

商標法第三条第二項適用の要件

——特に、「出願に係る商標・商品」と「使用に係る商標・商品」との同一性について——

I はじめに

II 商標及び商品の同一性について

1. 三条二項の法意

2. 裁判例・学説

(1) 厳格な解釈をすべきとする考え方（同一説）

(2) 厳格な解釈を不要とする考え方（緩和説）

3. 審査基準の改正

III 考察

1. 三条二項の文理解釈

〔商標法第三条第二項適用の要件（小川）〕

小川 宗一

2. 識別力の広がりについて
 3. 審査運用のあり方
- IV おわりに

I はじめに

商標法三条二項は、「前項第三号から第五号までに該当する商標であつても、使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる。」と規定している。

すなわち、同法三条一項三号（商品の産地、販売地、品質等の表示）、四号（ありふれた氏又は名称）、五号（極めて簡単でありふれた商標）に該当する自他商品（以下、引用を除き、「商品」という場合には、「役務」を含むものとする。）の識別力を有しない商標であつたとしても、商品の出所を識別する標識として使用をされた結果、査定時又は審決時に、その商標がその商品の需要者（取引者を含む）間で全国的に自他商品識別力を獲得するに至っていると判断される場合には、商標登録を受けることができるかとされているのである。いわゆる使用による識別力の獲得についての規定といわれているものである。

その判断の際の具体的な基準については、多くの裁判所が、「出願に係る商標と外観において同一と見られる商標が指定商品とされる商品に使用されたことを前提として、その使用開始時期、使用期間、使用地域、使用態様、当該

商品の販売数量又は売上高等、及び当該商品又はこれに類似した商品に関する当該商標に類似した他の商標の存否などの事情を総合考慮して判断されるべきである。」旨の考え方を示してきている。⁽¹⁾ すなわち、三条二項に基づく使用による識別力の獲得を認めるかどうかは、「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件を前提として、その商標の実際の使用実績や第三者の使用の有無等に係る事情を総合考慮して判断されることとなる。この考え方は、平面的商標の場合のみならず、立体商標の場合も原則として同様である。⁽²⁾

しかしながら、裁判所が上記に示した判断基準のうち、「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件の解釈に関しては、裁判例や学説においても見解が分かれている。この同一性について比較的緩やかに判断をした最近のいくつかの裁判例をもって、同一性を厳格に解釈する考え方は崩壊したという声も耳にするが、それらの裁判例にしても、事例判決であることが少なくなく、当事者の主張・立証如何に左右される弁論主義に基づくものであること等をも考慮すると決してそうではなく、今日においても考え方の対立がみられる。

本稿では、先ずは、三条二項の法意ないしは存在理由を確認し、次に、「商標及び商品の同一性」について、それぞれの立場に立つ主な裁判例・学説を掲げて、対立の状況を概観した上で、最近の特許庁の審査基準の改正動向にも触れつつ、この点について考察を加えるものである。なお、以下、単なる条項表示は、すべて「商標法」である。

Ⅱ 商標及び商品の同一性について

1. 三条二項の法意

旧商標法（大正一〇年法）時には、現行法（昭和三四年法）の三条一項に相当する明文の規定は設けられていなかった

た。すなわち、旧商標法一条二項は、商標登録を受けることができる商標について、「登録ヲ受クルコトヲ得ヘキ商標ハ文字、図形若ハ記号又ハ其ノ結合ニシテ特別顯著ナルモノナルコトヲ要ス」と規定しているのみで、「特別顯著」については、具体的に規定せずに解釈に委せた結果、特別顯著の意義について見解が分かれていたため（自他商品の識別力とする見解と商標を構成する文字、図形、記号又はその結合が明瞭であることとする見解、さらには、前者と解した場合に、それを構成要件とする見解と登録要件とする見解）、現行法では「特別顯著」という字句を使用せず、具体的内容を三条一項各号に列挙することにより、特別顯著とは商標の持つ自他商品の識別力であり、かつ商標登録の要件であることを法文に明記した⁽³⁾。

さらに、旧法時において、特別顯著を自他商品の識別力と解することにより、使用による特別顯著性の発生を認めるとする考え方（積極説）⁽⁴⁾、特に判例によって主唱され、運用上確立された考え方を踏襲し、これを明文化したのが三条二項である。すなわち、現行法の立案当局者は、三条一項各号に掲げる商標は自他商品の識別力がないものとされて商標登録を受けられないのであるが、三号から五号までのものは特定の者が長年その業務に係る商品について使用をした結果、その商標がその商品と密接に結びついて出所表示機能をもつに至ることが経験的に認められるので、このような場合には特別顯著性が発生したと考えて商標登録をしようとしたものと説明する⁽⁶⁾。

現行法立案時の審議会の答申は、「商標の使用により特別顯著性が発生することを認め、登録出願に係る商標が出願人の商品を表示するものとして取引者又は需要者の間に広く認識されるときは、登録に際しこれを斟酌することができ⁽⁷⁾。」としており、その説明書でも「運用上確立した原則を明文化したものである⁽⁸⁾。」としており、その使用に係る商標及び商品についてのみ認められることとしている。

旧法下での運用上確立した原則を明文化したとあるので、旧法時代の裁判例を見ると、例えば、ある東京高裁判決は、⁹⁾「商標はそれが永年の間継続して一定の商品に使用され一般取引上直ちにその商品の出処を認識せしめるに足るに至つた時その商品に限りそれについて特別顕著性を有するものと解すべき」として、本願商標は、その指定商品である「五八類 他類に属せざる木、竹、藤、木皮竹皮類の製品、その他漆塗品及び蒔絵品の類」の全部について永年使用されているわけではないとして、特別顕著なものとは言い難いとした。

また、旧法下の特許庁の審査基準も、「使用による特別顕著性」に関しては、「永年使用による特別顕著性は当該の商標及び指定商品に限り認め、類似の商標及び商品については認めない。」旨が明記されていた。¹⁰⁾

このように、裁判所や特許庁における、旧法時の運用として確立した原則を明文化したのが、現行法の三条二項であり、本項については、現行法の立案当局者（特許庁）の意思どおりに、当該官庁（特許庁）が審査実務を行うは当然のことである。

ちなみに、現行法施行当初の審査基準は、「使用による識別力を有する商標の登録は、原則として、その商標およびその商標を使用していた商品に限り認め、類似の商標および商品については、認めない。」と、旧法時の考え方・運用を踏襲したものとなっている。¹¹⁾

すなわち、現行法の三条二項は、旧法時の考え方・運用（使用による識別力は、使用に係る商標及び商品についてのみ認められる）に基づいた解釈をすべきというのが、法意（立法者の意思）ということである。

2. 裁判例・学説

使用による識別力の獲得を認めるに際しての、「商標の同一性」及び「商品の同一性」という要件に関しては、裁判例や学説において、厳格な解釈をすべきとする考え方(同一説)と厳格な解釈を不要とする考え方(緩和説)に二分されてきている。

(1) 厳格な解釈をすべきとする考え方(同一説)

① 裁判例

(i) 商標の同一性に関して厳格に解釈すべきとした主な裁判例

・三浦葉山牛事件(知財高判平成一八・六・一二判時一九四一号一二七頁)は、「商標法三条二項の要件を具備するためには、使用商標は、出願商標と同一であることを要し、出願商標と類似のもの(例えば、文字商標において書体が異なるもの)を含まないと解すべきである。なぜなら、同条項は、本来的には自他商品識別力がなく、特定人の独占にもなじまない商標について、特定の商品に使用された結果として自他商品識別力を有するに至ったことを理由に商標登録を認める例外的規定であり、実際に商品に使用された範囲を超えて商標登録を認めるのは妥当ではないからである。そして、登録により発生する権利が全国的に及ぶ更新可能な独占権であることをも考慮すると、同条項は、厳格に解釈し適用されるべきものである。」として、使用商標の多くは、本願商標(「三浦葉山牛」を筆書き風に縦書きしたもの)とは態様を異にするので、本願商標が自他商品識別力を有するものとするのはできないとした。

・SpeedCooking 事件（知財高判平成一九・四・一〇裁判所ウェブサイト）は、「同条二項の規定上、同項によって商標登録が認められるのは、使用されていた商標に限られることは明らかであるが、（略）同条一項三号等の規定に対する例外規定である同条二項の規定は、当該商標が、特定人によりその業務に係る商品（役務）の自他識別標識として使用されてきた事実に基づく、公益上の要請の後退及び自他商品（役務）識別力の取得という現象に基礎を置くものであって、当該「使用」の範囲に含まれない構成態様の商標には、同条二項により商標登録を受けることを許容する根拠が認められるわけではない（すなわち、当該「使用」の範囲に含まれない構成態様の商標が、なお同条一項三号等に当たする場合であれば、上記公益上の要請及び識別力の欠如という状態が存在する）のであるから、同条二項の適用において、登録出願に係る商標と使用されていた商標との同一性は、厳格に判断されるべきものと解する」として、本願商標は、「SpeedCooking スピードクッキング」を標準文字で表したものであるのに対して、使用商標は、この文字を三段や二段で表示し、書体も筆記体であるので、外観上相当程度に相違し、実質的に本願商標の使用に当たるといえることはできないとした。

・純事件（東京高判平成四・一二・二四判時一四七一号一四三頁）は、ハウスマークとの併用例という事案において、本願商標は「純」の文字からなるのに対し、使用商標は「純」の文字と「宝焼酎」の文字等とが結合して一体として使用されてきたものというべきであり、「純」の文字のみで独立して商品「焼酎」に使用されて自他商品識別機能を備えるに至ったということとはできないとした。

・角瓶立体商標事件（東京高判平成一五・八・二九裁判所ウェブサイト）は、商品の包装容器の立体的形状からなる立体商標の例において、本願商標と使用に係る本件ウイスキー瓶とは、その立体的形状は同一と認められる範囲内

のものであると認められるものの、両者は、立体的形状よりも看者の注意をひく程度が著しく強く商品の自他商品識別力が強い平面標章部分の有無において異なっているから、全体的な構成を比較対照すると、同一性を有しないとした。

(ii) 商品の同一性に関して厳格に解釈すべきとした主な裁判例

・GOLF事件 (東京高判昭和四五・五・一四無体集二卷一号三一五頁) は、「商標が長年使用による特別顕著性を有するにいたつたことは、それが長年の間継続して一定の商品に使用され、一般取引上、取引者、需要者をして直ちにその商品の出所を識別させ得るようになったとき、その特定の商品に限り、はじめてこれを肯認することができるのであり、右特定の商品の範囲を越えて、他の類似商品にまでこれを及ぼすことはできないものと解すべきである。」として、本願の指定商品は「旧二六類被服その他本類に属する商品」であるのに対して、そのうち使用による顕著性が認められるのは、これに含まれるシャツ類等の一部のものに限られ、指定商品を包括的に定めて登録を求める限り、本願商標に使用による特別顕著性あることを肯認することはできないとした。

・GEORGIA事件 (東京高判昭和五九・九・二六無体集一六卷三号六六〇頁)、及びダイジェステイブ事件 (東京高判平成三・一・二九判時一三七九号一三〇頁) は、いずれもGOLF事件と同趣旨の一般論を述べた上で、「出願商標の指定商品中の一部に登録を受けることのできないものがあれば、出願の分割ないし手続補正により登録を受けることのできない指定商品が削除されない限り、その出願は全体として登録を受けることができないういわけなければならぬ」として、GEORGIA事件では、指定商品「紅茶、コーヒー、ココア、コーヒー飲料、コ

コア飲料」のうち、少なくとも「紅茶」について、ダイジェスティブ事件では、指定商品「菓子、パン」のうち、「ビスケット」以外の商品について、三条二項の要件を充足していないとして、それぞれ指定商品全部にわたり登録を受けることができないとした。

② 学説

(i) 「使用を前提として登録が認められる」とするのが三条二項の立法趣旨とする考え方

・江口俊夫氏は、「法律の建前からいっても、必ず使用している商品と同一の商品、使用している商標と同一の商標に限られ(る)。」とする¹²⁾。

・田倉整氏は、「(永年使用による特別顕著性の取得については)特定の商標が永年使用によって、一般取引者及び需要者間に、広く特定企業の製造販売にかかる特定商品の商標として認識せられるに至ったものと説くのが判例の一致した見解である。(略)従って、永年使用によって登録適格性を認められるのは、特定の商品に限られ、それ以外の商品には及ばない。」とする¹³⁾。

・三宅正雄氏は、「使用による特別顕著性は、その使用した商標と商品についてだけ認められるべきは、いうまでもない。使用しない商標(たとえ、使用したものとよく似ていても)や商品について使用による特別顕著性があるなどということは、それ自体矛盾だからである。類似の商標、類似の商品について、この問題を考える余地のないことも同様に、いうまでもないことである。したがって、使用による特別顕著性の立証(出願人のすべきものは、正確に、出願に係る商標と商品について指向されなければならない。その方向が少しでもずれていれば、登録要

件を欠くことにならざるをえない。」とする¹⁴。

・工藤莞司氏は、「出願商標と使用商標は同一で、指定商品・役務も使用商品・役務、すなわち、原則として単品を単位としてのみ認められる。使用を前提としその実績に従い登録が認められるのであるから、使用に係る商標及び商品・役務に限られる。」とする¹⁵。

・茶園成樹氏は、「使用を前提として登録が認められるのであるから、出願商標及び指定商品・役務と使用されている商標及び商品・役務が同一でなければならない。」とする¹⁶。

(ii) 商標権の効力や独占適応性の観点を考慮する必要性を説く考え方

・田村善之氏は、商標の同一性については、「出所識別力を獲得した商標と若干異なる態様の商標が出願されてきた場合、(略) 出願商標でもって需要者が出願人の業務に係る商品、役務であると現に認識しうるのであれば、その登録を認めてよい」とする一方で、商品の同一性については、「出所識別力を取得するに至った商品、役務以外の商品、役務が指定されている場合にも、三条二項の要件を満足しない。(略) 類似商品、役務に関して本人に商標登録を認めてしまうと、その指定商品、役務にさらに類似する範囲までもが保護範囲に含まれることになるが、その結果、未だに独占適応性を欠いている商品、役務に関してまで商標権の保護が及ぶ可能性を否定しえない」とする¹⁷。

・井上周一氏は、「使用商標と出願商標との同一性の判断においては、独占適応性の観点から比較的厳しく判断されることとなる。」とする¹⁸。

・足立勝氏は、「商標権は、指定商品・役務について登録商標を使用する権利を専有するという強力な権利を付与するものであることから（商標法二五条）、三条二項に基づき商標登録を受けることができるものは、使用により識別力を獲得した商品・役務に限定されるべきであろう。また、商標権は、指定商品・役務に類似する商品・役務における第三者の使用に対して禁止権を与えるものであることから（商標法三七条）、使用による識別力の獲得が証明されていない商品にまで登録を許すことは、禁止権の範囲について予測可能性を失わせることになり、適切ではないと考える。」とする¹⁹⁾。

(iii) サーチコスト理論に基づく考え方

・宮脇正晴氏は、三条二項は、サーチコスト削減効果の観点から要保護性が低いがゼロではない商標について、登録を認めるための要件を定めたものであるとし、このような観点からは、同項は厳格に理解すべきであり、出願商標が現実に獲得した信用保護のために必要十分な範囲でのみ登録を認めるのが適切であり、このことから、使用商品と指定商品とは同一でなければならず、商品の同一性は、取引態様が一致しているか否かで判断されるとする²⁰⁾。

(2) 厳格な解釈を不要とする考え方(緩和説)

① 裁判例

(i) 商標の同一性に関して厳格な解釈は不要とした主な裁判例

・角瓶事件(東京高判平成一四・一・三〇判時一七八二号一〇九頁)は、ハウスマークとの併用例という事案において、「使用商標が出願商標と同一であるかどうかの判断は、両商標の外観、称呼及び観念を総合的に比較検討し、全体的な考察の下に、商標としての同一性を損なわず、競業者や取引者、需要者等の第三者に不測の不利益を及ぼすおそれがないものと社会通念上認められるかどうかを考慮して行うべきものと解するのが相当である。」とした上で、本願商標(「角瓶」の文字を太字の活字体により横書きしたもの)と、厳密には書体が同一ではない文字、縦書きで書かれた文字及び「角」と「瓶」の字間が広い文字による表示に係る使用商標とは同一である場合に当たるとし、また、たとえばハウスマークである「サントリー」等の文字と「角瓶」の文字とが連続して表示されている状態のものであっても、ハウスマークと結合して一体化した「サントリー角瓶」等の構成よりなる商標が使用されているのではなく、「角瓶」の文字からなる本願商標自体が使用されていると認識され、自他商品識別機能を備えるに至ったものと認められるとした。

・「ジューシー事件」(東京高判昭和五九・一〇・三二判時一一五二号二五九頁)は、使用商標は、本願商標(「ジューシー」の片仮名文字を通常の活字体より心持ち縦に長く横に短い書体で横書きしたもの)とは「シ」の部分の終筆部が異なりや丸味を帯びた字体が用いられている点で若干の差異があることが認められるが、この字体も片仮名の字体として特に特異な字体ではないから全体としてなお本願商標と同一の範囲を出ないとした。

・「あずきバー事件」（知財高判平成二五・一・二四判時二二七七号一一四頁）は、三条二項の要件充足には、「出願に係る商標と外観において同一とみられる標章が指定商品とされる商品に使用されたことを前提とする」としつつも、使用商標（丸文字書体で「あずき」の文字を縦書きし、その「き」の文字の左下に四分の一の大きさの丸文字書体で「バー」の文字を縦書きしたもの）の獲得した知名度により、本願商標（「あずきバー」の文字を標準文字で表したもの）も取引書類等に使用されてきたことが推認されるとして、出所識別力の獲得を認めた。

・「コカ・コーラ容器立体商標事件」（知財高判平成二〇・五・二九判時二〇〇六号三六頁）は、商品の包装容器の立体的形状からなる立体商標の例において、「使用に係る商標ないし商品等の形状は、原則として、出願に係る商標と実質的に同一であり、指定商品に属する商品であることを要する。もつとも、商品等は、その製造、販売等を継続するに当たって、その出所たる企業等の名称や記号・文字等からなる標章などが付されるのが通常であり、また、技術の進展や社会環境、取引慣行の変化等に応じて、品質や機能を維持するために形状を変更することも通常であることに照らすならば、使用に係る商品等の立体的形状において、企業等の名称や記号・文字が付されたこと、又は、ごく僅かに形状変更がされたことのみによって、直ちに使用に係る商標が自他商品識別力を獲得し得ないとするのは妥当ではなく、使用に係る商標ないし商品等に当該名称・標章が付されていることやごく僅かな形状の相違が存在してもなお、立体的形状が需要者の目につき易く、強い印象を与えるものであったか等を総合勘案した上で、立体的形状が独立して自他商品識別力を獲得するに至っているか否かを判断すべきである。」として、リターナル瓶の立体形状について蓄積された自他商品識別力は極めて強く、その使用商品に「Coca-Cola」等の表示がされている点や、商品の特徴的部分とはいえない瓶の口部の相違（王冠用とスクリューキャップ

用）が、本願商標に係る形状が自他商品識別機能を獲得していると認める上で障害にはならないとした。

(ii) 商品の同一性に関して厳格な解釈は不要とした主な裁判例

・「DB九事件」（知財高判平成一九・一〇・三二裁判所ウェブサイト）は、本願商標については指定商品中の「自動車」について使用による識別性の取得が認められるとする一方で、当該使用商品以外の自転車、オートバイ等の指定商品についても、取引者・需要者が類型的に重なる部分があるとし、また、これらの商品の修理等の指定役務についても、取引者・需要者が重なり、両者は密接に関連するものであることをもって、使用による識別性の獲得を認めた。

・「JEAN PAUL GAULTIER “CLASSIQUE”立体商標事件」（知財高判平成二三・四・二二判時二二一四号九頁）は、香水をつけた商品の販売、香水とのセット販売がなされている等、「香水」と「それ以外の本願の指定商品（美容製品、せっけん、香料類及び化粧品）」とは極めて密接な関連を有し、取引者や需要者も共通しているとして、本願商標が「香水」について自他商品識別力を有するに至った結果、前記指定商品に本願商標が使用された場合にも、当該指定商品の取引者・需要者において、香水に係る本願商標を使用する者による商品であることを認識することができるとした。

・「KAWASAKI事件」（知財高判平成二四・九・一二判時二二六六号一三二頁）は、「当該商標が長年使用された商品と当該商標の指定商品が異なる場合に、当該商標が指定商品について使用されてもなお出所表示機能を有すると認められるときは、三条二項該当性は否定されない」とした上で、本願商標は長年にわたってバイク関係やそ

の他の多様な事業活動で使用した結果、本願商標は著名性を得て、バイク関係はもとより、それ以外の幅広い分野で使用された場合にも自他商品識別力を有するようになっており、子会社を通じて、本願商標を使用したアパレル関係の商品が長年販売されているので、本願商標をアパレル関係の指定商品に使用された場合にも自他商品識別力を有するとした。

・「あずきバー事件」(知財高判平成二五・一・二四判時二二七七号一一四頁)は、三条二項の要件充足には、「出願に係る商標と外観において同一とみられる標章が指定商品とされる商品に使用されたことを前提とする」としつつも、本願の指定商品は「あずきを加味してなる菓子」であるところ、使用商品「あずきを加味してなる棒状の氷菓子」はこれに包含され、「あずきを加味してなる菓子」であることに変わりはないとした。

② 学説

(i) 出願商標がその指定商品について、使用による識別力を獲得したかで実質的に判断されるべきとする考え方も、網野誠氏は、「ラジオ・テレビ等による宣伝により、称呼自体として識別力を取得したことが立証された場合にも、登録に当たっては厳格に文字・図形として使用されている態様そのままであれば登録しないという建前を厳守することは、実情に沿わない」とする²¹⁾。

・渋谷達紀氏は、「商標の同一性、商品の同一性の要件を過度に厳格に適用することは控えるべきであろう。実際に使用されてきた商標と出願商標とが極めて近似したものであるときや、商品が極めて近い関係にあるときは、識別力(セカンダリ・ミーニング)の転移が起りうる。」とする²²⁾。

・川瀬幹夫氏は、KAWASAKI事件判決に関して、本件商標にあっては、顕著性を認める商品の範囲が広すぎると指摘しつつも、「商標の同一性は必要としても、指定商品と使用商品の厳密な同一性は存在しなくても三条二項の要件を充足する場合がある」とする⁽²³⁾。

・外川英明氏は、三条二項は一項との関係では例外規定としつつも、そのことと使用商標と出願商標の同一性の判断を形式的に厳格にすべきこととは直結しないと、独占適応性や自他商品識別力獲得の有無を実質的に判断すべきとする⁽²⁴⁾。

・高部眞規子氏は、三条二項の適用においては、出願商標が使用により識別力を獲得したか否かが問われるべきであり、使用商標と出願商標とは、実質的に同一であれば足り、完全に同一であることを厳格に求める必要性はない。商品についても、出願商標が使用により指定商品について識別力を獲得したか否かが問われるべきであり、使用商品を含む包括表示による指定商品の表示について、取引者・需要者が同一人の出所を表示していることが認識できるのであれば、指定商品を包括表示として登録可能であるとする⁽²⁵⁾。

(ii) 三条二項の文理解釈を根拠として、使用商標と出願商標、使用商品と指定商品が不一致でも、同項の適用は可能とする考え方(KAWASAKI事件判決が示した文理解釈に基づく考え方(後述)を支持する見解)

・安原正義氏は、「三条二項は、使用商標と出願商標との同一性、あるいは使用商品・役務と指定商品・役務との同一性については、明確に規定しているわけではなく、(略)指定商品・役務に関する出願商標の自他商品識別性がどこまで及んでいるかの判断基準の一つ」であるとする⁽²⁶⁾。

・土肥一史氏は、「三条二項は、出願商標が指定商品または指定役務に使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品または役務であることを認識することができるようになった場合とまでは求めていない。三条二項の適用において究極に重要なことは、出願商標が識別力を獲得しているのかどうか、という点である。」とし、「出願商標が識別力を獲得しているのに、出願商標が使用されていることを立証しなければ、識別力の獲得を認めない」というのは本末転倒²⁷⁾であるとする。

・大西育子氏は、「本規定にいう「使用」は、本来的識別力を欠く商標が指定商品（役務）について登録を受けうる程度に識別力を発揮する状態に至る原因となる使用を意味するが、必ずしも、出願商標と完全に同一の商標の使用である必要も、指定商品（役務）についてのものではない²⁸⁾とする。

3. 審査基準の改正

特許庁は、近年、商標審査基準の全面的な見直しを行う中で、平成二八年三月に、三条二項についても、近時の裁判例を踏まえた改正（平成二八年四月一日以降の審査に適用）を行った。この改正は、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会に設置された商標審査基準ワーキンググループ（以下「商標審査基準WG」という。）における公開による審議を経たものである。

その結果、同項に関する審査基準における「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件に関する基本的な考え方については、従前は、法意に即して、「本項を適用して登録が認められるのは、出願された商標及び指定商品又は指定役務と、使用されている商標及び商品又は役務とが同一の場合のみとする。」とさ

れてきたが、この点に関しては、主として次のように改正された。⁽²⁹⁾

『1. 商標の「使用」について

(1) 商標について

出願商標と使用商標とが外観において異なる場合は、出願商標を使用しているとは認めない。

ただし、出願商標と使用商標とが外観上厳密には一致しない場合であっても、外観上の差異の程度や指定商品又は指定役務における取引の実情を考慮して、商標としての同一性を損なわないものと認められるときは出願商標を使用しているものと認める。

(例1) 同一性が認められる場合（略）

(例2) 同一性が認められない場合（略）

(2) 商品又は役務について

出願商標の指定商品又は指定役務と使用商標の使用する商品又は役務とが異なる場合には、指定商品又は指定役務について出願商標を使用しているとは認めない。

ただし、指定商品又は指定役務と使用する商品又は役務とが厳密には一致しない場合であっても、取引の実情を考慮して、指定商品又は指定役務と使用する商品又は役務の同一性が損なわれないと認められるときは、指定商品又は指定役務について出願商標を使用しているものと認める。

2. 「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」について

(1) (3) 略

(4) 商標を他の商標と組み合わせている場合について

出願商標を他の商標と組み合わせて使用している場合は、出願商標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。

(5)～(6) 略

3.～7. 略』

本改正基準1.(1)は、「出願商標と使用商標の同一性」について、厳格に解釈すべきとする裁判例とそのような解釈を不要とする裁判例がある中で、三条二項が「使用をされた結果」とされているので、出願商標と使用商標が同一でなければならぬという原則は維持した上で、両商標の厳密一致を求めめるのではなく、指定商品における取引の実情を考慮して同一性の範囲まで拡張される場合があることとしたものである⁽³⁰⁾。

なお、基準2.(4)は、実際の商標の使用態様において、出願商標を他の商標と組合わせて使用している場合(例…商品の立体的形状からなる出願商標に企業ロゴが付されている場合)⁽³¹⁾については、出願商標のみで識別力を獲得しているかを判断することとしたものである⁽³²⁾(この場合、出願商標と使用商標全体の外観構成は異なるが、「出願商標」と「使用商標の構成中の出願商標に相当する部分」の同一性は前提となる)。本基準は、例えば、商品の包装容器を立体商標として使用する場合には、ほとんどが文字商標等と併用されるところから、出願商標と使用商標の同一性について、当初は裁判所でも認められなかったのであるが、マグライト立体商標事件⁽³³⁾、コカ・コーラ容器立体商標事件以降の裁判所の柔軟な判断を反映したものである。

また、基準1.(2)は、「指定商品と使用商品との同一性」について、三条二項が「使用をされた結果」とされていることに加えて、たとえば出願商標が特定の商品において著名であったとしても、全く使用をしていない商品について本項を適用してしまうと、識別力の獲得をいわば先取りする形で認めることになり適切ではないので、指定商品と同一の商品において使用されている必要があるという原則は維持した上で、指定商品と使用商品とが厳密に同一であることを求めるのではなく、指定商品における商品の取引の実情を考慮してその同一性を判断することとしたものである。³⁴⁾

本改正は、三条二項の「使用をされた結果」という文言に鑑みて、従前からの考え方「出願商標と使用商標は同一、指定商品と使用商品は同一」を基本としつつ（同規定の法意を尊重したものである）、第三者（取引者・需要者）に不測の不利を及ぼすことがないようにとの配慮の下に、商標や商品の同一性を損なわないと認められる範囲までは、同一性の範囲を緩和したものであり、バランスの取れた改正と評価しうるものである。³⁵⁾

なお、同一性の範囲が緩和されたとはいえ、その判断はケースバイケースということになるところ、今後の特許庁の審査において、これまで裁判所で三条二項の適用が認められた前掲事案のようなもの（事例判決と考えられるものも少なくない）がすべて認められるわけではないことは明らかであることに注意を要する。例えば、商標の外観の差異が明らかである場合や、³⁶⁾使用商品の一部に含んであるものの広すぎる包括表示からなる指定商品である場合や、³⁷⁾全く使用もされていない商品などには本項の適用は認められることはないということである。³⁸⁾

Ⅲ 考察

1. 三条二項の文理解釈

本条項適用の条件を考えるに当たっては、その前提ないし背景となる本条項の法意ないし存在理由についての考察と同様に、本条項の文理解釈の考察も当然に必要となろう。法は、それ自体で客観的な意味のある実在であると考えられるからである。

前掲KAWASAKI事件判決は、傍論ではあるが、文理解釈等の観点から、次のように判示する。

「(三条二項は)『使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、…商標登録を受けることができる。』と規定し、指定商品又は指定役務に使用された結果、自他商品識別力が獲得された商標であるべきことを定めていない。また、同項の趣旨は、同条一項三号から五号までの商標は、特定の者が長年その業務に係る商品又は役務について使用した結果、その商標がその商品又は役務と密接に結びついて出所表示機能をもつに至ることが経験的に認められるので、このような場合には特別顕著性が発生したと考え、商標登録をし得ることとしたものであるから、登録出願に係る商標が、特定の者の業務に係る商品又は役務について長年使用された結果、当該商標が、その者の業務に係る商品又は役務に関連して出所表示機能をもつに至った場合には、同条二項に該当すると解される。そして、上記の趣旨からすると、当該商標が長年使用された商品又は役務と当該商標の指定商品又は指定役務が異なる場合に、当該商標が指定商品又は指定役務について使用されてもなお出所表示機能を有すると認められるときは、同項該当性は否定されないと解すべきである。」

KAWASAKI事件判決は、三条二項は、「指定商品に使用された結果、自他商品識別力が獲得された商標であるべきことが必要であるとは定められていない」とする文理解釈をもって、当該商標が長年使用された商品と当該商標の指定商品が異なっても、当該商標が指定商品について出所表示機能を有すると認められるときは、同項該当性は否定されないとしたものであるところ、三条二項について、このような解釈を示したものとしては、管見の限り、裁判例、学説を通じて一番最初のものである。

その後、このような文理解釈に基づく考え方を支持し、三条二項は、出願商標が指定商品について自他商品識別力を獲得するに際して、使用された商標、商品に関しては規定していないとして、指定商品と使用商品が一致しない場合だけでなく、出願商標と使用商標が不一致の場合であっても、出願商標が指定商品について識別力を獲得していると認められる場合には、同項該当性を肯定すべきとする考え方（学説）も、前述のとおり出てきている。

しかしながら、例えば、三条一項三号の「その商品の産地、販売地、品質…を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」とあるのは、「その（指定）商品の産地、販売地、品質…を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる（出願に係る）商標」と読み、さらに、同二項において「使用をされた結果」とあるのは、「（出願に係る商標をその指定商品に）使用をされた結果」と解釈されるべきであることは、前記した法意からすれば、明らかであつて多言を要しないというべきである。

書かなくても明らか（当然の前提）であるからこそ、そこまで条文には書き起こさなかつただけのことである。三条二項の文言は、一項との関係において、立法者の意思が簡潔明瞭に表現されていると考えられる。事実、少なくとも、KAWASAKI事件判決が出るまでは、長年そのような安定的な解釈がなされてきたのである。

KAWASAKI事件判決の「(三条二項は) 指定商品又は指定役務に使用された結果、自他商品識別力が獲得された商標であるべきことを定めていない。」とする判示は、法意を軽視しすぎた考え方なのではないだろうか。当該判決以外に、今日まで、このような考え方を示す判決は見当たらない。

ちなみに、法解釈が分かれる(複数の解釈が可能である)というのであれば、立法者の意思が有効にその解釈機能を果たしうるように思われる。³⁹⁾

三条二項の趣旨については、三浦葉山牛事件判決を引用して、「特定人が当該商標をその業務に係る商品の自他識別標識として他人に使用されることなく永年独占排他的に継続使用した実績を有する場合には、当該商標は例外的に自他商品識別力を獲得したものである」ということができる上に、当該商品の取引界において当該特定人の独占使用が事実上容認されている以上、他の事業者に対してその使用の機会を開放しておかなければならない公益上の要請は薄いとすることができるから、当該商標の登録を認めようというものである」という説明がよくされる。これは、三条一項三号に掲げる商標が商標登録要件を欠くとされている理由について、これらは自他商品識別力を欠如する表示であって公益的見地から特定人に独占させるべきではない表示であるからとする最高裁ワイキキ事件判決⁴⁰⁾が示した考え方にも整合させたものといえる。

このような他の事業者との関係で独占適応性をも考慮すべきとする三条二項の趣旨に関する一般論自体は、これまでの裁判例や特許庁の審査基準においても、基本的に大きく変わるところはない。

この三条二項の趣旨は、「出願商標と使用商標の同一性」「指定商品と使用商品の同一性」の要件の解釈にあっても、

十分に勘案される必要がある。

本来的に、三条二項は、識別力がないとされる商標であっても、特定の商品について使用された結果、実際に出所識別機能が発揮され(すなわち、識別力が発生し)、業務上の信用が形成されたような場合には、例外的に、実際にその業務上の信用を形成するに至った(出所識別機能(識別力)を獲得した)「現に使用されてきた商標・商品」そのものを保護しようとするものというべきであり、これが法意(立法者の意思)である。

2. 識別力の広がりについて

当該商標が周知・著名となり強い識別力が獲得されている場合には、その識別力が商標・商品にも一定の幅で広がりを見せること(いわゆる「転移」)は事実としてはありえよう。

しかしながら、そのことと、本項を適用する場合において、実際に使用されている商標と異なる態様の商標や、使用されていない商品にまで商標登録を認めることとは別の話である。

法意に照らし、三条二項は、同条一項の原則に対する例外規定であることは明らかであり(同項の規定にかかわらず)の文言を持ち出すまでもなく、実際に使用されている商標・商品と実質的に同一(性)の範囲を超えて商標登録を認めるのは本来適切ではない。例外規定である以上、厳格に解釈され、適用されるべきは当然の理である。ここで「厳格」というのは、必要以上の厳しさを求めるというのではなく、法律上の適切な厳しさを求めるという意味である。

三条二項の適用により登録された場合でも、その商標権の効力(禁止権)は、通常の商標が登録された場合と同様、

同一の範囲（二五条）だけでなく、類似の範囲（三七条一号）の商標・商品に対しても及ぶこととなるものであって、かつ全国的に及ぶものであること、そして、その権利の保護期間は、何度でも更新可能な半永久的なものであるからである。⁽⁴³⁾

本来は識別力のない商標について保護の範囲を拡げすぎると、弊害が出てくるのは当然のことである。三条二項は例外規定であるとの趣旨を十分に留意し、出願人の保護だけでなく、商標権の効力により制約を受ける他の事業者等第三者の利益保護とのバランスを十分に考慮した上での慎重な判断が求められる。

三条二項を、使用をしていない商標・商品にまで拡大して適用することの適否を考える場合には、①拡大保護を認めないことによる出願人の不利益と、②拡大保護を認めることによる第三者の不利益の比較衡量もすべきである。

拡大保護を認めず、使用をしている商標・商品についてのみ登録を認めることとした場合でも、商標権の効力（禁止権）は当該商標・商品についてのみならず、それと類似範囲にまで及び第三者の使用を排除できるのであるから（三七条一号）、拡大保護を認めなくても不利益はない。他方、実際には使用がされていない商標・商品についてまで拡大保護を認めることとした場合には、さらに拡大する禁止権の効力が使用による識別力の獲得が不明な商品や未だ独占適応性の有無の不明な商品にまで及ぶこととなり、第三者による予測可能性を失わせることとなるので、拡大保護を認めることによる第三者の不利益が懸念される。実際に使用している商品以外の指定商品については、三条二項該当性を認める必要はないばかりか、認めると実務上の弊害が案じられるのである。

なお、これについて、実際の使用に係る商品の範囲を超えて登録を認めた場合、さらにこれと類似する商品（使用商品とは非類似の商品）の場合にも、禁止権を及ぼすべきかは悩ましいとしつつも、①三条二項該当を理由に登録され

た商標か否かは登録原簿に記載されるわけでもなく、同条一項非該当の商標と区別されてはいないこと、②被告の使用行為が二六条一項各号に該当して、商標権が及ばないとされるケースもあり得ることより、弊害があるとはまではいえないように思われるとするものもあるが、⁴⁴ 弊害はないと断じられてはならず、加えて、①については、実務上、商標公報にはその旨が記載されていること、②については、三条一項四号及び五号に該当する商標の使用には二六条の適用はないこと等も付言しておきたい。

ちなみに、工業所有権の保護に関するパリ条約六条の五C(1)には、商標の保護の適否の判断に当たっては、「すべての事情、特に、当該商標が使用されてきた期間を考慮しなければならない。」と規定されており、三条二項もこの条約上の規定を反映したものであると言われているところ、このパリ条約の規定が使用による識別力の獲得の判断の場面だけでなく、本来的識別力の有無の判断の場面にも当てはまることをもって、三条二項を三条一項の例外規定と解する考え方を疑問視するものもあるが、⁴⁵ 三条一項と同条二項は、立法上原則・例外の形をとってはいるが、いずれにしても、両者が相俟って、一定の条件の下で、識別力があると認められる商標は登録を受けることができるし、ないと認められるものは登録を受けることができないとしているのであって、何ら条約との関係でも問題とはならないばかりか、登録主義の下では、自然な考え方ではないかと思われる。

3. 審査運用のあり方

全く使用もされていない商品や使用実績がないわけではないが決して多いとはいえない商品についてまで、使用による識別力を認めることは、立法者の意思に反するばかりか、審査実務上も問題がある。

三条二項の適用においては、出願商標が識別力を獲得しているかどうかが重要であると主張する考え方があることは前述したとおりであるが、実際に使用している商品を超えて識別力を取得しているとして登録をしてもいい商品であると認めた前掲各裁判例は、いずれも当該商品について出願人による識別性獲得の立証に基づいて認められたのではなく、その商標の持つ「周知・著名性」や、さらには、「商品の密接関連性」や「取引者・需要者の共通性」等をもって、識別性ありと「推認」をしたものである。

そのような「推認」という認定手法を、職権主義の下で行われる特許庁の審査に求めるべきではない。使用もされていない商品についての識別性取得について、各審査官の自由な裁量、恣意的な解釈、推認による抽象的な認定・判断に委ねることは、審査官にとっても多大な負担が課されることとなり、さらには、審査官間の判断のバラツキも懸念されることである。

自他商品識別力を有しないとされる商標であっても、使用により識別力を獲得した場合には、例外的に一事業者が登録を受けることができ、排他的支配権を取得しうることとなるわけであるので、登録を受ける事業者のことだけでなく、排他的支配権の制約を受けることとなる他の事業者のことも勘案すれば、このような商標登録を認めるか否かの判断を行う現実の審査の場においては、法文上の形式的な字義に拘泥するよりも、衡平的、実際的、安定的な実務であることが望まれる。

ちなみに、仮にはあるが、出願商標が識別力を獲得しているかどうかの判断だけでよいとする立場に立ったとしても、指定商品について出願商標が識別力を獲得したことについての直接的な証拠も示さずに使用による識別力の獲

得を認めることは適切ではない。

三条二項該当性の立証責任は出願人であるという原則（ことの順序として、使用の実績に基づく自他商品識別力獲得の事実は、出願人側が主張立証しなければならない）に立ち戻る必要がある。

立証方法も決して不可能というわけではなく、需要者を対象とした出願商標の認識度調査（アンケート調査）は可能なのであり、証拠方法の一つとして採用されている例も少なくない⁴⁶。勿論、アンケート母集団の適切な設定、標本数の一定程度の確保、適切な質問事項・実施者・実施方法・アンケート対象者等、公平性、中立性に考慮し十分に客観性が担保される内容の調査であることが必要になり、この調査に要するコストも少なからずかかってくるが、例外的に排他的支配権を確保しようというのであれば、その手間暇やコストを惜しむべきではない⁴⁷。

なお、厳格解釈は不要（識別力を獲得していれば使用されていなくてもよい）との考え方を示す者の中にも、その識別力獲得の立証自体は必要とするものもある⁴⁸。

もともと、改正審査基準は、前述したように、使用していない商品については認めないとしているので、裁判所の運用はともかく、特許庁では安定的な審査が進められることとなる。

改正審査基準によれば、「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件については、法の趣旨に沿った考え方を基本としつつ、厳密な一致を求めるのではなく、実質的な同一性（商標としての同一性や商品の同一性が損なわれないと認められる範囲）でよいとしており、異論のないところである。

ちなみに、前述のとおり、改正審査基準では、「出願商標を他の商標と組み合わせ使用している場合は、出願商

標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。」（審査基準三条二項2.(4)）としているところ、これは、非伝統的商標（動き、ホログラム、色彩、音、位置の新しいタイプの商標）にも適用される基準である。なお、審査基準には、それぞれの非伝統的商標について、「使用商標中に、出願商標以外の標章が含まれているが、出願商標部分のみが独立して自他商品・役務の識別標識として認識されると認められる場合には、三条二項の適用が認められる」旨の基準も置かれている。（審査基準三条二項3.(1)、4.(1)、5.(1)、6.(2)、7.(1)）

非伝統的商標については、他の構成要素（文字、図形等）とともに使用されることが多くなると思われるところ、「商標の同一性」の要件を判断する場合には、その前提として、まずは、「出願商標部分のみで独立して自他商品・役務の識別標識として認識されているか」の判断が求められることになる。その判断は、個別事案ごとに、出願人による、出願商標の認識度調査（アンケート調査）等を利用した立証に基づくこととなる。これは、商品や商品の包装容器の立体的形状に係る立体商標の場合における識別力の認定方法と同様である。

また、使用商品との関係で、これと実質的な同一性の範囲として、指定商品の範囲をどこまで特定すべきかについては、いずれの判決においても、使用商品をどの程度まで上位概念化（包括概念化）できるかについて説示したものはないところ、以前に、これに関して、筆者は次のような意見を述べたことがある。

『指定商品又は指定役務』の内容及び範囲は、商標権の効力範囲を定め（二七条、二五条、三七条一号）、他人の登録の排除範囲を画する（同法四条一項二一号）ことになるので、『指定商品又は指定役務』の表示は、その商品又は役務の内容及び範囲が明確に把握できるものでなければならず、そのような観点から、商標法施行規則（省令）はその別

表で、指定商品又は指定役務として採用できる適切な具体的商品・役務の例示を掲記している。したがって、実務上は、少なくともこの省令別表に掲載されている例示やこれと同程度のレベルのもの（単品）については、三条二項の適用を認める商品・役務の範囲として考慮するに値するものといえる。⁽⁴⁹⁾

三条二項により認められる指定商品は、原則として「単品」を単位としてのみ認められるとする見解があることも前述したが、⁽⁵⁰⁾これも同趣旨であると解される。この考え方に対しては、抽象的に過ぎる（事案によっては、商品としてあまりに細かすぎる場合があったり、その適用が困難な場合も出てくるように思われる）とする指摘もあるが、⁽⁵¹⁾この省令別表の例示商品は各業界の意見・要望を十分に反映して作成されており、この例示商品や同レベルの商品であれば、商標実務担当者には周知が図られており、予測可能性の観点からも概ね問題のない範囲として考えられる。⁽⁵²⁾

IV おわりに

三条二項に基づく使用による識別力の取得を認めるかどうかの判断にあたって、その前提となる「出願商標と使用商標の同一性」及び「指定商品と使用商品の同一性」の要件については、上述した本項の趣旨に鑑み、特定人に独占使用を認めることの是非（他の事業者によるその使用の機会を開放しておく必要性の有無）との関係、すなわち、このような商標を登録した後の効力との関係をも十分に考慮して考える必要がある。

その意味において、平成二八年の審査基準の改正は、法意を尊重した上で、これらの事情も考慮したものとなっていると考えられる。

すなわち、ある標章が三条二項の規定により商標登録されるかどうかは、出願に係る商標と実質的に同一性がある

と認められる標章が、指定商品と同一性が認められる範囲の商品に使用されたことを前提として、その商標の使用の態様・数量・期間及び地域、広告宣伝の方法・期間・地域及び規模、出願人以外の者による出願商標と同一又は類似する標章の使用の存否、商品の取引の实情、需要者の商標認識度調査結果等の事実を総合考慮して、何人かの出所識別標識として、その商品の需要者間で全国的に認識されているかどうかで判断するとされている。

筆者も、商標審査基準WGにおいて、この議論に委員として参加したが、改正基準は、厳密な同一は求めないこととし、法意に反しない範囲で、同一性まで緩和したものはあるが、少なくとも、識別性が推認しうるようなケースであったとしても、明らかに外観上の同一性が損なわれているような商標（標準文字商標のケースも含めて）や、使用もされていないような商品については、本項の適用を認めないとする内容となった。安定した審査実務、商標権の禁止権拡大に伴う第三者の予測可能性の観点から、一定の評価をし得るものである。

筆者の素朴な考察は、審査・審判実務の経験者として、法意に即して、より衡平的、実際の、安定的であるべきという立場に基づくものである。

今後、解釈・運用が分かれるようであれば、法意に合致させるよう、条文について確認的に明確化を図るという方向で改正するのも一案ではある。そのようにしても、商標権の排他的効力は類似範囲まで及ぶ（三七条一号）ので、基本的に出願人は困ることもないと思量する。

本稿が、本問題について今後の運用の在り方を考えていく上に、いささかでも役立ちうるものであることを、そして、この問題が、関係者の工夫と努力により、可及的速やかに収束されることを祈ってやまない。

以上

〔注〕

- (1) 黒糖ドーナツ棒事件 (知財高判平成二三・三・二四判時二二二二号一二七頁)、あずきバー事件 (知財高判平成二五・一・二四判時二二七七号一四頁)、i 商標事件 (知財高判平成二七・一〇・二九裁判所ウェブサイト) 等。他にも多くの裁判例において同趣旨の一般論が示されてきている。
- (2) 「コカ・コーラ容器立体商標事件」(知財高判平成二〇・五・二九判時二〇〇六号三六頁)、「JEAN PAUL GAULTIER “CLASSIQUE” 立体商標事件」(知財高判平成二三・四・二二判時二一一四号九頁) 等。
- (3) 特許庁編「新工業所有権法逐条解説〔初版〕」五五七頁 (発明協会、昭和三四年八月発行)、特許庁編「工業所有権制度改正審議会答申説明書」七二・七三頁 (発明協会、昭和三二年二月発行)
- (4) 旧法時において、当初は特別顕著性を商標の構成が明瞭であることと解し、明瞭でないものを何回使用しても明瞭になるはずはないので、使用による特別顕著性を認めないとする考え方 (消極説) が唱えられていた。(江口俊夫「商標法解説(1)」八八頁、専工業所有権研究所出版部、一九七一年)
- (5) 大審院判決昭和三・四・一〇「パスター事件」(大審院民事判例集七卷一八五頁) は、「永年使用による特別顕著性の取得」という法理を初めて適用した判決であり、「普通名詞ヨリ成り且普通使用スル書體ニテ表示シタル文字商標ト雖長年月ノ間繼續シテ一定商品ニ使用セラレ来リタル結果其ノ商品トノ關係ニ於テ取引上右商標ニ於ケル普通名詞ハ固有名詞化セラレ該商品ニ其ノ商標ヲ添付スルトキハ之ニ依リ一般取引上直ニ商品ノ出處ヲ認識セラルルニ足ルトキハ特別顕著性ヲ有スルニ至リタルモノトシテ登録商標タル適格ヲ有スルモノト解セサルヘカラス蓋シ或ル商標カ自他ノ商品ヲ甄別スル標識トシテ特別顕著性ヲ有スルヤ否ハ商標自體ノ構造ノミニ依ルニアラスシテ一定ノ商品ニ對スル關係ニ於テ該商標カ一般取引上如何ナル印象ヲ与フルヤニ依リ之ヲ定ムヘキモノナレハナリ」として、商品の普通名詞「パスター」について使用による特別顕著性の取得を認めた。また、大審院判決昭和三・九・八「808 商標事件」(審決公報六八三号五頁) も同趣旨で、「808」の数字からなる商標を商品「骨牌」について使用による特別顕著な商標と認めた。
- (6) 前掲(3)特許庁編「逐条解説〔初版〕」五六〇頁、前掲(3)特許庁編「答申説明書」七三・七四頁

- (7) 昭和三一・一二「工業所有権制度改正審議会答申」商標部会関係第一(二)
- (8) 前掲(3)特許庁編「答申説明書」七三頁
- (9) 東京高判昭和三〇・二・二四行集六卷二号三三三頁〔㊦商標事件〕
- (10) 審査第一部商標課「商標審査取極」(昭和三三年六月) 六頁
- (11) 特許庁「商標審査基準」(昭和三六年七月一日) 九頁
- (12) 前掲(4)江口「商標法解説(1)」九〇頁
- (13) 田倉整「商標の永年使用による特別顕著性の取得」(「工業所有権の基本的課題(下)」八八三頁、有斐閣、一九七二年)
- (14) 三宅正雄「商標法雑感」八一頁(富山房、一九七三年)
- (15) 工藤莞司「商標法の解説と裁判例(改訂版)」九三頁(マスターリンク、二〇一五年)
- (16) 茶園成樹「商標法(第2版)」五四頁(有斐閣、二〇一八年)
- (17) 田村善之「商標法概説(第2版)」一九〇頁・一九一頁(弘文堂、二〇〇五年)
- (18) 井上周一「知的財産法最高裁判例評釈大系Ⅱ」三三六頁(青林書院、二〇〇九年)
- (19) 足立勝「ゴルチェ・クラシック香水瓶立体商標事件」(「最新判例からみる商標法の実務Ⅱ」一〇五頁、青林書院、二〇一二年)
- (20) 宮脇正晴「商標法3条2項により登録が認められる商品の範囲」(L&T六二号、四〇頁、民法法研究会、二〇一四年)
- (21) 網野誠「商標(第6版)」一八九頁(有斐閣、二〇〇二年)
- (22) 渋谷達紀「知的財産法講義Ⅲ(第2版)」三四七頁(有斐閣、二〇〇八年)
- (23) 川瀬幹夫「商標法3条1項の本来的識別性と使用による顕著性」(知財管理Vol.63 No.5、七四二・七四三頁、二〇一三年)
- (24) 外川英明「あずきバー事件・判批」(判時二一九九号一六五頁、二〇一三年)
- (25) 高部真規子「使用による識別力を獲得した商標」(土肥一史先生古稀記念論文集「知的財産法のモルゲンロート」一四・一五頁、中央経済社、二〇一七年)

- (26) 安原正義「商標法3条2項により登録を受けた商標権に関する一考察」(知財管理Vol.63 No.5、六七七頁、二〇一三年)
- (27) 土肥一史「新商標の識別性と類似性」(中山信弘先生古稀記念論文集「はばたき—21世紀の知的財産法」七九三頁・七九四頁、弘文堂、二〇一五年)
- (28) 大西育子「商標の使用による識別力」(土肥一史先生古稀記念論文集「知的財産法のモルゲンロート」八七頁、中央経済社、二〇一七年)
- (29) 特許庁「商標審査基準〔改訂第12版〕」四五・四六頁(發明推進協会二〇一六年)、その後現在の〔改訂第14版〕(四四・四五頁、二〇一九年)までその内容に変更はない。
- (30) 第一三回商標審査基準WG(平成二十七年一月五日)「資料1」二頁(特許庁HP)
- (31) 前掲(30)に同じ。
- (32) 北岡弘章「商品等の立体的形状に関する商標法3条2項の適用とその要件」(小松陽一郎先生還暦記念論文集「最新判例知財法」三九九頁、青林書院、二〇〇八年)は、商品の立体的形状からなる商標の自他商品識別機能の認定の際には広告宣伝その他における文字商標の露出の仕方も問題とする以上、あえて出願商標と使用商標の同一性を要求する必要はなく、立体的形状の独立性を問題にした上で、考慮事情を明確化する方が好ましいとする。
- (33) 知財高判平成一九・六・二七判時一九八四号三頁
- (34) 前掲(30)に同じ。
- (35) 前掲(30)議事録九頁 木村一弘商標審査基準室長発言要旨「本改正は、現行の趣旨を大きく変えるものではなく、基本的な考え方は同じ。商品の同一性については、裁判例にもいろいろあり、拡大傾向にあるかどうかは必ずしも明確ではない。今回、原則は変えていないが、従前からの「表示の厳密な一致」という点に関しては、緩和している。」
- (36) 審査基準上、標準文字の扱いについての記述はないが、ユーザーからのニーズはともかく、使用商標が標準文字とは外観上明らかに別異の態様である場合には、標準文字からなる出願商標には本項の適用はない。(前掲(30)議事録一三・一四頁参照)

(37) 包括表示による指定商品の表示についても、個々のケースによって事情が異なるので、取引の実情、実際の密接関連性等を考慮して、包括表示でも同一視できる商品の範囲かどうかで商品の同一性が判断される。(前掲(30)議事録七〇頁参照)

(38) 前掲(30)議事録七頁 木村一弘商標審査基準室長発言

(39) 小川宗一「知的財産権法の解釈と立法者の意思」(日本大学法学部知財ジャーナルVol.1 No.1、九〇頁、二〇〇八年)

(40) 最高判昭和五四・四・一〇民集一二六号五〇七頁

(41) 三条二項が例外規定とする裁判例は数多い(三浦葉山牛事件、SpeedCooking事件、ひよこ立体商標事件(知財高判平成一八・一一・二九判時一九五〇号三頁)等)。中村英夫「注解商標法〔初版〕」一四六頁(青林書院、一九九四年)は、「規定の沿革からみても、二六条などの商標権の効力に関する規定からみても例外規定であることは明らか」とする。

(42) 前掲(4)江口「商標法解説(1)」九二・九三頁、前掲(21)網野「商標〔第6版〕」一八八頁、前掲(41)中村「注解商標法〔初版〕」一四五頁、平成二二年度商標委員会第三小委員会「商標法3条2項に基づく商標権の権利範囲」(パテントVol.64 No.11、三一頁、二〇一一年)、外川英明「商標の使用による識別力獲得の意義と役割」(パテントVol.70 No.11〔別冊一七〕一三〇頁、二〇一七年)。

他方で、出願商標と使用商標は同一である必要があり、その結果、登録を受けたため、登録商標の権利範囲はそれと同一または実質的に同一のものに限られ、書体の異なるものや異なる態様のものについては権利範囲外となるとするものや(井上周一「産地表示の商標法3条2項該当性」(小松陽一郎先生還暦記念論文集「最新判例知財法」四四三頁、青林書院、二〇〇八年)、多量使用の結果識別力が認められて登録された商標権の効力は、原則として、その識別力の発生した商標・商品のみにか及ばないとするもの(平尾正樹「商標法〔第二次改訂版〕」一四九頁、学陽書房、二〇一五年)もあるが、法的な根拠はない。

(43) 第一一回商標審査基準WG(平成二七年七月九日)で、日本商標協会・本多敬子委員も、「裁判例は、取引の実情その他を考慮して、商品なども広げて専用権を認めているが、一旦登録を認めてしまうと、その後更新時等に何らのチェックもせずにもそのまま権利が認められる。一時の取引の実情を勘案して、そのような強大な権利を与えていいのかについては、協会内で

も議論がある」旨の発言をされている。（同議事録二六頁、特許庁HP）

(44) 前掲(25)高部「使用による識別力を獲得した商標」一六頁

(45) 大西育子「商標の本来的識別力と使用による識別力」（渋谷達紀教授追悼論文集「知的財産法研究の輪」三九五頁 発明推進協会二〇一六年）、安原正義「商標の同一乃至同一性について」（渋谷達紀教授追悼論文集「知的財産法研究の輪」三六三頁、発明推進協会、二〇一六年）も同趣旨。

(46) 「角瓶事件」、「コカ・コーラ容器立体商標事件」、「エピ・ライン事件」（東京高判平成二二・八・一〇判時一七三〇号一二八頁）、「第二次ヤクルト容器事件」（知財高判平成二二・一一・一六判時二二一三三号一三五頁）等

(47) 筆者は、第一一回商標審査基準WG（平成二七年七月九日）の場でも、そのような発言をした。（同議事録二九・三〇頁、特許庁HP）

(48) 前掲(27)土肥『はばたき—21世紀の知的財産法』七九四頁

(49) 小川宗一「あずきバー事件判批」（日本大学知財ジャーナルVol.7、八二頁、二〇一四年）

(50) 前掲(15)に同じ。

(51) 前掲(25)高部「使用による識別力を獲得した商標」一六頁・一七頁

(52) 前掲(30)議事録六・七頁 木村一弘商標審査基準室長も「商品としての同一性については」基本的な考えとしては、別表の一番下のレベルで書いてあるような商品の中での表示の一致というのを考えている」と発言されている。