

商標の効力範囲の在り方について

・ 前回の議論のまとめと今後の議論の進め方

「商標」及び標章の「使用」の定義の在り方についての検討を通じ、商標は、ダイナミックなブランド価値の創造を支えるものとして、実効ある強い権利として保護され、活用されるべきものであり、その観点から、商標として認められるためには識別力のある標章¹であることが必要であることが改めて確認された。

それとともに、こうした商標制度の在り方を考える場合、商標の効力範囲を判断する基準となる「同一」、「類似」、「混同のおそれ」についても、商標制度を支える根本概念として改めて検討し、整理しておくことが有益ではないか。その場合、これらの判断について、権利の登録に当たり主に行政庁において行われる職権による探知の下での判断と、権利侵害行為の認定に当たり裁判所において具体的な対象を念頭に当事者による弁論主義の下で行われる判断においてどのように確認されるべきなのか、さらに、それらの判断において当事者の意思がどのような形で反映されるべきかについて、他の地域・国の制度も参照しつつ検討すべきではないか。

1．前回の議論のまとめ

前回、「商標」及び標章の「使用」の定義の在り方について検討したが、商標の要素として識別性を明確に規定することについては、大勢の賛同が得られた。また、識別性を商標の定義の基本と考えれば、その範囲に外形的な制限を設けることは適切ではなく、現在の制度の下で認められている「文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩の結合」に加え、匂い、音、単色からなる標識も商標となり得ることとすべきではないか、との指摘もあった。

標章の「使用」については、文字からなる商標を音声で発する行為も「使用」に加えることについて特に異論はなかった。また、「輸出」を使用行為として追加することについては、商標法の目的・趣旨及びそれらに沿って商標法が原則としている属地主義等の観点から慎重に検討する必要があるのではないかという意見があった。一方、ボーダーレス社会においては輸出も国内における取引と同様に規制の対象とすべきこと、及び他国・地域の商標制度において侵害行為の一類型として明記されていることから、使用の定義に含めることが適切ではないかとの意見もあった。

「使用」の定義については、現行の定義規定の立法経緯・内容等を十分に検証しつつ包括的な規定の方法について検討すべきではないかという意見のほか、そ

¹ 前回、「商標」の定義の在り方についても検討したが、ここでは現行制度に沿って、「標章」とは「文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合」をいい、「商標」とは識別性に関係なく、「標章を業として使用するもの」をいう。

もそもこれらの行為は「使用」の定義としてではなく侵害行為として規定する方が適切ではないか、との意見もあった。

2．商標の効力範囲の在り方の検討

前回の議論を通じて、商標は、ブランド価値創造を支える重要なツールとして、実効ある強い権利として保護されるべきであって、そのためには、まず第一に識別性が重要であるとの観点から、商標として認められるためには識別力のある標章であることが必要であることが明確になったと考えられる。

商標が、市場において実効ある強い権利となるためには、商標の登録要件を規定する商標法第3条及び第4条について改めて検討することが有益である。前回議論した識別性は、絶対的拒絶理由として、主として第3条にかかわる概念であった。それに加え、識別性と並ぶ重要な判断要素として、いわゆる相対的拒絶理由（商標法第4条第1項第10号、第11号及び第15号等）として位置付けられる「類似」「混同」等についても検討しておく必要がある。市場において、類似、混同を生じる標章が放置されることは、商標への信頼性を低下させ、ひいてはブランド価値の積極的創造活動へのインセンティブを失わせることとなる。したがって、これらについてその在り方、具体的には、(1)商標の効力範囲を判断する基準となる「同一」「類似」「混同」さらに「混同のおそれ」とはどのような状況を指す概念なのか、(2)それは権利登録に当たり主に行政庁において行われる職権による探知の下での判断と、権利侵害行為の認定に当たり裁判所において侵害商標と既登録商標という具体的な比較対象を念頭に弁論主義の下で行われる判断において、それぞれどのように行われるべきか、(3)それらの判断において当事者の意思がどのような形で反映されるべきか、等について他の地域・国の制度も参照しつつ検討すべきではないか。

・「類似」及び「混同のおそれ」についての現状²

ある登録商標に対して、別の商標がこれと「類似」しているか、「混同」を生ずる又はそのおそれがあるか、を判断する場面として、主として商標登録出願された商標に商標登録を認めるか否かを判断する場面と、権利侵害行為に該当するか否かを判断する場面の二つが想定されるが、その場面ごとの判断の方法は異なっている。

１．現行制度における整理

（１）商標登録における判断（特許庁における審査及び裁判所における審決取消訴訟）

特許庁における審査

現行制度においては、他人の先願に係る登録商標又は他人の周知商標と同一の関係にあるもの、すなわち、商品・役務が同一で標章自体（文字や図形など）も同一である標章に加えて、これらと類似関係にあるもの、すなわち、商品・役務が類似しており、標章自体が同一若しくは類似であるもの又は商品・役務が同一で標章が類似しているものについては商標登録が拒絶される（第４条第１項第１１号及び同項第１０号）。また、他人の業務に係る商品・役務と混同を生ずるおそれのある商標も登録を拒絶される（同項第１５号）。そして特許庁における商標登録出願に対する審査の場面では、これらの場合における「類似」及び「混同のおそれ」は、いずれも「一般的・抽象的混同のおそれ」を前提に判断されている。その審査においては、具体的な商標の使用状態や商品・役務の実際上の取引事情等は必ずしも考慮されない。これは、我が国の商標制度が実際の使用の如何に関わらず登録出願を受け付け、登録されるという考え方に根ざしているため、既登録商標又は出願商標の使用それ自体が存在しない場合にも判断が必要となることに加え、出願時における職権による探知の下での審査においては具体的な使用状態や実際上の取引事情等が明らかとはならない中で判断が必要となることも多いからである。³

² 第４条第１項第１０号及び第１１号の商標の「同一」も商標の効力範囲を判断する基準ではあるが、「同一」と「類似」の区別を行うことに実益が存在しないことから、特許庁における審査又は裁判所における審理においても、「類似」とは別個独立に判断されているものはほとんど見当たらない（まとめて「同一又は類似」の該当性が判断されている）ため、ここでは特に「類似」及び「混同のおそれ」についての現状の分析を行うものとする。

³ 特許庁における審査の基準である商標審査基準（特許庁編 改訂第７版）においては、第１１号の商標の類否の判断は、商標が使用される商品又は役務の主たる需要者層その他商品又は役務の取引の実情を考慮するものとされており、また第１５号の「混同を生じるおそれ」の判断においても、取引の実情等個々の実態を充分考慮するものとされている。ただし、職権による探知の下での審査であるため、上述したように、実際の審査の時点においては具体的な使用状態や実際上の取引事情等が十分に明らかにならないことも多い。

裁判所における審決取消訴訟

これに対して、裁判所における審決取消訴訟においては、登録商標と他人の商標との類否について、一般論としてであるが、商標が「類似」のものであるかどうかは、その商標をある商品につき使用した場合にその商品の出所について誤認混同を生ずるおそれがあると認められるものであるかどうかということにより判定すべきとした判例⁴、商品の具体的な取引の実情や使用されている商標の識別力を勘案すべきであり、それによって商品の出所に誤認混同を起こすおそれのないものは類似と解すべきではないとした判例⁵がある。これらの判例によれば、商標の「類似」の有無を判断する場合には、具体的な取引の実情を斟酌しての商品の出所についての「混同のおそれ」を判断の基準としていると評価される。

なお、「混同を生ずるおそれ」の有無の判断について、具体的な取引の実情に関する事情を挙げて、これらに照らして総合的に判断すべきとした判例⁶がある。

(2) 商標権侵害の場面における判断（裁判所における商標権侵害訴訟）

現行制度の下では、商標権者は登録された商標について、その登録で指定された商品・役務の範囲内で使用する権利を専有する（第25条）。そして、権利者が、権原なく登録商標を当該商品・役務について使用するなどの商標権侵害行為（直接侵害）に対しては、差止請求（第36条）や損害賠償請求をすることができる。

また、登録商標と類似する商標を同一の商品・役務に使用する行為又は登録商標と同一又は類似の商標を類似の商品・役務に使用する行為については侵害とみなされ（第37条第1号）、権利者はこれらの行為に対しても同様の請求ができる。

⁴ 橋正宗事件（最判昭和36年6月27日〔昭和33年（オ）第1104号〕民集15巻6号1730頁）「商標が類似のものであるかどうかは、その商標を或る商品につき使用した場合に、商品の出所について誤認混同を生ずる虞があると認められるものであるかどうかということにより判定すべきものと解するのが相当である。」

⁵ 氷山事件（最判昭和43年2月27日〔昭和39年（行ツ）第110号〕民集22巻2号399頁）「原判決が、その商標の類否を判定するにあたり、硝子繊維糸の現実の取引状況を取りあげ、その取引では商標の称呼のみによつて商標を識別し、ひいて商品の出所を知り品質を認識するようなことはほとんど行なわれないものと認め、このような指定商品に係る商標については、称呼の対比考察を比較的緩かに解しても、商品の出所の誤認混同を生ずるおそれがない旨を判示したのを失当ということはできない。」とし「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。」

⁶ レールデュタン事件（最判平成12年7月11日〔平成10年（行ヒ）第85号〕民集54巻6号1848頁）「『混同を生ずるおそれ』の有無は、当該商標と他人の表示との類似性の程度、他人の表示の周知著名性及び独創性の程度や、当該商標の指定商品等と他人の業務に係る商品等との間の性質、用途又は目的における関連性の程度並びに商品等の取引者及び需要者の共通性その他取引の実情などに照らし、当該商標の指定商品等の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準として、総合的に判断されるべきである。」

他方、侵害訴訟において商標の「類似」が争われた最高裁判決においては、上記の審決取消訴訟についての昭和43年最高裁判決を引用しつつ、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、具体的な取引状況いかんによっては類似する場合があるとし、取引の状況についての具体的な認定のないままに類否を認定判断した原判決を破棄している⁷。

2. 現行制度の課題

(1) 判断の食い違いの発生

上記のように、現行制度の下での運用では、特許庁における審査において「類似」と「混同のおそれ」について具体的な個別の使用状況、取引事情を必ずしも考慮せずに一般的・抽象的な混同のおそれをもって判断している。これに対し、裁判所における審決取消訴訟や侵害訴訟においては、具体的な商品の出所についての「混同」あるいはそのおそれの存在を前提とし、あくまで具体的「混同」の一類型として「類似」を捉え、これらを具体的な使用状況、取引事情も勘案して判断している。このため、1.において述べたように、特許庁における審査の結果と裁判所における判断の結果が食い違うということが起こりうる。

もっとも、審査においては、使用主義に立たず、かつ相対的拒絶理由についても審査する体系を採用している以上、具体的資料に限られる中で一般的・抽象的な混同のおそれをもって判断を行うこととなるのは当然であり、むしろ、ある審査ではことさらに個々の具体的な取引実態を重視し、ある場合は一般的な取引実情のみで抽象的な類否判断ですますような運用となるよりも、むしろ常に一般的・抽象的な混同のおそれをもって行う審査とすることに一貫性があるともいえる。

また、裁判においては具体的な取引実態についての資料が当事者から提出され得るので、それが判断の基準とされることはこれまた当然であって、両者が結論において食い違うことがあり得ること自体は、やむをえないものと考えられる。

しかし、判断の場面が異なるとは言え、同じ「類似」や「混同」あるいは「混同のおそれ」といった用語について、その判断の在り方が異なることには弊害があるのではないかと、との指摘もある。例えば、行政庁の判断と審決取消訴訟において同じ商標の登録の是非について判断の差異があることは権利の安定性を減ずるおそれがあるとの指摘もある。

(2) コンセント制度導入の要望

⁷ 「大森林」と「木林森」事件（最判平成4年9月22日〔平成3年（オ）1805号〕判例時報1437号139頁）「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、具体的な取引状況いかん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。」

現在の審査の運用に対し、ある商標について商標登録出願がされ、これに類似するような先行登録商標がある場合、その先行登録商標の権利者が後から出願された商標の商標登録に合意しているときは、たとえ職権探知により集めた情報に基づき審査官が類似であると判断しても登録を認めるような制度（コンセント制度）の導入を求める意見がある。このような制度の導入が求められる背景として、当事者に存する具体的な状況を反映して「類似」や「混同」の判断が行われることに対する要望が強いことが想起される。

3．関係条文の変遷

（１）大正１０年法

大正１０年法では、商標の登録阻却事由として、第２条第１項で「他人の周知な標章と同一又は類似のもの」、「他人の登録商標と同一又は類似のもの」、「商品の誤認又は混同を生じる虞のあるもの」等が規定されていた。一方、商標権の効力及び侵害に関しては、第７条第２項で「商標権者は指定商品についてその商標を専用する権利を有する」とし、また、刑事罰について定める第３４条において「他人の登録商標と同一若しくは類似の商標を同一若しくは類似の商品に使用したる者」と規定していた。【参考資料１】

（２）現行法（昭和３４年法）

昭和３４年法では、第３条で商標としての一般的適格性をもつものとされた商標について、第４条において具体的に公序良俗、出所の混同、品質の誤認等の見地から商標の登録性の検討を加えるものである。同条１項各号中１０号から１５号までが商品・役務の出所の混同防止規定として定められている。一方、商標権の効力及び侵害に関しては、第２５条で「商標権者は、指定商品・役務について登録商標の使用する権利を専有する」とし、また、第３７条で指定商品・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・役務に類似する商品・役務についての登録商標又はこれに類似する商標の使用は侵害とみなす旨規定している。【参考資料１】

4．諸外国の法制

欧米主要国においては、商標登録阻却の段階及び商標権侵害の段階のいずれにおいても、法律上「混同を生じさせるおそれ」の概念で商標の保護範囲を律している。そして、商標・商品（役務）の「類似」は、「混同のおそれ」を判断する一つの、かつ、重要な要素として位置づけられている。また、欧州共同体商標規則（１９９３年）やドイツ商標法（１９９６年）においては、当該商標が著名である場合においては、非類似商品・役務における他人の商標の使用が、当該著名商標にフリーライドするもの又はこれを稀釈するようなものである場合も、商標権

侵害とする条項を設けている。【参考資料 2】

(1) T R I P S 協定第 1 6 条

登録商標の権利として、「当該登録された商標の商品・サービスと同一又は類似の商品・サービスについて同一又は類似の標識を使用することにより混同を生じさせるおそれがある場合には、その使用を防止する排他的権利を有する」旨規定している。

(2) 欧州共同体商標規則

第 8 条（相対的拒絶理由）において、先行商標の権利者による異議申立ての理由として、商標出願が先行商標と同一で当該先行商標に係る商品・役務と同一の商品・役務を指定するもの、商標出願が先行商標と同一又は類似で当該先行商標に係る商品・役務と同一又は類似の商品・役務を指定するものであるために、公衆に混同を生じさせるおそれがあるもの、また、商標出願が先行の共同体商標と同一又は類似の標識であって当該共同体商標の登録に係る商品・役務とは同一・類似ではない商品・役務に使用するものであっても、当該共同体商標が域内において名声を得ており、当該標識の正当な理由のない使用が当該共同体商標の識別性又は名声を不正に利用し又は害するものである場合を挙げている。

また、同第 9 条（共同体商標により与えられる権利）においては、商標権者の同意を得ない第三者による以下の標識の使用を禁止する権利を有するものとし、具体的に、共同体商標が登録されている商品・役務と同一の商品・役務について当該共同体商標と同一の標識の使用、標識が共同体商標と同一又は類似で、かつ、当該標識の使用に係る商品・役務が共同体商標の商品・役務と同一又は類似であるために、公衆に混同を生じさせるおそれがある場合、共同体商標と同一又は類似の標識であって当該共同体商標の登録に係る商品・役務とは同一・類似ではない商品・役務に使用するものであっても、当該共同体商標が域内において名声を得ており、当該標識の正当な理由のない使用が当該共同体商標の識別性又は名声を不正に利用し又は害するものである場合、等としている。

(3) 欧州各国

英国商標法（1994 年）第 5 条及び第 10 条、ドイツ商標法（1996 年）第 9 条及び第 14 条は、(2) の欧州共同体商標規則と同様の構成となっている。

(4) 米国商標法（ランハム法）

第 1052 条(d)において、「出願商標が、出願に係る商品に使用されることによって他人の登録商標又は合衆国内で先に使用されている商標と混同を生じさせ、誤認を生じさせ又は欺瞞するおそれがある程に似ている(resemble)場合」は、主

登録簿への登録が認められないと規定している。

また、第1114条(1)(a)においては、商標権者に与えられる救済措置が与えられる場合の一として、「登録商標の複製(reproduction)、模倣(counterfeit)、コピー、もっともらしい模造を商品・役務取引上使用することによって、混同を生じさせ、誤認を生じさせ、又は欺瞞するおそれがある場合」を規定している。

(5) 韓国商標法・中国商標法

韓国商標法においては、商標の登録要件(第6条)及び商標権の効力に関する規定(第66条)は、基本的に我が国法制と同様の構成になっている。また、中国商標法も第52条(1)で「商標権者の許諾を受けずに、同一商品又は類似商品にその登録商標と同一又は類似の商標を使用する場合」は登録商標専用権の侵害と規定しており、基本的に我が国法制と同様の構成になっていると考えられる。

5. 検討の方向

「類似」、「混同」について判断方法が異なることにより安定性を減ずるという弊害があるのであれば、その判断の場面が特許庁の審査におけると裁判におけるとを問わず、現に商標が使用されている具体的状況に照らして判断することに統一することが妥当との考え方はあり得るか。また、こうした判断の食い違いを必然的に生起する「非使用主義の下での類似、混同の審査」という審査構造そのものにメスを入れてみる価値があるのではないか。

・「同一」「類似」「混同」についての審査の在り方

「同一」「類似」「混同」の判断について、外観、称呼等の同一性・類似性のみならず、具体的な使用状況や取引事情をどのように考慮して行うことが適当か。我が国の現行制度のように、商標登録出願された標章についての審査において、審査官が職権による探知の下で判断することの課題は何か。

例えば、欧州共同体商標制度やドイツの商標制度では、これらの判断は、利害関係者による異議申立てがあった場合に行うこととなっている。このような枠組みと我が国の制度を比較し、「同一」「類似」「混同」の確認についてそれぞれの制度にどのような利点と短所があるのか比較することも必要ではないか。なお、我が国制度と他国制度との比較を行うのであれば、各制度の間で、その他の観点についてどのような差異があるのかも総合的に見ることも必要ではないか。

１．現行制度における整理

・で述べたとおり、我が国においては、商標登録出願された商標に商標登録を認めるか否かの判断は、「同一」「類似」「混同のおそれ」の判断も含め、行政庁である特許庁における一次的審査で職権による探知の下で判断される。一方、審決取消訴訟又は侵害訴訟においては、弁論主義の下、具体的な既登録商標及び使用商標の市場における使用の実態や取引状況を考慮しつつ、既登録商標と「同一」又は「類似」と評価される商標の使用があれば侵害があったと認定されるものである。

２．「同一」「類似」「混同」を審査で判断することの課題

我が国では、商標登録出願をする際、その出願商標を使用していることを要件として課しておらず、一方で審査に当たっては、未だ使用されていないものも含め全ての登録商標が比較の対象となる。その結果、未だ使用されていない出願商標について、それが既に使用されている登録商標と「混同のおそれ」があるか、あるいは、場合によっては、全く使用されていない登録商標と未だ使用されていない出願商標という、その時点においては市場において現実に混同を生じていないものについて「混同のおそれ」があるか審査されることがある。これについては、出願商標の使用の実態がない時点でそのような判断をすることは適当ではないのではないか、また、実際は混同が生じないような出願商標についても登録が拒絶されるおそれがあるのではないかと、との指摘がある。

また、現在、一次的審査により判断されている「類似」の有無についても、どの商品・役務とどの商品・役務が類似の関係に該当するか、あるいは、どの標章とどの標章が称呼、外観等に照らして類似と言えるかは、出願商標が未使用の段階で十分に判断できないものもあり、結果的には混同を生じないようなものについても登録が拒絶されているのではないかと、との指摘がある。さらに、審査は職権による探知の下で行われるため、関係者の意見や利用状況に関する主張の反映

が限定的となっていることについても、もっと現実の使用状況や取引状況について知る当事者の意見を採り入れた判断をすべきではないか、との指摘がある。

これらの指摘にかんがみ、出願商標の使用の実態がない段階で類似又は混同のおそれの判断を行うという制度それ自体の妥当性について、どう考えるか検討すべきではないか。

3．検討の方向

(1) 枠組み自体の変更の可能性について

ある商標と別の商標が市場において混同を生じさせないことを予防することが商標法の重要な目的の一つであるならば、我が国の制度のように、使用の有無を問わず商標登録出願を受け付け、一次的審査において、出願商標について使用されていないものも含め登録商標と「同一」「類似」「混同」の関係があるかを主として一般的・抽象的に判断する枠組みも、一定の合理性があると考えられるべきではないか。他方、市場における混同を的確に防止できる手法であるならば、このような事前予防型の枠組みにこだわる必要はなく、実際に市場で使用された場合に、混同またはそのおそれの有無を、商標を使用している者の意見を聴取しつつ判断するような枠組みについても、検討すべきではないか。

この点につき、米国商標法(ランハム法)は、第1052条(d)において、「出願商標が、出願に係る商品に使用されることによって他人の登録商標又は合衆国内で先に使用されている商標と混同を生じさせ、誤認を生じさせ又は欺瞞するおそれがある程に似ている(resemble)場合」は、主登録簿への登録が認められないと規定し、事前審査において「混同を生じさせるおそれ」の有無を判断している。しかし、米国商標法は使用主義を前提としていることから我が国における商標制度と同一に論じることは必ずしも適当ではない。

一方、欧州共同体商標規則は対照的な枠組みとなっている。同規則第7条によれば、出願商標は、審査官により識別性を欠く商標、国旗、記章等であるか、また、公序良俗に反する商標であるかなどのいわゆる「絶対的拒絶理由」が審査され、特に拒絶理由がなければ公告される(第40条)。そして公告後3ヶ月以内に「相対的拒絶理由」(先行商標と同一で商品・役務が先行商標と同一の商標、又は、公衆の側に混同を生ずるおそれがある商標など)があるとの異議申立てがあった場合(第42条)、審査官により当該相対的拒絶理由が審査され、異議申立てに理由がなければ登録査定となる(第45条)。

またドイツ商標法も、この観点では、欧州共同体商標規則と同様の特色を有する。すなわち、同法第8条、第32条及び第41条によれば、出願商標は、審査官による「絶対的拒絶理由」の審査がなされて特に拒絶理由が存在しなければ、直ちに登録簿に登録される。そして登録から3ヶ月以内に商標の登録に対して「相対的拒絶理由」による異議申立てがあった場合は、審査官により当

該相対的拒絶理由の有無が審査され、異議申立てに理由がなければ当該異議は棄却されて、登録が維持される（第42条）。

このような欧州における異議待ち制度の特色は、混同やそのおそれを軸に「同一」や「類似」を「相対的拒絶理由」として分類し、第三者が異議を申し立てない限りこの「相対的拒絶理由」の存否について行政庁が判断しないことにある。このため、具体的に取り上げられた商標について「相対的拒絶理由」が存するか当事者の主張も踏まえて判断されることとなる。また、⁸で指摘されたようなコンセント制度を導入しなくても、事実上そのような同意の存在が権利取得に反映されることとなっている。【参考資料3】

さらに、これらの制度においては、異議申立てをする要件として関連する登録商標を実際に使用していることを課しているため、使用をしていない登録商標との関係で出願商標の登録が拒絶されることはなく、また、未使用登録商標を有していてもそれにより他人の後願商標を排除することはできないので予め多数の商標を出願する必要性が少なくなっている。実際、商標の経済活動における利用の傾向などの影響もあるものの、欧州においては我が国と比較して商標登録出願件数は少なくなっている。具体的に件数を上げると、欧州共同体商標意匠庁（OHIM）⁴⁵、104件⁸、ドイツ⁶⁶、754件⁹、日本¹¹⁷、406件¹⁰（何れも2002年の統計）である。

（2）我が国における枠組み変更に関する検討の進め方について

以上の観点から、欧州共同体商標規則やドイツ商標法にみられる制度的枠組みについて、我が国の制度との比較において、それぞれの長所、短所について検討することも必要ではないか。

また、異議待ち制度の導入については、これまでも審査期間等の観点からはしばしば検討がされてきたが、今回の検討においては、商標法の目的に照らして「相対的拒絶理由」についてより適切な判断がなされる枠組みとしてどのような制度を採用することが適当か、との観点からも検討してはどうか。

仮に、こうした制度を導入することとした場合、商標制度利用者のメリットとしては、まず、異議申立てに対する審査においては具体的な使用状況や取引事情をより適切に考慮することが期待されることから、実際には混同を生ずるおそれのない登録商標などを理由に商標登録が拒絶されることがなくなり、商標選択の自由度が広がることが挙げられる。また、一般論として、審査期間の短縮が期待できる¹¹。さらに、異議申立ての要件として関連する登録商標を

⁸ OHIM 2002 年年報

⁹ ドイツ特許商標庁 2002 年年報

¹⁰ 出願等統計（2003 年版）

¹¹ もっとも、2002 年 5 月に開催された商標三極首脳会合での公表数値によれば、出願されてから審査に関して最初の通知が出願人に行われるまでの期間は、欧州共同体商標規則においては約 9.5 か月（2001 年度末）である。一方、我が国においては約 8.8 ヶ月（2002 年末）となっている。

際に使用していることを課す制度を併せて導入するとすれば、使用する意思のない登録商標つまり、不使用商標が減少する可能性も考えられる。

一方、こうした制度を導入する場合、現在の我が国商標制度が有している利点が損なわれる可能性がある。例えば、異議申立てがない限り「相対的拒絶理由」を審査しないことから、権利者は絶えず他人の出願を監視する必要がある。現行の我が国制度の下では一次的に行われる審査で特許庁が全ての拒絶理由について判断するため、このような監視負担は相対的に少ない。また、「相対的拒絶理由」による登録の是非の判断を事業者に委ねてしまうと、消費者を含む最終需要者の利益が適切に反映されないのではないかとの懸念もある。たとえば、我が国制度の下では、消費者の視点も含めて行政庁が一次的に判断するため、消費者に混乱を来すような商標に権利が設定されることがより確実に防止されているとの指摘があるが、これが損なわれる可能性がある。

ただし、商標法を含め、産業財産権制度は、出願人、代理人、裁判所、そして特許庁の全ての制度関係者が、適切な役割を担い、その中でそれぞれが能力を発揮させることにより、よりよく運用されるものである。したがって、個別の観点ごとに長所・短所を比較するのみならず、我が国において商標はどのように保護されるべきか、それを活用してどのような形で事業活動が行われるべきか、より広い視点に立って、商標法の枠組みとして適切なものを検討することが必要ではないか。今回の議論を起点として、このような方針の下で検討を進めることが適切ではないか。

(3) 併せて考慮すべき論点について

仮に特許庁の審査における「同一」「類似」「混同」の取扱いを一般的・抽象的な混同から個別的・具体的な混同へと変更とした場合であっても、そのことによって直ちにこれらの諸概念(例えば「類似」)が商標法から消えるわけではなく、例えば異議申立理由として存続することが想定される。その際、「同一」「類似」の概念について、「混同」との関係で再整理を行っておくことが有益である。また、具体的な取引状況を勘案して判断することを前提に考えれば、「同一」は、商品・役務が同一で、標章(標識)が同一又は同一と言える程度に同じであるために混同を生じている又はそのおそれがある場合をいい、「類似」は、具体的な使用状況や取引事情にも照らして商品・役務が類似であり、及び標識が外観、称呼等において類似であるために混同を生じている又はそのおそれがあると認められる場合をいい、さらに、類似とは言えないものの、具体的な使用状況、取引事情に照らして混同を生じているもの又はそのおそれがあるものを「類似以外の混同」として整理することができるのではないか。

この考え方を貫くと、「同一」「類似」という概念を「混同」という切り口で統一的に把握し、いわば「同一」「類似」は「混同」を生じさせる場合の例示と

考えることも可能である。ただしこの場合、出所の混同が生じるものではないが、商標が同一・類似であるものを、いわゆる希釈化（dilution）や汚染（pollution）の観点から排除する必要があるのではないか、との指摘にも留意する必要がある。

なお、「類似」「混同」といった概念は、登録要件の審査や訴訟の審理の場面のみならず、下記のとおり、別の多くの場面でも用いられる概念である。これらの場面は、いずれも、商標が実際に使用されている場合に生じるものであると考えられ、特に上記のような整理が妥当しない特段の事情は想定されないが、最終的な概念整理の在り方を判断するに当たって更なる検証が必要である。

a)「類似」のみがある規定

第24条の4（商標権の移転に係る混同防止表示請求）、第32条第1項（先使用による商標の使用をする権利）、第33条第1項（無効審判の請求登録前の使用による商標の使用をする権利）、第33条の2第1項及び第33条の3第1項（特許権等の存続期間満了後の商標の使用をする権利）、第37条（侵害とみなす行為）等

b)「類似」及び「混同を生ずる」の双方がある規定

第51条第1項等（商標登録の取消しの審判）、第64条（防護標章登録の要件）