

第4章

商標の類否判断に関する日中の比較研究

第1節 研究内容の要約

中国では、2013年の商標法改正により52条の規定が改正され（現行法57条）、商標制度の根幹をなす商標に関する類否判断が「混同のおそれ」にまで拡大され、権利行使の段階での商標の類否判断の根拠規定が設けられた。しかしながら、商標法には権利付与の段階での根拠規定がなく、2017年には最高人民法院の司法解釈が示されたものの、商標の類否判断を巡って様々な判決や学説が出現している。

一方日本では、商標審査基準や商標審査便覧の改訂により、類似判断の明確化が進められているが、結合商標の類否については、最高裁判決の考え方が一貫しているのか否かについて解釈が分かれ、商標審査基準においても、保守的な表現にとどめられている状況である。

この共同研究は、日中両国の研究者がそれぞれ自国の制度の現状をふまえ、商標類似判断に関する問題点について研究を行ったものである。この共同研究を通じて、商標類似判断基準を概括し、商標類似判断基準の問題を分析・提言する。

はじめに、商標は、商品又は役務の出所を示す標識であり、需要者に「ブランドを識別して買い物する」という利便性をもたらす役割を果たすものである。この標識・役割に基づき、日中比較の視点から、商標登録審査機関と司法機関の商標の類似性を判断する基準、及び類似商標の使用を防止する措置をそれぞれ検討する。加えて法的レベルでは、商標類似性判断の具体的な実務において、中国商標行政機関と司法機関は、一般的に「商標＋商品＋市場混同」という三要素の基準をもって商標の類似性を総合的に判断している。この三要素を商標類似性判断の基準とすることで生じる積極的な効果と消極的な効果を勘案し、最善の認定基準のありかたについて提言している。

次に、結合商標の類否判断について、現状を分析するとともに、そこから窺われる商標法制の将来の課題を論ずる。同じような問題は、中国でも認識されているが、商標の類否に関する抽象的な基準が日中で異ならないにもかかわらず、日本で抱かれている問題意識と、中国での問題意識とは、必ずしも同じではないようである。その理由の一端は、中国と日本とでは、商標制度に期待する役割の違いにあるのではないかと仮説をたて、日本における商標の類否についての考え方の変遷を、商標制度の社会的な機能の変遷に照らして検討した上で、現在の日本において商標制度に期待される役割をふまえ、今後どのような点が問題になるかを考察する。特許法に比較すると、商標法の分野では商標制度に期待される政策目的が抽象的にしか議論されず、まして、国によりそうした商標制度に期待される政策目的が異なるという認識は抱かれてこなかった点を正面からとらえ、国際的にも論じていくことが必要になると提言している。

また、日本の商標法の下での、商標の類否判断における「取引の実情」の考慮のあり方について場面ごとに区別して検討・提言する。登録場面においては、その基準における「取引の実情」に、どの程度個別具体的な状況を含めるべきなのかについては争いがある。特に出願商標や引用商標の具体的な使用態様については、2010年ころから相当具体的な事情を考慮して類似性を否定する判決が続いたが、最近ではそのような傾向はみられない。ただし、このような事情を考慮すべきでないことを明示する判決もない点には留意が必要である。また、出願商標の周知・著名性については類似性を否定する事情として考慮される傾向にあるが、このような傾向は不適切である。周知・著名商標を構成部分の一部分とする結合商標について、当該商標以外の構成要素の識別力が（絶対的基準で見て）弱くない場合には、その要素が引用商標と共通しているのであれば類似性を肯定すべきである。

侵害場面においては、相手方商標の具体的な使用態様については、相手方商標を特定する必要上、

当然に考慮されることとなるが、登録商標の具体的な使用態様については考慮すべきではない。相手方商標の周知・著名性を考慮して、そのような事情を混同のおそれを否定する要素として考慮するのは適切ではなく、権利濫用等の他の法理・制度で解決すべき問題であるように述べている。

第2節 中国における商標の類否判断

I. 商標類似判断に関する中日比較研究

中国社会科学院 知識産権センター 李 明德 教授

1. 商標の類似判断に関する概要

商標とは、商品又は役務の出所を識別するための標章のことを指す。商標は文字、数字、図形及び立体形状などの要素から構成されたものをいう。商標の構成要素について、『TRIPS 協定』15条によれば、如何なる標章も、例えば、文字（氏名など）、アルファベット、数字、図形要素、色彩の組み合わせ、立体形状及び上述要素の組み合わせなど、市場の主体の商品又は役務さえ区別できれば、商標として登録すべきである。当該内容について、中日両国の商標法においても、『TRIPS 協定』と凡そ一致している内容が定められている。例えば、『中国商標法』の第8条では、「自然人、法人又はその他の組織の商品を他人の商品と区別することができる文字、図形、アルファベット、数字、立体形状、色彩の組合せ及び音声等、並びにこれらの要素の組合せを含む標章は、すべて商標として登録出願することができる。」と定めている。『日本商標法』では、「本法でいう「商標」とは、人の知覚により知得することができるもののうち、文字、図形、記号、立体形状又は色彩若しくはこれらの結合、音その他政令で定めるもの（以下「標章」という。）であつて、次に掲げるものをいう。」と定めている。

商標は商品又は役務に使用される標章であり、その基本機能は消費者又は公衆に向け、商品又は役務の出所を提示するものである。消費者に商標に基づく特定の商品又は役務を選択させる機能のほかに、商標は更にその他の機能も具備している。例えば、異なった業者が提供する商品又は役務を区別することや、消費者に関連商品又は役務と凡そ一致する品質又は機能を知得させることなどである。しかも、商標自体は広告・宣伝の機能を具備し、消費者又は関連公衆に素早く関連商品又は役務の出所を知得させることができる。中国で一般的な学術観点からみれば、商標は四つの機能を具有する。すなわち、商品又は役務の出所を提示する機能、異なった市場主体の商品又は役務を区別するための機能、品質保証の機能、広告・宣伝の機能などである¹。また、日本学者の一般的な観点では、商標は商品又は役務の出所を識別するための機能、商品又は役務の品質を保証するための機能、及び広告・宣伝の機能を具有すると見ている²。

商標は商品又は役務に使用される標章である。したがって、商品又は役務に使用され、かつ商業活動に使用される標章であつてこそ、商標と言えるものである。商標の使用に伴い、商品又は役務の出所を提示する機能、様々な市場主体が提供する同類の商品又は役務を区別するための機能、品質保証の機能及び広告・宣伝の機能も生じている。当該内容については、『中国商標法』第48条では商標使用の意味について、「本法にいう商標の使用とは、商品、商品包装又は容器及び商品取引書に商標を用いること、又は広告・宣伝、展覧及びその他の商業活動中に商標を使用し、商品の出所を識別するのに用いる行為をいう。」と定めている。商標権侵害について、例えば、同類又は類似の商品、役務に、他人の商標と同一又は類似する商標を使用する場合は、商標の基本機能とその他の機能を損なうこと

¹ 李明徳の著作「知識産権法」を参照、法律出版社2014年6月第352頁に掲載。

² 小野昌延の著作「商標法概説」（第2版）を参照、有斐閣1999年第3章に掲載、「田村 善之の論点解析、知的財産法」は李揚などによる翻訳、中国人民大学出版社2013年第141頁に掲載。

になる。例えば、商標の表示機能を損なうことにより、消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらす。更に商標の識別機能を損なうことにより、消費者に様々な企業・商社が提供する商品又は役務を識別することを困難にし、消費者に様々な市場主体に対する混同・混同をもたらす。ひいては、消費者に様々な商品又は役務の品質に対する混同をもたらす、更に関連商標及びその商品又は役務に対する認識すら失わせている。

一つの商標を付した商品又は役務が市場で流通するにつれて、商標と特定の商品又は役務との間のつながりを形成するだけではなく、消費者と商標との間のつながりも形成する。具体的に言えば、消費者は商標に基づき、自社の気に入る商品又は役務を選択できるだけではなく、特定の商標に対する積極的な評価も生み出す。このような積極的な評価には、関連商標に対する積極的な評価を含んでいだけではなく、関連商品又は役務に対する積極的な評価も含み、更に商標が表す「業務上の信用」を形成する。事実上、商標権は財産権の一つとして、商標に化体・蓄積された業務上の信用という権利がより重く、決して商標・標章自体の権利ではない。米国の最高裁判所が、1916年の「ハノーバー（Hanover）事件」で示したように、商標は一つの財産権であり、むしろ商標自体ではなく、商標に化体・蓄積された業務上の信用から生じる。商標は財産権を守るためのツールに過ぎず、財産権そのものではない。財産権としての商標は、商標の採用ではなく、商標の継続的な使用に由来する³。したがって、商標が継続的に使用され、かつ消費者又は公衆に商品又は役務の出所を提示してこそ、業務上の信用が生じ、維持がされるわけである。

業務上の信用とは、関連商標及び提示される商品又は役務に対する消費者の積極的な評価から来る。したがって、消費者に自社の商標を認めてもらい、自社の提供する商品又は役務を購入してもらうために、商標の所有者は必然的に関連商品又は役務への投資を拡大していくのである。例えば、商標の所有者は消費者に自社の商品を選んでもらうために、技術的な革新を行い、大量の特許技術及び非特許技術を使用し、商品の品質と機能を改善し、商品コストを下げる必要がある。しかも、商標の所有者は消費者を引きつけるために、ある程度広告・宣伝に投資して、公衆に自社の商品と役務及びこれらに係る商標をよりよく理解してもらう必要がある。更に商標の所有者は、積極的なアフターサービス、割引サービスなどを含む特定の独自の販売方法を採用し、自社の商品又は役務と特定の商標との関係を強化している。この意味で、企業の技術的革新、経営革新及び広告・宣伝活動を含む全ての生産・経営活動は、最終的に企業の商標及び商号に結晶化するわけである。したがって、商標又は商号に化体・累積された業務上の信用は、関連企業の重要な財産となり、企業の存続に関連している。

商標と業務上の信用との関係に基づき、かつ商標権が商標及びそれに化体・累積された業務上の信用による権利であることに基づき、商標権侵害の基準は、消費者に混同をもたらす可能性でなければならない。市場主体が同類又は類似の商品に、他人の商標と同一又は類似商標を使用すると、ある程度他人の商標に化体・累積された業務上の信用を利用することとなり、消費者又は公衆に自社の提供した商品が他人からのものと混同させるおそれがあるからである。商標権侵害分野における「ただ乗り（Free Rider）」とは、ある市場主体が他人の商標と同一又は類似する標章を使用し、無償で他人の商標に化体・累積された業務上の信用を利用することを指す。それと同時に、この「ただ乗り」の行為、又は他人の商標と同一又は類似の商標を使用する行為は、消費者に商品と役務の出所に対する混同をもたらす、更に正常な市場競争秩序を損ねてしまう。このことから、商標又は商標権を保護する

³ Hanover Star Milling Co. v. Metcalf, 240 U.S. 90 (1916).

ことには、次のような三段階の意味がある。第1は商標に化体・累積された業務上の信用を守ること、第2は商品又は役務の出所に対する混同から消費者を守ること、第3は正常な市場競争秩序を守ることである。

事実上、商標権侵害の基準が、消費者に混同をもたらす可能性だけでなく、商標登録の査定においても消費者を混同させる可能性もあり、これらを極力防止しなければならない。商標登録制度は、19世紀中・後期に生じた商標のためにより強い保護を提供する制度である。中日両国の商標登録商標制度を含むヨーロッパ大陸法系の商標登録制度に基づき、商標登録は商標権又は商標専用権に対する権利付与に相当する。英・米法系の商標登録制度によれば、商標登録は公示に相当し、関連登録商標がすでに使用され、又は使用しようとすることを表明するため、その他の市場主体は回避の義務を負わなければならない。したがって、大陸法系の商標法律、または英・米法系の商標法律のどちらかにかかわらず、商標登録の出願、査定と許可は、商標の所有者にとって、いずれも非常に重要な意義を有する。したがって、商標主管部門は関連査定業務において、他人の登録商標と同一又は類似の標章を極力除外することにより、消費者に混同をもたらすおそれがある商標が登録され、更に市場競争秩序を乱すことを防がなければならない。

これに関して、関連する国際条約でも消費者の混同を防ぐ立場から、商標登録及び商標権侵害に対して具体的に定めている。例えば、『工業所有権の保護に関するパリ条約』第6条の2では、同一又は類似する商品における登録商標が仮に他人の未登録著名商標と同一又は類似（他人の著名商標を複製・模倣又は翻訳した商標を含む）し、消費者に混同をもたらすおそれがある場合、商標主管機関はその登録を拒絶できる。仮にすでに登録された場合、商標主管機関はその登録を取り消すべきである。仮に他人の著名商標を先取り登録した場合、その登録日から5年以内に、著名商標の所有者はその登録の取消を請求することができる。悪意のある登録者に対しては、5年期間の制限を受けないものとする。それと同時に、商品の出所に対する消費者の混同を防ぐために、著名商標の所有者は同一又は類似する商標に対する他人の使用を禁止すること請求できる⁴。すなわち、『パリ条約』ではある加盟国における未登録の著名商標について、消費者の混同を避けるために、著名商標の所有者に対して、他人の先取り登録行為に対する禁止権と他人の使用行為に対する禁止権という両権利を与えている。

『知的所有権の貿易関連の側面に関する協定』（TRIPS 協定）では、更に消費者に混同をもたらすおそれを防ぐための商標権侵害基準を定めると同時に、著名商標に対する保護も拡大した。そのうち、第16条第1項では、登録商標の所有者は、他人がその許可を得ずに、同一又は類似の商品において、登録商標と同一又は類似する標章を使用することにより、消費者に混同をもたらすおそれを防ぐための排他的権利を有すると定めた。仮に他人が許諾を得ずに、同一の商品又は役務に登録商標と同一の商標を使用した場合は、混同をもたらすおそれがあると推測すべきである。この定めを基に、『TRIPS 協定』では更に著名商標に対する規定を定めている。第16条第2項によれば、『パリ条約』第6条の2における著名商標の保護規定は、役務商標にも適用すべきである。第16条第3項に基づき、すでに登録した著名商標は、商標希釈化防止の保護を受けることができる。具体的に言えば、著名商標の所有者は、商品商標か役務商標かにかかわらず、他人が非類似の商品に、その商標と同一又は類似する商標を登録又は使用することを禁止することもできる⁵。

⁴ パリ条約の第6条の2を参照。

⁵ TRIPS 協定第16条を参照。

したがって、『パリ条約』と『TRIPS 協定』の要求に基づき、加盟国は商標登録及び商標権侵害の立場から消費者の混同をもたらすおそれの基準を適用すべきである。具体的に言えば、加盟国は登録査定過程において、「混同をもたらすおそれの判断基準」に基づき、必要に応じては関連商標の登録を拒絶し、又はすでに登録された商標を取り消すなどを含め、他人が著名商標と同一又は類似する商標を登録することを禁止すべきである。同時に、加盟国は商標権侵害紛争では、「混同をもたらすおそれの判断基準」に基づき、他人が同類又は類似する商品に、他人の登録商標と同一又は類似する商標を使用することも禁止すべきである。中日両国はどちらも『パリ条約』と『TRIPS 協定』の加盟国である。したがって、中日両国の「商標法」でも、登録と侵害抑制のそれぞれの観点から、「混同をもたらすおそれの判断基準」を適用している。

2. 商標の類似と商標の登録

商標保護の基本原則に基づき、他人の商標と同一又は類似する商標を同類又は類似する商品又は役務について登録した場合は、消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらすおそれがある。これに対して、すでに先行登録された商標、あるいは先行使用された未登録商標にかかわらず、他人の出願・登録した商標が前者と同一又は類似する際には、消費者に混同をもたらすおそれがあるため、関連国の商標主管部門は、いずれも商標登録の出願査定において拒むであろう。

類似商標の登録拒絶について、中日両国の「商標法」では、いずれも具体的に定めている。中国の関連規定は次のとおりである。『中国商標法』第 30 条では、「登録出願に係る商標が、本法の関連規定を満たさないとき、又は他人の同一の商品若しくは類似の商品についてすでに登録若しくは初歩査定された商標と同一若しくは類似するときは、商標局は出願を拒絶し、公告しない。」と定めている。更に第 31 条では、「2 人又は 2 人以上の商標登録出願人が、同一の商品又は類似の商品について、同一又は類似の商標の登録出願をしたときは、先に出願された商標について初歩査定し、公告する。同日の出願については、先行使用された商標について初歩査定し公告し、他方の出願は拒絶し、公告しない。」と定めている。上述の両条文は類似商標の登録拒絶に係る定めである。当該定めに基づき、他人の登録商標と類似する商標は、同類又は類似の商品に使用する場合は、その登録が許可されてはならない⁶。

また、『中国商標法』では、更に商標登録手続における未登録著名商標に対する保護を定めている。例えば、『中国商標法』第 32 条では、「商標登録出願は、他人の現有の先行権利を損害してはならない。他人がすでに使用し、かつ一定の影響力を有する商標を不正手段により先取り登録してはならない。」と定めている。そして、『中国商標法』第 13 条 2 項では、「同一又は類似する商品について登録出願した商標が、中国における他人の未登録著名商標を複製、模倣又は翻訳したものであって、容易に混同をもたらすときは、その登録を拒み、かつその使用を禁止する。」と定めている。上述の両条文の定めに基づき、仮に未登録著名商標を含む先行使用した未登録商標が市場で一定の影響力を有する場合、他人は同類又は類似する商品に、それに類似する商標を登録出願することができない。

一般概に言えば、『中国商標法』第 30 条、第 31 条及び第 32 条の定めは規制を重視し、他人の登録商標と同一又は類似する商標が、他人が先行使用し、かつ一定の影響力（著名商標を含む）を有する

⁶ 中国の「商標法」第 30 条では、「本法の商品商標に関する規定は、役務商標に適用する。」と定めた。これに相応して、中国の「商標法」における「商品商標」に係る定めには、本文で議論する類似商標の問題、役務商標も含む。

商標と同一又は類似する場合は、その商標の出願と出願は拒絶されるべきとし、「混同をもたらすおそれ」の要件については定めていない。当該内容について、第13条2項だけが、「容易に混同をもたらす」要件を定めている。詳細に探索してみれば、同類又は類似する商品において、他人の先行登録商標と類似する商標を登録してはならず、かつ他人が先行使用し、かつ一定の影響力を有する商標を先取り登録してはならず、これには更に「混同をもたらすおそれ」の防止要件が隠匿されている。これに対して、関連商標登録査定において、商標局は商標の同一又は類似、商品の同類又は類似について査定するだけではなく、更に消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらすか否かについても考慮しなければならない。

更に日本の類似商標登録禁止に係る定めでは、『日本商標法』第8条は、「同一又は類似の商品又は役務について使用をする同一又は類似の商標について異なつた日に二以上の商標登録出願があつたときは、最先の商標登録出願人のみとその商標について商標登録を受けることができる。同一又は類似の商品又は役務について使用をする同一又は類似の商標について同日に二以上の商標登録出願があつたときは、商標登録出願人の協議により定めた一の商標登録出願人のみとその商標について商標登録を受けることができる。」と定めている。これは先行出願原則に係る定め該当する。

しかも、『日本商標法』第4条は、18種類の登録不可な場合を定めているが、そのうち、5つの場合は同一又は類似の商標に及んでいる⁷。具体的な定めは、次のとおりである。

(ア) 他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く知得されている商標又はこれに類似する商標であつて、その商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの

(イ) 当該商標登録出願の日前の商標登録出願に係る他人の登録商標又はこれに類似する商標であつて、その商標登録に係る指定商品若しくは指定役務（第6条第1項（第68条第1項において準用する場合を含む。）の定めにより指定した商品又は役務をいう。以下同じ。）又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの

(ウ) 他人の登録防護標章（防護標章登録を受けている標章をいう。以下同じ。）と同一の商標であつて、その防護標章登録に係る指定商品又は指定役務について使用をするもの

(エ) 他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標（第10号から前号までに掲げるものを除く。）

(オ) 他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く知得されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的（不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。）をもつて使用をするもの（前各号に掲げるものを除く。）⁸

『日本商標法』第4条に定められた5つの状態と第8条の定めによれば、商標登録出願及び査定実務において、先行登録商標・先行使用の未登録商標と同一又は類似する商標は、いずれも出願・登録されてはならない。明らかに、このような商標の登録と使用を認めたら、消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらしてしまう。事実上、上述の第4条に定められた（エ）の状態では、混同をもたらすおそれがある商標を登録してはならないことを明確にしている。（オ）の状態では、不正手段

⁷ 『日本商標法』第4条は19の登録すべきでない場合を列挙したものの、第13号はすでに削除され、事実上18種類だけが残っている。

⁸ 上述の5種類の商標登録不可な状況について、日本の「商標法」第4条10項、12項、15項、19項を参照。

で商標を登録してはならないことを明確にしており、これは同一又は類似する商標の登録を排除することは、主に消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらすことを防ぐためであることを表明している。

中日両国の「商標法」の関連規定を比較すると、両国はどちらも他人の先行登録商標と同一又は類似する商標、及び他人の先行使用商標と同一又は類似する商標は登録できず、商業活動にも使用してはならないと定めたことが分かる。これはこのような商標が登録・使用されているため、消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらすおそれがあるからである。もう一つは、『日本商標法』第4条で、一部の登録禁止状態について具体的に定められることを通じて、商標登録部門の業務上の便宜を図り、裁判所による関連紛争案件の取扱上の便宜も図っている。これから類似商標により消費者に混同をもたらすおそれがあった典型的案件二つを検討してみる。

先ずは、中国の「Budweiser」案件⁹である。この案件で、第三者（河南省）济源市飛龍食品会社は、既にビール、ジュース、ミネラルウォーター（飲料）等の飲料について、図形商標（図1参照）を2011年に登録し、2012年に登録された。2015年2月、世界的著名ブランド「アンハイザー・ブッシュ・インベブ」（以下 Budweiser）は、商標審判委員会に飛龍社の図形商標に対する無効審判を請求した。Budweiser は、飛龍社の登録した図形商標が自社の使用している登録商標「雪津」（文字）＋図形商標（図2参照）に類似し、かつ同様にビール、ジュース、ミネラルウォーター（飲料）等の商品に使用されているため、消費者に混同をもたらすおそれがあると主張した。



図1 飛龍社の商標



図2 Budweiser の商標

商標審判委員会は、査定を通じて、二つの図形商標の外観には大きな相違が存在し、類似商標に該当しないため、Budweiser の請求を拒絶した。その後、Budweiser は、商標審判委員会の裁定を不服とし、北京知識産権法院に訴訟を提起した。北京知識産権法院は審理を経て、二つの商標が類似商標に該当し、かつ同類及び類似の商品に使用しているため、容易に消費者に混同をもたらすと認定した。法院は判決において、二つの係争商標がいずれも図形商標に該当し、かつ称呼もなければ、觀念もなく、視覚的效果に対する判定しかできないものの、公衆にとって類似するか否かについての判断からみて、北京知識産権法院は、両者が類似すると判断し、飛龍社の商標の登録を取り消すべきであると判定した。

商標審判委員会は一審判決を不服とし、北京高級法院に上訴を提起した。北京市高級法院は審理を経て、一審法院の判決を維持した。法院は判決において、「商標類似とは、文字字形、称呼、觀念又は図形の構成とカラー若しくはこれらの各要素を組み合わせた後の全体の構成、又はその立体図形、カラーの組み合わせが類似し、関連公衆に商品の出所に対する混同又はその出所にある特定関係が存在すると認めさせることを指す。商標の類否を認定する際には、商標標章の構成要素及び全体の類似程度を考慮するだけではなく、関連商標の顕著性及び知名度、使用される商品との関連性の程度なども考

⁹ 北京高級人民裁判所の Anheuser-Busch InBev Sedrin Brewery Co., Ltd. が商標審判委員会を訴えた事件、(2017)京行終40129号、2017年11月6日。

慮して、混同をもたらす否かをその判断基準にすべきである。この場合、二つの商標は図形商標であり、両者の輪郭はどちらも円形で、中間部分はS形曲線で二つの部分に分けられ、図形構成及び全体の視覚的効果などが類似しているため、係争商標と引用商標をビールなどの同一又は類似する商品で同時に使用すると、関連公衆に商品の出所が同一の主体であり、又は出所の主体との間に何らかの特定関係が存在すると認めさせるおそれがあるため、商品の出所に対する混同・混同をもたらしてしまう。したがって、係争商標と引用商標は、同一又は類似する商品における類似商標に該当する。」と判定した。

Budweiser 事件の判決で、商標局は二つの図形商標が類似しないとの理由で、飛龍社の商標の登録を許可した。商標の無効審判請求手続で、商標審判委員会は、依然として、類否の基準を主張し、かつ消費者に混同をもたらさないとの考えであった。しかし、一審法院又は二審法院は、どちらも消費者に混同をもたらすか否かの観点から、二つの商標が類似商標に該当すると認定した。明らかに、法院の判決では決して二つの商標の類否だけを単独で考慮したのではなく、主に消費者に混同をもたらすおそれの要因に焦点を当てたことが明らかである。

もう一つの日本の典型的な事例を挙げてみる。昭和36年の橘正宗事件¹⁰で、原告は登録商標「花橘正宗」を有し、当該商標の指定商品は清酒及びその関連製品だが、焼酎は含まれていない。その後、原告は当時の連合商標制度¹¹に基づき、同類の商品に対して商標「橘正宗」の登録出願を申請した。特許庁の審査を経て、原告の商標「花橘正宗」が登録された後、第三者はすでに焼酎について、商標「橘焼酎」を出願し、かつ登録されていた。したがって、特許庁は第三者の「橘焼酎」を引用して、原告の商標登録の出願を拒絶した。原告は、特許庁の裁定を不服とし、特許庁の審判部に行政不服審判を提起したものの、審判部は不服審判裁定において、出願商標「橘正宗」と引用商標「橘焼酎」のいずれにも顕著で突出した文字「橘」があり、二つの文字「橘」の称呼及び観念は、いずれも同一であるため、両商標は類似商標に該当すると判定した。しかも、引用商標「橘焼酎」は焼酎用に指定されており、「橘正宗」も清酒に使用されているため、同類の商品に該当する。上述の理由に基づき、不服審判裁定では、特許庁による登録不許可の結論を維持した。

原告は特許庁の裁定を不服とし、東京高等裁判所に訴訟を提起した。東京高等裁判所は審理を経て、特許庁の裁定を覆し、商標「橘正宗」と引用商標「橘焼酎」は類似商標に該当しないと判定した。特許庁は東京高等裁判所の判決を不服とし、最高裁判所に上訴を提起した。最高裁は審理を経て、東京高等裁判所の判決を覆し、特許庁による登録不許可裁定を維持した。

最高裁判所の判決によれば、二つの商標の指定商品は清酒と焼酎であり、類似商品に該当する。商標保護に係る基本原則によれば、仮に類似商品を経営する市場主体が類似商標を使用すると、消費者に混同をもたらすし、又は商品の出所に対する混同をもたらすおそれがある。本事件では、出願商標「橘正宗」の中の「正宗」は、確かに清酒の品質を表すものであり、引用商標「橘焼酎」の中の「焼酎」も確かに「焼酎」を描写する一般名称である。ただし、両商標の要部「橘」は同一である。したがって、「橘焼酎」と「橘正宗」を同時に酒類製品に使用する場合は、消費者に混同をもたらすおそれがある。

ここで注意を払うべきところは、「橘正宗」事件で、特許庁又は東京高等裁判所は、どちらも商標の

¹⁰ 日本最高裁の「橘正宗」事件を参照、昭和36、6、27、民集15冊6号1730頁に掲載。

¹¹ 当時の日本「商標法」は、連合商標の登録と保護を提供したが、1996年の改正後の「商標法」では連合商標の登録と保護制度を廃棄。

類否、商品の類否に焦点を当てていたことである。しかし、特許庁は「橘正宗」と「橘焼酎」が類似商標との結論を出し、東京高裁は非類似との結論を出した。明らかに、両商標の類否を単純に比較することは、商標使用の市場環境から多少逸脱している。そして、最高裁は判決では、商標の類否、商品の類否を検討しただけではなく、更に消費者に混同をもたらすおそれ及び公衆に混同をもたらすおそれについても討議した。このように、消費者に混同をもたらすおそれを分析した上、商標の類否、商品の類否と組合せて、より説得力のある結論を出したのである。

登録商標の審査過程で、商標の類否に係る問題は登録商標及び未登録商標に関連するだけでなく、企業の名称にも関連する。これは商標と商号との関係にも及んでいる。具体的に言えば、仮に関連企業の商号がすでに一定の知名度を有する場合、他人はそれを商標として登録してはならない。同じ理由で、仮に関連商標がすでに一定の知名度を有する場合、他人はそれを企業名称として登録・使用してはならない。前者について、『中国商標法』第32条では、「商標登録出願は、他人の先行権利を害してはならない。」と定めている。この先行権利には一定の知名度を有する企業商号も含めている。後者について、『中国商標法』第58条では、「他人の登録商標、未登録の著名商標を企業名称の中の商号として使用し、公衆に混同をもたらす、不正競争行為を構成した場合は、中国の『不正競争防止法』に基づいて取り扱うものとする。」と定めている。しかも、『不正競争防止法』第6条2項では、「他人の一定の影響力を有する企業名称（略称、屋号などを含む）、社会組織名称（略称などを含む）、氏名（ペンネーム、芸名、訳名等を含む）を無断で使用し、人々に他人の商品又は他人との特定関係があるかのような混同をもたらす場合は、不正競争行為に該当する。」と定めている。

次の他人の企業名称を商標として登録できない典型例を見てみる。2017年の「NIDEC MOTOR」事件¹²で、原告は発電設備及びその他機械設備のメーカーとして、自社が生産・販売する製品に「LS LEROY SOMER」と図形、及びこれに対応する中国語「利莱森玛」を登録した。同時に、原告の企業名称の商号も中国語の「利莱森玛」とアルファベットの「LEROY SOMER」であった。本事件の第三者である福建雄獅電機有限公司は、機電設備に商標「LIRASOMA」を登録出願した。原告が提起した無効審判請求に、商標審判委員会は第三者の登録商標「LIRASOMA」が原告の登録商標と企業名称に類似しないと判定し、原告の請求を棄却した。原告は商標審判委員会の裁定を不服とし、北京知識産権法院に訴訟を提起した。北京知識財産法院は第三者の登録商標「LIRASOMA」が原告の登録商標及び企業名称との類似商標を構成するため、消費者に商品の出所に対する混同をもたらすおそれがあることを認定した。商標審判委員会はこの判決を不服とし、北京市高級法院に上訴を提起した。北京市高級法院は、審理を経て一審判決の結果を維持し、第三者の標章「LIRASOMA」が原告の登録商標と企業名称に類似し、消費者に誤認混同をもたらすおそれがあることを認めた。

この件は商標の類似問題だけではなく、商号の類似問題にも及んでいるため、これからは商号の問題のみ論述する。商標審判委員会は第三者の標章「LIRASOMA」が原告の商号「LEROY SOMER」と標章「利莱森玛」に類似しないと認定したが、この認定では明らかに消費者に混同をもたらすおそれの要素を考慮していない。北京知識産権法院は、第三者の標章「LIRASOMA」が原告の商号「LEROY SOMER」に類似し、容易に消費者に混同をもたらすと認定した。しかも、原告の文字「LEROY SOMER」と中国語の「利莱森玛」を同時に使用し、第三者の標章「LIRASOMA」と原告のアルファベット商号「LEROY SOMER」が類似する場合、必然的に原告の中国語商号「利莱森玛」に類似し、かつ消費者に混同をもたらすに間

¹² 北京市高等人民法院の「利莱森玛社が商標審判委員会を訴えた案件」（2017）京行終第5643号、2018年6月21日。

違いがない。これは通常、原告のアルファベット商号と中国語商号が共に使用されるからである。

北京高級法院は「商標法」第32条に基づき、「登録出願する商標は、他人の現有先行権利を害してはならず、かつ他人がすでに使用し、一定の影響力を有する商標を不当に先取り登録してはならない。」と指摘した。本件で、原告の社名「LEROY SOMER」と「利萊森瑪」は、長期間にわたって使用されており、すでに一定の影響力を有し、先行権益に該当する。この前提下で、第三者が類似商品について、登録した商標「LIRASOMA」は、関連公衆に前者と原告の商号「LEROY SOMER」と間の混同をもたらすおそれがある。それと同時に、原告の「LEROY SOMER」は通常、中国語の「利萊森瑪」と一緒に使用しているため、第三者の商標「LIRASOMA」を登録することを許した場合は、依然として公衆の混同をもたらすに間違いがない。第三者が原告の商号を知った上で、商標「LIRASOMA」を登録したことに鑑み、第三者が不正手段により、関連商標を先取り登録したことについては、認めることができる。仮に商標「LIRASOMA」の登録を許可した場合は、原告の先行権益を害することになる。

商標登録と企業名称の関係について、『日本商標法』第4条8号では、「他人の肖像又は他人の氏名若しくは名称若しくは著名な雅号、芸名若しくは筆名若しくはこれらの著名な表記を含む商標（その他の人の承諾を得ているものは除く）については、商標として登録してはならない。」と定めている。そのうち、氏名、名称、若しくはこれらの著名な略称は、企業名称の中の商号を指している。日本の『不正競争防止法』第2条第1項第1号では、「他人の商品等表示として需要者の間に広く知得されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為が不正競争行為に該当し、差し止めるべきである。」と定めている。そのうち、「商品等表示」とは、営業活動に係る氏名、商号、商標、商品の容器又は包装、及びその商品と営業活動に係るその他の表示を指している。これは『商標法』又は『不正競争防止法』にかかわらず、どちらも企業商号に対する保護を提供していることを表している。次の商標登録と商号に係る典型例を見てみる。

昭和57年の「月友会」¹³の場合、原告（請求人）は石川県に位置する会社で、「株式会社月友会」という企業名称を使用していた。被告（被請求人）は被服製品事業を営む会社で、商標「月友会」の登録が承認され、その指定使用商品は、服装、寝具などの商品である。その結果、原告は特許庁審判部に異議申立を提出し、登録商標「月友会」と自社の企業名称との主な部分が同一であるため、取り消すべきであると主張した。審判部は審査を経て、原告の主張を棄却した。原告はこの裁定を不服とし、東京高等裁判所に訴訟を提起した。東京高等裁判所は審理を経て、再び原告の請求を棄却した。裁判所は判決において、『日本商標法』第4条第1項第8号に定められた「他人の……名称」はこの件の原告の企業名称「株式会社月友会」を指しており、略称「月友会」を指すのではないと判断し、したがって、被告は「月友会」を商標として登録できると判定した。その後、原告は最終的に最高裁判所に上訴を提起した。

最高裁判所での審理後も、原告の訴訟請求は棄却された。最高裁判所は判決で、会社の名称又は商号は「商標法」第4条第1項第8号に定められた「他人の名称」にあたると判定した。仮に「株式会社」などの文字を省いたとき、残る部分は第8号に定める「他人名称の略称」に該当する必要がある。ただし、第8号に基づき、「略称」に対する保護を求める場合は、「著名」というレベルに達成しなければならない。本件で、原告の会社名称（「商号」）が「株式会社月友会」であり、仮に原告の会社名称

¹³ 最高裁の「月友会」案件を参照、昭和57.11.12.民集36冊11号2233頁に掲載。

(商号)「株式会社月友会」の中から「株式会社」を省いた場合、残るのは「月友会」という略称になる。第8号の要件に基づき、略称が著名な程度に達した時にのみ、被告はそれを商標として登録・使用することができなくなる。ただし、この場合、原告の略称は著名な程度に達していないため、被告が商標「月友会」を登録出願することは、第8号に制限を受けない。

ここで注意を払うべきは、「月友会」の件で、特許庁審判部による裁定、又は一審、二審裁判所による判決かにかかわらず、いずれも関連商号又は略称が一定の影響力を有するか否かに基づいて、被告が衣料品に商標「月友会」を登録できることを認めたことである。原告の略称は市場で周知な程度に達しておらず、商標「月友会」を登録することは、原告の企業名称の影響力を利用することにならず、消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらすようなおそれがない。

類似商標の登録禁止について、『日本商標法』第4条19号には独自の定めがある。この定めによれば、関連商標が日本又は外国を問わず広く知得されている場合、他人は不正競争の目的で商標として登録できない。よって、たとえ一つの商標が他国でしか知られていなくても、日本で同一又は類似する商標として登録されることはない。同様に、このような商標の登録を阻止することは、やはり消費者に商品又は役務の出所に対する混同をもたらすおそれを防ぐためである。次に典型例を見てみる。

平成15年の「Manhattan Portage」¹⁴事件で、請求人は米国のタバコ製造・販売会社であり、その商標は長方形の高層ビル群の図形と文字「Manhattan」から構成される。被請求人は日本の会社であり、二つの商標を出願・登録している。そのうち、一つは高層ビル群の図計と文字「Manhattan Portage」から構成され、もう一つは高層ビル群の図形から構成され、文字は使われていない。被請求人の二つの登録商標の指定商品も、タバコ及びタバコ製品である。そこで、請求人は『商標法』第4条第1項第19号に基づいて異議申立を提出し、被請求人の二つの登録商標を取り消すよう請求した。特許庁審判部は審査を経て、被請求人の二つの商標が第19号の定め違反するため、取り消すべきであると裁定した。被請求人は特許庁審判部の裁定を不服とし、東京高等裁判所に訴訟を提起し、自社が商標の登録出願を提出した際には、請求人の商標は周知性を有していなかったと主張した。

東京高等裁判所は判決で、被請求人が二つの商標の登録出願を提出する前に、請求人の商標は少なくとも米国ですでにタバコ消費者の間で広く知得されていたと認定した。これに対し、特許庁審判部は請求人の商標が周知商標にあたり、この裁定は間違っていないと判断した。被請求人の不正目的について、裁判所は次のような証拠を挙げた。第1、請求人の商品は昭和63年10月に日本に入ったのに対して、被請求人は当年11月にビル群図形+文字「Manhattan Portage」商標登録を出願した。これは被請求人が請求人の商標の存在状況を知った上で、自社の商標を登録出願したことを示している。第2、昭和63年10月に、被請求人と請求人の間で、被請求人が請求人の日本での唯一の代理人となる内容を含む請求人の商品を購入する件をめぐって詳細に相談した。本案件の状況をまとめてみれば、被請求人が二つの係争商標の登録を出願した際に、請求人の商標はすでに広く使用され、米国の関連消費者の間では広く知得されていた。それと同時に、被請求人の二つの商標は、請求人の商標と酷似し、そして使用商品も同類商品に該当したため、容易に混同をもたらすおそれがあることが分かる。裁判所は、被請求人が二つの係争商標を登録出願した行為は、不正目的を有する行為にあたると最終的に結論づけた。

¹⁴ 東京高等裁判所の「Manhattan Portage」案件を参照、「商標・意匠・不正競争判例百選」(中山信弘など／編)、有斐閣、2007年、第30頁から～31頁に掲載。

中日両国の「商標法」及び関連判決を比較すると、著名商標に対する日本の保護力はより強い。『日本商標法』第4条第1項第19号の定めによると、国内で広く知得されている未登録商標だけでなく、海外で広く知得されている未登録商標も同様に保護を受けることができる。このように、広く知得されている商標に対する日本関係部門の認定、ひいては周知商標、著名商標に対する日本関係部門の認定は、超地域性の特徴を有する。明らかに経済、貿易がグローバル化されている背景の下、ラジオ、テレビ及びインターネットが普及し、企業と公衆が他国の商品、役務及び商標、商号を知り得る状況下で、「広く知得される」、「周知」、「著名」に対する認識は、より広く視野を持つべきである。このような背景下で、外国の商品及びその商標が国内市場に進入したか否かが、国内で広告・宣伝を実施したか否か、国内の消費者に知られたか否かに限られていると、その視野があまりにも狭く見える。

3. 商標の類似と商標権侵害

1982年、中国は現代『商標法』を制定した。ただし、2013年の『商標法』改正以前は、登録商標権侵害の認定について、引き続き「登録商標権者の許諾を得ずに、同一の商品又は類似の商品に、その登録商標と同一又は類似する商標を使用する」ことは、権利侵害にあたると規定していた¹⁵。したがって、法院による関連事件の審理、又は工商行政管理部门による関連事件の摘発に関わらず、いずれも侵害か否かを、商標の同一又は類似、商品の同一又は類似で分析していた。かなりの間、法院又は工商行政管理部门に関わらず、いずれも消費者に混同をもたらすおそれに関して基準を導入しなかった。

しかし、2001年に改正された『中国商標法』第13条では、未登録の著名商標に対する保護について、関連国際条約に基づき、「混同をもたらすおそれがある」という概念を導入し、「同一又は類似の商品について登録出願した商標が、中国における他人の未登録著名商標を複製、模倣又は翻訳したものであって、混同をもたらすおそれがある場合、その登録を拒み、かつその使用も禁止する。」と定めている¹⁶。そのうち、「混同をもたらすおそれがある」とは、商標登録と、商標使用にも当てはまるため、権利侵害に対する司法的認定と密接に関連している。2002年10月、最高法院は『商標民事紛争案件審理における法律適用の若干の問題に関する解釈』を公布し、『商標法』第13条1項の定めを再確認した第2条を除き、第1条では企業名称とドメイン名に当てはめ、「関連公衆に混同をもたらすおそれがある」標準を定めた。その具体的な定めは、次のとおりである。「他人の登録商標と同一又は類似の文字を企業の商号として、際立てて使用し、関連公衆に混同をもたらすおそれがある場合」、「他人の登録商標と同一又は類似の文字をドメイン名として登録し、かつ当該ドメイン名を通じて、商品取引に係る電子商業務を行い、関連公衆に混同をもたらすおそれがある場合」は、他人の登録商標専用権に対して、その他の損害をもたらす行為に該当する¹⁷。

2001年の『中国商標法』では、未登録著名商標のみに対し、「混同をもたらすおそれがある」と定め、2002年の最高法院が企業商号とドメイン名に対して「関連公衆に混同をもたらすおそれがある」と定めているものの、あくまでも中国の商標法律と司法実務に「混同をもたらすおそれがある」という概念を導入したのである。したがって、2013年に『中国商標法』を改正した際に、やっと第57条2号

¹⁵ 1992年中国の「商標法」第38条、1993年中国の「商標法」第38条、2001年中国の「商標法」第52条を参照。

¹⁶ 2001年中国の「商標法」第13条1項を参照。

¹⁷ 最高法院「關於審理商標民事紛争案件適用法律若干問題解釋」を参照、法積（2002）第32号第1条第1号と第3号に掲載。

で、「登録商標権者の許諾を得ずに、同一の商品にその登録商標に類似する商標を使用し、又は類似の商品にその登録商標に同一又は類似する商標を使用することにより、混同をもたらすおそれがある場合」は、商標権侵害にあたることと定めた。このように、少なくとも類似の商標と同類又は類似の商品、同一の商標と類似の商品にとって、『中国商標法』では、ついに「混同をもたらすおそれ」という権利侵害の認定を導入した。

勿論、2013 年改正の『中国商標法』では、「混同をもたらすおそれ」という権利侵害の認定基準を完全には導入していなかった。なぜなら第 57 条 1 項では、「登録商標権者の許諾を得ずに、同一の商品にその登録商標と同一の商標を使用する場合」は、商標権侵害にあたるからである。このように、仮に他人が権利者の許諾を得ずに、同類の商品又は役務に登録商標と同一の商標を使用した場合は、直接権利侵害であると認定することができ、消費者に混同をもたらすおそれの問題を考える必要もない。ただし、『TRIPS 協定』第 16 条に基づき、登録商標権者の許諾を得ずに、同一の商標を同類の商品又は役務に使用すると、消費者の誤認混同をもたらすおそれがあると推定すべきである。これは、反証がある、例えば、消費者に混同をもたらすおそれがない場合は、権利侵害として認定すべきではないことを表す。明らかに、「混同をもたらすおそれ」があるとの推定は、依然として消費者の混同を前提としている。ただし、『中国商標法』のこの欠点は、今回の法改正時に改正するしかないだろう。

2013 年に『中国商標法』に、「混同をもたらすおそれ」という権利侵害認定基準が導入されたことについて、2001 年に深セン市中級法院が判決を言い渡した「NIKE が銀興衣料品工場を訴えた」事件¹⁸に言及せざるを得ない。この事件で、原告は米国の NIKE 社であり、同社は世界各国で「NIKE」と図形の登録商標を有している。ただし、スペインでの文字商標「NIKE」の権利者は、CIDESPORT 社で、米国の NIKE 社ではなかった。事件経緯によれば、スペインの CIDESPORT 社は、中国浙江省の銀興衣料品工場に男性用スキーウェア約 4 千着の縫製を依頼した。このスキーウェアに縫い付けられた商標標章、タグと外包装物には、いずれも商標「NIKE」が付されていた。これらの製品は深セン税関を經由しスペインへ輸出する際に、差し止められてしまった。その後、米国の NIKE 社は、深セン市中級法院に訴訟を提起し、スペインの CIDESPORT 社と銀興衣料品工場が自社の登録商標の独占権を侵害したと主張した。これに対して、被告は CIDESPORT 社がスペインにおける登録商標「NIKE」の権利者であり、かつこれらのスキーウェアは専らスペインへ輸出するものであって、中国市場に流入しないため、消費者に混同をもたらすおそれがないと主張し、自社は中国における原告の登録商標の独占権を侵害していないと抗弁した。

深セン市中級法院は審理を経て、被告が原告の登録商標権を侵害したと認定した。法院は判決で、原告の商標 NIKE 及び図形は、中国で登録されているため、保護されるべきであると判定した。しかも、商標権の保護は地域性を有し、被告「CIDESPORT」社がスペインで登録商標「NIKE」を享有していたとしても、その権利効力の範囲はスペインに限られている。法院は引き続き原告がその登録商標について、中国で独占権を享有し、他人は原告の許諾を得ずに、何らかかの方法で登録商標を使用できないと論証した。この事件で、被告は同類の商品に該当する衣料品に原告の許諾を得ずに、同一の商標「NIKE」を使用したため、権利侵害を認定すべきである。法院は最終的に被告に対して、直ちに権利侵害を停止し、対応する損害を賠償し、かつスキーウェアに付された標章「NIKE」を取り外すこと命じる判決を言い渡した。

¹⁸ 深セン市中級人民法院の「耐克訴銀興製衣」を参照、(2001) 深中法知産初字第 55 号 2002 年 12 月 10 日。

深セン市中級法院は判決で、明らかに判断の重点を同一の商標と同種の商品に置き、商標権が一種の市場競争関係における権利であり、商標権侵害の基準が混同をもたらすおそれがあることを軽視していた。事実上、商標と商品の同一又は類似から始めれば、商標権を抽象的な権利として保護するのは容易だが、商標と市場競争との関係を軽視するおそれがある。「NIKE が銀興衣料品工場を訴えた」事件は、広東省高級法院に支持され、かつ最高法院にも認められたにも関わらず、学界や司法実務界では、これら判決には問題があると一般的に認めている。その後、浙江、江蘇、福建、山東の一部の法院では、OEM と輸出専用商品について、相反する判決を言い渡していた。しかも、学界や司法実務界による推進の結果、2013 年に『商標法』を改正する際、ついに「混同をもたらすおそれがある」という商標権侵害基準を導入した。

次は、日本の商標権侵害の認定基準を分析してみる。『日本商標法』第 25 条では、「商標権者は指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する。」と定めている。この規定に基づき、許諾を得ずに指定商品又は指定役務に対して、他人の登録商標を使用すると、権利侵害にあたる。しかも、『日本商標法』第 37 条では次の 8 種類の商標権侵害行為を定めている。

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

二 指定商品又は指定商品若しくは指定役務に類似する商品であつて、その商品又はその商品の包装に登録商標又はこれに類似する商標を付したものを譲渡、引渡し又は輸出のために所持する行為

三 指定役務又は指定役務若しくは指定商品に類似する役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に登録商標又はこれに類似する商標を付したものを、これを用いて当該役務を提供するために所持し、又は輸入する行為

四 指定役務又は指定役務若しくは指定商品に類似する役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に登録商標又はこれに類似する商標を付したものを、これを用いて当該役務を提供させるために譲渡し、引き渡し、又は譲渡若しくは引渡しのために所持し、若しくは輸入する行為

五 指定商品若しくは指定役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について登録商標又はこれに類似する商標の使用をするために登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を所持する行為

六 指定商品若しくは指定役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について登録商標又はこれに類似する商標の使用をさせるために登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を譲渡し、引き渡し、又は譲渡若しくは引渡しのために所持する行為

七 指定商品若しくは指定役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について登録商標又はこれに類似する商標の使用をし、又は使用をさせるために登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を製造し、又は輸入する行為

八 登録商標又はこれに類似する商標を表示する物を製造するためにのみ用いる物を業として製造し、譲渡し、引き渡し、又は輸入する行為¹⁹

一般的に、上述の 8 種類の商標権侵害行為には、商標の使用、商品の製造・譲渡・引渡し・輸入、及び役務の提供と役務関連の物品の提供が含まれる。そのうち、商標使用には、登録商標と同一又は類似の商標が含まれる。商品又は役務については、指定商品と同一又は類似の商品、指定役務と同一及び類似の役務が含まれる。このことから、上記 8 種類の行為は、商品の製造、販売、輸入、提供を行

¹⁹ 日本の「商標法」第 37 条を参照。

うとき、又は役務を提供するとき、登録商標と同一又は類似の商標を同類又は類似の商品又は役務に用いることにまとめられる。

『日本商標法』第 25 条の商標権に係る定めに基づくか、それとも『日本商標法』第 37 条の商標権侵害行為に係る定めに基づくかに関わらず、基本的な点は、他人が許諾を得ずに登録商標と同一又は類似の商標を、同類又は類似の商品又は役務に用いることである。少なくとも第 37 条の定めでは、消費者に混同をもたらすおそれがある問題に言及していない²⁰。しかし、関連司法実務において、裁判所では商標の類否を注目するだけではなく、混同をもたらすおそれがある問題をも注目している。これから典型的な案件を挙げて分析する。

1997 年の「小僧寿司」事件²¹で、原告は飲食関連企業で、食品と調味料について商標「小僧」を登録し、大阪地区だけで象徴的に寿司やお握りなどのテイクアウト食品の事業を行っていた。本案件の被告も飲食関連企業として、「小僧寿司本部」を企業名称として商業活動に従事し、かつ広範にチェーン店事業を展開していた。具体的に言えば、被告は寿司業務を展開する際に、「小僧寿司」、「KOZO」 「KOZO SUSHI」、「KOZO ZUSHI」などの商標を使用した。被告のテイクアウト寿司事業が拡大に伴い、原告は自社の登録商標「小僧」を理由に訴訟を提起し、被告が自社の商標権を侵害したと主張し、被告に権利侵害の停止や損害の賠償を請求した。

一審裁判所は審理を経て、被告が使用した「小僧」と「KOZO」の二つの商標は、原告の登録商標と類似し、権利侵害にあたると判定した。しかし、被告が使用したその他の商標、例えば、「小僧寿司」と「KOZO SUSHI」、「KOZO ZUSHI」は、原告の商標と類似しないため、権利侵害にあたらないと判定した。原告は一審判決を不服として上訴を提起したが、二審裁判所は一審判決を維持した。その後、原告は更に最高裁判所に再審請求を提起したが、最高裁も審理を経て、一審と二審の判決を維持した。

最高裁判所は判決で、次の通り論証した。二つの商標が類似商標にあたるか否か、二つの商標を使用する商品が類似商品にあたるか否か、二つの商標の外観、観念及び称呼などの要素、二つの商標に対する買い手と消費者の印象、記憶及び連想などの要素を考慮すべきである。これらの要素をまとめてこそ、二つの商標が類似商標か否かを判断できる。最高裁判所は更に次の通り論証した。二つの商標の外観、観念と称呼が類似する場合、被告による商標の使用が商品の出所に対する誤認や混同をもたらすおそれがあると推定できる。ただし、たとえ外観、観念と称呼が類似しても、その他の幾つかの要素を考慮する必要がある。例えば、買い手又は消費者の注意力や、彼らが商品の出所を誤認や混同するかである。買い手又は消費者が商品の出所を誤認や混同しない場合、商標の類似を否定できる。

最高裁は判決で、次の通り言い渡した。本件では、被告が使用した「小僧寿司」、「KOZO SUSHI」と「KOZO ZUSHI」は、いずれも「小僧」又は「KOZO」の文字を含む。このように、原告の登録商標「小僧」と比較すれば、二つの商標の外観と観念は類似商標にあたる。ただし、被告の商標のうち、独立して商品の出所を示せるのは、文字「小僧寿司」である。しかし、観念において被告の「小僧寿司」は、「小僧」（原告の登録商標）ではなく、著名なチェーン店企業の略称である。最高裁判所は本件の被告が自社の製造・販売する商品に、標章「小僧寿司」を使用した行為は、企業名称の略称の使用にあたり、「小僧寿司」の略称で商品の出所を提示していると判示した。この点で、被告が自社の製造・販売した商品に使用した企業略称「小僧寿司」は、消費者の中で極めて高い識別力を有する。買い手又は

²⁰ 当該状況は中国 2014 年「商標法」改正前の状況に類似する。当時の中国「商標法」でも商標の同一・類似と商品（役務）の同一・類似のみ規定した。

²¹ 最判平成 9. 3. 11 民集 51 巻 3 号 1055 頁「小僧寿司」。

消費者が商品の出所を誤認又は混同するようなおそれがない。

注意を払うべきところは、「小僧寿司事件」で、一審、二審裁判所、又は最終判決を言い渡した最高裁判所に関わらず、商標権侵害の議論で、いずれも双方当事者の商標の類否だけではなく、消費者や買い手に誤認又は混同をもたらすかの問題も分析している。このように、『日本商標法』第37条の商標権侵害の定めには、「消費者」、「買い手」と「誤認」、「混同」などの用語はなかったものの、裁判所は商標の類否の分析に消費者、買い手の「誤認」又は「混同」の概念を導入した。

中日両国の「商標法」では、欧州大陸法系の伝統を受け継ぎ、商標登録を商標権取得の手段と見なしている。例えば、『中国商標法』第4条では、「自然人・法人又はその他の組織は、生産経営活動において、その商品又は役務につき、商標独占権を取得しようとしている際に、商標局に商標登録を出願しなければならない。」と定めている。しかも、第56条では「登録商標の独占権は、登録された商標の登録された商品への使用に限定する。」と定めている。また、『日本商標法』第18条では、「商標権は、設定の登録により発生する。」と定めている。上述の内容は中国の「商標独占権」にしる、又は日本の「商標権」にしる、どちらも登録手続きを経てこそ権利が生じるわけである。

一方、商標局による手続に過失が生じて、登録すべきではない商標が登録された場合、このような「商標権」を如何に取り扱うかについて、『中国商標法』第44条～第47条で、「登録商標の無効を宣告する」内容を定めた。『日本商標法』第43条の2～第43条の15までの15の条文でも、「登録異議の申立て」を定めている。しかも、中日両国の司法機構は、関連案件の審理で、二つの商標が非類似で、消費者に混同をもたらすおそれがないことを理由に、被告が原告の登録商標権を侵害していないと判定したことがある。

先ず、中国の典型例を分析する。2016年の「非誠無擾」事件²²で、華誼兄弟社は「非誠無擾（狙った恋の落とし方）」という映画を制作し、かつTV番組制作にあたり、商標「非誠無擾」を出願登録し、江蘇省テレビ局にその使用を許諾した。本件の原告は、浙江省温州の個人経営者金阿歆で、結婚仲介役務について商標「非誠無擾」を出願登録した。江蘇テレビ局が制作・放映したテレビ番組「非誠無擾」は、主に結婚仲介が主な内容であったため、金阿歆は2013年に深セン市南山区法院に侵害訴訟を提起した。一審法院は原告の商標と被告の商標が同一で、どちらも「非誠無擾」と判定した。しかし、原告の役務は結婚仲介なのに対して、被告の役務はテレビ番組の制作と放映であり、類似の役務ではないため、被告は原告の登録商標権を侵害していないと判定した。金阿歆は一審判決を不服とし、深セン市中級法院に上訴を提起した。二審法院は原告の登録商標の指定使用役務が結婚仲介、出会いなのに対し、被告の制作・放映した番組「非誠無擾」の内容は主に結婚仲介や出会いなので、同一又は類似の役務にあたると判定した。二審裁判所は特に次の内容を指摘した。被告の行為が商標権侵害にあたるか否かを判断する際に、単に番組「非誠無擾」がテレビで放映される形式を考慮するだけではなく、むしろテレビ番組の内容や目的なども考慮し、更に双方の役務区分が同類又は類似か否かを判断すべきである。このことから、二審裁判所は被告の行為が商標権侵害にあたると判定した。被告は二審判決を不服とし、広東省高級法院に再審請求を提出した。

広東省高級法院は審理を経て、被告の行為は原告の登録商標権を侵害していないと判定した。法院は判決で、次の通り論述した。『中国商標法』によれば、登録商標独占権は登録された商標と指定使用商品（役務）に限られている。商標登録人の許諾を得ずに、同一の商品（役務）にその登録商標と同一

²² 広東省高級法院の「非誠無擾事件」を参照、2016 粵民再 447 号 2016 年 12 月 16 日。

の商標を使用することは、登録商標独占権に対する侵害行為となる。同一の商品（役務）にその登録商標と類似する商標を使用し、又は類似の商品（役務）にその登録商標と同一又は類似する商標を使用することで、混同をもたらすおそれがある場合も商標権侵害にあたる。したがって、商標権侵害の裁判で、被疑侵害標章が登録商標と同一又は類似するか否か、双方の役務は同一又は類似するか否か、及び関連公衆に混同・誤認をもたらすおそれがあるか否かを判断しなければならない。

広東省高級人民法院は、更に下記の通り述べた。被告が使用したのは、「非誠無擾」及び図の標識であり、原告の文字商標「非誠無擾」と異なり、類似商標にあたる。また、法院の判決は更に下記のとおり論証した。被告のテレビ番組は、「交友、婚姻仲介」と類似するか否かは、その題材又は表現形式だけで簡単に判断してはならず、商標の商業的な使用において発揮した識別機能の本質に基づき、関連役務の目的、内容、方式、対象などの状況、かつ関連公衆の一般認識を組み合わせる総合的に考慮しなければならない。本件では、被告の「非誠無擾」テレビ番組は、長期の放送を通じて安定した視聴者を確保し、被告のテレビ番組「非誠無擾」と原告の登録商標「非誠無擾」とが結びつくはずがない。法院は、続けて下記の通り論証した。例えば金阿敏の主張の通り、江蘇テレビ局が提供した番組が「交友サービス、婚姻仲介」の役務と類似すると考えても、被疑侵害行為は、関連公衆の役務の出所に誤認混同を招かないため、商標権侵害も該当しない。このように、広東省高級人民法院は、商標の類似か否か、役務区分の類似か否か、及び消費者の混淆可能性があるか否かという極めて重要な視点に基づき、被告が原告の登録商標権を侵害しなかったという判決を言い渡した。

注意すべきなのは、「非誠無擾」事件で、一審法院と二審法院にしろ、再審法院に関わらず、いずれも原告商標と被告商標は同一又は類似するか否か、原告役務と被告役務と同一又は類似するか否かの問題だけではなく、消費者の誤認混同の可能性の問題も分析した。ただし、詳細に三級法院の判決を読めば、一審法院は、商標が同一だが役務が非類似と判断した後、権利侵害に該当しないと判定した。二審法院は、商標が同一、役務が類似すると認定した後、権利侵害にあたると判定した。再審法院の場合は、原告と被告の商標類似、役務類似と認定した後、さらに消費者の誤認混同の可能性の問題も分析した。このことから分かるように、消費者の誤認混同の可能性があるか否かを判断する基点は、商標の同一と類似、役務の同一と類似によって決まる。

同様に注意すべきなのは、「非誠無擾」事件で、三級法院はいずれも原告金阿敏が「非誠無擾」を出願登録したため、保護されるべき権利を享受すると判断した。しかし、筆者の知る限り、金阿敏は華誼兄弟の許可を得ずにその知名映画の名称を使用した。登録前も登録後も、金阿敏は実際の商業活動で「非誠無擾」商標を使用したことがなかった。それは、現在、中国の理論上と実務上では商標登録を権利授与とみなす考え方を反映した。一審法院と再審法院も、意図的に登録と権利授与という核心問題を回避し、多種の理由を作って、被告の責任を逃れた。それは、明らかに中国の商標登録制度の窮状を反映した。

日本の場合、商標登録の有効性に異議を唱えない前提で、「商標権濫用」の抗弁制度が発展した。平成2年の「POPEYE」事件²³では、米国人が POPEYE シリーズ漫画を創作し、且つ著作権を得た。本件原告は昭和34年に、指定商品の織り物について、一件の商標を出願し登録された。原告の商標は三つの部分より構成され、その上部は英語「POPEYE」であり、下部は日本のカタカナ「ポパイ」であるが、真ん中は水兵の図形であるため明らかに米国人の漫画作品の模倣であった。本件の被告は、織り物を製

²³ 「ポパイ表示事件」 最高判平2.7.20判時1356号132頁。

造と販売する企業で、「POPEYE」作品の著作権者から許可を得た上で、シャツなどの商品に「POPEYE」文字と漫画キャラクターを使用した。そして、原告は自分の登録商標と「商標権」に基づき、大阪地裁に侵害訴訟を提起した。これに対し、被告は原告の商標権濫用への抗弁を提出した。

大阪地方裁判所は審理を経て、被告の商標は原告の商標と類似するものの、著作権者の許可を得たことで、原告の商標権の侵害にあたらないと判定した。裁判所は、また判決で、商標権の授与と無効審判の審決は、どちらも特許庁の権限範囲に属する、と説明した。同時に、商標権侵害訴訟を受理した裁判所は、特許庁が下した商標権有効か否かの決定に対して審査をしない。その理由は、もし一方又は双方当事者は、特許庁が下した権利を授与するか否かの決定、又は商標権が有効か否かの決定に不服であれば、東京高等裁判所に提訴し、最高裁判所まで上訴できる。もちろん、原告の商標無効又は商標権無効の理由があれば、原告がその禁止権を行使する行為は、商標権濫用にあたり、制止しなければならない。

原告は一審を不服とし、大阪高等裁判所に上訴した。二審裁判所は、審理を経て、被告が同一又は類似商標を使用し、原告の登録商標権を侵害したと認定し、また原告自身の登録商標に基づく権利行使には、権利濫用の問題がないことも認定した。被告は二審判決を不服とし、最高裁判所に上訴した。最高裁判所は、審理を経て、最終的に被告に有利な判決を言い渡し、商標権濫用の理論を論証した。

最高裁判所は判決で、原告の商標出願時、連載漫画「POPEYE」はすでに出版され、その主人公「POPEYE」は一貫した性格上の特徴や外観上の特徴を有し、世界各国や日本国内の読者に熟知されていた、と述べた。この点で、「POPEYE」の名称と漫画作品の主人公のイメージは、一体不可分である。そのため、被告が第一の文字標識「POPEYE」を使用すると、人々に漫画作品中の主人公のイメージを連想させる。原告が商標登録を出願した際に、一般人は、皆その出願された商標は意味と称呼の両方で、漫画の主人公と一致すると思うだろう。ここから分かるように、原告が登録を出願した商標は、他人の漫画作品中の著名キャラクターの無償使用であった。商標法の目的に従い、商標権保護は公正な市場競争秩序を保護すべきである。本件で、被告は自分の2つの標章を使用し、すでに漫画の著作権者から許可を得た。このような状況の下、原告が自分の登録商標又は「商標権」に基づき、被告の2つの標章の使用が商標権侵害にあたると主張し、権利侵害停止と損害賠償の支払いを要求したのは、明らかに公正な市場競争秩序を妨害し、権利濫用行為にあたる。

4. 結論

商標は、商品又は役務の出所を区分する標識であり、同時にそれぞれの市場主体の商品又は役務を区別し、ある市場主体が提供した商品又は役務に比較的安定した品質を保証する機能及び広告宣伝の機能を有する。中日両国の主流の学術的見地、さらに国際上の一般的見解によれば、商標の中心的機能は、商品又は役務の出所を示すことである。

商標の中心的機能から見れば、もし許可を得ずに同一又は類似な商標を同一又は類似な商品（役務）に使用すれば、消費者に商品又は役務の出所上の誤認混同を生じさせる可能性がある。したがって、消費者の誤認混同の可能性を防止する前提で、他人の商標と同一又は類似な商標の登録を防止し、他人の商標と同一又は類似な商標を商業活動に使用することを防止すべきである。この点で、『パリ条約』と『TRIPS 協定』は、どちらも、消費者の誤認混同の可能性を防止する前提で、締約国が他人の周知商標と同一又は類似の商標、他人の登録商標と同一又は類似な商標が主管機関に登録されることを防止

しなければならないと規定している。同時に、締約国はこれらの商標の商業活動での使用を制止しなければならないと規定した。

中日両国は、いずれも『パリ条約』と『TRIPS 協定』の締約国であり、各国の『商標法』と『不正競争防止法』、並びに関連司法実務で、『パリ条約』と『TRIPS 協定』の関連規定を施行している。もちろん、一方で、未登録の周知商標と登録商標の保護、同一又は類似の商標に対する登録の防止、同一又は類似の商標の商業活動での使用防止を含めた規定も商標保護の真意である。従って、例え『パリ条約』と『TRIPS 協定』の要求がなくても、世界各国の商標法又は不正競争防止法でも必要な内容を規定することになる。

商標登録の観点から、中日両国の商標法は、どちらも、他人の登録商標と同一又は類似の商標は、同一又は類似の商品について登録できないと規定している。すでに登録されているなら、登録を取り消すか、又は無効審判により無効にされる。両国の『商標法』の関連条文で、消費者の誤認混同の可能性への判断基準を規定していなかったものの、両国の商標審査部門と法院・裁判所は、関連事件の取扱いにおいて、商標同一又は類似だけではなく、消費者の誤認混同の可能性の要素も考慮した。中国の法院が審理した「百威」事件と「利莱森玛」事件、及び日本の裁判所が審理した「橘正宗」事件と「月友会」事件で、いずれも消費者の誤認混同の可能性を考慮した。

商標権侵害紛争処理の観点から、『中国商標法』は 2013 年改正後、消費者の誤認混同の可能性という権利侵害認定基準を導入した。それに応じて、中国の法院は、商標紛争を扱う際に、以前のように商標が類似か否か、商品の同一又は類似の分析に焦点を当てる代わりに、消費者の誤認混同の可能性があるか否かにも焦点を当てた。2016 年の「非誠無擾」事件では、法院は消費者の誤認混同の可能性があるか否かに基づき、商標権侵害を判断したことを十分に反映した。日本の場合、『商標法』関連条文で、「消費者の混淆可能性」という侵害認定基準を規定しなかったものの、関連司法実務で、消費者の誤認混同の可能性があるか否かの観点から、関連商標侵害紛争を扱った。それは「小僧寿司」事件と「POPEYE」事件の判決で十分に反映された。

登録商標の保護で、中日両国はどちらも欧州大陸法律の伝統を承継し、行政部門での商標登録を商標権の獲得方法とした点に注目すべきである。この点、『日本商標法』は、商標権が設定の登録により発生すると明確に規定した。『中国商標法』は、市場主体が行政手続きを経て「商標独占権」を獲得できると規定した。しかし、筆者の意見では、行政機関の登録行為を財産権の授与行為と看做すことには、巨大な欠点がある。一旦誤って登録されると、司法機関が対処し難い紛争が発生し、さらに市場秩序に混乱が生じる。この問題を解決するため、日本の裁判所は、関連司法実務で、「商標権濫用」の規則を設け、関連問題を比較的順調に解決した。中国の場合、行政による無効審判手続きの外に、不正登録の商標とそれに関連する紛争にどう対応するかは、依然として模索中の問題である。おそらく、中国は英米法の観点を受け入れ、行政機関の商標登録は単なる公示手続きにすぎず、財産権の授与と無関係となる。すると、法院は関連司法手続きで必要に応じて、不正な商標登録を是正できるだろう。

中日両国の商標法律を比較して、『日本商標法』が最も称賛されるべきところは、第 4 条 1 項 19 号の規定で、外国の需要者の間に広く周知されている未登録商標にも、保護を提供する。この規定によれば、日本での周知商標の識別と保護は、地域特性を越えている。経済と貿易のグローバル化の背景の下、インターネットと対応する電子商取引がますます発達している状況の下で、地域特性を越える視野で周知商標を識別・保護することは、国際商標保護の必然的な傾向である。この点で、中国は日本に積極的に近づく必要がある。

Ⅱ. 中国における商標類似認定の基準に関する検討

中南財經政法大学 知識産権研究センター 曹 新明 教授

1. 話題の導入

2018年に、筆者は「中日商標相近似比較研究」という促進協調会に出席した。会議では、商標の類似性判断に関する理論的研究と実践的運用について中国と日本の専門家や学者の報告を聞き、筆者は幸運だった。そこで一番印象的だったことは、中日両国で商標の類似性に関する判断基準及びその適用順序が明らかに異なることである。日本の専門家や学者は、日本の商標審査機関による2つの商標の類否判断基準は、裁判所の基準と比べてすこし異なり、その主要理由は両者が異なった客体について判断するからだと考えている。裁判の実務で、日本の裁判所は、2つの商標の類否判断にあたり、それぞれ侵害商標が使用された商品又は役務と被侵害商標が使用された商品又は役務が、市場において混同又は混同のおそれを生ずるか、消費者に出所の誤認を生ずるかを重点として考察する。混同又は混同のおそれがあるうえに、2つの商標の称呼、外観、観念又は全体的な構成が類似する場合、類似すると判断される可能性がある。そうでなければ、たとえ2つの商標が称呼、外観、観念または全体的な構成において類似しているとしても、類似しないと判断される可能もある。中国で商標の類否判断をする際は、商標審査機関と法院の適用基準とほぼ一致している。そして適用基準の順番は、まず2つの商標に対して称呼、外観、観念又は全体的な構成において、同一又は類似するかを判断し、次に2つの商標がそれぞれ使用された商品又は役務が同じ種類に属するかを対比し、最後に2つの商標がそれぞれ使用された商品又は役務が市場において混同又は混同のおそれを生ずるかを考察する。1番目の要件が満たされない場合、2番目の要件、3番目の要件も考慮する必要がなくなる。順次対比して分析してはじめて、最終的に結論を出すことができる。

商標の類否判断に関する実務で、中日両国とも基本的に「ケースバイケースの原則」に従い、「商標の構成+商品+混同の可能性」という基準を取る。両国の違いは主に行政判断と司法判断における基準の選択にある。要するに、日本の商標の類否についての行政判断は主に「二要素基準」が、司法判断は主に「三要素基準」が適用されている。中国商標法は商標の類似に関する規定が比較原則であるため、商標類否について行政判断と司法判断が適用する基準はほぼ同じであり、どちらも「三要素基準」が適用されている。実務でどちらの基準を適用する方が科学性又は合理性があるか明らかにするため、筆者は若干の事例を収集し、理論を具体的な実務と組み合わせ、その謎を解き明かそうとする。

2. 商標の類似性概念への分析

商標の類似は商標制度でとても重要な法律概念であり、商標登録、商標使用、商標権侵害などの各方面の問題に関わる。しかしながら、中国の商標法には商標の類似又は類似商標に関する法律規定がない。具体的な実務で、商標の類似にさまざまな解釈があり、明らかな違いがある。

（１）商標の類似にかかる司法解釈

中国『商標法』（2013 年版）¹で、「商標の類似」又は「類似商標」という概念²が五つの条文で使用されている。しかし、中国商標法で（『商標法』や『商標法实施条例』などを含む。）「商標の類似」あるいは「類似商標」の法律定義又は定義的な規定はない。商標法を有効的に実施するために、2002 年 10 月 12 日付の最高人民法院審判委員会第 1246 次会議で可決された『最高人民法院による商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈』【以下、『司法解釈』という。】第 9 条第 2 項では、「商標法第 52 条第 1 項に規定する商標の類似とは、権利を侵害されたとして訴えられた商標と原告の登録商標を比較して、その文字の形、発音、意味または図形の構造及び色彩、または各要素を組み合わせた後の全体構造が類似であり、またはその立体形状、色彩組み合わせが類似で、関係公衆に商品の出所を誤認させる、またはその出所が原告の登録商標の商品と特定の関係を持つと誤認させる場合をいう。」と規定している。第 10 条では、「人民法院が商標法第 52 条第 1 項の規定に基づき、商標の同一または類似を認定する場合は次の原則に照らして行うものとする。（一） 関係公衆の一般的な注意力を基準とする。（二） 商標の全体を対比するほか、商標の主要部分の対比も行わなければならない。対比は対比する対象を隔離した状態でそれぞれ行わなければならない。（三） 商標が類似か否かの判断は、保護を求める登録商標の顕著性および知名度を考慮する。」と規定している。

中国最高人民法院が公布した『司法解釈』に規定された「商標の類似」の判断要素は二つしかない。一つは権利侵害として訴えられた商標と原告の登録商標を比較して、その構成要素又は全体構造が類似すること；もう一つは出所を混同させやすいこと。明らかに、最高人民法院による『司法解釈』は中国『商標法』（2013 年版）第 30 条及び第 31 条と比べて、侵害商標と登録商標が使用された商品又は役務が同じ種類に属するという要素が削除され、「出所の混同」という要素が追加されている。この『司法解釈』で削除された要素は初期要素、即ち、最高法院は被告が原告の登録商標専用権を侵害するか判断にあたり、侵害商標と登録商標が使用された商品又は役務が同じ種類に属するか比較すべきにもかかわらず、侵害された商標が周知商標であれば、両者が使用された商品又は役務を比較する必要がないかも知れない。追加された「出所の混同」の要素は、この『司法解釈』が商標審査手続での商標類似の判断ではなく、主に商標権侵害訴訟手続での商標類似に適用される規定であると言える。この『司法解釈』で規定された参考的要素は中国『商標法』（2013 年版）第 57 条第（一）（二）号と一致し、商標権侵害訴訟での商標の類否判断に適用されるのがふさわしい。事実上、その二つの条文は商標権侵害訴訟での商標の類否判断に適用されるとこの『司法解釈』第 9 条及び第 10 条で明確に規定され、商標審査官による商標登録出願の審査過程で商標の類否判断に適用されない。

この『司法解釈』第 10 条では、商標の類似を認定する基本原則も規定されている。関係公衆の一般注意力を基準とする；全体の対比及び主要部分の対比；隔離対比；登録商標の重要性及び周知度などの原則。つまり、この『司法解釈』は裁判官が商標権侵害訴訟で侵害商標と登録商標が類似するかを判断する際、総合的に複数の要素を考慮することが要求されているが、もっとも核心となる又は肝心な要素は三つだけで、「商品同種類＋商標の構成要素又は全体が類似する＋出所の混同」である。

¹ 中国「商標法」（2013 年）とは、2013 年 8 月 30 日全国人民代表大会常務委員会に改正された「中華人民共和国商標法」を言う。

² 中国「商標法」（2013 年）第 15 条、30 条、31 条、42 条和 57 条、それぞれ「商標の類似」あるいは「類似する商標」という概念を使う。

(2) 商標の類似に関する行政解釈

2016年12月、中国元工商行政管理総局は『商標審査及び審理基準』（以下、『審査基準』という）を公布した。商標の類似について、この『審査基準』第三部分「二、関連解釈」で、「商標の類似とは、商標の文字の形と読み方、意味が類似し、商標の図形の構造と色彩、外観が類似し、又は文字と図形の組み合わせの全体的な配列・組合方式と外観が類似し、立体商標における立体標識の形状と外観が類似し、色彩商標の色彩又は色彩の組み合わせが類似し、同一又は類似の商品又は役務に使用するとき、関連公衆に商品又は役務の出所を誤認させるおそれがあることをいう。」と解釈的に規定している。

この『審査基準』で規定された商標類似の認定要素は三つある。(1) 商標の構成要素及びその組み合わせが類似すること；(2) 商品又は役務が同じ種類に属すること；(3) 出所の誤認。この規定は中国『商標法』（2013年版）第30条及び31条の規定と比べて、明らかに「出所の誤認」という要素が追加された。法律の観点からだけでは、その解釈は中華人民共和国『立法法』に違反し、即ち、行政規則は無断で法的権利・義務を増加・減少してはならない³。具体的な審査実務から見ると、審査される商標と他人の登録商標、先行出願商標又は先行使用商標を同じ種類の商品又は役務に使用すると出所混同を生ずる恐れがあるかについて、審査官がそれを審査することは可能でも必要でもない。なぜなら、登録出願された商標の使用は必要でない上に、他人の先行登録商標又は先願商標が使用されたかどうかも確定できないからである。まだ使用されていない商標が商品又は役務に使用される場合、出所混同を生じるかどうか神様も明確な結論がつけられず、まして商標審査官は一般人にすぎない。特に重要なのは、具体的な審査実務で、二つの商標の構成要素又は全体的な構成が類似しても、必ずしもその商標が使用された商品又は役務の出所混同が生じるわけではない。典型事例では、フランスの「ワニ」とシンガポールの「ワニ」が市場に並存していても、出所の混同を生じなかったことである。また、「北京稻香村」と「蘇州稻香村」は商標の構成要素と全体的な構成が類似するが、市場に出所の混同を生じていない。故に、筆者はこの『審査基準』で規定された商標登録出願の審査段階で、審査官に三要素基準で商標類否を判断させることは、商標法の規定を超えるだけではなく、実現可能性に欠ける又は余計だと言える。

しかし、この『審査基準』に規定された「三要素基準」が最も役に立つのは、商標登録出願者が商標局の決定、商標評審委員会の裁定に不服があり、法院に行政訴訟を提起した場合、法院は最高人民法院が公布した『司法解釈』に規定された「三要素基準」に基づいて判断を行う場合である。一旦法院の終審判決で商標局又は商評委の決定を取り消し、商標局に登録を許可させる場合、この『審査基準』で規定された三要素基準は機能を果すようであるが、実はこの場合、商標局は法院の終審判決を執行するだけでよく、商標の類否判断を考える必要がない。したがって、筆者は、中国元工商行政管理総局が公布した『商標審査及び審理基準』で規定された「三要素基準」は存在価値がなく、且つ『商標法』の規定に矛盾するため、二要素基準に改正すべきと考えている。

³ 中華人民共和国「立法法」（2015年）第80第1項では、「部門規章にて規定された事項は法律または国務院の行政法規、決定、命令を執行する事項に属すべきである。法律又は国務院の行政法規、決定、命令という根拠がなければ、部門規章は公民、法人その他の組織の権利を減損するまたは義務を増加する規範を設置してはならず、本部門の権力を増加し、本部門の法定職責を減少してはならない」と規定している。

(3) 商標類似に関する学理解釈

商標類似に関する学理解釈とは、実際には商標分野の専門家と学者が商標類否について出した解釈をいう。司法解釈と行政解釈と比べ、学理解釈は如何なる組織又は個人に対しても法的拘束力がなく、ただ司法機関、行政機関が商標類否を判断する参照に過ぎず、ほぼ客観的な存在である。商標分野の専門家と学者は商標法の規定、司法解釈及び行政解釈に対して研究・分析し、法院による商標の類否判断にかかる判例又は商標行政機関による商標類否判断にかかる実例をまとめ、発表した見解である。

商標の類否判断基準を「客観的基準」と「主観的基準」に分ける学者がいる。この両基準は「商標標識の類似」と「商標類似」にまとめられる。「商標標識の類似」は自然属性を表す。類否という事実はありのままの客観的状态で、主に商標の構成要素及びその組み合わせが称呼、外観、觀念及び全体的な構造が類似するかを言う。商標法における「商標の類似」とは、客観的事実に見えるが、実際は法的事実であり、法的手続きに従い認定されて初めて類似するかどうかを確定できる。関連公衆を評価主体として、分離状態において二つの商標の類否を判断すれば、評価者の総合的な素質に影響されるだけでなく、商標が使用された商品又は役務にも妨害され、同時に経営環境、商標自体の重要性和周知度、国家地域などの要素に影響される可能性もある。通常、商標登録出願紛争、登録商標の無効審判又は商標権侵害紛争の場合、商標行政機関または司法審判機関は、関連法律に従って、事件にかかる両商標が類似するかどうかを判断しなければならない。このような認定は単純に事件にかかる両商標の構成要素及び全体的な組み合わせの類否に対する客観的な事実判断ではなく、単純に裁判官、審査官又は専門家・学者による事件にかかる両商標の類否に対する主観的な評価でもない。むしろ、関連機関による事件にかかる両商標の構成要素及び全体的な組み合わせに対する主観的な評価、その商標が使用された商品又は役務に対する事実認定及びその商標が使用された商品又は役務が市場において混同を生ずる可能性に対する評価である。これら 3 つの側面で肯定的な結論が出て初めて、その係争商標が引用された商標と類似すると認定できる。具体的な認定過程において、「商標の構成が同一または類似すること」、「商標又は役務が同じ種類に属すること」及び「混同を生ずる可能性」という要件を同時に備えて始めて二つの商標が類似すると認定できるかどうか、検討の余地がある。

具体的な実務において、事件にかかる商標（権利侵害商標、係争商標、異議商標などを含む。）の構成要素又は全体的な構造は、引用商標（被権利侵害商標、被係争商標又は被異議商標などを含む。）の構成要素又は全体的な構造と類似するわけではないが、特殊な処理がされた後、引用商標と全体的な構造で類似するようになる可能性があることにより、商品又は役務に使用されて出所の誤認又はその恐れを招く。このような場合、事件にかかる商標は引用商標と類似するとみなすことができる。例えば、「周住」という商標は二文字から構成され、「雕牌」という商標の構成文字とは同一でもなく類似もしない。しかし、「周住」という商標がその商品包装で特殊処理された後、そのデザイン効果は商標「雕牌」の商品包装のデザイン効果と全体的に類似し、市場において混同を生じた。ここで注意すべき⁴は、商標審査機関が商標登録出願において商標の類似に対する認定は、司法機関が商標権侵害を審

⁴ 「洗剤を買った後、すぐに開封して使ってみると、洗濯効果と匂いは以前使った「雕牌」洗剤と違っている。包装をよく見て初めて買ってきたものが「周住牌」洗剤であることが分かった。」と李さんは言った。李さんの話によると、当該店舗が販売した「周住牌」洗剤の包装は「雕牌」洗剤のとは酷似し、よく見ないと、わからないそうだ。記者はよく見てから、李さんが買った「周住牌」洗剤の包装は画面がはっきりせず、印刷がねじれており、盗撮した写真が貼られているように見え、製造期日もはっきりしないことがわかった。『「分かった、「雕牌」ではなく「周住牌」だった』出典：http://epaper.chinatibetnews.com/xzsb/html/2010-10/08/content_215988.htm [最終アクセス:2018年10月21日]。

理する過程において商標の類似に対する認定とはわずかな差異を有することである。具体的には、商標審査機関の商標登録出願審査での商標類否認定は、ケースバイケースの原則に従い、「二要素基準」が適用され、混同基準が適用されるケースが少ないのに対し、司法機関の商標権侵害審理過程での商標類否認定もケースバイケースの原則に従うものの、「三要素基準」が適用される。

要するに、商標類否は、理論的に、司法的に、そして行政的に解釈が可能ではあるものの、正確に認定するために一定の基準を設定するのはほぼ不可能である。故に、司法機関又は行政機関はケースバイケースの原則に従って、適切な基準で、具体的な事案に基づき、法律規定、司法解釈又は行政規則を参照し、自由裁量を行うしかない。

3. 商標類似の認定基準

中国では、行政機関と司法機関が商標の類似を認定する場合、どちらも「三要素」基準、即ち、「商標の構成要素又は全体的な構造が類似＋商品又は役務が同種類＋混同の恐れ」を適用する。行政機関と司法機関が「三要素」という統一基準を適用することで、商標の類似を認定するのは明らかなメリットがあり、商標の類似認定の厳粛性と規範性を確保できる。当事者が行政機関の裁定に不服で、法院に商標行政訴訟を提起した場合、法院が適用する認定基準が行政機関の認定基準と一般的に一致しており、あまり混乱を招くことはない。しかし、行政認定も司法認定も同じ「三要素基準」を適用することは明らかに不合理なところがある。例えば、登録出願商標が未使用商標なら、引用商標が使用されているかに関わらず、商標登録出願審査官は予めこの登録出願商標と引証商標が市場で混同を生ずる恐れがあるかを知りうるはずがない。この場合、審査官は出願商標と他人の先行商標の使用商品が同じ種類に属するか、商標構造が類似又は同一かのみについて審査すればよく、混同の恐れを考える必要はない。言い換えれば、行政機関の商標類似に関する認定基準を司法機関の認定基準と適切に区別して初めて、商標当事者諸方の合法的な利益と正当な利益をよりよく保護することができる。

事実上、このような区別は必要なだけでなく存在の合理性もある。商標登録出願の手続で、商標出願者が出願した商標は大体次の三種類に分けられる：

(ア) 登録商標をその指定商品又は役務と同一でない商品又は役務に出願したことによる他人の先行登録商標との同一又は類似紛争。例えば、北京稻香村と蘇州稻香村の間の紛争：2014年、北京市一中院、北京市高院及び最高人民法院は前後して判決と裁定を下した。蘇州稻香村が出願した扇形「稻香村」商標が北京稻香村の手書きの「稻香村」商標と類似商品についての類似商標に該当し、蘇州稻香村社が出願した本件「稻香村」商標が、北京稻香村社の商標の排他権を侵害し、識別可能な市場の実際情況と安定した市場秩序を乱し、消費者に商品の出所を誤認混同させると認定した。最終的に、北京市高院は第一審の判決を維持し、即ち、本件の蘇州「稻香村」商標の登録を許可すべきではないとした。最後に、最高人民法院は再審で北京市高院の判決を維持し、登録を許可しなかった⁵。本件において、商標行政管理機関の審査から三級法院の審判まで、全て三要素基準を適用した。

(イ) 長期使用の未登録商標を出願した商標。このような商標を出願した時に、他人の先行登録商標又は先行使用商標と紛争が生じ、両者の同一又は類似を認定しなければならない。この場合、商標

⁵ 出典：「蘇州「稻香村」商標の不登録」 <http://news.163.com/14/0516/03/9SB9R4UI00014AED.html>、[最終アクセス：2018年10月20日]。

の類似認定には、「二要素」の【商標＋商品】基準だけではなく、「三要素」の【商標＋商品＋混同】基準も適用する可能性がある。もし抵触商標とも使用中の商標である場合、「三要素」の基準を適用する必要がある；他人の先行登録商標がまだ未使用の場合、出願された長期使用の未登録商標と登録商標との類否を認定する際、「二要素」の基準のみ適用すればいい。その理由は登録商標がまだ未使用で、市場での信用と認知度を有しないからである。

（ウ）未使用の商標を出願したことで他人の先行登録商標又は先行使用商標と抵触を生じた場合、両者の同一又は類似を認定する必要がある。その場合、両者の類似を認定するには、「二要素」の基準のみ適用すればよく、「三要素」の基準を適用する必要はない。もし商標行政管理機関が「三要素」の基準を適用して類否を認定すれば、二つの結果があり得る。一つは、当該出願商標についての市場データがないので、他人の先行登録商標又は先行使用商標と混同する恐れがはっきり認定できず、むしろ当該商標の登録にメリットを与える。特に冒認出願者のために条件を作り、このような結果は許容できない。もう一つは、あえて混同可能性に結論をつけるなら、それは行政機関の思い込みでしかなく、明確な事実ではあり得ない。他人の先行登録商標又は先行使用商標を保護するために、悪意による冒認出願行為を懲罰・防止するために、このような場合は、「二要素」の基準を適用したほうがよい。

司法裁判の観点から、法院は商標評審委員会の裁定にかかる商標行政訴訟を審理するとき、「二要素」又は「三要素」で商標の類否を認定すべきか。中国最高人民法院が制定した『司法解释』で法院による商標類似の認定について規定されたが、この『司法解释』はもっぱら商標権侵害による民事紛争事件における商標類似を認定する基準である。この基準は当事者が商標評審委員会の裁定に不服がある場合の商標行政訴訟に適用できるか、商標類否を認定するときに適用できるかについて、検討する必要がある。筆者は、法院は商標評審委員会の裁定にかかる行政訴訟事件を審理する場合、商標の類否を認定する時、状況に応じてそれぞれ「三要素」又は「二要素」の基準を適用すべきだと考える。一般的にはケースバイケースで決めなければならない。しかし、法院が商標権侵害による民事紛争事件にかかる商標の類否認定する場合は、「三要素」を適用しなければならない、「二要素」の適用が考えられない。それは商標権侵害行為が市場で発生し、使用されていない登録商標が侵害に該当するかについて、まず両商標が類似するかを認定しなければならない。その場合、「二要素」の基準を適用し、市場での混同又は混同の可能性を考慮しなければ、登録商標の買いだめまたは登録商標の不使用という悪い慣習を助長する恐れがある。故に、法院は「三要素」の基準を適用して【『司法解释』第9条】商標の類否を認定しなければならない。

上記の分析から、商標の類似を認定する「三要素の基準」は「二要素」の基準＋誤認に分解できることがわかった。そこで、研究に値する問題を提起する。商標行政機関か司法機関かにかかわらず、「三要素」の基準で商標の類似を認定する時、まず「混同」の基準を適用するか、それともまず「二要素」の基準を適用すべきか？もし、まず「混同」の基準を適用するだけで、係争商標又は権利侵害商標と引用商標又は被侵害商標の商品が混同又は混同の恐れを生じたことが認定できる場合、「二要素」の基準を適用して認定する必要はまだあるか？

筆者はまず二番目の問題に回答する。両商標が使用された商品又は役務は市場において混同又は混同の恐れを生じたとしても、「二要素」の基準で両者の類似を認定する必要はなくなるか？答えはノーである。両商標が使用された商品又は役務は市場において混同又は混同の恐れを生じたのは、商標の類似によるものかもしれないが、商標の類似によるものではないかもしれない。例えば、広東省広薬グループと広東加多宝社が「王老吉」、「加多宝」について複数の訴訟をした。

その中に一つに、王老吉の包装・装飾に関する紛争があった。もし「加多宝」涼茶が「赤缶包装」を使うならば、「王老吉」涼茶の「赤缶包装」と混同を生じる恐れがある。この混同は商標の類似によるものではなく、包装・装飾の類似によるものである。故に、まず両商標が使用された商品が混同又は混同の恐れが生じたと判断しても、さらに「二要素」の基準で認定しなければならない。

両者は誤認の恐れがない場合、「二要素」の基準で審査する必要がなくなる。もう一方で、まず「二要素」の基準を適用して両商標の構成要素又は全体的な構造が類似すると認定したら、さらに「混同」又は「混同のおそれ」の基準を適用する必要があるかを、ケースバイケースで決める必要がある。しかし、特に強調すべきは、商標登録出願の審査手続で、「二要素」の基準で両商標の構成要素又は全体的な構造が類似しないと認定できる場合、さらに「混同」又は「混同のおそれ」の基準で認定する必要はもちろんない。しかし、商標権侵害紛争事件で、権利侵害商標と被侵害商標が同一又は類似しない場合、さらに「混同」又は「混同の恐れ」の基準を適用し、権利侵害商標の商品と被侵害商標の商品に混同が生じるかを判断する必要がある。例えば、武漢武立塗料有限公司は「武立」と「昌邦」という両商標を登録した。この二つの商標のどちらも、立邦社の「立邦」という商標と類似しない。ただし、これら2つの商標を一緒に商品に使用する場合、「武漢立邦」という標識となり、「立邦」ペンキと混同を生じる恐れがある。同社がこの二つの商標の両方を一緒に使用し、かつ少し変更してペンキの包装に使用する場合、「立邦」ペンキと混同され、「立邦」という商標への侵害にあたる可能性が高い⁶。

4. 商標類否に関する認定

関連法律規定によると、商標類似を認定する権力を有する中国の機関は二種類ある。一つは国家市場監督管理総局国家知識産権局商標局と商標評審委員会（以下、「商標行政機関」という⁷）であり、もう一つは中国各級の人民法院である⁸。故に、商標行政機関は商標登録出願を審査する時、商標類否を認定する権力を有し、商標評審委員会は商標登録又は紛争裁定、無効審判を審判する時、商標類否を認定する権力を有する。各級の人民法院は商標紛争事件を審理する時、具体的な事件の状況によって、商標類否を認定する権力を有する。

（1）商標の類似に関する行政認定

商標の類似に関する行政認定とは、商標行政管理機関が商標登録出願審査と商標審査手続において商標Aと商標Bとの類否に対する認定を言う。中国の商標行政管理機関とは、2018年7月以前は、元国家工商行政管理総局商標局と商標評審委員会のことを言う；2018年7月以降は、国家市場監督管理総

⁶ 出典：『武漢武立塗料有限会社』、

<https://baike.baidu.com/item/%E6%AD%A6%E6%B1%89%E6%AD%A6%E7%AB%8B%E6%B6%82%E6%96%99%E6%9C%89%E9%99%90%E5%85%AC%E5%8F%B8/5073730>，[最終アクセス:2018年10月20日]。

⁷ 出典：「中華人民共和國商標法」（2013）第2条及び第3条

⁸ 出典：2001年12月25日最高人民法院審判委員會第1203回會議で可決した「最高人民法院による商標事件審理上の管轄と法律適用範囲の問題に関する解釈」第1条では、「人民法院は以下の商標案件を受理する。1. 國務院工商行政管理部門商標評審委員會（以下「商標評審委員會」と略称）が下した覆審決定あるいは裁定に不服である案件；2. 工商行政管理部門が下した商標についての具体的行政行為に不服である案件；3. 商標専用権所有紛争事件；4. 商標専用権侵犯紛争事件；5. 商標専用権譲渡契約紛争事件；6. 商標使用許可契約紛争事件；7. 訴訟以前に商標専用権侵犯の停止を申請する事件；8. 訴訟以前に財産保全を申請する事件；9. 訴訟以前に証拠保全を申請する事件；10. その他商標事件。」

局国家知識産権局商標局と商標評審委員会のことを言う。具体的な実務では、商標行政管理機関が係争商標と引証商標との類否を認定する基準は『審査基準』第三部分「二、関連解釈」の規定である。即ち、「商標類似の判断は商標同一の判断と似ている。まずは、指定商品又は役務は同一又は類似商品又は役務に属するかを認定する；次に、商標自身の外観、称呼、観念と全体的な表現方式などの面から、関係公衆の一般的な注意力を基準として、全体観察及び主要部分の対比の方法で商標標識自身の類否を判断する。具体的には、文字商標の審査、図形商標の審査と組み合わせ商標の審査という3種類の商標の審査に分けられる。」当該規定からわかるように、商標局又は商標評審委員会の具体的なやり方は以下のとおりである。

「商標類似」又は「類似商標」の商標行政管理部門による解釈は「商品又は役務が同一又は類似＋商標の構成要素又は商標標識の全体が類似＋出所誤認」（「三要素基準」という）という三つの要素を含む。しかし、中国『商標法』（2013年版）第30条では、「登録出願にかかる商標が、この法律の関係規定を満たさない、又は他人の同一又は類似の商品について既に登録され又は予備的査定を受けた商標と同一又は類似するときは、商標局は出願を拒絶し、公告しない。」と、第31条では、「二人又は二人以上の商標登録出願人が、同一又は類似の商品について、同一又は類似の商標登録出願をしたときは、先に出願された商標について予備的査定をし、かつ公告する。同日の出願については、先に使用された商標について予備的査定をし、かつ公告する。他方の出願は拒絶され、かつ公告されない。」と規定している。規定で使用された「類似商標」とは、両商標の「構成要素が同一又は類似かつその構成要素からなる図案が同一又は類似」を意味し、「出所の誤認」の要素を含まない。

商標局の商標審査官は、登録出願の商標と他人の先行登録商標又は先行出願商標（既に予備的査定を受けて公告した商標と予備的査定を受けていない商標を含む）【先に使用されているが登録されていない商標を含まない】が同一又は類似かを審査するとき、一般的なやり方として出願商標がその指定商品又は役務と同種類の商品又は役務に既に登録された商標又は先行出願商標と同一又は類似するかを審査することである。第30条と第31条の規定によると、商標審査官は、商品又は役務の出所混同又は誤認要素を考慮に入れる必要はない。実際に、商標審査官は、出願商標が既に登録された商標又は先行出願商標と混同又は誤認の恐れを認定することもできない。従って、筆者は、商標審査官が商標類似を認定するには次の二つの要素のみ考えればいいと考える。要素1として、出願商標の指定商品又は役務は他人の先行登録商標の（他人の先に出願且つ予備的査定を受けて公告された商標又は先願商標の指定商品又は役務を含む。）指定商品又は役務と同じ種類に属するか；要素2として、出願商標の構成要素は他人が同種類の商品又は役務に登録を受けた商標（他人の先に出願且つ予備的査定を受けて公告された商標又は先願商標の構成要素を含む。）のと同じ又は類似するか；或いは構成図案の全体が同一又は類似するか。

第一に、係争商標の使用商品又は役務は引証商標（対比商標でもいい）の使用（許可を受けた使用と実際の使用）商品又は役務と同じ種類（同一又は類似）に属するかを分析する。係争商標の使用商品又は役務が、引証商標の使用商品又は役務と同じ種類に属しない場合、以下の手順は不要である。但し、著名商標はこの限りではない（この「著名商標」とは、中国法律にて規定された著名商標認定手続で認定されたものを言い、引用商標の権利者又は使用者によって主張するものではない。）。

第二に、商品又は役務が同じ種類に属する前提で、商標局又は商評委は第二段階の審査を行い、係争商標を引証商標と商標自体の称呼、外観、観念及び全体的な構造を含んで対比することにより、両者の類否を認定するものとする。対比を経て、両者が同一でもなく類似でもない認定した場合、両

者が類似することを排除できる。具体的な実務において、係争商標の構成要素及び全体的な構造が、引用商標の構成要素及び全体的な構造と同一又は類似するかを認定することは非常に不確実である。例えば、中国 2016 年 12 月版『審査基準』第三部分「四、商標類似に対する審査」で、正反両面から商標類似の認定基準を挙げている。それでも、具体的な審査において、紛争又は異議がよくある。

第三に、上述の二つの条件とも成立する前提で、係争商標が使用された商品又は役務が、引用商標が使用された商品又は役務と出所の混同又は誤認を生じるかを審査する。この条件も成立した場合、係争商標が引用商標と類似にあたると認定できる。そうでなければ係争商標は引証商標と類似しない⁹。ここで、異議申立人、被告及び商標局の 3 つの側面から商標近似の基本的な状況を分析する。

1) 異議申立人が提出した異議理由は以下のようにまとめられる。被異議商標を異議申立人が先に登録した、先に出願した又は先に使用した商標と同種類の商品についての類似商標を理由として申し立てた場合、異議申立人がその異議申立を裏付けるために提出した証拠内容は次のとおりまとめられる。(ア) 異議申立人が商標を先に登録、出願又は使用した証明書類；(イ) 異議申立人が持っている商標の他の行政事件又は司法事件における審理状況；(ウ) 引用商標が一定の影響力又は著名性を有する証拠；(エ) 被異議人が他の商標も出願した時に、その他の商標が類似しているケース。異議申立人は異議を申し立てる目的が被異議商標の登録を阻止するためであるから、提出した異議理由及び関連証拠も比較的十分である。

2) 異議申立人の異議について、被異議人の答弁理由を大体以下のとおりにまとめられる。被異議商標は引用商標と構成要素、各要素の組み合わせ及び商標全体の構造から対比しても類似しない；被異議商標の使用商品又は役務は引用商標の使用商品又は役務と同じ種類に属せず、市場で両者が関連公衆に誤認・混同されやすすくない；被異議人は主観的にただ乗りの悪意がない。被異議人は商標異議手続において、一般的に受動的な立場にあり、答弁内容が少なく、答弁時に提供する証拠も少なく、商標類似に関する判断基準についてもめったに言及しない。

3) 商標異議事件を審査する時、商標局はまず被異議商標と異議商標の使用商品又は役務が同じ種類に属するかを判断する。肯定的な結論が出た場合、さらに被異議商標と引用商標が類似するかを判断しなければならない；否定的な結論が出た場合、異議を認めない決定を下す。対比を通して、被異議商標と異議商標が同一又は類似に該当すると判断する場合、さらに混同又は混同の恐れが生じやすいなどのことを含むその他の要素を考える必要がある。例えば、第 17033155 号「盛京李連貴」の商標拒

⁹ 商標審査委員会は迪康社が商標局に予備的査定され公告された第 1811777 号商標「好迪康」（以下「被異議商標」という）に対して好迪社が申し立てた異議を審理する時、裁定で次のように認定した。被異議商標は中国語の「好迪康」から構成され、第 1355118 号商標「好迪」（以下引用商標という）は中国語の「好迪」及び図形の組み合わせから構成されている。被異議商標と引用商標の主要文字部分はいずれも「好迪」の二文字を含むが、被異議商標の三文字の表現形式は明らかな区別がなく、一般消費者に当該商標を識別・記憶される時、一般的に当該商標を「好迪」と「康」との二部分に分けられることはない。究明した事実のとおり、迪康社は 1995 年にすでに被異議商標の一部の指定商品と類似する商品に第 1002484 号商標「迪康」を登録出願した。被異議商標は構成においてそれと比べて、頭文字のところに「好」という文字が多く、第 1002484 号商標「迪康」のシリーズ商標とみなせる。被異議商標は引用商標と称呼、構成要素、文字のフォント、表現形式などの面において差異を有し、全体的な視覚効果も一定の差を有するため、引用商標が化粧品などの商品に比較的高い知名度を有するが、被異議商標と引用商標の標識自体との区別及び被異議商標の関連商標「迪康」と引用商標「好迪」との長期並存している客観的な歴史に鑑み、被異議商標と引用商標が化粧品などの同一又は類似商品に並存すれば、関連公衆に混同させると認定できる十分な理由はない。一方、被異議商標が化粧品、整髪用ムースなどの商品についての知名な引用商標への複製、模倣又は翻訳に該当し、混同を生じやすいという好迪社の主張は事実根拠に欠けるため、商標審査委員会はそれを支持しない。上述を纏めると、「中華人民共和国商標法」（以下「商標法」という。）第 33 条、第 34 条の規定によると、商標審査委員会は被異議商標の登録を許可するという裁定を下した。出典：「国家工商行政管理総局商標審査委員会と広州市好迪化粧品有限公司との商標行政裁定紛争上訴事件」、http://www.pkulaw.cn/case_es/payz_1970324837830713.html?match=Exact，[最終アクセス:2019 年 1 月 1 日]。

絶不服審判事件で、商標評審委員会は、係争商標「盛京李連貴」は、引証商標「四平李連貴」と全体的なイメージ、文字の構成、文字の称呼などの面において類似するが、係争商標と引証商標が類似するかを判断する場合、構成要素及びその組み合わせからなる全体的な図案を対比するだけではなく、係争商標所有者（出願者を含む）と引証商標の権利者との間の特定な関係、両商標の歴史的起源、先行権利者の意思及び両商標の使用商品又は役務が市場でそれぞれの市場区分が形成されたかなどの要素も考察する必要がある、歴史を経て形成された客観的な市場構造を尊重すべきだと判断している。商評委は諸要素を総合的に考慮したうえ、法に基づいて、係争商標「盛京李連貴」と引用商標「四平李連貴」の並存が消費者に役務の出所を誤認・混同させることもなく、係争商標に対して予備的な査定を許可すると裁定を下した。

（２）商標類似に関する司法認定

商標類似に関する司法認定とは、中国での商標民事権利侵害紛争に管轄権を有する各級の法院が（事実上、基層法院から最高法院までの法院を含む。）、商標民事侵害紛争事件又は商標行政訴訟事件を審理する過程で事件にかかる商標 A と商標 B の類否に対する認定を言う。単純に中国最高人民法院による司法解釈では、司法機関は商標権侵害紛争事件を審理する時、権利侵害商標と被侵害商標が同一である少数の事件を除き、ほとんどの事件は両商標の類否認定を含む。そこで、最高人民法院の『司法解釈』第 10 条の規定では、「人民法院は商標法第 52 条第 1 項の規定に基づき、商標の同一または類似を認定する場合は次の原則に照らして行うものとする。（一） 関係公衆の一般的な注意力を基準とする。（二） 商標の全体を対比するほか、商標の主要部分の対比も行わなければならない、対比は対比する対象を分離した状態でそれぞれ行わなければならない。（三） 商標が類似か否かの判断は、保護を求める登録商標の著名性および周知度を考慮する。」と規定している。同規定から、司法機関は商標権侵害民事紛争事件を審理する時、商標が類似するか、商標又は役務が同じ種類に属するか及び出所の誤認の恐れがあるかという三つの要素を同時に考えなければならないが、より重要なのは司法判断が行政判断と違う視点を選んでいることである。

一言で言えば、事件にかかる商標 A と商標 B の類否認定で、司法機関はまず関係公衆の一般的な注意力を基準とし、行政機関の商標審査官を参照対象としない。例えば、第 9755129 号「三葉草」商標登録出願紛争事件がある¹⁰。2011 年 7 月 22 日に、深セン市硅谷盈科科技有限公司（以下「硅谷盈科」という。）は旧国家工商管理総局商標局に出願し、2012 年 11 月 21 日に登録を受け、第 25 類「被服、帽子、靴下、下着」などが指定商品である。当該商標の存続期限は 2022 年 11 月 20 日までである。2015 年 12 月 30 日に、アディダスは硅谷盈科の第 9755129 号登録商標「三葉草」について商標評審委員会に無効審判を請求し、審理を経て商評委によって係争商標を維持する裁定が下された。アディダスは商評委の裁定に不服があり、商評委の第 9755129 号裁定を取り消し、「三葉草」商標を無効するよう北京知識産権法院に提訴した。北京知識産権法院は、本件係争商標は原告が先に使用し且つ一定の影響を持っている「三葉草」と完全に同一であり、同時にその指定商品が原告の文字商標「三葉草」の先行使用商品と生産部門、販売ルート、販売対象などの面において同一又は比較的に密接な関係があ

¹⁰ 出典：「アディダス社『三葉草』商標無効行政紛争事件」、https://www.sohu.com/a/236980100_624079、[最終アクセス：2018 年 12 月 30 日]。

ると強調した。それで「関係公衆の一般的な注意力」を導入して両商標が混同又は誤認を招くかの参考対象とする。最後に、北京知識産権法院は商評委の第 9755129 号裁定を取り消し、商標評審委員会にアディダスの無効審判請求について改めて裁定を下すよう判決を言い渡した¹¹。

具体的な裁判実践において、司法機関は全体及び要部対比の原則、隔離対比の原則に従って係争商標と引用商標の類否を判定する。司法機関は両商標の類否を判断する時に、被対比商標と対比商標が分離状態で行われると仮定しなければならず、両者を一緒に置いて対比を行ってはならない。分離対比の下で、参照対象の混同又は誤認を生じた場合、両者の構成要素又は全体的な構造が類似すると認定できる。さもなければ、類似しないとの結論が出る。また、法院は、権利侵害商標と被侵害商標が商品又は役務の出所の誤認を招くか判断する時、通常、主観的な認識によって行い、参照できる客観的な基準はない。例えば、アディダスと硅谷盈科との第 9755129 号「三葉草」登録商標の無効審判紛争で、商標評審委員会は両商標が商品又は役務の出所の混同を招かないと判断し、三葉草商標の登録を維持した。しかし、北京知識産権法院は主観的な仮定で、本件係争商標と各引用商標が同一又は類似商品に使用され、関連公衆に商品の出所を誤認・混同させ、故に類似商標に該当すると判断した。最終的には被訴の商評委の裁定を取り消し、商標評審委員会にアディダスの無効審判請求について改めて裁定を下すという判決を言い渡した¹²。

商標類似をよりよく判断するために、筆者は 2012 年～2018 年の 5 年間の商標類似に関する判例 20 件を収集し、中国法院による商標類似に対する司法審査基準を整理した。法院が商標民事紛争事件を審理する殆どの場合、権利侵害商標と被侵害商標との類否判断を伴う。その判断基準はまとめると大体以下のとおりになる。(ア) 被告に使用された権利侵害商標は、原告の登録商標と称呼、外観、觀念又は全体的な図案などの面において同一又は類似する；(イ) 権利侵害商標の使用商品又は役務と、被侵害商標の指定商品又は役務は同じ種類に属する；(ウ) 関連公衆が取引市場で一般的な注意を払う場合、権利侵害商標が使用された商品又は役務と被侵害商標が使用された商品又は役務を混同しやすく、さらに被告と原告の間にある関係又は係わりがあり、まして被告が当該商標を使用する行為が原告からライセンスを受けたと誤認するおそれがある。このように、具体的な訴訟手続で、訴訟理由の正当化のため、原告が通常、自分の経験又は客観的な事実に基づいて商標類似に対して初歩的に判断する。

被告の権利侵害商標が原告の被侵害商標と同一又は類似するという原告の指摘について、被告は通常、以下の四つの面から反論するものである。①自分が使用している商標は、原告の登録商標と同一も類似もしない；②自分の商標の使用商品又は役務は、原告の登録商標の使用商品又は役務と同一も類似もしない；③自分の商標は、原告の登録商標と混同を生じることではない；④自分の商標が使用された商品又は役務は、すでに自らの市場が形成され、原告の登録商標が使用された商品又は役務の市場と競合せず、消費者に商品又は役務の出所を誤認させることはない；さらに重要なのは両者間には競争関係がない。具体的に言えば、被告が自分の商標を使用する行為は適法であり、原告の登録商標とは類似しないため、原告の登録商標専用権への侵害にあたらない。しかし、検出された 10 件の商標類似に関する第一審判例で、被告は商標類似及びその認定基準を論述していない。

法院は、商標権侵害事件を審理する時、主に中国現行商標法及び最高人民法院の司法解釈などに従って段階的に順次に行う。まず、被訴権利侵害商品が引用商品と同一又は類似するかを判断する；原

¹¹ 同上。

¹² 同上。

告の持っている商標は被訴権利侵害商標と同じ又は類似するかを判断する。第一審法院の商標類似に対する審査基準は次のとおりにとまとめることができる。(a) 被訴権利侵害商標と引用商標の図形、文字(中国語と英文字を含む。)、称呼、觀念及び色彩などの面においての類似;(b) 分離対比と全体対比を基準とする;(c) 一般公衆の一般的な注意力を基準として公衆に知られているかを判断する;(d) 一般公衆に混同又は誤認を招きやすいかどうか。エクソンモービルと被告の北京北農国信科技发展有限公司らとの商標専用権侵害紛争事件で、商標権侵害の構成要件を分析する時、法院は、2013年版『商標法』を2001年版『商標法』と比べた。両者の最大の相違点は、前者第57条第2項に「混同を生じやすい」という表現が増加されたことである。それにより「双同権利侵害」以外の商標使用にかかる権利侵害は、実際には元の「二要素」の構成要件を「三要素」の構成要件に修正し、即ち「混同の恐れ」は、被訴行為が商標権侵害に該当する必要条件となる。2001年『商標法』には「混同の恐れ」という規定がないが、2002年に最高人民法院により公布された「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」(以下「商標民事事件解釈」という。)では、「混同の恐れ」を商品類似及び商標類似を認定する考慮要素としている。従って、法院が商標権侵害民事紛争事件を審理する時に、適用する基準は、2013年版の『商標法』と基本的に同じである。

商標類似の判断基準をまとめると、関連公衆に誤認・混同させるに足りることを重要な商標類似認定基準とするが、全ての法院が明確にこの内容を商標類似の認定基準に含めるわけではない。収集された商標権侵害民事紛争事件で、多数の法院は、商標類似が商標権侵害を構成する要件の一つとし、商標権侵害の構成要件と商標類似の判断要件を区別していない。中国法院は、商標権侵害紛争事件を審理する実務で、事件の具体的な状況に基づいて権利侵害商標と被侵害商標が類似商標にあたるかを判断する。即ち、商標標識の構成要素の称呼、外觀、觀念及び標識全体の類否を考慮すると同時に、権利侵害商標と被害商標自身それぞれの重要性及び周知度、使用商品又は役務の類似要素も、さらに両者が市場で誤認又は混同を生じやすいかも判断しなければならない。具体的な裁判実務で、単純に商標の構成要素の類似を商標類似と同一視してはならず、誤認を生じやすいかなどの要素をもっと考慮すべきだと中国法院は特に強調している。言い換えれば、混同がなければ、両者が類似すると判断しがたいということである。

5. 終わりに

上述のとおり、商標類似は単純な問題のように見えるが、実際は非常に複雑な問題である。この問題は法律規定だけではなく、理論研究にも、また行政認定と司法認定など実務上の事項にも及んでいる。係争商標(又は事件にかかる商標)と引用商標の類否認定は、視点によっては結論も違ってくる。このような現象は中国の司法裁判実務で何度もあった。従って、具体的な実務で両商標の類否認定には、司法機関か行政機関かによらず、非常に慎重に扱う必要があるだけではなく、よく議論が起き、ときには非常に激しい議論も起きた。例えば、「四平李連貴」と「盛京李連貴」の商標類似紛争、「北京稻香村」と「蘇州稻香村」の商標類似紛争は、長期間にわたるだけでなく、手続も複雑で、結論の繰り返しもあり把握しがたいものである。最後には結論が出ても、関連当事者が納得できるわけではない。従って商標の類似認定は、標準的な答えが永遠になく時代に即して研究し続ける必要がある。

第3節 日本における商標の類否判断

I. 商標の類否判断における「取引の実情」

立命館大学 宮脇 正晴 教授

1. はじめに

日本の商標法上、他人の先願登録商標や、他人がすでに使用して市場で認知されている商標と「類似」する商標の登録は認められない（商標法4条1項10号及び11号）。また、他人の登録商標と「類似」する商標の使用は認められない（商標法37条1号）。商標法4条1項11号で問題となる商標の類否判断については、最判昭43・2・27民集22巻2号399頁〔氷山印〕が次のように判示している。「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、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする」。

上記最判は、その後の審査実務・裁判実務に大きな影響を与え、これまでに多数の裁判例がこの判例を援用し、上記の基準に従って類否判断を行っている¹。また、後述のとおり、37条1号における類否判断の基準としても採用されている。

しかしながら、上記最判のいう「取引の実情」としてどのような事実が考慮されるべきなのかについては明確に定まっているとはいいがたく、議論の余地が大きく残されている²。すなわち、後述するように、あらゆる事情を考慮して個別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き判断すべきなのかという点につき、定見といえるべきものが存在しないのである。

そこで、本稿においては、商標の現実の使用態様や商標保有者の周知・著名性といった事情が登録場面及び侵害場面において、それぞれどのように扱われる場気なのかについて検討することとしたい。

2. 登録場面における「取引の実情」

(1) 最高裁判例

前掲最判〔氷山印〕の事案は、「硝子繊維糸」を指定商品とし、氷山の図形のほか「硝子繊維」、「氷山印」、「日東紡績」の文字を含む後願商標が、「糸」を指定商品とする「しょうざん」の文字のみから成る登録商標と類似するか否かが問題となったものである。この事案では両商標の外観や観念は異な

¹ 飯村敏明「商標の類否に関する判例と拘束力」L&T52号58頁（2011年）は、前掲最判〔氷山印〕を事例判決であると捉えるのは不適切であり、その類否判断基準にかかる判時部分は、「より強い判例拘束力を有する判例部分と評価して差し支えない」とする。

² 松村信夫「商標の類似」日本工業所有権法学会年報31号85頁（2007年）は、「…あたかも『商品の出所の誤認混同』の有無が商標の類否の決定的要素であるかのように誤解されるに至ったことは、その際に斟酌する具体的な取引実情の範囲の不明確性ともあいまって商標の類否判断の基準をきわめて不安定なものにしている」と批判する。

っており、称呼のみが類似していたところ、判決は、硝子繊維系の現実の取引状況に照らすと一般取引におけるほど称呼が重要ではなく、また称呼上の差異も容易に認識できるものであり、「両商標をとりちがえて商品の出所の誤認混同を生ずるおそれは考えられ」ないとして、両商標は非類似であると結論している。

この判決は、外観、称呼及び觀念のいずれかが類似であれば商標の類似性を肯定していた従来の考え方を改め、取引の実情を踏まえた総合的・全体的考察が必要であることを述べた点に意義があるとされており³、特許庁の現行の商標審査基準⁴も、この判決に沿うように改められたものとなっている。

そして、その後に登場した、最判昭 49・4・25 昭和 47（行ツ）33 [保土谷化学社標] は、「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、恒常的でない事情（浮動的事情）や、指定商品の一部にしか妥当しない事情（局所的事情）を類否判断において考慮すべきでないことを明示するに至った。同判決は、前掲最判 [氷山印] もこのことを前提とするものであるとしており、現に、前掲最判 [氷山印] において考慮されているのは、すでに見たように、出願商品の指定商品（硝子繊維系）の業界一般に妥当する事情である。

（2）商標の使用態様の考慮に関する裁判例の変遷

しかしながら、その後の裁判例の中には、浮動的事情と思われるものを考慮しているものも相当数ある。例えば、東京高判平 8・4・17 知裁集 28 巻 2 号 406 頁 [SPA] は、出願人の商品（ミネラルウォーター）のラベルの表示態様やリーフレットや新聞広告における表記なども勘案して類似性を否定しているが、この判決に対しては、浮動的事情を考慮したものとの批判がある⁵。このような裁判例群の登場後、前掲最判 [保土谷化学社標] を引用しつつ、後願商標の具体的な使用態様につき、これを浮動的、局所的事情であるとした裁判例⁶が登場した。これらの裁判例は、2008 年～2009 年に公表された論文においては「新傾向」のものとして紹介されている⁷。

更に、2010 年前後になると、後願商標や引用商標（先願登録商標）の具体的な使用態様を考慮する裁判例が多く登場することになった⁸。例えば、知財高判平 22・8・19 平成 22（行ケ）10101 [きつと、サクラサクよ] においては、後願商標（桜を模した 5 弁の花の図形中に、「きつと、サクラサクよ。」の

³ 矢野邦雄「判解」昭和 43 年度最高裁判例解説民事篇（上）62 頁、牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」パテント 62 巻 13 号 71 頁（2009 年）など参照。前掲最判 [氷山印] 以前の状況については、同 66-71 頁を参照。

⁴ 『商標審査基準』第 3・「九、第 4 条第 1 項第 1 号（先願に係る他人の登録商標）」<
http://www.jpo.go.jp/shiryoku/ki_jun/ki_jun2/pdf/syohuhyou_ki_jun/20_4-1-11.pdf>[最終アクセス:2019 年 1 月 20 日] 参照。

⁵ 田村善之『商標法概説 [第 2 版]』（弘文堂、2000 年）119 頁注（1）、小嶋崇弘「判批」知的財産法政策学研究 21 号 297 頁（2008 年）、平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究 25 号 260-261 頁（2009 年）。

⁶ 東京高判平 14・9・30 平成 13（行ケ）518 [塩沢緋・越後塩沢同人会]、東京高判平 15・12・26 平成 15（行ケ）316 [パテントマップくん] など。

⁷ 小嶋・前掲注 5・298 頁及び平澤・前掲注 5・265 頁。

⁸ 本文で紹介するもののほか、知財高判平 22・7・12 平成 21（行ケ）10404 [SHI-SA]（後願商標が観光土産品である T シャツに使用されている等の後願商標の使用態様及び引用商標の使用態様が不明であることを考慮）、知財高判平 22・7・21 平成 21（行ケ）10396 [ROKI]（後願商標が図形部分と文字部分を一体として使用されているという事情を考慮）、知財高判平 23・6・6 平成 22（行ケ）10339 [本草製薬の潤煌]（後願商標が使用されている商品と、引用商標が使用されている商品とでは、商品の構成及びその販売形態は著しく異なるとの事情を考慮）など。

文字を配置した構成の商標)が引用商標(「サクラサク」の片仮名文字からなる商標)と類似しないと判断するに当たり、取引の実情として、後願商標が受験シーズンに専らキットカット商品(後願商標の使用権者が販売する、登録商標「KitKat」の付された商品)に用いられているという事情、及び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ている事情等が考慮されている。また、知財高判平23・6・29[Choop]においては、後願商標と引用商標とは「シュープ」の称呼を生じうる点で共通するものの、「[後願商標]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」などの取引の実情が考慮され(なお、これら各商標の指定商品の記載には需要者層や着用場面等についての限定は一切ない)、両商標は非類似との結論に至っている。

このような裁判例に対しては、学説上批判があり⁹、その後から現在に至るまでは、後願商標や引用商標の具体的な使用態様を考慮して類似性を否定する判決はあまりみられなくなった¹⁰。ただし、次に紹介する判決のように、具体的な使用態様を考慮する姿勢を維持しているように読めるものもある。すなわち、知財高判平26・10・29平成26(行ケ)10094[PEACE ICED COFFEE]は、結論として商標の使用態様についての原告(出願人、拒絶査定不服審判の請求人)の主張を認めなかったが、このような主張が認められる余地は残しているように見える。この事件における原告の主張(後願商標が引用商標と類似しない旨の主張)は、具体的には、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、後願商標とは明らかに異なる印象等を与える、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、というものであった。

判決は、①に対しては、「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」と述べ、②に対しては、「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が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」と述べて(引用部分の下線は筆者が付したもの)、これらの主張を排斥している。この判決は、「原則として当該商標自体を比較」するとしているので、例外がありうることを示唆しているようにも見える。また、上記②の主張に対応する部分を見ても、証拠上、現に互いの商品の取引相手が限定されていて競合が生じないような事実が認められれば類似性が否定されるように読める。

このように、立場のはっきりしない判決はあるものの、直近の裁判例には、前掲最判[保土谷化学社標]を引用して、商標の具体的使用態様にかかる主張を恒常的なものではないとして排斥しているものが再

⁹ 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&T54号212頁(2012年)など。

¹⁰ 許清「商標類否の判断基準に関する一考察(2・完) ―裁判例に基づく商標類似性に対する分析―」知的財産法政策学研究50号142頁(2018年)。

び増えてきており¹¹、現実の使用態様を考慮するという立場は改められたと評してよいのかもしれない。

（３）商標の周知・著名性の考慮と「横取り」問題

類否判断における「取引の実情」として考慮されるものの一つに、後願商標や引用商標の周知・著名性がある。商標の周知・著名性については、混同のおそれを判断する事情として直接的に考慮されることは少なく¹²、多くの場合、後願商標や引用商標の構成部分の分離の可否や称呼や観念の認定の際に考慮される¹³。後願商標の出願人が周知・著名商標の保有者で、後願商標の構成がその周知・著名商標を含むものである場合、当該商標の周知・著名性は混同を否定する要素（すなわち類似性を否定する要素）として考慮される傾向にある。後願商標が周知・著名商標そのものである場合¹⁴のみならず、後願商標が結合商標であって、その一部に周知・著名商標を含む場合であっても、このような傾向は認められる¹⁵。

つまり、そのような結合商標¹⁶から周知・著名商標を除いた他の構成要素が他人の先願登録商標と近似するものであっても登録が認められやすいことになる。このような問題は商標の「横取り」問題¹⁷といわれることがある。この問題についてある論者は、結合商標の他の構成要素の部分（他人の先願登録商標と近似する部分）が未周知の場合には、需要者は周知・著名商標の部分に着目して商品選択を行うため、「出所混同説」の立場からは類似性は否定されざるを得ないと評している¹⁸。

¹¹ 知財高判平 29・5・15 平成 28（行ケ）10089 [FINESSESCE]、知財高判平 29・6・28 平成 28（行ケ）10270 [SeaGull-LC]、知財高判平 29・10・26 平成 29（行ケ）10128 [軽スタ]、知財高判平 30・4・24 平成 29（行ケ）10220 [四神宝相華紋報恩座]、知財高判平 30・9・6 平成 30（行ケ）10035 [MONTAGNE] など。

¹² 例外として、東京高判昭 60・10・15 無体裁集 17 巻 3 号 444 頁 [寶]。

¹³ 平澤・前掲注 5・262 頁及びそこで紹介されている裁判例参照。

¹⁴ 知財高判平 19・8・8 判時 2001 号 100 頁 [CUBS] は、シカゴ・カブスのユニフォームの胸の部分等に使用されているロゴと同一の形状の後願商標（図形と文字から構成される）につき、同商標の周知性を考慮して、図形と一体的に理解され「カブス」の称呼のみが生じるなどとして類似性を否定している。

¹⁵ 横山久芳「商標の類否判断の基準と手法（2・完）」民商法雑誌 153 巻 6 号 98-99 頁（2018 年）。

¹⁶ 結合商標の類否判断については、全体観察を原則とし、分離観察については例外的なものとするべき旨述べる一連の最高裁判決（最判昭 38・12・5 民集 17 巻 12 号 1621 頁 [リラ宝塚]、最判平 5・9・10 民集 47 巻 7 号 5009 頁 [SEIKO EYE]、最判平 20・9・8 判時 2021 号 92 頁 [つつみのおひなっこや]）があり、特に直近のものは、「その部分が取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合などを除き」分離観察は許されないとしており、要部観察が認められる場合を特に厳しく限定しているようにみえる。この点を含め、結合商標の類否判断に関する詳細については、本報告書の小塚教授執筆部分を参照されたい。

¹⁷ 土肥一史『商標法の研究』（中央経済社、2016 年）136 頁など参照。

¹⁸ 横山・前掲注 15・99 頁。

おそらくはこのような立場から類似性を否定した例として、知財高判平 28・1・20 平成 27(行ケ)10158 [REEBOK ROYAL FLAG] がある。この事案の概要は次の通りである。X が、下図の本件商標（指定商品は第 25 類「履物、運動用特殊靴」など）につき出願したところ、特許庁は、本件商標が指定商品を第 25 類「履物、運動用特殊靴」などとする登録商標（引用商標）に類似するから、本件商標は 4 条 1 項 11 号に該当するとして拒絶査定をした。拒絶査定不服審判においても結論は維持されたため、X は審決取消訴訟を提起した。

本件商標（標準文字）	引用商標
REEBOK ROYAL FLAG	ROYAL FLAG

判決は、「REEBOK」が周知な商標であることから、「ROYAL FLAG」の文字部分だけを抽出して類否判断をすることは許されず、本件商標を全体として一体的に観察するか、「REEBOK」の文字部分を抽出して品要商標と対比すべきと述べた。その上で、類似性を否定し、X の請求を認容した。

（４）検討

筆者の考えによれば、商標制度の目的は商標によるサーチコスト（商品・役務の探索コスト）の削減であり、「混同のおそれ」は、法で規制すべきサーチコストの増大の有無について判断するメルクマールにすぎない¹⁹。そこでいう「混同のおそれ」は「抽象的な混同のおそれ」であり、より具体的な基準としては、「商標自体が取り違えられるおそれがあるほど似ているか」という基準が採用されるべきである²⁰。このような基準の下、商標以外の要素をできるだけ捨象して抽象的に混同のおそれについて判断がなされることとなる。サーチコスト理論の下では、商標自体が取り違えられる恐れがあるほど似ているにも関わらず、商標外の要素によって識別がなされているような状況は好ましくないからである。

このような考えによれば、後願商標や引用商標の現実の表示態様については、商標外の要素といえるため、考慮すべきではない。出願人が商標の現実の表示態様を含めて考慮されることを望むのであれば、出願商標の構成に反映させるべきである。また、商標の付された商品の取引態様については、それが指定商品一般に妥当するものではないのであれば、そのような事情は局所的事情であるから考慮すべきではない。出願人がそのような事情を含めて考慮されることを望むのであれば、そのような事情が局所的事情とならないように指定商品の範囲を限定するべきであろう²¹。このような立場は、前掲最判「保土谷化学社標」とも親和的であろう。

後願商標や引用商標の周知・著名性については、指定商品一般に妥当するものといえるものであれば、考慮せざるを得ないであろう。しかし、その考慮のあり方としては、外観・称呼・観念の認定に当

¹⁹ 詳細については、宮脇・前掲注 9・68-69 頁のほか、宮脇正晴「標識法におけるサーチコスト理論 —Landes & Posner の業績とその評価を中心に—」知的財産法政策学研究 37 号 195 頁（2012 年）、同「混同とサーチコスト」パテント 65 巻別冊 8 号 26 頁（2012 年）など参照。

²⁰ このような基準自体は、田村・前掲注 5・118 頁において既に提唱されているものである。

²¹ 以上につき、宮脇・前掲注 9・70 頁。

たって考慮することにとどめるべきであり、周知・著名性自体を直接的に混同のおそれの判断において考慮すべきではない。特に、商標自体が取り違えられるおそれがあるほど似ているにもかかわらず、後願商標の構成要素に周知・著名商標が含まれることを理由に類似性を否定して、当該商標の登録を認めることには問題がある。そのような登録が許され、当該商標が使用されると、先願登録商標が発揮していた識別力が弱化する（サーチコストの削減効果が発揮されにくくなる）おそれがあるからである。

例えば、前掲知財高判〔REEBOK ROYAL FLAG〕の事案の場合、「REEBOK」の周知・著名性の考慮が許されるのは、後願商標の「REEBOK ROYAL FLAG」の「REEBOK」部分から「リーボック」との称呼が生ずることや、同商標が「REEBOK」部分と「ROYAL FLAG」部分とに分けて認識されるということまでであろう。このような分離観察が許されとしても、「ROYAL FLAG」の語は指定商品の属性と何ら関係のないものであるから識別力を有しているといえるため、この部分を抽出して類否判断することもまた、許されるといえよう。したがって、この事件においては、類似性は肯定されるべきであったと考える。

3. 侵害場面における「取引の実情」

（1）小僧寿し事件最高裁判決とその後の裁判例の動向

侵害場面における類否判断に関する最高裁判例として、最判平9・3・11民集51巻3号1055頁〔小僧寿し〕がある²²。この事件は、下記本件商標につき、指定商品を旧45類「他類に属しない食料品及び加味品」とする商標権を有するXが、全国規模の持帰り鮓のフランチャイズ・チェーンである「小僧寿しチェーン」に加盟するYに対して、商標権の侵害を理由にXの使用する各種標章の使用差止及び損害賠償を求めたというものである。一審及び二審判決は、Y使用商標の一部については侵害を肯定したものの、下図のものを含む残りの商標については侵害を否定した。

本件商標	Y使用商標（一部）

上告審において最高裁は、商標の類否判断の基準として前掲最判〔冰山印〕の基準を掲げ、結論として類似性を否定した。類似性の否定に当たって判決が重視したのは、次の二点である。すなわち、①「小僧寿し」が有名なフランチャイズ・チェーンの表示として広く一般に認識されていることから、「小僧寿し」全体が不可分一体のものとして、「コゾウズシ」の称呼を生ずること（「コゾウ」だけを分離して認識・呼称されることが無いこと）、及び②「小僧寿し」からは企業グループとしての小僧寿しチェーン又はその製造販売品が観念されること、である。

²² そのほかの最高裁判例として、最判平4・9・22平成3(オ)1805〔大森林〕。

この判決は、侵害場面における類否判断において、被疑侵害者側の商標の使用態様や周知・著名性に関する事情を「取引の実情」として考慮している。このような事情は、前掲最判〔冰山印〕において考慮された事情よりもより個別的・具体的な取引の実情であるといえよう。その後の裁判例も、被疑侵害者側の個別具体的な事情を考慮して、侵害を否定するものが多くみられる²³。

商標権者側の事情については、商標権者側の周知・著名性ととも考慮する例がある。そのような例としては、知財高判平 20・3・19 判タ 1629 号 288 頁〔ELLEGARDEN〕が挙げられる。この判決においては、被疑侵害者の商標の具体的な使用態様（骸骨が刃物を振りかざしていたり、骸骨から血のようなものが滴り、その下に血溜まりができていたり、などといったデザインと一体として用いられていることなど）のみならず、被疑侵害者の使用態様から喚起されるイメージが「女性向け、家庭向けの清潔なイメージを販売広告戦略とする」登録商標のイメージと重なる余地が無いことを考慮している。ただし、このような例は少数にとどまっており、周知・著名性を伴わないような登録商標の使用態様について考慮されている例は、少なくとも近時はほとんどみられない²⁴。

（2）検討

侵害場面における類否判断においても、筆者の基本的な考えは登録場面のところで述べたものと同様である。しかし、商標の特定方法が登録場面と侵害場面とでは異なるという点には注意を要する。すなわち、登録場面（4条1項11号）においては、出願（後願）商標と引用商標（先願登録商標）はともに願書で特定される²⁵。これに対し侵害場面においては、被疑侵害者の使用商標は、その商標が具体的にどのように使用されているのかということについて、裁判における当事者の主張・立証によって特定される。そのような特定のためには、その相手方の商標がどのような商品（役務）にどのような形で表示され、その商品（役務）がどのような需要者層を対象にどのような販売ルートで売られているのか等の事情を明らかにする必要がある。

例えば、登録場面の類否判断の場合、出願商標の指定商品が「衣服」であれば衣服の需要者一般を対象として混同のおそれについて判断がされるが、侵害場面においては、相手方の商標が付されている商品は（単に「衣服」であるだけでなく）「百貨店のベビー服売り場で販売されているベビー用肌着」などというように具体的に特定され、そのようなベビー用肌着の需要者を対象に（抽象的な）混同のおそれについて判断される。上記のような特定に当たっては、侵害時点の事情が浮動的なものであっても考慮することは許される。とりわけ、被疑侵害者の商品の需要者層や表示態様に関する個別具体的な事情については、考慮することが必要となろう。

しかしながら他方で、このような相手方商標の特定に関わらない個別具体的な事情については、登録場面と同様、考慮すべきではない。したがって、商標権者側の事情については、それが指定商品一般

²³ 例として、知財高判平 27・11・5 平成 27(ネ)10037〔湯〜とびあ〕。そのほかの例については、許・前掲注 10・145-148 頁を参照。

²⁴ 許・前掲注 10・145 頁は、登録商標側の事情を考慮した例として、東京地判平 26・1・31 平成 24(ワ)24872〔Pierarejeunne〕及び大阪地判平 26・3・27 平成 24(ワ)13709〔PRIME SELECT〕を挙げている。しかし、これらの裁判例で考慮されているのは、登録商標の構成が欧文字表記と日本語表記が併記されているようなものである場合には、両者を切り離して個別に使用される場合があるという一般的な取引実情の域を出ないものであるように思われる。

²⁵ 登録商標の範囲については、願書の記載に基づいてこれを定めなければならない（商標法 27 条 1 項）ことに鑑みると、出願商標についても願書の記載によって特定されるべきであろう。

に妥当するような事情といえない限りは、考慮すべきではない²⁶。商標権者側の周知・著名性についても登録場面と同様、指定商品一般に妥当するような事情といえる場合には考慮できるが、その場合であっても、あくまで商標の外観・称呼・観念の認定の際に考慮することにとどめるべきであろう。侵害の場面においても、商標自体が取り違えられるほど類似しているのであれば、被疑侵害者側の商標の周知・著名性を考慮して類似性を否定するべきではない。この点で、前掲最判「小僧寿し」には問題があったといえよう。そもそも被疑侵害者の商標が登録商標の出願時に一定以上の周知性を獲得していたのであれば、少なくとも今日であれば無効の抗弁（商標法 39 条の準用する特許法 104 条の 3 第 1 項）により侵害を否定できる。そして、被疑侵害者の商標が周知になったのが登録商標の出願後の場合、出願商標を調査しなかった相手方にも落ち度があるように思われる。そのような場合には、商標権者の商標権の取得経緯や権利行使の態様等も考慮して、権利濫用論²⁷で解決するのが適切であろう²⁸。

²⁶ 田村・前掲注 5・129 頁、小嶋・前掲注 5・302 頁、許・前掲注 10・150 頁。

²⁷ 最判平 2・7・20 民集 44 卷 5 号 876 頁「ポパイ」。

²⁸ 田村・前掲注 5・128 頁注(1)、許・前掲注 10・152-153 頁参照。

II. 結合商標の類否判断から考える商標制度の機能と将来像

学習院大学 小塚 莊一郎 教授

1. 問題の所在

本稿は、結合商標の類否判断という問題の分析を通じて、商標制度のあり方、及び商標法学のあり方について考えることを目的とする。結合商標の類否は、言うまでもなく、商標の類否という一般的な問題の中の特殊な論点である。商標の類否は、どの国の商標法においても制度の根幹にかかわる基本問題であるから、その中の特殊問題から商標制度や商標法学に関する一般的な議論を展開するというアプローチも、許されるであろう。もっとも、日中共同研究という枠組から、本稿では日本の制度、判例及び学説の検討を中心とし、必要に応じて中国の商標法における考え方を比較対照するものとした。

このようなアプローチを採用する背景について、最初に述べておこう。筆者は、過去3年間、日中の商標法を比較検討する共同研究に参加してきた。具体的な主題としては、2016年度には「不使用商標の登録取消」¹、2017年度は「悪意の商標出願」²、そして今年度は「結合商標の類否」を論じてきたが、これらの論点に共通して、中国では、商標の質という問題意識が抱かれているようである。その問題意識を、筆者の理解に従って要約すれば、中国の商標出願件数は、2017年には574.8万件を数え³、世界でも最多件数となっているが、その中には、実際の商業活動では使用されていない商標や、他国の有名な商標を先取り出願し、海外の権利者から利益を得ようとするのではないかと疑われるような商標も少なからず含まれているのではないかと、仮にそうであるとすれば、そうした商標の出願や登録を規制するように制度を運用し、それによって登録商標の「質」を向上させていく必要があるのではないかと、というものである。「不使用商標の登録取消」は、そうした実質を伴わない商標の登録を事後的に消滅させる制度であり、「悪意の商標出願」の規律は、そもそも実質を伴わない商標出願を抑制して、問題を事前に解消しようとする試みである。商標制度の本来の機能に照らせば、このような問題意識が正当であることには疑問の余地はない。そして、悪意の商標出願が、最近の5極（日米欧中韓）の商標当局による共同の取組み（TM5）において大きな問題と位置づけられ、議論されてきたことなどから見て⁴、決して中国に特有の問題ではなく、世界の商標制度において、普遍的な問題であると言える。

しかし、その一方で、日本を含む世界各国では、商標権の保護の範囲を拡大し、その独占権を強化するという動向も、明らかに存在する。たとえば、商品・役務の出所について需要者に混同を発生させるおそれがないような場合にも、著名商標を希釈化から保護するという制度が世界に広がりつつある⁵。米国では、これは、先駆的な州による反ダイリューション法の立法を経て、連邦反ダイリューション

¹ 小塚莊一郎「不使用商標に関する効率的な制度設計の研究」『知的財産に関する日中共同研究報告書 平成29年3月』（一財）知的財産研究教育財団〔2017〕所収。

² 小塚莊一郎「悪意の商標出願と商標法の基本理念」『知的財産に関する日中共同研究報告書 平成30年3月』（一財）知的財産研究教育財団〔2018〕所収。

³ 特許庁「知財をめぐる国際情勢」（2018年2月）＜

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2018/sangyou/dai3/siryou3-8.pdf＞〔最終アクセス：2019年2月〕。

⁴ 佐々木悠源「悪意の商標に係るTM5での取組」商標懇116号13頁〔2018〕。

⁵ 希釈化と混同の関係（相違）について、宮脇正晴「著名商標の保護」日本工業所有権法学会年報31号99頁〔2007〕。

ョン法の立法に至った。日本でも、著名商標の希釈化防止を改正の目的として、不正競争防止法の改正が1998年に実現した（ただし、著名商標の希釈化からの保護を商標法にも取り入れるという改正は必要がないという結論に至った⁶⁾）。悪意の商標出願に対する規律の中にも、単純に著名商標を先取り出願する行為の規制とは言えないものが含まれており、その部分は、著名商標の保護を強化、拡大する動きと見ることもできる⁷⁾。さらに、文字や図形以外の立体形状、音、色彩（単色）、動きといった非伝統的要素からなる商標の登録を認める制度も、過去10年ほどの間に、急速に普及した。これも、商標権の保護範囲を拡大し、独占力を強化するという流れの一環ととらえることが可能である。

こうした世界的な潮流の背後には、商標が「商品・役務の出所を示す表示」から、「需要を喚起し、市場を作り出すブランド」へと変貌してきたという事情があるように思われる。商標は、いまや消費者の五感に働きかけて、商品・役務に対する購買意欲をかき立てるマーケティングの道具となったのである。このことは、前述した「商標の質」という問題意識に対して、困難な問題を提起する。「ブランド」としての商標は、商品・役務の実質的な良質性という裏づけを持たずに機能するため、「実質を伴わない商標は排除されるべきである」という命題が厳格に維持できなくなってしまうからである。もちろん、だからと言って、他人の権利取得を妨害する目的で出願される「悪意の商標」が、「ブランド」としての価値を持つわけではない。問題は、需要者の常識に照らせば明らかな「悪意の（質の低い）商標」と「ブランド」の差異が、法律的に明確な定義によって判別できないという点にある。

このように、世界の商標制度は、相反する二つの動向の中で、均衡点を見出そうと模索しているといえることができる。そうした中で、中国では「商標の質」に対する問題意識が強く抱かれているとすれば、この均衡点が、日本における均衡点とは一致していない可能性があるのではないか。そうだとすれば、そのような均衡点の相違は、どのような政策判断にもとづいているのか、そして、その政策判断と採用されている制度運用や解釈論とは整合的であるのかといった点を正面から議論すべきではないか、と考えられる。別の言い方をすれば、一見すると各国で共通に見える商標制度のあり方は、実は、背景となる取引の実情やそれに対する政策判断、さらには制度設計に際しての選択により異なってくるのであって、完全に共通の理解を追求する必要はなく、相違が生ずる理由と現実が生じている相違との対応を検討することの方が生産的であると思われるのである。

このような問題意識に立って、以下では、次の順序で考察を進める。まず、日本における商標の類否判断について、その考え方の変遷を、それぞれの時代背景に照らし合わせて簡単に振り返る(2.)。次に、商標の類否という問題の中でも難問である結合商標の類否について、日本の商標法における現在の考え方を分析し、その問題点を明らかにする(3.)。その上で、従来は「結合商標の類否」という問題の枠組ではとらえられていなかったが、それと共通性があると思われる問題として、非伝統的商標における類否判断の問題をいくつか指摘し、その考え方を検討する(4.)。最後に、以上の分析をふまえて、商標制度の比較研究を行う際の方法論について考察し、まとめとしたい(5.)。

⁶⁾ 産業構造審議会知的財産政策部会『商標制度の在り方について』（平成18年2月）。

⁷⁾ 小塚・前掲〔註2〕参照。なお、小塚莊一郎「悪意(bad faith)の商標出願をめぐる制度論と実質論」商標懇116号7頁〔2018〕。

2. 日本における商標類否判断

(1) 商標の類否に関する現在の基準

日本の商標法は、法律の条文上、商標の類否に関する判断の基準を明示していない。しかし、昭和43年（1968年）の最高裁判決がこの点に関する判断基準を示し⁸、現在では、判例法として確立されている。

この最高裁判決の事案は、指定商品を旧第26類「硝子繊維糸」として、「黒色の円形輪廓内を上下に二分して、上半部は淡青色の空を、下半部は濃青色の海をあらわし、その中央部には海面に浮き出た氷山の図形を白色と淡青色とをもって明瞭に描いた図形において、上部周縁に沿って黒く縁取りした白抜きで『硝子繊維』の文字と、氷山図形の下に黒く縁取りした白抜きで『氷山印』の文字と、さらに、下部周縁部に沿って『日東紡績』の白抜きで文字とを記して成る文字と図形と色彩との結合にかかる標章（図1参照）を出願したところ、当時の大正10[1921]年商標法2条1項9号により拒絶されたというものである。拒絶理由として引用された先願商標は、指定商品を旧第26類「糸」とする「しょうざん」という文字商標（「しょうざん」の文字を、そのうち「し」と「ん」の文字だけやや大きくあらわし、左横書きにした商標。図2参照）であった。不服審判の申し立ても却けられたが、東京高裁は特許庁の判断を覆して両商標は非類似であるとして審決を取り消し⁹、最高裁もこれを支持した。その判断において、最高裁は次のように述べ、これが、商標の類否判断に関する判例法となった。

「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、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」

本願商標



図1

引用登録商標

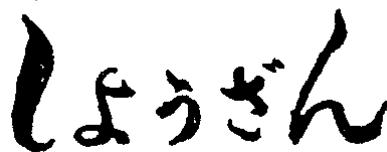


図2

この判例法の要点は、3点ある。第一点は、商標の類否判断に関する究極的な基準は「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」であるということ、第二点は、その判断に際して、商標の外観、観念、称呼等にもとづく全体的な考察が要求されること、そして第三点は、「その商品の取引の実情」を可能な限りふまえ、具体的な取引状況にもとづいた判断がなされるべきことである。

⁸ 最判昭和43[1968]・2・27民集22巻2号399頁。

⁹ 東京高判昭和39[1964]・9・29民集22巻2号445頁、判例タイムズ169号182頁。

このような判例の考え方は、特許庁の審査実務にも受け入れられた。現在の『商標審査基準〔第13版〕』は、商標法4条1項11号の審査基準について、次のように記述する¹⁰。

「商標の類否は、出願商標及び引用商標がその外観、称呼又は觀念等によって需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に観察し、出願商標を指定商品又は指定役務に使用した場合に引用商標と出所混同のおそれがあるか否かにより判断する。

なお、判断にあたっては指定商品又は指定役務における一般的・恒常的な取引の実情を考慮するが、当該商標が現在使用されている商品又は役務についてのみの特殊的・限定的な取引の実情は考慮しないものとする。」

商標出願の審査・登録の局面だけでなく、商標権侵害が主張された事案で商標の類否が問題となった場合にも、裁判所は、同一の基準を用いることとしている。たとえば、「木林森」の漢字を行書体で縦書き又は横書きした文字からなる商標を頭皮用育毛剤及びシャンプーに使用した被告に対して、「大森林」の漢字を楷書体で横書きした文字からなり、指定商品を第4類「せっけん類、歯みがき、化粧品、香料類」とする登録商標を有する商標権者が原告となって、商標権侵害の訴訟を提起した事案では、最高裁は、昭和43[1968]年判決を引用して、次のように述べている¹¹。

「商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標がその外観、觀念、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きであり、しかも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って（最高裁昭和39年（行ツ）第110号同43年2月27日第三小法廷判決・民集22巻2号399頁参照）、綿密に観察する限りでは外観、觀念、称呼において個別的には類似しない商標であっても、具体的な取引状況いかによっては類似する場合があります、したがって、外観、觀念、称呼についての総合的な類似性の有無も、具体的な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致すべきである。」

さらに、その後、持ち帰り寿司のフランチャイズ・チェーンを展開する被告が「小僧寿し」の4文字を横書きまたは縦書きした標章、「KOZO」「KOZO SUSHI」等のローマ字を横書きした標章、小僧を図案化したと思われる図形標章（図3参照）等を使用する行為に対して、指定商品を旧第45類「他類に属しない食料品及び加味品」とし、「小僧」の2文字を縦書きしてなる登録商標（図4参照）の商標権者が差し止めと損害賠償を求めて提起した訴訟においても、最高裁は、次のように述べた¹²。

「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、觀念、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、觀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」

¹⁰ 『商標審査基準〔第13版〕』第3、十〔2017〕。

¹¹ 最判平成4[1992]・9・22判例時報1437号139頁。

¹² 最判平成9[1997]・3・11民集51巻3号1055頁。



図3

小僧

図4

このように、昭和43年の最高裁判決が確立した上記の3点の基準は、日本の商標法上、確固たる基準になっているといつてよい。本共同研究の過程では、日中両国の実務家から、具体的な事案に即して分析すると、この基準にもとづく日本における商標の類否判断は、中国における類否判断と比較して、類似とされる範囲が狭いのではないかという指摘がなされた。これは、一般的な基準を個別的な事案に適用する際の適用の仕方に関する問題であると考えられる。そして、その問題を検討するためには、昭和43[1968]年判決の背景に存在する考え方を把握することが有益であろう。

そもそも、昭和43[1968]年判決が出される以前から、外観、観念、称呼の3要素を基準として商標の類否判断が行われるべきことは、広く認められていた。しかし、3要素のうちいずれか一つでも類似していれば、それをもって両商標は類似すると判断されることが、特許庁の審査実務でも、また裁判例でも、一般的であった¹³。その意味で、昭和43[1968]年の最高裁判決が持っていた意味は、その第1点と第3点にあると考えられる。第1点は、誤認混同の可能性という実質的な判断こそが基準であるとして、それまでの実務や裁判例で採用されていた形式的な類否判断の方法を否定した。これにより、外観、観念、称呼の対比は、誤認混同の可能性を判断するための手がかりにすぎないとされたわけである。また、第3点において導入された「取引の実情」の考慮も、昭和43[1968]年判決以前から、裁判例において認められていたのであるが、それらの裁判例は、外観、観念、称呼の各要素を対比すると必ずしも類似していないようであっても、取引の実情を考慮すれば具体的な混同の可能性が認められるとして、類似の判断を広げるものであった。これに対して、最高裁は、称呼が近似する商標も、取引の実情を考慮することにより非類似となると認めたのであり、この点でも画期的であった¹⁴。

(2) 商標の類否に関する考え方の変遷

外観、観念、称呼のうち一つでも類似していれば商標の類似を肯定するという考え方は、第二次世界大戦前の判例には、繰り返し現れていた。当時は、法分野を問わず、裁判所は法を比較的形式的に運用する傾向があり、商標の類似に関する考え方も、そうした傾向の一例であったのではないかと想像される。こうした裁判所の傾向に対して、第一次世界大戦後、法社会学の影響を受けた末弘厳太郎博士（東京帝国大学法学部教授）が、社会の実態と合致した法の解釈、運用を提唱したことは、よく知られている¹⁵。それは、日本の経済発展に伴って、現代的な社会問題が出現し、西欧の近代国家から移植した近代法と社会の現実との乖離が、無視できないほどに大きくなったことを反映した考え方であ

¹³ 杉林信義「発明・考案（型・意匠）及商標の同一又は類似性（三）」パテント6巻3号8頁〔1953〕。網野誠『商標〔第6版〕』432頁参照〔2002、有斐閣〕。

¹⁴ 網野誠「称呼において比較的近似するが類似でないと認められた商標の事例」民商法雑誌59巻3号480頁〔1968〕。なお、紋谷暢男「商標の類似性判断における取引の実情——商標の称呼が近似するも、他の点で著しく相異なる商標相互の類似性判断」法学協会雑誌86巻6号687頁〔1969〕は、本判決について、「誤った結論」とであると批判している。

¹⁵ 星野英一「日本民法学史（2）」法学教室9号14頁〔1981〕。

った。そうした考え方に立つ末弘博士は、商標法の分野でも、形式的な判断には批判的であった。昭和 15[1940]年の大審院判決¹⁶に対する評釈の中で「各種の看點から商標を観察した上、結局それが與へる印象、記憶、聯想如何等を綜合して當該商標を同一又は類似の商品に使用することを許すと一般需要者の間に混同誤認を惹起す虞ありや否やを全體的に考へることが必要」であると述べ¹⁷、需要者における混同の防止という商標制度の趣旨に照らした実質的な判断を提唱した。昭和 43[1968]年の最高裁判決は、担当した最高裁調査官がこの評釈を引用していることなどから¹⁸、末弘博士の考え方を採用したものとされている¹⁹。

しかし、末弘博士の判例評釈が書かれてから最高裁判決がそれを受け入れた基準を確立するまで、30 年近い歳月が経過している。その理由の一つは、従来の形式的な類否判断方法が、日本における商標の利用実態に、それなりに合致していたからではあったように思われる。商標制度の歴史を分析した文献によると、明治期の日本に、西欧由来の商標制度が導入された直後は、江戸自体からの暖簾や屋号、家紋等をそのまま採用した商標の出願が多かったと言われる²⁰。制度を西欧から新たに移植しても、その背景となる社会実態は西欧の社会と異なっていたので、日本に進出した欧米企業による利用を別とすれば、伝統的な社会に即した形で制度が利用されたわけである。その後、第一次世界大戦を経て日本経済が重工業化すると、いったんは欧米と同様に広く商標が利用されるようになった。しかし、それも長くは続かず、1930 年代には、日本は戦時経済体制へと移行し、消費財の取引は厳しく統制されるようになる。その結果、「禁制品に商標を使用することは犯罪責任の所在を教えることになるから、商標の使用を厭忌し、ついには商標無用論も出て来た。従って商標の保護を求める登録出願は急速に減少し、まして商標権継続の出願の如きは棄ててかえりみざるの有様であった」とされる²¹。このような時代の中では、商標の類否は外觀、觀念、称呼の形式的な対比ではなく、需要者による誤認混同のおそれによって判断されなければならないと指摘しても、実務的には説得力がなかったであろうことは、容易に理解できる。

第二次世界大戦が終結しても、しばらくの間は、物資が著しく欠乏し、商標による商品選択の余地もなかったと言われる。しかし、やがて経済が安定に向かうとともに商標の出願も増加し、昭和 27 年には、出願件数が世界で最多 (32,558 件) を数えるに至った²²。こうした大量出願の時代を迎え、特許庁は審査実務を見直したようである。文献によれば、昭和 27~28 年頃、「商標の類否の判定基準を近代的経済常識のレベルに引上げようとして大いに努力、改善した」²³。具体的には、商号をそのまま商標出願した場合にも、特別扱いすることなく先願商標と類似していれば拒絶すること、識別力の弱い形容詞と名詞を結合した商標はその名詞部分と同一の名詞からなる先願商標と類似するものと推定するといった扱いが確立され、それによって、商標の類似が肯定される範囲が従来よりも拡大された。なお、同時期には、商品の類否についても、商品類別制度から形式的に判断するのではなく、実質的

¹⁶ 大判昭和 15[1940]・11・6 民集 19 卷 2024 頁。

¹⁷ 末弘厳太郎「商標——商標の類似性」『判例民事法 昭和 15 年度』442 頁 [1942、有斐閣]。

¹⁸ 矢野邦雄「称呼において比較的近似するが類似でない」と認められた事例」『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和 43 年度 (上)』[8] 事件 62 頁 [1970、法曹会]。

¹⁹ 牧野利秋「商標の類似判断の要件事実的考察」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』157 頁、165 頁注 4 [2016、日本評論社]。

²⁰ 井上一平『日本商標の研究』106 頁 [1956、実業之日本社] [以下、「井上『日本商標』とする」。

²¹ 井上『日本商標』・110 頁。

²² 特許庁 (編)『特許制度 70 年史』162 頁、169~172 頁 (1955、発明協会) の統計資料による。なお、同書 165~169 頁参照。その後の経過については、特許庁 (編)『工業所有権制度百年史 (別巻)』130~132 頁 (1985、発明協会)。

²³ 藤原龍治『商標と商標法』66 頁 [1959、東洋経済新報社]。

な判断へと移行し、類似とされる範囲を拡大するような改革が行われた²⁴。

20年ほどの間、商標の機能が低下し続けた後に、急激に増加した出願に対応する上で、外観、観念、称呼のうち一つでも類似していれば類似商標とするという従来の扱いをさしあたり維持することは、効率的な出願審査の観点から合理性を持っていたのではないかと推測される。そうした時期がしばらく続き、昭和40年頃には、「日本においては、商標があまりにも多すぎる」と言われるまでになった。同じ文献は、「あまりにも新商標の入り込む余地のない現状」「『新しい商標を考えても、競争相手がたいていストックしている』という嘆き」を指摘する²⁵。過剰なほどに登録された商標の中には、実際に使用されていないものも多かったと思われるが、不使用商標の登録取消制度はあまり活用されていなかった。

そうした状況の下で、学説の中に、商標法の制度目的は不正競争の禁圧にあるという点を強調する考え方が現れる。この立場は、一方では、著名商標との関係で、類似とされる範囲を広く解釈する方向にもつながるが²⁶、機械的な類否判断には批判的となり、「外観・称呼・観念の一つだけが類似していても、他の二点で著しく相違しており、取引上なんら混同誤認が生じるおそれのないときには類似しない商標と判定すべきである。」と考えることとなる。同じ時期には、類否の判断は需要者の心理に着目してなされなければならないと説く見解も現れている²⁷。この見解は、商標が需要者の購買行動にどのような影響を与えるかについての実験などにも関心を示しつつ²⁸、そうした実験が容易ではないとしても、少なくとも「取引の実情」を判断に反映させるべきであると主張した²⁹。

昭和43年に、最高裁が商標の類否について機械的な判断を戒め、需要者に誤認、混同を生ずるか否かを窮極的な基準とすべきであると述べたのは、こうした時期であった。振り返って客観的に評価すれば、第二次世界大戦後の大量出願がやや落ち着きを見せ、実質的な審査が可能になったことで、かつて末弘博士が指摘した制度の本質に光を当てる余裕ができたと見ることもできよう。また、機械的に判断すれば類似とされるような商標も、取引の実情を勘案し、需要者の心理においては識別できると判断されれば登録を認めるという考え方は、新しく考案された商標の入り込む余地がないという問題に対して、実質的な解決を提供するものであったとも言えそうである。

（3）現在の商標政策

判例が類否判断の基準を確立して以後50年の間に、日本の商標政策は、再度変わりつつあるように思われる。平成10年前後から、「不正の目的」により周知商標と同一又は類似した商標の出願を拒絶する規定の制定、地域団体商標制度の創設、さらには非伝統的商標の導入と、商標の保護を拡大する方向の制度改正が、逐次行われてきた。こうした制度改正の背景には、商標を「ブランド」ととらえ、企業によるその活用を促進しようとする政策がある。商標は、もはや需要者から見た出所の表示にと

²⁴ 藤原・前掲書〔註23〕・67～71頁。

²⁵ 小野昌延『商標管理入門』213頁〔1966、有信堂〕。

²⁶ 藤原・前掲書〔註25〕・74頁。

²⁷ 井上『日本商標』382頁、井上一平『商標詳論』279頁〔1964、同文館出版〕〔以下、「井上『詳論』とする」。

²⁸ 井上『詳論』162頁以下。

²⁹ 井上『日本商標』382頁。

どまらず、企業の経営戦略を支える資産として位置づけられるようになったのである³⁰。

こうした変化は、さしあたり、立法の側面にのみ現れており、判例や審査実務の考え方に対してどのような影響を与えるかは明らかではない。しかし、昭和43年の最高裁判決が示した一般的な基準がただちに変更されることはないとしても、それを具体的な事案に適用する上では、なんらかの変化が現れる可能性もある。実際にも、後述のとおり、非伝統的商標の類否判断にあたっては、現在の判例法をそのまま適用するわけにはいかないように思われる。そうした問題を考える際には、商標の類否という、一見技術的で、政策中立的な問題の背後に、実は政策判断が存在することを正面から認め、そうした政策判断についても論ずることが求められるであろう。

3. 結合商標の類否

(1) 判例法と審査実務

結合商標の類否判断は、以上に述べたような商標の類否判断に関する一般原則の下で、その特殊な類型と位置づけられる。現行の『商標審査基準』は、「(1) 結合商標の称呼、観念の認定について」と「(2) 結合商標の類否判断について」を分けて記述しており³¹、まず要部の抽出を行った上で、抽出された要部について類否判断を行うという二段階で検討を行うという手順がとられるということがわかる。このうち、要部の抽出に関しては、次のように記述されており、これが現在の実務上の基準であるということができる。

「(ア) 結合商標は、商標の各構成部分の結合の強弱の程度を考慮し、各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど強く結合しているものと認められない場合には、その一部だけから称呼、観念が生じ得る」

これは、昭和38[1963]年の最高裁判決によって確立された判例法を審査基準として取り入れたものである。この判決は、類否判断の一般的な基準に関する昭和43[1968]年の最高裁判決よりも時期的に早いものであるが、現在では、両者の間に矛盾や不整合はないと解されている。同判決の事案は、第4類石鹼を指定商品として、「古代ギリシャで用いられていたというリラと称する抱琴の図形と「宝塚」なる文字との結合からなり、しかも、これに「リラタカラヅカ」、「LYRATAKARAZUKA」の文字が添記された商標」(図5参照)が出願されたところ、特許庁は、「寶塚」を縦書きし、本願商標と同じ第4類石鹼を指定商品とする商標(図6参照)を引用して、これを拒絶したというものである。最高裁は次のように述べて、本願商標から「寶塚」の称呼、観念が生じるとして、両商標は類似し、拒絶査定を維持した審決は正当であるとした³²。

「みだりに、商標構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判定するがごときこと〔は〕許されない……しかし、簡易、迅速をたつとぶ取引の実際においては、各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分

³⁰ この側面については、平成28[2016]年度の報告書でも触れておいた(小塚・前掲〔註1〕)。より詳しくは、小塚莊一郎「商標とブランドの『法と経済学』」『中山信弘先生古稀記念論文集・はばたき——21世紀の知的財産法』764頁以下[2015年、弘文堂]参照。

³¹ 『商標審査基準〔改訂第13版〕』第3、十。

³² 最判昭和38[1963]・12・5民集17巻12号1621頁。

的に結合しているものと認められない商標は、常に必ずしもその構成部分全体の名称によつて称呼、観念されず、しばしば、その一部だけによつて簡略に称呼、観念され、一個の商標から二個以上の称呼、観念の生ずることがある。」



図 5



図 6

(2) 3 件の最高裁判決

ところが、結合商標の類否に関する最高裁判決は、その後、2 件が公表されている。そして、これらの判決の考え方は、審査基準には反映されていない。

そのうちの 1 件は、指定商品を商標法施行令（平成 3 年政令第 299 号による改正前のもの）別表第 23 類に属する商品とする「eye miyuki」の文字と図形を組み合わせた商標（図 7 参照）の出願が拒絶され、これを不服とする審判請求に対して、指定商品を第 23 類「時計、眼鏡、これらの部品及び附属品」とする「SEIKO EYE」という登録商標（図 8 参照）を引用して審判請求が棄却されたという事案に関するものである³³。最高裁は、次のように述べて、両商標は非類似であると判断し、審決を覆した。

「『SEIKO』の文字と『EYE』の文字の結合から成る審決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、『SEIKO EYE』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。」



図 7

SEIKO EYE

図 8

この判決は、昭和 38[1963]年判決が一般論として述べ、現在の商標審査基準にも取り入れられている「各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められるか否か」という判断基準に言及していない。その代わりに、ある構成部分が「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否か」という基準を呈示するように読める。そのため、昭和 38[1963]年判決と平成 5[1993]年判決の関係は、不明確である

³³ 拒絶査定では、「SEIKO EYE」の商標と同じ商標権者が登録していた「EYE」という商標が引用されていたのであるが、審判手続中にこの商標の存続期間が終了したため、図 8 の商標を引用して、登録拒絶という結論が維持された。

ように感じられる。

その後、平成 20[2008]年に、第三の最高裁判決が公表された。この事案は、指定商品を第 28 類に属する「土人形」として、「つゝみ」の太文字を横書きして成る商標及び「堤」の太文字 1 字から成る商標が先願として登録されているときに、指定商品を第 28 類に属する「土人形および陶器製の人形」とし、「つつみのおひなっこや」の文字を標準文字で横書きした商標が出願されたというものである。この出願商標が登録されたので、「つゝみ」と「堤」の商標権者が、商標法 4 条 1 項 11 号等に違反するとして無効審判を請求したが、不成立という審決が出され、無効審判の請求人が審決の取消を求めて提訴した。これに対して、最高裁は、「つつみのおひなっこや」と「つゝみ」「堤」の商標は類似しないと判断した。その際、昭和 38[1963]年判決と平成 5[1993]年判決をともに引用しつつ、次のように述べている³⁴。

「法 4 条 1 項 11 号に係る商標の類否は、同一又は類似の商品又は役務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、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して、その商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察すべきものであり（最高裁昭和 39 年（行ツ）第 110 号同 43 年 2 月 27 日第三小法廷判決・民集 22 卷 2 号 399 頁参照）、複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについて、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断することは、その部分が取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合などを除き、許されないというべきである（最高裁昭和 37 年（オ）第 953 号同 38 年 12 月 5 日第一小法廷判決・民集 17 卷 12 号 1621 頁、最高裁平成 3 年（行ツ）第 103 号同 5 年 9 月 10 日第二小法廷判決・民集 47 卷 7 号 5009 頁参照）」

「本件商標の構成中には、称呼については引用各商標と同じである「つつみ」という文字部分が含まれているが、本件商標は、「つつみのおひなっこや」の文字を標準文字で横書きして成るものであり、各文字の大きさ及び書体は同一であって、その全体が等間隔に 1 行でまとまりよく表されているものであるから、「つつみ」の文字部分だけが独立して見る者の注意をひくように構成されているということとはできない。」

この判決は、先行する二つの最高裁判決を引用しており、それらとは矛盾しないという前提で書かれていると考えられる。しかし、昭和 38[1963]年判決が、「各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合している」と認められる場合を除き、分離観察を原則とするように読めることに対して、平成 20[2008]年判決は、一定の場合を除いて分離観察は許されないと述べ、全体観察を原則とするかのようである。さらに、例外的に分離観察が許される場合について、特定の構成部分が「強く支配的な印象を与える」場合と、「それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じない」場合とを挙げており、前者が平成 5[1993]年判決を意識していることはほぼ明らかであるとしても、後者が、昭和 38[1963]年判決とどのような関係に立っているのかが明確ではない。このように、確立した判例と考えられている昭和 38[1963]年判決との関係が十分に整理できなかったため、『商標審査基準』は、平成 5[1993]年判決および平成 20[2008]年判決には特に言及することなく、昭和 38[1963]年判決の一般論のみを取り入れていると考えられる。

もっとも、これら 3 件の最高裁判決は、一見して受ける印象とは異なり、相互に矛盾してはいないと

³⁴ 最判平成 20[2008]・9・8 判例時報 2021 号 92 頁。

解する余地も十分にある。3判決は、いずれも、事案が異なるからである。まず、昭和38[1963]年判決は、共通する部分が「寶塚」という地名であり、これは、判決によれば「明確な意味を持つ」部分である。これに対して、本願商標、すなわち後願の商標が、付加的な要素を加えて構成されているのであるが、その付加された部分は、ギリシャ神話の楽器リラの図形と、その名称を「寶塚」の読みと結合した「リラタカラヅカ」（カナ書き及び英文）である。最高裁の判断は、この楽器の名称は、日本では広く知られていないということを前提としている。これに対して、平成5年判決の事案では、共通する部分は指定商品のうち眼鏡と密接な関係を有する普通名称「EYE」である。そして、先願の商標が、これに著名商標である「SEIKO」を付加した構成となっている。共通部分と付加部分の標識としての強さが逆転しているので、結論が、昭和38年判決では類似（分離観察）、平成5年判決では非類似（全体観察）と反対になったとしても、それは事案の相違であると言えそうである。

さらに、平成20[2008]年判決の事案では、共通部分の「つつみ（堤）」は強い識別力を持たない地名であり、本来であれば商標法3条1項3号により無効審判が成立しても不思議ではない。特許庁も、当初、無効審判請求人の登録商標は、ありふれた氏である「堤」あるいはこれを認識させる「つゝみ」の文字を普通に用いられる方法で表してなるものにすぎず、商標法3条1項4号に該当するなどとして拒絶査定をしたが、不服審判において、明治以来継続して商品「土人形」に使用された結果、需要者が被上告人の業務に係る商品であることを認識することができるに至ったとして、使用による識別力が認められ、商標法3条2項に該当するとして登録が認められたという経緯がある³⁵。そして、新たに登録された商標は、「おひなっこや」を付加して構成されているが、最高裁によれば、この付加部分は、需要者が「新たに造られた言葉として理解するのが通常である」。共通部分が強い識別力を持たず、付加された部分に強い識別力があるという理解を前提とすれば、この事案は平成5[1993]年判決と同じであり、非類似（全体観察）という結論が平成5[1993]年判決と一致していることは、そうした事案の特性に対応していると理解できる。ただし、平成5[1993]年判決とは逆に、平成20[2008]年判決では、付加的な部分を含む商標が本願商標（後願の出願）であり、その意味では、異なる事案に対して、平成5[1993]年判決の法理を拡大した判決ということができよう。

（3）結合商標の類否に関する政策

『商標審査基準』は、元来は特許庁の審査実務を統一するための内部文書にすぎなかったものであるが、出願人にも広く影響すること等に鑑み、平成24[2012]年以降、産業構造審査会知的財産分科会の商標制度小委員会に審査基準ワーキンググループ（WG）を設け、そこでの議論を経て策定することとされた。このような手続は、『商標審査基準』の改訂11版以降、順次適用され、結合商標の類否に関する部分には改訂第13版でこの手続が適用されている。その際には、商標の「横取り」問題に対する懸念が、委員の間で強く示された³⁶。

³⁵ 吉田和彦『「つつみのおひなっこや」の文字を横書きして成り、土人形等を指定商品とする登録商標と、いずれも土人形を指定商品とする商標「つゝみ」又は「堤」の文字から成る引用商標が類似しないとされた事例（「つつみのおひなっこや」事件）』法律のひろば62巻11号43頁〔2009〕は、「堤」が登録されたことは「過誤登録に近かったともいえよう」と述べている（52頁）。

³⁶ 『産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会 第18回商標審査基準ワーキンググループ議事録』参照＜https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_wg/index.html＞〔最終アクセス：2019年2月〕。

ここにいう商標の「横取り」問題とは、ある商標「A」が存在するときに、これに著名商標（あるいは周知商標）「XXX」を付加し、「XXXA」という結合商標を出願するという行為を指すと考えられる。このとき、結合商標の審査において全体観察を原則とすると、「XXXA」から「A」を分離して抽出することは認められず、結果として、「XXXA」は「A」と非類似として登録される。その場合でも、「A」という既登録商標が消滅したり、使用できなくなったりするわけではないが、両商標が競合すれば、著名商標「XXX」の保有者は有力な事業者であろうから、やがて「XXXA」の商標を付した商品が支配的になっていくであろうと予想される。これを「A」の商標権者から見れば、自己の商標が「横取り」されたということになるわけである。

このような問題意識を抱く論者にとっては、平成5[1993]年判決が、部分観察を原則とする昭和38[1963]年判決の基準に従わず、全体観察が妥当する場合を認め、さらに平成20[2008]年判決が、付加的な部分を含む商標が後願の場合にもその考え方を拡大したという意味で、判例は「横取り」の懸念を現実化する方向に動いているように見えるであろう。従って、それらの判決は、昭和38[1963]年判決との関係について明確な位置づけが示されるまでは、安易に審査実務に取り入れられるべきではないということになる。言い換えれば、平成5[1993]年判決および平成20[2008]年判決が『商標審査基準』に反映されていない理由は、単に両判決と昭和38[1963]年判決との関係に不明確な点があったからというだけではなく、これらの両判決が示唆する方向に審査実務が動くことは望ましくないという政策的な判断にも求められるわけである³⁷。

もっとも、指摘されるような商標の「横取り」が、否定的な評価を受けるべき行為か否かは、必ずしも明らかではない。すでに述べたとおり、「横取り」といっても、先願の既登録商標が効力を失うわけではなく、両商標は併存し、商標権者同士は、市場で商品・役務の提供に関する競争を行うことになる。商標権は、登録商標の効力範囲に独占権を与える制度であるから、むしろ独占権の範囲を狭く限定し、市場での競争を促すことは政策的に望ましいという考え方も成り立ちそうである。昭和40[1965]年頃の日本のように、「新しい商標の入り込む余地がない」ということが問題とされる状況では、むしろ結合商標の登録を緩やかに認め、併存を許容することは、商標制度の運営を容易にする効果を持っていた³⁸。判例は、あるいは、その時代の政策判断を現在に至るまで維持しているのかもしれない。

他方、現代的な「ブランド経営」の促進という政策判断をとる場合、いわゆる横取り問題についてどのような考え方をとるべきであるかは、容易には判断できない。たしかに、いったん「A」という商標について権利を取得した商標権者から見れば、後から「XXXA」という商標が出現すれば、自己のブランド戦略を妨げられることになる。しかし、「XXX」が著名商標である場合、むしろ「A」の存在によって「XXXA」の登録が妨げられることこそ、ブランド戦略の障害である。現に、たとえば「XXXA」が海外で登録されている著名商標である場合、「A」を先回りして日本で出願し、登録を受ける行為は、悪意の商標出願にあたり、抑止されるべきであると考えられている³⁹。そのような事案と、「横取り」とされる事案の間にどれほどの相違があるのかは、十分明確になっているとはいいがた

³⁷ 商標審査基準WGの第22回会合では、「つつみのおひなっこやに余り引っ張られてほしくない」という実務会員の発言が記録されている。（『産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会 第22回商標審査基準ワーキンググループ議事録』参照 <https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/shohyo_wg/index.html> [最終アクセス:2019年2月]）。

³⁸ 小野・前掲書〔註25〕・213頁参照。

³⁹ 商標法4条1項19号など。「悪意の商標出願」に関する平成29[2017]年度共同研究報告書（小塚・前掲〔註2〕）参照。

い⁴⁰。仮に、この二つの論点の間には政策上無視できない相違があり、従って、悪意の商標出願は抑止しつつ、「横取り」も認めるべきではないという結論が望ましいのであれば、その点を理論的に解明し、明確に説明することが必要であるように思われる。

4. 非伝統的商標における要素の結合

(1) 非伝統的商標に関する現行の審査基準

非伝統的商標について、日本の商標法は、立体商標の登録を平成8年に導入し、次いで、平成27年に、動き商標、ホログラム商標、色彩のみからなる商標、音商標及び位置商標の出願を認める改正を行った。しかし、従来の結合商標に関する議論では、こうした非伝統的商標は取り上げられてこなかった。特許庁の『商標審査基準』も、登録商標との類否(4条1項11号)に関する部分では、まず伝統的な商標の類否判断を念頭に、通則的な基準を述べた上で(1.～4.)、各種の非伝統的商標に関する類否判断の留意点を記述している(5.～10.)⁴¹。「結合商標の称呼、観念の認定及び類否判断」は、通則的な基準の方に含まれているので、非伝統的商標に対して結合商標の問題がどのように適用されるかは、やはり、明らかにはされていない。

しかし、非伝統的商標の場合にも、複数の要素が結合したものをめぐり類否判断が問題となるという可能性は、存在する。わかりやすい事例としては、歌詞のついたメロディーが音商標として出願されるというものが考えられる。『商標審査基準』でも、この問題は、当然に意識されており、次のように記述されている。

「(1) 音商標の類否の判断は、音商標を構成する音の要素及び言語的要素(歌詞等)を総合して、商標全体として考察しなければならない。なお、音の要素とは、音楽的要素(メロディー、ハーモニー、リズム又はテンポ、音色等)及び自然音等をいう。

(2) 音商標に含まれる音の要素と言語的要素が、分離観察が取引上不自然なほどに、不可分に結合していないときは、それぞれの要素を要部として抽出するものとする。

(3) 分離観察し要部として抽出するか否かの判断にあたっては、音の要素及び言語的要素並びにこれらの一部分の自他商品・役務の識別機能の強弱等を考慮するものとする。」

ここには、昭和38[1963]年最高裁判決からとられた表現が含まれており、結合商標に関して従来とられてきた考え方を、「音の要素」と「言語的要素」の結合に引き直したものであることが、明らかである。言い換えれば、明示的には述べられていないものの、音の要素と言語的要素の双方を含む音商標は結合商標だと考えられていると思われる。もっとも、音楽的要素、言語的要素、及びそれらを総合した商標全体のそれぞれについて、「類否」をどのように判断するのかは、明らかではない。言語的要素については称呼や観念を想定できるかもしれないが、それだけでよいのかという点は不明である。

⁴⁰ 最近の知財高裁の裁判例で、「REEBOK ROYAL FLAG」の欧文字を標準文字で表してなる商標について、指定商品を第25類「履物、運動用特殊靴、帽子・その他の被服、ガーター、靴下止め、ズボンつり、バンド、ベルト、仮装用衣服、運動用特殊衣服」としてなされた出願に対して、指定商品を第25類「被服、ガーター、靴下止め、ズボンつり、バンド、ベルト、履物、仮装用衣服、運動用特殊衣服、運動用特殊靴」とし、「ROYAL」及び「FLAG」の各文字部分の間に僅かなスペースを空け、「ROYAL FLAG」と横一行に表してなる登録商標を引用して商標法4条1項11号にもとづいて拒絶した審決を覆し、両商標は類似していないとしたものがある(知財高判平成28[2016]・1・20判例タイムズ1436号125頁)。この裁判例は、本文に述べたような政策判断からは、正当化されるかもしれない。

⁴¹ 『商標審査基準[第13版]』第3、十[2017]。

他の非伝統的商標については、このように昭和 38 年判決の表現をふまえた基準は述べられていない。しかし、たとえば立体商標についても、立体形状の特定の側面に文字や図形などを含むという商標が出願されれば、それは、複数の構成部分を結合した商標にあたるのではないと思われる。そのような場合の判断基準は、『商標審査基準』では、次のようになっている。

「立体商標の類否は、観る方向によって視覚に映る姿が異なるという立体商標の特殊性を考慮し、次のように判断するものとする。ただし、特定の方向から観た場合に視覚に映る姿が立体商標の特徴を表しているとは認められないときはこの限りでない。

(1) 立体商標は、原則として、それを特定の方向から観た場合に視覚に映る姿を表示する平面商標（近似する場合を含む。）と外観において類似する。

(2) 特定の方向から観た場合に視覚に映る姿を共通にする立体商標（近似する場合を含む。）は、原則として、外観において類似する。」

これに従うと、立体形状とそこに含まれる文字や図形とのいずれかによって、特定の方向が立体商標の「特徴を表している」と認められれば、その方向をもとにして平面商標や他の立体商標との類否が判断されることになる。このとき、立体商標に含まれた文字（または図形）と近似する文字商標（または図形商標）が登録されており、その類否が問題となる場合も考えられる。昭和 38[1963]年判決やそれを取り入れた『商標審査基準』の結合商標に関する考え方からは、立体商標をその文字（または図形）が含まれる方向から観た場合に視角に映る姿の中で、文字（または図形）と外形が「分離観察が取引上不自然なほどに、不可分に結合」しているか否かということが問題となるのではないかとも思われる。さらに言えば、立体商標の一つの方向にのみ文字や図形が含まれている場合に、それ以外の方向は「立体商標の特徴を表しているとは認められない」ことになるのか否かという点に関して、平成 5 年判決や平成 20 年判決をふまえると、その方向が「取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合」にあたるか否かなどが問題となるのではないかとも考えられる。しかし、『商標審査基準』は、それらの点については、特に触れていない。音商標の場合とは異なり、ここには、結合商標（と同種）の問題が含まれていると認識されていないようである。

最後に、動き商標の場合を取り上げてみよう。動き商標については、『商標審査基準』では、次のような考え方がとられている。

「(1) 動き商標の類否の判断は、動き商標を構成する標章とその標章が時間の経過に伴い変化する状態から生ずる外観、称呼及び観念のそれぞれの判断要素を総合して、商標全体として考察しなければならない。

(2) 原則として、動きそのものについて、独立して自他商品・役務の識別標識としての機能を果たし得る部分（以下「要部」という。）として抽出することはしない。」

この記述は、動き商標が、「動き商標を構成する標章」（たとえば変化していく図形）と、その標章が「変化する状態」（たとえば図形が変化して別の図形に変わった場合の、変化後の図形）の結合から構成される商標であるという認識が示されている。同時に、「動きそのもの」は、構成部分としては抽出されることが、明示的に述べられている。その結果、標章が一定の軌跡を描く場合には、「標章の変化する状態が、軌跡として線で表されることで、文字等の自他商品・役務の識別機能が認められる標章を形成する動き商標と、その軌跡により形成される標章と同一又は類似の標章からなる文字商標等とは、原則として、類似するものとする」。裏から言えば、軌跡が線として表されない限り、それは「動

きそのもの」にすぎず、構成要素としては認識されないものである。『商標審査基準』では、「抽出」という表現が用いられているため、要部抽出の問題であるようにも思われるが、上に引用した「原則として」という部分と併せて読めば、「不可分に結合している」とか、動いていく標章の方が「強く支配的な印象を与える」という理由から、軌跡が要部として抽出されない場合があるという以前に、線として表されない軌跡は、要部として抽出される適格性を持たないという趣旨であると理解される。

（2）非伝統的商標と結合商標の考え方

このように、非伝統的商標については、現在のところ、次のような状況である。①音商標については、複数の構成要素が結合されていると認識され、結合商標に関する考え方が援用されている（ただし、明示的に「結合商標」として位置づけられてはいない）。②立体商標の場合には、そもそも複数の構成要素が結合している場合があること、その場合には要部抽出（分離観察の可否）が問題となり得ることについて、自覚されていないように思われる。そして、③動き商標においては、複数の構成要素が結合する可能性について自覚的に認識した上で、軌跡が線で表されない限り、「動きそのもの」という要素はそれ自体として自他識別力を持たず、要部として抽出する適格性がないと明示的に述べられている。以上の①～③を総合すると、非伝統的商標における複数の要素の結合に関して、審査実務の取扱い、十分に一貫していないという印象を受ける。

もとより、立体商標以外の非伝統的商標は、まだ出願が開始されてから2年にすぎず、ようやく登録事例が報告されるようになったという段階であるから、こうした取扱いにも、合理性があると言える。理論に先走って実用的ではない基準を作り上げるよりも、出願される実例や、査定が争われる件数などを見ながら、徐々に基準を整備していくことは、むしろ堅実で安定的な実務の姿勢であるとも評価できるであろう。しかし、少なくとも、理論的には、そこに「結合商標の類否」という従前からよく知られている問題と共通の問題があることを認識し、関連する考え方との間で整合性を確保していくという姿勢が重要であると思われる。

そうした考え方を採用する場合の大きな問題点は、非伝統的商標については、外観、称呼、観念の類否から商標の類否を判断するという従来の枠組がそのまま適用できないように思われることである。ここで、現在の商標類否判断の基準を確立した昭和43[1963]年判決に立ち戻ることは有意義であろう。昭和43[1963]年判決の意義は、外観、称呼、観念という3要素は類否判断の手がかりにすぎず、究極的な判断基準は「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」にあることを明言した点にあった。しかも、よく見ると、「外観、観念、称呼等」と、「等」の文字が挿入されており、これら以外にも類否判断の手がかりはあり得ることが示唆されている。従って、非伝統的商標について、「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」を判断するための新たな判断手法を確立することが、今後、求められていくと思われる。

そのためのヒントは、すでに、『商標審査基準』の中に存在する。商標の類否判断に関する部分ではないが、使用による識別性の獲得の成否（3条2項）に関して、現実には使用されている商標と出願商標との同一性を判断する際の着眼点として、音の商標の場合は、音の要素と言語的要素の同一性が判断されるが、このうち音の要素については、「音楽的要素（メロディー、ハーモニー、リズム又はテンポ、

音色等)及び自然音等をいう」とされている⁴²。これは、カッコ書きの中の要素が、単に音楽的要素の例示であるにとどまらず、「外観、称呼、観念」と同じように類否判断の手がかりとなり得ることを示唆しているとも考えられる。また、色彩のみからなる商標については、同一性が認められない例のなかで、「使用商標と出願商標の色相(色合い)、彩度(色の鮮やかさ)や明度(色の明るさ)が全部又は一部異なる場合」が挙げられており⁴³、「色相、彩度、明度」が、同じように類否判断の手がかりになることを含意していると言えよう。他の種類の非伝統的商標についても、そうした類否判断の手がかりを明確化し、言語化していくことが、今後の商標法における課題となっていくと予想される。

⁴² 『商標審査基準〔第13版〕』第2、6.〔2017〕。

⁴³ 『商標審査基準〔第13版〕』第2、5.〔2017〕。

5. 結語

結合商標の類否という問題は、言うまでもなく、商標の類否判断という問題の特殊なものである。従って、それについて検討することは、商標の類否についての一般的な考え方を再考する契機となる。

本稿では、まず、日本における商標の類否判断についての考え方を歴史的に検証した。その際に、それぞれの時代に日本の商標制度がどのような状況におかれていたかという背景を併せて考察し、そうした背景事情から要請される政策的な判断が、一見抽象的、客観的に見える類否判断の基準にも反映されてきたのではないかという点を指摘した。

次いで、結合商標の類否に関する現在の判例及び実務の考え方を分析した。そして、商標の「横取り」問題に見られるように、現在でも、一定の問題に関する政策判断が類否判断基準をめぐる議論に影響を及ぼしていることを指摘した。本稿は、そうした政策判断を排除せよと主張するわけではなく、むしろ逆に、政策問題を正面から議論し、そうした判断と、商標制度に関する政策全般との整合性を確保する必要性を指摘するものである。たとえば、悪意の商標出願を抑止しようとする政策と、商標の「横取り」を警戒する政策とが、整合的であるか否かは、明示的に政策問題を議論することではじめて、明らかになると考えられる。

第三に、非伝統的商標における結合商標の問題を検討し、そこでは、複数の要素が結合されていると思われる場合に、それを結合商標の問題と同質であると理解するか否かについて、一貫した考え方が必ずしもとられていないという問題を指摘した。現在は、非伝統的商標の出願が開始されて間がないので、そうした状況にもやむを得ない面があるが、近い将来に、この問題は、体系的に整理する必要があると思われる。その問題を整理する過程では、非伝統的商標の類否をどのように判断していくかという問題が、改めて問われることになる。そして、上記の第二点からは、非伝統的商標を導入した政策的判断を含めた現在の日本における商標政策を明確に認識し、そうした検討に反映させていくことが求められるように思われる。

最後に、このような考え方が、本共同研究を含む国際共同研究、あるいは比較法研究のあり方に対して、一定の含意を持っていることも指摘しておきたい。日本でも、またおそらく中国でも、従来の比較法研究とは、多くの場合、外国法を参照の対象として研究することであった。そこには、自国の法制度やその解釈、運用が、他国（特に欧米諸国）と同様にしていくことが望ましいという前提が存在していたように思われる。しかし、法制度の解釈、運用に政策判断が反映される面があるとすれば、各国における法制度の解釈、運用は、どれほど比較法研究を深めても、同一にはならない可能性がある。その場合に必要とされることは、他国との差異をことさらに強調することではなく、むしろ差異をもたらしめている政策判断の相違がどこにあるのかを探究し、明示的に言語化していくことではないかと考えられるのである。