本日は、出所の混同を生ずるおそれがある商標の登録阻却という、4 条 1 項 15 号からです。商標登録のための登録の要件、すなわち、この要件をクリアしないと商標が登録されないという要件をお話ししております。4 条には、その条文中に記述されている商標に該当してしまうと、登録を受けることができないという登録阻却事由が定められています。前回は、4 条 1 項 10 号についてお話ししました。

4 条 1 項 15 号は、ごく短い条文ですが、他人の業務に係る商品、役務と混同を生ずるおそれがある商標は登録しないと定めています。これはどのようなことかというと、出願されてきた商標が、今後もし使用されたと仮定すると、その他の世の中の商標と混同を生ずるおそれがあるという場合は、登録をしないという意味です。

当たり前です。混同しているということは信用が付着しないという状態ですから、登録された結果使用されたとしても、その商標に信用は付着しませんし、混同する相手方にも迷惑を掛ける、需要者にも迷惑を掛けることになります。そのような商標を登録する意味がないということで、阻却の要件になっております。

4 条 1 項 10 号の場合は、周知表示と類似の関係にある商標の登録を阻却するだけですので、逆に言うと、類似していなければ、周知表示といえども 4 条 1 項 10 号では阻却できないのです。ゆえに、4 条 1 項 15 号の意味があるわけです。

類似の範囲を超えて混同が生じる場合はあり得ます。例えばどのような場合かというと、今までみてきたものの中では、例の高知東急の事件があります。東急電鉄の営業というのは鉄道業やデパート、住宅等ですが、それらと、仮に出願されたとして、芸能活動に使うものである高知東急という芸名とを比べると、商品・役務の間には類似関係がありません。しかし、これらは不正競争防止法上、混同していると言われました。この場合、高知東急という商標がもし出願されたとすれば、4 条 1 項 10 号では阻却できないわけです。ですから 4 条 1 項 15 号の意味があるということになります。

裁判例には、教材に書いてあるレールデュタンという事件があります（最判平成 12.7.11 民集 54 巻 6 号 1848 頁［レールデュタン］）。出願されてきた商標は、化粧品や装飾品であり、ニナリッチのレールデュタンという香水が 4 条 1 項 15 号において混同される方です。私は、化粧品、装飾品と香水は、類似関係にあるかもしれないと思うのですが、判決では、これは類似関係ではないとした上で、混同が生じるという論理構成になっています。

4 条 1 項 10 号の規律を無にしないためには、15 号の混同の原因となる他人の表示、つまり香水の方のレールデュタンが、周知以上、少なくとも著名表示である必要があると言われています。

ですから、4 条 1 項 15 号は、条文にそのようには書いてはいないのですが、著名商標等と混同を生じるような商標は、出願しても登録されないとご理解ください。

教材に書いてある、月の友の会という事件は、この月の友の会という表示の知名度が、15 号に該当するほど知られてはいない、すなわち著名とまでは言えないということで、請求が棄却された例です（最判昭和 57.11.12 民集 36 巻 11 号 2233 頁［月の友の会］）。

15 号は、混同のおそれがあれば全て阻却するという、包括的な条文です。10 号は、商品、役務および商標の類似関係を要求していますので、比較的要件が厳格になっております。

ですから、包括的な 15 号を容易に適用すると、10 号の意味がなくなってしまうのです。10 号の方が適用範囲が狭いわけですから、簡単に後願関係に入ってしまうわけです。ゆえに、4 条 1 項 15 号は、少なくとも 4 条 1 項 10 号の周知の程度を超えている必要があるだろうというふうに言われています。

以上で、4 条 1 項 15 号は終わりです。本日は教材 33 ページの 4 条 1 項 11 号の話が中心になります。

15 号は、この 4 条 1 項 11 号との関係で、また再度問題になるということです。

前回からお話ししていますが、まず 4 条 1 項については、10 号が出てきて、今 15 号をみまして、今度は 11 号です。また別に 8 号をみますが、4 条 1 項 10 号と 11 号と 15 号というのは関係が近いので、各条文の適用のための条件を確認しておきましょう。

今、皆さんは、商標を出願している立場だとします。4 条 1 項 10 号については、自分の商標ではなく、比較の相手方の商標の話ですが、10 号は周知表示の問題ですので、登録されている必要はありません。先行商標が周知であり、先行商標と類似の関係が必要ですが、混同は必要ありません。

今みている 15 号も、自分の商標と対比される先行商標が出願されている必要はありません。しかし、先行商標が周知では足りなくて、周知を超えた著名である必要があります。類似関係は必要ありませんが、その代わりに混同が必要です。

一方、11 号については、先行商標が登録されている必要があります。先行商標は周知である必要はありませんが、先行商標と類似の関係であることが必要で、混同は必要ありません。

まず、前回 10 号をみまして、先ほど 15 号をみました。これから 11 号をみます。今までの条文は、先行商標が登録されている必要がなかったのです。ですから、登録されていないのだけれども、周知な表示や著名な表示も適用がありました。ただし、登録が要求されていないというだけで、登録されていても適用になります。この点は注意してください。

周知の程度については、10 号は周知ないし公知であり、15 号は著名である必要があります。10 号は類似関係が必要です。15 号は、類似関係は必要ないのだけれども、その代わりに混同が必要だということです。

こうしてみると分かるように、11 号の特徴は、先行商標が登録されている必要があるというところです。また、周知である必要はないのです。ですから、教材では先願登録商標と書いてあります。先願である必要があり、先願というのは、特許庁に先に手続きをした人ということです。商標を取得するためには特許庁に書類を出す必要があると申し上げましたが、日時においてに先に手続きをした人ということです。後願というのは、その逆であり、比較の相手から見て遅れた人です。今皆さんは 11 号を適用される立場ですので、後願になります。

11 号の条文は、非常に長く、かつ読みづらいので、先に内容を見ますと、先願の非登録商標に類似する商標をその指定商品、役務に類似する指定商品、役務に使用するものとして他者が出願しても、その登録は許されないと書いてあります。

今皆さんは他者として、これから出願する立場ですから、何か商標を決めて、指定商品、役務を自分で指定しなければいけないのです。例えば前回、コンサドーレの登録商標をみましたが、皆さんがもしこれから出願するときに、絵がコンサドーレのドーレくんと似ていて、しかも指定商品、役務も指定されているものと類似の関係にあるものを指定してしまうと、4 条 1 項 11 号により皆さんの出願は登録されないということになります。

これは先願、先登録の商標が相手ですので、当然必ず指定商品に指定されているはずです。出願する立場とすると、皆さんがこれからする後願も、指定商品、役務を指定しなければいけないわけです。ゆえに、両方とも指定商品、役務というものがあるので、その類似関係が問題になるということです。もちろんマークの方も関係があります。

11 号が適用になる先行商品には、周知性が要求されていないので、使用されていないストック商標で

ある可能性があります。

以前にもお話ししましたが、ストック商標というのは、本来は保護を予定していないものです。登録主義ですから、しかたなく結果的にストック商標問題が発生してしまいますが、商標というのは使われることが大切なのです。使われなければ、信用は蓄積されませんので、いつか使用してくれるだろうという意味で登録制度を採っているのですが、やはり使われていない商標というのはあります。したがって、実際に 11 号が適用になる先行商標には、使われていない商標がたくさんあります。

ですから、ここでの問題意識としては、以下のような点にあります。すなわち、先行商標が登録はされているが使われておらず、信用を蓄積していないのに対し、これから皆さんが出願しようとしている商標が、出願前からもうすでに使用しており、信用が付着してきたことから、強化をする目的で商標出願をしたときに、使われてもいない先行商標によって、使われており信用の付着していた出願商標が拒絶され、登録されないという問題が生じてしまいます。

つまり、信用が付着おらず、本来は商標法が積極的に保護しようとしていない商標のために、信用が付着している商標の登録が妨げられるおそれがある、という問題設定になります。それが「a) 類似性の判断基準」と教材に書いてある問題です。未使用商標の類似の範囲を広くとらえると、他者の商標登録選定の自由を過度に阻害する、というのはこのような意味です。

例えば、先願の既登録商標「シングル」があり、未使用だとします。けれども先願既登録ですから、これは 11 号の先行商標に該当します。そこへ、これは実名なのですが、世界的に著名なシンガーミシンが、シンガーの商標を後から出願した場合を考えてみましょう。先願のシングルには信用が付着していません。一方、後願のシンガーには、かなり信用が付着しています。

したがって、裸の利益考慮をすると、後願のシンガーの方を保護したい、登録を与えたいということになります。そのような問題設定が教材のイグザンプルのところに書いてあることです。登録されているからといって、未使用商標である「シングル」の類似の範囲を広く取ると、シンガーの登録を阻却することになってしまうことになってしまいます。

シングルとシンガーは、片仮名で書くと区別できますが、日本人にとっては、英語のスペルで書いてあると、「あれ、似ている？　ああ、似ていない」、といったようになりそうです。ゆえに、似ているとも似ていないとも言えそうです。

ここでの問題設定は、似ているか似ていないかということではなくて、先願、つまりシングルの方の類似の範囲が、登録を阻却できる範囲になりますので、それをあまり広く考えてしまうと、先願が未使用で後願が著名のときに、著名の方を登録できなくなるという問題があります。ですから、ここでは、シングルの類似の範囲を少し狭めに見て、シンガーの登録を許す方向で調整できないかということを考えます。

本来、商標というのは、商標の保護を通した信用の保護ですので、できれば信用が付着している商標を登録し、保護したいわけです。ただ、登録主義を採っていますので、そこでせめぎ合いが生じるわけです。登録主義も別途メリットがあるからこそ、登録主義を採っているので、登録主義を採っている以上は、使用していないからといってむやみに類似の範囲を狭くするわけにもいかないだろうということになります。

特に、登録主義というのは、まず先に排他権による保護を与え、後から使用していただこうということを考えているのです。登録主義といっても、出願してきたら何でも登録するのではありません。まず登録をさせてあげて、これから使用してくださいということを言っているわけです。ですから当然、シングルの商標も

これから使われるかもしれません。シンガーが出てきたから使うというわけではなくて、もともときちんと事業計画があったということも、大いにありうるのです。ゆえに、やはり、登録主義を採っている以上、使用していないからといって、むやみに類似の範囲を狭くするわけにもいきません。

ではどう考えるかといいますと、11 号における類似というのは、商標自体が取引において取り違えられるおそれがある程度に似ていることである、というのが落としどころではないかということです。この意味するところは、15 号との関係にもとづいていますが、この関係については後で説明します。

つまり、商標自体が取引において取り違えられるおそれということは、相当似ているということです。皆さんが今までみてきた不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の類似よりも、相当似ている必要があるために、こちらの方が狭い場合がほとんどであろうと思われます。

すなわち、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の類似は、基本的には、混同のおそれがあれば類似であることが肯定されました。あとは、その禁止権の範囲において調整がなされます。それよりは狭いはずです。

混同というのは、今までは広義の混同でしたので、出所が同じであろうと思われる程度に似ていればと言っていましたが、もっと狭い、商標それ自体が大変似ているというところまで必要ではないかということを言っています。これはなぜそうなるかというと、この後に話す 15 号との関係です。

11 号の類似というのは、商標それ自体が似ている必要がありますので、定型的に見るのです。

次の問題です。基本的には、類似の範囲を狭めに見て、よほど商標同士が近くなければ類似とは言わない、よほど近い場合だけ類似とすると申し上げました。では、新たな問題設定を立てますと、前後を入れ替えて、シンガーの方が先願既登録だったと、つまり、すでに信用がたくさん付着している商標が、この 11 号の先願商標でしたらどうでしょうか。

例のところでは、つまり、シンガーが先に登録されており、著名となったところで、後願でシングルが出願された場合、これはどうするか。上のところでは、商標それ自体が取り違えられるおそれがあるので、かなり狭めに見るということだったのですが、ここでは、この問題設定ですと、シンガーは著名なのです。つまり、信用がすごく付着しているので、どちらかと言えばこの人を保護したい。後願のシングルは使用してもいないわけですから、使用している人と使用していない人では、使用している人の方を優先させたいという発想はあり得ます。

そうだとすると、シンガーの類似の範囲を少し広く見て、シングルの出願を阻却するべきではないかいう議論は、登録主義とか商標制度の趣旨をかんがみると、あり得そうな結論ではあります。

したがって、結論それ自体はいいと思われます。つまり、先願の方に信用がすでに付着しているのに対し、後願の方は、これから使うかもしれないけれど、まだ全く使用されていないということで、信用が付着はしていないわけですから、後願の出願の登録を阻却して保護を否定するという考えもありそうです。

商標制度、あるいは登録主義から考えると、結論はいいでしょう。ただし問題は、11 号で判断するべきかどうかというところです。すなわち、条文の振り分けの問題として、4 条 1 項 11 号で阻却しなくても、15 号の方で阻却すれば十分ではないかということです。そして、ここで上手に条文を振り分けないと、後で問題が残るのではないかというのが、「b)　具体的実情の顧慮」の話になるわけです。

シンガーがすでに使用されていて、著名になったということは、具体的な事情であり、実際に起こったことを考慮するかどうかということです。すなわち、取引の実情、ここでは、シンガーが有名であるとか、ブランド力を形成しているといったことを、類似性の判断に入れ込むべきかという問題設定になります。素直に考えていくと、入れ込むべきではないだろうか、という結論が出てきそうですが、ここでは 11 号には入れ込

まないという結論になります。

11 号の適用が問題となる場面で、取引の実情を考慮して、類似性を肯定する方向について、もう少し見ていきましょう。このように類似性を広く認める方向については、それはいいのではないかということが、橘正宗事件で示されています（最判昭和 36.6.27 民集 15 巻 6 号 1730 頁）。この事件では、先願既登録商標が「橘焼酎」、出願商標が「橘正宗」だったようです。「橘焼酎」の方が使われていて、有名でした。

この「正宗」というのが、実は、古い人にとってみると日本酒の隠語らしいのです。質屋さんのことを一六商店と、昔の人は言ったのです。1 と 6 を足すと 7 でしょう？　ですから質屋なのです。質屋に行くというのは、あまりかっこいいことではありませんので、質屋に行ってくるよと言わないで、ちょっと一六の世話になってくるわ、と言ったそうです。日本人の粋の 1 つだと思います。

正宗というのも、日本酒のことらしいです。どうしてかというと、音読みと訓読みの問題です。正宗の正は「セイ」、そして宗は「シュウ」、「セイ、シュウ」、ゆえに清酒です。清酒は、つまり日本酒のことです。ですから、橘正宗というのはお酒なのです。これは古い事件ですので、古い人は橘正宗から日本酒を想像したのです。

この事件は、「橘焼酎」の方が使用されていたので、類似性を肯定し、「橘正宗」の方の商標出願を阻却した例です。具体的事情を考慮して類似性を広げた判決だと言われています。

「橘焼酎」と「橘正宗」と漢字で書いてあります。じっくり見てみれば、商標自体が取り違えられるほど似てはいないですよね。けれども結論は妥当であると言われているのは、本当は 4 条 1 項 15 号の問題であり、類似を要求しないけれども、混同すれば保護するというところに問題の本質があると考えられるからなのです。

「橘焼酎」というお酒と、「橘正宗」から連想される日本酒の関係が問題ですので、焼酎と日本酒などは同じお店で売っているのではないだろうか、しかも「橘」が共通しているとなれば、「橘」シリーズではないだろうかと思われます。そうであるならば、混同されるおそれがあるということなので、これはむしろ 4 条 1 項 15 号の問題だったのではないかと考えられます。

4 条 1 項 15 号で拒絶するのと、4 条 1 項 11 号で拒絶するのは、法的効果はほとんど同じです。ですから、結論は妥当であり、条文の振り分けの問題にすぎないということになります。ゆえに深刻な問題にはなりません。

他方、逆に取引の実情を、類似性を否定する方向に認めると、問題があるのだろうということが書いてあります。類似性を狭めるとすると、商標登録を認める方向、登録を許すという方向になってしまいます。

この点が問題となったのががしょうざん事件です（最判昭和 43.2.27 民集 22 巻 2 号 399 頁［氷山印］）。これは「しょうざん」が先行商標であり、出願商標は「ひょうざん」、あるいは「ひょうざんじるし」という称呼が生じる、漢字の「氷山印」でした。商標「しょうざん」の方は、漢字はちょっと忘れてしまいましたが、佐久間象山の象山でしたでしょうか。これは、ガラス繊維の商品名だったようですが、ガラス繊維の業界は、大手 5 社程度の寡占状態になっているのです。

つまり、この事件では、どこのメーカーが何という商品名を使用しているか、取引者がよく知っているという事情がありました。よく知っているから、この 5 社の間であれば間違えないということです。5 社でしたら、あの会社が新しい商品を出したという情報はすぐ入ってきますから、「しょうざん」と「氷山」でも、混同しない、間違えないということであれば、登録してもいいでしょうという判決です。しかし、これは問題だろうということです。

特に、これは江戸っ子に言わせると、両方とも「ショウザン」です。江戸っ子というのは「ヒ」を発音することができず、「シ」という発音になってしまうのです。ですから、「標章」は「ショウショウ」になるし、「商標」も「ショウショウ」になるのです。そのような意味で、これらの商標は極めて似ているということができますから、この場合に問題があるということになります。

どうして問題かといいますと、商標登録というのは、査定審決時に判断をします。商標を登録させる、あるいは拒絶するという判断は、特許庁では査定審決時に決めるわけです。

ですから、特許庁の審査官が判断をするときに、このような具体的な事情があるから登録をいたしますという判断を下した後に、取引の実情が変わるということがあります。具体的に言えば、このガラス繊維の業界で、大手 5 社ではなく、もっとたくさん会社が出てきて、非常に競争が激しくなってきたとします。時代とともに、お互いの新商品、お互いの商品名を認識している余裕がなくなってきたとすると、需要者が「しょうざん」と「氷山」と混同してしまいます。

特に新規産業などにおいては、具体的な事情というのは、流動的です。他方、この商標登録を許すかどうかという判断は、固定的なある 1 カ所の時点で行わなければいけないのです。後に出所の混同が生じるようになったとしても、後発的に無効にするという法制には、実はなっていないのです。

ですから、取引の実情を考慮して、登録を認める方向に判断すると、登録後にその具体的な事情が変わった場合に困ってしまいます。登録後に事情が変わった場合に、それぞれ登録した商標同士が混同されてしまうという可能性があるからです。混同を招来するのが商標の目的ではなくて、混同を防止するのが商標の目的です。

そのようなことがありますので、4 条 1 項 11 号の類似性について、具体的な事情を考慮するのは、類似の範囲を広げる方向に考慮するのはいいが、類似の範囲を否定する、つまり登録する方向へ考慮するのはよくないという結論になります。

4 条 1 項 11 号の類似の範囲よりも、これから出願する商標がこれに接近してはいけないのです。ある程度距離を保って出願をしなければいけません。距離を保つということは、これらの商標の識別力が総体的に高くなるということですから、一定の距離を保たなければならないのです。

距離を保つ場合に、具体的な事情を考慮するかどうかということについてまとめておきましょう。

取引の実情を考慮して、類似の範囲を広くするということは問題ありません。どうしてかというと、15 号が別にあるからです。取引の実情を考慮するということは、具体的には著名であるという事情を考慮することなのですが、この場合は混同を生じるおそれがありますので、類似の範囲を広げればいいでしょう。ですから、これは 11 号を適用するか 15 号を適用するかという問題はありますが、結論としてはよいと言われています。これが橘正宗の事件の話です。

他方、逆に、先願商標が使用されていないから、類似の範囲を狭く判断し、登録する方向で認めるということは、だめだということです。狭くなっていたものが、後で広がる可能性があるかららです。

もちろん取引の事情が何もない場合は、類似の範囲を広げてはいけません。何もない場合というのは、そもそも 4 条 1 項 15 号のこの訂正を生じないということになりますが、これはつまり出願人に厳しくする方向、登録を阻却しない方向に考慮するのは構わないということです。ということですので、「橘正宗」は本来、15 号で対処すべき問題であっただろうといわれています。

教材の 34 ページ、「そうだとすれば」のところで、ようやく最終的な結論めいたものが出てきます。4 条 1 項 11 号の類似性の判断において、基本的には商標自体が取り違えられるおそれがあると、狭く解釈して

いいという理由は、4 条 1 項 15 号が控えているからです。場合によっては、商標それ自体が取り違えられるおそれがあるというのは、逆に言えば、具体的事情を考慮しないという意味です。4 条 1 項 11 号において具体的な事情を考慮しなくてもいいのは、別途、4 条 1 項 15 号があるからという理由になります。

4 条 1 項 11 号において、商標それ自体が取り違えられるおそれがあるというものを類似だとしてもよい、つまり狭めに類似性の範囲を取っても構わない理由は、別に 4 条 1 項 15 号という条文があるからなのです。具体的に、これは登録されては問題があると言われるものは、4 条 1 項 15 号で考慮すればいい、もっと言えば、4 条 1 項 15 号で考慮するべきものだということになるわけです。

ですから、4 条 1 項 11 号の類似性の判断のときには、混同はむしろ入れない方がよく、、類似性も狭めでいいということです。4 条 1 項 11 号と 4 条 1 項 15 号が、お互いを補い合う関係になっています。

ただし、法の趣旨に反することがないほど、長期的に変化がないと考えられる事情があれば、類似性を否定する方向に参酌しうると解されております。

例えば、「ロジャース」と「Dodgers」、「コザック」と「KODAK」。左が先願、右が後願です。このようなものであっても、日本語として定着していれば――すなわち、日本語に定着しているということは、具体的な事情でそんなに変化しないという意味ですので、考慮しても構わないだろうと言われています。

次に、独占適応性の問題に参ります。これは、不正競争防止法の 2 条 1 項 1 号の類似性の範囲のところで、すでにお話をいたしました。教材でいうと 15 ページから 16 ページにかけてのところです。例えば、「日本印相学会」と「日本印相協会」が非類似だという例をあげましたが、これも独占適応性の問題でした。

商標の場合も、独占させるべきでない部分を共通にするにすぎない場合は、類似性が否定されます。「SEIKO EYE」の方が登録商標、「「eYe」(アイ)の方が後願の出願商標です(最判平成 5.9.10 民集 47 巻 7 号 5009 頁[eYe])。これは登録が認められた方です。アイの方は眼鏡と眼の図形だったのです。眼鏡に対する図形の出願商標だったのです。登録商標であり、眼鏡である以上、「アイ」の部分というのは独占させるべきではないので、ここは要部ではないと言われたのです。

ですから、登録商標の要部はセイコーの部分だということです。登録商標はセイコーが含まれており、出願商標にはセイコーが含まれていないということですので、これは似ていないという結論になったのです。すなわち、独占させるべきではない部分を共通するにすぎない場合ですので、類似性が否定されて、登録されるという意味です。

ここまでが慣例的なお話です。これまで、商標同士が似ているから類似であるとか、取り違えられるおそれがあるから類似ですなどと申しましたが、具体的な基準として、裁判例で一般的に言われているのは、外観、称呼、観念という三つの要素です。称呼は呼称の誤りではありません。この業界ではなぜか称呼と言うのですが、称呼の意味は呼称と同じです。

これらの三つの要素により、類似性が判断されますが、ただし、観念類似が独立して類似性を肯定する方向に働くことはまれだと言われています。観念というのは、商標を見て皆さんが想像する頭の中のイメージです。例えば、侵害系の事件ではありますが、稲妻の例があります。「稲妻」と稲妻マークについて、稲妻マークの方は、皆さんの頭の中で、これは稲妻マークだという観念が生じているわけですから、観念類似と言えそうなのですが、類似性が否定されました。

つまり、稲妻マークからは称呼は発生しませんし、マークと漢字なので、外観は全く異なります。けれども観念は何か似ていそう、共通していそうなのですが、それだけでは類似とは判断しないというのが、裁判

例の傾向です。それが、観念類似が独立して類似性を肯定する方向に働くことはまれ、と書いてある意味です。

教材の 34 ページ、商品、役務の類似性のお話に参ります。今まではマークの方の類似性をお話ししましたが、指定商品の方のお話です。こちらも 2 つの考えがあります。商品ないし役務としては取り違えられるおそれがあるほど似ているか、出所の混同を起こすほど似ているか、という 2 つの考え方の対立があります。前者ですと類似の範囲が狭くなります。後者ですと類似の範囲が広くなります。

先ほどと同じ橘正宗の裁判例に従いますと、この 2 つの考え方のうち、出所の混同を起こすほど似ているか、という考え方が採用されたと言われています（最判昭和 36.6.27 民集 15 巻 6 号 1730 頁［橘正宗］）。ですから実際の判断は後者の考えがとられており、それでいいだろうと言われています。

商品、役務の類似性の判断はどのようになされるかというと、互いに類似している商標を用いたときに、出所が混同するかどうかを判断します。ただし、事件ごとに具体的な事情は考慮しないということは、11 号と 15 号の例と同じく、15 号で考慮するべきです。

ここでも、出所の混同を起こすほど似ているかどうかという判断において、定型的に決めるべきだと言われます。つまり、互いに類似する商標、仮想商標をそれぞれに当てたときに、商品、役務が混同を生じるかどうか、すなわち、同じ会社が出している商品だと判断されるかどうかというところを見ていきますので、具体的に先願商標がこれに使われているというような具体的な事情は考慮しないということです。

同一企業が製造販売していそうな商品、役務の範囲かどうかということで判断するべきだ、と言われておりまして、類似とされた例は、焼酎と清酒、墨汁とその他の文具類、菓子等と餅です。非類似とされた例は、化粧品とロイヤルゼリーです。けれども、化粧品とロイヤルゼリーは、私は類似でもいいのではないかと思っていますが、商品、役務の類似性については、裁判例も少ないですし、難しいところです。

教材 35 ページに参りましょう。4 条 1 項 8 号のお話をしたいと思います。4 条 1 項 8 号は、他人の肖像や氏名は登録しない、という条文です。このポイントは、「他人」というところですので、自分が出願するのは問題ありません。例としては、「長嶋茂雄」があげられます。長嶋茂雄、巨人軍終身名誉監督は、名前が商標登録されています。長嶋茂雄が出願すれば、長嶋茂雄という氏名は登録されます。バットやグローブ、あるいは野球のコーチといったものを、指定商品や指定役務とするのでしょう。

8 号の趣旨は、自然人の氏名については、人格的利益の保護です。したがいまして、本人が出願する場合や、あるいは本人から承諾を取った場合においては、登録が認められます。そのようなところから、人格的利益の保護を趣旨としているのだろうと思われます。

混同防止の趣旨というのは、4 条 1 項 15 号があるのであまり強くないと言われています。つまり、落合監督が「長嶋茂雄」というブランドでブランド展開するのであれば、4 条 1 項 15 号の混同防止策で対応できるだろうということです。

この条文の読み方が難しいところは、他人の氏名というのは他人の氏名そのままですが、雅号や芸名、筆名については、著名性が要求されるというところです。「著名」という文言は、雅号、芸名、もしくは筆名、もしくはこれらの著名な略称という、雅号以下の部分に掛かっています。

逆に言うと、著名でない芸名というのは、8 号で阻却されないので、登録できるということです。芸名とか雅号というのは、高知東急も変更しましたように、恣意的に変更できるものです。このように変更できるために、著名性を要求したと解されるわけです。

氏名とは別に名称を挙げているというのは、会社の名称や、商号も 8 号に該当するという意味です。

ここでの問題は、この名称と著名な略称のところになります。会社の商号には常に会社の種類を表す表示が入っています。例えばソニー株式会社があります。皆さんは普通ソニーのことはソニーと言って、ソニー株式会社とは言わないですよね。この「ソニー」は、名称なのか略称なのかという問題があります。

これは、8 号の条文適用の場合に、法的な差異が生じます。つまり、名称だとすると、8 号に該当するために著名性が要らなくなりますので、著名でなくとも他人の登録を阻却できるということになります。略称だとすると、他人の登録を阻却するためには著名性が必要だということになり、著名でない限りは、他人の出願商標を阻却できないということになります。

通常であれば、ソニー株式会社に対するソニーは名称である、というのが普通の感覚だと思いますが、実は結論としては、これは略称です。例えば、商号が「ソニー株式会社」であり、出願された商標が「ソニー」であった場合、ソニーは事実として著名ですが、それを考慮しないとすると、8 号が適用され出願が阻却されるかどうかという問題設定になります。

ソニー株式会社を名称だととらえるならば、共通しているのはソニーですので、出願商標はソニー株式会社とは同一ではないので登録を阻却できない、つまり出願商標が登録されるということになります。

他方、8 号で略称説を採るとすると、ソニー株式会社の略称はソニーですから、著名でしたら出願が拒絶されます。逆に言えば、著名でない場合は出願を拒絶できないということになります。

名称だと考えると、すなわち、ソニー株式会社に対して、ソニーというのも名称の 1 つだとすると、著名性が要らないので登録を阻却できます。他方、ソニー株式会社に対して、ソニーという名前は略称であるとすると、著名性が要求されるわけです。

普通の感覚だと、逐一株式会社と言うわけではないので、ソニー株式会社に対するソニーという名前も名称の 1 つであると考えて、名称説をとり、著名性を要求せずに登録を阻却するのがと思うのですが、実は、そうはなっておらず、略称だとして、著名性を要求するということにしています。

教材に書いてある月の友の会事件というのが、略称説を採った裁判例です。（最判昭和 57.11.12 民集 36 巻 11 号 2233 頁［月の友の会］）。この事件は、株式会社月の友の会が原告で、株式会社京都西川が被告ですが、この西川が有していた登録商標というのが「月の友の会」というものなのです。株式会社「月の友の会」の方が、このような登録商標があるのは困るとして無効審判を請求しました。

結論は、株式会社月の友の会という商号に対し、この株式会社の略称として月の友の会というものは著名でないから、8 号に該当しないという判決だったのです。つまり、この登録商標は認められるということです。

これはどうしてこれでいいのかといいますと、商号登記の問題が関係しています。簡単に言えば、商号登記の方に問題があるのです。商号の登記は、形式審査しかありませんので、極めて簡単に登録されてしまいます。審査では、同一住所に同一の商号がないかどうかだけチェックされます。ですから、このような状況を悪用すると、8 号に簡単に該当するようになってしまうのです。つまり、誰かに対して、この商標を取られたくないと思う人は、商号登記してしまえばいいのです。

例えば、誰かが「月の友の会」という商標を登録されたくないと思った人がいるとします。名称説を採ると、その人はどうすればその商標登録をブロックできるかというと、株式会社月の友の会というペーパーカンパニーを作り、商号登記しておけばいいのです。

そうだとすると、この「月の友の会」の部分を名称だと言ってしまうと、これは相手方の登録を簡単にブロックできるでしょう？　ソニーも同じです。もしこの世にソニーという会社がないとして、ソニーという商標を

取られたくないと思えば、ソニー株式会社というペーパーカンパニーをどこかにでっち上げて、登記しておけばいいのです。そうだとすると、名称説を採ってしまうと、ソニーは 8 号に該当するということになってしまいます。

要するに、ここで名称説の方を採ってしまうと、簡単に他者の登録を排除することができるようになってしまいます。それでは、10 号や 11 号や 15 号などの意味がなくなってしまいます。

以上のように、8 号の判断に当たっては、名称は、「株式会社月の友の会」、あるいは「ソニー株式会社」と考えた上で、略称について具体的な事情を考慮するべきだということになります。

では、35 ページのその他（登録主義の濫用対策）へ参ります。

まず、4 条 1 項 19 号は、著名商標等の不正出願対策だと言われています。19 号「他人の業務に係る商品、役務を表示するものとして、日本国内または外国における需要者の間に広く認識される商標と同一の商標であって、不正目的を持って使用するもの」、と書いてあります。

例としては、外国著名商標で、かつ日本でまだ知られていないというものがよくあげられます。海外旅行に行って、外国では著名になっているブランドネームを見つけて、日本でも登録する、ということを防止するための条文です。

ここでは、出所の混同は要求されていません。例えば、ニナリッチは日本でも著名ですが、まだ日本に入ってきていないとしましょう。ニナリッチがフランスで有名になったブランドを作ったとして、では次は、金持ちのいる日本に進出するか、と考えるわけです。ところが、調べてみると、なぜかニナリッチという商標が、日本で誰かに取られている。商標を取った方からすれば、ニナリッチというのは外国で有名になっているらしいが、日本ではまだ有名ではないようだから、商標を取得しておけば、ニナリッチが日本に進出してくるときに、自分から商標を買うだろう、というようなことを考える可能性があります。

その場合は、その先に取っておくかという人たちを保護する必要がないのは明らかです。なぜならば、その人は全く使うつもりはないのですから。そのような商標ブローカーのような人を防止するための条文です。

主に日本国内で、需要者の間に広く認識されている商標については、4 条 1 項 15 号などがありますので、通常はそちらで対処できます。ただ、15 号は日本の国内の市場を想定しますので、外国で著名なのだけれども日本でまだ使われていないというものについては、みんな知らないわけですので、混同はまだ生じません。

けれども、先ほどの例のように、商標の譲渡料目的のブローカーのような人の利益を保護する必要は、どこにもないわけです。そもそも使うために商標というのはあるにもかかわらず、その人たちは、使うつもりは全然ないのですから、そのような人のことを保護する必要は全くありませんので、「不正の利益を得る目的」のところでそのような事情を考慮します。

ただ、この条文は出所の混同を要求しておりませんので、総合考慮の条文だと言われます。ダイリュージョン、ポリューション等の著名表示の主体が被る利益と、先ほどの商標選定の自由を考慮するべきだと書いてあるのは、そのことです。

ニナリッチという名前を偶然思い付いたかもしれないですし、全く知らなくて、この言われをたどっていったら、印象のいい語源があるということにたどり着いて、ではそれを商標登録しようと考える人というのも、皆無ではないと思います。

ですから、ニナリッチが世界的に同一のブランドで展開したいという利益と、そのような人たちの商標選

定の自由を総合考慮するという条文が、19 号です。

次に 4 条 1 項 7 号です。これは、公序に反する商標登録の阻却です。もともとは、わいせつな商標などを阻却するための条文だと言われていて、誰しもその必要性を認める一般条項であると思います。

また、商標の分野については、最近では、わいせつ商標などとは別に考えるべき類型があるのではないかと言われているのが、未周知商標に対する濫用です。これについては、函館新聞事件（実質的には北海道新聞事件）があります（函館新聞事件（同意審決平成 12.2.28 審決集 46 巻））。

北海道新聞（道新）は、北海道において非常に有力な新聞社であり、朝刊も夕刊も出しています。一方、夕刊紙というのが地方にあるそうです。帯広などにはあるそうです。夕刊ですので、速報性のあるニュースよりは、タウン情報であるとか、町の小学校で運動会がありますよとか、あそこのおばあちゃんが 100 歳を迎えましたよとか、そのような本当に地元に密着したような記事を取り扱っている夕刊紙というのが、地方にはあるらしいです。

北海道の地方によっては、その夕刊紙のシェアが大変大きいところがあるらしく、道新としては、朝刊は取ってもらえるのだけれども、夕刊は地方紙に取られてしまうという状況があったようです。ですから、その地方の人たちは、朝刊は道新だけれども、夕刊は地元の夕刊紙を読むというところがあるようです。道新としては面白くないわけです。

では函館でも夕刊紙を作ろうという動きがあったようです。道新はどうにかしてそれを邪魔したいので、何をしたかというと、函館新聞であるとか、函館夕刊であるとか、函館日報とか、函館の新聞で題号に使えそうな名称を、片っ端から登録出願をしたのです。新聞には何か名前を付けないといけませんので、ブロック紙なのですから、おそらく函館という名前が入るでしょう。道新が商標を押さえてしまえば、そのような新聞を立ち上げたいというときに、道新に許諾を求めなければならなくなります。

そうだとすると、競争上、道新の行っていることが正当化できないのは明らかです。これは、商標登録制度を利用した競争の抑圧にほかならないわけです。夕刊という市場でも、道新は、ほかの新しい新規参入業者と競争をしなければならないというのが、独占禁止法の趣旨です。この函館新聞事件は、同意審決と書いてありますように、独占禁止法の事件だったわけです。

道新の方からみれば、函館新聞とか函館日報などを使用する可能性は、あるかもしれません。道新の子会社として函館でブロック紙や地方紙を作ることはあり得るわけなので、道新に使用の意思はないということにはならないでしょう。

しかも周知ではありません。函館新聞というのはこれから使う可能性はあるにしても、今現在は使用していないわけですから、周知商標ではありません。当然使われてもいませんから、混同もしないので、15 号には該当しません。

明らかに不正の目的、競争の抑圧の目的である場合に、そのような不正な目的を拾うべき 19 号は、日本または外国における周知を要求しています。

ですので、実は不正の目的をもってする登録を阻却する条文としては、19 号は条文としてはその趣旨を果たしていないという指摘があります。19 号というのは不正の目的を持った商標の登録は許さないという条文ですので、函館新聞や、函館で使えそうな新聞の名前を片っ端から道新が出願して競争を抑圧するということは、明らかに不正の目的だと思いますが、19 号は周知の商標を登録することは許さないということだけですので、登録を阻却できません。つまり、周知でないもの、もっと言えば使われていない商標についても、商標登録制度の濫用ということがあり得るのです。

ですので、19 号に限りませんが、ほかの 4 条の落穂拾い的な役割として、不正な競争を引き起こすような商標登録制度の不正利用を、総合的に拾っていく条文として活用していくべきだという指摘があります。実際に、7 号はその方向で使われ始めています。公序というところに、競争上の公序を持ち込んだということになるのでしょうか。以上が 7 号です。

最後に、特殊な制度について説明します。防護標章制度というのがありますが、実はこれはあまり使われておりません。制度としては非常にユニークな制度で、商標登録をした著名商標については、禁止権の範囲を拡大し、さらに保護を厚くするという制度を、防護標章制度といいます。