

結合商標への分離観察と 要部観察の適用について

——商標「朔北カレー」事件——

知的財産高等裁判所第2部 令和5年3月9日判決
令和4年(行ケ)第10122号 審決取消請求事件

小 椋 崇 吉*

抄 録 本件事件は、結合商標の構成部分の一部抽出の可否が最大の争点となった事件である。一部抽出が許されると、構成部分の一部だけを他の商標と対比し、商標の類否が判断され、類似する商標と判断される可能性が高くなるためである。つつみのおひなっこや事件で一部抽出の判断基準が示され、彼是15年が経過したが、その適用の統一が図られていない。

そこで、本稿は、同事件で引用・参照されたりラ宝塚事件とSEIKO EYE事件を分析し、分離観察と要部観察の適用を検討する。紙幅の関係上、結合商標の一部抽出の問題を主に検討し、称呼同一商標の類否の問題と取引の実情の問題は考察に止める。

目 次

- はじめに
- 本件事件の概要
 - 1 本願商標と引用商標
 - 2 経緯と争点
- 本件判決の概要
 - 1 判断基準
 - 2 結合商標の一部抽出の可否
 - 3 本願商標と引用商標の類否
- 検 討
 - 1 結合商標の一部抽出の判断基準
 - 2 本件事件と近似事件
 - 3 商標の類否の判断基準
 - 4 取引の実情
- おわりに

1. はじめに

結合商標の場合、商標の類否判断は、最初に構成部分の一部抽出が許されるか否かを検討

し、次に外観・観念・称呼等を全体的に考察する。最初の一部抽出の可否判断が、事実上、商標の類否判断を決してしまうことが多い。本件事件でも一部抽出の可否の問題が最大の争点となった。本件判決は、「朔北」の部分の一部抽出が許されるが、「朔北」と「サクホク」は称呼同一であるものの非類似の商標と判断した。原告は、称呼同一商標の類否の問題を最大の争点とすべきで、結果、争点を見誤ったことになる。

その遠因は、一部抽出が許されるか否か、一部抽出の判断基準の適用が予測し難かったことにあると考えられる。一部抽出の可否について、本件事件や近似事件から、線引きなり傾向なりが分かり、今後の参考になれば幸いである。

* 弁理士 Soukichi OGURA

2. 本件事件の概要

2. 1 本願商標と引用商標

〈本願商標〉

出願番号：商願2020-20177

商 標：「朔北カレー」

出 願 人：株式会社北都（原告）

指定商品：第29類「レトルトパウチされた調理済みカレー，カレーのもと，即席カレー，カレーを使用してなる肉製品，カレーを使用してなる加工水産物，カレーを使用してなる加工野菜及び加工果実」他

〈引用商標〉

登録番号：第5787174号

商 標：「サクホク」（標準文字）

権 利 者：カルビー株式会社

指定商品：第29類「肉製品，加工水産物，加工野菜及び加工果実，カレー・シチュー又はスープのもと，レトルトパウチされたカレー・シチュー・みそ汁・スープ」他，第30類

2. 2 経緯と争点

原告（出願人，審判請求人）は，本願商標「朔北カレー」を商標出願したところ，引用商標「サクホク」と類似する商標と判断され，本願商標が4条1項11号に該当するとして拒絶査定を受けたので，拒絶査定不服審判を請求した。

原告は，「朔北」の部分が「北方の地」の意味合いを想起させること，また，「朔北」の部分の一部抽出が許されないことを主張した。

これに対し，被告（特許庁）は，「朔北」の部分が，我が国において一般に親しまれた語といい難く，直ちに特定の意味合いを想起させない一種の造語と認識されることから，「朔北」の部分の一部抽出が許されると認定した。

その結果，被告は，本願商標の「朔北」部分と引用商標「サクホク」だと，いずれも特定の

観念を生じず比較できないものの，外観は相違し，称呼は「サクホク」で共通すると認定した。これをもとに，被告は，「商標の使用においては，商標の構成文字を同一の称呼が生じる範囲内で漢字，片仮名及びローマ字等の文字の種類を相互に変換して表記することが我が国において一般的に行われている取引の実情」を考慮し，外観の相違が与える影響は小さいのに対し，「特定の観念を有しない文字商標においては，観念において商標を記憶できず，称呼において記憶し，これを頼りに取引にあたる」取引の実情を考慮し，称呼の共通が与える影響は大きいとして，両商標を類似する商標と判断し，本願商標が4条1項11号に該当するとして請求棄却審決（以下「本件審決」という。）をした。

原告は，本件審決の取消しを求めて審決取消訴訟を提起した。原告は，「朔北」の部分が「北方の地」の意味合いを想起させるため「一種の造語」と認定するのは誤りであること，また，「朔北」の部分の一部抽出が許されないことを改めて主張した。

3. 本件判決の概要

3. 1 判断基準

本件判決は，商標の類否判断の判断基準として，「商標の類否は，対比される両商標が同一又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っ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るのが相当である。そして，商標の外観，観念又は称呼のうちの一つにおいて同一又は類似する場合であっても，他の2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って、商品の出所に誤認混同をきたすおそれの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」と述べ、氷山事件¹⁾が示した基準を挙げた。

また、本件判決は、結合商標の一部抽出の判断基準として、「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が取引者、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や、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等、商標の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場合には、その構成部分の一部を抽出し、当該部分だけを他人の商標と比較して商標の類否を判断することも許されるというべきである」と述べ、リラ宝塚事件²⁾、SEIKO EYE事件³⁾、つつみのおひなっこや事件⁴⁾が示した基準を挙げた。

3. 2 結合商標の一部抽出の可否

本件判決は、本願商標の「『カレー』の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じるということとはできない一方で、『朔北』については、需要者、取引者をして、『北の方角』又は『北方の地』を表す単語として理解されるにすぎず、具体的な地域を表すものと理解されるものではないから、指定商品との関係において、出所識別標識としての称呼、観念が生じ得るといえる。そして、需要者、取引者をして、『朔北カレー』を一連一体のものとしてのみ使用しているというような取引の実情は認められない。そうすると、本願商標について、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から、『朔北』の部分の

みを抽出して他人の商標と比較して商標の類否を判断することも許されるというべきである。」と述べ、「朔北」の部分の一部抽出が許されると認定した。

3. 3 本願商標と引用商標の類否

本件判決は、次に「本願商標における『朔北』の部分（本願要部）と引用商標を比較して、類否を検討する。

ア 外観 本願要部は『朔北』という2文字の漢字からなるのに対し、引用商標は『サクホク』の4文字の片仮名からなり、外観が明らかに異なる。

イ 称呼 本願要部の称呼は『さくほく』であり、引用商標の称呼も『さくほく』であるから、同一である。

ウ 観念 本願要部からは『北の方角』『北方の地』の観念を生じるものであるのに対し、『サクホク』は、辞書等に掲載されていない造語であって、特定の観念を生じないものであるから、観念が明らかに異なる。

エ 以上のとおり、本願要部と引用商標は、称呼が共通するものの、外観及び観念は明確に異なっているところ、需要者、取引者が『朔北』から引用商標である『サクホク』や引用商標の権利者を想起するというような取引の実情はなく、また、本願商標及び引用商標の指定商品において、需要者、取引者が、専ら商品の称呼のみによって商品を識別し、商品の出所を判別するような実情があるものとは認められず、称呼による識別性が、外観及び観念による識別性を上回るとはいえないから、本願商標及び引用商標が同一又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とはいえない。

そうすると、本願商標が引用商標に類似するとはいえない。」と述べ、両商標は非類似の商標と判断し、本願商標が4条1項11号に該当す

るとした本件審決を取り消した。

4. 検 討

4. 1 結合商標の一部抽出の判断基準

(1) 一部抽出が許される3つの場合

結合商標とは、いくつかの文字と文字・文字と図形・図形と図形等、文字や図形等が2個以上結合して構成された商標をいう（2条1項）。

27条1項が「登録商標の範囲は、願書に記載した商標に基づいて定めなければならない。」と規定し、リラ宝塚事件が「商標はその構成部分全体によって他人の商標と識別すべく考案されている」と述べるように、結合商標は全体観察が原則で、一部抽出は例外と考えられる。

構成部分の一部抽出が許されると、抽出の許された一部の構成部分だけを他の商標と対比して商標そのものの類否が判断される。

リラ宝塚事件が「一個の商標から二個以上の称呼、觀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。」と述べるように、一部抽出が許されるのは、1個に限らず、2個や3個も許される。構成部分の一部抽出が許されると、一部の構成部分だけが他の商標と対比され、商標そのものの類否が判断される関係上、1つの要部を有する商標より複数の要部を有する商標の方が保護範囲が広がるという商標制度が予定しない事態を招来する⁵⁾。

他方、SEIKO EYE事件は、一部の構成部分が識別標識として強く支配的な印象を与えると、それとの対比において識別力の弱い他の構成部分は、要部となり得ないとする。各構成部分の識別力の対比が許されると、一部の構成部分が著名商標の場合、他の構成部分は自ずと相対的に識別力の弱い部分となり、対比から除外され商標そのものの類否が判断される関係上、他人の商標が、著名商標と結合された他の構成部分として取り込まれ登録されるという商標制

度が混乱する事態を招来する⁶⁾。

このため、結合商標の一部抽出の問題は、商標制度に重大な影響を与える問題である。

本件判決は、一部抽出が許される場合として、以下の3つの場合を挙げている⁷⁾。

(X) 商標の構成部分の一部が取引者、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（以下「(X)の場合」といい、認められるか否かの基準を適宜「(X)の基準」という。以下同様に)

(Y) 商標の構成部分の一部以外の部分から出所識別標識としての称呼、觀念が生じないと認められる場合（以下「(Y)の場合」「(Y)の基準」という。)

(Z) 商標の各構成部分が商標の構成部分の一部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場合（以下「(Z)の場合」「(Z)の基準」という。)

つつみのおひなっこや事件が、突然⁸⁾、一部抽出は(X)と(Y)の場合等を除き許されないと述べ、一部抽出が許される場合を限定するように読める判断基準を示したが、今日、(Z)の場合も許されると考えられている⁹⁾。そして、これら3つの場合が、いずれの最高裁判決で最初に示されたかという点、(Z)の場合はリラ宝塚事件が最初で、(X)と(Y)の場合はSEIKO EYE事件が最初で、つつみのおひなっこや事件は最初でないと考えられる^{10)、11)}。

このためか、リラ宝塚事件¹²⁾とSEIKO EYE事件¹³⁾は、最高裁判所の判例委員会が選定した重要判例として最高裁判所民事判例集（民集）に搭載され、判例解説が書かれているのに対し、つつみのおひなっこや事件は、最高裁判所判例集民事（集民）に搭載され、判例解説は書かれていない。

(2) 一部抽出が許される3つの場合の関係

一部抽出が許される3つの場合の関係につき、(Z)の場合を包括的と考え、(X)と(Y)の場合は(Z)の場合に含まれるとする考え方がある。商標審査基準改定に際し、SEIKO EYE事件の(X)と(Y)の場合は、「そもそも商標が不可分的に結合していないと判断される可能性も高く」、リラ宝塚事件の(Z)の場合に該当するとして「要部抽出できると判断することも十分に可能である」との考え方が示され、商標審査基準改定第13版では、リラ宝塚事件の(Z)の場合の原則論のみ記載すれば足り(X)と(Y)の場合を記載する必要はないとされた¹⁴⁾、¹⁵⁾。(Z)の基準は、抽象的判断基準であるため、これを結合商標の一部抽出の問題の包括的判断基準と考えると、一部抽出の判断基準の適用が予測し難くなる。

そもそも、リラ宝塚事件で示された(Z)の基準は、SEIKO EYE事件で示された(X)と(Y)の基準を含む包括的判断基準と考えて良いのであろうか。仮に、リラ宝塚事件の(Z)の基準が包括的判断基準であるならば、その後のSEIKO EYE事件は、「SEIKO」の部分と「EYE」の部分は不可分的に結合していると認定し、(Z)の基準のみを検討すれば足りたはずであったが、そのように(Z)の基準を検討せずに¹⁶⁾、(X)と(Y)の基準を検討している。また、その後のつつみのおひなっこや事件は、「『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行でまとめ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。」という(Z)の基準のみを検討すれば足りたはずであったが、引き続き(X)と(Y)の基準を検討している。

そうすると、リラ宝塚事件の(Z)の基準と

SEIKO EYE事件の(X)と(Y)の基準は、異質な判断基準と考えられる。異質であるからこそ、その後のSEIKO EYE事件が、リラ宝塚事件と同様、重要判例として民集に登載されるに至ったとも考えられる¹⁷⁾。

(3) 分離観察と要部観察の関係

(Z)の基準は、分離観察の基準と考えられる。分離観察は、結合商標の文字や図形等を分離して観察するもので、主として外観を問題とする。文字と文字の結合商標の場合、例えば、文字と文字の間隔・上下の配置・大小の相違・書体の相違・種類の相違・間のハイフンや中点の介在等を理由に視覚上分離できる場合の他、称呼が冗長であることを理由に称呼上分離できる場合も含まれると考えられる。観念上分離できる場合も排除されないが、造語の場合、多くの造語が観念上の繋がりのない文字を結合させて造語としたのであり、観念上の繋がりが無いことを理由に観念上分離できるとするのは疑問である¹⁸⁾。観念上分離できるか否かは主に要部観察の役割と考えられる。

他方、(X)と(Y)の基準は、要部観察の基準と考えられる。要部観察は、構成部分の一部が、需要者・取引者の注意をひき、その部分が存在することによってその商標の識別力が認められるとき、その一部の構成部分を要部として抽出して観察するもので、主として観念を問題とする。

分離観察と要部観察は、区別されずに論じられることが多いが、同義でなく異質な観察手法である¹⁹⁾。分離観察は、全体観察と対峙する観察方法で、全体観察が原則であり分離観察が例外となる。他方、要部観察は、全体観察の結果であり手段であり、適切な要部観察により合理的な類否判断を可能とするため、全体観察を補完する観察方法である^{20)~22)}。網野誠『商標』(有斐閣、第3版、1995)419頁は、「分離観察は要

部観察を行うためには必要であるが、要部観察には必ずしも分離観察を必要としない。要部でない部分を捨象するのは分離観察ではなく、むしろ全体観察の結果である。」と述べている。要部観察の結果、一部の構成部分を要部として一部抽出することが必要となるが、そのことと分離観察は別物の意である²³⁾。分離観察の結果、各構成部分が各別に要部となるとは限らないため、これと別物の要部観察が必要となる。各構成部分が各別に要部となるのであれば、一の構成部分を要部として一部抽出することも、他の構成部分を要部として一部抽出することも許される。非要部の一部抽出は許されないため、非要部を捨象した結果として一部の構成部分を要部として一部抽出することが許されるのみならず、非要部を抽出しない手段として何処も抽出しないことも許される²⁴⁾。

これを踏まえ、分離観察と要部観察の関係を説明すると、全体観察が原則であるが、図1の通り、最初に各構成部分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か否かが検討される((Z)の基準)。もっとも、抽象的判断基準であるため、リラ宝塚事件とつつみのおひなっこや事件が検討した独立して見る者の注意をひくように構成されている部分か否か、最も印象が強い部分か否かは¹³⁾、必要な検討事項と考えられ、取引の実情を考慮して決することとなる。

分離観察の結果、不可分的に結合していない場合、全体観察の例外として要部観察を行う。非要部の一部抽出は許されないが、要部の一部抽出は許され((a)の結論)、各別に要部となるのであれば、一の要部の一部抽出も、他の要部の一部抽出も許される²⁵⁾((b)の結論)。

分離観察の結果、不可分的に結合している場合²⁶⁾、全体観察の補完として要部観察を行う。非要部の一部抽出は許されないため、要部の一部抽出も、何処も抽出しないも許されるが((c)の結論)、一部抽出が許されないのであれば、何処も抽出せず全体観察となる((d)の結論)。

この関係だと、分離観察の結果、不可分的に結合していない場合、不可分的に結合している場合、いずれの場合も要部観察を行う。消極的に非要部を捨象することも、積極的に要部を一部抽出することも許される。ただし、前者につき、構成部分がそれ単体で識別力を有するものの、一般的・普遍的な文字で、需要者・取引者に限定的・特定の印象を与えないことを理由に、識別力が弱い部分となり対比から除外されることも許される^{3)、13)}。後者につき、構成部分がそれ単体で識別力を有することのみを理由に、構成部分の一部抽出は許されない。どちらも構成部分の一部として使用される関係上、他の構成部分の影響を受け、出所識別標識としての称呼・観念に変化が生じ、相対的に識別力が弱まることがあるためである²⁷⁾。もっとも、そ

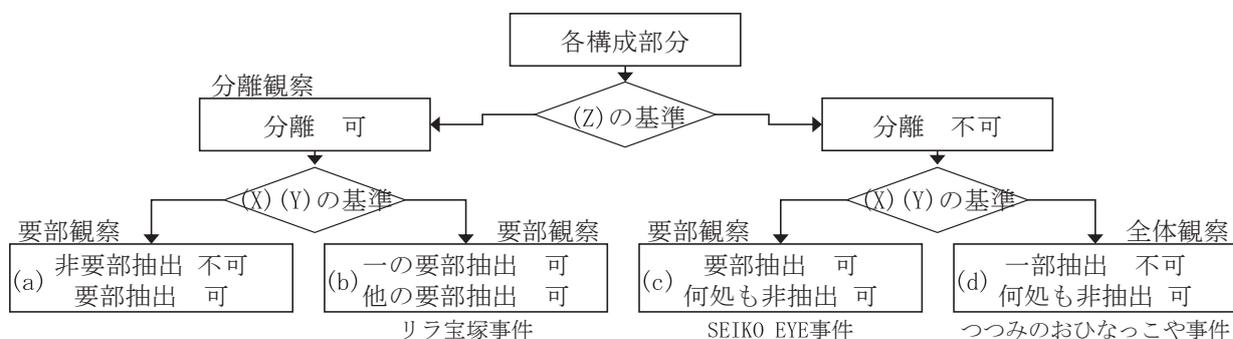


図1 分離観察と要部観察

れ単体で識別力を有する構成部分が、識別力の弱い部分なので捨象するのか、識別力の強い部分なので一部抽出するのか、他の部分と識別力の強弱を相対的に比較し²⁸⁾、取引の実情を考慮して決することとなる²⁹⁾。

このように、リラ宝塚事件の(Z)の基準は、主として外観を問題とする分離観察の基準であって、包括的判断基準でなく、分離の可否を最初に決するためだけの限定的判断基準と考えられる。そして、SEIKO EYE事件の(X)と(Y)の基準は、主として観念を問題とする要部観察の基準であって、分離の可否がいずれの場合も行われる必須的判断基準と考えられる。つつみのおひなっこや事件が、一部抽出は(X)と(Y)の場合等を除き許されないと述べたのは、(X)と(Y)の基準が、いずれの場合も行われる必須的判断基準であることを確認したものと考えられる。

そして、(Z)の基準と(X)と(Y)の基準を異質な判断基準と考えると、(X)や(Y)の場合に該当することを(Z)の場合に該当する理由と位置付けることができなくなる。

4. 2 本件事件と近似事件

(1) 本件事件の一部抽出

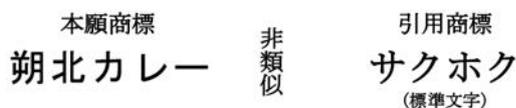


図2 本件事件

本件判決は、図2の通り、漢字と片仮名の「朔北カレー」の本願商標について、消極的に(Y)の基準を検討し、「カレー」の部分は出所識別標識としての称呼・観念を生じないと認定し、また、積極的に(Y)の基準を検討し、「朔北」の部分は「北の方角」「北方の地」を表す単語として理解されるに止まり、具体的な地域を表すものではないため、指定商品との関係で

出所識別標識としての称呼・観念を生じると認定した。かかる(Y)の場合に該当することを理由に「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から」(Z)の場合に該当するとし、「朔北」の部分の一部抽出が許されると認定した。(Z)の基準を包括的判断基準と考え、(Y)の場合に該当することを(Z)の場合に該当する理由と位置付けている。図1(a)の結論の事件と考えられる。

もっとも、「朔北」の部分について、積極的に(X)の基準を検討しなかったのは疑問である。積極的に(Y)の基準を検討しても、「朔北」の部分から、出所識別標識としての称呼・観念が生じると認定しただけで、「朔北」の部分と「カレー」の部分の識別力を相対的に比較し、「朔北」の部分が、出所識別標識として強く支配的な印象を与えることを意味しない以上、(X)の基準を満たさないとして「朔北」の部分の一部抽出が許されなくなる。他方で、「カレー」の部分について、消極的に(Y)の基準を検討し、出所識別標識としての称呼・観念が生じないと認定し、(Y)の基準を満たすとして「カレー」の部分の一部抽出が許されない。さすれば、非要部を抽出しない手段として、何処も抽出せず、全体より出所識別標識として「朔北カレー」の称呼・観念のみ生じると認定することもできたと考えられる。そうなると、「朔北」の部分の一部抽出が許されず、図1(d)の結論の事件となった可能性もあったと考えられる。

(2) 天使のチョコリング事件の一部抽出

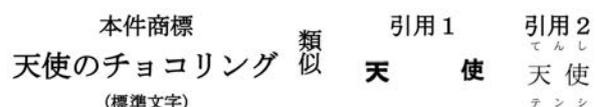


図3 天使のチョコリング事件

天使のチョコリング事件³⁰⁾は、図3の通り、標準文字の漢字、平仮名と片仮名の「天使のチョコリング」の本件商標について、消極的に(Y)の基準を検討し、「チョコリング」の部分は、「チョコレート成分含有又はチョコレート味という原材料や品質で、かつ、輪状という形状の菓子又はパンであることを普通に用いられる方法で一般的に表示したもの」で出所識別標識としての称呼・観念を生じないと認定し、また、積極的に(Y)の基準を検討し、「天使」の部分は、指定商品「チョコレートを加味してなるリング状の菓子及びパン」の性状等を表すものでなく、商品の出所識別標識としての機能を発揮し得ると認定している。さらに追加的に(Z)の基準を検討し、「天使」の部分は、「チョコリング」の部分と何ら観念的な結び付きを有しないから、「天使」の部分の一部抽出が許されると認定した。図1(a)の結論の事件と考えられる。

もっとも、「天使」の部分について、積極的に(X)の基準を検討しなかったのは疑問である。

また、観念上の繋がりが無いことのみを理由に観念上分離したのは、疑問である。むしろ標準文字の一体的な構成より、独立して見る者の注意をひくように構成されていないと認定することもできたと考えられる。そうすると、「天使」の部分の一部抽出が許されず、図1(d)の結論の事件となった可能性もあったと考えられる。

(3) 炭都饅頭事件の一部抽出



図4 炭都饅頭事件

炭都饅頭事件³¹⁾は、図4の通り、漢字の「炭都饅頭」の本願商標について、(Z)の基準を

検討し、「縦1行にまとまりよく記して成る外観を有し、本願商標を構成する文字の書体も、文字の大きさも相互にほぼ同一であって、例えば『炭都』の部分が特に強調された体裁を有するものではない」と認定した。さらに変則的に(X)と(Y)の基準を検討し、「『炭都』の部分が特に強調された外観のものではないから、『饅頭』の語の自他商品識別力が希薄であるとしても、『炭都』の部分が直ちに要部とならない」と認定した。図1(d)の結論の事件と考えられる。

(4) キリンコーン事件の一部抽出



図5 キリンコーン事件

キリンコーン事件³²⁾は、図5の通り、片仮名の「キリンコーン」の本件商標について、消極的に(Y)の基準を検討し、「コーン」の部分は、指定商品そのものを意味し、識別力が低いと認定し、また、積極的に(X)の基準を検討し、「キリン」の部分は「指定商品との関係で、『コーン』よりも識別力が高く、取引者、需要者に対して強く支配的な印象を与える」と認定した。かかる(X)と(Y)の場合に該当することを理由に「『キリン』の文字部分と『コーン』の文字部分とが、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とは認められ」ないため(Z)の場合に該当するとし、「キリン」の部分の一部抽出が許されると認定した。(Z)の基準を包括的判断基準と考え、(X)と(Y)の場合に該当することを(Z)の場合に該当する理由と位置付けている。図1(a)の結論の事件と考えられる。

(5) ゲンコツコロッケ事件の一部抽出



図6 ゲンコツコロッケ事件

ゲンコツコロッケ事件³³⁾は、図6の通り、片仮名の「ゲンコツコロッケ」の本件商標について、(Z)の基準を検討し、「その全体は8字8音とやや冗長であること、上記のとおり『コ』の字がやや大きいこと、『ゲンコツ』も『コロッケ』も上記の意味において一般に広く知られていることからすると、本件商標は、『ゲンコツ』と『コロッケ』を分離して観察することが取引上不自然と思われるほど不可分的に結合しているとはいえない」と認定した。さらに、消極的に(Y)の基準を検討し、「コロッケ」の部分は、指定商品の原材料を意味し、識別力がかなり低いと認定し、また、積極的に(X)の基準を検討し、「ゲンコツ」の部分は、「『コロッケ』よりも識別力が高く、需要者に対して強く支配的な印象を与える」とし、「ゲンコツ」の部分の一部抽出が許されると認定した。(Z)の基準と(X)と(Y)の基準を異質な判断基準と考えている。図1(a)の結論の事件と考えられる。

(6) ゲンコツメンチ事件の一部抽出



図7 ゲンコツメンチ事件

ゲンコツメンチ事件³⁴⁾は、図7の通り、標準文字の片仮名の「ゲンコツメンチ」の本件商標について、(Z)の基準を検討し、「文字のみの商標であって、図形などとの組合せではなく、しかも、全ての文字が、標準文字で、一連に横書きされており、各文字は、同じ字体、大きさ

及び間隔で、一体的に表記されている」と認定した。次に消極的に(Y)の基準を検討し、「ゲンコツ」の部分は、加工食品の取引の場面において商品の大きさや形状を象徴的に表す語と認定し、また消極的に(Y)の基準を検討し、「メンチ」の部分は、「挽肉にみじん切りにした玉葱などを加えて小判型などにまとめ、パン粉の衣をつけて油で揚げた料理である『メンチカツ』を表す名詞として、全国の取引者、需用者に、それほど普及しているとはいえない」と認定した。これを踏まえて(X)と(Y)の基準を検討し、「『ゲンコツ』の文字部分だけが、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はいえないし、『メンチ』の文字部分からは、出所識別標識としての称呼、観念が生じないともいえない」とし、「ゲンコツ」の部分の一部抽出が許されないと認定した。(Z)の基準と(X)と(Y)の基準を異質な判断基準と考えている。図1(d)の結論の事件と考えられる。

そして、ゲンコツメンチ事件は、原告が、外観上一体であっても、リラ宝塚事件の(Z)の基準より、それぞれの固有の観念により観念上分離できる等を主張したのに対し、「原告が挙げる前記最高裁昭和38年12月5日第一小法廷判決は、図形と文字『宝塚』に『リラタカラヅカ』、『LYRATAKARAZUKA』の文字が添記され、『宝塚』は当該商標のほぼ中央部に普通の活字で極めて読み取りやすく表示され、独立して見る者の注意を引くように構成されている旨の事実認定を前提に、『かかる事実関係の下において、原判決が右リラの図名を『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から、本願商標よりはリラ宝塚印の称呼、観念のほかに、単なる宝塚印なる称呼、観念も生ずることが少なくないと認めて、ひとしくその指定商品を第四類石けんとする引

用商標たる『宝塚』と称呼、観念において類似すると判断したことは、正当である旨判断したものであって、本件商標のように、全ての文字が、標準文字で、一連に横書きされており、各文字は、同じ字体、大きさ及び間隔で、一体的に表記されている場合に、その一部のみを分離して観察することを認めたものではない。」と述べ、原告の主張を退けている。リラ宝塚事件の(Z)の基準は、分離観察の基準で、主として外観上分離できるか否かを問題とするため、むしろ外観上分離できないにも拘わらず、語意に留意し、観念上分離できるとして(Z)の基準を用いることはできないと指摘したと考えられる。観念上分離できるか否かの問題は、主に要部観察の役割で、(X)と(Y)の基準を用いる。

(7) 総括

外観を重視する炭都饅頭事件、外観を軽視する天使のチョコリング事件やキリンコーン事件、(Z)の基準を包括的判断基準と考える本件事件やキリンコーン事件、(Z)の基準と(X)と(Y)の基準を異質な判断基準と考えるゲンコッコロケ事件やゲンコッコメンチ事件となる。構成部分の一部抽出が許されるとした本件事件、天使のチョコリング事件やキリンコーン事件は、無理に分離せず図1(c)の結論とする方が自然であったと考えられる³⁵⁾。「カレー」「チョコリング」「饅頭」「コーン」「コロケ」「メンチ」といった馴染みある語との結合商標ですら、一部抽出が許されるか否か、線引きなり傾向なりを把握することが至難であった。構成部分の一部抽出について3つの判断基準が示されているため、適用の統一が図られることを期待する。

4. 3 商標の類否の判断基準

(1) 類否判断基準の関係

本件判決は、氷山事件が示した以下の3つの

基準を挙げている。

(U) 商標の類否は、対比される両商標が同一又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って決すべき(以下「(U)の基準」という。)

(V) 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、連想等を総合して全体的に考察すべき(以下「(V)の基準」という。)

(W) 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(以下「(W)の基準」という。)

氷山事件が(V)の基準を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ないと述べ、(U)と(W)の基準が優先されるように読める判断基準を示したため³⁶⁾、現実に出所の混同が生じていない・具体的な取引状況において誤認混同を生ずるおそれがないのであれば、(V)の基準の検討が不要ともとれるが、今日、(V)の基準の検討が必要と考えられている³⁷⁾。

(V)の基準の検討は、外観、観念、称呼等を全体的に考察することとなるが、称呼が共通するにも拘わらず、非類似の商標と判断するためには、自ずと外観と観念の相違を強調することとなる。

まず、外観であるが、文字商標の場合、漢字と片仮名・欧文字と片仮名等、文字種の変換・相違を過度に強調し、外観の非類似と認定し、非類似の商標と判断することは、行き過ぎと考えられる(38条5項括弧書き)。本件審決が述べるように、商標の使用に際し、商標の構成文字を同一の称呼が生じる範囲内で漢字、片仮名及びローマ字等の文字の種類を相互に変換して表記する取引の実情があるためである³⁸⁾。

他方、観念であるが、文字商標の場合、意味内容の共通を過度に強調し、観念の類似と認定し、類似の商標と判断することは、行き過ぎと

考えられる。Cherry Gold事件³⁹⁾が述べるように、「きわめて適用範囲のひろい観念について、意義上の関連性を余りに厳密に考えるときは、観念類似の範囲を不当に広くして、必要以上に第三者の商標選択の余地を拘束する結果となる」ためである。

そして、Laurel事件⁴⁰⁾が、「一般に、商標の類否を定める基準の一つとして当該商標の観念の同一性があげられるが、比較の対象となった商標の観念が同一の場合に当該両商標が類似するとされる理由は、取引者、需要者がある商標を見または称呼することにより念頭に浮ぶその商標のもつ意味が、他の商標のもつ意味と同一であることによって、ある商標から同じ意味をもつ他の商標を思い浮べ、そのため商標の指定商品の出所を誤認混同するに至るからである。」と述べるように、観念の類似は、互いの観念が同一の場合に限られ、類似の場合は含まれないと考えられる⁴¹⁾。

このため、以下の4つの場合のうち、観念の類似と認定し、類似の商標と判断することが許されるのは、互いに近づく①の場合と考えられ⁴²⁾、反対に、観念の非類似と認定し、非類似の商標と判断することが許されるのは、互いに遠ざかる④の場合と考えられる⁴³⁾。

① 両商標から観念が生じ、互いの観念が同一の場合

② 両商標から観念が生じない場合

③ 一の商標から観念が生じるが、他の商標から観念が生じない場合

④ 両商標から観念が生じ、互いの観念が相違する場合

問題は、その間の②と③の場合である。②と③の場合は、観念の対比ができないため、観念上比較できないとするのが正確で、積極的にも消極的にも評価しないのが一般的である⁴⁴⁾。③の場合、積極的に観念を評価するのであれば、詳細な観念の検討が必要と考えられる。

では、観念とは、如何なるものかという点、Laurel事件は、「商標自体が客観的に有する意味をいうのではなく、商標を見または称呼することによりその商標を付した商品の需要者または取引者が思い浮べるその商標の意味をいう」と述べている。また、リューマゾロン事件⁴⁵⁾は、「商標がいかなる観念を生ずるかは、その採択者の意図に関係なく、客観的にその指定商品とその取引者層、需要者層との関係において判断するのを相当とする。」と述べ、また、商標が「造語から成るものにしても、その特徴的な部分から特定の観念を生じえないものとする理由はなく」と述べ、造語であっても特定の観念を生じるとしている。

このため、観念は、客観的に有する意味・辞書上の意味ではなく、客観的に需要者・取引者が思い浮べる商標の意味を問題とし、また、造語であることを理由に特定の観念を生じないことも許されないと考えられる。

問題は、辞書等の掲載を前提とした認定が許されるのかである。辞書等に掲載されていない造語であることを理由に特定の観念を生じないことや、反対に、辞書等に掲載されているにも拘わらず一種の造語の論⁴⁶⁾を用いて特定の観念を生じないことは、許されるのかである。客観的に需要者・取引者が思い浮べる商標の意味を問題とするため⁴⁷⁾、造語や一種の造語であるかは重要でないと考えられる。

(2) 本件事件の商標の類否の検討

本件判決は、「朔北」の部分の一部抽出が許されると認定した。そうすると、次に本願商標の「朔北」の部分（本願要部）と引用商標「サクホク」を対比し、商標の類否が判断される。

まず、外観であるが、本件判決は、「本願要部は『朔北』という2文字の漢字からなるのに対し、引用商標は『サクホク』の4文字の片仮名からなり、外観が明らかに異なる」と認定し

ている。文字種の変換・相違を過度に強調するものと考えられる。

次に、観念であるが、本件判決は、「本願要部からは『北の方角』『北方の地』の観念を生じるものであるのに対し、『サクホク』は、辞書等に掲載されていない造語であって、特定の観念を生じないものであるから、観念が明らかに異なる。」と認定している。「朔北」の部分（本願要部）について、辞書上の意味のみならず、ゲーム内のイベントクエストや小説の題名等にも用いられており、「朔」の文字が人名（萩原朔太郎）や果物名（八朔）にも用いられているため、「朔北」の部分を一般に良く知られた文字を組み合わせた単語として、凡そ「北の方角」「北方の地」の観念を生じるとしたもので、客観的に需要者・取引者が思い浮べる商標の意味を認定したのと考えられる。他方、引用商標「サクホク」について、辞書等に掲載されていない造語であることを理由に特定の観念を生じないと認定したのは、客観的に需要者・取引者が思い浮べる商標の意味を認定したものでないと考えられる。

4. 4 取引の実情

(1) 取引の実情の考慮の関係

本件判決は、氷山事件が示した（W）の基準を挙げているが、その検討に制限無きように読める判断基準なため、現実に出所の混同が生じていない・具体的な取引状況において誤認混同を生ずるおそれがないことを考慮して良いともとれる。しかし、その後の保土ヶ谷事件⁴⁸⁾が「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地的、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（引用者注「氷山事件」）も、これを前提とするものと解さ

れる。」と述べたことから、今日、（W）の基準の検討は、一般的・恒常的な取引の実情に限定され、特地的・限定的な取引の実情の考慮は許されないと考えられている。

(2) 本件事件の取引の実情の検討

本件判決は、商標の類否判断に際し、以下の2つの取引の実情を消極的に考慮している。

（ア）「需要者、取引者が『朔北』から引用商標である『サクホク』や引用商標の権利者を想起するというような取引の実情」がないこと

（イ）「本願商標及び引用商標の指定商品において、需要者、取引者が、専ら商品の称呼のみによって商品を識別し、商品の出所を判別するような実情」がないこと

まず、（ア）の取引の実情であるが、本件判決は、現実に出所の混同が生じていない・具体的な取引状況において誤認混同を生ずるおそれがないことを考慮して良いとしている。

これに対し、nico事件⁴⁹⁾は、原告が本願商標と引用商標を誤認混同した問い合わせがない等の取引の実情を主張したところ、また、CIS事件⁵⁰⁾は、原告が自ら特許を有しており引用商標の商標権者は指定商品を製造していない等の取引の実情を主張したところ、いずれも保土ヶ谷事件を挙げ考慮することが許されないとし、原告の主張を退けている。

本件判決の（ア）の取引の実情は、特地的・限定的な取引の実情であって、考慮することが許されないと考えられる。

次に、（イ）の取引の実情であるが、本件判決は、称呼による識別性が重視される取引の実情がない一般論を考慮して良いとしている。

これに関し、RUNE事件⁵¹⁾は、「『布製身の回り品』、『被服』及び『履物』の取引においては、取引者、需要者は、店頭販売、通信販売及びインターネットを介した販売において、商品の外観を見て購入するのが通常であり、その際に、

商品、値札、カタログ、商品情報等に付された商標の外観や製造販売元を見て商品の出所について相応の注意を払って購入することが多いと考えられ、取引者、需要者が商標の称呼のみをもって商品の出所を識別して商品を購入するとは考えにくい。」と述べている。また、海葉事件⁵²⁾は、「電話注文の多くは、事前に配布されたカタログや商品一覧のチラシの存在、ウェブサイト上の商品情報や商品番号、さらには単価などの閲覧等を前提とするものと認められるから、これらの電話注文に関して称呼のみで取引が特定されている実情にあるとはいえない。」と述べている。いずれも外観による識別性が重視される取引の実情があることを検討した結果、称呼による識別性が重視される取引の実情がないとしている。

本件判決の(イ)の取引の実情の考慮は、積極的に外観及び観念による識別性が重視される取引の実情があることを検討したのではなく、称呼による識別性が重視される取引の実情がない一般論を考慮したもので、論点のすり替えとなる。積極的に観念を評価するのであれば、観念による識別性が重視される取引の実情の検討が必要と考えられる。

5. おわりに

結合商標の一部抽出の問題を除くと、本件事件は、称呼同一商標の類否の問題を扱った事件で、本来、観念の対比ができないにも拘わらず、観念の非類似と認定し、非類似の商標と判断した事件となる。本件判決が、「称呼による識別性が、外観及び観念による識別性を上回るとはいえない」と結ぶのであれば、観念による識別性が重視される取引の実情があることを検討する必要があったと考えられる。観念による識別性が重視される取引の実情とは如何なるものか、今後の事件の検討を注視することをお勧めする。

注 記

- 1) 昭39(行ツ)110号 最判 昭43・2・27 民集22巻2号399頁
- 2) 昭37(オ)953号 最判 昭38・12・5 民集17巻12号1621頁
- 3) 平3(行ツ)103号 最判 平5・9・10 民集47巻7号5009頁
- 4) 平19(行ヒ)223号 最判 平20・9・8 裁判集民事228号561頁
- 5) 土肥一史『商標法の研究』(中央経済社、2016)128頁は、「構成部分が増えれば増えるほど保護範囲が広くなるという結論は、知的財産法が予定しないところといわざるを得ない。」と述べている。
- 6) 後藤晴男「著名商標との結合商標の類否」特許研究No.18(1994)44頁は、SEIKO EYE事件の「理論如何によっては著名な商標の所有者は、自己の著名な商標に著名でない他人の商標を取り込んだ結合商標について商標登録を受けることにより当該他人の商標を自己の手中に収めることを可能とするものである」と述べている。
- 7) 他の判決例として、令3(行ケ)10029号 同3・9・21 HIRUDOMILD事件、令4(行ケ)10119号 同5・5・18 GINZA CLEAR事件、令5(行ケ)10010号 同5・7・6 リフナビ大阪事件
- 8) 平澤卓人「商標権侵害訴訟における商標の類似性要件の実証的研究」知的財産法政策学研究57巻(2020)19頁は、リラ宝塚事件とSEIKO EYE事件の最高裁判決は、つつみのおひなっこや事件の登場までほとんど引用されなかったが、つつみのおひなっこや事件以降、同事件とあわせて引用されるようになったと述べている。
- 9) 判決例として、平31(行ケ)10020号 令1・9・12 SIGNATURE事件、令3(行ケ)10026号 同3・7・29 SANKO事件
- 10) 横山久芳「商標の類否判断の基準と手法(2・完)」民商法雑誌153巻6号940頁は、(X)と(Y)の場合は、いずれもSEIKO EYE事件が要部観察の可否を判断する際に考慮した事情であり、つつみのおひなっこや事件は、これらの事情をそれぞれ独立の基準として再構成したものと述べている。
- 11) 工藤莞司「新・商標の類似に関する裁判例と最高裁判例」『知的財産法研究の輪』(発明推進協会、

- 2016) 349頁は、つつみのおひなっこや事件につき「精々『セイコーアイ事件』判例を整理して確認したにすぎない。」と述べている。
- 12) リラ宝塚事件の判解・渡部吉隆『最高裁判所判例解説民事篇昭和38年度』383-385頁
 - 13) SEIKO EYE事件の判解・高林龍『最高裁判所判例解説民事篇（下）平成5年度』860-870頁
 - 14) 産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会、第22回商標審査基準ワーキンググループの配布資料1-1「結合商標における類否判断（4条1項11号）の商標審査基準について（案）」（2016）特許庁HP
 - 15) 前掲注14)の議事録（2016 特許庁HP）2頁で、豊瀬商標審査基準室長は、リラ宝塚事件の（Z）の基準が「比較的柔軟な形で一部抽出ができるという旨を判示したもの」に対し、SEIKO EYE事件の（X）と（Y）の基準は「一部抽出が認められるのはかなり限定的な場合に限られるということになります、これを一部抽出できる場合の一例を示したにすぎないという解釈をとれば、リラ宝塚事件判決とも、そんなに乖離しているということではないのではないかと考えます。」と述べ、「一部抽出できる場合が限定的に解釈されるおそれのある」（X）と（Y）の場合を記載する必要はないと述べている。
 - 16) 前掲注13) SEIKO EYE事件の判解864頁は、「結合した各構成部分の記述の大きさや体裁あるいは結合の強弱等により構成部分の一部のみが要部となったり、各構成部分が各別に要部となることがある。本件は、同じサイズ同じ字体で表示された『SEIKO EYE』との登録商標の要部の認定が問題となった事案である」と述べ、記述の大きさや体裁が問題となった事案でなく、結合の強弱が問題となった事案で、（Z）の基準を検討した事案ではないとする。
 - 17) リラ宝塚事件は、上から①「リラタカラヅカ」の文字、②リラと呼ばれる抱琴の図形、③「宝塚」の文字、④「LYRATAKARAZUKA」の文字という体裁の本願商標について、②リラの図形と③の「宝塚」の文字を分離観察できると判断した事件である。前掲注12) リラ宝塚事件の判解385頁は、「『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』か否かによって決定すべきであると、その抽象的判断基準を判示した」

と述べている。その判断基準に基づき②と分離された③から出所識別標識として「宝塚」の称呼・観念が生じ、もとより①と④から出所識別標識として「リラ宝塚」の称呼・観念も生じるとし、2つの要部を認定した。ここで注意すべきは、地名の「宝塚」であっても、「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（本注の③）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」ことを理由に、1つの要部と認定している。引用商標も「宝塚」であるため、分離された③「宝塚」から出所識別標識として「宝塚」の称呼・観念を生じないと認定すると、引用商標の識別力を否定しかねない事情があった。このままだと、抽象的判断基準（本稿の（Z）の基準）により分離された構成部分が、たとえ地名の如く識別力が弱い部分であっても、要部として一部抽出が許され他の商標と対比されるとの誤解を与えかねない。そこで、その後のSEIKO EYE事件は、要部として一部抽出が許される（X）と（Y）の判断基準を示し、リラ宝塚事件の射程を限定したと考えられる。前掲注13) SEIKO EYE事件の判解864頁は、「結合商標の類否の判断に関しても全体的観察が基本となるが、結合した各構成部分の記述の大きさや体裁あるいは結合の強弱等により構成部分の一部のみが要部となったり、各構成部分が各別に要部となることがある」と述べ、記述の大きさや体裁により分離された各構成部分が、各別に要部になるとは限らず、一部のみが要部となることを示唆している。前掲注11) 工藤莞司348頁は、リラ宝塚事件を「経験則上から分離乃至要部観察を許容した」事例と説明している。その後のSEIKO EYE事件の射程限定を加味すれば、リラ宝塚事件で示された抽象的判断基準は、純然たる分離観察の基準と考えられる。そのように考えても、リラ宝塚事件の判示事項「一個の商標から二つ以上の称呼、観念が生ずる場合における商標の類否判断の方法」に抵触することはない。

- 18) 網野誠『商標』（有斐閣、第3版、1995）419頁は、文字商標の分離観察につき、造語の多くは分離不可能と述べている。
- 19) 前掲注10) 横山久芳946頁注96は、「『要部観察』

- は『分離観察』と同義に捉えられることもあるが、両者は同義ではない。」と述べている。
- 20) 前掲注18) 網野誠413-414頁は、「要部観察は全体観察の手段であるとともにその結果でもあり、両者が相補ってはじめて類否の判断に合理的結論を引き出すことができるのである。」と述べている。
- 21) 畑郁夫＝岡田さなゑ「結合商標の類否判断基準—分離観察」『知的財産法最高裁判例評釈体系Ⅱ』（青林書院，2009）170-171頁は、「『分離観察』はいわゆる『要部観察』とは異なった概念であるということである。『分離観察』は『全体的観察』に対峙する概念であり、『全体的観察』が原則で『分離観察』が例外である。これに対し、『要部観察』というのは『全体的観察』をする場合の一つの手段であり、『全体的観察』を補うものに過ぎない」と述べている。
- 22) 小野昌延『商標法概説』（有斐閣，第2版，1999）193頁は、「要部観察と全体観察は、一見矛盾しているように誤解されるが、そうではなく、要部観察は全体観察を補う方法であって、要部観察と全体観察を併用するのが商標の最も丁寧な類否判断の方法である。」と述べている。
- 23) 前掲注21) 畑郁夫＝岡田さなゑ171頁は、網野誠『商標』の「分離観察は要部観察を行うためには必要である」の部分解説し、「要部観察を行うためには、要部を商標全体から抽出する作業が必要であるが、そのことと分離観察とは別物である」との意と述べている。
- 24) 前掲注13) SEIKO EYE事件の判解860頁、判決要旨で「時計及び眼鏡等を指定商品とする商標『SEIKO EYE』中の『EYE』の部分のみからは、出所の識別標識としての称呼、観念は生じない。」と述べるように、要部観察は、非要部の一部抽出を許さないことを重視していると考えられる。同事件が、非要部の「EYE」の部分を含めた結果として出所識別標識として「SEIKO」の称呼・観念が生じるのみならず、非要部の「EYE」の部分を出ししない手段として何処も抽出せず全体より出所識別標識として「SEIKO EYE」の称呼・観念も生じるとしたのは、その表れと考えられる。
- 25) 前掲注10) 横山久芳939頁は、「分離観察の対象となる構成部分は一箇とは限らない。結合商標の複数の構成部分がそれぞれ独自に出所識別標識として機能している場合には、それぞれについて分離観察が許容されることになる。」と述べている。
- 26) 三山峻司「結合商標の類否判断～結合商標の類否判断に関する最高裁判所判決の射程～」『現代知的財産法 実務と課題』（発明推進協会，2015）986-987頁は、つつみのおひなっこ事件につき、標準文字の平仮名からなる「『つつみのおひなっこ』の結合の構成の態様は、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一行でまとまりよく表されている。このような結合商標の構成（の態様）では、一体的に見るのが原則で分離観察できないことを示したともいえる。」と述べている。
- 27) 前掲注10) 横山久芳945頁は、「特定の構成部分がそれ単独でみれば、識別力が認められるというだけでは不十分である。単独で使用されれば、識別力を発揮し得る商標も、結合商標の一部として使用された場合には、他の構成部分の影響を受けて称呼や観念等に変化が生じたり、商標全体の中に埋没し、目立たなくなったりするなど、その本来の識別力を発揮し得なくなることがあるからである。」と述べている。
- 28) 前掲注11) 工藤莞司358頁は、「『セイコーアイ事件』判例のいう『支配的な印象を与える文字部分』と『一般的、普遍的な印象を与える文字部分』とは相対的なもので、少なくとも識別性の強弱と解すべきである。」と述べている。
- 29) 平26(行ケ)10029号 同26・6・18 宝焼酎粹事件、平27(行ケ)10158号 同28・1・20 REEBOK ROYAL FLAG事件
- 30) 平22(行ケ)10335号 同23・3・17
- 31) 平23(行ケ)10174号 同23・10・11
- 32) 平30(行ケ)10121号 同31・3・12
- 33) 平29(行ケ)10169号 同30・3・7
- 34) 平28(行ケ)10164号 同29・1・24
- 35) 無理に分離せず図1(c)の結論とした裁判例として、平28(行ケ)10145号 同28・12・22 くれないケアセンター事件
- 36) 氷山事件の判解・矢野邦雄『最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度(上)』60-61頁は、「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あ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、前記一般的取引上の経験則による判断に優先する」と述べている。ここで「前記一般的取引上の経験則」は58頁「商標の称呼の類似から商品の出所の混同を生ずるといような一般取引における経験則」を指すと考えられる。
- 37) 判決例として、平21(行ケ)10152号 同22・4・27 POLO事件、氷山事件も「商標の外観、観念又は称呼の類否を全く検討することなく、取引の実情のみによって、商標の類否を判断してよいとするものではない。」と述べている。
- 38) 判決例として、平28(行ケ)10177号 同29・2・8 eTrike事件、平29(行ケ)10053号 同29・10・25 千鳥屋事件、平30(行ケ)10014号 同30・8・29 TENRYU事件
- 39) 昭36(行ナ)162号 同37・8・28
- 40) 昭48(行ケ)61号 同49・11・14
- 41) 高梨範夫「21ふぐの子／子ふぐ事件」『最新判例からみる商標法の実務』（青林書院、2006）211頁は、「観念の類似は、原則として、意味内容が同一の場合に限られ、類似の場合を含まない」と述べている。
- 42) 裁判例として、平21(行ケ)10052号 同21・7・2 天使のスイーツ事件、平22(行ケ)10152号 同23・2・28 名奉行金さん事件
- 43) 裁判例として、平23(行ケ)10252号 同24・1・30 海葉事件、平13(行ケ)363号 同14・3・19 鳳凰事件、平17(行ケ)10764号 同18・4・27 源気事件
- 44) 前掲注18) 網野誠541頁は、「観念類似というためには一定の意義がなければならないから、なんら格別の意味のない文字の結合からなる商標については、商標の類否を判断するに足る観念を生じないのが通例であって、このような商標について観念の類否を判断することはできない」と述べている。
- 45) 昭41(行ツ)36号 最判 昭43・12・13 裁判集民事第93号605頁
- 46) 本件審決は、「朔北」の部分を一種の造語と認定した。一種の造語の論は、辞書等に掲載されている語であっても、造語の範疇に属するとみなし、特定の観念を生じないとする論である。最高裁判決の前掲注45) リューマゾロン事件が、造語であっても「特定の観念を生じえないものとする理由はなく」と述べていることからすると、造語は勿論、一種の造語は猶更のこと、特定の観念を生じえない理由はないので、造語は特定の観念を生じないことを前提とした一種の造語の論は、おかしな論と考えられる。
- 47) 平17(行ケ)10103号 同17・4・19 BALMAIN事件、平6(オ)1102号 最判 平9・3・11 民集第51巻3号1055頁小僧寿し事件
- 48) 昭47(行ツ)33号 最判 昭49・4・25 審決取消訴訟判決集昭和49年443頁、最高裁判決であるが裁判集（集民）未掲載
- 49) 令3(行ケ)10148号 同4・4・25
- 50) 平20(行ケ)10285号 同20・12・25
- 51) 平26(行ケ)10264号 同27・6・11
- 52) 平23(行ケ)10252号 同24・1・30

(原稿受領日 2023年10月4日)