

# 最高裁判例にみる商標の類否の本質



会員・弁護士・前知財高裁判事 宍戸 充

## 要 約

商標の類否の判断手法については、商標自体の外観、観念、称呼あるいは取引の実情に対する考え方を巡ってさまざまな議論がなされてきた。しかし、最高裁判例の流れに焦点を当ててみると、それぞれの判例は独立して存在しているようでも、新しい事例が現れるごとに先例を踏まえて新たな一般の基準が構築され、それが引き継がれていくという形をとっている場合が多いように思われる。このような判例の積み重ねにおいて当該判例が基準として示したり示唆したりしているのを見てみると、そこには一定の原則ないし傾向があるように思われる。そこで商標の類否に関する判例を子細に検討してみるならば、実務上何か参考になる情報が得られるかもしれないように思われる。

目次	3 結合商標の類否判断に関する判例
1 はじめに	3-1 全体観察と分離観察の広範な併存を認めた事例（最判昭和36年6月23日（昭和34年（オ）第856号）民集15巻6号1689頁〔三樹事件〕）
2 類否判断に関する判例	3-2 経験則により全体観察の原則を大幅に制限した事例（最判昭和38年12月5日（昭和37年（オ）第953号）民集17巻12号1621頁〔リラ宝塚事件〕）
2-1 商標の類似が混同誤認を生じさせるおそれであることを示した事例（最判昭和31年7月3日（昭和29年（あ）第2229号）刑集10巻7号981頁〔コカコーラ事件〕）	3-3 構成の一部が強く支配的な印象を与える場合に分離観察を否定した事例（最判平成5年9月10日（平成3年（行ツ）第103号）民集47巻7号5009頁〔セイコーアイ事件〕）
2-2 商標の類否判断が弁論主義に基づくことを明示した事例（最判昭和35年9月13日（昭和33年（オ）第478号）民集14巻11号2135頁〔蛇の目事件〕）	3-4 取引の実情により結合商標を不可分一体と解した事例（最判平成9年3月11日（平成6年（オ）第1102号）民集51巻3号1055頁〔小僧寿し事件〕）
2-3 商標の類否判断に取引の実情を考慮しうることを明らかにした事例（最判昭和35年10月4日（昭和33年（オ）第766号）民集14巻12号2408頁〔シンガー事件〕）	3-5 全体観察と分離観察のメルクマールを明示した事例（最判平成20年9月8日（平成19年（行ヒ）第223号）集民228号561頁〔つつみのおひなっこや事件〕）
2-4 商標の類否における全体観察の原則を示唆した事例（最判昭和36年6月23日（昭和34年（オ）第856号）民集15巻6号1689頁〔三樹事件〕）	4 まとめ
2-5 商標の類否における全体観察の原則を示唆した事例（最判昭和38年12月5日（昭和37年（オ）第953号）民集17巻12号1621頁〔リラ宝塚事件〕）	1 はじめに
2-6 類否判断に関する諸先例の総まとめをした事例（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〔しょうざん事件〕）	訴訟で基本となるのは法源である法令である。一方、判例はわが国では法源とされていない。しかし、最高裁判決の中で特に判例的価値があるとみられる判決は「判例集」に登載され、また、判例集に登載されなくても最高裁の法律解釈が示された判決は「裁判集」に収められ、指導的な役割を果たすことが期待されている。このような判例は最高裁自身をも事実上拘束し、明示的な判例変更は稀であるといわれる。またこれら判例集等に明示されていないまでも最高裁の法律解釈における一定の傾向が示され、後に先例的な役
2-7 一般的、恒常的な取引の実情と特殊的、限定的な取引の実情との相違を明らかにした事例（最判昭和49年4月25日（昭和47年（行ツ）第33号）〔保土谷化学工業事件〕）	
2-8 侵害訴訟においては現に使用されている商品の具体的な取引の実情の考慮が必要であるとした事例（最判平成4年9月22日（平成3年（オ）第1805号）集民165号407頁〔大森林事件〕）	

割を果たしていると思われるものもある。本稿では、商標の類否判断に関する一連の判例を取り上げ、個々の判例の検討とともに判例の流れにも焦点を当て、積み重ねられた判例の示唆するところを読み解いてみたい。

## 2 類否判断に関する判例

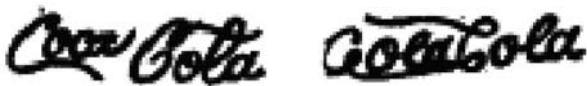
### 2-1 商標の類似が混同誤認を生じさせるおそれであることを示した事例（最判昭和31年7月3日（昭和29年（あ）第2229号）刑集10巻7号981頁〔コカコーラ事件〕）

#### （1） 事案の概要と経緯

本件（刑事）では、ザ、コカコーラ、カンパニーがその製造に係る清涼飲料水「コカコーラ」に使用している登録商標「コカコーラ」と、Y（被告人、上告人）が代表取締役として経営する会社の製造に係る清涼飲料水に使用した「コラコーラ」なるY標章（「ColaCola」とローマ字で示した文字に図形、記号が結合し、加えて着色を施した標章）とが類似し、旧商標法34条にいう「類似ノ商標」に該当するか否かが争われた。第1審判決（福岡地小倉支部判昭和29年2月5日）は「コラコーラ」は類似商標に該当するとして、Yを罰金3万円に処した。原判決（福岡高判昭和29年5月36日（昭和29年（う）第575号））も同様であった。

登録商標

Y標章



#### （2） 本判決と検討

（a） 本判決は、原判決を要約した上でこれを是認するという形をとっている。すなわち、「原判決は、商標の類似とは二個の商標が取引上一般人の眼から見て混同誤認を生じ易き程度に類似することであると説明した上、商標の混同誤認は商標の外観（色彩を含め）称呼又は觀念の上から商品需要者に与える印象等により惹起されるものであるところ、本件の両商標は称呼上彼此相紛わしく類似するばかりでなく、外観上も相互に酷似するので、商標法上類似商標と言わなければならないと述べ、両商標の称呼又は外観は取引上の一般需要者に混同誤認を生じ易からしめるものであると説明している」（下線は筆者による。以下同様。）ものと

し、この判示に違法はないとした。

（b） 本判決は、「商標の外観・・・称呼又は觀念」自体ではなく、「商標の外観・・・称呼又は觀念から需要者に与える印象等」に基づいて「混同誤認を生じるおそれ」があるか否かを認定判断し、それを「商標の類似」としている（下線部分参照）。すなわち、「商標の外観・・・，称呼又は觀念」→「需要者に与える印象等」→「混同誤認を生じるおそれ」→「商標の類似」という論理の流れであり、これが「混同誤認を生じさせるおそれ」という主要事実を認定判断するまでの論理的順序である。

本件は、商標法違反の刑事事件であるが、同じ裁判長の下でなされた最判昭和36年6月27日（（昭33（オ）第1104号）民集15巻6号1730頁〔橘正宗事件〕）においても同旨の類否判断をしていることにかんがみると、最高裁は、「商標の類似」の解釈について民事と刑事とで格別の区別をしていないものと思われる。本判決は、おそらく、大審院から最高裁に変わってはじめて「商標の類似」が「混同誤認」を生じさせるおそれである旨の判断基準を示した事例であり、その判断基準は以後の判例に引き継がれていく。

（c） なお、本件は罰則規定である大正10年商標法（以下「旧法」という。）34条に関するものであるが、具体的には旧法2条1項9号の「商標ノ類似」の解釈に関するものである。旧法2条1項9号は現行商標法4条1項11号に引き継がれ、両者間に格別の内容の変更もないので、「商標の類似」の解釈上、旧法・新法間で異なるところはないと思われる。

### 2-2 商標の類否判断が弁論主義に基づくことを明示した事例（最判昭和35年9月13日（昭和33年（オ）第478号）民集14巻11号2135頁〔蛇の目事件〕）

#### （1） 事案の概要及び経過

本件では、X（上告人）がミシンに使用している「イ」号標章（塗り潰された太い円形の輪廓と、これと同心をなす藤の花を図案化した輪の図形から成る）が、Y（被上告人）がその製造販売するミシンに使用している本件商標（「蛇の目」印。二重の同心円の第一の円周と第二の円周との間を塗り潰した図形から成る）の権利の範囲に属するか否かが争われた。

本件商標



「イ」号標章



Xは「イ」号商標が本件商標の権利の範囲に属しない旨主張し、その際、「イ」号商標の内側の同心円について、ネックレス風の図形であって、紋章学上の「藤の紋」ではない旨の主張をしていた。ところが、審決は、紋章学上の「藤の紋」であると認定した上でXの主張を認めた。これに対して、原判決（東京高判昭和33年3月27日（昭和31年（行ナ）第4号））は、審決同様、藤の花を図案化した輪の図形と認定したものの、結論は逆となった。

Xの上告理由の要点は、①原判決が当事者の申立てない事項について判決をし（弁論主義違反）、②旧商標法2条1項9号の類否判断に取引の実情の考慮を考慮した違法があるというものであった。

## （2） 本判決と検討

### （a） 上告理由①について

本判決は、「両商標が類似する理由の説明については、裁判所は当事者の主張にとられるものではない。」と判示した上で、「原判決は、被上告人の登録商標は二重の同心円の第一の円周と第二の円周との間を塗り潰した図形によつて構成され『蛇の目』印と呼ばれているものであり、上告人の『イ』号標章は塗り潰された太い円形の輪廓と、これと同心円をなす藤の花を図案化した輪の図形によつて構成されたものであると説明し、両者はいずれも『蛇の目』すなわち二重の同心円を構成の基本とするもので、その外観、観念においてまぎれ易いものであると判示したのであつて、その判断は首肯するに足り所論のような経験法則に反するところはない。」として、原判決の認定判断を是認した。

本判決が示した「両商標が類似する理由の説明については、裁判所は当事者の主張にとられるものではない。」との一般的基準は、民事訴訟法における弁論主義の基本的な考え方を述べたものである。引用商標の外観について、「ネックレス風の図形」と説明するか「藤の花を図案化した輪の図形」と説明するかは、主要事実である「商標の類似」を説明するための間接事実

の主張にすぎないから、裁判所は当事者の主張に拘束されないということである。<sup>(1)</sup>

これを敷衍すると、弁論主義の下では、外観、観念、称呼の主張はいずれも間接事実すぎないから、裁判所は当事者による外観、観念、称呼に関する主張には拘束されない。例えば、外観、観念、称呼のうち何れか1つについて類似していれば他の点において類似しなくともなお類似商標と認めるべきとする見解も、弁論主義の下では、尊重はされるとしても裁判所を拘束しないことになる。この点は後の〔しょうざん事件〕最判により明らかにされることとなる。

### （b） 上告理由②について

本判決は、「所論は、両商標の異同については純粹に考察すべきであるとの上告人の主張を排斥し原判決は引用の判例に違反するというのであるが、原判決が所論判例に反するものでないことは判文を対比すれば明らかであり、原判決に違法は認められない。」とした。ここに「所論判例」とは、Xの掲げる『商標の類否は商標夫れ自体に付之を為すべきもの』（大審判昭和6年6月8日大判民三判決、粵優美著・特許学説判決総覧672頁）、『商標類似性を決定するには当該商標自体に付観察すべきものにして他の類似商標の登録其の他の事情に羈束せらることなし』（大正15年（オ）第1128号同年12月18日判決、前掲書664頁）」との各判例を指している（引用文中の漢数字はアラビア数字に置き換えることがある。以下同様。）。いずれの判例も商標の類否は商標それ自体を観察して行うべきであるとするものである。

この点、本判決は、原判決が、外観、観念、称呼自体の類否判断の枠組みの中で「取引の実情」を考慮しており、商標それ自体を観察して類否判断を行っていることには変わりはないから、X主張の大審判判例と矛盾するものではないとしたものと考えられる。類否判断と取引の実情の考慮の問題は、次の〔シンガー事件〕最判で明らかにされることになる。

（c） なお、本件は旧法時代に存在した権利範囲確認審判であつて、特許庁が権利範囲の属否を判断し、これに法的な拘束力が与えられる制度であつた。その審決取消訴訟では権利範囲の属否の判断の当否が争われるので、侵害訴訟類似の審理となる。

## 2-3 商標の類否判断に取引の実情を考慮することを明らかにした事例（最判昭和35年10月4日（昭和33年（オ）第766号）民集14巻12号2408頁〔シンガー事件〕）

### （1） 事案の概要及び経緯

本件では、X（上告人）出願に係る本願商標（「SINKA」のローマ字をゴシック体の書体で左横書にして成る）と、引用商標（「シンガー」の仮名文字をゴシック体で縦書にして成る）の類否が争われ、審判では旧商標法2条1項9号の「類似ノ商標」に該当するとされた。

本願商標

SINKA

引用商標

シン  
ガ  
ー

原判決（東京高判昭和33年8月24日（昭和33年（行ナ）第3号））は、「米国法人ゼ・シンガー・マヌファクチュリング・カムパニー・・・の製造にかかる裁縫機械が、『シンガー』又は『シンガーミシン』の称呼を以て、ひとりわが国ばかりでなく、広く全世界を通じ、最も著名な裁縫機械（ミシン）として取引されていることは、当裁判所に顕著なところである。いまこのことを念頭において、原告の出願にかかる商標『SINKA』が、その指定商品であるミシンに使用されている場合を考察すると、その称呼『シンカ』は、ミシンにおいては最も著名な商標『シンガー』と、ともすれば、誤まり聞き取られ、此れを彼れと思ひ違えるような事態の発生することが、決してすくなくないものと解せられる。」として、審決の判断を維持した。

Xの上告理由の要点は、旧商標法2条1項9号は引用商標が周知、著名であるか否かということ構成要件としていないから、著名・周知であるかどうかといった事情を考慮に入れて類否判断をした原判決は違法であるというものであった。

### （2） 本判決と検討

本判決は、「原審は右両商標の呼称を抽象的に対比すれば（すなわち『シンガーミシン』がその呼称で世界的に著名な裁縫機械として取引されているという具体的取引事情をはなれて抽象的に比較考察すれば）必

ずしも類似するとはいえないかもしれないが、右のような具体的取引事情を背景として考えれば、『シンガー』と『シンカ』は紛らわしいこととなり、結局、具体的取引事情の下では、両商標は呼称が類似するものと認むべきである、との趣旨の判断をしたものである。」として、原判決の認定判断を是認した。

本判決は、商標の類否が、商標自体（外観、観念、称呼）の対比によって決せられるべきであることを認めつつ、具体的取引事情によってはその商標自体の類否判断に影響を及ぼす場合があるとしている。先例である〔蛇の目事件〕最判の論理に従えば、具体的取引の実情も間接事実となるから、裁判所が商標の類否に具体的取引の実情も考慮しうるのは当然であろう。本判決による具体的取引の実情の考慮は以後の判例に引き継がれることになる。

## 2-4 商標の類否における全体観察の原則を示唆した事例（最判昭和36年6月23日（昭和34年（オ）第856号）民集15巻6号1689頁〔三桝事件〕）

## 2-5 商標の類否における全体観察の原則を示唆した事例（最判昭和38年12月5日（昭和37年（オ）第953号）民集17巻12号1621頁〔リラ宝塚事件〕）

上記両判決は、いずれも結合商標における分離観察を主要な論点とするものであるが（この論点は別途詳述する）、その前提として、商標の類否判断においては全体観察が原則であることを示唆するものである。

すなわち、〔三桝事件〕最判では、本判決は、「商標の類否を判断するについては、それぞれの商標を全体として観察しなければならないことは所論のとおりである。」としているが、これは上告理由における「濫りに重要部分と附加部分とを区別し又は顕著部分と然らざる部分とを分離し其の部分のみを抽出して単に其の部分のみを比照することにより両者の異同を判別し之に対して統一的全体観察を為すことを軽視し去るが如きは正当と謂うことは出来ない。」とのXの主張を原則的に是認したものである。

また、〔リラ宝塚事件〕最判でも、本判決は、「商標はその構成部分全体によつて他人の商標と識別すべく考案されているものであるから、みだりに、商標構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比

較して商標そのものの類否を判定するがごときことが許されないのは、正に、所論のとおりである。」としているが、これは上告理由における、商標が図形及び文字の結合によって構成される場合に、特別の事情のない限り、これを包括的に観察し、彼此相俟って不可分一体をなしているものとみるべきであるとする X の主張を原則的に是認したものである。

上記両最判を併せ考えると、全体観察の原則は当時から争いのない、かつ否定しようのない事実と考えられていたようにも思われる。全体観察の原則は〔しょうざん事件〕最判で明確にされることになる。

なお、上記両最判は、全体観察を原則的に是認しながら、いずれも結論として全体観察に従った判断をしていない。とりわけ〔リラ宝塚事件〕最判は、「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際」の下で、1 個の商標から 2 個以上の称呼、観念の生ずることがあるのが経験則であるとして、経験則という論理に基づいて全体観察の原則を大幅に制限し、大きく分離観察の方向へと舵を切った。

## 2-6 類否判断に関する諸先例の総まとめをした事例（最判昭和 43 年 2 月 27 日（昭和 39 年（行ツ）第 110 号）民集 22 卷 2 号 399 頁〔しょうざん事件〕）

### （1）事案の概要と経緯

本件では、X（被上告人）出願に係る本願商標（黒色の円形輪廓内を上下に二分して、上半部には淡青色の空を、下半部は濃青色の海を表し、その中央には海面に浮き出した氷山の図形を白色と淡青色とをもって描いた図形において、「硝子織維」、「冰山印」、「日東紡績」の各文字を記して成る）と、引用登録商標（「しょうざん」の文字を左横書きにして成る）の類否が争われ、審判では旧商標法 2 条 1 項 9 号の「類似ノ商標」に該当するとされた。

本願商標

引用登録商標



しょうざん

原判決（東京高判昭和 39 年 9 月 29 日（昭和 37 年（行ナ）第 201 号））の事実摘示によれば、審決の理由の要旨は、本願商標からは「ひょうざん」、引用登録商

標からは「しょうざん」なる称呼を生ずるところ、両者の語頭において「ひ」と「し」の相異があるが、わずかに舌音の間に存する微差にすぎないばかりでなく、その接続母音を共通にするから、他の 4 音を共通にする両者はこれを一連に称呼すると音調相近似し全体としての称呼において彼此相紛れるおそれある類似の商標と認めるのが取引の実験則に照して相当であるというものであった。

これに対し、原判決は、「両者がその外観および観念において異なり類似でないことについては、疑がなく、被告もまた争わないところである。」「取引の実情その他これまでに示した判断に徴し、両商標は、指定商品の出所について誤認混同を生ずるおそれはなく、称呼においても類似するものではないと認めるのが相当である。」等とし、本願商標と引用商標とは外観、観念及び称呼のいずれにおいても類似しないから、その余の点について判断するまでもなく両商標は類似しないとした。

上告理由は長文であり、論点が多岐にわたるが、主なものを挙げれば、商標の類否判断の意義の誤解、取引の実情の考慮の不当性、称呼についての類否判断の誤り等であった。

### （2）本判決と検討

(a) 本判決は、まず、全体観察と取引の実情について、「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」として、「商標の類否」の意義に関する先例である〔コカコーラ事件〕、〔蛇の目事件〕の各最判、全体観察の原則を示唆する〔三桝事件〕、〔リラ宝塚事件〕の各最判、「取引の実情」に関する先例である〔シンガー事件〕の最判を総まとめしたものとなった。ちなみに、原判決も上記諸先例に沿って認定判断していたのであるが、本判決はそれらの先例を整理して詳細に述べたものといえる。

(b) 次に、「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

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。」として、外観、観念又は称呼の類似が間接事実すぎず、同じく間接事実である取引の実情によって主要事実である出所の誤認混同のおそれが認められない場合があることを示した。

ここで興味深いのは、〔蛇の目事件〕〔シンガー事件〕の各最判の類否判断が、外観、観念、称呼自体の対比によって決するとの枠組みの中で「取引の実情」を考慮するという形をとっているのに対して、本判決においては、上記のとおり一般的基準において、「商標がその外観、観念、称呼等によつて」、「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」、「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」としており、取引の実情を外観、観念、称呼自体と区別しているようにも読めるのである。そうだとすれば、本判決は、「外観、観念、呼称」の類否とは別個独立に「取引の実情」を考慮するという新たな枠組みを示唆するものといえる。

とすると、本判決のいう全体観察とは、先例のような「外観、観念、呼称」の類否に関する全体観察ではなく、「外観、観念、呼称」に「取引の実情」等を加えて全体観察をすべきことを示唆している可能性がある。この点は、後の〔小僧寿し事件〕最判で明らかにされる。

(c) 続いて、事案への当てはめにおいて、「出願商標は氷山の図形のほか『硝子繊維』、『氷山印』、『日東紡績』の文字を含むものであるのに対し、引用登録商標は単に『しようざん』の文字のみから成る商標であるから、両者が外観を異にすることは明白であり、また後者から氷山を意味するような観念を生ずる余地のないことも疑なく、これらの点における非類似は、原審において上告人も争わないところである。」として、全体的な考察において外観、観念を無視してはならないことを明確にしている。

本件では、結合商標が明示的な論点となっていないから、本判決もこの点を正面から判断しているわけではない。しかし、本願商標は、図形と「硝子繊維」、「氷山印」、「日東紡績」の各文字から成る結合商

標であり、このような商標に関して全体的に考察すべきものとしていることは、結合商標に関して経験則により全体観察の原則を大幅に制限した〔リラ宝塚事件〕の論理を事実上軌道修正したものといえる。

上告理由の背後には、〔リラ宝塚事件〕最判の論理に基づくとともに、商標の混同誤認は商標の外観、観念又は称呼の何れか一つについて類似していれば他の点において類似しなくてもなお類似商標と認めるのが相当であるとの考え方があるように思われるが、本判決はこれを否定したものである。

(d) また、本判決は、取引の実情を考慮して、「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とはできない。」とした。

本判決が「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」(下線部分参照)としているのは、本件のような取引の実情によれば称呼の類否を問題にするまでもなく出所の混同をきたすおそれのない事案であるから、原判決が「称呼においても類似するものではない」としたことをもって失当とはいえないとする趣旨と解されている。<sup>(2)</sup>

(e) 本判決のいう「具体的な取引状況」について、本判決の判例解説では、「商標の類否の判断基準としての商品の出所混同のおそれの有無は、一応既登録の商標と出願商標とが同一または類似の商品に使用されたとすれば一般取引における経験則上商品の出所の混同をきたすおそれが考えられるかどうかによって決することになろう。」「しかし、商標がその指定商品についてすでに現実に使用された実績をもつ場合やその指定商品の取引分野、取引方法に特殊なものがある場合等において、その実情のもとで商標が取引者、需要者にどのように認識され商品の出所の混同を生ずるおそれが存するかどうかの事実状態は、それが判明するかぎり、その判断の資料とされてよいわけであり、そのような具体的事実に基づく判断は、前記一般取引上の経験則による判断に優先することになろう。」としている<sup>(3)</sup>。一般取引における経験則と具体的事実に基づ

く判断を併せたものが本判決のいう「具体的な取引状況」ということであろう。民事訴訟においては、提出されたすべての証拠につき価値判断をするのが原則であるから（最判昭和28年5月14日（昭27（オ）第60号）民集7巻5号565頁）、裁判所は当事者の主張立証の有無にかかわらず取引状況について検討しなければならない。その際、その評価において具体的な取引状況に関する評価が一般的な取引状況に関する評価に優先するということである。本件においては、硝子繊維糸の現実の取引状況という、指定商品についてすでに現実に使用された実績をもつ場合やその指定商品の取引分野、取引方法に特殊なものがある場合であったから、具体的事実に基づく判断が優先されている。

## 2-7 一般的、恒常的な取引の実情と特殊的、限定的な取引の実情との相違を明らかにした事例（最判昭和49年4月25日（昭和47年（行ツ）第33号）〔保土谷化学工業事件〕<sup>(4)</sup>

### （1） 事案の概要と経緯

本件では、X（上告会社）出願に係る本願商標（X会社のイニシャルHを図案化したもので、社標（ハウスマーク）でもある）と、引用商標（OとCとを組み合わせる図案化したもので、O化学工業株式会社の社標でもある）の類否が争われ、審判では商標法4条1項11号の「類似する商標」に該当するとされた。

本願商標



引用商標



原判決（東京高判昭和47年1月25日（昭和45年（行ナ）第101号）<sup>(5)</sup>）は、取引の実情に関して、「染料および塗料について、一般にデパート塗料店および文具店等において一般消費者を対象とする家庭用のものが販売されていることは、顕著な事実であり、・・・専門業者の間においても、前認定の外形上の類似点の故に、本願商標の付せられた各商品について出所の誤認混同を生ずるおそれが全くないとはいえないところである」とした。

上告理由の要点は、原判決が両商標の類否判断において、これを使用する商品の具体的な取引状況に基づか

ないで判断をした誤りがあるというものである。より具体的にいうと、「染料、塗料について家庭用のものが一般消費者に販売されていること」については原判決のいうように争いようのない顕著な事実であるとした上、「家庭用染料は極く限られた分野の取引であり全体の染料の取引に占める割合は僅少」であるところ、上告会社等の「染料メーカーが直接、一般消費者を対象とした家庭用染料には全く関与していない」のであるから、「本件商標の指定商品のうちその一部に限られ、しかも実際の取引においては殆んど問題とするに足りないような僅かな量である家庭染料（顔料については、かかることすらない）を取り上げ、あたかもそれがために全体の指定商品の出所の誤認混同を来たすものであるかのように判断することは、最高裁判決のいう『その商品の取引の具体的実情に基いたもの』とはいえない」というものであった。

### （2） 本判決と検討

本判決は、まず、「商標の類否判断に当たり考慮することのできる取引の実情とは、その指定商品全般についての一般的、恒常的なそれを指すものであって、単に該商標が現在使用されている商品についてのみの特殊的、限定的なそれを指すものではないことは明らかであり、所論引用の判例も、これを前提とするものと解される。」との一般的基準を示している。

ここに「所論引用の判例」とは〔しょうざん事件〕最判のことである。本判決は、上記の「その指定商品全般についての一般的、恒常的なそれ」が〔しょうざん事件〕最判にいう「その商品の取引の具体的実情」に対応しているとしている。

ところで、「単に該商標が現在使用されている商品についてのみの特殊的、限定的なそれ」は、「単に」や「のみ」という語が使用されているところからして、常識的には〔しょうざん事件〕最判にいう「その商品の取引の具体的実情」の一部に含まれるものと思われる。

そこで、上告理由をみてみると、染料、塗料について家庭用のものが一般消費者に販売されていることについては争いが無い。そして、Xは、本件の両商標を使用する商品の具体的な取引状況に基づいた類否判断すなわち「染料の取引」に基づいて類否判断をしていないと主張している。

〔しょうざん事件〕最判のいう「具体的な取引状況」

は一般取引における経験則と具体的事実に基づく判断を併せたものをいうと解されるところ、Xの主張は、上記の具体的事実に基づく判断に関して、原判決が、染料、塗料一般に関する具体的取引の実情に基づいて判断したのに対して、それでは不十分であって「染料の取引」についての具体的取引の実情に基づいても判断をすべきであったとしているものと思われる。

そこで、本判決は、単に指定商品全般の中の「現在使用されている商品」についてのみの特殊的、限定的な取引の実情を考慮するのではなく、そのような特殊的、限定的な商品をも含めた指定商品全般についての一般的、恒常的な取引の実情を考慮すべきものとしているものと解される。

そうだとすれば、原判決が、「現在使用されている商品」についてのみの特殊的、限定的な取引の実情を考慮しなかったからといって、染料、塗料一般に関する取引の実情について判断している以上それで十分であり、原判決に違法はないことになる。

したがって、本判決は、最後に、「原審が、本件の商標類否の判断に当たり、その指定商品の染料、顔料及び塗料につき広く一般消費者を対象とする家庭用のものが販売されているという顕著な事実を考慮にいたしたのは、上記見解に立つものというべく、もとより正当であり、その点に所論の違法はない。」としているのである。

## 2-8 侵害訴訟においては現に使用されている商品の具体的な取引の実情の考慮が必要であるとした事例（最判平成4年9月22日（平成3年（オ）第1805号）集民165号407頁〔大森林事件〕<sup>6)</sup>

### (1) 事案の概要及び経過

本件では、Y（被控訴人、被上告人）が頭皮用育毛剤及びシャンプーに使用するY標章（「木林森」の漢字を行書体で縦書き又は横書きした文字から成る）が、X（控訴人、上告人）の有する本件商標（「大森林」の漢字を楷書体で横書きして成る）と類似するかが争われた。

本件商標

大 森 林

Y 標章

木  
林  
森  
  
木林森

第1審及び控訴審（原判決）は非侵害とした。第一審判決（東京地判平成2年6月22日判時1356号137頁）の事実摘示によると、やや長くなるが、Xは次のような主張をしていた。

すなわち、Xは、「商標法上、商標の類否判断は、登録商標と対象標章のそれぞれの現実の使用態様を考慮に入れて行われるべきものである。これを本件についてみると、前記の原告の関連会社は、原告商品の青味がかかった黒色地の容器と包装箱に金色で大きく縦書きした本件商標を付しており、そのイメージは、深い木々に覆われた森林の持つ自然で静謐な観念を看者に与えるものであるが、このことは、本件商標が現実の使用態様のもとにおいて右のような観念を有することを意味する。他方、被告は、被告商品の広告にみられるように、深い木々に覆われた森林を全面的に演出し、また、原告商品の容器及び包装箱と酷似した黒色系統の単一色地の容器及び包装箱に金色で大きく被告標章を付しており、そのイメージは、木々に覆われた森の帯有する自然さ、静謐さそのものであって、このことは、被告標章が現実の使用態様のもとにおいて右のような観念を有することを意味する。したがって、一般需要者にとって、両商品について出所の混同が生じていることは明白であ」とした。

これに対して、原判決（東京高判平成3年7月30日（平成2年（ネ）第2408号）<sup>7)</sup>は、両商標の類否について、「本件商標及び被控訴人標章は、抽象的な図形からなる商標ではなく、いずれも日頃馴れ親しんだ有意味の文字によって構成されており、控訴人が主張するような点を考慮しても、『大』と『木』、『森林』と『林森』の外観上の相違は明らかであって、離隔的、全体的に観察するも、両者は、外観において類似するものとは認められず、特に、後に述べるような本件商標及び被控訴人標章の付せられた頭髮化粧品の需要者層において、外観上両者を混同するものと認めることはできないものというべきである」とし、取引の実情の考慮については、「本件商標及び被控訴人標章が付せられて



いる頭皮用育毛剤、シャンプー等の頭髮化粧品の実需要者は育毛、増毛を強く望む男性であるが、かかる需要者は当該商品に付せられた標章に深い関心を抱き、注意深く商品を選択するものと推認されるものであるから、・・・本件商標及び被控訴人標章が付された商品についての取引の実情を考慮しても、本件商標及び被控訴人標章について観念による混同は生じないものというべきである。」とした。

Xの上告理由の要点は、原判決における商標類否とその観察方法（判定方法）の誤り、及び、現実の使用態様を考慮に入れた取引の実情を無視し、経験則に違背した違法があるというものであった。

## （2） 本判決と検討

（a） 本判決は、〔しょうごん事件〕最判を引用して「商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべきであり、しかもその商品の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきもの」であるとした上で、更に、「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ます、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。」とした。

（b） そして、まず、両商標の類否については、「本件商標と被上告人標章とは、使用されている文字が『森』と『林』の二つにおいて一致しており、一致していない『大』と『木』の字は、筆運びによっては紛らわしくなるものであること、被上告人標章は意味を持たない造語にすぎないこと、そして、両者は、いずれも構成する文字からして増毛効果を連想させる樹木を想起させるものであることからすると、全体的に観察して対比してみて、両者は少なくとも外観、観念において紛らわしい関係にあることが明らかであり、取引の状況によっては、需要者が両者を見誤る可能性は否定できず、ひいては両者が類似する関係にあるものと認める余地もあるものといわなければならない。」とした。

原判決は、「『大』と『木』、『森林』と『林森』の外観上の相違は明らか」であるとしたのに対して、本判

決は、「両者は少なくとも外観、観念において紛らわしい関係にあることが明らか」であるとした。本判決が、「両者は、いずれも構成する文字からして増毛効果を連想させる樹木を想起させるものである」（下線部分参照）としているのは、第一審判決の事実摘示に示されているXの主張を念頭に置いたものと思われる。（c） 続いて、取引の実情について、原判決が需要者を「育毛、増毛を強く望む男性」に限定したのに対して、本判決は、「必ずしも右のような需要者ばかりであるとは断定できないことは経験則に照らして明らかである」とし、また、「上告人の・・・主張事実から現れる可能性のある商品の取引の状況も勘案した上、本件商標と被上告人標章との類否判断がされなければならない。」のに、原審は「被上告人商品が訪問販売によっているのかあるいは店頭販売によっているのか、後者であるとしてその展示態様はいかなるものであるのかなどの取引の状況についての具体的な認定のないままに、本件商標と被上告人標章との間の類否を認定判断した」として原判決を破棄した。

興味深いのは、本判決が「主張事実から現れる可能性のある商品の取引の状況も勘案した上」としていることである。すなわち、〔保土谷化学工業事件〕最判においては特殊的、限定的であるとされた「該商標が現在使用されている商品」が、侵害訴訟の類否判断においてはむしろ積極的に考慮しなければならないとしていることである。侵害訴訟の場合、当然に、「該商標が現在使用されている商品」についての「特殊的、限定的」な取引の実情が主張立証されるはずであり、このことは上記第一審判決の事実摘示に示されているXの主張からも明らかであって、まさにそれが侵害訴訟における主たる審理の対象とされているのである。

それゆえ、本判決は、「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」とやや厳しい判示となっているものと思われる。

## 3 結合商標の類否判断に関する判例

### 3-1 全体観察と分離観察の広範な併存を認めた事例（最判昭和36年6月23日（昭和34年（オ）第856号）民集15巻6号1689頁〔三柵事件〕）

#### （1） 事案の概要及び経緯

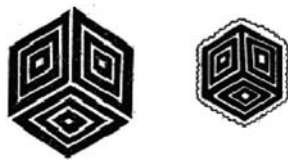
本件では、X（上告人）出願に係る本願商標（三重の

直線をもって正六角形（亀甲図形）を描き、その中に「元祖」の文字をゴシック体風に縦書きし、その図形の両側に「三桝」の紋章を描いた立方体を夫々2分の1程度表わして成る」と、引用商標（「三桝（ミマス）」の紋章（順次大きさの異なる3個の正方形を、小なるものは大なるものの内部に正しく位置するように描いて成る）の類否が争われ、審判では旧商標法2条1項9号の「類似ノ商標」に該当するとされた。

本願商標



引用商標



原判決（東京高判昭和34年6月23日（昭和32年（行ナ）第35号）は、「本願商標は、その中央の図形によつて『亀甲（キツコウ）』の称呼、觀念（或いは、権利不要求の部分と商標の称呼、觀念の形成とに関する原告の見解を是認できるとすれば、これと『元祖』なる権利不要求の文字部分との結合によつて『亀甲型元祖（キツコウガタガンソ）』又は『元祖亀甲型（ガンソキツコウガタ）』の称呼、觀念）を生ずるとともに、原告の意図いかんにかゝらず、両側の図形によつて『三桝（ミマス）』の称呼及び觀念をも生ずると認定するのが相当である。」とした。

上告理由の要点は、全体観察が原則であるところ、特別の事情もないのに、原判決が「三桝（ミマス）」の称呼及び觀念が生じるとした点に誤りがあるというものであった。

## （2） 本判決と検討

本判決は、「商標の一部が圧倒的に重要であり他の部分が附加されているに過ぎないような場合は格別、本件出願商標のような図形においては、二つの称呼が出ることも考えられないことではない。」との一般的基準を示した上で、「本件出願商標と引用商標とは、その図形において同じではなく、ことに本件商標の中央部に亀甲の図形があり、三桝の図形は右亀甲によつて一部覆われその全部をあらわしていないのであるが、そのことによつて出願商標から三桝の称呼、觀念を生じないものとは断定し難く、原判決が出願商標は引用商標とその称呼、觀念において同じである旨を判示したのは正当である」とした。

本判決は、一方で、上記のとおり（2-4参照）、「商標

の類否を判断するについては、それぞれの商標を全体として観察しなければならないことは所論のとおりである。」としながら、他方で、「商標の一部が圧倒的に重要であり他の部分が附加されているに過ぎないような場合」を除けば「本件出願商標のような図形においては、二つの称呼が出ることも考えられないことではない。」とし、広く分離観察を認めている。全体観察と分離観察の広範な併存が許されれば、実質的に原則と例外の意味が失われることになる。この問題は次の〔リラ宝塚事件〕最判に引き継がれる。

## 3-2 経験則により全体観察の原則を大幅に制限した事例（最判昭和38年12月5日（昭和37年（オ）第953号）民集17巻12号1621頁〔リラ宝塚事件〕）

### （1） 事案の概要と経過

本件では、X（上告人）出願に係る本願商標（古代ギリシャの抱琴リラの図形に「寶塚」の文字を結合して成る）と、引用商標（「寶塚」なる漢字だけを縦書きにして成る）の類否が争われ、審判では旧商標法2条1項9号の「類似ノ商標」に該当するとされた。

本願商標



引用商標



原判決（東京高判昭和37年4月24日（昭和35年（行ナ）第148号）は、「本願商標がひろく一般的な取引者需要者をもつと考えてよい石けんを指定商品としているものであつて、このような者の間において『リラ』と『宝塚』とが必然的に觀念として結びついたものと認められないことを考え合わせるか、本願商標から『リラタカラヅカ』のほか、『タカラヅカ』『宝塚』の称呼、觀念が生じうるであろうことは、容易に考えうることである。本願商標からは『リラタカラヅカ』の称呼、觀念のみが生じ、『タカラヅカ』『宝塚』の称呼、觀念の生ずる余地がないとする原告の主張は、その主張する諸般の事情を考慮しても、とうてい採ることができない。」とした。

上告理由は、全体観察が原則であるところ、特別の事情もないのに、本願商標を分離観察して「タカラヅカ」「寶塚」の称呼、觀念が生じるとした点に誤りがあ

るというものであった。

## (2) 本判決と検討

本判決は、〔三桝事件〕最判を引用しつつ、「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際においては、各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められない商標は、常に必ずしもその構成部分全体の名称によつて称呼、観念されず、しばしば、その一部だけによつて簡略に称呼、観念され、一個の商標から二個以上の称呼、観念の生ずることがあるのは、経験則の教えるところである」、「しかして、この場合、一つの称呼、観念が他人の商標の称呼、観念と同一または類似であるとはいえないとしても、他の称呼、観念が他人の商標のそれと類似するときは、両商標はなお類似するものと解するのが相当である。」と一般的基準を示した。本判決は、「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際」の下で、1個の商標から2個以上の称呼、観念の生ずることがあるのが経験則であるとして、分離観察の根拠を一般的経験則に帰している点で、〔三桝事件〕最判よりも大きく分離観察の方向へ舵を切った判例といえる。

そして、事案への当てはめでは、「原判決の確定した事実によれば、右図形が古代ギリシヤの抱琴でリラという名称を有するものであることは、本願商標の指定商品たる石鹸の取引に関係する一般人の間に広く知れわたっているわけではなく、これに対し、宝塚はそれ自体明確な意味をもち、一般人に親しみ深いものであり、しかも、右『宝塚』なる文字は本願商標のほぼ中央部に普通の活字で極めて読みとり易く表示され、独立して見る者の注意をひくように構成されている」、「かかる事実関係の下において、原判決が右リラの図形と『宝塚』なる文字とはそれらを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものではない」として原判決の判断を是認した。

本判決は、上記(2-5参照)のとおり、「商標はその構成部分全体によつて他人の商標と識別すべく考案されているものであるから、みだりに、商標構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判定するがごときことが許されない」ことを認めつつ、「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際においては、各構成部分がそれを分離して観察す

ることが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められない商標」については1個の商標から2個以上の称呼、観念の生ずることがあるのが経験則であるとして、経験則という論理に基づいて全体観察の原則を大幅に制限した。

なお、本判決は、一般的基準においては「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際においては」としているものの、事案への当てはめにおいては、「かかる事実関係の下において、原判決が右リラの図形と『宝塚』なる文字とはそれらを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものではない」としており、特に「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際」への言及はない。

この点、本判決の判例解説では、「一般に、簡易、迅速をたつとぶ取引の実際においては、商品の購買者は二個の商標を現実に見比べて商品の出所を識別するのではなくして、その商標を構成する文字、図形の各部分またはその総括した全体を通じて最も印象の強いものによって商品の出所を識別するのが普通である。」とされている<sup>6)</sup>。「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際」とは要部観察を引き出すための一種の枕詞のような役割だったのかもしれない。

本判決の後、前記のとおり、〔しょうざん事件〕最判により全体観察が原則であることが明確にされたから、本判決の論理は〔しょうざん事件〕最判によって大きく軌道修正されたといえる。後記の〔セイコーアイ事件〕、〔小僧寿し事件〕、〔つつみのおひなっこや事件〕の原判決は、いずれも本判決の論理に従って分離観察をしているが、そのすべてが最判で否定されることになる。

### 3-3 構成の一部が強く支配的な印象を与える場合に分離観察を否定した事例（最判平成5年9月10日（平成3年（行ツ）第103号）民集47巻7号5009頁〔セイコーアイ事件〕）

#### (1) 事案の概要と経緯

本件では、X（上告人）出願に係る本願商標（縦方向の輪郭を横方向の輪郭に対し短く表示した十字形輪郭内に「eye」の欧文字を大きく太く表し、その下に小さく「miyuki」の欧文字を表示して成る）と、引用商標（「SEIKO EYE」の欧文字を横書きして成る）の類否が争われ、審判では商標法4条1項11号の「類似する商標」に該当するとされた。



原判決（東京高判平成3年2月28日（平成2年（行ケ）第194号））は、引用商標に接する取引者、需要者は、その構成中の「EYE」の部分は、株式会社服部セイコーの取り扱いに係る「EYE」印の商品であると認識するから、引用商標は、「セイコーアイ」のほか、「アイ」と称呼し、「目」を意味するものとも観念すると認められるとして分離観察を行った上、「EYE」の文字は、その指定商品の品質、用途等を表示するものと認めるべき証拠は存しないから、これが一般性、普遍性のある文字であるからといって自他商品を識別する機能がないとはいえない、として審決の判断を是認した。

## （2） 本判決と検討

（a） 本判決は、まず、引用商標の「EYE」の部分について、同商標が指定商品である眼鏡について使用される場合には、「『EYE』の部分は、眼鏡の品質、用途等を直接表示するものではないとしても、眼鏡と密接に関連する『目』を意味する一般的、普遍的な文字であって、取引者、需要者に特定の、限定的な印象を与える力を有するものではない」とし、一方、「『SEIKO』の部分は、我が国における著名な時計等の製造販売業者である株式会社服部セイコーの取扱商品ないし商号の略称を表示するものである」から、引用商標が「指定商品である眼鏡に使用された場合には、『SEIKO』の部分が取引者、需要者に対して商品の出所の識別標識として強く支配的な印象を与えるから、それとの対比において、眼鏡と密接に関連しかつ一般的、普遍的な文字である『EYE』の部分のみからは、具体的取引の実情においてこれが出所の識別標識として使用されている等の特段の事情が認められない限り、出所の識別標識としての称呼、観念は生じず、『SEIKO EYE』全体として若しくは『SEIKO』の部分としてのみ称呼、観念が生じるというべきである。」として原判決を破棄した。

（b） 本判決は、原判決の分離観察をいちがいに否定するものではないが、「EYE」の部分の自他商品識別機能を否定し、結果として全体観察をしている結果となった。

原判決は、分離観察を前提として、「EYE」が「一般性、普遍性のある文字であるからといって自他商品を識別する機能がないとはいえない」としたが、本判決は、逆に、そう認定判断できるためには、「具体的取引の実情においてこれが出所の識別標識として使用されている等の特段の事情」が必要であるとして立証責任を転換させて、分離観察を限定的に解している。

## 3-4 取引の実情により結合商標を不可分一体と解した事例（最判平成9年3月11日（平成6年（オ）第1102号）民集51巻3号1055頁〔小僧寿し事件〕）

### （1） 事案の概要と経緯

本件では、フランチャイズチェーン「小僧寿し本部」の加盟店であり、自らも傘下に加盟店を組織するY（被控訴人、被上告人）が、企業グループを示す名称として使用するY標章（「小僧寿し」「KOZO」「KOZO SUSHI」「KOZOSUSHI」等の各標章）と、X（控訴人、上告人）の保有する本件商標（「小僧」を縦書きにして成る）との類否が争われ、第1審及び原判決は、「KOZO」標章のみの使用差止めを認め、その余については、商標法26条1項1号にいう自己の名称の著名な略称に該当するとして、使用差止めと損害賠償請求を排斥した。

原判決（高松高判平成6年3月28日（平成4年（ネ）第120号））（第一審判決（高知地判平成4年3月23日（昭和58年（ワ）第44号））も同様）は、「リラ宝塚事件」最判の論理に従って分離観察を行い、「『小僧』と『寿し』を分離するのが取引上不自然であると思われるほど不可分に結合しているとはいえない」とした上で、「小僧寿し」の要部は「小僧」であるから本件商標と類似するとした。

### （2） 本判決と検討

（a） 本判決は、原判決の結論については正当であるが、類否判断に誤りがあったとした。

まず、本判決は、「しょうぞん事件」最判を引用した上で、「商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標が外観、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すべきであり、かつ、その商品の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものである。右のとおり、商標の外観、観念又

は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所を誤認混同するおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、右三点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違するか、又は取引の実情等によって、何ら商品の出所を誤認混同するおそれが認められないものについては、これを類似商標と解することはできないというべきである」として全体観察及び取引の実情の考慮についての一般的基本準を示した。

特徴的なことの1つは、結合商標の事例においても全体観察の原則に関する〔しょうざん事件〕最判の論理に従うべきことを明確にしている点である。また1つは、商標の外観、観念又は称呼の類似のうちに類似する点があるとしても、取引の実情等によっては、商品の出所を誤認混同するおそれが認められない場合があるとしている点である。すなわち、〔しょうざん事件〕最判を一步進め、「外観、観念、呼称」の対比とは別個独立に「取引の実情」を考慮するという枠組みもあることを明確にしている点である。

(c) 事案への当てはめでは、「取引の実情」から「遅くとも昭和53年以降においては、『小僧寿し』『KOZO SUSHI』『KOZOSUSHI』『KOZO ZUSHI』の各標章は、全体が不可分一体のものとして、『コゾウズシ』又は『コゾウスシ』の称呼を生じ、企業グループとしての小僧寿しチェーン又はその製造販売に係る本件商品を観念させるものとなっていたと解するのが相当」であるとし、上記各標章の「小僧」又は「KOZO」の部分のみから「コゾウ」なる称呼も「商店で使われている年少の男子店員」との観念も生じないとし、商品の出所を誤認混同するおそれがあるとは認められないとした。

### 3-5 全体観察と分離観察のメルクマールを明示した事例（最判平成20年9月8日（平成19年（行ヒ）第223号）集民228号561頁〔つつみのおひなっこや事件〕）

#### (1) 事案の概要と経緯

本件では、Y（上告人）の保有する本件商標（『つつみのおひなっこや』の文字を標準文字で横書きして成る）と、X（被上告人）の保有する引用発明1（『つつみ』の太文字を横書きして成る）、及び、引用商標2（『堤』の太文字1字から成る）との類否が争われ、審判ではXの請求（商標法4条1項8号、1号、11号、

15号等）をすべて排斥した。これに対して原判決（知財高判平成19年4月10日（平成18年（行ケ）第10532号）<sup>(9)</sup>は商標法4条1項11号の「類似する商標」に該当するとして審決を取り消した。

すなわち、原判決は、「本件商標は、『つつみ』と『おひなっこや』とが組み合わされた結合商標として認識されるものであるが、本件商標の構成において『つつみ』の文字部分を分離することができないほど一体性があるものと認めることはできない」とし、また、「『つつみ』の部分のみが分離して認識されるから、簡易迅速を尊ぶ商取引の実際においては、冒頭の『つつみ』の部分から、『ツツミ』のみの称呼をも生じるものと認められる。」として、分離観察を行った上、本件商標が引用商標1、2に類似するとした。

#### (2) 本判決と検討

(a) 本判決は、〔しょうざん事件〕最判を引用して、「法4条1項11号に係る商標の類否は、同一又は類似の商品又は役務に使用された商標が、その外観、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、その商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察すべきもの」であるとともに、〔リラ宝塚〕最判、〔セイコーアイ〕最判を引用しつつ、「複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについて、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断すること」ができるのは、その部分が、①「取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合」、②「それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合など」のみであるとした。〔しょうざん事件〕最判の論理に従って、〔リラ宝塚〕最判を引用しつつその射程距離を大きく限定している。

そして、「本件商標は、『つつみのおひなっこや』の文字を標準文字で横書きして成るものであり、各文字の大きさ及び書体は同一であって、その全体が等間隔に1行でまとまりよく表されているものであるから、『つつみ』の文字部分だけが独立して見る者の注意をひくように構成されているということとはできない。」「本件審決当時・・・上記『つつみ』の文字部分が、本件指定商品の取引者や需要者に対し引用各商標の商標権者である被上告人が本件指定商品の出所である旨を

示す識別標識として強く支配的な印象を与えるものであったということはできず、他にこのようにいえるだけの原審認定事実は存しない。」「本件商標の構成中の『おひなっこや』の文字部分について・・・上記部分は、土人形等に密接に関連する一般的、普遍的な文字であるとはいえず、自他商品を識別する機能がないということとはできない。」「このほか、本件商標について、その構成中の『つつみ』の文字部分を取り出して観察することを正当化するような事情を見いだすことはできない」として、原判決の分離観察を否定し、全体観察によるべきものとした。

(b) 本件は、原判決が〔リラ宝塚事件〕最判に従って、「簡易迅速を尊ぶ商取引の実際」の経験則により分離観察によって判断したものの、実際の取引状況においては分離観察を正当化するような事情がなかったという事案である。本判決は、関連先例を整理して、分離観察をなしうる場合を明示し、それ以外は全体観察によるものとして、全体観察と分離観察のメルクマールを示したところに特徴がある。

(c) 〔セイコーアイ事件〕、〔小僧寿し事件〕、〔つつみのおひなっこや事件〕の原判決は、いずれも〔リラ宝塚事件〕最判の論理に従って分離観察をし、そのすべてが最判で否定されて、判例上、全体観察が原則、分離観察が例外であるという枠組みが明確になった。ただし、これが具体的事案において単純に割り切れるものでないことは上記各事例の内容と判示から明らかである。結局は、事例判断であって、商標自体の内容、具体的な取引の実情に応じて詳細な分析を欠くことはできない。

#### 4 まとめ

以上、かなり雑ばくであるが、商標の類否判断に関する一連の判例を取り上げ、個々の判例の検討とともに判例の流れにも焦点を当て、積み重ねられた判例の示唆するところを読み解いてみた。このように判例の流れ及び傾向に焦点を当ててみると、それぞれの判例は独立して存在しているようでも、新しい事例が現れるごとに先例を踏まえて新たな一般的基準が構築さ

れ、それが引き継がれていくという形をとっている判例の実情がうかがわれる。商標の類似が混同を生じるおそれに基づくこと、外観、観念、称呼について全体観察の原則、取引の実情は、先例として確立していき、〔しょうざん事件〕最判はその総まとめであった。一方、結合商標の場合は、当初、〔三柵事件〕〔リラ宝塚事件〕の各最判において分離観察が強調されてきたが、〔しょうざん事件〕最判により全体観察が原則であることが明確にされて、〔リラ宝塚事件〕最判の論理が軌道修正された。しかし、その後も〔リラ宝塚事件〕最判の論理に従う下級審判決が続くがそのすべてが最判で否定され、かくして、全体観察が原則、分離観察が例外であるという枠組みが明確になった。とはいえ、分離観察を否定する論理は〔セイコーアイ事件〕、〔小僧寿し事件〕、〔つつみのおひなっこや事件〕の各最判において一貫しているわけではない。今後は、上記各最判の射程距離を押し量りながら論理が深化していくものと思われる。本稿が商標の類否判断について検討する上で何らかの参考になるところがあれば幸いである。<sup>(10)</sup>

以上

#### (注)

- (1) 白石健三・最高裁判例解説民事編昭和35年度328頁参照
- (2) 矢野邦雄・最高裁判例解説民事編昭和43年度(上)62頁参照
- (3) 渡部吉隆・最高裁判例解説民事編昭和43年度(上)60頁参照
- (4) 審決取消訴訟判決集(昭和49年)443頁
- (5) 判タ276号355頁
- (6) 判タ800号169頁
- (7) 判タ800号174頁
- (8) 渡部吉隆・最高裁判例解説民事編昭和38年度384頁参照
- (9) 判タ1280号114頁
- (10) 筆者が東京弁護士会知的財産権法部平成28年度定例会で行った講義「商標関係訴訟の実務入門」において積み残したところを新たな論考として書き下ろしたものである。多くのご教示を頂いた知的財産権法部長の川田弁護士には敬意と感謝を申し上げます。

(原稿受領2017.5.30)