第５章　商標法

Ⅰ　登録商標制度の意義

商標法の保護の対象は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 号と同様、商品名や会社の名前、ブランド名です。最近では、商品の形状、立体的な形状も保護できる法制になりました。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と違うのは、保護の手法という点です。保護の対象は同じですが、保護の仕方が違います。

制度の概観の方に入っていきます。どのような保護のシステムになっているかといいますと、まず特許庁で手続きをして、権利を取得しなくてはいけません。特許庁で手続きをし、お墨付きをもらって、初めて他人に対する排他権が発生するというシステムになっております。ですから、あらかじめ準備をしておかないと、他人に対して禁止権を行使することはできないのです。

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号や 2 号は、そのような手続きが必要ありませんでした。混同が生じていれば、いきなり裁判所に行って、相手が使っている表示をやめろと言うことができましたが、商標権はそうはいかないということです。要するに、不正競争防止法よりも面倒です。制度が 2 つある場合、面倒な制度が 1 個あって、面倒ではない制度がもう 1 個あると、保護のレベルが同じとなれば、みんな手軽な方を使うことになります。

このように表示について保護法制が 2 つある場合は、めりはりをつけるといいますか、手続きが面倒な方の保護を強くしないと、法律を 2 つ作った意味がないということになります。

ですから商標権については、保護を受けるための手続き等は面倒なのだけれども、いったん取得すると不正競争防止法より強いというようなところが、解釈論に反映されることになります。一般的な理解としても、それでよろしいと思います。

商標権の定義については、教材のはじめに、「登録商標と同一または類似する商標を、指定商品または指定役務に類似する商品または役務に使用する排他的な権利」と書いてあります。これがどのようなものかをこれから説明していきます。

保護の対象は、2 条 1 項 1 号、2 号と同じということで、保護の趣旨もほぼ同じです。投資をしてブランド力を形成した表示を他人にフリーライドされると、信用といいますか、顧客が外に逃げていってしまうことになります。顧客を取り逃がすということになりますので、ブランド形成のインセンティヴが下がって、ブランド形成がなされません。

ブランド形成がされないと、我々消費者にも迷惑が掛かります。あの会社のあの商品が欲しいというときに、商品名を目掛けて皆さん買い物に行くと思いますが、みんな似たような商品名だと区別ができないので、困りますね。表示については、我々消費者の利益、すなわち、公的な利益も保護の対象になってよいということになります。ですからミックスです。事業者（会社）と我々消費者（普通の需要者）、その両方を保護するということになります。それを難しい言葉で言うと、取引秩序という言葉になります。

取引秩序というのも、予測可能性と同じように、ペーパー試験のときにしか通用しない言葉です。私から口頭試問か何かで、取引秩序とは何でしょうと言われたときに、きちんとその中身を答えられるようにしておいた方がよろしいかと思います。もちろん、答案に書くときも、きちんと取引秩序の内容まで、どのような意味かということを書いた方が、いい点が付きます。

ともすると、そのような何かマジックワードを覚えるような勉強になってしまいますが、きちんと中身まで覚えている人と、言葉だけ覚えてきた人と、やはり答案を見れば、すぐ分かってしまいます。少し余談でし

た。

権利の取得の方法は、今言いましたように、特許庁に書類を出しに行きます。私も何度か、弁理士である父親の使いで行ったことがあります。昔はこのようなことを書面主義と言ったのですが、最近はインターネットで書類の手続きをすることができるようになりましたので、だんだん過去の言葉になっていくのかもしれません。

では商標とはどのようなものかといいますと、教材 125 ページに例としてコンサドーレの商標を載せておきました。上のところに、商標公報と書いてあると思います。これは特許庁が、商標権が発生したことを公示する書類です。これは現在では特許庁のホームページにアクセスすれば見ることができます。

登録番号、登録日などの情報とともに、絵が堂々と載っています。これは、印刷の都合で白黒になっていますが、本物はドーレくんの赤いところは赤く、白いところは白くなっています。コンサドーレの会社は、北海道フットボールクラブと言うのですね。注目してほしいのはその下です。ドーレくんの下に、いろいろなものが書いてあると思いますが、これが指定商品または指定役務と呼ばれるものです。

商標法と不正競争防止法の違いの 1 つとして、この指定商品、指定役務というものがあります。これは、出願人が出願をするとき、手続きを取る書類を出したときに、これを指定するものです。これとこれとこれに、僕はこのドーレくんを使いますので、権利をくださいという意味で、これを指定商品、または指定役務といいます。役務というのはサービスです。

ここに記されているスポーツ、または知識の享受、これはサービスですので、役務の方です。私が行っているのも、講義というサービスです。これは、指定商品または指定役務のうち、指定役務の方になります。これらを指定商品または指定役務と呼びますが、商標権というのは、このドーレくんという商標をこの下に記載されている指定商品または指定役務に対して、他人に使わせない権利です。

ですから、この商標と、指定商品または役務というのは関連があるといいますか、どちらも権利範囲を定めるものです。ここのドーレくんに書いていないことにドーレくんを使うことは、商標権の権利範囲外だということになります。

この指定商品、指定役務というのは、実はお金さえ払えば、いくつでも指定することができます。ですから、ここではこの指定商品、指定役務のところに 6 行書いてあって、その前に 41 という分類が振ってあります。これを分類と言いますが、41 以外にも全部で 46 個の分類があります。ですから、その全部の分類についてドーレくんの商標を取ることもできます。そうすれば、どんな商品役務についても出願人以外はドーレくんを使えないということになります。ここはお金と効果の問題ですので、出願人の判断になります。

指定商品、指定役務という言葉が、これからたくさん出てくると思いますが、それはここに書いてあるものなのだと思ってください。商標権というのは、この絵を、この指定された商品や役務に使うということ、そして他人に使わせないという権利とご理解ください。

商標権ですが、年間どれぐらい処理がされているかといいますと、2 年前の 2005 年の資料によれば、出願がだいたい 1 年間で 13 万 5,000 件くらいあるそうです。そして、年々増えているようです。特許庁の商標専門の審査官は、150 人ぐらいいるそうで、その人たちが、この出願の処理をしています。つまり、審査をします。商標登録を受けるためには、法律の要件が決まっておりまして、それをクリアする必要があります。それが審査というものです。

要件が欠けている場合、出願については拒絶査定というのを受けまして、権利を取れないということになります。種々の要件をクリアすると、登録を受けて、商標権という排他権が発生します。審査官も人間で

すので、過誤登録の場合があります。過誤登録の場合でも、後に無効審判で無効にすることができます。

これから、商標、特許と、手続き関係の法律を説明することになりますが、必ず審査官という言葉が出てきます。商標は、事務系の職員の中から志願制で庁内試験を経て、審査管理になるようです。特許の場合は、国家公務員一種の理系の試験を通り抜けてきたテクノエンジニアです。

存続期間は、登録から 10 年と書いてありますが、更新制度があります。10 年ごとの更新です。要らない場合は捨てることもできます。更新なので、実は明治時代の商標がまだ残っているものがあります。古いものは大正時代の商標権などもあります。10 年ごとに更新していけば、永遠に商標権は残りますので、2005 年の資料によると、日本には商標権は現在、積もり積もって、177 万件あるそうです。たくさん商標登録がされています。この、たくさん登録されているというところが、商標の 1 つの論点であり、問題点だと言われています。

これが、商標制度の概観です。保護の対象は表示です。すでに何度か出てきておりますが、自他商品識別機能、自他商品識別力、あるいは表示の出所識別力を保護する法律です。

登録主義の方にいきます。ここは不正競争防止法 2 条 1 項 1 号との比較をする必要があります。世界中に商標法というのはあり、また、似たような法律がありますが、商標法を立法する立場といいますか、対応としては 2 つあると言われています。

1 つは、ここに書いてある登録主義というものです。もう 1 つは、使用主義というものです。登録主義は、ドイツ・日本型、使用主義はアメリカ型です。登録主義と使用主義の 2 つの立場があって、日本の商標法は登録主義です。

登録主義とはどのようなことかというと、商標の使用を登録の要件としないということです。商標が現に使用されているということを登録の要件として求めないのが、登録主義です。つまり、登録さえすればいいという考えです。対して、使用主義というのは、商標権を登録するため、すなわち商標権を発生するためには、実際に商標を使っていなくてはいけないという主義です。

使用主義は使用主義で、これはいいのですが、登録主義というのは、少し語弊があります。商標権を発生させるために、登録を要する制度だという説明があるのですが、それは誤りです。実際、使用主義も登録していますから。登録主義というのは、商標権の発生に現実の使用を要求しない主義です。

ですから、アメリカなどでは、今使っている表示、例えばこのボルヴィックでしたら、今ボルヴィックという商品名を使っています、使っているから、商標権を欲しいので登録したいのです、という使用主義がとられています。

登録主義というのは、現実の使用を要求しないので、これから使いたいなと思う商標をあらかじめ取ることができます。事前に、商品名やブランド名の商標権を取っておくことができます。それが登録主義です。

使用主義と登録主義は、どちらが優れていて、どちらが劣っているというわけではなくて、考え方の違いです。どちらにもいい面がありますし、どちらにも悪い面があります。これが登録主義と使用主義です。

ですから、日本は表示の保護に関しては登録主義だというのは、実は誤りです。なぜならば、日本の表示を保護する制度というのは、商標法だけではなくて、すでに皆さんが勉強したはずの不正競争防止法 2 条 1 項 1 号もあるからです。2 条 1 項 1 号の要件は、周知、類似、混同です。周知だということは、使っていないと周知にはならないはずです。現実に使いもしていない商標、人の目にも触れていない表示が、周知になるということはあり得ません。ですから、周知を要求しているということは、すなわち使用を要求しているのと同じことです。そうだとすると、2 条 1 項 1 号は、表示を保護する法制としては、使用主義だと言

うことができます。

ですから、日本は、表示については使用主義の法律と、登録主義の法律と、並存しているということになります。商標の教科書を読んでいると、我が国は登録主義であると書いてあるのですが、それは正確な記載ではないということになります。

登録主義のメリットですが、先ほど少し言いましたように、あらかじめ権利を取得しておけるというのが最大のメリットです。つまり、使用主義というのは、いったん使用を始めなければ権利を取ることができないので、例えば登録をする前に、少し使用している段階で真似をされてしまうということがあります。

つまり、せっかく高いお金をかけてブランドネームを選んだのに真似をされるおそれがある――ブランドネームというのは、マーケティングリサーチをして、あるいは人の目にいい印象で触れるような表示やロゴを、いろいろなデザイナー、あるいは調査会社が調査をして、気を使って決めます。そこには大変コストがかかっています。

使用主義だとすると、大変コストをかけて選んだブランド名だとしても、いったんブランド展開をまず始めてからでないと、権利が取れないということになります。そうだとすると、宣伝を開始した直後ぐらいに、ライバルメーカーが、あのブランドいいなということで、うちも真似してしまえ、と真似をされてしまう可能性があります。

そのような、使用を開始してから権利を取るまでのタイムラグのようなものを嫌う場合には、登録主義は便利な制度です。これから使いたいブランド名が決定したというときに、では、まず商標権を取っておいて安心することができます。商標権さえ取ってしまえば他の誰かが使えないわけですから、商標権を取った後、安心して使用を開始することができます。商標権さえ取ってしまえば、使用しているかどうかというのは権利の行使には関係しません。権利さえ取ってしまえば、実際に商標を使用しなくても、ライバルを排除できるというのが登録主義になります。

ですから、安心して使用することができる。いいブランドの例として、おととしぐらいに資生堂の TSUBAKI というシャンプーがヒットしました。あれでかなり資生堂はシャンプーの市場のシェアを奪い返したといいます。あれだけきれいな女優さんを集めて、あれだけの CF をして、さらに SMAP も起用すれば、それはヒットするだろうと思いますけれども。やはり選んだもの勝ちといいますか、日本固有の名前で、いいブランドネームを選びましたよね。それをローマ字で表記するところが、またいいじゃないですか。

資生堂は、シャンプーの名前として、TUBAKI を選びました。あれは、スタートの時点で爆発的に広告をしましたけれども、おそらく、あの資生堂の TSUBAKI も、もう何年も前から商標権は確保してあったと思います。調べていませんが、資生堂ですから、手抜かりはないでしょう。

商標権を確保しておけば、例外については後でお話ししますが、基本的に、使用をいつ開始するかというのは、商標権者の自由です。ですから、いいブランドネームを選んだと思ったら、まず商標権を取っておくのです。その後、じっくりとブランド展開の準備をする。いろいろな時間がかかります。CM を撮るために女優さんと交渉したり、SMAP に歌を歌ってくださいと頼んだりと、準備がかかります。

登録主義ですと、準備をする期間を確保することができます。ここが、商標権のいいところと、登録主義のいいところです。それを難しく説明すると、レジュメの黒丸の「登録主義の合理性は」というところになります。「登録主義であれば、使用する前にまず商標権を得て、その上で排他権の庇護の下、安心して宣伝広告を出し、具体の信用を築いていくことができる」わけです。これを、商標の発展促進機能と呼んでいます。排他権の庇護の下で、商標を安心して発展促進することができるという意味です。もともとは渋谷達

紀先生の言葉のようで、田村先生はそれを採用されたのかもしれません。

私は分かりやすく、先行投資としての商標権と説明します。不正競争防止法の方は、もう現実の処理でした。それに対し、商標権は先行投資で、あらかじめ、自分がブランド展開できるブランドを確保しようとするものです。その中でさらに、未使用の商標であっても保護を与え、商品展開するという機能を重視したのが、登録主義になります。

ただし、もちろん登録主義の最大の問題点は、同時にその点でもあります。それは、レジュメに書いてありますストック商標問題です。つまり、使いもしない商標をむやみに登録しておくという現象が起きます。今の私の説明を聞いた人が、ではうちのベンチャー企業も商標展開しようと思ったら、何を考えるかというと、取りあえず思いついた商標は全部取っておくわけです。とりあえず思い付いたブランドネームについて全部商標を取っておけば、後でじっくり選べます。

そうすると、使いもしない商標がむやみにストックされます。その結果が、さっきお話しした 172 万件の登録商標です。私の勘で言いますと、この 9 割以上はストック商標、すなわち使われていない商標です。このストック商標は、商標制度に対して大きなコストをかけるばかりか、他人の表示選択の自由を奪っていることになります。

つまり、どうして表示を保護しなければいけないのかということを考えますと、不正競争防止法 2 条 1 項 10 号のときからずっと言っていますが、表示というのは、使えば使うほど信用が蓄積し、ブランド力が高くなるから保護する必要があるということになります。保護して応援する必要があるということになるのです。

使いもしない商標、表示というのは、絶対に信用が蓄積することがありません。商標法にしても不正競争防止法にしても、保護の対象は、表示そのものではなくて、表示に蓄積される、あるいは蓄積された信用です。分かりやすい言葉で言えば、まさしくブランド力です。そちらの方が保護対象なので、表示を保護するということは手段にすぎないと言うのは言い過ぎですが、使われておらず、信用が蓄積されない表示というのは、保護しておく意味がないのです。

他方、使いもしない表示に排他権があると、これから新しくブランドを立ち上げたいという人にとっては、そのブランドを使えないということになります。法的に保護する価値がないにもかかわらず、排他権だけ、すなわち他人に対して邪魔をする権利だけ残っているというのは、商標法や不正競争防止法がそもそも望んだ状態ではありません。

ですから、このストック商標というのは、登録主義の宿命です。登録主義を採れば、みんな商標をストックしておこうと思うのはしかたないことなので、これは登録主義とは切っても切り離せない弱点です。ですから、この点については、その弱点を補強するといいますか、弱点をカバーする制度が必要になります。それが、登録主義を補完する制度ということになります。商標法のお話というのは、半分ぐらいがこのストック商標対策のお話になります。

商標を使ってくれるぶんには構わないのです。むしろ商標というのはどんどん使ってほしいのです。排他権を与えるというのは、あくまでどんどん使っていただくための手段に過ぎないのです。あくまで手段に過ぎないので、それ自体に意味があるわけではありません。安心して使っていただくというのが、狙っているところです。知的財産法は、全部同様に、手段として排他権を与えているのです。生きるための生存権や、参政権などとは全然種類が違うものです。手段としての排他権です。

以上が、登録主義のお話です。不正競争防止法との関係をお話しする必要があるでしょう。ここが理解できていないと、混乱してしまうばかりか、単に覚えることが増えたというだけになってしまいます。ここを理

解していただけると、見通しが大変よくなると思います。

資料には、「不正競争防止法による商品等主体混同行為の規律との関係」と書いてあります。これは要するに、表示に対して保護の法制が2種類あり、並存させる意味です。2種類あるということは、そこに何らかの意味を持たせなければならないというのが、法律の解釈論のあり方です。ここは違うのですけれど、縦割り行政だからしかたないという落とし方があるのかもしれませんが、必ず、並存している意味を考えていかなければいけません。

商標法等が有利な点は、登録主義に基づき、未使用、つまり周知でない商標、表示でも保護されるというところです。本当は、表示の保護法制からすると、本来的な姿ではないのかもしれませんが、未使用で誰にも知られていない、むしろ使ってもいない商標でも、一応保護はされます。

さらに、レジュメのその下に書いてありますが、差し止め請求が認められるためには、類似を証明すればよく、混同を主張する必要がないということです。

2 つの法律の違いはここです。まず、商標権は周知である必要はないというところはお話をしました。不正競争防止法の方は、周知でなければ保護されないのです。

次は類似です。類似については、両方とも要求されます。排他権は、類似の表示に対してしか行使できません。

さらに混同です。商標法では、商標権の保護を得るために、混同は必要ありません。不正競争防止法は、混同まで必要になります。不正競争防止法は、一帯に周知である必要や混同が生じている必要があります。商標権を行使するためには、類似であればそれだけでいいのです。

登録制度があるかどうかということにも違いがあります。不正競争防止法には登録がありませんが、商標法には登録があり、登録されないと保護されません。

ですから、商標法の方が、保護のための要件が少ないです。権利行使のために要求される要件が少ないということは、排他権を行使したい人にとっては有利だということになります。商標法と不正競争防止法の違いというのは、まさしくこれに尽きるのです。

つまり、最初に言ったように、商標法の方が面倒です。面倒な制度の方は、権利行使を簡単にしておかないと、両方の法律を作ってある意味がないでしょう？　面倒で権利行使も大変だということであれば、簡単な方を使うのは当たり前です。権利行使のための要件の軽い方が、権利を取得するための要件は重くしておかないと、バランスが取れないのです。

ですから、周知も立証する必要もないし、混同を立証する必要もありません。不正競争防止法の方は、周知で類似であれば、たいていは混同すると申し上げましたように、そんなに混同が厳しく問題になるということはないのですが、周知を立証しないでいいというのは、かなり楽です。

不正競争防止法の方が有利な点は、この逆です。一番は、登録を受けていない表示でも保護を受けることができる点です。つまり、商標権で保護されたいと思う場合は、真似されてからでは、もう遅いということです。真似されてから、しまった、商標登録しておかなかったというときは、もう商標の保護は受けられません。そのときは、不正競争防止法でいくしかありません。

教材 29 ページの一番下は、少し難しいことが書いてあります。混同のおそれがある限り、類似商品の範囲外でも、差し止め請求可能と書いてあります。ここには書いてないことですが、商標法の保護は、先ほど見ていただいた指定商品、指定役務に排他権の範囲が限られますので、うまく指定していない場合、指定していない商品や役務について商標を使われてしまうと、逃げられてしまう可能性があります。それ

に対し、不正競争防止法の方は、混同で処理するので、場合に応じて柔軟に対処できます。

そのようなことで、2 つの法律の役割分担ですが、不正競争防止法の役割は、「具体の信用の方を混同の防止」と書いてあります。具体の、というのは実際の、現実の、という意味で、現実にある、現実にそこにある信用の保護や混同の防止です。

周知の限度で保護しますので、登録、すなわち公示は要りません。周知であれば、みんな知っているのですから、公示が要らないでしょう。周知でないものを保護する商標法は、公示の制度が必要だということになります。みんなが知らないのに、突然排他権を行使されるのでは困ります。

不正競争防止法の方は、周知とか混同のおそれの要件があるので、商標法の意味がある、すなわち、商標登録のインセンティヴは損なわれません。これは先ほど話したことと同じことです。周知と混同を要求する、面倒である、ということは、面倒ではない商標法の意味があるということです。排他権を行使する場面で面倒か、権利を取る場面で面倒か、どちらかなのです。

権利行使する場面で面倒なことが嫌だということであれば、商標登録を取っておけばいいわけです。手続きするのが面倒なので、現実のところで対応すればいい、と思う人は不正競争防止法を使えばよいのです。

ですから、商標法、商標権というのは、どちらかといいますと全国統一ブランド、大企業向けの法制だと言うこともできるかもしれません。一方、不正競争防止法というのは、周知の限度で保護されるに過ぎませんので、逆に、周知の程度で保護されればいいよという人は、わざわざお金をかけて商標権を取る必要はなく、不正競争防止法を使えばいいのです。

例えば、札幌のラーメン屋の一幕。一幕さんは、札幌にも 2 店舗しかありませんが、たぶん全国展開するつもりはないと思います。

商標法しかないと、札幌でうまい店と言われれば十分だよという人も、いちいちお金をかけて商標を取らなければいけないことになります。面倒ですね。その辺りの店も全部、商標権を取っていないと商売できないよといったら、商売するのに何か重いでしょう？　近所で評判の店というので十分だという人は、不正競争防止法でいいのです。

全国統一ブランドにしたい、全国に同じブランド名で展開したい、他人に真似されたくないという人は、商標法でやってくださいということです。地理的にも、商標は、どちらかというと全国的な使用を前提に、法律が組まれています。不正競争防止法は、その場その場です。

それを考えると、商標権というのは、不正競争防止法に比べて圧倒的です。権利さえ取ってしまえば、使ってもいないのに、日本全国でその表示が使えなくなるということですから。

その他の商標法の役割として、「保護範囲の明確化」とレジュメに書いてあります。これは、指定商品、指定役務や、実際の商標を公示するという、登録制度の役割です。

それから、「譲渡可能」。商標権というのは、物権的権利ですので、譲渡することが可能な法制を採っています。

不正競争防止法では、請求権者の地位を譲渡できないという話をしました。しかし、商標権は譲渡できるようになっています。

法と経済学を学ばれた方はご存じかと思いますが、物や権利というのは、譲渡可能にしておくと、一番高い値段を付けたところに行くようになっています。例えば競りでも、売る方としては、一番高く値段を付けてくれる人に売ります。その競り落とした人が、また競りを繰り返せば、いつかは一番高い値段を付ける人

のところに行きます。このように譲渡可能にしておくと、物というのは財産的価値が向上していると言われます。これが、商標のサブ的な役割になります。

以上が、不正競争防止法と商標法の相違点です。

Ⅱ 登録要件

登録要件に移ります。最初に、登録要件のお話を36ページまでします。本日を入れてだいたい2回目くらいです。その後、排他権の範囲、保護の場面、侵害の場面の話を、3回ぐらいですることになります。

この構成は、時系列といいますか、商標法の章の題名を取っています。最初に審査が必要ということで、特許庁で審査官が登録要件を審査いたします。その後、登録要件をすべてクリアしたものに排他権が与えられます。排他権を行使すること、つまりライバルを排除して似た表示を使うなというのは、登録要件をすべてクリアした後の話になります。

まず登録要件のお話ですが、概観としては、商標法の 3 条と 4 条に登録要件が定められています。4条は、19 号まである長い条文です。3 条、4 条のほかにも、登録要件が定められている条文がいくつかありますが、もちろんすべてお話しできませんので、主に3条と4条のお話をすることになります。

審査官も人間ですのでミスをすることもありますが、審査でミスがあり登録されたとしても、それは有効にはなりません。無効審判制という制度があり、無効審判で後に無効にされることがあります。特許庁系の話をすると、この過誤登録という話を必ずすることになります。不動産登記には過誤登記などめったにないのですが、過誤登録というのはたくさんあります。特許ですと3割ぐらいが過誤登録です。特許庁のマンパワーは限られていますし、世の中にいろいろ存在している表示や、先行技術のすべてを考慮することはやはり無理ですので、仕方ありません。

この登録要件のところで調べておくのが、この使用の意思です。登録主義ですので、使用は要件とされていません。使用の意思で足ります。しかし、形式的には使用の意思が要求されていると言われているものの、意思は審査のしようがないために、実際には審査をされません。

昔は、使用計画書のようなものを提出する義務もあったようなのですが、国際条約の関係もあって、現在は廃止されています。ですから、使用の意思については、書類を出すときに、使うぞと思っていればそれでいいということになります。登録主義ですので、そのようなことになっています。

次に3条の話です。3条2項をご覧ください。3条2項は、1号から6号まで並んでいます。3条1項に掲げられた商標に該当すると、その商標は登録できません。以後、全部同じです。3 条と 4 条は、登録されない商標を列挙しています。ですから、ここに該当しないと、登録され、権利がとれるということです。ここには、権利を与えられない商標が列挙されてあります。

3 条ですが、各号の条文が長いので、それぞれ通称が決まっています。1 号が普通名称、2 号が慣用商標、3 号が品質、材料、4 号がありふれた氏、と決まっています。

簡単にお話をしておきますと、普通名称というのは、すでに不正競争防止法のところで出たのと同じ意味です。その言葉自体の意味として、その商品・役務を指す言葉です。実際の裁判例では、アーモンドやブドウの巨峰が普通名称だとされたようです。

セロテープは普通名称でしょうか。これは、裁判例では、そのときは3条1号に言う普通名称には当たらないと言われたようです。ちなみに、普通名称はセロハンテープです。

1 号以下は全部そうですが、普通名称というのは、あくまで、商品、役務との関係で決まるものです。で

すから、リンゴについてアップルという商標は普通名称ですが、コンピューターにアップルというのは、普通名称ではありません。商品、役務との関係で、普通名称に当たるかということや、産地、品質、材料に当たるかということが決まります。

2 号が、慣用商標です。慣用商標というのは、後発的な普通名称です。本来はその言葉の意味としてはその商品や役務を指すものではないのだけれども、みんなに使われた結果そう言われているものです。例えば、アスピリンなどはそうです。ウオークマンは、誤って慣用商標になりそうだったのだけれども、それを防止した例だと申し上げました。

慣用商標は、いわば後発的な普通名称です。野球やサッカーのチケット、あるいはコンサートのチケットを売っているところをプレイガイドと言いますが、これを慣用商標だと言った裁判例があるようです。プレイガイドは、言葉の意味としてはチケットを売っているところではないですね。でも誰かが使っているうちに、プレイガイドというのがチケットを売るところとみんな認識しているということになれば、それは慣用商標になります。

産地、品質、材料は読んでの通りです。

ありふれた氏、名称は、例えばトヨタやスズキです。豊田さんが車を作っていたら、会社の名前をトヨタにしたいというのは、ある意味で正当です。トヨタ自動車があっても、ほかの豊田さんが何か作りたい場合があるではないですか。

5 号は極めてありふれた標章です。例えば、アルファベット 2 文字の標章はこれに当たると言われています。JT とか JR とか、最近は JT もできました。他に PS2、PSP なども 5 号に当たりそうです。

今言ったような表示、商標というのは、登録されない商標です。しかし、例外があり、JT や PS2 が登録されないのかというと、そうではありません。3 号から 5 号については、その人が使っていった結果、需要者が誰の商品、営業であるかということを認識することができるようになれば、登録することが認められています。

PS2 というのは、極めて簡単かつありふれた標章かもしれませんが、ソニーがプレイステーションの後継機として大々的に宣伝したことにより、PS2 がソニーのゲーム機だと皆さんが認識するようになれば、商標登録が許されるということになります。このことは 3 条 2 項に定められており、使用による特別顕著性と呼ぶことがありますが、3 号と 4 号と 5 号だけに適用されます。

ただ、逆に言いますと、普通名称は、いくら頑張って使っても登録されないのです。トヨタやスズキや PS2 や JT というのは、頑張って使えば登録されるのですが、普通名称の巨峰は、いくら頑張って使っても登録されないということになります。

3 条はどうして登録されない商標なのか、すなわち、3 条の趣旨はどこにあるのかという点については、かなり昔から争いがあります。

最初の説としては、出所識別機能を果たしえない標章であるから、自他商品識別機能を果たさない標章だからという出所識別力欠如説があります。

普通名称などは特にそうです。マイクをマイクと誰かが商品名を付けた場合、マイク持ってきて、と言っても、その会社のマイクなのか、一般名称としてのマイクなのか、分かりません。ですから、出所識別力を獲得できないから、保護をしないという説が 1 つあります。

商標の本体というのは、出所識別力、自他商品識別力ですから、ほかの人や会社の商品と区別するというのが、商標の機能です。よって、その名前を付けてもほかの会社の商品と区別できないという場合に

は、出所識別力がない商標ということになります。

第 2 の説としては、独占させるべきでない標章であるからという説明があります（独占適応性説）。第 2 説の弱点といたしまして、3 条に掲げられている商標は、独占させるべきでない商標だから登録できないという説明が、今お話しした 3 条の 2 項とうまく適合しないという点があります。

3 号から 5 号に掲げられる商標は、識別力を獲得し、特別顕著になると、登録が認められます。使用されたことにより、PS2 と言えばソニーであるということをみんなに認識されたら保護してあげるよというのは、この「極めて簡単かつありふれた標章は、独占させるべきでないから」と保護しないのだという説明とは適合しません。たとえ、使用されることによりどこかの会社の標章だとみんなが認識したとしても、独占されるべきでないのであれば、やはりそれを登録するべきではないということになるのだろうと思います。

他方、第 1 の説にも弱点があります。これは、不正競争防止法の普通名称でお話ししたことの繰り返しになります。商品の名称、例えば黒酢やてりやきバーガーも、確かに、使用されていれば出所識別力を獲得する場合があります。特に、今までにない新製品の売り出しのときです。モスバーガーがてりやきバーガーを日本で初めて発売したときは、てりやきバーガーと言えば、モスバーガーだということになります。その場合、自他商品を識別している状態です。

ですが、前にお話しした通り、てりやきバーガーをてりやきバーガーと呼べないのでは、マクドナルドやロッテリアが、モスバーガーと競争できなくなります。そうだとすると、使える人が競争上有利になり過ぎる。使えない人が、競争上不利になり過ぎる。競争していく上で不便になるということで、競争が促進されませんので、保護はしないのだと、不正競争防止法の普通名称のときに説明いたしました。つまり、普通名称というのは、識別できても保護しないのです。

逆に言うと、普通名称でも識別力を獲得する場合があるのです。一番いい例が、今言ったように、今までまったくなかった新製品を新たに売り出した場合です。

ですから、第 1 説については、普通名称を登録できないとしていることが説明できませんので、3 条は、すべてを第 1 説あるいは第 2 説で説明できるわけではなくて、号ごとに切り分ける必要があるということになります。

分類しますと、まずこの第 2 説の独占させるべきでないから、登録しないのだというタイプは、今お話をした普通名称（1 号）です。普通名称は、自他商品が識別できても登録しません。ですから、もちろん不正競争防止法でも適用除外になり、保護されません。普通名称は、不正競争防止法でも保護されませんし、商標法でも登録されません。そのほかに、普通形状について、4 条 18 号が規定しています。

31 ページにいきます。3 号と 4 号と 5 号です。3 条 2 項により、特別顕著性が適用される条文については、登録主義修正型とここでは呼んでいます。産地や販売地、品質、時期や、ありふれた氏、名称、極めて簡単かつありふれた標章が該当します。これは、確かに独占になじまない表示ではあります。例えば、産地北海道などです。特に食品などは、少し前までは、北海道と言えば食品に対して比較的良いイメージがあったので、北海道の人はみんな使いたいのではないでしょうか。それならば、独占適応性がないということになりそうですが、普通名称の 1 号と比べると、その程度は低いのではないでしょうか。

独占させる場合の不都合というのはあるのですが、1 号に比べるとその程度は低いので、例外的に、使用して自他商品識別力を獲得すれば、すなわち出所識別力を獲得すれば、登録を認めましょうということになります――特別顕著ですから、出所識別力だけでは少し足りないかもしれませんが。

特別顕著まで必要であるとすると、PS2 と言えばソニーというほどになれば登録を認めるということです。

登録主義は、もともと、使わなくても登録する主義ですので、一部登録主義を修正していることになります。すなわち、使うことを登録の要件としない登録主義からしますと、特別顕著性の有無は関係ないはずなのですが、1 号に比べると独占させた場合の不利益はそう大きくないので、3、4、5 号については、使用により特別顕著になれば、保護・登録しましょうというわけです。

そのほか、2 号と 6 号については、ここでは出所識別力を欠いているからという理由付けになります。

慣用商標については、例えばプレイガイドというのは、みんながプレイガイドを使っているから区別できないのであって、本当はチケットセンターですから、独占させるべきでないということではないかもしれません。他の人はチケットセンターと呼べばいいのですから、独占させるべきでないとまでは言えないでしょう。

裁判例があります。ワイキキというのはハワイの有名なビーチですが、ワイキキという表示を指定商品で香水にして出願した場合、3 条との関係ではどうなるかと言いますと、これは産地、販売地につき誤認を生ずる恐れがあるので、3 条 2 項 3 号、4 条 1 項 16 号に該当すると判示されたようです（東京高判昭和 53.6.28 判タ 372 号 146 頁［ワイキキ］、最判昭和 54.4.10 判タ 395 号 51 頁［同上告審］でもこれを肯定）。

つまりこれは何を言っているかといいますと、香水にワイキキと付けたら、ハワイで作られた香水なのではないかと需要者が誤認するかもしれないから、登録しないという意味です。

4 条 1 項 16 号のことは置いておきますと、ワイキキという香水を売ってはいけないという意味ではありません。これは勘違いしないでください。ワイキキという香水を売ってはいけないということではなくて、3 号により、商標登録ができないというだけです。ですから、これは表示として使ってもいいのですが、商標登録はできませんという判決です。

ですから、残念ながら商標は取れませんでしたけれども、表示をすること自体は自由ですので、この人は、今後香水についてワイキキというブランドで発売をするかもしれません。仮に、ワイキキと言えば、あの会社のブランドだなとみんなが認識するようになれば、3 条 2 項が適用にされて、特別顕著なので登録しますということになります。ただ 16 号の問題があるので、本当はそうはならないのですが。

普通名称の例といたしましては、「みるく」の例があります。牛乳を指定商品とする場合は、1 号の普通名称に該当します。牛乳以外の飲料を指定商品とする場合は、4 条 1 項 16 号で対処するということです。4 条 1 項 16 号は、品質を誤認する表示は登録しないという規定です。ビールにみるくと書いたら、みるくだと思ってビールを飲んでしまうなど、間違えたら困りますので、牛乳以外の飲料を指定する場合には、商標登録は与えないということになります。

次の例は、先ほども出てきた「北海道」です。北海道は、原産地ということで、基本的には 3 号に該当しますが、使用されることにより特別顕著性を獲得すれば、登録はされます。

「小岩井」は、岩手の有名な農場ですから、これも産地になります。あるいは、小岩井というのは、実は 3 人の名字の頭文字を取ったようなのですが、小岩井さんという人もいますので、ありふれた名称に当たる可能性もあります。その場合、4 号に当たるということになります。

以上が、3 条の説明になります。3 条はこれで終わりです。3 条については、3 条の趣旨、出所識別力欠如説と、独占適応性説、この説明ができるようにしていただきたいです。1 号から 6 号までの一貫した説明は無理ですので、1 号は独占適応性欠如、3 号、4 号、5 号については登録主義の修正だということを理解していただきたいと思います。

「3.　出所の混同を起こすおそれのある商標」となっております。これは、使用された場合に出所の混同を起こすおそれがある商標は登録しないという意味です。商標登録というのは、すべて使用されたときの

問題を念頭において設計されています。現実の使用は要求していませんが、商標である以上は、いつかは使ってくれるということを前提として、使った場合に、何か問題はないのかという発想に基づいています。

登録した商標を使った場合に、ほかの商品との関係で出所の混同を引き起こすのであれば、保護する意味がないですよね。混同するのであれば信用は蓄積されないわけですから、もし使用した場合に出所の混同を起こしそうなものは、商標登録を与えてはいけないということになります。

これには、登録主義の修正という意味もあります。レジュメに沿ってみていきますが、登録主義を貫徹すると、問題が生じることがあります。例えば、商標登録をしていないが具体の信用を形成済みの商標が、未登録周知商標として、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号によって保護され得る商標だといたしましょう。それが、使ってもいない既登録の商標権に抵触する場合、変更を余儀なくされることになりかねないと書いてあります。

つまりこれは、商標制度の外で、識別力を発揮している表示になります。表示について登録をしていないという理由で、後から来た商標権によって、使うなと言われるのはおかしいという意味です。

例えば、一幕というラーメン屋さんがまだ商標登録していないとしましょう。商標登録していなくても、札幌では周知だということで、彼らは一幕のブランドの下、商売をしているとします。ところが、登録主義をいいことに、彼が登録していないから、自分が登録しようとする者が、ラーメンを指定商品、ラーメンの提供を指定役務として、一幕という商標権を取った場合に、登録主義ゆえに商標を取れたとします。そうだとすると、今まで使っていた札幌のラーメン屋さん一幕は、後からのこのこ来た誰かから商標権を取ったから使うのをやめろといわれ、使えないということになりかねません。

今話した例は、明らかにおかしいでしょう？　なぜなら、一幕というのは、今まで頑張って営業をしてきて周知になり、信用を蓄積しています。でも後から来た人が取った一幕というのは、まだ営業をしていません。ということは、その一幕にはブランド力はまったく形成されていないのです。ブランド力を形成していない権利者によって、ブランド力を形成されている表示が排斥されるのは、やはりおかしいでしょう。

商標システムというのは、登録主義をとった場合に、このようなことが起こり得るのです。ですから、それを防がなければいけません。今言った例は、現実にはこの後話す 4 条 1 項 10 号というのがあるからあり得ないのですが、何か手当をしておかないと、今言ったような状況になってしまいます。

つまり、有名ブランドが営業しているけれども、不注意で商標を取っていない。それならば、自分が商標を取ってそのブランドに立ち退きを迫ろう、あるいは、うまいことを言って、何かお金をせしめようということでも、登録主義というのはできてしまうのです。ですから、それを手当しなければいけないというのが、出所の混同を起こすおそれがある商標などの説明になります。

そのうちの 1 つが、4 条 1 項 10 号です。本日はそれをお話しして終わることになると思います。4 条 1 項 10 号の条文をご覧ください。ぱっと見ただけではよく分かりません。4 条は、登録しない商標を列挙したものです。他人の業務に係る商品、役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標について使用する場合は登録しないと書かれています。

簡潔に言いますと、他人の有名商標と似ているものは登録しないという、ごく当たり前のことを言っているだけです。他人の有名表示があって、仮にその他人は商標登録していないとしましょう。すると、後から出願した人に商標の権利が登録されてしまう可能性があることになるのですが、権利が登録されたあげく、それを使うということになれば、有名ブランドとの間で混同が生じることは避けられませんので、そのような

登録はしないということです。他人の有名ブランドと同じ商標は保護、登録しない。なぜかというと、登録した後使われてしまうと、その他人と混同するからです。

ここでの問題は、よく出てきます、「需要者の間に広く認識されている」という文言の解釈です。10 号の場合は、この「需要者の間に広く認識されている」かどうかがポイントです。これは不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と同じ文言です。忘れた人は見返してください。

需要者の間に広く認識されている商標という、この 4 条 1 項 10 号の文言は、周知性として説明される不正競争防止法の 2 条 1 項 1 号と文言は同じですが、意味しているところも同じかどうかというのが、4 条 1 項 10 号の大事なところです。

結論としては、これは同じではないということになります。この意味を探っていきましょう。4 条 1 項 10 号は、商標登録をしない商標を列挙する条文のうち、需要者の間に広く認識されている商標と同じ商標は登録しないという条文です。

そうだとすると、考えなければいけないのは、この 4 条 1 項 10 号の「他人」のサイドに立った場合です。他人の商標登録を排斥できるぐらい有名かどうかという問題設定をすることになります。商標登録をする側からすれば、自分の商標登録を妨げるくらい、あなたの商標は有名なのか、という問いになります。10 号の他人の方から言えば、自分の商標は、あなたの商標登録を妨げるぐらい強力なのだということになります。それがどれぐらい強力かどうかというところが、問題になるわけです。

32 ページにいきましょう。格好の裁判例があります。DCC というコーヒーメーカーが、原告・被告に分かれて争った事件です（東京高判昭和 58.6.16 無体集 15 巻 2 号 501 頁[DCC]）。読みますと、「広島県下の喫茶店 1,600 店のうち 30%と取引があって、県下では 2～3 番目ぐらいのシェアであったダイワコーヒーが、「DCC」というマークを使っていました。その後に上島珈琲、すなわち UCC が来たのです。上島珈琲は何をしたのかと言いますと、UCC という自分のブランドがあるにもかかわらず、DCC の商標出願をしたのです。

実際、上島珈琲（UCC）の「DCC」という出願が通ってしまったのです。4 条 1 項 10 号に当たらないと言われたのです。そこで、DCC が無効審判を請求して、再度争ったのですが、特許庁の審決は、ダイワ程度の DCC の使用では、4 条 1 項 10 号に言う需要者の間に広く認識されているというには足りないと言って、ダイワの請求を認めなかったのです。すなわち、ダイワの DCC は周知ではないので、上島珈琲の「DCC」の出願登録は無効ではないという結論になりました。

DCC は、広島県下ではシェア 2 位、3 位、30%ぐらいで、ここではそれなりに有名です。当時は、取引先が山口県に 2 店舗ぐらい、島根県に 3 店舗程ありました。広島ではかなりたくさんのところと取引していたのですが、いわゆる中国地方のほかの県ではほんの少ししか取引していなかったのです。

ここでの判断は、広島県 1 県だけでは、4 条 1 項 10 号に言う「広く認識されている」、というには足りないということです。ですから中国地方全域ぐらいでしたら、たぶん広く認識されていると言われたと思うのですが、1 県ぐらいでは足りず、その隣接数県の地域にわたる程度のもう少し広範囲で知られていなければいけないという判決だったのです。

これは広島だからこうなのかもしれません。東京でしたら、都内や都下で有名だったらいいということになるのかもしれません。その辺は、やはり市場の評価の程度の問題になります。

ここで、先ほどお話ししたこととも重なりますが、判決をどのように理解すべきかを考えましょう。実は、この上島珈琲店は、日本全国で有名・周知だと思います。実は、広島県でも、シェアナンバー1 は上島珈琲

だったのです。

UCC が「DCC」を出願したわけですが、商標を出願するということは、最初にお話しした通り、自分はこの商標で全国展開するよということです。商標権は、取ったら最後、日本全国に一挙に排他権が及ぶという法制です。ですから、裏を返せば、商標を取るということは、全国統一ブランドでやりたいのだよということです。

ですから、DCC からしてみると、商標を取らせないということになりますが、商標を取らせないためには、全国統一ブランドになりたいという人の希望、利益を凌駕するぐらいのものを何か持っていなければいけないということになります。それを一県単位では足りないと言ったのが、この判決です。

「DCC」は広島県の DCC と同じですが、UCC も表示選択の自由がありますから、UCC が「DCC」を使ってはいけないという法律はないのです。本当は、DCC が憎たらしいから「DCC」を出願したのでしょうが、そんなことは商標の出願書類のどこにも書いていないので、出願した以上は、全国統一ブランドで出たいだろうということになります。ですから DCC から見ると、自分の利益が、UCC が「DCC」で全国統一ブランドを展開したいという利益を妨げるぐらいのものを持っているかという問いになります。

そうだとすると、全国統一ブランドで展開したいという人の商標の選択を妨げるためには、やはり数県単位で知られている必要があるだろうというのが、ここで示された利益考慮ということになります。

UCC の上島の方からすると、例えば 1 県単位、あるいはもっと小さい 1 市町村ぐらいで周知だという理由で、4 条 1 項 10 号を適用されると、困るということになります。日本は広いです。商標は取っていないけれども周知の表示というのは、おそらくたくさんあるでしょう。数県単位で知られているとか、東京で有名だとか、そのような表示はおそらく、調べれば分かると思います。ではその表示は使うのをやめ、出願するのをやめようということになると思います。しかし、例えば、札幌の北区で有名なラーメン屋を、東京のラーメン屋が調査できるかということです。正直、やっていられないです。そんなことをしていると、全国統一ブランドを選ぶのに、大変に時間とお金がかかってしまいます。

これで大丈夫だろうと思って出願したら、札幌東区にある、と言われて出願を取り下げたのでは、困ります。全国統一ブランドで展開したいという人の利益を妨げてしまうことになりますので、これから出願する人が、少し調査をすれば分かるくらいの周知性を、要求するべきだということになります。

さらにもう 1 つ付け加えるのは、実際に UCC は「DCC」という商標権を得たわけですが、では、広島の DCC が、今度は自分の表示をこれから先使えなくなるのかどうかという問題があります。先ほど話していたのは、UCC が「DCC」の商標権を取れるかどうか、という話です。今問題としているのは、UCC が取った商標権で広島の DCC の表示を止められるかどうかという問題です。

結論から言うと、これは止められません。DCC の方は、昔から使っているので、継続して使うことができます。まさしくそこが大事なところで、仮に UCC が「DCC」の商標権を取った瞬間、この広島で DCC が使えなくなるのだとすると、これはもともと広島に存在していた DCC にとって、自分のお店の名前を変えなければいけないという死活問題になります。

ですが、実はそうではないのです。2 回ぐらい後でお話しします先使用の抗弁を主張できますので、仮に、上島珈琲が「DCC」の商標権を取得できたとしても、広島の DCC としては、継続的な使用をすることができます。

これは、25 条と 32 条が関わる別の話になりますので、2 回目の後にまたお話をすることになります。

先ほどだめですと言ったのは、この広島の DCC が、UCC に対して、「DCC」の商標を取るな、自分がい

るからあなたは全国展開できないよ、というのがだめですという問題だったのです。ですから、広島の DCC から UCC の方に対して主張するのが、本日説明している 4 条 1 項 10 号です。

ここが、問題設定を正確に認識してほしいところです。おそらく、試験ですと、このような状況があって、上島珈琲の主張が認められるか議論しなさいといった問題になると思いますが、今聞かれているのはどちらなのかということを正確に把握することが大事です。

以上のように、周知性の広さについては、商標法 4 条 1 項 10 号の方が、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号より広いという結論になります。「需要者の間に広く認識されている」、という同じ文言ですが、4 条 1 項 10 号の方が広い周知を要求しているということになります。

田村先生は、便宜上、「広知性」という名前を付けていますが、私はこのネーミングはあまりよろしくないと思っています。実は、知財の世界で「公知（こうち）」という言葉は別にあるため、音が同じになってしまうので、あまりいいネーミングではないと思っているのですが、教科書にはこのように書いてあります。教科書で広い方の「広知」と言った場合は、4 条 1 項 10 号の話をしているのだなと思っていただければよろしいかと思います。