

平成28年度特定侵害訴訟代理業務試験

採点実感〔事例問題2〕

問1 起案

1. 答案全体の総評

商標権侵害を題材として、商標の類否の判断基準及び当てはめ、商標法第26条第1項第6号の商標的使用でない態様での使用、損害不発生の抗弁を問う問題であった。採点結果はおおむね堅調であったが、以下に指摘するような答案も散見され、点差が開くことになった。

2. 具体的指摘事項及び補足事項

- (1) 小僧寿し事件最高裁判決（最判平成9年3月1日）が示した商標類否の判断基準及びつつみのおひなっこや事件最高裁判決（最判平成20年9月8日）が示した結合商標の要部抽出についての判断基準を問うものについては、大半の答案が最高裁によって示された規範を正解していた。しかし、後者にのみ目が奪われ、前者に全く触れていない答案が若干見られた。また、小僧寿し事件最高裁判例が挙げる基準がうろ覚えで「外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察し、明らかにできる限り具体的取引の実情を考慮する」との正解が疎かになっているものが見られた。
- (2) 当てはめにおいて、被告標章が一体不可分に把握されなければならないとのロジックも、大半の答案が正解にたどり着いていた。
- (3) 商標法第26条第1項第6号については、出題資料中で、被告代表者が、被告標章の使用形態は普通名称を普通に用いられる方法で表示するものではないと自認しているにもかかわらず、抗弁として同条同項第3号を挙げる答案が散見され、同条同項第6号の正解にたどり着いているものの、理由において「商標的使用ではない」という基本事項を書けていない答案が多く見られた。商標の効力が及ばない範囲（同法第26条）について基本的な理解の復習を促したい。
- (4) 損害不発生の抗弁の要件とは、判例（小僧寿し事件）上、登録商標に類似する標章を第三者がその製造販売する商品につき商標として使用している場合であっても、当該登録商標に顧客誘引力が全く認められず、登録商標に類似する商標を使用することで第三者の商品の売上げに全く寄与

していないこととされている。キーワードである「顧客誘引力」「被告の
売上げ」に触れられていない答案が多く、点を落とした。

問2 小問

民法及び民事訴訟法の小問は、それぞれ、「損害の種類」、「否認と抗弁」
というごく基本的問題を出題したが、満点答案はほぼ皆無であった。一般的
にテキストによる予習復習が足りていないことがうかがわれた。

以 上