

特許庁における商標法第3条第2項の運用

現在、特許庁では、審査基準に基づいて、この第3条第2項の運用を行っているが、具体的な判断の際の考慮要素については、概ね以下のように整理される。なお、こうした判断は、産地や販売地の名称のみからなる商標についてだけでなく、品質や原材料等の名称など、第3条第1項第3号～5号に掲げられた他の種類の商標にも適用される。

まず、商標が使用により識別力を有するに至ったと認めるためには、出願された商標が、実際に使用されている商標と同一のものである場合に限ることとしている。これによれば、実際に使用されている商標が毛筆体で記載された「笹野彫」である場合、標準文字による「笹野彫」の商標は使用により識別力を有しているとは認められないこととされる。同様に、実際に使用された商標と出願された商標が、平仮名と片仮名の違い、縦書きと横書きの違い、平面商標と立体商標の違い等を有する場合にも、各々の商標は同一ではないと判断されている¹。

次に、商標が使用により識別力を有するに至ったどうかは、例えば、以下のような事実を総合勘案して判断するものとされている。

- (ア) 実際に使用している商標並びに商品又は役務
- (イ) 使用開始時期
- (ウ) 使用期間
- (エ) 使用地域
- (オ) 生産、証明若しくは譲渡の数量又は営業の規模(店舗数、営業地域、売上高等)
- (カ) 広告宣伝の方法、回数及び内容

こうした事実は、商標が、その商品又は役務の需要者によって、何人かの一定の業務に係る商品又は役務を示す表示として広く認識されているかを示すものであると言える^{2 3}。どの程度の地域で周知であることが必要かについては、後述のような

¹ このような取扱いについては、「現在のようにラジオ・テレビ等による広告を通じ、商標の称呼による宣伝的效果が顕著である事情の下においては、商標の使用による識別力の取得も文字・図形を通ずるよりはむしろ称呼によって取得されることが多いのが現実であろうから、このようなものについては必ずしも外観を重視する…取扱例にとられることなく、ケース・バイ・ケースに判断すべきである。」との見解も示されている。(網野誠「商標〔第6版〕」188頁・189頁)

² 「使用の実績があるとしてもそれが出所識別表示としてではなく、まさに記号的表示として用いられていたに止まる場合はもちろん、さらには、使用の結果、需要者に当該表示が浸透しているという事情があるとしても、それが商品や役務の品質等を表す表示として知れ渡っているに過ぎず、特定業者の業務に係る商品や役務を示す表示として広く認識されるようになったわけではない場合には、3条2項の要件が満足されることはない。かえって、まさに独占適応性を否定すべき表示であることが取引の実情により示されているだけだからである。また、商標権者以外にも多数の者が当該商標を使用していたという事実も、出所識別力の獲得に対して否定的に斟酌される。」(田村善之「商標法概説〔第2版〕」190頁)

³ なお、網野誠「商標〔第6版〕」189頁は「需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識する程度は、周知商標の場合に必要とされる需要者間に広く認識される程度に至らなくても、それに類似する程度までの識別力が生ずればよいとされる」とする。

例外はあるが、原則としては、全国的な範囲の需要者⁴に対して周知であることが求められると考えられている⁵。また、実際にどの程度の期間使用されていることが必要であるか、との点についても絶対的な基準はなく、広告宣伝等の頻度を高めることによって、短期間で使用による識別性を持つと判断される場合もあり得る。さらに、商標が使用されている商品の生産や役務の取引等がその商品又は役務の市場において高いシェアを持っている場合には、使用による識別性を有していると判断される可能性が高いと考えられる。いずれにしても、例示されたような事実のうち、何がどの程度証明されれば良いかという点については絶対的な基準が存在するものではなく、全体を総合判断することとされている。

こうした事実（周知性）を証明するための証拠としては、次のようなものが例示されている。

仕切伝票、納入伝票、注文伝票、請求書、領収書又は商業帳簿、
広告宣伝等が掲載された印刷物（新聞、雑誌、カタログ、ちらし等）、
商標が使用されていることを明示する写真等、
広告業者、放送業者、出版業者又は印刷業者の証明書、
同業組合又は同業者の証明書、
商品又は役務の取引先又は代理店の証明書、
需要者の証明書、
公的機関の証明書（国、地方公共団体、在日外国大使館、商工会議所等）

さらに、～のような証拠を提示する場合、出願人が用意した定型の印刷物に署名だけをした証明書と証明者自身によって作成された個別具体的な証明書では、証拠方法としての信用性に差異が生ずるものと考えられる。

一方で、（ア）～（カ）に示された事実は例示にすぎず、実際の運用においては、使用による識別力をより直接的に示す事実として、当該商標を見た需要者が何人かの業務に係るものかを識別できる割合などを示したアンケート調査の結果などが出願人から提出されることがあり、こうした結果も参酌されている。この際、アンケート実施主体が出願人と利害関係のない第三者である場合には、証拠としての価値は高まるものと考えられる。

上述のとおり、使用による識別性を判断する際には、全国レベルで需要者の間に周知であることが必要であるが、以下のような場合には、例外的に特定の需要者による識別性があるか否かの判断で十分なケースが存在する。

⁴ 指定商品・役務とは無関係の需要者の認識を問う必要はないから、当該指定商品・役務の需要者層で全国的に出所識別力を取得すれば、3条2項を満足しうると解すべき。（田村善之「商標法概説 [第2版]」189頁）

⁵ 特定の表示に関し、事実上商標登録を独占的に享受し得る地位を与える4条1項10号の広知性の要件を満たすことに加え、本来、登録という事をもってのみでは未だ独占にふさわしくない商標について他者による自由使用に影響を与える以上、出所識別力は全国的なものであることを要する。（田村善之「商標法概説 [第2版]」189頁）

- (ア) 商標が使用されている商品又は役務が特殊なものであり、一定の範囲の需要者間でのみ取引されている場合（例えば、医療器具について医者や病院関係者等）には、当該商標についての識別性を判断する基準となる需要者の範囲は、こうした商品又は役務の取引に関わる特定の需要者とされるものと考えられる。
- (イ) 商標が使用されている商品又は役務の消費地が一定の地域に限定される場合（例えば、除雪シャベルについて降雪地域）には、当該商標についての識別性を判断する基準となる需要者の範囲は、こうした地域における需要者とされるものと考えられる。

一般に、産地名称のみからなる商標は、出願人以外の事業者も使用する必要がある、又は使用を欲することから、第3条第1項第3号において登録拒却事由とされているが、こうした観点からは、出願人による当該商標の独占を認める際には、他人による使用の可能性を考慮することが必要であると考えられる。この点について、現行の運用では、以下のように整理している。

- (ア) 商標として使用されている産地名称が、他人により使用される可能性の程度（例えば、沖縄パイナップルと北海道パイナップルでは、他人による使用の可能性が異なる）は、当該商標についての使用による識別性を判断する際の考慮要素となるものと考えられる。
- (イ) 商標として使用されている産地名称が、実際に出願人以外の者によって使用されていることが審査において明らかとなった場合には、当該第三者による使用の事実を考慮して、当該商標についての使用による識別性を慎重に判断することとなるものと考えられる。例えば、当該第三者が産地表示であること表すものとして当該商標を正当に使用している場合には、使用による識別性が発生していないと考えられる。また、逆に、当該第三者の使用が、不正に使用している（不正競争防止法第2条第1項第13号で規制される産地の誤認表示であることが明白である）場合などには、例え第三者による使用があったとしても、使用による識別性があると判断されることが多いと考えられる。

第3条第2項により、産地名称等のみからなる商標について、使用による識別性を判断する際には、団体商標としての出願であるか又は通常商標としての出願であるかは区別がされていない。団体商標として登録されたものであって、第3条第2項により使用による識別力が認められた商標は、3件に留まる。（*参考：笹野彫、笹野一刀彫、宇都宮餃子）

【参考】第3条第2項が適用され、登録が認められた際に、提出された証拠の例

事例1

- ・協同組合員名簿
- ・商品に付されるしおり・シール
- ・商工会議所の証明書(著名であること、組合員以外に「出願商標を付した商品」を業として製造している者がいないこと)
- ・パンフレット
- ・広報
- ・新聞記事(地方紙3紙、全国紙2紙等)

事例2

- ・商品に添付するラベル5点
- ・商品に封入するしおり(商品説明書)2点
- ・商品の包装紙
- ・使用態様の一例を示した写真
- ・証明書(市長、商工会議所ほか各種団体)
- ・財団法人の発行する土産カタログ
- ・証明書(同業者)
- ・証明書(飲食店・販売店)
- ・新聞折込広告
- ・証明書(折込広告を扱った新聞販売店のもの)
- ・証明書(各種新聞に広告を掲載したこと、ラジオ・テレビへの広告)
- ・証明書・チラシ(産地直送お歳暮ギフト等)