

# 商標法における「標章」の意味



佐久間 光夫

## 目次

はじめに

1. 商標法における「標章」
2. 辞書における「標章」
3. 判決例に現れている「標章」
4. 標章
5. 商標の成り立ち
6. 商標権の成立
7. 商標の登録制度
8. 商標の本質
9. 商標を使用する者・利用する者
10. 特別顕著性（3条）
11. 商標の同一
12. 商標権侵害
13. 先使用权
14. 取消審判

おわりに

.....

## はじめに

現行商標法（昭和34年法）の2条の定義中に、「標章」の文字が使用されている。

この「標章」の文字は、単なる略称としての使用か、それとも法律用語として法律的な特別の意味を有するものなのか。

3条、4条を始めとして標章・商標の使用、同一商標・類似する商標などが問題となる場で、「標章」の語はどのような働きをしているのか。

判決例などの使用例を紹介しながら、商標と標章の関係、「標章」の商標法上の意味を探ってみることにする。

## 1. 商標法における「標章」

### 1-1 商標法2条1項

この法律で「商標」とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合（以下「標章」という。）であって、つぎに掲げるものをいう。

#### 1-1-1 大正10年法

自己ノ生産、製造、加工、選擇、證明、取扱又ハ販

賣ノ營業ニ係ル商品ナルコトヲ表彰スル為商標ヲ専用セムトスル者ハ本法ニ依リ商標ノ登録ヲ受クルコトヲ得（1条1項）

登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字、圖形若ハ記號又ハ其ノ結合ニシテ特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス（1条2項）

同一又ハ類似ノ商品ニ慣用スル標章ト同一又ハ類似ノモノ（2条1項6号）

取引者又ハ需要者ノ間ニ廣ク認識セララルル他人ノ標章～（2条1項8号）

他人ノ登録商標ノ登録出願前ヨリ同一又ハ類似ノ商品ニ付取引者又ハ需要者ノ間ニ廣ク認識セララルル同一又ハ類似ノ標章～（9条1項）

營利ヲ目的トセサル業務ニ係ル商品ノ標章ヲ専用セムトスル者ハ標章ノ登録ヲ受クルコトヲ得（26条1項）

同業者及密接ノ關係ヲ有スル營業者ノ設立シタル法人ニシテ團體員ノ營業上ノ共同ノ利益ヲ増進スルヲ目的トスルモノハ其ノ團體員ヲシテ其ノ營業ニ係ル商品ニ標章ヲ専用セシムル為其ノ標章ニ付團體標章ノ登録ヲ受クルコトヲ得（同上27条1項）

#### 1-1-2 明治42年法

自己ノ生産、製造、加工、選擇、證明、取扱又ハ販賣ノ營業ニ係ル商品ナルコトヲ表彰スル為商標ヲ専用セントスル者ハ本法ニ依リ商標ノ登録ヲ受クルコトヲ得（1条1項）

登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字、圖形、記號又ハ其ノ結合ニシテ特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス（1条2項）

同一商品ニ慣用スル標章ト同一又ハ類似ノモノ（2条1項4号）

世人ノ周知スル他人ノ標章ト同一又ハ類似ニシテ同一商品ニ使用スルモノ（2条1項5号）

營利ヲ目的トセサル業務ニ係ル商品ニ使用スル標章ヲ専用セムトスルトキハ本法ニ依リ登録ヲ受クルコトヲ得（20条1項）

### 1-1-3 明治32年法

自己ノ商品ヲ表彰スル為商標ヲ専用セントスル者ハ此ノ法律ニ依リ其ノ登録ヲ受クヘシ (1条)

文字、圖形又ハ記號ニシテ左ノ場合ニ該当スルモノハ商標ノ登録ヲ受クルコトヲ得ス (2条)

欄、地紋其ノ他特別著明ノ外觀ナキモノ (2条7号)

主務官廳ニ於テ認可シタル同業者ノ組合ニシテ標章ヲ商標トシテ [下線引用者] 専用セントスルトキハ此ノ法律ニヨリ登録ヲ受クルコトヲ得 (21条1項)

### 1-1-4 商標條例改正

自己ノ商品ヲ表彰する為商標ヲ使用セント欲スル者ハ此條例ニ依リ其商標ノ登録ヲ受ケ之ヲ専用スルコトヲ得 (1条1項)

商標ハ特別著明ナル圖形字體又ハ其結合ヲ以テ要部ト為スヘシ (1条2項)

商標ノ登録ヲ受ケント欲スル者ハ一商標毎ニ明細書及見本ヲ添へ農商務大臣ニ出願スヘシ但其願書明細書及び見本ハ特許局ニ差出スヘシ (3条)

#### 一 商標全部構造ノ説明

商標ノ見本ニ付圖様文字ノ形状、位置、書體、方向、裝飾、附記等ヲ説明スルヲ要ス

#### 二 商標ノ要部

商標ノ見本ニ付キ特別著明ノ外觀アル部分ノミヲ記載スルヲ要ス

#### 三 ~

#### 四 商標使用ノ方法

商標ヲ實地商品ニ使用スル方法ヲ説明スルヲ要ス (明治25年商標條例施行細則改正7条)

商標ノ印版ハ見本全部ノ構造ヲ悉ク一箇ノ版面ニ彫刻シ彩色等ノ為メ之ヲ分割セサルヲ要ス~ (同上10条)

左ニ記載スル圖形、字體又ハ其結合ハ商標ノ要部トナスヘキ特別著明ノ外觀ナキモノトス (同上13条)

同一商品ニ使用セントスル二個以上ノ商標ニシテ左ニ記載スル場合ノ一ニ該當スルトキハ互ニ類似シタルモノトス

一 離隔上ノ觀察ニ於テ差異ナキトキ

二 商標上ヨリ生スヘキ自然ノ稱呼同一ナルカ又ハ相紛ハシキトキ (同上15条)

### 1-1-5 商標條例

商標ハ農商務省ノ商標簿ニ登録ヲ經タルトキハ其所有主ニ於テ登録ノ日ヨリ15年間之ヲ専用スルノ權ヲ有ス可シ (1条)

商標ヲ専用セント欲スル者ハ願書ニ見本並明細書ヲ

添へ登録ヲ願出ツ可シ~ (2条)

左ノ商標ハ登録ヲ願出ツルコトヲ得ス

三 同業者普通ニ用ヒ又ハ商業上慣用セル目印ヲ以テスル者 (5条3項)

一 商標見本 此處ニハ用ヒント欲スル商標ノ眞形ヲ模寫シ又ハ印刷シ又ハ印刷セルモノヲ貼付スヘシ (「商標登録願書明細書等ノ書式」明治17年6月23日農商務省告示第5号)

一 此商標ハ正中ニ何ノ圖形ヲ畫キ又ハ何ノ文字ヲ記シ其 (上下) (左右) (角隅) (周圍) ニ何ノ圖形模様罫線何ノ文字ヲ記シ候 (同上告示)

一 此商標全形ノ内専用ノ要點ハ何ノ圖形ヲ又ハ文字ニ有之候 (同上告示)

一 此商標ノ何處ニハ某地何某 (某會社某組) ノ文字ノ何様ニ附記致候 (同上告示)

一 此商標ヲ用ヒ候物品ハ商標登録願手續第11條何種ノ何品又ハ何々品ニ有之候 (同上告示)

一 此商標ハ何品ニ畫キ又ハ附記シ又ハ印刷シ上包又ハ製品 (品目ヲ記スヘシ) へ貼付又ハ結付又ハ製品 (品目ヲ記スヘシ) ニ直ニ畫キ又ハ記シ印刷シ又ハ彫込ミ又ハ織込ミ候 (商標ノ用ヒ方ハ成丈詳密ニ記スルヲ要ス) (同上告示)

## 1-2 特許庁編「特許法逐条解説」

### 1-2-1 2条

本条の趣旨は、本法の解釈及び運用について基本的な概念となる「商標」、「登録商標」及び標章についての「使用」の3つについて定義を与えてその意義を明確にし、法の正しい適用を担保しようとするものである。(昭和34年版548頁)

商標は必ず平面的でかつ視覚にうつたえるものでなければならぬ。味などは、たとえ機能的に商標と同様に作用しても商標ではない。(同上549頁)

標章と商標の関係であるが、標章とは [下線引用者] 1項の定義のとおり [下線引用者] 文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であり、業務を行う者が標章を商品について使用すると商標となるのである。即ち、標章は商標を含む広い概念であり、逆にいえば商標は標章の中で一定の者が商品について使用をするという特殊な要件が加わったものなのである。したがって標章というときは、サービス・マークはもとより商品とは全く関係のない文字、図形又は記号なども含まれるのである。(同上550頁)

営利の目的の有無によつて商標と標章とを区別して

いる。しかし、その2項〔大正10年法26条〕で、標章は商標とみなして商標に関する規定を適用すると規定しており、実体的な差異ない。そこで新法は両者を含めて商標とし、したがって、標章登録制度は商標登録制度に吸収されて消滅した。(同上553-4頁)

商標が標章でなければならない〔下線引用者〕ことのほかの要件～として、1項2号を新設した。(平成4年改訂11版801頁)

### 1-2-2 3条1項6号

6号は1号から5号までの総括条項である。逆にいえば、1号から5号までは6号を導き出すための例示的列挙ともいえるのであり、「特別顕著」の一般的な意味を明らかにしているのである。本号の意味するのは「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ことができない」ことであつて、必ずしも需要者がその商品が特定の者の業務に係るものであることを認識することができるかどうかを問題にしているのではない。商標のもつべき本質的機能としては他商品とを区別し、それが一定の出所から流出したものであることを一般人に認識させることができれば充分なのである。(昭和34年版559-60頁)

### 1-2-3 先使用权

本条はいわゆる先使用权についての規定である。すなわち、他人の商標登録出願前から不正競争の目的がなくその出願に係る指定商品又はこれに類似する商品についてその商標又はこれに類似する商標を使用していて、その商標が周知商標になつている場合は、その後継続して使用する限りはその企業努力によつて蓄積された信用を既得権として保護しようとするものである。いいかえれば、未登録周知商標についての保護規定である。(昭和34年版613頁)

### 1-2-4 防護標章

防護標章制度の趣旨はおおむね次のようなところにある。～これらの権利の侵害に直接つながる予備的な行為を37条2号以下で侵害とみなすことにしているのである。(昭和34年版653-4頁)

この場合に、商標法は法的な保護を与えるべき範囲を限定する技術的手段として「類似」という概念を用いる。～類似範囲を超えれば非類似部分の他人の商標の使用が実際には商標権により保護されるべき業務上の信用を害するような場合でも何等それに対しその自己の信用を保護する手段をもたないのである。ところが、商品に関して、商品の出所の混同を生ずる範囲と

指定商品を中心とした類似範囲とは必ずしも一致しないのである。～すなわち、商品の類似という概念は劃一的なものであるのに対して、商品の出所の混同を生ずる商品の範囲は、それに使用をされている商標の著名度などにより変動する流動的な概念といふことができる。～すなわち商品の類似範囲を超えて商品の出所の混同を生ずる範囲が広がった場合にはもはや商標権の効力は及ばない～のである。～そこで、新法はこのような場合の救済手段として防護標章制度を設けたのである。～登録商標と同一の標章についての防護標章登録を受けられることとし、他人のその標章の使用を禁止排除もすることができることとして業務上の信用の保護を図ることとしたのである。(昭和34年版654-5頁)

## 1-3 諸外国の制度

1-3-1 ある企業の商品又はサービスを識別するために使用される呼称、図形、印刷物、シール、文字、数字、商品の形状又はその表装及びその他の象徴は、個別標章とみなされる。(標章に関する統一ベネルクス法1条) 1996年9月「外国工業所有権法令集」AIPPI JAPAN (以下同じ)

1-3-2 (1) 商標とは、ある企業の商品又はサービスと他の企業のそれとを識別することができる標識をいう。(2) 商標は、特に、語、文字、数字、視覚的表現、立体形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩の結合から構成されることができる。(スイス商標法1条)

1-3-3 [1] 如何なる標識も、特に単語(人名を含む)、図案、文字、数字、音響標識、立体形状(商品若しくはその包装及びその他の包装の形状を含む)、色彩及び色彩の組み合わせを含むものであつて、ある事業に係る商品又はサービスを他の事業に係る商品又はサービスから識別することができるものは、商標として保護することができる。(ドイツ連邦共和国商標法3条)

1-3-4 (1) この法律において「商標」とは、視覚媒体により (graphically) 表現することができるあらゆる標識であつて、ある事業の商品又はサービスを他の事業の商品又はサービスから識別することができるものをいう。

特に、商標は、語(個人の氏名を含む。)、図案、文字、数字又は商品の形状若しくはその包装からなることができる。(英国1994商標法1条)

1-3-5 商標又はサービスマークとは、自然人又は法人の商品又は役務を識別するのに役立つ、描写的に表示(グラフィック)可能な標識である。

次に例示するものは、そのような標識に該当する可能性がある。

(a) あらゆる形態の名称、例えば、単語、単語の組み合わせ、姓、地名、筆名、文字、数字、略語

(b) 聴覚的標識、例えば音、音楽的節回し

(c) 形象的標識、例えば図案、ラベル、印章、織端、浮き彫り、ホログラム、意匠文字、合成映像：形態、特に製品若しくは包装の形態、又は役務を識別する形態：色彩の配置、結合又は陰翳。(フランス知的所有権法771条の1)

## 2. 辞書における「標章」

2-1【標章】[ひようしやう][ひようせう][へうしやう][へうせう]の欄に存在せず。(明治22年「言海」明治24年版)

【標識】[ひようし][ひようしき][へうし][へうしき]の欄に存在せず。(同上)

【商標】[しやうへう]一ノ商品ニ他ト區別セムガ為ニ、特ニ定メテ記シ用キル種類ノ標目<シルシ>。(同上)

2-2【標章】へウ・シヤウ しるしとなす記號。(大正6年「大字典」昭和15年版)

【標識】へウ・シキ めじるし。(同上)

【商標】シヤウ・へウ 商品のしるし。(同上)

2-3【標章】へう・しやう シルシトスル記號。シルシ。(昭和10年「大言海」)

【標識】へう・しき [へうしノ慣用音]メジルシ。シルシ。(同上)

【商標】しやう・へう [英語, Trade-mark.ノ譯語]一ノ商品ニ、他ト區別セムガ為ニ、特ニ定メテ、記シ用キル、種類ノ標目<シルシ>。(同上)

2-4【標章】へう・しやう めじるし。徽章。(昭和3年「改修言泉 第五卷・昭和7年版」)

【標識】へう・し めじるし。しるし。みおぼえ。符號(同上)

【標識】へう・しき へうし(標識)の誤讀。(同上)

【商標】しやう・へう 『英語 Trade mark』營業者が自己の生産・製造・加工・選擇・證明・取扱、又ハ販賣の營業に係る商品なることを示すために用ふる文字・圖形・記號又はそれらを結合せるもの。(大正10年「改修言泉 第三卷」昭和7年版)

2-5【標章】へウシヤウ しるしとする徽章または記号。(1995年「広辞苑」1997年版)

【標識】へウ・①區別するしるし。目印。「道路」②。(同上)

【商標】シヤウへウ (trade mark) 自己の生産・製造・加工・選擇・證明・取扱または販賣の營業に係る商品であることを表示するために、一定の商品に付する文字・図形・記号などの標識。(同上)

2-6【標章】へウシヤウ シルシトスル記號。シルシ。(昭和31年「新編大言海」平成6年版)

【標識】へウシキ [へうしノ慣用語]メジルシ。シルシ。(同上)

【商標】シヤウへウ [英語, Trade-mark.ノ譯語]一ノ商品ニ、他ト區別セムガ為、特ニ定メテ、記シ用キル、種類ノ標目<シルシ>。(同上)

2-7【標章】[記載なし]。(1989年「日本語大辞典」)

【標識】①しるし。めじるし。Mark ; sign 交通一。安全一。②。(同上)

【商標】事業者が自分の商品を他の事業者のものと識別するために用いる独自の標識。文字・記号・図形などによる。トレードマーク。ブランド。Trademark ; brand。(同上)

2-8【標章】(へウシヤウ) しるしとする記号。符号。マーク。標号(1993年「講談社新大字典」)

【標識】(へウ)シ・(へウ)シキ 區別するためのめじるし。符号。(同上)

【商標】(シヤウへウ) 自己の会社の製品・商品であることを表すために付す文字や図形などのしるし。(同上)

2-9【標章】へウシヤウ 特定の団体や催し物などを表す記章・記号の類。シンボルマーク。(1995年「大辞泉」)

【標識】へウ一 目印。目印として設けられたもの。「交通」(同上)

【商標】シヤウへウ 事業者が自己の取り扱う商品を他人の商品と識別するために、商品について使用する文字・図形・記号などの標識。(同上)

## 3. 判決例に現れている「標章」

3-1 初期の頃の判決(主に「兼子・染野判例工業所有権」より)

3-1-1 包装容器そのものの出所を示す標章の使用にあつては容器の側面、底辺あるいは表面の隅に表示するのが通例であり、容器の見易い位置に見易い方法であらわされるものは内容の商品名または標章と見られるものであつて、包装容器そのものの出所を示すものと

しては受けとられないのが取引上の経験則である。(昭和46年9月17日福岡地裁飯塚支判・昭和44年(ヨ)41号)

3-1-2 「巨峰」～の標章を表示した包装容器の製造、販売は商標権の侵害行為を構成するものではない。(同上判決)

3-1-3 「文字～との結合」はすべて商標法の規定にいう「標章」にあたり、～、それがどのような内容のもので、どのような目的のもとにどこに表現されているか、一般人がその表現を普通どのように受け取るか等一切関係なく、商標法に規定する「商標」にあたる。

右の定義による「標章」あるいは「商標」の概念が「取引社会に現に使用されている社会的事実としての標章ないし、商標、あるいは社会的通念としての標章ないし商標の概念」(以下「本来の商標」という。)と異なるものであることは言うまでもない。しかるに、同条で、「標章」、「商標」について社会的通念に反する定義を与えたのは、専ら立法技術上の便宜のみに基づくものである。(昭和51年2月24日大阪地裁判・昭和49年(ワ)第393号・工業所有権法質疑応答集2543頁)

3-1-4 「龍村平蔵製」の文字に類似する商標を指定商品袋帯に「織り込む行為」は、～商品に標章を付して商標を使用する行為で、本法37条1項に規定する指定商品についての登録商標類似の商標の使用に該当～。

(昭和52年4月28日大阪高刑5判・昭和51年(ウ)91号)

3-1-5 近所の購読者に無料で配布する行為は、一種の顧客サービスであり、～「日曜夕刊」という標章が付されたとはいえ、～右規定にいう「使用」に該当するものということとはできない。(昭和52年8月24日東高民13判・昭和50年(行ケ)154号)

3-1-6 被告標章「テレビまんが」～は自他商品の識別標識としての機能を果たす態様で使用されているとは認められず、～被告標章の使用を禁止することはできない。(昭和55年7月11日東地民29判・昭和53年(ワ)255号)

3-1-7 本条3項3号にいう「商品に関する広告」にあたり、サービス券にイ号標章を付けることは、右規定の標章の使用に該当し、サービス券に付されたイ号標章は商標に該当する。(昭和58年1月31日名古屋地判・昭和54年(ワ)988号)

3-1-8 原告の表示と被告標章は、ともに原告ラコステを示す一連のラコステ標章であり、～と認められるから、被告による輸入行為～は、実質的違法性を欠き、～禁止権を行使できないと解するを相当とする。(昭和

59年12月7日東地民29判・昭和54年(ワ)8489号)

3-1-9 手袋付きすり洗い用スポンジは、登録商標を記載した商品説明書とともに透明ビニール袋に封入され、～と一体として包装し、かつ右の登録商標を外部から認識しうる状態におき、これによって右の商品を他の商品と識別し、かつ他の商品との出所の混同を防止していたのであるから、このことは、本条3項1号にいう「商品の包装に標章を付する行為」に該当する。

(昭和63年9月29日東高民6判・昭和63年(行ケ)31号)

3-2 近頃の判決(主に「染野義信・染野啓子判例工業所有権」より)

3-2-1 商標として使用されたものか、そうでないかの判断は、右標章が商品について使用されたことにより、その商品について前述の機能を営むに至ったかどうかによるべきであつて、これを使用した者の主観的な意思、目的によるものではないと解するのが相当である。

(平成3年1月28日浦和地民4判・昭和62年(ワ)226号)

3-2-2 自他商品の識別標識としての機能を果たす態様で用いられている標章ではないものとして、当該登録商標の禁止権は及ばないものと解すべきである。

(平成6年3月25日千葉地決定・平成5年(ヨ)702号)

3-2-3 商標法2条1項は、立法の仕方として、業として商品を生産～する者がその商品について使用する標章をすべて形式的に商標法上の「商標」として定義しているが、本来の意味での商標の本質は、自己の業務に係る商品と他人の業務に係る商品とを識別するための標識として機能することにあるというべきで、商標法1条、3条1項、2項、25条の規定によれば、形式的意味での商標ではなく、出所表示機能、自他商品識別機能を有する商標のみをその本質を備えた本来的な意味での商標と認めて、これを権利として保護していると認められ、商標法36条、37条が商標権の侵害行為を規定しているのは、商標権者以外の第三者が、登録商標と同一又は類似の商標を、指定商品又はこれに類似する商品に使用することにより、その商品の出所を表示して自他商品を識別する標識としての機能を果たし、商品の出所の混同を生ずるおそれが生じ、商標権者の登録商標の本質的機能の発揮が妨げられるという結果を生じることによるものであり、また商標法26条1項2号は、商標の本質的機能である出所表示機能、自他商品識別機能を果たしていないと認められる商標について、商標権の禁止権の効力が及ばない旨を定めたと解すべきである～。(平成7年2月22日東京地民29

判・平成6年(ワ)6280号)

3-2-4 本願商標は、前記のとおり、青色の横縞風の模様を正方形の枠内に描いてなるものであるが、その図形をほぼ同じくして色彩をそれぞれ異にする形態の標章が、本願商標を含めて、原告によって「エピ」、「エピ・マーク」と呼ばれ(以下「エピ・マーク」という)、商品の素材となる皮革に対する型押しと染色によって商品の全体に表示されて、原告の一群の商品において使用されている。この皮革は「エピ・レザー」と呼ばれ、このシリーズは「エピ・ライン」ないし「エピ・レザー・ライン」と呼ばれ、「エピ」、「エピ・レザー」とも略称されている。この名称は、原告が麦の穂が風にたなびく様子をイメージした図柄をベースに図案化したために、フランス語で「麦の穂」を意味する「epi」の言葉をその標章のネーミングに使用したものである。これらのエピ・ラインの商品には、いずれも、原告の社名の頭文字である「L」「V」の文字を組み合わせたモノグラムが同色で表示されている。

～商標法3条2項の適用を否定した審決には誤りがあるというべきである。(H12.8.10・平成11(行ケ)80東京高裁)

## 4. 標章

### 4-1 「標章」

「標章」の語は、国語の辞書にも掲載されているものである。

商標法2条1項において、「この法律で『商標』とは、～(以下『標章』という)～」として、標章の語を使用している意味合いとはいかなるものであろうか。

上記条項の(以下「標章」という)というところの「標章」は、契約書における契約当事者の一方を(以下「甲」という)というところの、単なる言い換えの記号・符号、すなわち(以下「A」という)というところの何の意味もないAと同じ省略用法で使用されているものであろうか。

それとも、国語の辞書に掲載されているような意味を含んだ上で、かつ、商標との関係を十分斟酌した上で意図的に使用されているものであろうか。

### 4-2 「標章」は法律用語

「この法律で『商標』とは、文字、図形若しくは記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合(以下『標章』という)であって、つぎに掲げるものをいう」について、単なる略称であ

るならば、それは、(以下「文字等」という)ということになるであろう。

そして、「標章」の文字は、周知の標章・団体標章を含めて、大正10年法まで法律用語として使用されてきたものである。

そのせいか、昭和34年法制定の第31国会の参議院・衆議院の商工委員会会議録において、「標章」そのものに関する議論は見当たらない。

#### 4-2-1 法律

標章の語が初めて条文上に現れたのは、明治32年法21条1項においてである。

それは、団体標章を意味するものである。

#### 4-2-2 大正10年法

同一又ハ類似ノ商品ニ慣用スル標章ト同一又ハ類似ノモノ(2条1項6号)

取引者又ハ需要者ノ間ニ廣ク認識セラルル他人ノ標章～(2条1項8号)

他人ノ登録商標ノ登録出願前ヨリ同一又ハ類似ノ商品ニ付取引者又ハ需要者ノ間ニ廣ク認識セラレタル同一又ハ類似ノ標章ヲ善意ニ使用スル者ハ其ノ他人ノ商標ノ登録ニ拘ラス其ノ使用ヲ繼續スルコトヲ得～(9条1項)

營利ヲ目的トセサル業務ニ係ル商品ノ標章ヲ専用セムトスル者ハ標章ノ登録ヲ受クルコトヲ得(26条1項)

同業者及密接ノ關係ヲ有スル營業者ノ設立シタル法人ニシテ團體員ノ營業上ノ共同ノ利益ヲ増進スルヲ目的トスルモノハ其ノ團體員ヲシテ其ノ營業ニ係ル商品ニ標章ヲ専用セシムル為其ノ標章ニ付團體標章ノ登録ヲ受クルコトヲ得(同上27条1項)

#### 4-2-3 条約

「工業所有權保護ニ關スル同盟條約」の明治32年の翻訳にも見ることができる。

故ニ右期限満了前ニ～標章(製造標或ハ商標)ヲ使用シタルコトニ依リ無効トナルコトナシ(4条2項)

製造標或ハ商標ヲ附スヘキ生産物ノ性質如何ハ如何ナル場合ニ於テモ標章出願ノ妨害トナルコトナシ(7条)

不正ナル製造標或ハ商號ヲ附ケタル生産物ハ其ノ標章或ハ商號カ法律上ノ保護ヲ受クヘキ同盟國內ニ輸入ノ際ニ之ヲ差押フルコトヲ得ヘシ(9条1項)

### 4-3 標章の性質

#### 4-3-1 表示と標章

地下鉄や私鉄の自動改札機の切符・パスネット又は定期券挿入口に、「二枚投入できません」、「二枚投入できます」、「二枚重ねて投入できます」などの表示が

見られる。これら文字からなる表示は、最後まで読まなければならない。時間がなく、急ぐときでも読むことを強制される。

これらの表示は、文字からなるものではあるが、標章とはいえないものである。それでは、標章とはどのようなものをいうのであろうか。

#### 4-3-2 標章とは

上記表示との対応では、標章とは、次のようなものであるということが出来る。

「2枚」と「投入」の左横書きの2文字ずつを上下二段に重ねて全体が四角になるようにし、その周りを四角の線で囲み、その全体に×印を重ねたものを見ることが出来る。

この文字と図形の結合からなる全体として四角の表示は、2枚一緒に投入しても自動改札機が作動しないことを表したもので、それは標章といってよいものである。

「1枚」の文字を四角で囲んだものと、「2枚」の文字を四角で囲んだものを表示とすることができる。「1枚」の表示は、1枚は使えるが、2枚は使えないということの意味し、「2枚」の表示は、2枚重ねて使えることを意味している。

前者の表示も後者のそれも、それぞれ1つの標章といってよい。両者を同じように使う場合には、それらは、標識であるといってよいかもしれない。互いに独立した固有の意味を有し、それぞれ互いに識別できるものであるから。

#### 4-3-3 標章と纏まり

標章として記憶しやすいものであるためには、瞬時に認識できるまとまりのある表示ということが求められる。瞬時に認識できるものであるためには、記憶しやすい観念をもつものである前に、まず認識しやすいまとまりのある構成のものでなければならない。

構成要素のうち要部といわれるところの1つのまとまりは、商品の同定に役立ち、付記的部分は識別に役立つものである。

図形要素は直感的な認識に役立ち、文字要素は確認的な認識に役立つものである。

いくつかの構成要素が組み合わされた1つの表示から幾つのまとまり・要部を取り出すかは、その表示を見る需要者の認識にかかっている。

標章は、まとまりのある形式・態様のものでなければならない。全体が一つのまとまりを形成し、1つの観念のみが生ずるものが最善のものといえる。

#### 4-3-4 標章と観念

ここでいう観念は、商標の外観・称呼・観念といわれるところの観念ではなく、「外観・観念・称呼」と並べて説明する場合の観念のことである。(なお、「外観、観念、称呼」と並べた表記で最近のものは、2001年「知的財産関係訴訟法」の393-4頁に見られる。)

すなわち、「ゼロックス」の商標についていえば、「ゼ」「ロ」「ッ」「ク」「ス」の片仮名文字5文字からなるところのもの、との観念という意味である。

この意味で、同様に図形にも観念があるといえるのである。そしてこの観念から称呼が生ずるのである。

いま、正三角形を線で表し、下線に平行に上下3等分になるように2つの線を加え、同様に左斜線から2本の線を右斜線から2本の線を平行に加えると、小さな3角形が9個からなる図形を描くことができる。

この図形全体を1つの図形と認識することはもちろん普通のことであるが、小さな9つの三角形を強く認識する者がいるかもしれない。さらに、その図形の中に三角形4つを含む中位の結合された3角形を3つ認識する需要者がいるかもしれない。

9つの構成要素がそれぞれ異なる要素である場合に、その内のいくつか又はいくつかの結合が特別顕著であるときは、その1つ1つがいわゆる要部といわれることのあるものであり、さらに商標である可能性もあるということができる。

「文字と絵からなる商標の一部分を取り出して議定書に基づいた出願を行えないことは不便と感じている。」(「マドリッド協定議定書の円滑な運用と利用促進を図るための調査・研究及び普及活動報告書」26頁・発明協会・平成14年3月)といった意見や、「片仮名文字と英文字の2段書きの国内商標をベースにその英文字商標をマドプロ出願できるようになれば、もっと利用が多くなると考えています。」といった意見(資料1・2頁・同上)が掲載されている。それぞれに、独立して標章となりうる構成要素を含むものである、ということを示している。

記憶の前提として、観念できないものは、認識できても記憶できない、あるいは記憶しにくい。換言すれば、記憶はできても取り出すことができない、といったほうが良いかもしれない。

#### 4-3-5 標章と記憶

標章とは、簡単にして明白に認識され、そのことにより容易に人の注意をひくものであり、一度印として

活用できた標章は、二度目にそれを見つけたときも同じ意味において活用できるものとして、記憶されていくものである。

標章は、記憶されやすいものでなければならない。記憶されやすさは、全体としてのまとまりがもたらすものである。1つの画面からいくつの纏まりを取り出すかは、需要者の認識によるものである。それゆえ、全体が1つのまとまりを形成し、そこから1つの観念のみが生ずるものが記憶されやすいものである。

#### 4-3-6 標章と需要者

標章は、商品についての印であるところの商標との関係でいえば、需要者のためのものである。「標章」としての認識は、需要者の観念に基づくものである。需要者がある標章を商標として使用するのである。

標章は、認識する者に、記憶することを強制するようなものであってはならない。多くの努力を払わないと認識し記憶できないものは、標章としての資格がないものといわなければならない。

その意味で、需要者が読むことを強制されるいわゆる商号商標は、その多くのものが標章としての条件を満たしていないものといえる。

#### 4-3-7 標章と商標

図形などを商品の包装に表示するのは、商品の所有者である。商品の所有者は、標章を商品について使用しているといえる。

商品についてのこの標章の継続的使用は、商品の需要者に標章を認識させ、印象づけ、記憶させて、その標章と商品との関係を定着させる。

需要者は、標章を商品の同定手段すなわち商標として使用していく。

商標は、「文字～との結合（以下『標章』という）であって、次に掲げるものをいう」と現行法は規定している。しかしながら、このことは「商標は文字などの標章からなるものである」との意味を有するものであるとしても、「文字などの標章からなるものは商標である」ということを意味するものではない。

#### 4-3-8 論文の中の「標章」

書籍及び論文等の中でも、①2条の規定の説明に「標章」の文字を用いないもの（小林十四雄、江口俊夫・昭和50年10月「新商標法解説」）

②「標章であって」のように、標章であることが商標の要件であるかのように、「標章」の文字を用いるもの、  
1) 商標ハ標章〔下線引用者〕ノ一種ナリ。標章ハ其ノ

本來ノ性質ヨリ云へバ無形ナル思想ナレドモ、之ヲ具體的ニ表現センガ為メニハ文字・圖形・記號等有形の標識ニ依ラザルベカラズ。（昭和2年「各國商標法提要」1頁・井野春韶）

2) 商標ハ商品ニ使用スル標章〔下線引用者〕ナルコトヲ要ス（昭和2年「商標法詳論」11頁・吉原隆次）

3) 商標ハ一定の營業に係る商品を、他の商品より識別せしむる為め、商品に使用せらるる標章である。

商標ハ標章 (Mark) 〔下線引用者〕である。

標章とは、一定の標識の為め使用せらるる形象 (Symbol) を云ふ。～商標たり得る標章は文字～たることを要し、従つて、平面的形象に限るものと云はねばならぬ。（昭和25年「工業所有權論」259頁・永田菊一郎）

4) 商標ハ標章 (Mark) 〔下線引用者〕である。

標章とは一定の標識の目的の為めに使用せられる形象 (Symbol) を言うのである。而して右にいわゆる一定の標識の目的とは商品に關する營業の得意としての目的である。（昭和27年「條解工業所有權法」427頁・萼優美）

5) 標章と商標との關係であるが、標章とは〔下線引用者〕1項の定義のとおり〔下線引用者〕文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であり、業務を行う者が標章を商品について使用をすると商標となる〔下線引用者〕のである。すなわち、標章は商標を含む広い概念であり、逆にいえば商標は標章の中で一定の者が商品について使用するという特殊な要件が加わつたものなのである。（昭和34年「新工業所有權法逐条解説」550頁）

6) 商標が標章でなければならない〔下線引用者〕ことのほかの要件～として、1項2号を新設し～た。（平成4年改訂11版801頁）

7) 商標 (Trade mark, Warenzeichen) とは、業として商品を生産～する者が、その商品について使用する標章〔下線引用者〕である。すなわち、標章とは極めて広い概念であつて、～商品とは何等關係ない文字～なども当然包含されている。

これに対して、商標とは、これら標章〔下線引用者〕のうちで商品について使用されるものをいうのである。（昭和37年「新工業所有權法講義」239頁・瀧野文三）

8) 「この法律で商標とは……標章であつて〔下線引用者〕業として～」と規定し、ここにいう「標章」とは文字、図形もしくはこれらの結合またはこれらと色彩の結合をいう旨定めている。（昭和39年「商標」83頁・



網野誠)

9) 元来、商標は周知の如く、商品の識別を直接の目的とする標章〔下線引用者〕であり、特定の商品に付されることにより商品を個別化するものである。(昭和42年「別冊ジュリスト」14頁・〔複数商標〕紋谷暢男)

10) 商標は、まず第一に、標章〔下線引用者〕であること、第二に、業として使用するものであること、第三に、商品に使用するものであることを必要とする。(昭和46年「新訂商標法詳説」78頁・光石士郎)

11) 現行法では「商標」についての定義規定を置き(商標2条1項)、商標の要素をたんなる「標章」〔下線引用者〕と「商品についての使用」とに分け、前者は「文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合」であると定義し〔下線引用者〕、これが商品について使用される場合に「商標」となることを定めた。このように「標章」とその商品についての「使用」とが区別されている結果、「標章」は商品とは独立した性格をもつもの、かつそれ自体としてまとまった統一的なものであることが必要となる。(昭和47年「特許・商標・著作権」108頁・中川善之助)

12) 商標法によれば、商標とは、標章〔下線引用者〕、すなわち文字、図形もしくは記号もしくはこれらの結合またはこれらと色彩との結合であって〔下線引用者〕、業として商品を生産、加工、証明または譲渡する者が、その商品について使用するものをいう(～)。

そうすると、商標法上の商標はまず標章であって〔下線引用者〕、標章とは法の列挙するところからみて、視覚を通じて認識される標識であり、また、平面的形象であって、立体的形象や聴覚・臭覚・味覚などを通じて認識される標識を含まないと解される。(1973年「工業所有権法講義」97頁・土井輝生・播磨良承)

13) 商標(Trade mark, Warenzeichen)とは、業として商品を生産し加工し証明または譲渡する者が、その商品について使用する標章である。商標法第2条は、商標の定義を与えているが、その前提として先ず標章の概念を明確にしている〔下線引用者〕。(昭和50年「最新工業所有権法」273頁・瀧野文三)

14) マークは標章と訳されましょう。マークとは、一定のものを示すための形象です。くだいていえばしるし〔下線引用者〕です。商品の標識として用いられたものが商標(トレード・マーク)です。(昭和50年「商標の知識」12頁・小野昌延、江口俊夫)

商標は商品を示すための標章(マーク)〔下線引用者〕

です。(同上13頁)

15) 商標法は、まず標章〔下線引用者〕の観念を創作して文字との結合であるとし、商標とはこの標章を、業として商品を生産する者がその商品について使用するものをいうと定義する。(昭和52年「工業所有権法解説一四法編」687頁・萼優美)

16) 商標上の商標は、標章〔下線引用者〕と商品との関係をいうのであるから、この場合、標章とは、文字・記号など、平面的なそれらに限られるからであるというにあった。しかし、法は、実際上の取引の実情を無視し、法観念的な定義を予定したのであろうか。法は、このような形式的な観念についてのみ定義することで満足し、これで十分なものと考えているのであろうか。

(昭和58年「商標法一理論と実際一」13頁・播磨良承)

17) 「標章」は、標識に属し「商標」を含み、これより広い概念である。商標は営業者が他と区別するために、商品・役務に付ける標章である。商標から営業的色彩をとった形象部分ともいえよう。(1989年「商標法概説〔第2版〕」6頁・小野昌延)

現行商標法上の商標は「標章」〔下線引用者〕に限定されているから、標章は商品、あるいは、役務について平面的または立体的に現され、人間の視覚によってとらえられるものであることが必要である。(同上7頁)

18) 「マーク」は標章と訳しうる。マークとは、一定のものを示すための形象である。商品・役務の標識として用いられた「標章」〔下線引用者〕が、商標(trademark)である。(平成6年「注解商標法」6頁・小野昌延)

いかに括弧書き内の「標章」の文字は略称で、その内容は定義されているとはいえ、「標章」(しるし)と称している。したがって、商標は標章を商品「について」使用するものであるから、「文字(標章)等を商品をしめすもの(標)に使用するもの」が商標で「価格」とか「しみ」などは、もちろん商標ではない。(同上8頁)

定義では、これらの構成要素が具体的に商標を構成するものとして使用される場合の事例の1つ1つを、「標章」〔下線引用者〕という旨定められている。(同上58頁)

本条〔2条〕は1項で商標を定義し、商標とは「標章」であって〔下線引用者〕、商品の生産者等が商品又は役務について使用するものである等を定めている。(同上66頁)

19) 我が国商標法第2条第1項第1号、同第2号において、「商標」は、標章であって〔下線引用者〕「業と

して商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの又は「業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用するもの（前号に掲げるものを除く）」と定義されている。（2001年「パテント」No.12-37頁・平成12年度商標委員会）

20) 商標法は、文字～の結合を標章〔下線引用者〕とし、商標とは、業として商品を生産～する者がその商品について使用する標章〔下線引用者〕をいうと定め（同法2条1項1号、役務商標については同項2項参照）、いかなる行為が標章を使用する行為になるのかについても定義規定（同法2条3項）をおき、具体的に標章の使用となるべき行為を定めている。（2001年牧野利秋・飯村敏明編「知的財産関係訴訟法」397頁・榎戸道也）

③その他、に分かれている。

#### 4-3-9 判決の中の「標章」

判決書の中にも、「標章」の語が使用されている。その用法は、図形などの構成についてその略称として使用しているようには見受けられない。すなわち、商標法2条1項の「標章」の語を受けて、商標の構成を示す法律用語として使用しているように見受けられる。この用法は、「(以下「エピ・マーク」という)」との略称形式とともに「標章」の語を使用している平成11年(行ケ)第80号判決からも、単なる略称としての使用でないことは明らかである。

上記判決は、平成8年の立体商標制度を明記した改正前の商標登録出願（平成5年商標登録願第113583号）についてのものであるが、商標法3条2項の適用を否定した審決には誤りがあるとして、審決（平成9年審判第1261号）を取り消したケースである。

その内容は、立体形状のバッグ全体に表されている図形、すなわち、その素材の皮革についての型押しと染色によって構成された物品の立体形状からその一部分を抜き出したものといえる、「青色の横縞風の模様からなる正方形」の標章について、本願商標のみの表示によって、原告の商品であることが広く認識されていたことが認められる、とするものである。

「かばん類、袋物〔下線引用者〕、携帯用化粧道具入れ」の包括表示を含む指定商品の全てについて3条2項の適用を認めたことには少し疑問が残る。もっとも、立体的形状に表された標章に基づき、平面的商標について使用による特別顕著性を認めた論理構成については賛成できるものがある。

しかしながら、立体的形状と図形などの結合の中から、その一部を取り出し、1つの商標として成立しているとする説明としては、不十分なものを感じる。

すなわち、関係するバッグの立体的形状の一方向から見たそのままの形態ではなく、その一面のそのまた一部を切り取り、しかもそれを正方形の枠内に描いたこと、及び「L」と「V」の文字を組み合わせたモノグラムが表示されている面から切り出しているものである。

バッグの図形などを含む立体的形状全体について商品の同定力を認めたいうで、構成要素を1つ1つ外したものについても商品の同定力があると、証拠を対比させて説明されたら分かりやすかったと思われる。使用されている図形などの構成要素から、需要者は、いくつもの標章を認識し、それらの標章に対応していくつもの商標を取り出すことができるものであるから。

## 5. 商標の成り立ち

### 5-1 図形などの使用

図形・記号・文字などが商品に継続的に表示されることによって、図形などが商品の需要者によって1つのまとまりとして認識され、注目されて、記憶されるようになる。

### 5-2 継続的な使用

図形などが商品に継続的に使用されることにより、特定の商品との関わりで、それらの図形などは、需要者にとってまとまりのある印として認識され、注目され、記憶されていく。

標章の継続的使用がなぜ必要かといえ、一定の継続的な使用によってのみ、需要者は、ある図形などを標章として認識したものを記憶し、商標として利用できるように、商品との関係を定着させるのである。

広告における標章の使用は、実際の商品との関係ではいまだ架空のもので、流通におかれた実際の商品との関係で、需要者が商標を商品の同定のために使用したときに、始めて、広告として実質的な効果を発揮したことになるのである。広告も1度なされただけでは、その効果を十分に発揮できない。

図形などが商品について1度だけ使用されることによって標章になることはないし、1度の標章の使用によって標章が商標になることもない。ましてや商標となって商標権が発生することなど決してありえないことである。

まとまりのある図形・記号・文字などが、標章とし

て、商品について継続的に使用されることによって、通常、商標は成立する。

そのように需要者が標章により商品を同定することができるようになったとき、その標章は商標になるのである。

### 5-3 標章としての確立

商品との関係で、ある需要者の記憶に固定された図形などからなる印は、その需要者の認識によってまとまりのある1つの標章となる。

需要者の認識力・記憶力はそれぞれ異なるので、各人にとっての標章としての成立は、場所と時間によって異なることになる。需要者の判断をある一時点において全て集めることができれば、標章としての成立を証拠に基づいて確認することができることになるが、そのようなことは不可能なことである。まして、需要者は随時変動している。

権限を有する判断者が、時に応じて法律の運用・適用として判断することになる。そこでは、経験則が重要な働きをすることになる。なぜなら、判断が求められる標章は、多くの場合、商品について使用されていないものであるから、標章の使用に係る資料はもとより、需要者の商標としての使用に係るものを判断材料とすることができないからである。

需要者の1%が標章と認識できれば、標章は成立しているといえる。その標章は、商標法によって保護される対象となる(32条)。10%の需要者が認識していればもう十分といえる。

そのとき、図形などは標章として確立する。

数多の需要者にとって商品の共通の印となった標章は、その標章が商品について使用されていくとき、需要者予備軍にとってもその標章と関係する商品を同定する力を持つはずである。

### 5-4 商標の成立

図形などが商品に付着されて表されると、商品の需要者はそれらを印として認識し、注目し、記憶し、後に商標として使用することになる。商標は、多くの需要者によって一般的に標章として認識されて、図形などが商品の同定に使用されることによって成立する。

商標は、標章を単に商品に付着させることによって成立するものではない。商標は、需要者の認識・印象・記憶によって成立するものである。商標は、需要者の心理的活動によってもたらされる観念的なものである。

商標は、取引者による図形などの選択や、それらの

商品への付着、またそれらの継続的な使用のみによって当然に成立するものではない。それらの行為は、商標の成立の誘因、単なる出発点にすぎない。

1つの標章が特定の商品について同定する力を獲得したとき、その標章は、商標となる。

標章が特定の商品について同定する力を獲得するということは、数多の標章が付された商標の世界において、特定の商品についての商標として需要者によって使用されるということである。

ある1つの標章が付された商品が流通に置かれた場合に、ある場所でその標章が付された商品を購入した需要者が、別の機会に他の場所でその標章が付された商品を欲しいと思ったときに、多くの商品の中から、その標章のみによって、迷うことなく、特に注意を払うことなく、容易に選択できるようになっているということの意味する。

需要者予備軍の一人に、ある特定の商標を提示すると、その商標の関係する特定の商品あるいは商品の種類を返答するというほどになれば、その商標はかなり広く知られていることになる。

商標の成立についての1つの態様は、いわゆる周知商標とそれに対応する先使用権のところにもみることができる。

### 5-5 観念的商標・具体的商標

商標は、需要者の認識によって心理的に作られるところの観念であり、それは観念的なものである。

商標は、需要者の観念に存するものであり、無体のものである。これは、商標が観念的なものであるということを示している。

観念的商標は、商品についてのアフターサービスも含む、標章の使用の信用・グッドウィルの全てを象徴するものである。

観念的商標を視覚的に確認できるように商品に表したものを、具体的商標とすることができる。

「商標登録を受けようとする商標」(5条1項3号)の商標は、観念的商標である。願書に記載した商標は、それに対して、具体的商標とすることができる。

### 5-6 拒絶理由

周知商標の成立は、その後の商標登録出願について、登録拒絶の理由ともなりうるものである。(商標条例5条4号、商標条例改正2条3号、明治32年法2条5号、明治42年法2条5号、大正10年法2条1項8号、昭和34年法4条1項10号)

平成8年改正前の昭和34年商標法が立体商標の登録を認めていないとするにしても、需要者の間に広く知られた立体商標が存在していた場合には、関係する商品（同一商品）について、その立体商標と類似する商標の関係にある平面的出願商標は、登録を受けることができなかつたといえる。（4条1項10号）

### 5-7 パリ条約5条C(2)

パリ条約は、登録商標の構成部分を変更して使用しても、一定の場合において、同盟国における保護が減縮されないことを定めている。

商標の識別性に影響を与えないことが条件であるが、それには商標の構成上の問題と商品の同定力という機能の両面から考察される必要がある。

### 5-8 登録制度と標章

#### 5-8-1 標章の限定

商標法は、登録によって商標権を発生させる制度を構築している（18条1項）。そして、商標の全てを扱うのではなく、商標の一部に限定して登録するとしているのである。

1つには、商標の構成要素に制限を加えている。

2つには、顕著性の弱いものを登録しないとしている。

商標条例改正の1条2項で「商標ハ特別著明ナル圖形字體又ハ其結合ヲ以テ要部ト為スヘシ」と規定して、特別のもののみを登録すべしとしている。それ以来、商標登録出願手続きを含めた登録制度との関係で、登録される商標は、限定されてきたものである。

しかしながら、これらの定義が「商標は文字から構成されるべきものである」と商標の構成要素を限定する意味を有するものであるとしても、「文字から構成されたものは商標である」ということを意味するものではない。

平成8年改正前の昭和34年法において、立体商標の登録が認められていなかったといわれているが、商標法施行規則で立体商標の出願方式を規定すれば足りたものように思われる。

商標は、文字、図形、記号若しくは立体的形状これらの結合又はこれらと色彩との結合（以下「標章」という）であって、次に掲げるものをいう、と立体的形状を「標章」の中にすんなり取り込んで現行法は規定している。

商標法上意味を限定して「標章」の文字を使用することは、立法形式として問題のないところであり、国・公益に関する団体であって営利を目的としないも

の等を表示するものとして標章の文字を使用することも何ら問題ではない。それにしても、慣用商標は、大正10年法などと同様に慣用標章の方がよかつたかもしれない。

商標制度を設けた趣旨に従い、関係する条項毎に、商標の意味を解釈すればよいのであって、上記制限があることをもって、商標法上の商標は社会通念上の商標と異なるといった説明を、取り立ててする必要はないように思われる。

#### 5-8-2 登録主義

商標法は、主として商標の登録に関する条文から構成されており、商標権は商標の登録によって発生するものとしている（18条1項）。民法や商法の関係規定並びに不正競争防止法と商標法が異なるのは、この登録制度の有無によるものである。

しかしながら、商標法は、商標に係る権利関係の全てを整理している法律ではない。

2条以下で商標権が商標の登録により発生するとするなど、いろいろ規定するところがあるが、商標法としては、2条以下で商標権が商標の使用により発生すると規定することもできるのであるから、1条に規定するところの商標は登録されている商標に限定されるものではないといえることができる。（2条2項、4条1項10号等参照）

図形等から構成される標章の用語は、出願・登録の手続的な要請に応えるためのもので、第一義的には、登録商標を説明するためのものであるといえる。

「標章」の文字を取り込んだ「商標」の定義は、登録制度に強く影響された法文作成上の技術的な問題で、構成要素として一定の制限があるとしても、商標の本質に影響を与えるものではない。

登録によって成立する商標権を「登録商標権」（渋谷達紀・「商標法の理論」5頁他参照）とした方が理解しやすいかもしれない。

## 6. 商標権の成立

### 6-1 自然権としての商標権

標章が商品に継続的に使用され、多くの需要者がその標章により商品を同定するようになると、商標が成立する。そして、その標章の継続使用者が商標権を獲得することができることにもなる。標章の使用により、標章の使用者が商標権を獲得できる、という制度を設けることができる。

標章を表示する商品が、自己の業務に係る商品かそれとも他人の業務に係る商品かは、商標の成立には直接の関係はない。何人の業務に係る商品かが問題とされるのは、何人に商標権を帰属させるか、何人が商標権を侵害しているか、に関係してのことである。このことは、専用使用権や通常使用権さらには共有に係る商標権について考えれば容易に理解できることである。

私的所有権を認め、標章の使用者に商標権を所有させることにした場合、商品の印としてどのような標章が使用されているか、またその標章を使用している者が誰かは、商標権の成立に直接関係する重大問題である。

現行商標法は、自然権としての商標権を認めず、そのもっとも近いものとしていわゆる先使用権を設け、登録商標権を商標権として構成する枠組みを採用している。

自然権としての商標権を認めた上で、さらに商標の登録制度を設けるときは、先使用権の制度は廃止すべきである。商標の登録制度が設けられてから100年以上も経過し、この電子情報化の進んだ時代に、商標の登録制度を利用しないで営業活動を行うことなど考えられないことであるから。

標章が商品を同定することができるようになってくるかの判断も困難なことであるが、標章の使用者について商標権が成立しているかどうかを確認することも、容易なことではない。

商標が商品を同定するためのものとしても、ある図形などについての多くの使用から、1つの標章が特定の商品を同定する力を獲得したといえるまでになることは、そう容易なことではない。

言葉を変えていえば、1度の標章の使用によって商標が成立するということがないとする以上、どの標章について商標が成り立っているのか分からないということにもなる。

なぜなら、標章は、その構成要素が複合的に表されている場合、どの組み合わせについて標章としてのまとまりがあるかが、それほど明確ではないからである。もちろん、表示された全ての構成要素をもって全体が1つの標章であり、他に商標は成立しない、と整理するというのも、考えられる整理の仕方の1つであろう。

しかしながら、商標の成立と商標権の成立を他人に認めさせることは、さらに大変なことである。商標権の確定は、多くの場合、裁判の争いの中でなされるこ

とになるから。

## 6-2 登録商標権

そこで、百点満点の完璧な商標でないとしても、それなりに強い商標を登録することにより、商標の使用に基づく商標の成立ということに関係させずに、商標権の発生を確認する手段として、商標の登録制度を設けることになる。

標章の登録によって登録商標権（渋谷達紀・「商標法の理論」5頁他参照）を発生させる登録制度は、商標権の成立の確認と、その登録商標を明確にする意味において、商標の保護のためには、必要にして欠くことのできない制度である。

自然権としての商標権制度を認めた上で、登録による登録商標権は、資格に争いがあるようなものは登録させず、特別に顕著な商標のみが登録されるとする制度にすべきものと考えられる。

すなわち、商標が特別顕著であることを主張・立証する責任が登録出願人にあるということをもっと明確にするということである。標章が商品を同定できるようになっているということをも主張・立証する責任は、登録出願人にある、というのは当然のことである。

## 6-3 商標世界の秩序維持と訴権

商標世界の秩序の維持が必要であることは、全ての人が認めるところである。

商標世界の秩序維持のために、誰に音頭取りをさせるか、何者に訴権を認めるか、は単なる法制度の選択の問題にすぎない。

歴史的に、商品に標章を付した者に訴権を与えてきたことも事実である。自然法に基づく商標権も、登録商標権も、制度的には、その選択の1つにすぎない。

登録商標権は、わが国の憲法が法律をもって定めるものとしている財産権（第29条2項）の1つであるといえる。

商標に関する訴権を商品に標章を付した者にのみ与えることによって、商標世界の秩序維持は困難になってきたといえるかもしれない。商標を最もよく使用している需要者に訴権を与える時がきているのかもしれない。

## 7. 商標の登録制度

### 7-1 商標の成立と登録制度

使用主義との対応で、登録制度の形態としては、

① 商標権を商標の成立のみに係わらせる、

- ② 商標権を商標の成立のみに係わらせた上で、その成立した商標のみの登録を認める、
- ③ 商標権を商標の成立のみに係わらせた上で、成立した商標のほか商標として成立していない標章も、商標と同様に登録を認める、
- ④ 商標権を商標の成立に係わらせず、弱い商標も強い商標も区別なく登録し、商標権は、商標の登録のみによって成立する、
- ⑤ 商標権を商標の成立に係わらせず、強い商標のみを登録し、商標権は、商標の登録のみによって成立する、などの法制が考えられる。

## 7-2 現行登録制度

商標についての現行登録制度は、商標・商標権を保護するために、上記⑤の制度を採択しているものである。その制度は、選択的・便宜的に採用されたものである。

すなわち、商標として成り立っているものを基礎として、商標・商標権を保護するのではない。完璧な商標だけではなく、一定の標章を商標（強い商標・特別顕著な商標）とし、いまだ使用していないものも、標章は使用しているがいまだ商標として成立していないものも、それらを商標として登録するという、次善の策を選択し、商標保護制度としたものである。

商標法が、匂いは登録しない、強い商標のみを登録するなど、商標として登録できるものを制限していることそのこと自体は、適当かどうかを別にして、法制度として普通に行われうる1つの選択といえる。

強い商標のみを登録とする商標法の選択は、特許庁の運用如何によっては、上記④の登録制度のように変形することになるであろう。

## 8. 商標の本質

### 8-1 本質的機能

商標の本質的な働きは、商品が同一であることを示すことにある。これを商品の同定力ということができる。

真正商品の併行輸入は、商品の同定力という商標の本質的な働きが侵されていないということで、認められるものである。

### 8-2 二次的機能

そして、通常、品質表示機能・出所表示機能・広告機能といわれているものは、商標の二次的な働きにすぎないものである。

## 8-3 商標の見方

商標は商品を同定するためのものとする考え方は、中心限定的な考え方であり、商標は出所表示機能・品質保証機能・広告機能を果たすものとする考え方は、周辺限定的な考え方といえることができる。

商標の本質に関して、商標法上の商標と社会通念上の商標が異なるのかという説明は、それほど取り立てていほどのものがあるとは思われない。これらの異なる説明の仕方は、商標というものを説明する場合の切り口の相違にすぎないといえる。

同一のものである「商標」を、別の角度から見て説明しようとしているものといえる。「標章」を使用することにより「商標」を利用する者から商標を見るのも、商標を使用する者である需要者から商標を見るのも、商標というものを説明する場合の切り口の相違にすぎないといえる。

## 9. 商標を使用する者・利用する者

### 9-1 商標を使用する需要者

標章を商標として成り立たせているのは需要者である。標章を商標として使用している者は、需要者であるということになる。

したがって、商標権者は、標章を商品に付着させている者であるとしても、商標を使用する者ということができない。

なぜなら、標章を商品に付着させている者である商標権者が、その付着した標章をいくら商標であると主張しても、その標章によって商品を同定している需要者が一人もいないとしたら、その標章は商標であるということできないからである。

### 9-2 商標を利用する商標権者

商標権者は、標章を商標として利用しようとしている者である。

商標権者がいくら標章を商標として利用しようとしても、需要者がある商品についての標章を商標と認識できないのであれば、その標章は商標とはなりえないのであるから、商標として利用することはできないことになる。

商品に付着させた標章を需要者に商標として使用してもらうためには、商標権者は、標章の採択から始まって標章の表現の仕方・付着の方法など、標章管理に工夫が必要であるということになる。

## 10. 特別顕著性（3条）

「特別顕著性」の用語は、商標條例改正・明治32年法の「特別著明」、明治42年法・大正10年法の「特別顕著」から導きだされているものである。それは、工業所有権法逐条解説（いわゆる「青本」）において、昭和34年版から平成13年版にいたるまで、引き続き3条の説明に使用されているものである。

何が顕著なのかといえば、商品の同定力という商標の機能が顕著であるということである。

「特別顕著」は、「顕著」なものうちでとりわけ程度が高いものということができる。「顕著」は証拠によって証明することが可能であるが、特別顕著を証拠によって証明することは極めて困難である。

現行法には「特別顕著」の語が用いられていないので、3条1項6号が適切に運用されないと、程度の低い「顕著」なもの、弱い商標を登録してしまうことになる。

### 10-1 標章であることが登録の要件

図形などがまとまりのあるものとして需要者に認識されず、それゆえ記憶にとどまらないものは、標章といえず、登録によって保護を受けることができない。

まとまりのない図形などの、それらの構成に強制されて、やむを得ず仕方なく、それらの構成によって需要者が商品を同定しているとしても、その事実によって登録を受けることはできない。それらのものは、商標権という強い保護に値しないところの、弱い商標であるから。

すなわち、標章として成り立っていると認められないものは、登録による強力な保護をうけることはできない。また、標章としてのまとまりが完全で、登録後それが商品に附着されたときに直ちに、商品を同定する力を有すると認められる蓋然性のある標章のみが登録されるべきである。

登録されて強力な保護を受けられるものは、強い商標でなければならない。

昭和34年法3条1項1～5号は例示であり、特別顕著でないものは、6号に該当するものとして登録を受けることができない。特別顕著でないとして登録されないものの範囲は、枠組みとして、大正10年法と昭和34年法とで同じである。

もし、現行法において、「標章」であることが商標の要件である、と規定していないとするならば、そのことが分かるように明確に規定すべきである。

商標は、いったん登録されると、その強力な効力は、

地域的に全国に及び、時間的に10年間は存続し、更新登録により商標権は長期間継続することになる。強い商標のみ登録されることが望まれるゆえんである。

### 10-2 弱い商標・強い商標

商品を同定する機能が弱い図形などは、標章といふことができず、商標法上の保護を受けることのできる商標たりえない。（2条1項）

図形など、商品を同定する機能が弱いものを、弱い商標ということがある。弱い商標は、登録による強い保護を受けることができない。

とりわけ、まとまりのない図形など、標章として成り立っていないものは、何人かの業務に係る商品であるかを認識することができないかどうかにかかわらず、登録によって保護されない。（3条1項6号）

### 10-3 キャッチフレーズ・スローガン

キャッチフレーズやスローガンは、商品を同定する機能がいくらかはあるが、その程度が低いものであるから、商標法3条1項6号に該当するものとして、直に商標として登録されるべきでない。

登録によって与えられる商標権は強力なもので、したがって、登録されるべき商標は、その強力な権利に見合ったものでなければならない。

### 10-4 拒絶理由

3条1項各号に該当するものは、登録をうけることができない。（15条1号）

いわゆる青本も「特別顕著性」の用語を使って、弱い商標は登録されない、強い商標のみが登録されると説明している。すなわち、「新法では『特別顕著』という字句を使わないで、その代りその具体的内容を本条1項各号に列挙したのである」（34年版557頁）として、大正10年法と変わっていないと説明している。

それでも、商標法を実際に運用する特許庁審査官・審判官の中には、「特別顕著」の文字に馴染みがない者が多くなってきているように思われる。

弱い商標の安易な登録は、グローバルスタンダードとも合致せず、新たな商標の登録出願を誘発し、職権審査制度を崩壊させかねないものである。

### 10-5 3条2項適用による登録

使用によって商品の同定力を獲得した図形などは、標章として成り立ったものとして、そのうち特別顕著なものは、商標の登録によって保護を受けることができる。

登録できるといっても、使用された結果、ある図形

などが需要者によって特定の商品を示す標章であり商標であるということ認識することができるものとなっている、と証明することは非常に困難なことである。

標章の使用期間と使用地域を勘案することで、現実としては、ある意味では割と容易に登録されているように見受けられる。そのことが、3条1項6号の運用に悪影響を及ぼしているように思われる。

## 11. 商標の同一

### 11-1 出願商標

登録出願された商標とは、願書に添付された「商標を表示した書面」・願書に記載した「商標登録を受けようとする商標」から始まる。

出願中における商標の同一の問題は、あまり重要ではない。なぜなら、ここでは、標章が同一であること、それは色彩を含めた物理的同一に限られているからである。

出願中の商標の表示は、商標登録のための単なる手続きであり、通常、商標登録出願には誤りはないはずであるから、原則として、商標の補正は認められない。

商標の表示・記載は、出願手続きにおいて大きさを制限しているため、その制限に合致していないものを、合式にするために必要な補正は認められる。これも、商標登録公報発行の際に、拡大・縮小することですむ問題かもしれない。

二商標と判断された場合において、その一方を残し他を削除する補正は認められる。

漢字からなる商標登録出願のケースで、縦書きの商標を「一富士」の左横書きにする補正を認めた判決（東京高裁平成9年（行ケ）39号・判例時報1629号132頁）は、「要旨の変更」の土俵で原告の勝訴となった。

しかしながら、登録商標は、手続的に商標を表示した書面・記載した書面から始まるのであり、その手続きは誤ったものでもないから、手続きの補正には馴染まないものである。商標登録出願即登録の場合には、商標の補正は不可能であり、また、職権審査の制度を廃止した場合でも、商標の補正のために特別規定を設けることは考えられない。

商標の外観についての重要性を勘案することによっても、反対の結論が出せたのではないかと考える。この件に関して、最高裁の判断を求めてみたいと思うのは筆者だけであろうか。

### 11-2 登録商標

登録商標とは、願書に添付された「商標を表示した書面」・願書に記載した「商標登録を受けようとする商標」から始まる。

登録商標には、「範囲」というものがあって、その「範囲」は、願書に記載した商標に基づいて定めなければならない、と規定されている（27条1項）。なお、同条2項に、指定商品・役務についての定めが、28条1項に「商標権の効力」についての判定の定めがある。

商標は、無体物であり、観念的なものであるから、物理的に同一のものに限られない。商品の包装に表された標章は、商標を具体的に表示したものの1つである。

商標は無体物で、観念的なものであるから、標章の構成が観念的に同一であって、商品の需要者が目的とする2つの商品を同一のものと同定できる標章からなるものは、同一商標とすることができる。

一般的に、商標を構成するものと認識される標章の外観・観念・称呼が同一のものは、同一商標とすることができる。標章が同一でないとしても、商標として同一のものはある。

色彩を変えたものも、多くの場合、同一商標である。色彩が重要な意味をもつ図形については、色彩が異なることにより、同一商標といえないものが出てこよう。それは、商標の観念が相違するからという理由になるであろう。

商標登録出願の際に、商標は大きさが制限されている。したがって、願書に添付された商標を表示した書面・商標を記載した書面に表された形態と相似形のもの、登録商標と同一である。

文字について、プリントタイプのもので特殊なタイプのもとの間では、外観が異なるので、同一とはいえない。片仮名文字、平仮名文字、ローマ字間は、外観が異なるので、互いに同一とはいえない。さらに、ラテンアルファベット文字の大文字と小文字との間では、外観が異なるので、商標が同一であるとはいえない。同様に、ラテンアルファベット文字の全体が小文字のもので、その1文字目だけが小文字のものであっても、商標が同一とはいえない。

文字の縦書きと左横書きのものは、「何何の文字からなるもの」との観念が同一で、その称呼も同一のものといえるから、商標が同一であるといえる。わが国においては、ラテンアルファベット文字の上下・下上に表したのも、商標が同一であるといえる。



文字といえるかどうかは、裏返しにして見たときに、直ちに特定の文字と認識して観念できるものかどうか、というのも1つの判断方法である。

### 11-3 出願商標の「表示」と「記載」

工業所有権についての登録は、特許庁に提出された願書から始まる。観念的には、発明があってそのための願書が作られると説明することができる。しかしながら、手続的には願書の明細書によって発明の存在がもたらされるのである。

登録商標も願書に添付された「商標を表示した書面」・願書に記載した「商標登録を受けようとする商標」から始まる。

前者の「表示」は、観念的商標があってそれを具体的に紙面に表し書面を作成する、というふうに取り取れる。後者の「記載」は、紙面に標章を記載して初めて商標が完成するのであって、それ以前には商標は存在していない、というふうに取り取れる。このような法律用語の改変は、あるいは電子情報化の流れに沿ったものなのかもしれないが、わりと手軽になされるものだという感がする。

### 11-4 国会議事録

説明員（荒玉義人君）は、「原則としては、商標見本通りだというふうに一応考えられるわけであります。ただそうしますと、この、世の中に同じものがないかということですが、たとえば、大きさを変えましても、もちろん同一であると思います。」と述べている。（第9部 商工委員会会議録第16号12頁 昭和34年3月10日 [参議院]）

## 12. 商標権侵害

### 12-1 商標権は禁止権

登録により付与される商標権は、登録商標と同一の標章を指定商品と同一の商品に使用するときの第三者の行為を禁止することができる権利である。

商標権が禁止権となると、当然に、類似する商品についての類似する商標が権利範囲となる。みなし規定は、もちろん不要となる。

商標の登録によって、商標権者が、登録商標を使用することのできる権能を初めて認められるわけではないから、商標権は、商標を使用する権利ではない。

法文上「使用」の文字を用いたとしてもそのことの意味に変わりはない。25条の本旨を示すキーワードは「専有」である。その意味は、大正10年法7条2項の

「専用スルノ権利ヲ有ス」と全く同じである。

「この法律で」と、商標法全体を通して「商標」の用語を定義しようとしても、1条・2条の順番とか、各条項の趣旨とかからして、定義としての働きには限界があると考ええる。

### 12-2 商標権の本質

商標権は、その本質とするところ、登録商標の商品同定力を損なう第三者による標章・商標の使用を公権力をもって排除できることにあると考ええる。

しかしながら、商標権者が指定商品について登録商標と同一の標章を使用することそれ自体を妨害する者がいる場合には、商標権に基づいてその妨害行為を排除できるのは、権利一般の権能として当然のことである。商品の流過程において、指定商品に表された登録商標と同一の標章を抹消する行為も、商標権を侵害するものである。

最終消費者が自己の所有物となった物品から登録商標の表示を剥離する行為及び登録商標を表示したタグを外す行為は、登録商標の広告機能を損なうものとしてさえ、商標権を侵害する行為には当たらない。

### 12-3 同一の商標・類似の商標・類似する商標

同一商標については、標章としての構成に差がなく、商品の同定力が同じものをいうことについて、観念的商標として5-5において、登録商標として11-2において既に説明しているところである。

条文としては、4条1項12号において「他人の登録防護標章（防護標章登録を受けている標章をいう。以下同じ。）と同一の商標であって、～」と、「類似する商標」なしに単独で使われている。

「類似の商標」の用語は、4条1項1号～4号・6号及び14号に使われており（8条1・2項を別にして）、大正10年法以前の条項には全般的に使われていたものである。さらに、不正競争防止法においては、現行法まで一貫して「標章～ト～類似ノモノ」・「商標～ト～類似ノモノ」・「商標～ト～類似の商品等表示」である。

「類似スル商標」の用語は、大正10年法以前においては見当たらない。

現行法において、「類似する商標」の用語は、主たるところとして、4条1項10号・11号及び37条において使われている。

それらの用例を見、国語学的感覚でそれを見ると、「類似の商標」と「類似する商標」とでは両者に差があり、両者に範囲があるとする、前者の方が後者よ

り狭いかのように見受けられる。

昭和34年法制定の国会で、7条の連合商標に関して、質問者が「類似する商品」[下線引用者]と質問しているのに対し、説明員が「類似の商品」[下線引用者]と答えている（第9部 商工委員会会議録第17号19頁昭和34年3月11日[参議院]）ので、「の」と「する」の間には、問題にするほどの差はないのかもしれない。

「類似の商標」と「類似する商標」は、特許庁の審査・審判の運用の中でも、東京高等裁判所の判決書の中でも適当に使われているようである。

商標を観念的なものと捉えるか物理的なものと捉えるかによって、「類似する商標」の範囲に広狭の差が生ずる。もちろん、物理的なものと捉える後の方が狭く、特許庁の運用は、時間的な経過にしたがって、後者の考え方に基づくことが多くなってきているように見受けられる。

このことは、特許庁の運用が、目の前に提示された資料のみで判断する裁判所と同じような思考過程・検討過程をふませるシステムになってきたことが、その大きな原因かもしれない。

#### 12-4 侵害とみなす行為

37条各号で登録商標に「類似する商標」の使用について、商標権を侵害するものとみなしている。この規定により、「類似する商標」についての判断の困難さは残るが、通常の侵害においては「同一の商標」についての吟味を免れることになる。

商標條令以来大正10年法までには、37条各号に対応する規定は見当たらない。

商品の混同を生ずるほど類似する標章の使用によって、商標の商品同定力を損なう標章の使用を、商標権を侵害するものと判断していたのではなかろうか。

したがって、登録商標を付した商品と商品の混同を生ずる標章の使用が商標権を侵害するといえる場合には、その侵害する商標は、登録商標から見て「類似の商標」より狭い場合も広い場合もありえたといえることになる。

#### 12-5 権利の行使

商標権の行使は、商標権者が登録商標に係る標章を使用していることを前提とすべきである。

原則として1回のみ標章の使用によっては、権利行使ができないようにすべきである。また、商標権者の広告は、実際に商品が流通された場合にのみ使用と認められるべきである。

強力な商標権として保護を要求するのに相応する、取引の経験則により保護に値するところの「標章・商標の使用」でなければならない。

登録商標を使用していないときは、商標権者の権利行使は、権利の濫用として認めるべきでない。

商標登録出願の日より1年間又は3年間並びに正当事由がある場合については、商標権者に登録商標の使用義務を免除する制度を設ける。もちろん、出願日から1年又は3年の使用免除期間を認める場合には、出願日から登録効果を認めることになるであろう。

#### 12-6 罰則

商標法は、商標権又は専用使用権を侵害した場合について、78条で罰を規定している。

そして、37条で侵害するものとみなされた行為も罰則の対象に含まれるものと解され（「青本」平成13年版1336頁）、判決も出されている（昭和46年7月20日最高裁判決・昭和44年（あ）第2117号、判例時報641号102頁）。

しかしながら、刑罰としてのいわゆるみなし侵害は、罪刑法定主義の観点から、明文をもって規定すべきである。商標條例16・17・18条、商標條例改正23条、明治32年法16条、明治42年法23条、大正10年法34条では、商標権侵害に関して、それぞれ罰則を明定していた。

みなす規定に対応する罰則規定を設ける場合、商標に関する構成要件は、むしろ「類似の商標」の方が良いかもしれない。もちろん、「商品の混同を生じるほど類似する商標」というのもありうる。

### 13. 先使用権

他人の商標登録出願前から、当該登録商標に類似する商標を使用していた結果、使用商標が特定の商品を表示するものとして、現に、需要者の間に広く認識されているときは、その商標使用者は、その商標の使用をする権利を有する、と定めている。（32条1項）

ここに商標成立の1つの形態が表出している。すなわち、①標章を商品に継続的に使用していること、②需要者がその標章で特定の商品を同定していること、③その標章による商品の同定が現在も広く一般に行われていること、である。先使用権の場合は、以上に加えて④使用する標章が、少なくとも、登録商標と類似する商標であることが求められる。

現行法は、使用する権利として「先使用による商標の使用をする権利」の有名権利を設けたが、大正10年法9条は継続使用の利益について規定していた、と説

明されているところである。

明治42年法には重複登録を認める規定（3条2項）があったが、商標條令から明治42年法まで先使用権を認める規定はなかった。登録制度が設けられていて、情報公開も整っている現在、先使用権の制度は廃止されるべきである。

## 14. 取消審判

### 14-1 50条

本条の登録商標の不使用による取消審判については、明治42年法以来連合商標の1つを使用してれば取り消しを免れることになっていた。さらに、パリ条約5条C(2)の制約もある。

したがって、「登録商標」の使用をしていないときという、その登録商標は、観念的なものである商標の同一はもとより、物理的な同一に限定されるものとは考えられない。

類似する商標の範囲ほど広くてよいというのではないとしても、①文字の縦書きと横書き、②登録商標と指定商品の普通名称を結合したもの、③指定商品についての記述的な説明文字あるいは商品と関連のある図形等の付記的構成要素が結合されたもの、であっても全体として標章としてのまとまりがあり、要部が1つしかないものとの間では、取り消しを免れる使用があるものとすべきであったと考える。

その意味では、連合商標制度の廃止にともなう平成8年の50条の改正が、上記③との関係で十分整理された結果のものとは思われない。

色彩に関しては、70条に登録商標と同一のものについて、特別規定がある。

### 14-2 51条

本条のいわゆる附記・変更による取消審判については、「類似する商標」というのは一部において広すぎ、また一部において狭すぎる面があり、大正10年法15条1項のように、「商品ノ誤認又ハ混同ヲ生セシムルノ虞アル附記又ハ變更」と「類似の商標」のような不明確な概念を重ねない方がすっきりしていたのではなかろうか。

とくに、「類似する商標」を商品についての出所の混同のおそれを基準にする者にとって、「商品〜と混同を生ずるもの」の文言のある51条は、扱いにくい条文と

いうことになる。

## おわりに

商標は、商品を同定するための標章である。

商標の機能は、標章を記憶にとどめて、後日、商品の選択の際に容易に商品を同定できることにある。

商品の同定が容易になされるために、商品について使用される標章は、簡潔にしてまとまりのある記憶しやすい構成のものでなければならない。

商品の具体的な出所は、製造者責任を明らかにするための別の制度でまかなわれるべきであり、実際に製造者の表示がなされるようになってきており、発売元の表示も同様になされているものもある。商品の出所表示機能は、その意味でも二次的なものである。

現行商標法は、商標が標章からなるものであることを明らかにしている。「標章」は、法律用語である。

もし現行法の「標章」が単なる略称であると誤解されることがあるなら、「商標は、標章からなるものである。登録を受けることのできる標章は、物品の立体的形状若しくは図形、記号、文字若しくはこれらの結合又はこれらに色彩を施したものに限り」と中学生にも理解できるような法文をもって明定すべきである。

商標は、商品についての標章である。役務についてのサービス・マークを商標に合わせて保護する場合には、「商標とみなす」などとして、整理すべきである。

商標は、無体物であるから、無体財産なのであり、無体財産についての権利であるから無体財産権なのである。商標法の運用・適用は、商標が無体物であることを十分に理解した上で行われるべきである。

商標の保護は、商品の需要者のために、商品の流通秩序を保つためのものであるから、単なる競業者のための秩序維持に止まるものであってはならない。商標権者の私的利益の実現に止まらず、商標世界の秩序維持という社会的な利益の実現が図られなければならない。

国が消滅しても、商標の保護の必要性はなくならない。商品に係る標章の適正な使用は、最終的には、需要者の自覚によってしか担保されない。消費者の保護は、消費者自身で確保できるようにしなければならない。したがって、少なくとも、消費者団体に訴権を認めるような制度にすべきである。

(原稿受領 2002. 5. 24)