じる場合の救済不能の状況を防ぐ視点を含め、これ以上は近づいた登録商標は併存せしめてはならないという最低限の範囲を設けられ、そこには、商標の類似という概念の独立の意義を見出すべきという点にある[80]。

それに対し、商品出所の混同説は、対比される両商標が同一又は類似の商品や役務に使用された場合に、取引需要者の心理に商品や役務の出所について誤認混同を生ずる場

---

[77] Ｃ要件、Ｂ要件の非充足性を評価できる評価障害事実が主張・立証されれば、４条１項１１号又は３７条１項による登録禁止（又は侵害排除可能）という法律効果の発生を否定するが、Ａ要件の充足性を証明した場合、登録禁止（又は侵害排除可能）という法律効果を発生させるのは、４条１項１５号又は不正競争防止法２条１項１号によるべきである。

[78] 商標類否の判断基準に関する諸説につき、田村・前掲注１）１１１－１１２頁、小野編・前掲注１６）２６５－２６６頁〔工藤莞司＝樋口豊治〕、島並・前掲注６）登録商標権の物的保護範囲（一）５５７－５５８頁、網野誠「判例における「商標の類似」の概念の動向について」同『商標法の諸問題(続)』（東京布衣出版社・１９８３年）６５－６７頁を参照。

[79] 田村・前掲注１）１１８頁、豊崎光衛『工業所有権』（新版増補・有斐閣・１９８０年）３６７頁。

[80] 氷山印最高裁判決が、４条１項１１号と４条１項１５号との棲み分けを考慮する必要はないとの見解に立って判示しているように読み、同項１１号の事実認定および判断に関する手法に制約を設ける解釈は成り立ち得ないと理解されることがある（飯村・前掲注３）５１頁）。

合、商標の類似性を肯定する見解である[81]。その根拠は、商標が本質的に自他商品の出所識別として機能している点にある。即ち、商標類否の判断において比較される対象を識別標識として評価される以上[82]、対比される商標を同一または類似の商品に使用した場合、取引者、需要者の心理に商品の出所につてい混同が生じうるか否かについての判断は、商標の類否判定の本質的意義であると主張する。

「商品出所の混同説」の論者は、「商標自体の混同説」に対しては、出所混同の防止という商標権の保護目的に奉仕べき技術概念としての商標の類似は、できるだけ本来の目的に近づけて解釈することが望ましく、標識自体の近似性を探求することが、自己目的化されるようなことがあって、概念の合目的性が満足されないおそれがあると批判を加えることがある[83]。

確かに、「類似」要件を加担するのは、あくまでも出所混同の防止のためであり、「出所混同のおそれ」を基準として商標権の保護範囲を画定するのは、実質的な目標を達することができる。登録主義と使用主義の融和という背景においては、商標を付した商品に関する実情を考慮し、使用により商標に化体した信用の保護には、「出所混同のおそれ」という基準を持ち出したら、言うまでもなく好感に決まっている。しかし、商標に化体していた信用への保護の要請に応じようとしても、「類似」という法技術上の概念を「出所混同のおそれ」に解されるのは唯一の解決策ではなく、商標法と不正競争防止法からなる標識法には、登録阻却場面に限らず、権利侵害を救済する場面においても、「混同」を要件とする条文が用意しておくので、そこから「出所混同のおそれ」という基準により実現する法律効果が求められないわけではない。かえて、強引にその要請を「類似」の要件から求めると、条文間の役割分担[84]が無駄になってしまい、もともと規制すべき状況が逃されてしまうという不都合が生じかねない。その批判に主張される具体的な出所混同を生ずる状況には、登録阻却の場面では、まさに、他人の業務にかかる商品、役務と混同を生ずるおそれがある商標の登録を阻却する４条１項１５号の趣旨に合わせるので、あえて４条１項１１号の守備範囲に入れる必要は乏しいことで、また、権利侵害の救済の場合は、商標法３７条ではなく、表示に信用が具体的に形成される限度で、具体的な出所混同の防止を目的とする不正競争防止法２条１項１号により対応するほうが適切であると考える（詳しくは、後述の第４章第２節を参照）。

商標類否の評価基準に関する見解は異なるにもかかわらず、商標の類似について、登録主義において未使用登録商標等への保護をも考慮に入れ、「類似」の用語をもって抽象的な保護範囲を設定し、予測可能性のある定型的な規制を求める可能のためであると解

---

[81] 渋谷・前掲注６）３３６頁、小野昌延＝三山峻司『新・商標法概説』（第２版・青林書院・２０１３年）２２１頁。

[82] 類似概念はもともと相対的な概念であり、比較される対象をどのようなものとして評価するかによって、例えば、識別標識としてかまたは単なる視覚に訴える文字・図形としてかによって、その結論も異なってくる可能性がある（網野・前掲注４）４３０頁）。

[83] 渋谷・前掲注６）３３５頁。

[84] 条文間の役割分担に関する見解について、田村・前掲注１）１１２－１１９頁を参照。

される点においては、各論者がほぼ一致する[85]。そうしたら、具体的の事案にかかわるすべての資料を要件事実として無限定に取り扱わなく、少なくとも、考慮される資料は少なくとも一定の限度に収めるべきであると考える。

第３款　要件事実としての三点要素と取引実情

商標類否を判断する際に、主張・立証すべき要件事実は、商標の外観、称呼、観念という三点要素が基本とされる[86]とともに、取引実情も含む。

第１項　要件事実としての三点要素

三点要素における類似性あるいは非類似性（Ｃ要件）は、評価的要件である商標の類似性（Ｂ要件）を根拠付けるための評価根拠事実、あるいは類似性を否定する評価障害事実だと認識される[87]。「枠外説」によっては、Ｃ要件を充足することによってＢ要件を充足すると評価されるとき、原則として、登録禁止（または侵害排除可能）という法律効果が発生する。ただし、例外として、他の点において著しく相違しまたは取引の実情等によって、Ａ要件を充足しないと評価されるときは、この限りでない。

裁判例から、称呼、外観、観念がともに類似すると判断した場合、両商標が類似するという結論になり、それは、三点要素の類否に対する判断結果が一致する場合、評価根拠事実として強いということで、その場合は、Ｃ要件、Ｂ要件を充足する以上、常に、Ａ要件の評価をしないままに、登録禁止（または侵害排除可能）という法律効果が発生することが認められる。それに対し、称呼、外観、観念ともに非類似すると判断した場合（観念において比較しえない場合を含む）、両商標が非類似するという結論になることが分かる。それは、三点要素ともに非類似する場合、評価障害事実として強いことで、Ｃ要件、Ｂ要件を非充足する以上、登録禁止（または侵害排除可能）という法律効果が発生しないことを推認しても認められるが、仮に、Ａ要件を充足するとしても、４条１項１５号の問題として対応して済むことである。

しかし、三点要素のうち、各要素の類否判断も結果がそれぞれで（Ｃ要件）、すなわち、Ｂ要件を評価するには、評価根拠事実と評価障害事実が絡んでいる場合はどうなるか。

---

[85] 網野・前掲注４）３６３頁、小野昌延『注解不正競争防止法』（有信堂・１９６１年）９１頁。渋谷・前掲注６）３４１頁。豊崎・前掲注７９）３７１頁、田村・前掲注１）１１７頁。

[86] 「商標自体の混同説」に対して、かかる説がその資料として商標の観念をも挙げる点は矛盾しているという批判がある。即ち、「観念の類似」は、観念における共通性が要因となって標識自体が混同されるか否かの問題ではなく、その共通点から同一出所を連想するか否かの問題であるから、商標自体の混同説によって商標類否を判断する際に、参照資料として商標の観念をも挙げる以上、無意識のうちに出所混同のおそれを基準として採用したことになる、と非難する（渋谷・前掲注６）３４０頁注（１０））。しかし、島並・前掲注６）登録商標権の物的保護範囲（一）５６５頁注（４６）において説明するように、商標の類似性判断する際に、離隔観察がなされるから、時と所が離れていれば、両商標の観念の共通性から、両商標が同一であると商標自体が混同することはあり得るだろう。

[87] 牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』（青林書院・２００９年）５８１頁。

総合的判断型一般条項や総合判断型の事実的不特定概念についての説明があって、「ａｂｃ　の各事実を総合して一般条項の適用を決めるということであれば、個々の事実の真偽を敢えて確定しなくても、真偽が不明なものはそのままの心証度により総合判断の基礎として、規範を適用すれば足りると考えられる」[88]。その論理によって、三点要素それぞれに対する考察に従い、類似する要素と非類似する要素が同時に有しても、それぞれ類否の心証度を吟味し、取引実情を加味して、総合判断することにより結論を得られるだろう。

前章の整理した裁判例にて示したように、評価障害事実が比較的に弱い場合、評価根拠事実をもって商標の類似性を肯定するに妨げない。例えば、外観上の相違は、取引者、需要者に特段印象づけるほどの著しい特徴があるものではない場合に、商標の類似性を肯定するに妨げない（知財高判平成２２年１２月２２日平成２２年（行ケ）第１０２５７号［ＥＸＴＲＩＭＡ］、知財高判平成２３年７月２１日平成２３年（行ケ）第１００８７号［ホレカ］、知財高判平成２６年８月７日平成２５年（行ケ）第１０２９８号［マギー］）。また、複数の称呼が生じ得る造語からなる商標の類否判断につき、称呼上の非類似を重視すべきではなく、商標類似とする結論は変わらない（知財高判平成２１年１０月２８日平成２１年（行ケ）１００７１号［肌優］）。さらに、商標から生ずる観念は一般的な言語表現とはいえず、一般消費者が直ちに想起できない場合、観念上相違であるにしても、商標類似を肯定することに妨げない（知財高判平成１８年５月１０日平成１７年（行ケ）第１０８４０号［マジカルウエスト］）、外観上の相違部分は出所識別標識としての称呼及び観念が生じない部分にとどまる場合、そのような外観の相違は商標類似を肯定することに妨げない（知財高判平成２４年１月２５日平成２３年（行ケ）第１０３０８号［和創菜　ＴＳＵＫＩＴＥＩ　月亭］）、もともと本願商標及び引用商標とも文字商標で、その文字の書体や配置、配色などにおいて顕著な識別力を有するものではないので、外観の類否は、商標の類否判断において重要な要素ではないとして、外観が異なるものの、称呼、観念においての類似をもって商標類似を肯定した（知財高判平成２４年２月１５日平成２３年（行ケ）第１０２８７号［ＳＰＯＲＴＳ　ＬＡＢＯＲＡＴＯＲＹ　Ｓｐｏｒｔｓｍａｎ．ｊｐ］）、知財高判平成２４年６月１３日平成２３年（行ケ）第１０３２８号［レインボー］（引用商標の要部と認められる「ＲＡＩＮＢＯＷ」と称呼及び観念において同一であるから、外観が非類似であっても、両商標は類似するものというべきである）、知財高判平成２７年９月２９日平成２７年（行ケ）第１００６４号［Ｋａｍｉ　Ｎｏ　Ｓｕｎａ］（本願商標と引用商標とは、欧文字を用いたローマ字表記かそれに対応する日本語かの差異であって、その外観上の印象の相違は強いものではなとして、称呼、観念においての共通をもって商標類似を肯定した。）。

それに対し、評価障害事実が強い場合、評価根拠事実があっても、商標の類似性を否

[88] 山本和彦「総合判断型一般条項と要件事実－「準主要事実」概念の復権と再構成に向けて－」伊藤滋夫先生喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』（青林書院・２００９年）６５頁以下、８０頁。

定することが多い。例えば、観念において非類似する場合に、称呼、外観のいずれかの要素が類似にしても商標の類似性を否定する例として、「ＰＯＬＯ　ＪＥＡＮＳ　ＣＯ.／ＲＡＬＰＨ　ＬＡＵＲＥＮ」と「ＰＯＬＯ」（知財高判平成２２年４月２７日平成２１年（行ケ）第１０１５２号［ＰＯＬＯ］）、「ＰＯＷＥＲＷＥＢ」と「ＰＯＷＥＲＷＡＶＥ／パワーウェーブ」（知財高判平成２４年７月１９日平成２３年（行ケ）第１０３７５号［ＰＯＷＥＲＷＥＢ］）、「海葉」と「海陽」（知財高判平成２４年１月３０日平成２３年（行ケ）第１０２５２号［海葉］）、「ココ」と「Ｃｏ／鶏風の図形／ココストア」（東京高判平成９年７月２９日平成８年（行ケ）２６９号［ココ］）、「海」と「快」（知財高判平成１９年８月３０日平成１９年（行ケ）第１００９０号［海］）を挙げる。そのほか、東京高判平成１３年１２月１２日平成１３年（行ケ）第１４４号［痛快！］、東京高判平成１６年１１月２９日平成１６年（行ケ）第２２９号［魚耕］、知財高判平成１７年４月１９日平成１７年（行ケ）第１０１０３号［ＢＡＬＭＡＩＮ］も同様[89]。

以上のように、「商標自体の混同のおそれの有無」を指標として、三点要素のそれぞれの類似性には高低があるとしても、取引経験則によってかかる評価要素の影響力を考慮し、両商標自体が取り違えられるおそれがあるほど似ている場合、Ｂ要件を充足するが、そうでない場合、Ｂ要件を充足しない。ただし、この場合、Ｂ要件を充足し商標が類似であると評価され得るが、例外的に、評価障害事実としての限定される取引実情等によってＡ要件を充足しないとき、登録禁止（または侵害排除可能）という法律効果が発生しないこともある。

第２項　要件事実としての取引実情

取引の実情は、外観、称呼、観念とは異なる事実であるから、三点要素を基礎としての総合考察の際に、類似性を肯定する要素にも否定する要素にも用いられ、その意味で三点要素と並ぶ別個の評価根拠事実又は評価障害事実というべきである。

この場合、取引の実情についての考え方が二つあって、三点要素が商標の類否判断にどれほどの影響力を有するかを決める補助的要素である考え方と、三点要素とは別個の商標類否を決し得る独立の要素である考え方である[90]。三段の評価レベルである商標類

[89] 他方で、評価障害事実が相対的に強い場合、すなわち評価根拠事実が弱い場合、商標類似が否定されることは変わらない。例えば、称呼においての類似の程度は比較的弱い場合に商標類似を否定する例として、「エックス・パクト」という２音節から成る称呼を生ずる本願商標「Ｘ－Ｐａｃｔ」と「エクスパクト」という一連の称呼を生ずる引用商標「ＥＸＰＡＣＴ」（知財高判平成１８年１１月２０日平成１８年（行ケ）第１０２３３号［Ｘ－Ｐａｃｔ］）、「プロモス」の称呼を生ずる「ＰｒｏＭＯＳ」と「プラモス」の称呼を生ずる「ＰＬＡＭＯＳ」（知財高判平成１８年１２月２５日平成１８年（行ケ）第１０３３４号［ＰｒｏＭＯＳ］）、本願商標「ＳＴＥＲＩＳ」と引用商標「ＳＴＥＡＬＴＨ」東京高判平成１２年２月２９日平成１１年（行ケ）第１２６号［ＳＴＥＲＩＳ］）、称呼において「きょろっけ」と「ぎょろっけ」が類似するとしても、語頭音である「きょ」と「ぎょ」の称呼上の差異は清音と濁音の違いであり、比較的容易に認識できるので、商標類似が否定されることは変わらない（知財高判平成２５年１０月１０日平成２５年（行ケ）第１０１２６号［きょロッケ］）。

[90] 牧野・前掲注８）７５頁。

否の判断の構造に当てはめると、前者の考え方は、Ｃ要件を評価する際に、商標の識別力を生じる部分の外観、称呼、観念を認定するには取引の実情が考慮されるとか、Ｂ要件を評価する際に、三点要素において重点に置くべき要素を決するには取引の実情を考慮することを指す。後者の考え方は、Ａ要件を評価する際に、取引の実情を、Ａ要件を充足する独立的な評価根拠事実又は評価障害事実として、所定の法律効果を発生するか否かを決するには考慮することを指す。

裁判例から見れば、これらの取引実情の多くは、商標の三点要素を確定する際に考慮されるものか、商標の識別力部分を確定するために考慮されるものか、または三点要素において重点に置くべき要素を決する際に考慮されるもので、補助的な要素として商標類否の結論に影響を与えるものに過ぎない[91]。氷山印最高裁判決において考慮される取引実情はこの立場に立つものと理解される[92]。

独立の要素としての取引の実情は、三点要素に対する類否判断の結果がそれぞれである場合、考慮されることが多いように見える[93]。ただし、独立の要素として考慮される取引の実情についても、ほとんど、補強的な理由として機能されているように見え、商標を構成する三点要素がいずれも非類似（類似）になっても、取引の実情からすれば出所混同のおそれがある（ない）場合は、商標は類似（非類似）する裁判例はめったにない。したがって、取引の実情が考慮されるとはいえ、取引の実情によって外観、称呼、観念に基づく類似性の判断を覆すわけではない[94]。

第 2 節　取引の実情に関する二つの論点

取引の実情はいかなる場合に考慮することが許されるかについて、主に次の二つの論点に集まっている。一つは、考慮される取引の実情は、一般的・恒常的な取引実情に限定されるか、或いは局部的・一時的な取引実情をも考慮することが許されるかという論

---

[91] その理を示唆した判決として、原告は、審決が引用商標の著名性を考慮する以前の問題として、両商標の称呼上の類否判断をしていないと主張するが、裁判所は、取引の実情には、引用商標の著名性を含むことも疑いのないところであるから、この点を捨象して、両商標の称呼の類否判断を行うべきものとする原告の主張は理由がないとした東京高判平成５年３月３日平成４年（行ケ）第８２号［ＬＩＺＡ］がある。

[92] 牧野・前掲注８７）５８４頁。なお、同稿には、小僧寿し最高裁判決をも、外観、称呼の相似より観念の差異を重視すべきこと、具体的取引の実情の下で考慮して商標の類似を否定された例であって、取引の実情は補助的な要素として商標類否の結論に影響を与えると評価するが、本件はもともと類似性の最低限の範囲内に商標の類似性を肯定すべき事案であると認識され、ただし、権利濫用の法理をもって、商標権侵害を否定できると考える。

[93] 例えば、称呼、観念は同一であっても、外観において相違であって、その場合は、月桂樹の小枝二本を左右対称に冠状にして形成した図形を商標として用いることは、被服その他の商品について、一般にひろく行なわれていることを考慮して、商標の類似性を否定した前掲東京地判昭和４７年　１月３１日昭和４４年（ワ）第１３２６１号［月桂樹］、東京高判昭和５１年１月２９日昭和４７年（ネ）第３７６号、昭和４７年（ネ）第４０４号［同控訴審］を挙げる。

[94] 平澤・前掲注６１）。

点であって[95]、もう一つは、商標の周知著名性を考慮することができるか否かという論点である。

第１款　局部的・一時的な取引実情と一般的・恒常的な取引実情

第１項　登録阻却の場面

商標類否を判断する際に取引実情を考慮した最高裁判決は少なくない。例えば、最判昭和３５年１０月４日昭和３３年（オ）第７６６号［ＳＩＮＫＡ］は、両商標の呼称を抽象的に対比すれば必ずしも類似するとはいえないかもしれないが、「シンガーミシン」がその呼称で世界的に著名な裁縫機械として取引されているという事情を考慮して、後願商標「ＳＩＮＫＡ」はその指定商品であるミシンに使用されている場合、その称呼「シンカ」が既登録商標「シンガー」と間違って聞き取られ、両商標は称呼が類似するものと認め、商標類似性を肯定する原審を支持した。また、最判昭和３６年６月２７日昭和３３年（オ）第１１０４号［橘正宗］では、同一メーカーで清酒と焼酎との製造免許を受けているものが多いという事情を考慮して、「橘」を要部とする商標を使用して酒類を製造する同一営業主から出たものと一般世人に誤認させるおそれがあると認定し、清酒と焼酎を類似商品を肯定した上で、既登録商標「橘焼酎」と後願商標「橘正宗」の類似性を肯定した。

他方で、類似性を否定して商標登録を認める方向へ取引実情を考慮した最高裁判決として、前掲最判昭和４３年２月２７日昭和３９年（行ツ）第１１０号［氷山印］では、メーカーは五社しかなく、設備や技術面からも新規参入が難しいということを認めて、取引実情で商標の称呼は、取引者が商品の出所を識別するうえで一般取引におけるような重要さをもちえないとして、称呼類似のみで混同を生じることを認めなく、商標類似性を否定した[96]。

これらの判決は、各事案に合わせる取引の実情を斟酌したものであり、「取引の実情」の斟酌が許される範囲をほとんど言及しなく、下級審においては、個別的・一時的な取引実情を含めて広範的に斟酌するか、または、一般的・恒常的な取引実情にまで限定的に斟酌するか、と二つの理解が大別されている。

その後の下級審においては、「取引の実情」は、当事者の意図によつて将来変更されることも予見される浮動的な取引状況にすぎないである場合、それを商標の類似性を否定する方向に斟酌することは認められなく、商標の類似性を肯定しする裁判例が少なくな

---

[95] 商標の周知著名性が、一般的・恒常的な取引実情に属するか、または局部的・一時的な取引実情に属するかは、意見が分かれており、検討上の便利のため、商標の周知著名性の考慮の可否について、節を改めて検討する。

[96] そのほか、氷山印最高裁判決を引用して結合商標の類否について判示した最判平成２０年９月２８日平成１９年（行ヒ）第２２３号［つつみのおひなっこや］において、「堤人形」の「堤」を意味する「つつみ」という文字が独占されるべきではない事情を、商標類似を否定する方向に斟酌したことに裏付けると解される（許清「登録阻却の場面における結合商標の類否判断－つつみのおひなっこや事件－」知的財産法政策学研究３４号（２０１１年）４２３‐４２４頁。）

い。例えば、東京高判昭和４４年９月２日昭和４３年（行ケ）第９２号［宏正］においては、原告は、本願商標を付した定期刊行物は、一般店頭において、販売されるものではなく、特定の会員にのみ配付されるのが取引の実情をもって、引用商標を付した商品と誤認混同を生ずるおそれはないと主張したが、裁判所は、「本願商標を付した定期刊行物が従来原告主張の取引方法によつてのみ販売されていたという状況は、…需要者取引者間における一般的取引の実情によるというより、主として原告の主観的意図に基づき、たまたま、そうであつたというに止まり、指定商品たる定期刊行物の客観的性質に基づくものでもなければ、社会倫理実践の教化普及という原告法人の目的から必然的に定まつた取引の方法とも認めがたいから、…このような「取引の実情」は、これによって商品の出所の誤認、混同をきたすおそれがあるとは認めがたい事情とするには足りないものといわざるをえない。」と述べ、原告の主張される取引実情は、両商標が類似である判断に影響を与えないとした[97]。

さらに、最判昭和４９年４月２５日昭和４７年（行ツ）第３３号［保土谷化学工業］では、「取引実情」の内容について判示して、「商標の類否判断に当たり考慮することのできる取引の実情とは、その指定商品全般についての一般的、恒常的なそれを指すものであつて、単に該商標が現在使用されている商品についてのみの特殊的、限定的なそれを指すものではない」と述べ、それに、氷山印事件最高裁判決もこれを前提としていると明確した。

それにもかかわらず、下級審では必ずしも限定的に斟酌する方向に統一の理解とされるとは言えない。その後は、浮動的・局部的な取引実情により類似性を狭める方向へ斟酌する下級審の裁判例がその後にも現れる。例えば、「ＳＰＡ」と図形との結合してなる出願商標につき、「ＳＰＡＲ」と「スパー」を二段書きしてなる既登録商標との類否を判断する際に、「ＳＰＡ」の文字の上部に「歴史あるベルギーの“偉大な水”」と表示され、説明文に「ベルギー国内でもひときわ自然に恵まれた…スパ市。そこに湧き出す清らかな泉がスパの故郷です」「…世界中の人々に愛されたミネラルウォーター、スパ」との記載があることや、「ベルギーから、ＳＰＡ上陸」という新聞広告がなされていること、という出願商標の現実の使用状況を斟酌して、出願商標の「ＳＰＡ」の文字部分がベルギーのスパ市に源泉を有しているミネラルオーターであることを示すものとして用いられていると認定し、このような使用状況から、両商標がそれぞれ付された商品の出所混同

---

[97] そのほか、商標類似を否定する方向に浮動的な取引実情を斟酌することは認めない裁判例として、東京高判平成７年１月３１日平成５年（行ケ）第２２７号［ＭＯＧＡ］等がある。

なお、取引の実情の判断時点については、「先に登録された商標と類似することを理由とする商標登録の無効は、先後願の関係にある登録商標自体の対比により判断されるべきものであることは商標法四六条一項一号、四条一項一一号の文理に照らし明らかである。」、「更に、この無効事由の存否は登録査定の時点において判断されるべきものであり、本件商標が査定時以前においていかなる態様で使用されていたかを認めるに足る特段の証拠も見出せないから、結局本件商標については、その後の具体的使用態様のいかんを問うまでもなく、二段併記の構成により対比するほかない。」と判示した東京高判平成２年１２月１１日平成１年（行ケ）第５５号［ＶＡＸＯＮ］がある。

を生ずるおそれはないとして、商標の類似性を否定した（東京高判平成８年４月１７日平成７年（行ケ）第５２号［ＳＰＡ］）。そのほか、引用商標がコンビニエンスストアで販売される商品に限定してしようされていることを理由に、本件商標と出所の混同が生ずるおそれがないとして、類似性を否定した裁判例がある（東京高判平成９年７月２９日平成８年（行ケ）第２６９号［ココ］）。

その後、学者からの批判を受けてから[98]、下級審のほうは保土谷化学工業事件最高裁判決に立ち返る判決が増えてきた。例えば、商標現実の使用状態の考慮が認められなく、出願する表示内容に基づき対比して商標の類似性を肯定したもの[99]や、考慮が許される取引実情は、指定商品全般についての一般的・恒常的なことであって、単に該商標が現在使用されている商品についてのみの特殊的・限定的なことの考慮を認めないもの[100]を挙げる。そのほか、保土谷化学工業事件最高裁判決の立場に立ち、浮動的な取引実情を考慮することを否定する裁判例も多くある[101]。

しかし、平成２１年から平成２３年の間に、また無限定に取引実情の斟酌の立場へ戻って、商標の現時点の使用態様、販売方策などのような浮動的な取引の実情を、商標の類似性を否定する方向へ斟酌する判決が急に湧いてきた[102]。ただし、そのうち、一時的浮動的実情を考慮して類否判断に影響を与えるのは、三点要素の総合考察の結果にうえ、補充的な理由として補強しているものが多い。

98　田村善之「判批」ジュリスト１１４０号（１９９８年）、松田治躬「氷山の一角「氷山事件」は怒っている」パテント５８巻９号（２００５年）を参照。

99　「ＳＩＰ」を図案化した本願商標は、「ＳＯＥＩ　ＩＮＴＥＲＮＡＴＩＯＮＡＬ　ＰＡＴＥＮＴ　ＦＩＲＭ」等と併記されていない構成のものとして商標登録出願されたものであるから、出所の混同のおそれの判断においても、本願商標を他の表記と併記することなく使用した場合における出所の混同のおそれを判断するほかないものであるとして、引用商標「ＳＩＰ」との類似性を肯定した（東京高判平成１１年6月２９日平成１０年（行ケ）第３３３号［ＳＩＰ］）。

100　本願商標は「ＤＩＧＩＴＥＸ　ｓａｆｉｒｅ」という一連のものとして取引者・需要者に把握されることを主張するため、原告が、本願商標を付した商品である循環器Ｘ線撮影装置の広告宣伝の態様、販売の状況、新聞雑誌等での扱い等に関する事実を指摘したにもかかわらず、裁判所は、原告の指摘する事情は、本願商標の指定商品の一部の商品についての特殊的・限定的な取引の実情にとどまるものであって、本願商標の広範な指定商品全般についての一般的・恒常的な取引の実情ではないと判断して、原告の主張を採用しなかった（知財高判平成１９年2月１３日平成１８年（行ケ）第１０３９１号［サファイア］）。

101　例えば、東京高判平成１４年1月２９日平成１３（行ケ）第２５４号［Ｎａｔｕｒｅａ］、東京高判平成１４年9月３０日平成１３年（行ケ）第５１８号［塩沢餅］、東京高判平成１５年１２月２６日平成１５年（行ケ）第３１６号［パテントマップくん］、知財高判平成１８年2月１６日平成１７年（行ケ）第１０６１８号［ＳＡＮＹＯ　ＳＨＩＮＰＡＮ　ＧＲＯＵＰ］、知財高判平成１８年１２月２５日平成１８年（行ケ）第１０３３４号［ＰｒｏＭＯＳ］、知財高判平成１９年5月２９日平成１８年（行ケ）第１０４８０号［アオバ］、知財高判平成１９年8月２８日平成１９年（行ケ）第１００３９号［俄］、知財高判平成２０年１２月２５日平成２０年（行ケ）第１０２８５号［ＣＩＳ］がある。なお、小嶋・前掲注５１）２９８頁の注（２９）をも参照。

102　他方で、浮動的な取引の実情を、商標の類似性を肯定する方向へ斟酌する裁判例もある。知財高判平成２３年2月２８日平成２２年（行ケ）第１０１５２号［名奉行金さん］（外観、称呼に類似しない点があるものの、パチンコ機の販売形態及び本件商標と引用商標の使用状況等を、同じ観念を生じさせる点に基づき、商標の類似性を肯定した）。

商標の現時点の使用態様の斟酌を肯定すべきの立場に立つ裁判例として、知財高判平成２２年7月２１日平成２１年（行ケ）第１０３９６号［ロキ］（本件商標をその図形部分と文字部分全体を一体として使用するという現在の商標使用態様、及び破産により引用商標が使用される可能性が極めて低いという取引実情を考慮して、商標の類似性を否定した）、知財高判平成２２年9月２７日平成２２年（行ケ）第１０１０２号［ＷＯＲＬＤ］（引用商標がウェブサイトにおいて商標とともにカタカナで称呼も表記されるという商標使用状態により、商標非類似性へ考慮する取引実情として認められた）、知財高判平成２３年１０月２４日平成２３年（行ケ）第１００９３号［ＰＡＧ］（本件商標の商標権者が商品・役務範囲についての説明、引用商標の商標権者の経営方針、また引用商標の現在の使用状態という浮動な実情を、商標非類似の方向への斟酌を認めた）、知財高判平成２３年１２月２６日平成２３年（行ケ）第１０１３５号［スーパーみられる］（本件商標の現在使用態様を考慮して、引用商標との間で商品ないし役務の出所に誤認混同を生じないと認定し、商標の類似性を否定した）。

商品の現時点の販売方策の斟酌を認めた裁判例として、知財高判平成２１年7月２１日平成２０年（行ケ）第１００４８号［ＰＥ’Ｚ］（本件商標は音楽活動としてのジャズバンドの演奏会場における商品販売を中心とするのに対し、引用商標は菓子販売等に伴うものに使用されるなどの取引実情を、商標の類似性を否定する方向に斟酌した）。知財高判平成２２年7月１２日平成２１年（行ケ）第１０４０４号［シーサー商標事件］（本件商標は主として沖縄県内の原告が経営する会社である沖縄総合貿易の店舗で観光土産品たるＴシャツ等の商品に付して使用されたり、沖縄総合貿易のインターネットの通信販売でＴシャツ等の商品に付して使用されたり、その一部と目される標章がホームページの該当ページに表示されて広告的に使用されたりしていることを考慮した上、外観上の相違を重視して商標の類似性を否定した）。知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）第１０１０１号［きっと、サクラサクよ。］（本件商標が受験シーズンに専らキットカット商品に用いられるのに対し、引用商標が受験シーズンに関係なく袋菓子や焼菓子などに用いられるという実情を考慮し、受験生応援製品という持つ意味合いにおいて両商品を混同を生じるおそれは非常に低いので、両商標の類似性を否定した）。知財高判平成２３年6月６日平成２２年（行ケ）第１０３３９号［潤煌］（現在の商品の構成及びその販売形態での相違という実情を、商標非類似の方向への考慮要素として許された）、知財高判平成２３年6月２９日平成２３年（行ケ）第１００４０号［シュープ］（現在の商品販売策略による需要者の相違という浮動な事情の考慮をも認めて、商標の類似性を否定した）。

ところが、そのような逆流がまた批判を受け[103]、最近はその動きが止まり、恒常的な

[103] 小嶋・前掲注５１）、平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究２５号（２００９年）、渋谷達紀「判批」判例時報２１２７号（２０１１年）、外川英明「商標の類否について－商標の類否判断手法と取引の実情に焦点を合わせて－」別冊パテント８号（２０１２年）、宮脇正晴「商標法４条１項１１号の類否判断において商標の使用態様を考慮することの可否―サーチコスト理論を用いて―」Ｌ＆Ｔ第５４号

取引の実情の考慮の道に戻るように見える。例えば、商品の性質から由来する取引の実情を考慮したものとして、指定商品であるマッチは、個別単価の安価な使い捨ての汎用品であって、需要者が商品の選択に当たって重要な意味を持つものとして認識されていないという取引実情を、商標の類似を肯定する方向へ斟酌する一方、指定商品はたばこ等の場合は、その取引者及び需要者は、取引に当たり商標の細部の差異についても十分な注意を払うものであるという実情を、商標の類似を否定する方向に斟酌した（知財高判平成２４年2月１５日平成２３年（行ケ）第１０３１１号［ＢＬＣＫ］）[104]。また、指定商品の業界においての慣習を考慮したものとして、葬祭業者が自己の業務を宣伝広告するに当たり、式場の所在地名と、会堂、会館、式場等の建物を表す語を組み合わせた表示を使用していることが多いことを考慮して､引用商標｢町田駅前会堂　中央式典　けやき」には役務の出所識別標識として認識され得る部分は､「中央式典」の文字部分及び「けやき」の文字部分と認定して、商標類似を肯定する方向に斟酌した（知財高判平成２６年3月５日平成２５年(行ケ)第１０２６１号[中央式典　町田駅前会堂　けやき]）[105]。

さらに、混同を生じない方向に斟酌する浮動的な取引実情を認めなく、商標類似を肯定する裁判例も少なくない。例えば、知財高判平成２６年１０月２９日平成２６年（行ケ）第１００９４号［ＰＥＡＣＥ　ＩＣＥＤ　ＣＯＦＦＥＥ］において、原告は、取引の実情に関し､〔１〕鳩の図柄を伴ったロゴマークの形で使用されている引用商標は、その配色等の使用態様に加え、本願商標におけるピースマークから想起される平和の観念が「鳩」などから想起される平和の観念とは異なるものであることから，本願商標とは明らかに異なる印象等を与えるものといえる､〔２〕原告の取り扱うコーヒーと、引用商標権者の取り扱うコーヒーとの間には、商品コンセプトの相違が存在し、主たる需要者の範囲も異なり、取引の競合は生じないことが予想される、として、本願商標と引用商標が各指定商品に使用されても、その出所について誤認混同を生じるおそれはない旨主張する。それに対し、裁判所は､〔１〕の点については、商標の類否判断は、原則として当該商標自体を比較して決すべきであり、引用商標が鳩の図柄を伴って使用されていることが、直ちに類否判断に影響するとはいえないとして､〔２〕の点については、たとえ原告と引用商標権者との間に商品コンセプトの相違があり、それぞれ想定している顧客層や販売地域等が異なるとしても、本件証拠上、引用商標権者において会員限定販売な

（２０１２年)。

[104] 知財高判平成２５年１２月１８日平成２５年（行ケ）第１０１６７号［ＲＡｆｆＩＮＥ］(指定商品である化粧品につき，取引者及び需要者は、店頭販売、通信販売、あるいはインターネットを介した化粧品の販売においては、商品の外観を見て購入するのが通常であるなど、化粧品の取引の実情を考慮して、称呼が同一であるものの、外観上顕著な差異がある両商標の類似性を否定した。)

[105] そのほか、業界においての実情を考慮したものとして、知財高判平成２３年４月２７日平成２２年（行ケ）第１０３２６号、第１０３２７号［Ｇｏｌｄ　Ｌｏａｎ］、知財高判平成２６年6月１８日平成２６年（行ケ）第１００２９号［宝焼酎　粋］、知財高判平成２７年1月２９日平成２６年（行ケ）第１０１８５号［しあわせ牛］、知財高判平成２７年6月１１日平成２６年（行ケ）第１０２６４号［ＲＵＮＥ］がある。

ど取引相手を明確に限定していることは認められず、原告においてもそのような限定を付する予定をしている事実はうかがわれない以上、原告と引用商標権者との間で本願指定商品における取引の競合が生じる可能性は否定しきれないとした。

また、知財高判平成２７年2月２６日平成２６年（行ケ）第１０２１７号［Ｖｅｒｇｅｒ］において、原告は、その主力商品であるタルトの需要者としては、ある特定の趣向と注意力と選別眼を持った消費者を想定すべきであり、このような需要者は混同を生じさせるおそれはない旨を主張するが、それに対し、裁判所は、タルトは洋菓子の一種として一般的なものであるといえ、その需要者として、一般の消費者とは異なる者を想定すべきであるとは直ちにはいえない。また、本件商標の指定商品及び指定役務は、タルトを含む菓子に限らず、野菜、果実、清涼飲料といった商品などとするものであるから、本件商標と引用商標との類否判断に当たって想定すべき需要者として、「タルト」に特化した趣向を有する消費者を想定すべきであるとはいえないとした[106]。

要するに、登録阻却の場面では、考慮される取引の実情は、一般的・恒常的な取引実情に限定されるか、或いは局部的・一時的な取引実情をも考慮することが許されるかについて、全体的からみて、最高裁判決が判示したにもかかわらず、下級審の態度は若干揺れているという現状である。

第２項　権利侵害の場面

権利侵害の場面において、商標類否の判断につき考慮される取引の実情は、一般的・恒常的な取引実情であれば特に大問題はないが[107]、局部的・一時的な取引実情の考慮が認められるか否かについて、判決の態度は必ずしも一致しない。

昭和５０年代前後までの定型的規制の時期においても、被告標章側の浮動的な取引の実情を考慮されることがあり、例えば、いずれも商標の類似性を肯定する方向に斟酌する取引実情であって、被告標章の使用形態を考慮して称呼を認定し、商標の類似性を肯定する方向に働く前掲東京地判昭和５１年１月２８日昭和４７年(ワ)第８６７３号［ａｎ事件］や、標章を付した商品の包装の表示態様が極めて紛らわしいことを商標の類似性を肯定する方向に補強する前掲大阪地判昭和５１年４月３０日昭和４８年（ワ）第５６３５号［ピロビタン］や、現実の商取引においては被告使用標章中の非主要部分の呼称は省略されることが多い等の事実を商標の類似性を肯定する方向に斟酌する大阪地判

106　同旨の例は、知財高判平成２６年8月７日平成２５年（行ケ）第１０２９８号［MAGGＩE］がある。

107　一般的・恒常的な取引実情を考慮するものとして、需要者層の特徴を斟酌するものとして、東京地判平成２４年9月１０日平成２３年（ワ）第３８８８４号［アイネイル］や、東京地判平成１１年7月２３日平成１０年（ワ）第２０３８３号［ＴＨＥ　ｓａｋ］を挙げるとか、商品取引業界の慣習を斟酌するものとして、東京地判平成１０年7月２４日平成7年（ワ）第２００９５号［筑後の国寒梅］、東京高判平成１１年１０月２９日平成１０年（ネ）第３７０７号［同控訴審］や、東京地判平成１４年1月２９日平成１２年（ワ）第２３４２５号［Ｕｎｉｔｅｄ　Ｓｐｏｒｔｓ］や、東京地判平成１９年１２月２７日平成１８年（ワ）第５２７２号、平成１８年（ワ）第８４６０号［ＳＨＩＲＡＨＡＭＡ］を挙げる。

昭和５４年９月１４日昭和５３年（ワ）第２２９５号［東洋レリーフ箱根］を挙げる[108]。

さらに、平成初期からの柔軟的規制の時期に入って、商標の類似性が肯定される前掲大森林最高裁判決は、取引の実情を考える場合に、極めて具体的な取引事情を考慮しないといけないことを示した後、取引実情の考慮は一層広がっていく。被告側の浮動的な取引実情とは限らず、原告側の浮動的な取引実情にも軽々に斟酌するようになる。

近時の例として、欧文字の下にその語の音を日本語表記で併記した原告登録商標につき、原告が欧文字の標章とその日本語読み標章を切り離して個別に使用される場合があることを考慮して、その欧文字または日本語読みの表示を個別に表示される被告標章との類似性を肯定した前掲東京地判平成２６年1月３１日平成２４年（ワ）第２４８７２号［Ｐｉｅｒａｒｅｊｅｕｎｎｅ／ピエラレジェンヌ］、前掲大阪地判平成２６年3月２７日平成２４年（ワ）第１３７０９号［ＰＲＩＭＥ　ＳＥＬＥＣＴ／プライム　セレクト］がある。

他方で、商標の類似性が否定される事案でにおいて、被告標章の浮動的な取引の実情が商標非類似の方向に考慮されることも少なくない。特に、小僧寿し最高裁判決以後は、その傾向が強くなるように見える。当判決は、「出所混同のおそれ」が究極な評価基準としており、独立の要素としての取引の実情が広く斟酌されることが認められると想定できるだろう。

商標の類似性を否定する方向に、被告標章の現実の表示状態を考慮するものとして、前掲東京地判平成１２年2月２５日平成１１年（ワ）第１９６０７号［遊食市場］（被告標章の現実の表示態様を考慮して、被告標章において識別力を有する要部は、「遊」の文字部分ではなく「遊食市場」と認識される文字部分であると認定し、中央に「遊」の文字を配し、図形、文字及び色彩の組み合わせ全体が識別力を有する原告商標との類似性を否定した）、前掲東京地判平成１８年１２月２２日平成１７年（ワ）第１８１５６号［ＬＯＶＥＢＥＲＲＹ］[109]、前掲大阪地判平成２６年6月２６日平成２５年（ワ）第１２７８８号［ライサポ］。

現実の取引実情からブランドイメージの相違を考慮したものとして、前掲大阪高判平成２０年１１月７日平成１９年（ネ）第３０５７号［ＬＯＶＥ控訴審］、前掲知財高判平成２０年3月１９日平成１９年（ネ）第１００５７号［ＥＬＬＥＧＡＲＤＥＮ控訴審］。

被告施設の所在地、施設の性格及び利用者の層などにおいて相違することを考慮したものとして、知財高判平成２７年１１月５日平成２７年（ネ）第１００３７号［湯～とぴあ控訴審］（原告商標は、「ラドン健康パレス」の文字及び「湯～とぴあ」の文字を上下二段にそれぞれ横書きして成るに対し、被告標章は、上段に「湯～トピアかんなみ」

---

[108] ただし、主張される混同を生じない取引実情に対して、一時的、局部的なものにすぎないということを理由に、商標類似に反する取引実情を否定し、商標の類似性を肯定した裁判例も例外的にある（前掲大阪地判昭和５４年１１月２８日昭和５３年（ワ）第１８９８号［エチケット］）。

[109] 被告標章が多数あるが、原告商標との類否について、肯定されるものもあるし否定されるものもある。

の文字を横書きし、下段に３枚の葉を伴う１輪の花の図形と、その図形の左右にそれぞれ「ＩＺＵ　ＫＡＮＮＡＭＩ」と「ＳＰＡ」の極めて小さな欧文字を横書きに配して成る事案において、控訴審は、「湯～とぴあ」又は「湯～トピア」の部分の分離考察を否定しつつ、原告商標を全体として、被告標章を「湯～トピア」と「かんなみ」の部分を一体的に観察し、商標の類似性を否定する際に、「湯ーとぴあ」又はこれに類する名称を用いた施設が全国に相当数存在すること、被告施設の所在地、施設の性格及び利用者の層などにおいて相違することを、商標非類似の方向に斟酌する要素として考慮することが許され、商標類似との結論にする原判決を覆した。）

そのほか混同が生じさせない被告側の取引実情を考慮したものとして、前掲大阪地判平成２６年８月２８日平成２５年（ワ）第７８４０号［ｍｅｌｏｎｋｕｍａ］、前掲東京地判平成１１年７月２３日平成１０年（ワ）第２６６３８号［Ｑｔ］、前掲東京高判平成１２年１月２６日平成１１年（ネ）第４５７１号［同控訴審］、前掲東京地判平成１６年１２月１日平成１６年（ワ）第１２１３７号［（ドコモ）ｅサイト］、前掲東京地判平成２１年３月３１日平成１９年（ワ）第１８６１１号［Ｃｏｍｆｏｒ　るるど］。

以上のように、商標類否の判断に関する侵害訴訟においては、一般的・恒常的な取引実情に限らず、局部的・一時的な取引実情をも広く斟酌されている。

ところが、近年の裁判例には、局部的、一時的、浮動的な取引実情の考慮を認めないものが多くなる。例えば、被告らの業務内容は債務整理業務に限られ、その活動地域は関東及び甲信越地方に集中しているのに対し、本件商標を使用する原告法人の業務内容は、債務整理ではない登記を中心とする一般の司法書士としての業務であり、その活動地域は京都を中心とするものであって、被告らと原告法人とが業務内容及び活動地域に明瞭な相違がある実情が存在することによって、出所の誤認混同の余地がないという被告の主張について、「本件商標と被告標章１ないし４との類否判断において問題となるのは、本件商標と被告標章１ないし４とが同一又は類似の役務に使用された場合に出所の誤認混同を生じさせるおそれがある程度に類似性があるものといえるか否かということであるから、本件商標を使用している原告法人の業務と被告標章１ないし４を使用している被告らの業務との実際の競合関係の有無を論じたところで、商標の類比判断において意味があることとはいえず、被告らが上記〔1〕で指摘する点は，本件商標と被告標章１ないし４との類否判断に当たって影響を及ぼす事情とはいえない」と述べ、浮動的な取引実情の考慮を認めなく、三点要素の考察に基づき商標類似を肯定した（東京地判平成２３年１０月２８日平成２２年（ワ）第１２３２号［ひかり］）。

また、標準文字の「ゆうメール」である本件商標が、「ゆうメール」、「配達地域指定ゆうメール」という標章との類似性を争った事案において、郵便事業株式会社である被告は、需要者が郵便局の窓口で被告各役務の提供を受ける際には、被告の役務の提供を受けることを認識している旨の主張について、裁判所は「仮にそうであるとしても、本件商標と被告各標章の混同が問題となる場面はそのような場面に限られないことは明らかであるから、取引の実情において需要者に混同が生じることは否定されないというべき

である」と述べ、局部的取引実情を認めなく、三点考察の結果によって商標類似を肯定した（東京地判平成２４年１月１２日平成２２年（ワ）第１０７８５号［ゆうメール］）。

さらに、一部の地域にのみ営業する取引実情の考慮が許されないものとして、例えば、原告は、広島市内を本店所在地とし、中国地方を営業地域の中心とする中国電力の関連会社であるに対し、被告は、東京都内を本店所在地とし、日本国内では全国を営業地域とする太陽光発電事業も営んでいる会社である事案について、太陽光発電事業は、特定の地域に限らず日本国内で広く営まれている事業であること、及び、被告には広島市内に本店所在地がある中電工に対する営業実績があり、被告の営業地域は原告の営業地域でもあることを認めたうえ、原告と被告との間における本店所在地や営業地域の違いといった点は、取引者、需要者にとって商品及び役務の出所を誤認混同するおそれを否定する事情とはいえないと判断され、商標類似の判断に影響を与えなかった（東京地判平成２７年2月２７日平成２５年（ワ）第２８２１０号［ＥＳＳ　Ｊａｐａｎ］）。これは、既に事業の発展状況に従い他人の営業範囲に進入する可能性が高く、又は、既に他人の営業範囲に進入した実績があることを認めた時、商標類似性を肯定する例である。

それらの局部的、一時的、浮動的な取引実情の考慮が否定される裁判例において、主張される取引の実情は、標章の使用態様などの標章自体に関する事実ではなく、それとは別に混同を生じない独立の事実であるという特徴が見える。

第３項　小括

以上のとおり、商標類否の判断につき、局部的・一時的な取引実情の考慮が許されるかについて、登録阻却の場面では裁判例の態度は揺れているが、最近はそれに対する斟酌を厳しくさせるような傾向が見える。他方で、権利侵害の場面では、一般的・恒常的な取引実情とともに、局部的・一時的な取引実情をも広く斟酌されていることであって、近年の裁判例には、局部的、一時的、浮動的な取引実情の考慮を認めないものが多くなるにもかかわらず、それらの判決において否定されたのは、標章の使用態様などの標章自体に関する事実ではなく、それとは別に混同を生じない独立の事実であるという特徴が見える。

では、商標類否の判断につき取引実情の考慮はどう考えすべきか。

まず、登録阻却の場面で、浮動的な取引実情の考慮が認められるべきかを検討する。

商標法の根本的な趣旨は、混同の抑止をもって具体の信用の保護に役立てようということで、現実において混同を生じさせるおそれのある二つの商標が併存すると、需要者はこの営業者の商品・役務と混同して他人の商品・役務を購入しがちになり、営業者自己の商標に化体させた信用は、他人に無断的にフリーライドされてしまい[110]、営業者に

[110] 注意すべきなのは、フリーライドする行為が、即に禁止すべき行為となるわけではない。かえって、世の中はフリーライドで発展し、豊かになるのである。ただし、フリーライドにより成果開発者に損害が生じており、その損害があるために成果開発のインセンティヴが損なわれている実態があり、さらに、そうした場合にフリーライドを禁止してまで成果開発のインセンティヴを確保する必要があると

とっては、商品・役務の質の改善、保持に努めることを通じて自己の商標に信用を化体するインセンティヴが失われてしまう可能性がある。そのため、浮動的な取引実情を加味したことにしても、混同のおそれをもたらす商標であれば、原則としてその登録を排除すべきである。

一方、登録主義を採用した日本商標法は、未使用の表示に関しても排他権の庇護を与え信用の化体を促す（商標の発展助成機能の促進）趣旨も有しており、未使用の登録商標についても、４条１項１１号をもって、類似という抽象的な範囲内で他人の商標登録を阻却できる。さらに、浮動的な取引実情を斟酌して、いったん抽象的な範囲内で出所の混同を生じないとして登録が認められた二つの登録商標が、以後の取引実情の変化により出所の混同になったとしても、登録商標権の存続期間が登録更新を重ねられることにより永遠に延ばさせることができ、両商標の登録が併存するという問題点を指摘されている[111]。

上記の趣旨に従えば、混同を生じるおそれのある事実を絞り出し、商標の類似性を肯定する方向に浮動的な取引実情を斟酌することは、特に問題はないが[112]、商標の類似性を否定する方向に浮動的な取引実情を斟酌することは認めるべきではないという結論になる。その観点から見れば、近時の裁判例の判断は妥当であるだろう。

次に、権利侵害の場面で、どう考えすべきか。

登録阻却の場面と異なり、権利侵害の場面では、特定の時点の状況に着目するので、具体的な混同を生ずるおそれがあれば規制すべきである。その点において、まさに浮動的な取引実情の性質に合わせるだろう[113]。ただし、そこには、未使用商標を含めて、商標類似、商品類似という形で登録商標権の権利範囲を設定し、具体の出所の混同を直接の侵害要件としていない日本商標法の枠組みを忘れてはいけない。また、登録商標の範囲は願書に記載した商標に基づいて定めるので（２７条１項)、商標権者が取引場での具体的な活動により形成された事情を類似性の判断に取り込んでしまうと、権利範囲が不明確なものとなり、後行者の予測可能性がが害されてしまう[114]。そのため、原告登録商標に関する浮動的な取引実情は原則として考慮されるべきではない[115]。

いう価値判断が介在する場合に、初めてフリーライドを規制すべきであるという命題が導かれることになる（田村善之『知的財産法』（第５版・有斐閣・２０１０年）７頁)。

[111] 田村・前掲注１）１１８頁。

[112] ただし、４条１項１５号により登録を阻却する商標について４条１項１１号を適用するという適用法条の問題に過ぎない（田村・前掲注１）１１６頁)。

[113] 侵害訴訟の判決の既判力の時的限界の議論に照らしても、事実審の口頭弁論終結時より後に取引の実情が変化して、新たに誤認混同が生じるようになった場合には、商標権者は、侵害訴訟を再度提起することが可能である。小嶋・前掲注５１）３０３頁、松村信夫「商標の類似」日本工業所有権法学会年報３１号（２００８年）９３頁を参照。

[114] 小嶋・前掲注５１）３０３頁。

[115] 保護を肯定するよりも保護を否定したほうが、原告側が実際に使用しようとする標章の商標登録を取得することを促すと指摘される（田村・前掲注１）１２９頁)。

原告登録商標に関する取引実情を考慮しないことによって、商標権侵害を否定されるとしても、別途に、不正競争防止法２条１項１号や２条１項２号に基づく保護が求められるので、商標権者の保護に悖

他方で、被告標章に関する取引実情はどうだろう。権利侵害の場面においては、被告標章が実際に使用されるものを確定するには、現実の使用態様の考慮が認められる[116]。

それに、既登録商標の信用を悪意でフリーライドするには、登録商標を真似して作る標章を同一ないし類似の商品・役務に使用するだけでなく、既登録商標の現実においての使用態様までに照らしてやられる場合は少なくない。その場合には、現実の使用態様等の浮動的な取引実情を考慮しないと、もともと規制すべきの混同を生ずる標章は、振り落とされるがちになる。それに対し、被告標章が取引の実際においては登録商標と間違われないような態様で使用されている場合、商標類似性を肯定し、被告標章の使用の差止を認めるという帰結のほうが、具体的の信用の形成を促進させようとする商標法の趣旨に悖ることになりかねないという点も指摘されている[117]。

したがって、権利侵害の場面では、原告登録商標に関する浮動的な取引実情は原則として考慮されるべきではないが、被告標章の場合は広く考慮されることが認めても構わないと思う[118]。その観点から見れば、上記の原告側の浮動的な取引実情にも軽々に斟酌する前掲東京地判[Ｐｉｅｒａｒｅｊｅｕｎｎｅ／ピエラレジェンヌ]、前掲大阪地判[ＰＲＩＭＥ　ＳＥＬＥＣＴ／プライム　セレクト]での取引実情に対する考慮方法に賛しかねる。また、混同を生じない独立の事実である取引実情の考慮が、局部的、一時的、浮動的な取引実情として否定された上記の判決には、主張される取引実情は被告標章側の取引実情ではなく、直接混同のおそれを生じさせるか否かを影響する事実であって、本来は「類似」ではなく「混同」に対す考察において斟酌する事実であり、不正競争防止法のほうに馴染み深いだろう。

第２款　商標の周知著名性の考慮の可否

商標の周知著名性は、一般的・恒常的な取引実情に属するか、または局部的・一時的な取引実情に属するかについて、意見が分かれており、また、具体的な事案によって認定は異なる場合もある。局部的・一時的な取引実情に属すると、上記の検討に従うべきであり、以下は、一般的・恒常的な取引実情と位置付けられても、商標の周知著名性を考慮すべきかについて検討する。

第１項　商標の周知著名性の考慮の可否に対する論理的分析

商標類否の判断につき、商標の周知著名性を斟酌するのは二種類があり、三点要素の

るということもない。

[116] 田村・前掲注１）１２６頁には、被告が使用する標章の確定は、侵害訴訟においての商標類否判断の前提作業と位置付ける。

[117] 田村・前掲注１）１２７頁。

[118] 被告の使用する標章は原告標章に類似するが、偶発的な事情により一度使用されただけであるので、原告の営業上の利益を侵害するものではないとした裁判例もある（大阪地判昭和６３年７月２８日昭和６１年（ワ）第７１８４号［スリック］）。

認定するためか、又は商標の識別力がある部分を確定するために商標の周知著名性が斟酌される場合と、商標の化体した信用に応じて保護範囲を拡大するためか、又は化体した信用の商標が継続的に信用を蓄積することを促すために商標の周知著名性が斟酌される場合がある。前者の場合は、商標の周知著名性を補充的な要素として商標の対比する対象を認定することに過ぎないので、商標類否の判断する際に斟酌しても構わないと思う。他方で、後者の場合は、商標の周知著名性が斟酌されることを認めべきか否かを検討する必要がる。

まず、先行登録商標の周知著名性を考慮すべきではない。条文の役割分担の視点から、登録阻却の場面で、４条１項１１号の類似は、願書に記載した商標を基づき抽象的に判断すべきであり、商標登録後或いは登録前に先行登録商標権者の営業活動により、商標に化体する信用が拡大された場合、同一または類似の商品・役務で他人の商標登録を阻却しようとすると、商標法４条１項１０号(他人の広知商標と同一又は類似する商標が、同一又は類似の商品・役務に登録できない）が用意されている。また、他人が登録しよう商標との商品・役務が異なる場合でも、先行登録商標の周知著名性により、他人の商標が混同を生じるおそれがあるか否かを判断する場に移り、「混同のおそれ」を要件とする商標法４条１項１５号（他人の業務に係る商品・役務と混同を生ずるおそれがある商標は登録できない）に委ねれば結構である。他方で、権利侵害の場面で、周知度を斟酌した類似性の拡大は、３７条より、むしろ周知性、混同のおそれ等の所定の要件を定められた不正競争防止法２条１項１号（他人の周知の商品等表示と同一又は類似の商品等表示を用いて他人の商品ないし営業と混同を生じさせる行為の規制）の下で請求が認められるほうが適するだろう。かえって、このような段階的な要件を持たない商標法の類似性の問題とするときは、要件が不明確ひいては保護範囲が不明確となる懸念が指摘される[119]。

次に、後行商標（標章）の周知著名性の斟酌はどうだろうか。後行商標（標章）の周知著名性を斟酌する場合の多くは、化体した信用の商標が継続的に信用を蓄積することを促すため、混同を生じないことを阻却理由として商標の類似性を否定するという方策が採られて、その際に、後行商標（標章）の周知著名性がその阻却の理由として考慮されたのである。

登録阻却の場面で、後行商標の周知著名性を、先行登録商標の類似性の範囲を狭める方向に斟酌することは認められることがあるが、少なくとも最低限の離隔区間を取りおく必要があり、両商標自体が類似する場合、後行商標の周知著名性をいくら斟酌しても、後行商標の登録は認められるべきではない。権利侵害の場面で、後行標章が周知である場合、登録商標権者が商標権侵害と訴えたとしても、化体した信用の保護という理念の下で、後行標章の周知は出願の前に形成される限り、後行標章の使用者は先使用の抗弁が主張できる（商標法３２条１項）[120]。後行標章が周知となった時点は先行登録商標の

[119] 田村・前掲注１）１３０頁。

[120] ただし、先使用者に不正競争の目的がないことを要する。

出願後であったとしても、後行標章が信用の蓄積を継続した結果、全国的に著名に至った場合に、権利濫用の法理をもって抗弁することが認められるべきという意見もある[121][122]。そうすると、商標権侵害を阻却する方法がある以上、商標の類似性を判断する際に、わざわざ後行標章の周知著名性を商標非類似の方向に斟酌しなくても構わないだろう。

問題は、一定の地域の範囲内で周知する標章が、登録商標の出願後に、当該標章がまだ周知されていない地域に進出しようとする場合、登録商標権者がそれを阻却できるか。

商標が登録された以上全国的に効力を有しており、先使用の抗弁はもともとの周知範囲内に限定されるので、他人の標章がまだ周知とならない地域に進入すると、先使用の抗弁が成立されない以上、原則的に登録商標権を侵害することになる[123]。ところが、商標法が登録主義を採る趣旨は、未使用の商標でも登録を可能とすことで、排他権の庇護下で出所の識別および信用の化体を促進させるところにあるのであって、決して出所を識別しない、信用を化体しない商標の保護を目的とするものではない[124]。他人が周知標章を現在より広い地域に進出して継続的に信用を蓄積する行為は、まさに商標法の趣旨に応じるので、そのような行為が直ちに禁止されるのは、商標法制度に好まないことである。登録商標権との間に、何か調和する方策を模索する必要がある。

結局、登録商標が実際に出所の識別標識として使用されているか、登録商標に信用が化体されていたかということに係わりになると考える。即ち、未使用の登録商標の商標権者が、他人が周知標章を新たな地域に進出して継続的に信用を蓄積する行為を広範に禁止すべきではない。ただし、新地域に商標権が虫食い穴となることを防ぐために、少なくとも、最低限の商標自体が極めて紛らわしい程度に登録商標権の行使を認めるべきである。仮に、周知標章が新地域に進出する際に、未使用の登録商標との間に多少の差異が有し、その最低限の離隔範囲に入れなく進出成功にしたら(新地域にも周知となる)、登録商標が後日に同じ地域で使用されようとする場合、登録商標使用の抗弁をもって新地域において周知標章と併存することができる[125]。他方、登録商標が使用されている場

---

121 詳しくのは、田村・前掲注１１０）１５３－１５５頁を参照。

122 懈怠抗弁（ｌａｃｈｅｓ　ｄｅｆｅｎｓｅ）の法理からの説明も同様の結論に辿り着く。その論理に従れば、両商標が接近しすぎるということで、周知著名な後行商標の登録が阻却されたとしても、その使用は直ちに禁止されるということではない。

123 異なる視点から、周知標章が新地域での進出行為を認めないものとして、出所混同を生じるか否かに着目して、同一又は類似表示による誤認混同招来状況を先使用商標使用者が自ら作り出すことの不正競争の性質を考慮して、その進出行為は許されないという考え方がある（小野＝三山・前掲注８１）２９１頁、渋谷・前掲注１３）５１０頁)。

124 田村・前掲注１１０）１５４頁。

125 登録商標使用の抗弁を明文に規定する旧不正競争防止法６条が、１９９３年改正により削除されたにもかかわらず、周知表示と登録商標が併存する場合に商標権者の側から周知表示の主体に対して混同防止表示の付加を請求できると定める商標法３２条２項は、周知表示の存在にもかかわらず、商標権者の側が登録商標を使用することは可能であるという理を前提にしていると解しる（田村善之『不正競争法概説』(第２版・有斐閣・２００４年）２２９頁)。

その他、理由を一つ加えると、登録商標使用の抗弁を認めないことは、周知標章に対して、登録商標の権利を制限する効力を認めることを意味し、そうすると、先使用の事実に出願と同一の効力を認める

合、周知標章が登録商標の使用されている地域に進出しようとする場合、不正競争防止法上の問題になり、登録商標が実際にの使用によって商標に化体した信用に応じる周知の範囲内で、周知標章の進出を阻却できる（不競法２条１項１号)。周知標章が進出しようとする新地域以外の地域に、登録商標が使用されて周知となるにしても、商標自体が極めて紛らわしい程度という最低限の範囲に入らない以上、登録商標権をもって周知標章の新地域への進出を阻却することが認められなく、具体の信用の形成を促進することを目的とする商標法の趣旨に鑑みれば、周知標章の使用者が不正の目的がない限り、新地域においても当使用者の標章が周知となれば、現実に周知性を取得した標章に優先的な地位を認めると解されるほうが、その趣旨に適するだろう[126]。もちろん、その場合でも、登録商標権者がその新地域で登録商標の使用は問題はないので[127]、全国に営業活動を展開しようとして商標出願した登録商標権者にとってはインセンティヴが損なわれない。以上のように解されると、商標権侵害を否定するには、わざわざ後行標章の周知著名性により出所混同を生じないことを理由として登録商標との類似性を狭める方向に斟酌する要請がそれほど強くないと考える。

第２項　裁判実務で商標の周知著名性についての斟酌の実態

前章の裁判例の整理から分かることで、従来の裁判例は、商標の周知著名性が斟酌されるのは、商標の外観、称呼、観念の三点要素を認定する場合とか、対比すべき商標の識別力を有する部分を確定する場合とか、また、混同を生じさせるか否かの判断要素として直接に斟酌される場合もある。

第一に、後行出願商標又は被告使用標章の周知著名性の考慮が、裁判所に認められている[128]。

ことになり、先願主義自体を否定することとなるだろう。

126　基本的には登録主義を採用しつつ、それが商標法の目的から離反することとならないよう、使用主義的な観点から調整を図るという基調自体は妥当であると考える（網野城「相抵触する登録商標と周知商標とが併存する場合の法的取扱について」同『商標法の諸問題』（東京布井出版・１９９３年）９７頁)。

127　このような場合においては、新地域に進出した周知標章と相抵触する登録商標は、周知標章が周知性を取得した範囲内において、登録商標使用の権利も喪失したものとみなしてもよいという意見もあるが（網野・前掲注１２６）１０６頁)、現行法上このような法解釈は認めがたいだろう。

128　商標の外観、称呼、観念の三点要素を認定する場合や、対比すべき商標の識別力を有する部分を確定する場合に斟酌される例として、東京高判平成３年１０月２４日平成３年（行ケ）１９号［Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ　Ｉｎｄｕｓｔｒｉｅｓ，　Ｉｎｃ.］、東京高判平成４年７月２８日平成３年（行ケ）第１９２号［別冊フレンド］、東京高判平成６年３月３１日平成４年（行ケ）第１３６号［ＣＯＮＶＥＲＳＥ］や、東京高判平成６年１０月２５日平成６年（行ケ）第８号［Ｐａｎ－ｔｈｅｒ］、東京高判平成１３年１２月１８日平成１３年（行ケ）第１２１号［ＳＴＥＡＫ　ＨＯＵＳＥ　ｈａｍａ］、知財高判平成１９年８月８日平成１９年（行ケ）第１００６１号［ＣＵＢＳ］を挙げる。

混同を生じさせるか否かの判断要素として直接に斟酌される例として、東京高判昭和６０年１０月１５日昭和５８年（行ケ）第２１５号［寶］、東京高判平成２年　９月１０日平成２年（行ケ）第７２号、７３号、７４号［ＫＯＤＡＫ］、東京高判平成３年１０月１５日平成３年（行ケ）第７７号［ランバン］、東京高判平成４年３月１０日平成３年（行ケ）第１９８号［Ｄｏｄｇｅｒｓ］、東京高判平成１０年９

傍論であるが、本願商標の周知著名性を商標非類似に斟酌するを認めることを明確に述べる判決であって、「シーサー」の称呼を生ずる本件商標と「シーザー」の称呼を生ずる引用商標の類否について、「仮りに、本件商標が「シーサー」の称呼で取引者、需要者間に極めて著名な商標として指定商品について取引されているような場合には、取引者、需要者は本件商標を称呼しても引用商標とその商品の出所の混同を生ずるおそれのない場合もありえよう」とした（東京高判昭和５０年９月１１日昭和４９年（行ケ）第１４４号［ＳＣＨＩＥＳＳＥＲ］）[129]。上記の分析に示したように、商標の周知著名性を補充的な要素として商標の対比する対象を認定することに過ぎないので、商標類否の判断する際に斟酌しても構わないが、混同を生じさせるか否かの判断要素として直接に斟酌される場合は、ほかの策をもって目的に達するので、わざわざ商標の周知著名性を斟酌する要請がそれほど強くない。

第二に、先行登録商標の周知著名性の斟酌については、小僧寿し最高裁判決前後に、情勢が変わることが見える。

従来の裁判例では、先行登録商標の周知著名性が考慮される判決があるが数少なく、それに、商標の外観、称呼、観念の三点要素を認定する場合や、対比すべき商標の識別力を有する部分を確定する場合に斟酌されるのは大部であり[130]、混同を生じさせるか否かの判断要素として直接に斟酌される判決は、先行登録商標の周知著名性を商標の類似性を肯定する方向に補強する福岡地方裁判所昭和４２年３月３１日昭和３２年（ワ）第１１２５号［美鶴松浦漬］、東京高判昭和５１年７月１３日昭和５０年（行ケ）第７４号［アリナポン］、東京高判平成５年３月３日平成４年（行ケ）第８２号［ＬＩＺＺＡ］に過ぎなく、例外的に存する。しかし、小僧寿し最高裁判決以来は、情勢が変わり、先行登録商標の周知著名性を斟酌する裁判例が多くなる[131]。それに、商標の外観、称呼、観念の三点要素を認定する場合や、対比すべき商標の識別力を有する部分を確定する場合

月２２日平成９年（行ケ）第１７９号［メニコン］を挙げる。

[129] ただし、本判決は、さらに、「しかし、本件商標がそのように極めて著名な商標であるとは審決も認定しておらず、またそのように認めるに足りる証拠もない。」と述べ、本件商標の周知著名性を考慮しなかった。

[130] 例えば、引用商標の識別力を確定するには引用商標の著名性を考慮し、本件商標との類似性を肯定した前掲東京高判昭和５３年１２月２０日昭和５２年（行ケ）第２０９号［小倉屋］や、原告商標の著名性を考慮し、原告商標の表示部分は被告標章においての識別力の強い部分と認定して、被告標章との類似性を肯定する方向に働かせる東京地判昭和６３年２月１２日昭和６１年（モ）第４５６４号［ＶＯＧＵＥ］や、引用商標の生ずる称呼を認定するには、引用商標の周知著名性を斟酌する東京高判平成７年４月２０日平成６年（行ケ）第１０９号［マルエム］がある。

[131] 例えば、審決取消訴訟の事件で、図形商標から生ずる称呼、観念を認定する際に、引用商標の周知著名性を考慮した知財高判平成２０年１２月１７日平成２０年(行ケ)第１０１３９号[キューピー]、引用商標の表示部分は本件商標においての識別力の強い部分と認定して、商標の類似性を肯定する方向に働かせる知財高判平成２１年１月２８日平成２０年(行ケ)第１０２５８号[ＭＩＺＵＨＯ．ＮＥＴ]を挙げる。また、侵害訴訟の事件で、原告商標の著名性を類似性を肯定する方向に斟酌する裁判例として、東京地判平成１０年１０月３０日平成８年（ワ）第２３０３４号［ＥＬＬＥ　ＭＡＮＩＮＥ］、東京地判平成１１年１月２９日平成８年（ワ）第１９８０７号［ＪＯＥＬＬＥ］、大阪高判平成１２年８月２５日平成１１年（ネ）第２８１５号［金盃菊正宗控訴審］を挙げる。

に斟酌されるに限らく、先行登録商標の周知著名性が、混同を生じさせるか否かの判断要素として直接に斟酌される判決も増えてきて、先行登録商標が周知著名であることを商標類似の方向に斟酌する判決と、先行登録商標が広く知られていたと認められないことを類似性を否定する方向に斟酌する判決が現れた[132]。

その変遷についてどう考えすべきだろう。上記の先行登録商標の周知著名性の斟酌についての論理的分析で示したように、先行登録商標が周知著名である場合、そこに化体された信用を保護するには、４条１項１１号又は３７号ではなく、係る要件が定められているほかの条文をもって処理するほうが合理である。しかし、裁判実務では、小僧寿し最高裁判決にて、出所を誤認混同するおそれの有無をもって商標類似性を決するという基準を抽象的に展開し、その後の下級審裁判例も先行登録商標の周知著名性を広く斟酌して[133]、それらの事情から、裁判所は、登録商標の保護範囲に関する「類似」ないし「混同」に対する画定の作業を、４条１項１１号又は３７号に統合させようという考え方が、背後に隠れられているのではないかと思う。

---

[132] 登録阻却の場面の例として、東京高判平成１２年１０月５日平成１２年（行ケ）第１３９号［象の図形］、東京高判平成１４年１１月１３日平成１４年（行ケ）第１５２号［セレモアみずき］、知財高判平成２２年9月１５日平成２２年（行ケ）第１００９３号、第１０１０３号［キューピーと思しき頭部図形］や、知財高判平成２５年3月２１日平成２４年（行ケ）第１０３９２号、第１０３９３号、第１０３９４号［ＲＯＳＥ　Ｏ’ＮＥＩＬＬ　ＫＥＷＰＩＥ］を挙げる。

権利侵害の場面の例として、東京地判平成１０年１０月２９日平成7年（ワ）第１１８１９号［ＮＥＯ・ＧＥＯ］や、大阪地判平成１８年4月１８日平成１５年（ワ）第１１６６１号［Ｙｏｄｅｌ］を挙げる。

[133] 登録阻却の場合、引用商標の周知著名性を斟酌して商標類似性を否定したのは、本来４条１項１０号又は１５号により登録を阻却する商標について、４条１項１１号を適用したという適用法条の問題に過ぎない（田村・前掲注１）１１６頁)。

第 4 章　プロセスの視点における商標類否の判断

上記の商標類否の判断構造の下で、プロセスの視点[134]から、同じ法制度（商標法）における類似要件の運用に対する水平的考察と、同一法制度に止まらなく各法制度にわたる類似要件と混同要件の関係に対する垂直的考察を行う。

第 1 節　法的判断主体における運用論

商標権の発生、争議及び権利行使は、各判断主体においてのいくつかの段階を経る。各段階の制度設計が異なるために、各段階の制度趣旨に従い、それに適した判断を行うべきである。このように、各法的判断主体、又は同じ法的判断主体における各段階において、所定の法律効果を発するか否かを判断する際に、法的要件を適切に運用することは、本稿では、「運用論」を名付けとする。以下は、特許庁及び裁判所における各段階において商標類似要件を運用する現状及びその由来について検討する。

第 1 款　特許庁と裁判所における判断基準の齟齬

商標の審決取消訴訟においては、裁判所が商標登録の可否に関する審決の適法性を審理するには、商標の類否判断がよく問題の中心になる。そして、同じ条文上の「類似」という要件に対し、特許庁と裁判所がともに解釈する必要がある。

特許庁では、商標類否の判断を行う際に、基準として参考している商標審査基準[135]によれば、商標類否の判断は、次のような通則を適用すべきである。「商標の類否の判断は、商標の有する外観、称呼及び観念のそれぞれの判断要素を総合的に考察しなければならない。」また、取引実情の考慮が許され、「商標が使用される商品又は役務の主たる需要者層（例えば、専門家、老人、子供、婦人等の違い）その他商品又は役務の取引の実情を考慮し、需要者の通常有する注意力を基準として判断しなければならない」。さらに、拒絶理由通知に対する意見書において出願人が提出した引用商標の取引実情（非類似の取引実情）の参酌に対する許容について、願書に記載された商標が同一又は明らかに類

---

[134] 田村善之「特許権と独占禁止法・再論－権利ｖｓ．行為規制という発想からの脱却－」日本経済法学会年報３２号６６頁（２０１１年）では、目的を達成するための特定の行為の規制というゴールに向けて、市場、立法、行政、司法等の様々な機構が決定をするという考え方に立ち、独占禁止法による規制と特許制度の関係を論じて、特許庁が特許権の付与は、その一連のプロセスのなかの一通過点と位置づけられ、プロセスという視点を提示した。

本稿において、その視点に基づき、「プロセス」とは外延が広い概念であると理解されて、商標権の発生、争議、行使等の一連的に商標権関係の手続きがあるため、その各段階の手続きは、ぞれぞれの制度趣旨及び制度構造によって、商標権の権利過程に参与するという意味でのプロセスもあるし、また、同じ法的目的を達成するため、段階的な要件に関する条文が設けられ、各条文の趣旨及び各法制度の趣旨に合わせて、それぞれの要件の利点を活かさせるという意味でのプロセスもあると考える。

[135] 引用している商標審査基準の内容は、商標審査基準改訂第１０版に基づくものである。特許庁商標課編『商標審査基準』（改訂第１０版・発明推進協会・２０１２年）を参照。

似する場合を除いた[136]。そして、実務上においては、比較する商標の有する外観、称呼又は観念のいずれかにおいて相紛らわしいときに、原則として両商標は類似のものと判断される[137]。以上から、特許庁における商標類否の判断は、上記の「商標自体の混同説」に近く、商標自体の混同を評価基準としてなされていることが覗われる[138]。実際の査定系審決例をみても、基本的には商標自体の混同かにより判断がなされており、「出所の混同」という文言を述べたとしても、ただ形式的に付しているに過ぎなく、商標自体の混同を証明したら出所の混同と推定される。

それに対し、第２章で示したように、裁判所は、出所の混同を生じるおそれがあるか否かという基準により、商標類否を判断されている[139]。それに、「出所混同のおそれ」という基準においても、およそ昭和６０年代か平成初年ごろという時点で、裁判例は定型的な規制の時期から柔軟的な規制の時期に変わるということが見られる。特許庁と裁判所における商標類否の判断基準が明らな齟齬が見られるが、それはなぜか。

まず、商標の類似に関する判例の変遷についての背景にかかわると考えられる。それは、もともと登録主義の下で設計された商標法制度には、使用主義の色彩に加えられてきた影響に応じるからであると説明できよう[140]。すなわち、登録主義の下では商標登録

136　「同一又は明らかに類似」の意味について、注のところで説明があり、「商標法第５０条における社会通念上同一と判断される商標、独立して出所表示機能を有する以上の構成要素において、構成要素中の一が同一と判断される商標、及び、これらに準ずるほど類似していると判断される商標」と例を挙げた。

137　工藤莞司『実例で見る商標審査基準の解説』（第５版・発明協会・２００６年）１９６頁。その他、青木博通『新しい商標と商標権侵害』（青林書院・２０１５年）３９頁は、特許庁と裁判所の類否判断の違いをざっくりと整理した結果により、審査官は音声学・音韻学を介する称呼重視という傾向、審判官は審査官と裁判所の中間で、最近外観、観念を重視する傾向、裁判所は外観、取引実情を重視する傾向が示される。

138　島並・前掲注６）登録商標権の物的保護範囲（一）５６０頁では、評価基準をどのような説を採っているかについて、これらの通則的規定から必ずしも明らかにされていないが、続く細則から商標自体の混同という評価基準を採っていることが覗われる、と述べている。ただし、同文に例示する称呼類否についての細則部分の審査基準は、称呼のみにより類否を判断する場合の音声的観点からの原則的な基準を示したものに過ぎなく、上記の見解を絞り出せないと思う。にもかかわらず、通則的規定の文言からでも覗われるのではないかと考える。

139　最高裁判決を例を挙げてその判断基準の歴史的経緯の簡単な紹介について、小野編・前掲注１６）上巻２６６－２６８頁［工藤＝樋口］も参照。

大審院時代では、当初は、もっぱら商標自体が誤認混同する場合、類似の商標と解釈した（大判大正８年３月４日民録２５輯３９０頁、大判昭和１１年１０月１８日民集３巻１１号５９７頁）。さらに、商標の類似とは、外観又は称呼の類似、観念の同一を意味し、その類否は、商標の有する外観、称呼又は観念により商標自体の誤認混同のおそれ有無で判断すべきであるとし、そこでは「取引上の経験則に照らして」としていた（大判昭和２年６月７日昭和２年（オ）第２３２号、大判昭和４年１２月１７日昭和４年（オ）第９１２号、大判昭和９年３月２３日民集１３巻６号４８３頁）。その後、商品の誤認混同とつなげて商標の類似を解釈した裁判例が出された（大判昭和７年７月１日判例工業所有権法７３７の８頁、大判昭和１５年８月２８日判例工業所有権法７０９の２頁）。

140　登録主義と使用主義の融和について、西ドイツ及び日本という登録主義国として知られる国が、使用の要請の強化という使用主義への接近かとも思われる商標法の改正を行ったのに対し、フランスなど一部の使用主義国が、明瞭な登録主義に立つ商標法の採用へ踏み切ったことであり、また、その他の

は商標の使用を前提としないから、もともとその使用とは無関係に商標自体から客観的に判断されるべきであるが、使用の実情を考慮することによって、使用主義の色彩が加わり、使用を予測して取引社会における経験則を判定基準としたうえ、さらに一方進め、商品の出所の混同を生じるか否かを基準として判断する方向に強めることになった[141]。出所混同のおそれの主張を成立させるためには、商標の周知著名度、多数の取引上の実情など様々な要素に対して立証・認定しないと妥当な結論が辿り着けなく、商標使用にかかわる事実を商標類否の判断に考慮させるという要請がもたらし、判断機関が前より多くの情報資料を収集する必要となる。裁判所においての当事者対立という判断構造は、当事者に主張や証拠を出す機会が確保され、勝つために当事者が自分に有利な事情をできるだけ主張し立証することが想定でき、裁判官の前に充足な情報資料が開示される。これに基づきなされた判断は、当事者間の紛争解決に資することで、裁判所の判断構造は、まさにその動向に合うことであろう。

一方、そのような登録主義と使用主義の融和という背景において、特許庁の審査実務の場合はやむを得ず事情があって、「類似」の判断について裁判所の歩みを追いかけることはできない。特許庁において、出願審査、争訟手続きの場面によって、制度により、審査官が判断の依拠となる情報資料を収集する途が異なるから、情報非対称性の制限には格差があると考える。

出願審査の場面では、願書の記載に基づき出願商標と引用商標を対比することで、その際に依拠されるものは願書の記載から示した商標自体であり、類否判断の要件事実として、商標の外観、称呼、観念にしかないということになる。拒絶査定をする前に、出願人が意見書を出す機会を与えられる（１５条の２）が、引用商標権者がこの段階で何も弁明する途がない。拒絶査定に不服し審判を請求する場合でも、その拒絶査定不服審判は当事者対立構造を採らない査定系審判であるので、答弁書の提出等の規定ならびに参加の規定は準用されなく、書面審理主義が採られている[142]。

異議審査の場面では状況が変わる。異議審査の段階では、異議申立人が提出する異議申立を審理して、異議申立に理由があるので取消決定をしようとするときは、審判長が商標権者及び参加人に取消理由を通知し、相当期間を指定して意見書提出の機会を与え

使用主義国も登録主義へ向かって商標法の改革を行う動きを見せていることである、と指摘されたことがある（満田重昭『不正競業法の研究』（発明協会・１９８９年）２８頁）。

William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, pp.179-184 には、アメリカの連邦商標法（ランハム法）を例として、経済学の分析から、登録による取得と使用による取得が何かの形で統合するものは、効率的な商標権取得制度であると示唆しており、その分析は、登録主義と使用主義の融和という背景の形成の合理性が支えられると思う。当文献の中国語版の全訳について、兰德斯＝波斯納（金海军訳）『知識産権法的経済結構』（北京大学出版社・２００５年）を参照。

141　小野編・前掲注１６）上巻２６８頁［工藤＝樋口］。

142　そのやり方について、当事者及び出願に関して利害関係を有している者の地位を、法的に保障する必要が未だにないと判断されたからであると解される（田村・前掲注１）２７８頁）。

なければならない（４３条の１２）[143]。また、商標権についての権利を有する者その他商標権に関し利害関係を有する者は、登録異議の申立てについての決定があるまでは、商標権者を補助するため、その審理に参加することができる（４３条の７第１項)。それに、登録後の異議制度に変更されてきた現在では、公衆審査を経ない瑕疵のある商標権の発生を未然に防止するため、第三者の競業者、団体などが、商標の出願があったことを速報する商標出願速報などを利用して、自主的に商標登録出願の拒絶理由に関する情報を審査官へ提供できる情報提供制度が定められた（商標法実施規則１９条）[144]。それらの制度は、異議審査においての情報取得を支えている。

また、無効審判の場面は、当事者対立構造が採られており、審判に対する当事者の納得が得られるために、当事者に情報資料を提供させる制度を用意されている。請求書、答弁書、弁駁書の提出及び送達制度（５６条１項で準用する特許法１３１条１項、１３４条１項・３項や商標法実施規則２２条６項で準用する特許法実施規則４７条の３）を通じて、審判請求人及び被請求人が、互いに、指向的に自分に有利な取引実情をできるだけ主張することができるようになり、且つ、審判長が審判に関し当事者及び参加人を審尋することができる（５６条１項で準用する特許法１３４条４項)。これらの制度は、審判において充足な情報資料を取得することを担保している。

上記に示したように、出願審査の場面及び拒絶査定不服審判の場面では、出願人が意見書を出す機会を与えられるが､引用商標権者がこの段階で何も反論する途がないので、出願人が出した意見書に主張される取引の実情を斟酌することが認めると、出願人に一方的に有利となることで、手続上公正性の保障からも考慮して、査定関係の段階においては、外観、称呼、観念など商標自体の要素を考慮するだけで、取引の実情を斟酌することが認めないべきである。それに対し、異議審査又は無効審判の場面では[145]、争訟の双方が主張する機会が制度により保障されているので、片方にのみ有利となる嫌いがない。それらの段階に双方に提供される情報資料を熟に尽きて審理判断して、審査の完全適正、又は当事者間の紛争解決に資することができるので、取引の実情を斟酌することが認めるべきである。さらに、無効審判と異議審査においては、職権探知主義が採られているので、当事者又は参加人（異議審査の場合は商標権者、異議申立人、参加人）が申し立てない理由についても審理することができる[146]。例えば､特許庁が査定の段階で、商標自体の非類似により登録査定をした場合、無効審判の段階で審判請求人は、その商標自体が類似という点のみを主張しているにもかかわらず、審理の結果、商標自体が非

---

[143] 平成８年改正前の登録前異議申立制度では、異議申立のあったときはすべての出願人に答弁書提出の機会を与えるが、改正により答弁書を廃止し、取消決定をしようとするときにのみ意見書提出の機会を与える制度とした。

[144] 小野＝三山・前掲注８１）４６２頁。

[145] 登録後の異議制度では、審理主体を審査官ではなく、審判官の合議体とする等審判に類似した制度とし、多数の審判規定を準用している（平尾正樹『商標法』(学陽書房・２００２年）４８５頁)。

[146] 審理する理由は、請求理由に拘束されないが、請求人が申し立てない請求の趣旨については審理することはできない（５６条１項で準用する特許法１５３条３項)。

類似するが、出所混同を生じさせる取引実情があると認められるときは、無効審決が下される。その点にも、取引実情の考慮との制度整合性に合うと考える。上記の考えから、商標審査実務においていは、混同のおそれを抑止するには登録出願を拒絶する際に、４条１項１１号がよく使われるのに対し、４条１項１５号を使うのは好ましくないような傾向が見られ、取引実情が考慮に入った混同のおそれの有無についての判断は、異議審査の段階に期待されるという状況が生じるのは、やはり上述のとおり、出願審査の段階は具体的な出所混同を生ずるおそれがあるか否かを判断することは困難であるからだろう[147]。

したがって、三つの評価レベルがある商標類否の構造に当てはめると、出願審査の場面及び拒絶査定不服審判の場面では、三点要素ぞれぞれの類似（Ｃ要件を充足する）によって商標自体の混同のおそれがある（Ｂ要件を充足する）場合、商標類似と評価され、商標登録禁止の法律効果を発生することを推認できるので、商品出所混同のおそれ（Ａ要件）に対しる評価をしないままに４条１項１１号を適用することが認められるというように運用すべきである。異議審査の場面及び無効審判の場面では、裁判所の判断場面[148]と同様に、４条１項１１号を適用するには、Ｃ要件、Ｂ要件の充足性が評価された後に、Ａ要件の充足性に対する評価が行われることが可能である。以上にとおり、同じ商標法４条１項１１号の「類似」という要件に対して、判断機関の各場面の特徴に従って運用することを通じて、要件機能を活かしていくと理解できよう。

第２款　裁判所における登録事件と侵害事件においての相違

侵害訴訟の場面においての商標類否の判断基準は、登録阻却の場面においての商標類否の判断基準とは差異が有すべきかについて争いがある。論理的には、登録阻却の場面においての類否判断は、将来の紛争が起こすことを抑止するように配慮する面があり、対世効がある抽象的な権利範囲を設定することに関わるものに対し、侵害訴訟の場面においての類否判断は、商標権者と被告との具体的な紛争の解決に着目し、権利範囲を決しても対世効がないであるもので、類否の判断基準においては必ずしも共通する必要は

147　相対的拒絶理由について職権での審査は行わず、異議申立があったときに、当事者の主張、立証に基づいてはじめて審査するという、いわゆる「異議待ち審査制度」を導入する声があるが、先願商標権者の監視コストの負担とか、類似範囲内の重複登録の増加などのデメリットがあるので、大多数の企業が導入について否定的な見解を示しているということは、商標委員会の調査から分かる（商標委員会「商標出願審査におけるコンセント制度及び異議待ち審査制度の導入に関する検討と提言」知財管理５２巻１１号１６７９－１６９２頁（２０１２年））。

148　審決取消訴訟において、審判段階で審理、判断されていなかった拒絶理由を審理、判断しうるのかについて争われているが（詳しく、田村・前掲注１）２８０－２８２頁を参照）、少なくとも、審判で具体的に審理判断された拒絶事由又は無効事由に関する証拠を提出することは可能であろう。

審判段階で主張されていない「取引の実情」を審決取消訴訟で新たに主張することができることを、裁判所と日弁連知的財産センターとの意見交換会においても示した（「裁判所と日弁連知的財産センターとの意見交換会　平成２３年度」判例タイムズ１３７４号（２０１２年）１３頁）。

ない[149]。そして、商標類否の判断に依拠する条文も、４条１項１１号と３７条が別に設置されているから、ぞれぞれ条文の趣旨に合わせて「類似」に対する解釈を行うことも可能である[150]。

侵害訴訟の場面においては、商標権者と被告との具体的な紛争の解決に着目することで、理念的にはできる限り実情を解明したうえ現実の利益関係を調和する要請があり、被告標章が取引の実際においては登録商標と間違われないような態様で使用されている場合に、類似性を否定し、具体的の信用の形成を促進させようとする商標法の趣旨に沿うだろう。また、侵害訴訟において権利範囲を決されたとしても対世効がないし、非類似の判断に依拠する使用の事実が将来に変わった場合でも、その後の情勢により類似性が肯定される場合、商標権侵害が肯定されることもできるから、混同を生じる両商標が永続的に併存する問題も心配はない[151]。さらに、現実からみても、商標侵害事件の場合、通常は被告が類似と目される商標を使用している事実があることで事件が発生するのであるから、被告の使用する標章には具体的な使用状況が存在し、また非侵害を証明するため、その使用状況は裁判所に提出されることになる一方、商標権者側では、不使用取消審判の請求を受ける可能性のある権利者が紛争を仕掛けることが考えにくく、侵害事件の紛争にかかる登録商標は使用されている場合が多いことも推測できる[152]ということで、具体的な使用状況を斟酌するのは、現実の要請にもあるだろう。

登録事件と侵害事件において上記の相違がある以上、三つの評価レベルがある商標類否の判断構造に当てはめる場合、Ａ要件（商品出所混同のおそれ）を評価する際に、取引実情の斟酌については、ぞれぞれ条文の趣旨に従い取引実情の斟酌程度を求めるべきである。登録阻却の場面では、混同防止の視点から、商標自体が似ている両商標である限り、商標登録禁止の法律効果を発生させる方向に斟酌するほうが期待されるので、Ｃ要件（三点要素の類似）を充足することによってＢ要件（商標自体の類似）を充足する場合、原則として、４条１項１１号の商標登録禁止の法律効果を発生するが、例外的に、Ａ要件（出所混同のおそれ）が非充足と評価され上記の判断を覆すには、考慮される評価障害事実としての取引の実情は、一般的・恒常的な取引の実情に限定すべきであると考える。Ｃ要件、Ｂ要件が非充足する場合、Ａ要件の充足性をもって商標登録禁止の法律効果を発生させるには、混同のおそれを排除する方向に資するので、この場合に、考慮される評価根拠事実としての取引の実情を限定すべきでなく、ただし、適用すべき条

---

[149] 元木伸「商標、商品の類否」牧野利秋編『裁判実務大系９　工業所有権訴訟法』（青林書院・１９８５年）４２７頁においても、「商標登録の審査に当たっては、商標、商品の類否が一般的・抽象的に判断されるのに対し、商標権侵害訴訟においては、商標権を侵害したとされる標章の特定の具体的使用が商品の出所を混同させるものであるか否かが判断されなければならない」と述べ、類否の判断基準においては必ずしも共通する必要はないとした。

[150] その趣旨を明言したものとして、峯唯夫「商標の類似と出所混同―登録時・侵害時での類似判断の異同―」別冊パテント８号（２０１２年）７９頁。

[151] 侵害訴訟においては、浮動的な実情に対する斟酌を許容すべき理由について、田村・前掲注１）１２７頁を参照

[152] 峯・前掲注１５０）７９頁。

文は４条１項１１号ではなく、４条１項１５号である。他方で、侵害訴訟の場面では、現実で出所の混同を生じない限り、３７条により侵害排除効果を発生しなく、もし将来のある時点で出所の混同を生じた場合、その時に再度侵害排除しても構わない。そのため、Ｃ要件を充足することによってＢ要件を充足する場合でも、Ａ要件に対する評価が必要であると考える。

第 3 款　小括

出願審査及び拒絶査定不服審判には、要件事実としての資料が願書に示されたものに限定されており、Ｃ要件、Ｂ要件を充足すれば、所定の商標登録禁止という法律効果を発生する。取引実情が考慮に入ったＡ要件（混同のおそれ）の有無についての判断は、審査のやり直し的性格を有する異議申立制度に委ねるべきである。また、商標権が生じた後、商標権の有効性が争われたとき、無効審判制度が用意されており、当事者対立の構造が採られるので、かかる情報資料の取得がを担保される。Ｃ要件、Ｂ要件を評価したうえで、最終レベルの評価要件としてのＡ要件の充足性ついても判断することは、審判に対する当事者の納得が得られることに役立つ。

さらに、審決取消訴訟は、裁判所がその管轄機関となるから、両当事者対立の訴訟構造は、当事者に主張や証拠提出の機会を与えており、当事者が裁判官に必要な情報・資料を提出し立証することを促すことができる。それによって、Ｃ要件、Ｂ要件の充足性を判断するだけでなく、当事者に開示された取引実情を含め、Ａ要件の評価事実を考慮に入れ、最終レベルの評価要件としてのＡ要件の充足性に絞ることから、当事者間の紛争解決に資するだろう。ただし、既に述べたように、評価障害事実としての取引実情の考慮は限定すべきである。それに対し、権利行使段階としての侵害訴訟の場合は異なり、商標権者に対する保護の実効性の故、現実に侵害行為がなされていれば規制すべきであり、Ｃ要件、Ｂ要件の充足性を判断するとともに、Ａ要件を充足する場合の侵害行為を見逃さないため、一時的、浮動的な取引実情を評価根拠事実として考慮されても特に問題はない。出所混同を生じない態様で被告標章が使用されている場合、Ｃ要件、Ｂ要件を充足しても、Ａ要件の非充足性をもって侵害排除を否定すべきであるので、その際に、評価障害事実としての考慮される取引実情が、一時的、浮動的な取引実情でも認めるべきである。

第 2 節　混同行為の規律手法の選択

商標法とともに不正競争防止法から構成する標識法が、各法制度の内部はもとより、各法制度の間においても分離的ではなく、インテグリティを有するべきである。そのうち、混同行為を規律する手法は、類似要件を中心とする条文もあり、そのほか、混同要件を中心とする条文もある。同じ法的目的を達成するため、段階的な要件に関する条文

が設けられ、それぞれの要件の利点を活かさせるほうが制度趣旨に合うと考える。

第 1 款　登録阻却の場面の例－条文間の役割分担－

商標法４条１項１１号と１５号は、ともに登録禁止という法律効果を発生するもので、その関係について明らかにする必要がある。

商標自体の類似（Ｂ要件の充足）は、「出所混同のおそれ」（Ａ要件の充足）の典型的な状態であるので、１１号に対し１５号は包括的規定のように見えるが、１５号の条文上「第１０号から前号までに掲げるものを除く」という括弧書きで、二つの条文の重複適用の可能性が排除された[153]。１１号の規定は１５号の規定の例示的規定ではなく、１５号の規定と並列する規定である[154]。例えば、先願登録商標が著名であって、同時に、商標自体において後願商標と類似する場合、いずれかの条文を適用する可能である。

また、４条１項１１号による類似の範囲は、いずれにせよ、抽象的な範囲内で形式的に画定することであり、例外的に混同を生じるおそれがない場合に、はじめて実質的な問題にかかわることになる。形式的な判断によって、二つの商標自体が類似しないにもかかわらず、混同を生じるおそれがある場合はないわけではないと考えられるので、混同を生じるおそれの行為を見逃せないため、４条１項１５号による規制が求められる。それに、広義の混同も含まれる４条１項１５号は、４条１項１１号により対応できない行為を規制する可能である。すなわち、「出所混同のおそれの防止」という意味で、４条１項１５号の「混同」が４条１項１１号の「類似」の不充分性を補完していると理解できよう。

さらに、前述のとおり、いったん出所の混同を生じないとして、登録を認められた二つの登録商標が、以後の取引実情の変化により出所の混同を生じることとなったとしても、互いに更新登録を重ねる限りは、永遠に商標登録は併存することになる。そのような事情の発生を未然に抑えるため、４条１項１１号によって、二つの商標の間に抽象的な最低限の離隔距離を設けることになる。需要者の立場に立って将来の混同のおそれを防止するという視点において、４条１項１１号の「類似」が４条１項１５号の「混同」概念の限界性を補完すると理解してもよいだろう。

第 2 款　権利侵害の場面の例－商標法と不正競争防止法の関係－

商標法上の商標類否に関する評価基準は出所混同説を採用すると、実際に不正競争防

---

[153] ４条１項１５号について、旧法下の通説・判例は、この規定を公益的性格のものとし、他の私益的な混同防止規定と重複適用されるものとしていたが、現行法は「１０号から前号までに掲げるものを除く」と規定して重複適用がないことを明らかにしている（小野＝三山・前掲注８１）１６０頁）。これに対して、私益とともに公益の保護の目的も含めるので、旧法下と同様に重複適用すべきであったとする見解もある（豊崎光衛『工業所有権法』（新版増補・有斐閣・１９８０年）３７３頁）。

[154] 川瀬幹夫「11 号『類似』と 15 号『混同』について－4 条 1 項登録阻却要件の比較－」別冊パテント８号（２０１２年）６５頁。

止法２条１項１号上の出所混同防止規制の評価基準と同じようになる[155]。それに、一部の学説からも、商標類似の概念を「出所混同のおそれ」に解し、商品等主体混同行為に対する規制を商標法に統合して一本化に解決する傾向が見られる[156]。

確かに、商標法が不正競争防止法ともに、社会経済取引における競業秩序の維持する法制度であり、その一環としての商品等主体混同行為への規律は、公衆の混同を防ぐという公益的な側面があるとともに、営業者の信用形成を法的に支援するという目的上には一致である[157]。しかし、その目的上の一致性だけで、混同行為に対する規制を統合して一本化するようにいくまでもない。ここで考えなくてはいけないのは、何故商品主体の混同を生じる行為に対し、商標法と不正競争防止法の両方とも規律を与えるのか、ということについて、その趣旨が説明されることがある[158]。

まず、営業上の標識の模倣行為を禁止するにすれば、商品等主体混同行為を規律する目的を達成するが、これは、行為規制という法技術が採られる不正競争防止法に合致するにもかかわらず、商標法という制度を用いる趣旨はどこにあるか。商標法は、物理的にアクセスするに何も障害がない「表示」というものを対象とし、物権のような有体物に対する所有権の法技術を借用して、元々人間の行動を規制すべきものを、「表示」というものに対する排他的な権利を擬制し、その「商標権」の範囲に不当に踏み込む行為を禁止するという形により規制を実現することができる[159]。この物権の処分を認めることで、譲渡や排他的ライセンス等のような経済的な利用が便利になり、成果開発者に投下

155　ここに言う評価基準が同じようになるのは、外延の広い「出所の混同」という概念により相当柔軟的に判断できることを指す。不正競争防止法２条１項１号上の「混同」は広義の混同をも含むことが注意を要する。

156　学説について、島並・前掲注６）登録商標権の物的保護範囲（二・完）１１４頁は、３７条の定める侵害成立要件を商品出所混同のおそれに一元化して捉え、同条が掲げる商標類似性と商品類似性は、代表的な参考資料を単に例示したものと解することで、許容され得ると述べる。

しかし、最近の商標権紛争に関する訴訟の事件数の統計によると、商標権にかかる事件数を不正競争防止法にかかる事件数と対比して、商標権侵害訴訟の全知的財産権訴訟に占める割合は、減少している。その可能の理由として、一つは、商標権侵害と不正競争防止法違反の両方の法律構成が可能である際に、原告の商品等表示が周知・著名になっているような多くの場合は、不正競争防止法違反という法律構成をするほうが商標権侵害という法律構成をするより、原告にとって有利であるということで、もう一つは、不正競争防止法に基づく請求するのは、商標権侵害訴訟においての無効審判請求が提起され商標無効とされるリスク回避につながる、と飯村判事が述べた。飯村敏明「最近の商標権紛争に関する問題について―商標の類否判断を中心として―」『ブランドと法』(商事法務・２０１０年）３３７－３３９頁。

157　商標法・不正競争防止法による混同行為規制は、目的として何か市場に出てきてもらいたいものではない点を規制の連結点としてつかまえていることになり、そのうえで、いったいどのような商品やサービスの質の維持向上を促すのかということの決定については法は介入せず、そこは市場を活用しており、信用というインセンティヴの下で、具体的に何が開発されるかということは、市場的な決定に委ねているのだということになる。田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究３６号（２０１０年）を参照。

158　以下、商品等主体混同行為を含む成果冒用行為を規律する制度として、両法の制度が併存している趣旨の説明について、田村・前掲注１２５）２９－３４頁を参照。

159　詳しく論じたのは、田村・前掲注１５７）を参照。

資本の回収をより容易として成果開発のインセンティヴの増大を図る[160]。そのところを、まさに、商標法制度は行為規制を超えた物権的な構成を採用した趣旨として捉えられている。そうすると、その経済的利用を着実に実現するには、登録を効力要件とする商標登録制度が準備されているわけであるが、その商標登録制度の運営にかかる費用にまで、成果開発促進のインセンティヴを形成する必要がある場合に、不正競争防止法による規律とは別個に商標法の制度を創設すべきであるということになる[161]。他方で、商品主体混同行為に対して不正競争防止法という制度を採用して保護を厚くする理由はどこから求めるか。現実上、商標登録を受けていないにもかかわらず、実際に使用されることにより一定の信用が化体された商品表示や営業表示がかなり存在することで、その具体的に信用が化体した表示について、信用が化体した限度で保護を認める制度は、不正競争防止法における商品等主体混同行為に対する規律である。信用が化体した限度で保護を付与するにすぎないので、保護の前提として登録による公示を要求する必要はなく、登録を要しない不正競争防止法の規律に馴染むのである[162]。

なるほど、商標法と不正競争防止法による商品主体混同行為の規制は、それぞれ重んずる面及び達成手段が異なる。商標法による規制は、出所の混同の内容をあらかじめ画一的に定めておき、形式的な範囲で独占排他的な権利を付与する[163]ことを通じて実現する。登録を権利発生の要件とするので、権利存否の公示及び保護範囲の明確化によって法的安定性を確保でき、登録主義における静的な面からの保護を与えている。それに対し、不正競争防止法による規制は、信用が化体された表示を対象にして、出所混同を生じるおそれがある行為が現実に発生した場合において、個別的・具体的に競業秩序の破壊行為を排除することを通じて実現する。信用が化体した限度で保護を付与するにすぎないから、標識の周知・著名性に応じて保護を拡大することができ、標識の実態に伴う動的な面からの保護を与えている。

商標法と不正競争防止法が、商品等主体混同行為に対する規制において、登録主義における静的な面からの保護と標識の実態に伴う動的な面からの保護という法律構成を採る以上、商標法と不正競争防止法（営業表示を規律する部分）が、インテグリティを有する標識法の一部分と見られ、混同行為の規制は、商標法の場面において一定の抽象的な範囲に抑えるべきであり、具体的な混同行為に対する規制は、不正競争防止法に委ねるほうが、その法律構成に合うと考える。商標法には、まさに、「商標類似」という概念をもって抽象的な混同の範囲を画定しており、条文上の具体的な要件が適用される際に、この法律構成の趣旨に合わせて解釈していくべきであろう。少なくとも、商標の「類似」に対する解釈には謙抑的に対応する必要があると考える。したがって、侵害排除可能の

160　田村善之『機能的知的財産法の理論』（信山社・１９９６年）５頁。

161　田村・前掲注１６０）６頁。

162　田村・前掲注１２５）３４頁。

163　不正競争防止法の場合は、かかる規定が適用される結果、事実上独占排他的な権利が発生することになるが、これは競業秩序の破壊行為を個々的に排除しようとする法制度の反射的な効果に過ぎない。小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』（第２版・青林書院・２０１５年）４７頁を参照。

法律効果を発生するには、商標法において、商標類似という評価要件を充足する評価根拠事実を求めるのに対し、不正競争防止法において、商品出所混同という評価要件を充足する評価根拠事実を求めることである。

結語

本稿の最後に、以上において展開してきた商標類否の判断に関する要点をまとめて提示して結びとしたい。

商標の類否判断は、一般的に、自他商品出所混同のおそれの有無を軸としつつ、取引の実情に対応して、商標の観念、外観、称呼の三要素の点に観察し、これを媒介としてなされる、という定式が当てはまると考えて大過ないが、具体的には、裁判所が商標の類否を判断する際に、いずれかの要素を重視するか、又は、取引の実情をどの程度の考慮が認められるかによって、異なる結論に辿りつく可能性がある。商標類否に関する訴訟において、実務上実際に関心するのは、いかなる場合にどれだけの資料を立証すべきか、どのような主張が裁判所に認められるのかという問題であり、それを分かるようにするために、具体的な問題に直面しなければならず、具体的な参考資料の斟酌を分析する必要がある。したがって、判決文に述べる抽象論に止まらなく、裁判実務の実態に直面し、商標類否判断においての考慮要素及びその間の関係をに対する研究を、本稿の核心的な課題とする。

現行法施行後の従前の裁判例を整理してみたら、昭和６０年代前後までの相対的に定型的に認定する判決が主流を占めていた時代と、平成初期からの柔軟的に認定される時代という変遷が見られる。定型的規制の時期はもとより、柔軟的規制の時期においても、取引実情の考慮につき謙抑な態度を採る裁判例が主流であるように見える。商標類否の判断においては、外観、称呼、観念という三点要素の根本的な地位は、動揺されるわけではない。

商標類否の判断の構造には、「出所混同のおそれ」をどのように位置づけられるべきかについて、変則的評価的要件として捉える説と類否判断の指標として位置づける説がある。

前説は、対象商標が登録商標と比べて、低から高に、三点要素の類似（Ｃ要件）、商標自体の類似（Ｂ要件）、商品出所の混同（Ａ要件）という三つの評価レベルのある商標類否の判断構造を想定して、「出所混同のおそれ」のおそれは最終レベルの評価であるＡ要件に位置付けられ、Ｃ要件を充足すると評価されることによってＢ要件を充足すると評価されるときは、１１号（又は３７条１号）によって、原則として、登録禁止（または侵害排除可能）という法律効果が発生するが、例外として、他の点において著しく相違しまたは取引の実情等によって、Ａ要件を充足しないと評価されるときはこの限りでない、という説である。

後説は、商標法にいう商標の「類似」が、「対比される両商標が同一又は類似の商品・役務に使用された場合に、商品・役務の出所につき混同を生ずるおそれがあること」と定義されることに基づいて、両商標の全体としての類否は、この定義に当たるかどうかの評価により決定されることで、「出所の混同のおそれ」は、外観、称呼、観念の三点要素を総合的に判断して商標の類否を決定する際の指標として位置づける、という説である。

本稿は、基本的に前説の立場に立って考えようとするが、Ｂ要件を評価する際に、指標としての「商標自体の混同のおそれの有無」の評価を加え、さらに、例外としてＡ要件の充足性を評価する際に、斟酌する評価事実としての取引実情を、限定すべきであると考える。具体的に如何に限定すべきかといえば、浮動的な取引実情の斟酌可否について、登録阻却の場面で、混同を生じるおそれのある事実を絞り出し、商標の類似性を肯定する方向に浮動的な取引実情を斟酌することは、特に問題はないが、商標の類似性を否定する方向に浮動的な取引実情を斟酌することは認めるべきではない。権利侵害の場面で､原告登録商標に関する浮動的な取引実情は原則として考慮されるべきではないが、被告標章の場合は広く考慮されることが認めても構わない。また、商標の周知著名性の考慮の可否について、まず、先行登録商標の周知著名性を考慮すべきではない。後行商標（標章）については、登録阻却の場面で後行商標の周知著名性を、先行登録商標の類似性の範囲を狭める方向に斟酌することは認められることがあるが、少なくとも最低限の離隔区間を取りおく必要があり、両商標自体が類似する場合、後行商標の周知著名性をいくら斟酌しても、後行商標の登録は認められるべきではない。権利侵害の場面で後行標章の周知著名性の斟酌可否について、ひとことで言えなく、化体した信用に従い保護を与えるという方策の下で、衝突した商標との利益を調整に図るしかない。

プロセスの視点から、商標権の発生、争議及び権利行使は、いくつかの段階を経ることで、各段階の制度設計が異なるために、具体的な判断要件に対する運用には、各段階の趣旨に従い、それに適した適切な判断を行うべきである。

出願審査及び拒絶査定不服審判には、要件事実としての資料が願書に示したものに限定されており、Ｃ要件、Ｂ要件を充足すれば、所定の法律効果を発生する。取引実情の考慮が入れたＡ要件（混同のおそれ）の有無についての判断は、審査のやり直し的性格が色濃い異議申立制度に委ねる。また、商標権が生じた後、商標権の有効性に対して争われるとき、無効審判制度が用意されており、当事者対立の構造が採られるので、かかる情報資料の取得がを担保され、Ｃ要件、Ｂ要件とともに、最終レベルの評価要件としてのＡ要件の有無についても判断するのは、審判に対する当事者の納得が得られることに役立つ。

さらに、審決取消訴訟は、裁判所に行くから、両当事者対立の訴訟構造は、当事者に主張や証拠を出す機会が確保され、当事者が裁判官に情報資料を提出し立証すること促せることで、Ｃ要件、Ｂ要件の充足性を判断するだけでなく、当事者が開示された取引実情を含め、Ａ要件の評価事実を考慮に入れ、最終レベルの評価要件としてのＡ要件の

充足性に絞るのは、当事者間の紛争解決に資するだろう。ただし、すでに述べたように、評価障害事実としての取引実情の考慮は限定すべきである。それに対し、権利行使段階としての侵害訴訟の場合は異なり、商標権者に対する保護の実効性の故、現実に侵害行為があれば規制すべきであり、Ｃ要件、Ｂ要件の充足性を判断するとともに、Ａ要件を充足する場合の侵害行為を逃せないため、一時的、浮動的な取引実情を評価根拠事実として考慮されても構わない。出所混同を生じない態様で被告標章が使用されている場合、Ｃ要件、Ｂ要件を充足しても、Ａ要件の非充足性をもって侵害排除を否定すべきであるので、この際に、評価障害事実としての考慮される取引実情が、一時的、浮動的な取引実情でも認めるべきである。

商標法における４条１項１１号と１５号の関係について、条文解説には、両者の地位として並列関係であり、「出所混同のおそれを防ぐ」という意味で、4 条 1 項 15 号の「混同」が 4 条 1 項 11 号の「類似」の不充分性を補完し、需要者の立場に立って将来の混同のおそれを防止するという視点において、4 条 1 項 11 号の「類似」が 4 条 1 項 15 号の「混同」概念の限界性を補完することである。

商標法と不正競争防止法が、商品等主体混同行為に対する規制において、登録主義における静的な面からの保護と標識の実態に伴う動的な面からの保護という法律構成を採る以上、商標法と不正競争防止法（営業表示を規律する部分）が、インテグリティを有する標識法の一部分と見られ、混同行為の規制は、商標法の場面において一定の抽象的な範囲に抑えるべきであり、具体的な混同行為に対する規制は、不正競争防止法に委ねるほうが、その法律構成に合うと考える。商標法には、まさに、「商標類似」という概念をもって抽象的な混同の範囲を画定しており、条文上の具体的な要件が適用される際に、この法律構成の趣旨に合わせて解釈していくべきである。

主要裁判例索引

一　最高裁判決

大判大正８年３月４日民録２５輯３９０頁

大判昭和２年３月５日民集６巻３号８２頁［ヨネフラッシュ　バルブ］

大判昭和２年６月７日民集６巻８号３３７頁［花鳥図］

大判昭和２年６月７日昭和２年（オ）第２３２号

大判昭和４年１２月１７日昭和４年（オ）第９１２号

大判昭和７年７月１日判例工業所有権法７３７の８頁

大判昭和８年４月１１日法律新聞３５５１号１２頁［桃太郎印］

大判昭和９年３月２３日民集１３巻６号４８３頁

大判昭和１１年１０月１８日民集３巻１１号５９７頁

大判昭和１５年８月２８日判例工業所有権法７０９の２頁

大判昭和１５年１１月６日民集１９巻２２号２０２４頁［楠公事件］

最判昭和３６年６月２７日昭和３３年（オ）第１１０４号［橘正宗］

最判昭和４３年２月２７日昭和３９年（行ツ）第１１０号［氷山印］

最判昭和４９年４月２５日昭和４７年（行ツ）第３３号［保土谷化学工業］

最判昭和５１年６月２９日昭和５１年（オ）第１９７号［アルバイトニュース上告審］

最判昭和５５年８月２６日昭和５４年（行ツ）第８１号［ニコシン上告審］

最判昭和５５年８月２６日昭和５５年（行ツ）第３２号［ワイキキパール上告審］

最判平成２年１月２２日平成１年（行ツ）第１１４号［小僧事件Ｉ上告審］

最判平成４年７月１７日平成４年（行ツ）第７１号［Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ　Ｉｎｄｕｓｔｒｉｅｓ，Ｉｎｃ．上告審］

最判平成４年９月２２日平成３年（オ）第１８０５号［大森林］

最判平成５年９月１０日平成３年（行ツ）第１０３号［ＳＥＩＫＯ　ＥＹＥ］

最判平成７年９月１９日平成５年（オ）第５４１号［ＣＡＭＥＬ　Ｉ上告審］

最判平成７年９月１９日平成５年（オ）第５４２号［ＣＡＭＥＬ　ＩＩ上告審］

最判平成９年３月１１日平成６年（オ）第１１０２号［小僧寿し］

最判平成２０年９月２８日平成１９年（行ヒ）第２２３号［つつみのおひなっこや］

二　下級審判決

登録阻却の場面においての裁判例

東京高判昭和４４年７月２２日昭和４３年（行ケ）第２８号［パスドン］

東京高判昭和４４年９月２日昭和４３年（行ケ）第９２号［宏正］

東京高判昭和４４年１１月１３日昭和４４年（行ケ）第４７号［ラビアン　セブン］

東京高判昭和４５年２月１７日昭和４４年（行ケ）第３０号［ＳｉｎｇｌｅＩＩ］

東京高判昭和４５年５月２０日昭和４４年（行ケ）第８９号［ＰＲＩＮＣＥ　ＣＨＡＭＰＩＯＮ］

東京高判昭和４５年１１月２７日昭和４２年（行ケ）第１０３号［ＳＴＯＲＫ］

東京高判昭和４６年３月３０日昭和４０年（行ケ）第１１５号［キミス］

東京高判昭和４６年６月１１日昭和４５年（行ケ）第１２１号［セフロン］

東京高判昭和４７年２月２９日昭和４６年（行ケ）第２０号［オータ］

東京高判昭和４７年９月２９日昭和４７年（行ケ）第４号［鶴図形］

東京高判昭和４７年１１月２８日昭和４７年（行ケ）第１３号［ミクロン］

東京高判昭和４８年１２月２０日昭和４７年（行ケ）第１４０号［丸鱗］

東京高判昭和４９年３月５日昭和４８年（行ケ）第８８号［ＡＲＲＯＷ］

東京高判昭和４９年５月１４日昭和４７年（行ケ）第１１４号［ＧＥＮＥＲＡＬ　ＣＯＮＴＲＯＬＳ］

東京高判昭和４９年７月１６日昭和４６年（行ケ）第１４３号［ＱＵＥＥＮ　ＡＲＲＯＷ］

東京高判昭和４９年９月１８日昭和４８年（行ケ）第５４号［ＭＥＲＲＹＷＯＯＤ］

東京高判昭和５０年２月２７昭和４９年（行ケ）第３４号［ＤＵＯ‐ＤＥＣＡＤＲＯＮ］

東京高判昭和５０年３月１２日昭和４９年（行ケ）第１４５号［ルミスーパー］

東京高判昭和５０年９月１１日昭和４９年（行ケ）第１４４号［ＳＣＨＩＥＳＳＥＲ］

東京高判昭和５１年１月２８日昭和４９年（行ケ）第１２５号［サン海苔］

東京高判昭和５１年７月１３日昭和５０年（行ケ）第７４号［アリナポン］

東京高判昭和５１年１０月２７日昭和５０年（行ケ）第１１９号［ソンテツクス］

東京高判昭和５２年２月１６日昭和５０年（行ケ）第４６号［パールクイーン］

東京高判昭和５２年６月１４日昭和５１年（行ケ）第７３号［イロリ］

東京高判昭和５２年９月２８日昭和５２年（行ケ）第２２号［越後獅子］

東京高判昭和５２年１０月１９日昭和５２年（行ケ）第５２号［ＰＩＮＥ　ＴＩＧＥＲ］

東京高判昭和５２年１０月３１日昭和５２年（行ケ）第８９号［シユシユ］

東京高判昭和５２年１２月２１日昭和５２年（行ケ）第５６号［「Ｌ‐ｒｏｎ］

東京高判昭和５２年１２月２２日昭和５２年（行ケ）第８０号［西陣風味］

東京高判昭和５３年２月２７日昭和５２年（行ケ）第１１９号［カロメツクス］

東京高判昭和５３年６月１４日昭和５２年（行ケ）第２０号［Ｓｗｉｎｇ　Ｃｕｓｔｏｍ］

東京高判昭和５３年１２月２０日昭和５２年（行ケ）第２０９号［小倉屋］

東京高判昭和５４年２月２７日昭和５１年（行ケ）第１４２号［ニコシン］

東京高判昭和５４年４月２４日昭和５３年（行ケ）第１１８号［ハビタドリンク］

東京高判昭和５４年８月２９日昭和５４年（行ケ）第３１号［デアリイクイーン］

東京高判昭和５４年１０月２５日昭和５３年（行ケ）第５６号［Ｑ一ＴＩＰＳ］

東京高判昭和５４年１２月２４日昭和５３年（行ケ）第２１４号［ワイキキパール］
東京高判昭和５５年１月３０日昭和５２年（行ケ）第１９７号［足跡］
東京高判昭和５５年３月３１日昭和５２年（行ケ）第１５７号［サトちやん］
東京高判昭和５５年５月２８日昭和５３年（行ケ）第１０５号［どんがめ］
東京高判昭和５５年７月１０日昭和５４年（行ケ）第５０号［やまと］
東京高判昭和５５年７月２３日昭和５５年（行ケ）第４５号［Ｄａｎ　Ｊｅａｎ］
東京高判昭和５５年９月１０日昭和５４年（行ケ）第２２７号［Ｑ－ＣＥＬ］
東京高判昭和５６年７月１４日昭和５３年（行ケ）第２０９号［印相学の総本家］
東京高判昭和５６年７月３０日昭和５５年（行ケ）第４０３号［エチケッタネグラ］
東京高判昭和５７年１月２８日昭和５４年（行ケ）第２２号［ハイシミン］
東京高判昭和５７年２月１６日昭和５３年（行ケ）第１２８号［みねふーど］
東京高判昭和５７年３月３１日昭和５５年（行ケ）第３６６号［どさん子大将］
東京高判昭和５８年１２月２０日昭和５７年（行ケ）第２７１号［Ｎａｔｉｏｎａｌ　Ｓｅｍｉｃｏｎｄｕｃｔｏｒ］
東京高判昭和６０年６月２５日昭和５９年（行ケ）第１４号［ＧＲＡＮＤ　ＥＭＰＥＲＥＵＲ］
東京高判昭和６０年７月２４日昭和６０年（行ケ）第４６号［ＯＥＣ］
東京高判昭和６０年１０月１５日昭和５８年（行ケ）第２１５号［寶］
東京高判昭和６１年１月２９日昭和６０年（行ケ）第１８２号［エレナ］
東京高判昭和６１年３月６日昭和６０年（行ケ）第１８０号［ＯＬＴＡＳＥ］
東京高判昭和６１年３月１２日昭和６０年（行ケ）第１７０号［ＢＡＲＩＣＡＲ］
東京高判昭和６３年７月２８日昭和６３年（行ケ）第１号［すわき後楽］
東京高判平成１年４月２７日昭和６３年（行ケ）第２１８号［ソイルメート］
東京高判平成１年６月２７日昭和６３年（行ケ）第２８８号［小僧事件Ｉ］
東京高判平成１年１１月２９日平成１年（行ケ）第１２６号［ＭＡＲＵＩ］
東京高判平成２年４月１８日平成１年（行ケ）第２４５号［ハニーベル］
東京高判平成２年４月２４日平成１年（行ケ）第２４３号［ちぎり花びら］
東京高判平成２年９月１０日平成２年（行ケ）第７２号、７３号、７４号［ＫＯＤＡＫ］
東京高判平成２年１２月１１日平成１年（行ケ）第５５号［ＶＡＸＯＮ］
東京高判平成３年１月２２日平成２年（行ケ）第１３０号［夢二］
東京高判平成３年１月２４日平成２年（行ケ）第１５４号［ＭＩＣＲＯＬＯＮ］
東京高判平成３年３月１４日平成２年（行ケ）第１６８号［ＴＨＥ　ＢＯＸ］
東京高判平成３年１０月１５日平成３年（行ケ）第７７号［ランバン］
東京高判平成３年１０月２４日平成３年（行ケ）第１９号［Ｃｏｌｕｍｂｉａ　Ｐｉｃｔｕｒｅｓ　Ｉｎｄｕｓｔｒｉｅｓ，Ｉｎｃ.］
東京高判平成３年１０月３１日平成３年（行ケ）第２４号［ガス燈］
東京高判平成４年３月１０日平成３年（行ケ）第１９８号［Ｄｏｄｇｅｒｓ］
東京高判平成４年７月２８日平成３年（行ケ）第１９２号［別冊フレンド］

東京高判平成５年２月１７日平成４年（行ケ）第９３号［WRANGLER］
東京高判平成５年３月３日平成４年（行ケ）第８２号［ＬＩＺＺＡ］
東京高判平成５年６月２９日平成４年（行ケ）第１４７号［LANCEL］
東京高判平成６年３月３１日平成４年（行ケ）第１３６号［CONVERSE］
東京高判平成６年１０月２５日平成６年（行ケ）第８号［Ｐａｎ－ｔｈｅｒ］
東京高判平成７年１月３１日平成５年（行ケ）第２２７号［MOGA］
東京高判平成７年３月２９日平成６年（行ケ）第１５０号［Ｇｉｂｅｌｔｙ　ギベルティ］
東京高判平成７年４月２０日平成６年（行ケ）第１０９号［マルエム］
東京高判平成７年９月２７日　平成６年（行ケ）第７７号［関の孫六］
東京高判平成７年１１月２２日平成６年（行ケ）第１５７号［ノービゲン］
東京高判平成７年１２月　６日平成７年（行ケ）第５８号［原米洲］
東京高判平成８年４月１７日平成７年（行ケ）第５２号［ＳＰＡ］
東京高判平成９年７月２９日平成８年（行ケ）第２６９号［ココ］
東京高判平成９年１０月１日平成８年（行ケ）第３１２号［ＶＩＳＣＡＲＩＮ］
東京高判平成１０年７月１４日平成０９年（行ケ）第２７２号［ＳＮＩＦＦＥＲ］
東京高判平成１０年９月２２日平成９年（行ケ）第１７９号［メニコン］
東京高判平成１１年５月２７日平成１０年（行ケ）第３１８号［宰府寒梅］
東京高判平成１１年６月２９日平成１０年（行ケ）第３３３号［ＳＩＰ］
東京高判平成１１年６月３０日平成１１年（行ケ）第２号［ＣＩＭＡ］
東京高判平成１１年１０月２８日平成１１年（行ケ）第１７１号［COGNEX］
東京高判平成１１年１０月２８日平成１１年（行ケ）第１３８号［ＴＥＲＲＡ］
東京高判平成１１年１２月７日平成１１年（行ケ）第１６１号［ＬＡＢＲＡ］
東京地判平成１２年２月２５日平成１１年（ワ）第１９６０７号［遊食市場］
東京高判平成１２年２月２９日平成１１年（行ケ）第１２６号［ＳＴＥＲＩＳ］
東京高判平成１２年９月２６日平成１２年（行ケ）第５０号［八雲］
東京高判平成１２年１０月５日平成１２年（行ケ）第１３９号［象の図形］
東京高判平成１３年６月２０日平成１２年（行ケ）第４３５号［ＰＲＯ－ＬＥＸ］
東京高判平成１３年８月９日平成１２年（行ケ）第２７９号［ＢＥＶＥＲＬＹ　ＨＩＬＬＳ　ＰＯＬＯ　ＣＬＵＢ］
東京高判平成１３年９月１３日平成１３年（行ケ）第４７号［リスコート］
東京高判平成１３年１２月１２日平成１３年（行ケ）第１４４号［痛快！］
東京高判平成１３年１２月１８日平成１３年(行ケ)第１２１号[ＳＴＥＡＫ　ＨＯＵＳＥ　ｈａｍａ］
東京高判平成１４年１月２９日平成１３年（行ケ）第２５４号［Ｎａｔｕｒｅａ］
東京高判平成１４年３月１９日平成１３年（行ケ）第３６３号［鳳凰］
東京高判平成１４年９月３０日平成１３年（行ケ）第５１８号［塩沢絣］
東京高判平成１４年１１月１３日平成１４年（行ケ）第１５２号［セレモアみずき］
東京高判平成１４年１２月１９日平成１３年（行ケ）第３９６号［ＢＥＡＲ］

東京高判平成１４年１２月２７日平成１４年(行ケ)第１４０号[Ｉｎｄｉａｎ　Ｍｏｔｏｃｙｃｌｅ]

東京高判平成１５年1月２１日平成１４年（行ケ）第２６６号［ＳＵＰＥＲ　ＧＲＩＰ］

東京高判平成１５年6月１２日平成１４年（行ケ）第５１８号［ジジ］

東京高判平成１５年７月３日平成１４年（行ケ）第３７７号［ふぐの子］

東京高判平成１５年１２月２６日平成１５年（行ケ）第３１６号［パテントマップくん］

東京高判平成１６年2月２５日平成１５年（行ケ）第３７１号［ポロ競技］

東京高判平成１６年１１月２９日平成１６年（行ケ）第２２９号［魚耕］

東京地判平成１７年４月１３日平成１６年（ワ）第１７７３５号［レガシィクラブ］

知財高判平成１７年４月１９日平成１７年（行ケ）第１０１０３号［ＢＡＬＭＡＩＮ］

知財高判平成１８年2月１６日平成１７年(行ケ)第１０６１８号[ＳＡＮＹＯ　ＳＨＩＮＰＡＮ　ＧＲＯＵＰ]

知財高判平成１８年４月２７日平成１７年（行ケ）第１０７６４号［源気］

知財高判平成１８年5月１０日平成１７年（行ケ）第１０８４０号［マジカルウエスト］

知財高判平成１８年１１月２０日平成１８年（行ケ）第１０２３３号［Ｘ‐Ｐａｃｔ］

知財高判平成１８年１２月２５日平成１８年（行ケ）第１０３３４号［ＰｒｏＭＯＳ］

知財高判平成１９年2月１３日平成１８年（行ケ）第１０３９１号［サファイア］

知財高判平成１９年5月２９日平成１８年（行ケ）第１０４８０号［アオバ］

知財高判平成１９年8月８日平成１９年（行ケ）第１００６１号［ＣＵＢＳ］

知財高判平成１９年8月２８日平成１９年（行ケ）第１００３９号［俄］

知財高判平成１９年8月３０日平成１９年（行ケ）第１００９０号［海］

知財高判平成１９年１０月２５日平成１９年（行ケ）第１０２０５号［大阪プチバナナ］

知財高判平成２０年１２月２５日平成２０年（行ケ）第１０２８５号［ＣＩＳ］

知財高判平成２０年１２月１７日平成２０年（行ケ）第１０１３９号［キューピー］

知財高判平成２１年1月２８日平成２０年（行ケ）第１０２５８号［ＭＩＺＵＨＯ．ＮＥＴ］

知財高判平成２１年3月１７日平成２０年（行ケ）第１０４１１号［皇寿ドリング］

知財高判平成２１年4月２７日平成２０年（行ケ）第１０３８０号［ラブコスメ］

知財高判平成２１年5月２７日平成２０年（行ケ）第１０４４２号［Ｑｕｉｃｋ　Ｃｈａｎｇｅ］

知財高判平成２１年5月２８日平成２０年（行ケ）第１０４３９号［Ｆａｃｔｏｒｙ９００］

知財高判平成２１年6月２５日平成２１年（行ケ）第１００３１号［Ｌａｓｅｒ　Ｅｙｅ］

知財高判平成２１年7月１６日平成２１年（行ケ）第１００２１号［ラブコスメティック］

知財高判平成２１年7月２１日平成２０年（行ケ）第１００４８号［ＰＥ’Ｚ］

知財高判平成２１年9月１５日平成２１年（行ケ）第１０１０２号［ｌ－Ｌｕｘ事件］

知財高判平成２１年１０月２８日平成２１年（行ケ）第１００７１号［肌優］

知財高判平成２２年3月１７日平成２１年（行ケ）第１０３２８号［ｂｅｒｒｙ　ｍｏｂｉｌｅ］

知財高判平成２２年3月２９日平成２１年（行ケ）第１０３０６号［いなば和幸］

知財高判平成２２年4月２７日平成２１年（行ケ）第１０１５２号［ＰＯＬＯ］

知財高判平成２２年4月２８日平成２１年（行ケ）第１０４１１号［「ＡＴＨＬＥＴＥ　ＬＡＢＥＬ］

知財高判平成２２年６月２８日平成２１年（行ケ）第１０４０９号［ｅ－ｗａｔｃｈｉｎｇ］
知財高判平成２２年６月３０日平成２２年（行ケ）第１００７６号［Ｊｏ－Ｊｕ］
知財高判平成２２年７月１２日平成２１年（行ケ）第１０４０４号［シーサー商標事件］
知財高判平成２２年７月２１日平成２１年（行ケ）第１０３９６号［ロキ］
知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）第１０１０１号［きっと，サクラサクよ。］
知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）第１００９４号［ＡＥＲＩＥ］
知財高判平成２２年８月１９日平成２２年（行ケ）第１０１５０号［京や］
知財高判平成２２年９月１４日平成２１年（行ケ）第１０３００号［片目でウインクした顔の図形］
知財高判平成２２年９月１５日平成２２年（行ケ）第１００９３号、第１０１０３号［キューピーと思しき頭部図形］
知財高判平成２２年９月２７日平成２２年（行ケ）第１０１０２号［ＷＯＲＬＤ］
知財高判平成２２年１１月３０日平成２２年（行ケ）第１０２２６号［ハーブヨーグルトン図形］
知財高判平成２２年１２月１４日平成２２年（行ケ）第１０１７１号［ＢＯＯＫＩＮＧ．ＣＯＭ］
知財高判平成２２年１２月２２日平成２２年（行ケ）第１０２５７号［ＥＸＴＲＩＭＡ］
知財高判平成２３年４月２７日平成２２年（行ケ）第１０３２６号、第１０３２７号［Ｇｏｌｄ　Ｌｏａｎ］
知財高判平成２３年６月６日平成２２年（行ケ）第１０３３９号［潤煌］
知財高判平成２３年６月２８日平成２３年（行ケ）第１００００４号［アイテック阪急阪神］
知財高判平成２３年６月２９日平成２３年（行ケ）第１００４０号［シュープ］
知財高判平成２３年７月２１日平成２３年（行ケ）第１００８７号［ホレカ］
知財高判平成２３年９月２０日平成２３年（行ケ）第１００８５号［ＴＶプロテクタ］
知財高判平成２３年９月２７日平成２３年（行ケ）第１００８１号［モンテローザカフェ］
知財高判平成２３年１０月２４日平成２３年（行ケ）第１００９３号［ＰＡＧ］
知財高判平成２３年１１月３０日平成２３年(行ケ)第１０２０５号[けんしんスマートカードローン］
知財高判平成２３年１２月２６日平成２３年（行ケ）第１０１３５号［スーパーみらべる］
知財高判平成２４年1月２５日平成２３年(行ケ)第１０３０８号[和創菜　ＴＳＵＫＩＴＥＩ　月亭］
知財高判平成２４年1月３０日平成２３年（行ケ）第１０２５２号［海葉］
知財高判平成２４年1月３０日平成２３年（行ケ）第１０１９０号［メルクス］
知財高判平成２４年2月２１日平成２３年（行ケ）第１０２０３号［ＶＯＳＳ］
知財高判平成２４年2月１５日平成２３年（行ケ）第１０３１１号［ＢＬＣＫ］
知財高判平成２４年2月１５日平成２３年（行ケ）第１０２８７号［ＳＰＯＲＴＳ　ＬＡＢＯＲＡＴＯＲＹ　Ｓｐｏｒｔｓｍａｎ．ｊｐ］
知財高判平成２４年5月３１日平成２３年（行ケ）第１０３３２号［電装現代仏壇］
知財高判平成２４年6月１３日平成２３年（行ケ）第１０３２８号［レインボー］
知財高判平成２４年7月１２日平成２３年（行ケ）第１０３７２号［ファンタジーライフ］
知財高判平成２４年7月１９日平成２３年（行ケ）第１０３７５号［ＰＯＷＥＲＷＥＢ］
知財高判平成２４年7月２６日平成２４年(行ケ)第１００５４号、第１００５５号[スマイルマーク］

知財高判平成２４年１１月２９日平成２３年（行ケ）第１０４４６号、第１０４４７号［ＢＤＯ］
知財高判平成２４年１２月１３日平成２３年（行ケ）第１０３４４号［いなば和幸］
知財高判平成２５年1月１５日平成２４年(行ケ)第１０２９３号[Ｄｅｅｐ　Ｓｅａ　Ｄｒｉｖｅｒ]
知財高判平成２５年1月１７日平成２４年（行ケ）第１０２２３号［Ｉｎｄｉａｎ］
知財高判平成２５年3月２５日平成２４年（行ケ）第１０３３８号［モノリスタワー］
知財高判平成２５年3月２８日平成２４年（行ケ）第１０４０３号［ボロニアジャパン］
知財高判平成２５年3月２１日平成２４年（行ケ）第１０２９０号［Ｂａｂｙ　Ｍｏｎ　ｃｈｏｕｃｈｏｕ］
知財高判平成２５年3月２１日平成２４年（行ケ）第１０３９２号、第１０３９３号、第１０３９４号［ＲＯＳＥ　Ｏ’ＮＥＩＬＬ　ＫＥＷＰＩＥ］
知財高判平成２５年5月３０日平成２５年（行ケ）第１００２６号［御用邸の月］
知財高判平成２５年6月２６日平成２４年（行ケ）第１０４１７号［ＡＳＣＥＮＤ］
知財高判平成２５年7月１８日平成２５年（行ケ）第１００２９号、第１００３０号［ＳＡＭＵＲＡＩ　ＪＡＰＡＮ］
知財高判平成２５年9月５日平成２５年（行ケ）第１００４５号［カガミクリスタル江戸切子］
知財高判平成２５年１０月１０日平成２５年（行ケ）第１０１２６号［きょロッケ］
知財高判平成２５年１１月２１日平成２５年（行ケ）第１０１６８号［Ｉｎｄｉａｎ・図形・Ｉｎｄｉａｎ　Ｍｏｔｏｃｙｃｌｅ　Ｃｏ.,　Ｉｎｃ.］
知財高判平成２５年１２月１８日平成２５年(行ケ)第１０１６５号、１０１６６号、１０１６７号[ＲＡＦＦＩＮＥ]
知財高判平成２６年1月２７日平成２５年（行ケ）第１０１１３号［ＣＳＴ方式］
知財高判平成２６年2月５日平成２５年（行ケ）第１０１２７号［Ｍｅｉｊｉ］
知財高判平成２６年2月２７日平成２５年（行ケ）第１０２５１号［ＳＴＥＬＬＡ］
知財高判平成２６年2月２７日平成２５年（行ケ）第１０１７５号［ＴＯＮ’Ｓ・美実］
知財高判平成２６年3月５日平成２５年（行ケ）第１０２６１号［中央式典・町田駅前会堂・けやき］
知財高判平成２６年6月１１日平成２５年（行ケ）第１０３４２号［ライフストア］
知財高判平成２６年6月１８日平成２５年（行ケ）第１０３２２号［チボリ］
知財高判平成２６年6月１８日平成２６年（行ケ）第１００２９号［宝焼酎　粋］
知財高判平成２６年8月７日平成２５年（行ケ）第１０２９８号［マギー］
知財高判平成２６年１０月２７日平成２６年（行ケ）第１０１２２号［ＶＩＡ］
知財高判平成２６年１０月２９日平成２６年(行ケ)第１００９４号[ＰＥＡＣＥ　ＩＣＥＤ　ＣＯＦＦＥＥ]
知財高判平成２７年1月２９日平成２６年（行ケ）第１０１８５号［しあわせ牛］
知財高判平成２７年2月１２日平成２６年（行ケ）第１０１８０号［発酵玄米菜食ギャバ］
知財高判平成２７年2月２６日平成２６年（行ケ）第１０２１７号［Ｖｅｒｇｅｒ］
知財高判平成２７年6月１１日平成２６年（行ケ）第１０２６４号［ＲＵＮＥ］
知財高判平成２７年8月６日平成２６年（行ケ）第１０２６８号［オルガノサイエンス］

知財高判平成２７年9月２９日平成２７年（行ケ）第１００６４号［Ｋａｍｉ　Ｎｏ　Ｓｕｎａ］

権利侵害の場面においての裁判例

東京地判昭和３６年3月２日昭和３２年（ワ）第５２７８号［趣味の会］
東京地判昭和３６年１１月１５日昭和３６年（ワ）第３８２号［明治屋］
東京地判昭和３７年6月３０日昭和３６年（ワ）第５１０１号［ＣＡＭＥＲＡＲＴ］
東京地判昭和３９年１２月２６日昭和３８年（ワ）第４４９３号［シンセン］
福岡地方裁判所昭和４２年3月３１日昭和３２年（ワ）第１１２５号［美鶴松浦漬］
東京地判昭和４７年1月３１日昭和４４年（ワ）第１３２６１号［月桂樹］
浦和地方裁判所昭和４７年１０月１８日昭和４６年（モ）第１３０８号［納豆の包装用容器第一審］
東京地判昭和４８年4月２３日昭和４６年（ワ）第７６４７号［塩瀬］
東京高判昭和４８年１０月２６日昭和４７年（ネ）第２６１７号［納豆の包装用容器控訴審］
大阪高判昭和５０年１０月２４日昭和４８年（ネ）第７３６号［アルバイトニュース］
東京地判昭和５１年1月２８日昭和４７年（ワ）第８６７３号［ａｎ事件］
東京高判昭和５１年1月２９日昭和４７年（ネ）第３７６号、昭和４７年（ネ）第４０４号［月桂樹控訴審］
大阪地判昭和５１年4月３０日昭和４８年（ワ）第５６３５号［ピロビタン］
東京地判昭和５２年1月１９日昭和５０年（ワ）第６２０９号［ニコラス］
大阪地判昭和５４年9月１４日昭和５３年（ワ）第２２９５号［東洋レリーフ箱根］
大阪地判昭和５４年１１月２８日昭和５３年（ワ）第１８９８号［エチケット］
東京高判昭和５５年5月２１日昭和５４年(ネ)第２０７８号[ＲＥＡＬ　ＣＨＥＭＩＣＡＬ　ＣＯ.,ＬＴＤ．控訴審］
大阪地判昭和５５年１０月２４日昭和５４年（ワ）第８６８３号等［稲妻］
大阪地判昭和５６年4月８日昭和５３年（ワ）第３５号［フエルタッチ］
大阪高判昭和５６年5月１９日昭和５５年（ネ）第１８３９号［稲妻控訴審］
東京地判昭和５６年8月３日昭和４８年（特わ）第２１３８号［盛光］
大阪地判昭和５７年1月１９日昭和５５年（ワ）第７９３３号［曽呂利］
東京地判昭和５７年１０月２２日昭和５４年（ワ）第１１８１７号［制糖茶一審］
大阪地判昭和５８年１１月２５日昭和５８年（ワ）第９４４号［ＲＯＹＡＬ］
札幌地判昭和５９年3月２８日昭和５８年（ヨ）第４６号［コンピューターランド北海道］
名古屋地判昭和６０年7月２６日昭和５９年（ワ）第２０８８号［東天紅一審］
横浜地判昭和６０年１０月２５日昭和５７年（ワ）第１４８２号［濱ッ子］
名古屋高判昭和６１年5月１４日昭和６０年（ネ）第５３１号［東天紅控訴審］
東京地判昭和６２年7月１７日昭和６１年（ワ）第６８１６号［ＳＣＩＥＮＣＥ　ＤＩＥＴ］
東京高判昭和６２年　9月２９日昭和５７年（ネ）第２７９９号［制糖茶控訴審］

東京地判昭和６２年１０月２３日昭和６１年（ワ）第１３２２号等［特選街］

大阪地判昭和６３年２月９日昭和６０年（ワ）第９８６０号［プラス］

東京地判昭和６３年２月１２日昭和６１年（モ）第４５６４号［ＶＯＧＵＥ］

大阪地判昭和６３年７月２８日昭和６１年（ワ）第７１８４号［スリック］

大阪地判平成１年１０月９日昭和５９年（ワ）第５４７３号、昭和６１年（ワ）第２３６７号［元禄寿司］

東京地判平成２年１２月２６日平成１年（ワ）第１３４５０号［ＧＵＥＳＳ］

浦和地判平成３年１月２８日昭和６２年（ワ）第２２６号［アイコンタクトメガネ］

東京地判平成３年２月２５日平成１年（ワ）第３４９６号［日経ギフト］

東京高判平成３年１１月１２日平成３年（ネ）第７３８号［日経ギフト控訴審］

大阪地判平成４年１月３０日平成２年（ワ）第２５９号［ＣＡＭＥＬ　Ｉ一審］

大阪地判平成４年１月３０日平成２年（ワ）第２５８号［ＣＡＭＥＬ　ＩＩ一審］

大阪地判平成４年８月２７日平成３年（ワ）第４１４９号［ＢＩＯ　ＱＵＥＥＮ］

東京地判平成５年６月２３日平成３年（ワ）第６９４４号［パワーステーション］

千葉地判平成６年３月２５日平成５年（ヨ）第７０２号［三国志］

東京地判平成６年３月２８日平成４年（ワ）第９３１１号［ａｓａｈｉ］

東京地判平成６年６月２９日平成５年（ワ）第６９４９号［Ｋ］

東京地判平成７年２月２２日平成６年（ワ）第６２８０号［ＵＮＤＥＲ　ＴＨＥ　ＳＵＮ］

東京高判平成８年９月１２日平成７年（ネ）第４５９８号［ａｚａｍｉｎｏ　Ｅｓｅｇａｎｃｅ］

東京地判平成９年３月３１日平成６年（ワ）第１９０６１号［ＵＮＩＴＥＤ］

神戸地判平成９年８月２７日平成８年（ワ）第７６８号［チボリ］

東京地判平成１０年２月２７日平成９年（ワ）第７２１５号［ＭＯＳＣＨＩＮＯ・モスキーノ］

東京地判平成１０年　７月１６日平成８年（ワ）第１７２２１号［十二支箸］

東京地判平成１０年７月２２日平成９年（ワ）第１０４０９号［Ａｌｗａｙｓ　Ｃｏｃａ－ｃｏｌａ］

東京地判平成１０年７月２４日平成７年（ワ）第２００９５号［筑後の国寒梅］

東京地判平成１０年１０月２９日平成７年（ワ）第１１８１９号［ＮＥＯ・ＧＥＯ］

東京地判平成１０年１０月３０日平成８年（ワ）第２３０３４号［ＥＬＬＥ　ＭＡＮＩＮＥ］

東京地判平成１０年１１月３０日平成１０年１１月３０日［壁の穴］

東京地判平成１１年１月２９日平成８年（ワ）第１９８０７号［ＪＯＥＬＬＥ］

東京地判平成１１年７月２３日平成１０年（ワ）第２０３８３号［ＴＨＥ　ｓａｋ］

東京地判平成１１年７月２３日平成１０年（ワ）第２６６３８号［Ｑｔ］

東京高判平成１１年１０月２９日平成１０年（ネ）第３７０７号［筑後の国寒梅控訴審］

東京高判平成１２年１月２６日平成１１年（ネ）第４５７１号［Ｑｔ控訴審］

東京地判平成１２年２月２５日平成１１年（ワ）第１９６０７号［遊食市場］

大阪高判平成１２年８月２５日平成１１年（ネ）第２８１５号［金盃菊正宗控訴審］

名古屋地判平成１３年１１月９日平成１２年（ワ）第３６６号［ＪａｍＪａｍ］

東京地判平成１４年１月２９日平成１２年（ワ）第２３４２５号［Ｕｎｉｔｅｄ　Ｓｐｏｒｔｓ］

東京地判平成１４年８月２２日平成８年（ワ）第１４０２６号［インディアンモーターサイクル　中間判決］
東京高判平成１４年１２月１９日平成１２年（ネ）第６２５２号［ＢｅａＲ　控訴審］
東京地判平成１５年５月２８日平成１４年（ワ）第６８８９号［カナディアンメープルシロップ］
東京地判平成１５年６月２７日平成１４年（ワ）第１０５２２号［花粉］
東京地判平成１６年１２月１日平成１６年（ワ）第１２１３７号［（ドコモ）ｅサイト］
東京地判平成１７年３月３０日平成１６年（ワ）第２５６６１号［スタビライゼーション］
東京地判平成１７年４月１３日平成１６年（ワ）第１７７３５号［レガシィクラブ］
東京地判平成１７年１０月１４日平成１６年（ワ）第１１６１７号［ＲＥＮＡＰＵＲ］
知財高判平成１７年１１月２４日平成１７年（ネ）第１００８２号［スタビライゼーション控訴審］
東京地判平成１７年１２月２１日平成１６年（ワ）第８０９２号［本当にあったＨ（エッチ）な話］
大阪地判平成１８年４月１８日平成１５年（ワ）第１１６６１号［Ｙｏｄｅｌ］
東京地判平成１８年１２月２２日平成１７年（ワ）第１８１５６号［ＬＯＶＥＢＥＲＲＹ］
東京地判平成１９年５月１６日平成１８年（ワ）第４０２９号［ＥＬＬＥＧＡＲＤＥＮ］
東京地判平成１９年７月２６日平成１８年（ワ）第２８３２３号［自然健康館］
東京地判平成１９年１１月２１日平成１８年（ワ）第１７９６０号［ＥＰＩ］
知財高判平成１９年１２月２５日平成１９年（ネ）第１００６５号［自然健康館控訴審］
東京地判平成１９年１２月２７日平成１８年（ワ）第５２７２号、平成１８年（ワ）第８４６０号［ＳＨＩＲＡＨＡＭＡ］
大阪地判平成２０年２月７日平成１９年（ワ）第３０２４号［ＣＬＥＡＲ　ＩＭＰＲＥＳＳＩＯＮ］
知財高判平成２０年３月１９日平成１９年（ネ）第１００５７号［ＥＬＬＥＧＡＲＤＥＮ控訴審］
大阪地判平成２０年７月１０日平成１９年（ワ）第１４９８４号［青丹よし］
大阪高判平成２０年１１月７日平成１９年（ネ）第３０５７号［ＬＯＶＥ控訴審］
東京地判平成２１年３月３１日平成１９年（ワ）第１８６１１号［Ｃｏｍｆｏｒ　るるど］
大阪地判平成２１年９月１７日平成２０年（ワ）第１６０６号［ＳＷＩＶＥＬ　ＳＷＥＥＰＥＲ］
東京地判平成２１年１２月２４日平成２１年（ワ）第１９８８８号［薄茶形図形の組合せ図］
知財高判平成２２年１１月２９日平成２２年（ネ）第１００１５号［薄茶形図形の組合せ図控訴審］
東京地判平成２２年　３月　４日平成２０年（ワ）第１０７３５号［Ｉ（ハート形の図形）Ｎａｉｌ］
東京地判平成２２年７月１６日平成２０年（ワ）第１９７７４号［シルバーヴィラ］
東京地判平成２２年１０月１４日平成２１年（ワ）第１０１５１号［Ｓ－ｃｕｔ／エスカット］
大阪地判平成２３年６月２日平成２２年（ワ）第１１１１５号［ＰＩＡ］
大阪地判平成２３年６月３０日平成２２年（ワ）第４４６１号［ＭＯＮＣＨＯＵＣＨＯＵ］
大阪地判平成２３年７月２１日平成２１年（ワ）第１６４９０号［ポリマーガード］
東京地判平成２３年１０月２８日平成２２年（ワ）第１２３２号［ひかり］
東京地判平成２４年１月１２日平成２２年（ワ）第１０７８５号［ゆうメール］
東京地判平成２４年１月２６日平成２２年（ワ）第３２４８３号［ＫＡＭＵＩ］
東京地判平成２４年４月２５日平成２３年（ワ）第３５６９１号［ＳｈｉｂｕｙａＧｉｒｌｓＣｏｌｌ

ｅｃｔｉｏｎ］
大阪地判平成２４年７月１２日平成２２年（ワ）第１３５１６号［ＳＡＭＵＲＡＩ］
東京地判平成２４年７月２７日平成２４年（ワ）第５９４６号［小町苑］
東京地判平成２４年９月１０日平成２３年（ワ）第３８８８４号［アイネイル］
東京地判平成２４年１０月１７日平成２３年（ワ）第２６６９６号［エイブル］
大阪地判平成２５年１月２４日平成２４年（ワ）第６８９６号［Ｃａｃｈｅ］
大阪高判平成２５年３月７日平成２３年（ネ）第２２３８号、平成２４年（ネ）第２９３号［ＭＯＮＣＨＯＵＣＨＯＵ・モンシュシュ控訴審］）
東京地判平成２５年３月２２日平成２２年（ワ）第４４７８８号［とんかつ和幸］
知財高判平成２５年３月２５日平成２４年（ネ）第１００１０号、平成２４年（ネ）第１００１７号［ナーナニーナ］
東京地判平成２５年３月２８日平成２４年（ワ）第８３４６号［御用邸］
大阪地判平成２５年１０月１７日平成２５年（ワ）第１２７号［ＲＡＧＧＡＺＺＡ］
東京地判平成２５年１０月２３日平成２４年（ワ）第２７４７５号［ふふ一審］
東京地判平成２５年１１月２８日平成２４年（ワ）第１６３７２号［ＲＡＦＩＮＥ］
東京地判平成２６年１月３１日平成２４年（ワ）第２４８７２号［Ｐｉｅｒａｒｅｊｅｕｎｎｅ／ピエラレジェンヌ］
大阪地判平成２６年３月６日平成２４年（ワ）第１８５５号［南京町］
大阪地判平成２６年３月２７日平成２４年（ワ）第１３７０９号［ＰＲＩＭＥ　ＳＥＬＥＣＴ／プライム　セレクト］
東京地判平成２６年４月３０日平成２４年（ワ）第９６４号［名奉行金さん］
東京地判平成２６年５月２１日平成２５年（ワ）第３１４４６号［エルメス・バーキン］
大阪地判平成２６年６月２６日平成２５年（ワ）第１２７８８号［ライサポ］
大阪地判平成２６年８月２８日平成２５年（ワ）第７８４０号［ｍｅｌｏｎｋｕｍａ］
東京地判平成２６年１１月１４日平成２５年（ワ）第２７４４２号、平成２５年（ワ）第３４２６９号［ＳＨＩＰＳ］
知財高判平成２６年１１月１９日平成２５（ネ）第１０１０１号［ふふ控訴審］
東京地判平成２６年１２月５日平成２５年（ワ）第２５７６８号［プラネット］
東京地判平成２７年１月２９日平成２４年（ワ）第２１０６７号［ＩＫＥＡ］
東京地判平成２７年２月２７日平成２５年（ワ）第２８２１０号［ＥＳＳ　Ｊａｐａｎ］
東京地判平成２７年２月２７日平成２６年（ワ）第７１３２号［Ａｇｉｌｅ］
東京地判平成２７年４月２７日平成２６年（ワ）第２１２４９号［ＨＹＢＲＩＤ　ＡＥＲＯ］
東京地判平成２７年９月１０日平成２６年（ワ）第２９６１７号［ＴＫＤ］
大阪地判平成２７年１０月１５日平成２６年（ワ）第３１７９号［中古車の１１０番］
知財高判平成２７年１１月５日平成２７年（ネ）第１００３７号［湯～とぴあ控訴審］

（以上）