

商標法上の周知性

—商標法 3 条 2 項・地域団体商標・4 条 1 項 10 号・先使用権—

明治大学法学部 准教授 金子 敏哉

目次

1. はじめに
 1. 1. 商標法上の「需要者の間に広く認識されている」商標（「周知」商標）
 1. 2. 近時の動向
 - (1) 商標審査基準の改訂
 - (2) エマックス最判
 1. 3. 本稿の検討内容
2. 商標法 3 条 2 項の「周知」性
 2. 1. 商標法 3 条 2 項の趣旨を巡る二つの理解
 2. 2. 要求・基準とされる範囲・程度
 - (1) 地理的範囲
 - (2) 需要者層等
 2. 3. 使用の要否
 - (1) 出願商標と使用商標の同一性
 - (2) 指定商品・役務と使用商品・役務の同一性
 - (3) 若干の検討
3. 地域団体商標に係る「周知」性（商標法 7 条の 2）
 3. 1. 地域団体商標制度の趣旨
 3. 2. 地域団体商標制度における「出所」と 7 条の 2 第 1 項における識別性
 3. 3. 要求・基準とされる範囲・程度，使用の要否
4. 商標法 4 条 1 項 10 号の「周知」性
 4. 1. 商標法 4 条 1 項 10 号の趣旨
 4. 2. 要求・基準とされる範囲・程度
 - (1) 地理的範囲
 - (2) 需要者層等
 4. 3. 使用の要否
5. 商標法 32 条の「周知」性
 5. 1. 4 条 1 項 10 号との異同と先使用権の効力範囲
 - (1) 学説の議論状況
 - (2) 裁判例
 5. 2. 先使用権とエマックス抗弁
6. おわりに

1. はじめに

1. 1. 商標法上の「需要者の間に広く認識されている」商標（「周知」商標）

本稿は、商標法上の周知性（ある商標が出所表示として「需要者の間に広く認識されている」こと）について検討する。

商標法上、「自己の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている」との文言は様々な条文で使用され、その内容の異同が問題となっている。本稿では、商標法上「需要者の間

に広く認識されている」との文言が用いられている場合を（その実際の内容の異同に関わらず）「周知」と表記する。また商標法3条2項の文言は「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」であるが、本稿ではこの3条2項を満たす場合についても「周知」と表記する。

商標法上の「周知」性に関する規定を整理すると以下ようになる。

〔出願人等の商標が「周知」であることが商標登録等の要件となる場合〕

- ・3条2項（3条1項3号から5号に該当する場合の登録要件（使用による識別力））
- ・7条の2第1項（地域団体商標に係る登録要件（使用による識別力））
- ・4条1項3号イ（国際機関の標章と同一・類似の商標について商標登録が許容される場合）⁽¹⁾
- ・64条（防護標章登録の要件）

〔他人の商標が「周知」であることが拒絶理由・無効理由に係る要件・考慮要素となる場合〕

- ・4条1項10号（他人の「周知」商標との抵触）
- ・4条1項19号（他人の「周知」商標と同一・類似商標の不正目的出願）

また4条1項15号はその文言上「周知」に言及するものではないが、引用商標の周知性は出所の混同のおそれの判断の重要な考慮要素となっている。

〔自己の商標が「周知」であることが商標権侵害に係る抗弁・考慮要素となる場合〕

- ・32条（先使用权）・33条（中用権）・60条（再審により回復した商標権に係る使用权）
- ・無効の抗弁（商標法39条による特許法104条の3の準用）、（4条1項10号や19号等に関して。この場合、自己の商標のみならず、他人の商標が「周知」であったことも問題となりうる）
- ・権利濫用の抗弁（従来型の総合考慮による権利濫用の抗弁と、4条1項10号の「周知」表示主体への権利行使に係るエマックス抗弁（後述））

1. 2. 近時の動向

商標法上の周知性について特筆すべき近時の動きとしては、商標審査基準の改定と最判平成29年2月28日民集71巻2号221頁〔エマックス最判〕が挙げられる。

(1) 商標審査基準の改訂

平成26年の商標法改正以降、「周知」性に関する商標審査基準の記述が改訂されている。改訂第11版（平成27年3月）では、平成26年の商標法改正を踏まえて、新しいタイプの商標の導入への対応、4条1項3号イ・ロに係る基準・具体例の記載、地域団体商標の「周知」性に関する記述の見直しが行われた。改訂第12版（平成28年3月）では、3条2項につき商標・商品・役務の同一性に関する記載の改訂がされるとともに、改訂第13版（平成29年3月）では4条1項10号に係る審査基準について構成面での見直しが図られている。以下、各版について商標審査基準〔改訂第〇版〕又は改訂第〇版として引用する。

(2) エマックス最判

最判平成29年2月28日民集71巻2号221頁〔エマックス最判〕⁽²⁾は、不競法2条1項1号の周知性及

(1) 平成26年改正により商標法4条1項3号に、例外規定としてイ及びロ（国際機関の略称と同一・類似の商標につき、国際機関との関係が誤認されるおそれがない商品に使用されるもの）が新設された。もっともこれらの規定は、パリ条約6条の3で許容される例外措置について従前は審査の運用で対応してきたものを登録例・使用例が多数となっている状況に鑑み明文化したもの（特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第20版〕』（発明推進協会、2017年）1408頁以下参照）と説明されている。

(2) 米国人エマックス社が製造販売する電気瞬間湯沸器（本件湯沸器）の独占販売代理店であるX（引用商標「エマックス」等を本件湯沸器に使用）と、かつてXと販売代理店契約を締結（後に解消）していたY（Xとの紛争が生じた後に、本件商標1（「エマックス」の文字からなる商標。平成17年に登録）と本件商標2（「エマックス」及び「Eemax」を二段組みにした商標。平成22年に登録）につき各商標権（指定商品は「家庭用電気瞬間湯沸器、その他の家庭用電熱用品類」）を取得した）との間の訴訟である。

び商標法4条1項10号の「周知」性を肯定した原審の判断を最高裁が覆した事例⁽³⁾であるとともに、一般論については、無効審判請求の除斥期間（商標法47条）に係る無効理由（本件では4条1項10号）につき除斥期間経過後の無効の抗弁の主張が許されないとする一方で、新たな権利濫用の抗弁を認めた点で注目される。

従前から、出願経緯や権利者・被疑侵害者の商標の使用状況等に照らし、周知商標の主体等に対する権利行使が諸事情の総合考慮により権利濫用と評価される事案（一例として最判平成2年7月20日民集44巻5号876頁〔ポパイマフラー〕）は存在していた。しかし〔エマックス最判〕は、商標法4条1項10号に違反して登録された商標権について典型的に、出願時の「周知」表示の主体に対する権利行使が「特段の事情」がない限り権利濫用にあたるもの一般論を判示した。この〔エマックス最判〕における権利濫用の抗弁を、従来の総合考慮型の権利濫用の抗弁と区別をする趣旨で、以下では便宜上、エマックス抗弁と呼ぶこととする。

もっとも、商標法は商標権侵害の主張に対する「周知」表示の主体による抗弁として先使用权（32条）を既に定めている。しかし〔エマックス最判〕は先使用权に関して何ら言及しておらず、エマックス抗弁と先使用权の関係をどのように理解すべきかが問題となっている⁽⁴⁾。

XはYによる「エマックス」の使用行為が不競法2条1項1号に該当するとしてその使用の差止・損害賠償等を請求し（本訴）、これに対してYはXの行為がYの商標権を侵害するとして反訴を提起した。第一審（大分地判平成26年9月18日民集71巻2号256頁〔エマックス一審〕）・控訴審（福岡高判平成27年6月17日民集71巻2号285頁〔エマックス控訴審〕）は、引用商標につき不競法2条1項1号の周知性を認定して本訴請求を一部認容し、反訴請求については商標法4条1項10号該当を理由に（本件商標1については商標法47条の除斥期間を経過していたがこの点については特に言及していない）特許法104条の3の抗弁により侵害を否定し請求を棄却した。Yが上告をしたところ、本文に述べた理由により原判決を破棄し差戻しをしている。

この訴訟と並行して、XはYの各商標権について無効審判を請求し、本件商標1・2のいずれについても商標法4条1項10号該当を理由とする無効審決がされた（本件商標1については商標法47条1項の不正競争の目的を認定）。Yが取消訴訟を提起したところ、本件商標2につき知財高判平成27年12月24日平成27年（行ケ）10083〔エマックス審決取消〕・本件商標1につき同平成27年（行ケ）10084は、引用商標が商標法4条1項10号の「周知」性を有していたとはいえないとして、審決を取り消した。

- (3) 〔エマックス一審〕〔エマックス控訴審〕（事案につき前掲注（2）参照）は、不競法2条1項1号の周知性と商標法4条1項10号の「周知」性を特に区別せず、本件湯沸器が①複数回新聞に取り上げられ、②B建設の社内報にマンション・病院等に1000台以上販売された記載があり、③Xの営業資料に157の企業への販売実績があること、④Yの代表者が積極的に代理店契約の締結を求めていること等に基づき、遅くとも④の代理店契約の交渉の時点で周知性を獲得していたと認定していた。

これに対して〔エマックス最判〕は、まず不競法2条1項1号の周知性につき、本件湯沸器の「販売地域が一定の地域に限定されるものとはいえず、日本国内の広範囲にわたるものである」ことに言及したうえで、原審の適した事情につき、新聞掲載（①）についてXを広告主とする広告が掲載されたのは平成7年と平成11年の2回にすぎず、宣伝広告費等も本件湯沸器の販売地域を考慮すると多額とはいえないこと、②、③については具体的な販売実績が明らかでないことを指摘したうえで、④を考慮してもXの引用商標が「日本国内の広範囲にわたって取引者等の間に知られるようになったということはできない」とし、原審が認定した事実から直ちに不競法2条1項1号の周知性を認めることはできないと判断した。商標法4条1項10号についても同様の理由により原審の判断を覆している。

〔エマックス最判〕の判断は、商標法4条1項10号の「周知」性に関して一般論は特に判示していない。その具体的なあてはめの判断は〔エマックス審決取消〕（後掲注（63））等、従来の裁判例における判断に沿った判断がされた一事例といえるであろう（田村善之「判批」《WLJ判例コラム》第115号（2017WLJCC023）14頁を参照）。

他方、不競法2条1項1号の周知性の地理的範囲については従前、被告側の商品・営業の地域（又はこれに近接する地域）であれば限定的な地域でも足りる（東京地判昭和51年3月31日判タ344号291頁〔勝烈庵①〕）。他方、当該地域から遠く離れた地域での使用行為については同号による保護は及ばない（横浜地判昭和58年12月9日無体集15巻3号802頁〔勝烈庵②〕参照）と解されてきた（田村・同8頁参照）。〔エマックス最判〕が不競法2条1項1号の周知性につき「日本国内の広範囲にわたって」と述べている点については、本件事案が「輸入商品であり、その販売地域が一定の地域に限定されるものとはいえず、日本国内に広範囲にわたるもの」（「薄く広く」販売されるもの）であったための事案特有の判断として理解をすべきであろう（同種事案についての同様の判断例も含め、田村・同9頁以下を参照）。

- (4) 〔エマックス最判〕の権利濫用の抗弁に対して、先使用权との関係等から批判的に検討するものとして鈴木将文「判批」Law & Technology 77号（2017年）66頁以下、田村・前掲注（3）13頁、宮脇正晴「エマックス事件最高裁判決の採用した権利濫用の抗弁に関する問題点」特許研究65号（2018年）11頁以下（エマックス抗弁につき二つの位置づけがありえるとしつつ、従来型の権利濫用の定式化としての位置づけについては諸事情が「特段の事情」として考慮されるために定式化の実益が少ないことを指摘するとともに、新たな抗弁と位置付けた場合先使用权制度の趣旨を損なうものと評価している）、愛知靖之「判批」ジュリスト1518号（2018年）280頁参照。このような批判をふまえて、なおエマックス抗弁を肯定的に評価する論考として今村哲也「判批」IPジャーナル3号（2017年）46頁以下及び後掲注（111）も参照。

1. 3. 本稿の検討内容

本稿では、これら近時の動向を踏まえつつ、商標法上の周知性に関する規律のうち、特に3条2項、7条の2、4条1項10号、32条の各規定における「周知」性を検討対象とする。裁判例等の分析を通じて、各規定における「周知」性について要求（又は基準と）される範囲・程度を概観し、相互の比較（特に3条2項と7条の2、4条1項10号と32条）とエマックス抗弁についての若干の検討を行う。

2. 商標法3条2項の「周知」性⁽⁵⁾

2. 1. 商標法3条2項の趣旨を巡る二つの理解

出願に係る商標が商標法3条1項3～5号に該当する場合、原則として商標登録を受けることができない。

しかし、当該商標が出願人等により「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」場合には、商標登録を受けることができる（商標法3条2項）。このように3条2項が記述的表示等につき例外的に登録を許容する趣旨について、多くの裁判例⁽⁶⁾は特許庁による解説⁽⁷⁾と同様、使用による識別力（特別顕著性・出所表示機能）の獲得を理由としている。

これに対して、比較的少数の裁判例⁽⁸⁾では、使用による識別力の獲得とともに、特定人の独占使用が事実上容認されてきたこと⁽⁹⁾から他の事業者に対該表示の使用の機会を開放する公益上の要請が乏しい・喪失したことをも理由として掲げるものがある。

そして裁判例の中には、3条2項の趣旨の理解を、出願商標・指定商品役務と使用商標・使用商品役務の同一性の要否を巡る判断に結びつけた判示をしているものがある。

例えば知財高判平成24年9月13日判時2166号131頁〔Kawasaki〕は、3条2項を使用による識別力の獲得を理由として登録を許容する趣旨との理解から、指定商品役務と使用商品役務が異なる場合にも3条2項の該当性が認められるとしている。

これに対して知財高判平成18年6月12日平成18(行ケ)10054〔三浦葉山牛〕、知財高判平成19年3月29日平成18(行ケ)10441〔お医者さんのひざベルト〕、知財高判平成19年4月10日平成18(行ケ)10450〔スピードクッキング〕では、3条2項が、使用による識別力の獲得とともに、独占使用の事実による公益上の要請の喪失・後退を理由に登録を例外的に許容するものであることを理由に、3条2項について使用による識別力の獲得と共に使用商標と出願商標が同一であることが要件となること、そして、3条2項の要件（〔スピードクッキング〕では商標の同一性）については厳格に判断すべきことが判示されている⁽¹⁰⁾。これら使用商標、

なおエマックス最判の調査官解説である清水知恵子「判解」Law & Technology 76号（2017年）68頁では、エマックス抗弁を従来型の総合考慮による裁判例の類型化のうち「正当帰属型（正当に商標が帰属すべき者に対する商標権の行使）の派生類型の一つ」と位置付けている。63頁以下では、エマックス抗弁を先使用権との関係については特に言及されていない。

- (5) 裁判例等議論状況全体については、小野昌延・三山峻司編『新・注解商標法』（青林書院、2016年）245頁以下〔末吉互〕を参照。
- (6) 知財高判平成18年11月29日判時1950号3頁〔ひよ子立体商標〕等を参照。
- (7) 特許庁編・前掲注（1）1402頁参照。
- (8) 後述の〔三浦葉山牛〕〔お医者さんのひざベルト〕〔スピードクッキング〕の他、知財高判平成19年3月28日平成18(行ケ)10374〔本生〕、知財高判平成19年10月31日平成19(行ケ)10050〔DB9〕、知財高判平成20年3月27日平成19(行ケ)10243〔AJ〕、知財高判平成28年3月31日平成27(行ケ)10217〔小鯛さき漬〕を参照。
- (9) このような一般論を判示するものではないが、他の事業者による同一・類似の表示の使用（特に自他商品識別機能を発揮しない態様での使用）の事実を3条2項の識別力を否定する要素として考慮した事例として東京高判平成5年1月26日知的裁集25巻1号224頁〔瓦そば〕、東京高判平成12年4月13日平成11(行ケ)101〔いかしゅうまい〕、東京高判平成14年1月31日平成13(行ケ)181〔ちりめん洋服〕、東京高判平成14年12月26日平成14(行ケ)279〔ゆず七味〕がある。ただし肯定例として東京高判昭和53年4月12日無体集10巻1号144頁〔美術年鑑〕も参照。また立体商標につき同種形状の商品が「模倣品」「ジェネリック品」と認識されている場合にはこれらの存在が識別力を否定する根拠とはならないと判断した事例として知財高判平成22年11月16日判時2113号135頁〔ヤクルト立体商標Ⅱ〕、知財高判平成23年6月29日判時2122号33頁〔Yチェア〕も参照。
- (10) 〔スピードクッキング〕及び〔三浦葉山牛〕における商標の同一性に関する判断について後掲注（26）を参照。

商品・役務との同一性の論点については後程検討する。

2. 2. 要求・基準とされる範囲・程度

(1) 地理的範囲

商標法3条2項の「周知」性については、不競法2条1項1号や商標法4条1項10号の場合とは異なり、当該表示が出所表示として全国的に認識されていることが必要と解されている⁽¹¹⁾。

商標法3条2項につき全国的な認知度が必要とされる理由について、裁判例では、商標法が日本全国一律に適用されること⁽¹²⁾や商標権の効力が全国に及ぶこと⁽¹³⁾が挙げられている。しかしこれらの理由付けのみでは、(同じく商標登録の可否に関わる)商標法4条1項10号の「周知」性との差異を十分に説明できてはいない。

学説上は、3条2項の「周知」性が本来的には独占に適さない商標について登録を認めるための要件であり、その登録が他者の商標使用の自由に影響を与えること⁽¹⁴⁾や、より高いサーチコストの削減が期待できる商標(3条1項各号に該当しない商標)への出願のインセンティブを削がないだけの高い認知度を要求すべきこと⁽¹⁵⁾が、全国的な知名度を要求する理由として指摘されている。

全国的な知名度の必要性は、これらの理由に加えて、記述的表示等の使用者・記述的表示等を用いて商品情報を検索する需要者にとっての予測可能性を確保するという観点から説明できよう。すなわち、商標登録による保護は、不競法2条1項1号の場合と異なり、(先の裁判例の指摘の通り)当該商標の周知性が認められない地域にも及ぶ。商標権侵害となるリスクを避けるためには、事業者が登録商標としての保護の可能性のある表示を使用する際には、登録商標をサーチし、侵害とならない態様で使用すべき義務を実質的に負うこととなる。しかし、記述的表示等商標らしからぬ表示(商標法3条1項3から5号に該当し、当該商標の構成自体としては識別力・独占適応性の低い表示)について、一地方での識別力の獲得を理由に3条2項により登録を認めることは、他の地域の事業者にまで過度の負担を生じさせることとなりかねない。このような表示について商標登録(これに伴う事業者の調査等の義務の負担)が許容されるのは、指定商品・役務に係る日本全国の需要者を基準として⁽¹⁶⁾なお出所表示として認識されている、と評価できる場合に限られるといえよう。

(2) 需要者層等

商標法3条2項の識別力の判断基準となる「需要者」とは、登録の可否が問題となる商標の指定商品・役務の需要者となる。

3条2項の文言上は「需要者」の用語が用いられている⁽¹⁷⁾が、裁判例では「需要者、取引者」⁽¹⁸⁾と取引者も併記されることが多い。ただし、関係事業者間ではある表示(特にアルファベットと数字の簡潔な組み合わせ等)が出所表示として認識されていたが、最終需要者にまで出所表示として広く認識されていたとは

(11) 商標審査基準〔改訂第13版〕48頁等参照。

(12) 知財高判平成18年11月29日判時1950号3頁〔ひよ子立体商標〕を参照。同事件では、菓子ひよ子の立体商標自体については全国的な周知度を獲得するに至っていないと判断された。

(13) 知財高判平成19年10月31日平成19(行ケ)10050〔DB9〕を参照。

(14) 田村善之『商標法概説〔第2版〕』(弘文堂、2000年)189頁。さらに研究会での報告の際、田村教授より不競法2条1項2号の周知性の要件の充足が全国的に認められるような状況が商標法3条2項の要件を満たす場合であるとの指摘を頂いた。

(15) 宮脇正晴「商標法3条1項各号の趣旨」高林龍他編『現代知的財産法講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』(日本評論社、2012年)372頁以下。

(16) もっともこのことは、全国津々浦々において認識されているという趣旨でない。

(17) 商標審査基準〔改訂第13版〕48頁以下でも「需要者」の用語が用いられている。

(18) 最判昭和54年4月27日昭和53(行ツ)96〔美術年鑑〕等参照

言えない事案については、3条2項の該当性が否定されている⁽¹⁹⁾ことから、商標法3条2項における需要者とは、中間需要者（取引業者等）と最終需要者の双方を含む場合、一部の需要者における識別力の獲得では足りず、指定商品・役務に係る全ての需要者を基準として判断されているといえよう⁽²⁰⁾。

地理的範囲を巡る議論と同様、3条2項の「周知」性が本来的な識別力・独占適応性の低い商標に例外的に登録を認めるための要件であること、また他の事業者などの予測可能性に鑑みれば、全ての需要者層を基準としてなお「周知」といえるかとの判断枠組みが適切であろう⁽²¹⁾。

3条2項につき要求される浸透度については高い浸透度が必要とされている⁽²²⁾が、審判決について当該商標の独占適応性の程度に応じて相関的な判断がされているとの指摘⁽²³⁾もある。

2. 3. 使用の要否

商標法3条2項は、商標が「使用をされた結果」識別力を獲得したことを必要としている。そのうえで問題となるのが、商標法3条2項の要件を充足するためには、指定商品・役務における出願商標の識別力の獲得に加えて、出願商標を指定商品・役務に使用していたこと（出願商標と使用商標、指定商品・役務と使用商品・役務が同一であること）が必要であるか否かの点である。

(1) 出願商標と使用商標の同一性

商標審査基準は出願商標と使用商標の同一性を必要とし⁽²⁴⁾、裁判例も原則的に同一性を必要としている。

ただし裁判例においては、厳格な同一性の判断に基づく審決を取り消し、取引の実情（特に商標の使用状況）等の総合考慮により商標の同一性をより緩やかに判断した事例が存在する。例えば東京高判平成14年1月30日判時1782号109頁〔角瓶〕は、商標の同一性の判断は「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」と述べている⁽²⁵⁾。他方で商標法3条2項の趣旨につき継続使用による公益的要請の後退の観点を挙げたうえで同一性を厳格に判断すべきことを述べるものもある（前掲〔スピードクッキング〕⁽²⁶⁾）

(19) 例えば、東京高判昭和45年2月26日無体集2巻1号49頁〔WA-7〕（指定商品「織物」につき、一般消費者も需要者となると判断）、東京高判昭和57年7月20日無体集14巻2号536頁〔キャップの開封方法の図〕（指定商品「缶のふた」につき、広く一般の需要者にまで出所識別標識として認識されていたとはいえないと判断）等の事例を参照。

(20) これに対して商標法3条1項3号については、指定商品・役務の需要者に専門的な事業者と一般消費者の双方を含む場合について、一般消費者の多数が記述的表示としての認識を有さないことを理由に3号に該当しないと判断した事例（知財高判平成25年12月26日平成25(行ケ)10162〔LOOPWHEEL〕）もあるが、知財高判平成27年2月25日判時2268号106頁〔IGZO〕では一般消費者の認識に基づく主張を退けて、取引者・需要者の一部である事業者が品質等の表示と認識することを理由に3条1項3号に該当するとしている（医師などの専門家の認識に基づき26条1項2号に該当すると判断した知財高判平成27年9月9日平成26(ネ)10137〔PITAVA・小林化工〕も参照）。

〔IGZO〕判決も指摘するように、競業者による記述的表示の使用の必要性等に鑑みれば取引者が記述的表示と認識する場合には、多数の需要者（一般消費者等）が同様の認識を有さないとしても、商標法3条1項3号・26条1項2・3号における記述的表示として取り扱うことが適切であろう。また逆に、取引者は記述的表示とは理解しないものの多数の需要者が記述的表示と理解する場合についても、需要者がその表示を品質等の記述的表示として情報を検索しようとするものである以上、商標法上の記述的表示として扱うべきであろう。

(21) 田村・前掲注(14)190頁参照。

(22) 特許庁編・前掲注(1)1437頁参照。

(23) 平成26年度商標委員会第4小委員会「3条2項の周知性に関する審判決の研究」パテント68巻10号(2015年)94頁は、平成26年からの直近5年分の審判決の分析により、品質等表示・記述的表示・機能的表示にあたるものについては厳格に判断され、他方、商号の略称について比較的緩やかに判断されていることを指摘している。

(24) 商標審査基準〔改訂第13版〕47頁参照。

(25) 審決は、出願商標〔角瓶〕が常にハウスマーク〔サントリー〕と結びつけて使用されていること等を理由に出願商標との同一性を否定したが、裁判所は「サントリー角瓶」等の使用態様について出願商標を単独で使用している場合と同視できると判断した。

また知財高判平成25年1月24日判時2177号114頁〔あずきバー〕では、審決では同一性が否定された出願商標（標準文字「あずきバー」）と実際の使用商標（まる文字体の一種といえる書体による「あ」「ず」「き」とこれらの各文字の4分の1の大きさの「バー」からなるもの）について、社会通念上同一であるとの判断がされている。

また商品や容器の立体的形状のみからなる立体商標については、従前立体的形状が文字標章等と共に使用されている場合に関して厳格な運用がされていた（東京高判平成15年8月29日平成14(行ケ)581〔角瓶立体商標〕等）。これに対して知財高判平成20年5月29日判時2006号36頁〔コカコーラ立体商標〕は、出願商標と使用商標が実質的に同一であることが原則として必要であるとしつつも、企業名等を立体的形状に付すこと・技術状況や社会情勢の変化に対応した形状の変更等は通常のことであることに鑑み、立体的形状に係る3条2項の判断について「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」ことを述べ、結論としても瓶の形状自体について3条2項の該当性を認めた。

これら裁判例の動向を踏まえて⁽²⁷⁾、商標審査基準も改訂第12版以降、「取引の実情を考慮して」商標の同一性が損なわれないと認められる場合には出願商標を使用していたと認めることが記載されている。

ただし商標審査基準はあくまで出願商標と使用商標の同一性を必要とするものであるのに対して、学説上は、両者の同一性は要件ではなく、商標法3条2項の要件の充足には出願商標について識別力の獲得が認められれば足りるとする見解⁽²⁸⁾も有力である。

(2) 指定商品・役務と使用商品・役務の同一性

商標審査基準は、指定商品・役務と使用商品・役務についても両者が同一であることが必要であるとしつつ、改訂第12版以降は、下記の裁判例の状況も踏まえて「取引の実情を考慮して」同一性が損なわれないと認められる場合には指定商品・役務に使用していたと認めることとしている⁽²⁹⁾。

裁判例では、従前、複数の指定商品のうちの一部の商品についてのみ使用がされていた事案について指定商品全部についての識別力の獲得が認められないことを理由に3条2項該当性を否定したもの⁽³⁰⁾がある。

他方知財高判平成25年1月24日判時2177号114頁〔あずきバー〕は、3条2項の該当性について「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して」その使用状況や当該商品・類似商品における類似標章の存否等の事情を総合考慮して判断すべきとし、実際にはあずき入りの棒状のアイス菓子についての使用につき、指定商品（「あずきを加味してなる菓子」）に使用されたもの⁽³¹⁾として、その結果識別力を獲得したと判断している。

(26) 結論として、出願商標（「SpeedCooking スピードクッキング」標準文字）と使用商標（「小さく緑色で横書きされた『Speed Cooking』」と、その下に大きく赤色で「スピード」及び「クッキング」を二段で表示したもの、及び同様の欧文字の下に大きく赤色で『スピードクッキング』を表示したもの）の同一性が否定された。

また前掲〔三浦葉山牛〕では、「三浦葉山牛」が一定程度の著名性を有するブランドであることは肯定できるとしても、出願商標（「三浦葉山牛」を筆書き風に縦書きしたもの）についての出所識別力の獲得は認められないと判断した。この点につき原告側は「三浦葉山牛」に関する記事等を証拠として援用して争ったが、出願商標と同一の態様での記載のない証拠が多数存在してもこれらによって出願商標が識別力を有するとは言えないとして退けている。

(27) 改訂第12版において同一性につき「取引の実情を考慮して」判断すべきとの記載が導入されたのは、第11回（平成27年7月9日）の産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会商標審査基準ワーキンググループ（以下、商標審査基準WG）において委員から、同一性につき裁判例において取引の実情を考慮して緩やかに判断されていることを審査基準において取り込むべきとの意見が示され、これを踏まえたもの（第13回商標審査基準WG配布資料1「使用による識別性の商標審査基準について（案）」も参照）である。

(28) 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ〔第2版〕』（有斐閣、2008年）347頁、安原正義「商標法3条2項により登録を受けた権利に関する一考察」知財管理63巻5号（2013年）677頁、外川英明「判批」判例評論658号（2013年）165頁（出願商標と使用商標の形式的な同一性よりも、独占適応性が醸成されたかを実質的に判断すべきとする）、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『はばたき—21世紀の知的財産法』（弘文堂、2015年）792頁以下、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『知的財産法のモルゲンロート』（中央経済社、2017年）88頁以下参照。

(29) 商標審査基準〔改訂第13版〕48頁。

(30) 東京高判昭和59年9月26日無体集16巻3号660頁〔GEORGIA〕、東京高判平成3年1月29日判時1379号130頁〔ダイジェスティブ〕を参照。ただしこれらは指定商品全部につき識別力を獲得したといえる場合になお指定商品又はその一部での未使用を理由に3条2項非該当となるかの点について判断したものではない。

〔あずきバー〕は少なくとも文言上は指定商品・役務についての使用があったことを前提とするものである。

これに対して知財高判平成 24 年 9 月 13 日判時 2166 号 131 頁〔Kawasaki〕は、傍論⁽³²⁾ではあるが、一般論において明示的に「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」と判示し、商品・役務の同一性を必須の要件としない立場を明らかにしている。あてはめの判断としては、出願商標の多分野における著名性（川崎重工業グループによる出願商標の様々な事業分野における使用・多額の広告宣伝費）と共に、出願人子会社による本願商標を付したアパレル商品の販売等の事実も考慮したうえで、指定商品「被服、ベルト、帽子、手袋、ネクタイ、エプロン」についての識別力の獲得を肯定している。

さらにあてはめの判断において、使用商品における識別力の獲得と、使用商品以外の指定商品・役務と使用商品の密接な関連性（特に取引者・需要者の共通性）を考慮し、指定商品全体について商標法 3 条 2 項該当性を肯定した（いわば、使用商標から他の指定商品・役務への「識別力の転移」⁽³³⁾を認めた）事例として、知財高判平成 19 年 10 月 31 日平成 19(行ケ)10050〔DB9〕⁽³⁴⁾、知財高判平成 23 年 4 月 21 日判時 2114 号 9 頁〔JEAN PAUL GAULTIER “CLASSIQUE”〕⁽³⁵⁾がある。

学説上は、指定商品・役務と使用商品・役務の同一性は必須の要件ではなく、指定商品・役務についての識別力の獲得が認められれば足りるとする見解⁽³⁶⁾が有力である。これに対して、商標法 3 条 2 項の趣旨につき、よりサーチコストの削減が期待できる商標（1 項各号に該当しない商標）への出願のインセンティブを削がないよう、2 項をあくまで例外と位置付け厳格に解すべきとする立場から、同一性を必要とすべきとの見解⁽³⁷⁾も主張されている。

(3) 若干の検討

筆者自身は、本研究会における報告の時点では、よりサーチコストの削減が期待できる商標への出願のインセンティブを削がないよう 3 条 2 項の要件を厳格に判断すべきとの考え方に賛成し、出願商標を指定商品・役務に使用していることを必要と解していた。しかし研究会の席上で、（識別力の獲得が既に認められる状況において）出願商標又は指定商品・役務においてさらにどのような使用が必要とされることとなるのか（わ

(31) 指定商品・役務が、使用商品・役務の上位概念と解しうるような場合に、両者の同一性を判断する前提として、使用商品・役務をどのように特定するかが問題となる。この問題については宮脇正晴「商標法 3 条 2 項により登録が認められる商品の範囲」Law&Technology62 号（2014 年）41 頁以下参照。同論文では、両者の一般的な取引態様が一致するといえるような場合には同一性が認められるとの基準が提示されている（44 頁以下参照）。同論文の立場からは、〔あずきバー〕事件については、「あずきを加味してなる菓子」には多種多様な菓子が含まれ、またその取引態様も様々であるため、現実に使用された商品の取引態様と一致していない以上、同判決の 3 条 2 項の判断は妥当ではないとする。

(32) 拒絶審決は、本願商標（「Kawasaki」指定商品「被服、ベルト、帽子、手袋、ネクタイ、エプロン」出願人川崎重工業）について、商標法 3 条 1 項 3 号・4 号該当、2 項非該当と判断したが、裁判所は、3 条 1 項 3 号・4 号にそもそも該当しないと判断したうえで、仮にこれらに該当するとしても 3 条 2 項の要件を満たすとして審決を取り消した。

(33) 渋谷達紀「判批」発明 82 卷 10 号（1985 年）100 頁参照。

(34) 指定商品「自動車、自転車、バイク、これらの部品及び付属品」・指定役務「陸上車両、これらの部品及び付属品の修理等」につき、出願人の「自動車」における使用の事実に基づき、他の指定商品・役務も「自動車」と取引者・需要者が重なること等を理由に商標法 3 条 2 項該当性が肯定された。

(35) 指定商品（化粧品、せっけん、香料類及び香水類、化粧品）のうち、特異な立体的形状について香水についての自他商品識別力の獲得の結果、香水と極めて密接な関連性を有し、取引者・需要者も共通する他の指定商品（化粧品等）についても識別力の獲得が認められると判断された。

なお知財高判平成 23 年 4 月 21 日判時 2114 号 19 頁〔L'EAU DISSEY〕では、その立体的形状がシンプルで特異性がないこと等から使用商品である香水についても識別力の獲得が認められないとしたうえで、さらにその指定商品に香水と必ずしも取引者・需要者が一致するとはいえない洗濯用漂白材等が含まれていることを挙げて、指定商品について 3 条 2 項に該当するとは言えないと判断している。

(36) 渋谷・前掲注 (33) 100 頁、川瀬幹夫「判批」知財管理 63 卷 5 号（2013 年）742 頁、安原・前掲注 (28) 678 頁以下、外川・前掲注 (28) 166 頁以下、土肥・前掲注 (28) 793 頁、大西・前掲注 (28) 91 頁以下参照。

(37) 宮脇・前掲注 (31) 43 頁以下参照。使用商品・役務の特定の問題について前掲注 (31) 参照。

ずかな出所表示としての使用でも足りるのか), 等の指摘を受けて見解を改め, 指定商品・役務における出願商標についての出所識別力の獲得が認められればそれで足りると解している。

むしろ問題は〔Kawasaki〕事件の具体的な判断への疑問⁽³⁸⁾等において指摘されているように, 未使用の指定商品・役務について本当に識別力が獲得されたといえるか, との点である。仮に商標が著名であり, その使用商品と問題となる指定商品の取引者・需要者が共通しているとしても, 当該商標が指定商品・役務に使用された場合に当該商品・役務に係る出所表示と認識されるか否かについては慎重に判断がされるべきであろう。

3. 地域団体商標に係る「周知」性（商標法7条の2）

3. 1. 地域団体商標制度の趣旨

地域の名称と商品の普通名称等を組み合わせた商標が記述的表示（3条1項3号）に該当する場合, 使用の結果, 当該商標が出願人等の出所表示としての識別力を全国的に獲得していると認められない限り（3条2項）, 商標登録を受けることができない。

平成17年改正により導入された地域団体商標は, このような地名と商品の普通名称等からなる商標（商標法7条の2第1項各号）につき, 法定の要件を満たす登録主体が構成員に使用させる場合（1項柱書）に限って, 商標登録に必要な識別力を3条2項の場合よりも緩和したものである。登録主体については, 加入の自由が保障された「事業協同組合その他特別の法律で設立された組合」の他, 平成26年改正により追加された商工会・商工会議所・特定非営利活動法人（それぞれ設立根拠法（商工会法14条等）により加入の自由が保障されている）, 及びこれらに相当する外国の法人に限定されている。

地域団体商標制度の趣旨については⁽³⁹⁾, 地域ブランドの振興という産業政策目的のために発展段階の地域ブランドを保護するものとの理解（産業政策説）が立法担当者⁽⁴⁰⁾等⁽⁴¹⁾を中心に有力である。産業政策説が地域団体商標制度を通常の商標制度と連続的なものととらえるのに対して, 当該団体の構成員以外の事業者にも加入の自由が保障されている点等を考慮し地域団体商標制度を不競法2条1項旧13号の産地誤惹惹起行為を定型化したものと解する見解⁽⁴²⁾（行為規制定型化説）も主張されている。さらに地域団体商標を通常の商標と連続的にとらえつつも, 地域ブランドの振興という政策目的ではなく「地域としての識別」に着目した制度と位置付ける見解（地域としての識別性説）⁽⁴³⁾が主張されている。

筆者自身は, 地域団体商標制度の趣旨としては産業政策説による説明が妥当であると考えている。もっとも地域団体商標制度は, 地名と普通名称等からなる記述的表示を早い段階で（全国的な知名度を獲得しない段階で）出願し, 信用を蓄積していくことを（少なくとも他の記述的表示と比較して相対的に）誘引しようとする点では, 商標法3条の一般的な趣旨とは異なる政策目的を有するものではある。

(38) 川瀬・前掲注(36)743頁は, 「Kawasaki」がバイク関連のアパレル商品については識別力を獲得したといえるとしても, (バイクに無関係のものも含む) アパレル関連商品一般についてなお識別力を獲得したといえるかの点については疑問を呈している。

(39) 地域団体商標制度の制度趣旨を巡る議論状況の整理については, 今村哲也「地域団体商標制度と地理的表示の保護」日本工業所有権法学会年報30号(2006年)275頁, 蘆立順美「地域団体商標制度と商標の機能」パテント64巻別冊5号(2011年)96頁以下, 前田健「地域団体商標制度の意義について」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(弘文堂, 2013年)235頁以下, 金井重彦他編『商標法コンメンタール』(レクシスネクシスジャパン, 2015年)238頁〔前田健〕を参照。

(40) 特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成17年商標法の一部改正 産業財産権法の解説』(発明協会, 2005年)6頁, 小川宗一「地域団体商標制度と商標法の基本理念(一)」日大法学72巻3号(2006年)1107頁を参照。

(41) 福岡高判平成26年1月29日判時2273号116頁〔博多織〕, 土肥一史「判批」日本大学知財ジャーナル7号(2014年)70頁等参照。

(42) 田村善之「知財立国下における商標法の改正とその理論的な含意——地域団体商標と小売商標の導入の理論的分析」ジュリスト1326号(2006年)96頁以下参照。

(43) 前田・前掲注(39)248頁以下, 今村哲也「判批」判例評論690号(2016年)16・17頁(なお今村・前掲注(39)290頁では国際的な議論動向も鑑み, 地域団体商標制度を地理的表示保護法制の過渡期的な発現形態と位置付けている)を参照。

3. 2. 地域団体商標制度における「出所」と7条の2第1項における識別性

制度趣旨と関連して問題となるのが、地域団体商標が指し示す「出所」（あるいは「地域ブランド」）の捉え方の点である⁽⁴⁴⁾。

一つの理解としては、団体商標を含む通常の商標と同様に、地域団体商標における出所も、商標権者又はその使用許諾等を受けた者等、特定の事業者・事業者群を意味するものと解する立場がある⁽⁴⁵⁾。この立場からは当然に、地域団体商標の登録要件（商標法7条の2第1項）における識別力も、その文言（「自己又はその構成員の業務に係る商品又は役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている」）のとおり、3条2項の場合とは程度の差こそあれ、特定の事業者群（出願人又はその構成員）の出所表示としての認識を要求する点では変わりはないことになる。

他方の理解としては、地域団体商標における出所とは、商標権者等の特定の事業者（群）というよりも、当該地域の（潜在的なものも含む）事業者全体と解する立場があり、学説上有力である⁽⁴⁶⁾。このような理解は、行為規制定型化説⁽⁴⁷⁾においてのみならず、産業政策説の論者からも示唆されており⁽⁴⁸⁾、地域としての識別性説はこのような出所の理解こそが地域団体商標制度の眼目であると解するものである。

後者の理解からすれば、地域団体商標の登録要件における識別力についても、特定の事業者（群）の出所表示としての認識までは要さず、当該地域を出所とするとの認識で足りるとの解釈も考えられる⁽⁴⁹⁾。しかし地域団体商標制度の趣旨につきこのような理解に立つ論者においても、登録要件としての商標法7条の2第1項の識別力については、権利主体としての適格性に関わる要件であることから、出願人（団体）またはその構成員の出所表示としての認識が必要との見解⁽⁵⁰⁾が示されている。

裁判例では、知財高判平成22年11月15日判時2111号109頁〔喜多方ラーメン〕が、商標法7条の2の「周知」について当該地域を出所とするとの認識で足りるとの原告側の主張について、裁判所は、商標法7条の2の「周知」性は、3条2項と比較して識別力の程度を緩和したものではあるが、3条2項で要求される「需要者（及び取引者）からの当該商標と特定の団体又はその構成員の業務に係る商品ないし役務との結び付きの認識の要件」まで緩和したものではないとして退けている。具体的な判断としては、喜多方市内の

(44) 議論状況の整理につき蘆立・前掲注(39)97頁以下、長谷川遼「判批」ジュリスト1443号(2012年)111頁以下の産業政策説における「地域ブランド」の意味についての分析を参照。

(45) 前掲〔博多織〕は、地域内アウトサイダーによる地域団体商標の使用態様が「自他商品の出所識別機能を害するものである場合は、商標法二六条一項二号に該当するということとはできない」と判示しており、地域団体商標の保護法益を通常の商標と同じ意味での出所識別機能と解している。また特許庁の逐条解説（前掲注(1)1436頁以下）も、地域団体商標における出所に関する理解を明言するものではないが、基本的にはこのような理解に立っているものといえるであろう。また筆者自身はこの理解が妥当であると考えている。

(46) 蘆立・前掲注(39)98頁の整理を参照。

(47) 田村・前掲注(42)98・99頁参照。

(48) 小川・前掲注(40)1121頁は、地域団体商標制度は、「地域ブランド」が、「個々の事業者を識別することはできずとも、当該地名が表す地域の事業者とそれ以外の地域の事業者とを識別すること（すなわち、地域（産地等）としての識別）は可能である」との意味での識別性を有することを基本として制度設計されたものと理解し、その制度設計上は「事業者の一集合体」としての識別力に着目しているようにみえるが、制度を全体としてみれば、実質的には当該地域の事業者のみが使用でき、それ以外の地域の事業者の使用を出来なくしていることを指摘している。他方で、登録要件としての「周知」性については、出願人又はその構成員の出所表示としての認識を必要と解している（同1127頁）。

(49) 蘆立・前掲注(39)98頁参照。また今村哲也「判批」判例評論635号(2012年)15頁以下の緩和説についての分析も参照。

(50) 蘆立・前掲注(39)99頁、前田・前掲注(39)252頁以下（ただし出願人等が「出所」であるとの需要者の認識を現実に要求しているというよりも、「需要者が地域団体商標制度に接したときにイメージする事業者の総体と、出願人団体の総体とがほぼ一致することが要求されている」と解する）参照。行為規制定型化説の論者も、商標法7条の2第1項について認知度の要求水準が引き下げられていることには言及しているが、その認知の内容が3条2項の場合と異なることは述べていない（田村・前掲注(42)98頁参照）。また前掲注(48)も参照。

地域団体商標における出所についての理解を明示的に示すものではないが、商標法7条の2第1項につき同様に解するものとして本宮照久「商標法の改正について」パテント58巻9号(2005年)6頁、鈴木信也「判批」日本大学知財ジャーナル5号(2012年)65頁を参照。今村・前掲注(49)162頁は、現行法は地理的表示の保護を直接的に意図したのではなく、地域団体商標は「地理的な出所」を保護するものではないとして、〔喜多方ラーメン〕判決に賛同している。

ラーメン店の原告への加入状況（「喜多方ラーメン」を使用している店でも6割程度）と非構成員による喜多方市外での「喜多方ラーメン」の使用状況を考慮し、例えば福島県及びその隣接県に及ぶ程度の需要者の間において「周知」とは言えないと判断した。

商標審査基準⁽⁵¹⁾も、商標法7条の2第1項の文言に基づき、出願人又はその構成員の出所表示としての認識が必要であることを前提とした記載となっている。

3. 3. 要求・基準とされる範囲・程度、使用の要否

商標法7条の2第1項の「周知」性は、その立法趣旨から、商標法3条2項の場合よりも必要な識別力の範囲・程度を緩和したものと理解されており⁽⁵²⁾（前掲〔喜多方ラーメン〕）、特に地域的範囲については、全国的なものまでは要さず、個別事情にもよるが隣接都道府県に及ぶ程度で周知となっていれば足りる⁽⁵³⁾と解されている。

商標審査基準では、第10版では上記のような記載にとどまっていたが、平成27年3月の改訂第11版⁽⁵⁴⁾以降、「隣接都道府県に及ぶ程度」との記載から、商品・役務の取引状況等に応じて類型化（場合によっては一都道府県内の多数の需要者による認識でも足りるとする）をして記載⁽⁵⁵⁾がされている。

外国の法人（日本法において登録主体となる組合等に相当するもの）も地域団体商標の登録適格を有するが、7条の2第1項の「周知」性については日本国内において周知であることが必要と解されている⁽⁵⁶⁾。

商標の使用の要否（商標⁽⁵⁷⁾・商品役務の同一性）に関しては、3条2項の場合と同様に解するとの見解も考えられる。しかし7条の2では、第1項の「その商標が使用をされた結果」との文言に加えて、2項において「地域の名称」の定義が出願人又はその構成員が出願以前から当該商標を商品・役務に使用していることが明示的に前提とされていること、そして実質的な考慮（使用商標と同一といえない7条の2第1項各号に該当する商標についての識別力の判断の困難）からすれば、3条2項に関する本稿の立場においてもなお7条の2についてはこれらの同一性が要件となると解される。

(51) 商標審査基準〔改訂第13版〕141頁では、商標の使用例について出願人や構成員の名称についての記載等を確認するものとしている。

(52) 特許庁・前掲注(1)1441頁、特に産業政策（発展段階の地域ブランドを保護するもの）に基づく説明につき前掲注(40)を参照。行為規制定型化説においては、地域団体商標についての加入の自由と商標法26条1項2号、3号の広範な適用を前提として、独占適応性への配慮が必要となる商標法3条2項の場合と異なり、7条の2第1項における「周知」性はあくまで登録制度としてのコストをかけてまで保護する必要がある商標を選別するための要件であることを理由とする（田村・前掲注(42)97頁参照）。

商標法3条2項についての本稿の理解からすれば、商標法7条の2における「周知」性の範囲・程度の緩和については、地域振興との産業政策とともに、対象となる表示が「地域の名称+商品（役務）名」に限定され、かつ、地域団体商標制度の導入が一定程度告知されたことにより、当該記述的表示を使用する第三者にとっての予測可能性のある程度確保されていることから商標制度上も許容されていると解される。

(53) 特許庁総務部総務課制度改正審議室・前掲注(40)16頁、小川・前掲注(40)1127頁参照。田村・前掲注(42)97頁も、決め手はないとしつつも、4条1項10号の場合と同程度に知られていれば足りるとしている。

(54) 第11版の改訂に向けた検討の基本的な方向性について、産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会第2回商標審査基準ワーキンググループ（平成26年5月21日）の配布資料及び議事要旨を参照。

(55) 商標審査基準〔改訂第13版〕141・142頁参照。原則的に、指定商品・役務の販売・提供地域を基準として、狭い地域で販売されるもの（例えば、生産地でのみの地産地消品）は、当該地域の属する一都道府県の多数の需要者により、日常品等広く販売されるものは一都道府県を超える多数の需要者による認識を必要としつつ、いずれの場合にせよ、大規模な宣伝で複数都道府県の相当程度に認識されている場合も「周知」性の要件を満たすとするものである。

(56) 特許庁・前掲注(1)1441頁参照。商標審査便覧（2018年5月30日）「外国の地名に係る地域団体商標の周知性について（47.101.03）」では、外国の地名に係る地域団体商標については、当該商標を使用された商品の販売地域の属する一都道府県における多数の需要者等に認識されていれば足りるとしている。

(57) 商標審査基準〔改訂第13版〕140頁は、商標の同一性につき「出願商標と使用商標が、外観において同一であること（外観において同視できる程度に同一性を損なわないことを含む。）を要する」と述べている。改訂第12版以降の商標法3条2項についての記述（前掲注(27)と対応する本文を参照）と異なり、取引の実情の考慮についての言及はない。3条2項と7条の2における商標の同一性についての記載の相違が意図的なものか否かは確認できなかった（第13回商標審査基準WGの議事録では地域団体商標については特に言及されていない）。

4. 商標法4条1項10号の「周知」性

4. 1. 商標法4条1項10号の趣旨

出願に係る商標が、「他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標」（他人の「周知」な商標）と同一又は類似の商標であり、その指定商品・役務が当該他人の商品・役務と同一・類似のものである場合、当該商標は商標登録を受けることができない（商標法4条1項10号）。

10号に該当する商標の登録を認めた場合、商標権者が使用した登録商標に接した需要者は、当該商品の出所を周知商標の主体（10号の「他人」）と誤信をする可能性が高い。そこで本号は周知商標と同一・類似の商標の同一・類似の商品・役務についての登録を認めないことで、需要者による出所の混同を防止しようとするとともに、未登録の周知商標に蓄積された業務上の信用の保護を図っている⁽⁵⁸⁾。

4. 2. 要求・基準とされる範囲・程度

(1) 地理的範囲

商標法4条1項10号の「周知」性に係る地理的な範囲につきリーディングケースとなった東京高判昭和58年6月16日無体集15巻2号501頁〔DCC審決取消〕は、「かかる全国的に流通する日常使用の一般的商品」（コーヒー）につき4条1項10号の「周知」性を満たすためには、全国にわたる主要商圏の同種取扱業者の相当程度、あるいは少なくとも一県にとどまらず隣接数県の相当範囲の地域の同種取扱業者の半数に達する程度に認識されていることが必要であると判示した⁽⁵⁹⁾。

〔DCC審決取消〕の判示は全国的に流通する商品についてのものであったが、その後の裁判例では特に商品・役務についての限定を付さずに⁽⁶⁰⁾、4条1項10号の「周知」性の地理的範囲について同様の判示をするものがある（例えば東京高判平成17年3月24日判時1915号142頁〔IE一橋学園審決取消〕⁽⁶¹⁾、大阪地判平成23年7月21日平成21(ワ)16490〔ポリマーガード〕⁽⁶²⁾）。なお知財高判平成27年12月24日平成27(行ケ)10083〔エマックス審決取消〕は、一般論として地理的範囲につき「通常、一地方、すなわち、一県の全域及び隣接の数県を含む程度の地理的範囲で知られている必要がある」と判示している⁽⁶³⁾。

学説では、「同一商標の下で全国展開が不可能となれば、登録商標を取得する意味が失われることを考えると、1県程度の認識で足りる」として〔DCC審決取消〕に批判的な見解⁽⁶⁴⁾もあるが、裁判例の基準（少

(58) 特許庁・前掲注(1)1412頁参照。いわゆる出所混同防止説と使用事実保護説を巡る議論状況につき小野・三山編・前掲注(5)331頁以下〔工藤莞司＝樋口豊治〕を参照。

(59) 結論として、広島県内で、DCCを使用していた原告の広島県下の専門的な喫茶店等に対する取引占有率は高々30%程度、山口県・岡山県等の隣接権についてはこれにはるかに及ばないことを理由に、商標法4条1項10号の要件を満たさないと判断した。

(60) ただし各事案の指定商品・役務（〔IE一橋学園審決取消〕は学習塾における教授等、〔ポリマーガード〕ではポリマーを用いたコーティング剤等と、それぞれ全国的に流通・提供されるものであった。

(61) 被告側の商標が「関東地方を中心に北海道、東北及び中部の各県にわたって、需要者である大学受験生の間に広く認識されていたものと認めるのが相当」と判断し、商標法4条1項10号に該当すると判断した審決を維持した。

(62) 無効の抗弁について、被告側の使用実態が明らかでないこと（また仮に被告の主張通りの使用実態（平成15年度から17年度に被告標章を付した被告商品が全国で2万5000台の自動車に施工）であっても、新車販売台数（約1000万台）や保有台数（5600万台）からすれば相当範囲の地域にわたって同種商品取り扱い業者の半ばとも言えないとして）を理由に4条1項10号該当性を否定した。商標法32条の先使用権についても、4条1項10号に係る判断において「検討したことによると」要件を満たさないと判断している。

(63) さらに〔エマックス審決取消〕は、「本件電子瞬間湯沸器が特定の地方で集中的に又は専属的に販売されるものであるとする事情はないから、引用商標が、全国のいずれかの地域において、上記に説示した地理的範囲において周知であるか否かを考慮することになる」とも判示したうえで、宣伝広告が活発でないこと・「引用商標を付した本件電子瞬間湯沸器の販売台数等は明らかではなく、全国的規模の市場に対する販売実績は極めて少ない」事などを根拠として（前掲注(3)も参照）、4条1項10号の周知性を否定した。

(64) 土肥一史『知的財産法入門〔第15版〕』（中央経済社、2015年）72頁。

なくとも一県を超える地方での認識を必要とする)を基本的に支持する見解⁽⁶⁵⁾(ただし地域を限定して流通するものについては一県程度でも足りるとする見解⁽⁶⁶⁾もある)が有力である。

商標審査基準では「全国的に認識されている商標のみならず、ある一地方で広く認識されている商標」も、商標法4条1項10号の「周知」商標に含まれると述べられている⁽⁶⁷⁾。

(2) 需要者層等

① 指定商品・役務の需要者か、引用商標に係る商品・役務の需要者か

4条1項10号の「周知」性の判断基準の主体となる「需要者」については、出願商標等の指定商品・役務の需要者を基準とする見解もある⁽⁶⁸⁾。

しかし10号の文言からすれば、引用商標の商品・役務の需要者を基準に周知性を判断したうえで、引用商標の商品・役務と出願商標等の指定商品・役務が「同一又は類似」のものといえるかを判断すべきこととなる⁽⁶⁹⁾。

両説による差異が生じうるのは、引用商標に係る商品・役務が出願商標等の指定商品・役務に包含され、引用商標の商品・役務の需要者を基準とすれば周知といえるが、出願商標等の指定商品・役務の需要者全体についてまで周知といえない場合である。

この場合について出願商標等の指定商品・役務の需要者を基準とする見解に立てば、商標法4条1項10号には該当しないこととなる(15号等は別途問題となりうる)。しかしこの場合につき商標登録を認めることは、商標権に基づく当該商標の引用商品・役務についての使用を商標法上許容することとなり、引用商標の商品・役務の需要者に出所の混同のおそれを典型的に生じさせることとなる。以上の点からすれば、条文の文言のとおり、引用商標の商品・役務の需要者を基準として判断をすることが適切であろう。

もっとも引用商標の商品・役務の需要者を基準とすることは、過去に引用商標が使用された商品等を実際に購入した者の認識のみを基準とする趣旨ではなく、市場における当該商品・役務の潜在的な需要者も含めた判断を行うべきこととなる。

以上の点について、知財高判平成27年12月24日平成27年(行ケ)10083〔エマックス審決取消〕は、商標法4条1項10号の「『広く認識されている』とは、業務に係る商品等とこれと競合する商品等とを合わせた市場において、その需要者又は取引者として想定される者に対して、当該業務に係る商品等の出所が周知

(65) 渋谷・前掲注(28)369頁以下(「商品にもよるが」との留保を付した上で、商標法4条1項10号は、(32条と異なり)先願主義の下で全国的に効力の及ぶ登録商標権を取得する出願人の利益を害するものとなるため、10号の「周知」性のハードルを高くすべきとの立場からこれを支持する)参照。

(66) 田村・前掲注(14)53頁以下、盛岡一夫「商標法及び不正競争防止法にいう『需要者の間に広く認識されている』の意義」特許研究37号(2004年)21頁を参照。たしかに指定商品・役務が一都道府県内でのみ流通・提供される場合についてはこのように解すべきであろう。

(67) 商標審査基準〔改訂第13版〕76頁。

なお商標審査便覧(2018年5月30日)「地域団体商標を包含する通常商標の出願に関する商標法第4条第1項第10号等の適用について(42.110.01)」(初出を確認できなかったが少なくとも2009年4月以前)では、7条の2第1項(改訂第10版までの同項に関する審査基準の記載に基づき「全国的な需要者の間に認識されるに至っていないとも、一定範囲の需要者、例えば、隣接都道府県に及ぶ程度の需要者に認識されていることを必要とする」としている)と4条1項10号の「周知」性の要件がほぼ同一のものであると述べている。現在の特許庁の審査実務が、改訂第11版以降の商標法7条の2第1項の審査基準の記載についても、商標法4条1項10号となお同様のものと解するものか否かは明らかではない。

(68) 渋谷・前掲注(28)369頁は、前掲〔IE一橋学院審決取消〕事件(登録商標の指定役務は「学習塾における教授、教育情報の提供、学習塾における模擬テストの実施」。商標権者は小中学生を対象とした個別指導塾を経営)に対して「判決の結論は是認してよいものと思われるが、同号にいう『需要者』を大学受験生と捉えているのは誤りである。引用商標は、『大学受験予備校』の需要者層ではなく、『学習塾』の需要者層である小中学生自身やその親に広く知られていることを要する」と述べている。

(69) 田村・前掲注(14)54頁以下の裁判例についての整理(理論的に厳密に考えれば出願商標の指定商品・役務を基準とすべきとしつつ、商品・役務の類似性要件の存在から裁判例に対して異論を唱える必要はないとする)も参照。

されていること」と判示し、指定商品役務の需要者ではなく、引用商標が使用された商品等についてその競合品と合わせた市場（引用商標に係る商品等の潜在的なものも含めた需要者）を想定して判断すべきことを明らかにしている⁽⁷⁰⁾。

② 事業者・一般消費者等

商標法3条の場合と同様、商標法4条1項10号についても、ある商品・役務について、専門的知識を有する事業者から一般消費者まで多様な需要者が存在し、各需要者層において引用商標の出所表示としての認知度が異なる場合がある。

このような場合に関して、特許庁の商標審査基準は、「『需要者の間に広く認識されている商標』には、最終消費者まで広く認識されている商標のみならず、取引者の間に広く認識されている商標を含」むと述べている⁽⁷¹⁾。

裁判例では、商標法4条1項10号の「周知」性について、全国的に認識されていることまでは要さず、商品・役務の性質上、需要者が一定分野の関係者に限られている場合には当該需要者に認識されていれば足りるとの判示⁽⁷²⁾がされている。

他方、当該商品・役務の需要者に事業者と一般消費者の双方を含む場合等の取扱いに関しては裁判例の立場はそれほど明確ではない。

前掲〔DCC 審決取消〕では、コーヒーという「日常使用の一般的商品」について、一般消費者の認識に特に言及することなく、「同種商品取扱業者」の認識の程度を問題とし、結論として周知とは言えないと判断した。

これに対して知財高判平成26年10月29日判時2242号124頁〔とっとり岩山海〕が、一般論としては「すべての取引者・需要者に知られている必要まではないが、相当程度の取引者・需要者に知られていることを要する」と判示している。あてはめの判断においては、登録商標の指定役務が「飲食物の提供」であり、引用商標は居酒屋において海鮮や酒などの飲食物の提供に使用されていたことから「原告商標の周知性を判断する前提となる取引者・需要者としては、飲食物の仕入業者に限られず、広く一般の消費者が含まれている」と述べた上で、一般の消費者の認識に関する事情について認定したうえで、結論として、関西地区の一般の消費者に引用商標が広く知られていたとは言えないため10号に該当しないと判断している。

前掲〔エマックス審決取消〕は、前述のとおり「需要者又は取引者」に広く認識されているとの判示をしており、一般論の文言上は、「需要者」又は「取引者」のいずれかに認識されれば足りるとの趣旨にも解される。しかしあてはめ等の具体的な判断は、取引者のみの認識で足りるかとの点について明示的に判断するものではない。

なお前掲〔DCC 審決取消〕では、4条1項10号の「周知」性における浸透度について、地理的範囲に応じた相関的な基準（同種商品取扱業者について、主要商圈で相当程度、複数県での半数以上）を提示している。この点について、事業者は経験則上混同することが少ないためにやや高い基準が要求されているのであり、一般消費者の認識度についてはより少ない割合（例えば1～2割程度）でも足りるとする見解⁽⁷³⁾もある。

(70) 〔エマックス審決取消〕事件では、無効理由の存否が問題となった本件商標の指定商品は「家庭用電気瞬間湯沸器、その他の家庭用電熱用品類」であり、引用商標が使用された商品（本件電子瞬間湯沸器）も電気瞬間湯沸器であった。しかし裁判所は、熱源の相違により利用者が異なるとする事情が認められないことを挙げて、両当事者の主張の通り、本件電子瞬間湯沸器の需要者又は取引者として想定すべき者はガス式も含む家庭用の壁掛型の瞬間湯沸器全体の取引者又は需要者であるとして判断している。

(71) 商標審査基準〔改訂第13版〕76頁。

(72) 東京高判平成4年2月26日知財集24巻1号182頁〔COMPUTERWORLD〕、知財高判平成22年4月28日平成21（行ケ）10411〔ATHLETE LABEL〕参照。

(73) 田村・前掲注（14）55頁、盛岡・前掲注（66）22頁参照。

4. 3. 使用の要否

商標法4条1項10号については、19号と異なり日本国内において「周知」であることが必要となる。

これに加えて4条1項10号の要件の充足につき日本国内での商標の使用も必要とするか否かの論点に関して、かつて大判大正3年5月12日民録20輯17巻382頁「禮和」は、商標法が大日本帝国内を適用範囲とすることから、国内での「使用」により周知となった標章でなければ明治42年商標法2条5号の「世人ノ周知スル標章」に該当しないとの一般論を提示していた⁽⁷⁴⁾。

しかし現在の裁判例⁽⁷⁵⁾・学説⁽⁷⁶⁾は日本国内での使用を不要とする理解が一般的であり、商標審査基準も不要説を前提としている⁽⁷⁷⁾。

5. 商標法32条の「周知」性

5. 1. 4条1項10号との異同と先使用権の効力範囲

(1) 学説の議論状況

商標法32条1項は、他人の商標登録出願前から日本国内において不正競争の目的でなく登録商標と同一・類似の商標を指定商品・役務と同一・類似の商品・役務に使用していた結果、当該商標登録出願の際現に「その商標が自己の業務に係る商品又は役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている」場合、当該先使用者（及びその業務を承継した者）が「継続してその商品又は役務についてその商標の使用をする場合」について商標を使用する権利（先使用権）を有することを定めている⁽⁷⁸⁾。ただし商標権者等は、先使用権者に対して混同防止表示の付加を請求することができる（同2項。混同防止表示付加請求権）。

この商標法32条1項における「周知」性と商標法4条1項10号における「周知」性の異同をめぐっては、以下のように学説上の見解の対立がある⁽⁷⁹⁾。この対立は、先使用権制度の趣旨・役割の理解、先使用権の効力範囲（「周知」性が認められた地域に限定されるか、これを超えて日本全国に及ぶか）の解釈とも関連している。

両者を同一のものと解する立場（同一説）としては、(1) 立法経緯に照らし商標法32条を商標法4条1項10号に違反した過誤登録の場合（特に47条1項の除斥期間経過後）の救済手段であると理解するもの⁽⁸⁰⁾、(2) (1)の点に加えて先使用権の効力が日本全国に及ぶこと・先使用権が容易にかつ多数に成立しうるとは先願登録主義の趣旨に反すること等を理由とするもの⁽⁸¹⁾がある。これらの学説は4条1項10号の「周知」

(74) 具体的な判断としては中国での「禮和」石鹸の販売の事実が国内での同業者間で知られた事実のみを認定して2条5号該当性を認めた原判決を、国内での使用の事実及びその使用の事実が国内で周知されたか否かの認定がないことを理由に破棄したものである。

(75) 東京高判平成4年2月26日知的裁集24巻1号182頁〔COMPUTERWORLD〕（4条1項10号の商標には、主として外国で使用され、日本で報道・引用されて日本において「周知」となったものを含むと判断）、知財高判平成21年8月27日判時2063号128頁〔mosrite〕（モズライトギターの周知性が最近に至るまで存続していることを認定した上で、本件商標の出願時点でモズライトギターの製造・販売がされることがなかったとしても、商標法4条1項10号該当性が否定されるものではないと判断）を参照。

(76) 田村・前掲注（14）57頁以下、小野昌延・三山峻司『新・商標法概説〔第2版〕』（青林書院、2013年）153頁、小野・三山編・前掲注（5）337頁以下〔工藤莞司＝樋口豊治〕等参照。

(77) 商標審査基準〔改訂第13版〕76頁を参照。なお10号につき国内での「周知」が必要となる点については、商標審査便覧（2018年5月30日）「外国の地名等に関する商標について（41.103.01）」（平成29年4月改訂）も参照。

(78) 地域団体商標に係る先使用権（32条の2）については、権利者と第三者の利益の均衡を理由として（特許庁・前掲注（1）1527頁）、32条の先使用権と異なり、「周知」性が要件とされていない。

(79) 議論状況の詳細については、小野・三山編・前掲注（5）989頁以下〔平野恵稔＝重富貴光〕、金井他編・前掲注（39）483頁以下〔石井美緒〕、田中芳樹「商標法32条1項の先使用権の認められる範囲」Law & Technology別冊1（2015年）83頁以下を参照。

(80) 特許庁・前掲注（1）1525頁参照。

(81) 工藤莞司「商標法32条1項に規定する先使用権に係る周知性について」松田治躬先生古稀記念刊行会『松田治躬先生古稀記念論文集』（パテントジャパン、2011年）429頁以下参照。32条の先使用権が日本全国を効力範囲とする点については、役務商標制度導入時の継続的使用権（平成3年法律第65号附則3条1項）では周知を要件としない代わりに、継続的使用権成立時の業務範囲内に使用権が制限されている（「この法律の施行の日から六月を経過する際現にその商標の

性の基準（少なくとも一県を超える地方での認識を必要とする）に32条の「周知」性を合わせるものである。これに対して、(3)むしろ4条1項10号の「周知」性を巡る従来の判断が厳格に過ぎ、32条に合わせるべきことを主張する見解⁽⁸²⁾もある。

しかし近時の学説では、商標法4条1項10号と商標法32条の法的効果の違い（商標法32条は、商標登録を無効にするものではなく、先使用权者自身の使用行為についての侵害訴訟の抗弁に過ぎないこと）に鑑み、32条の「周知」性については4条1項10号の「周知」性よりも限定的な識別力でも足りるとする見解（非同一説）が有力である⁽⁸³⁾。非同一説における先使用权の効力については、「周知」性が認められた地域以外にもその効力が及ぶとする見解⁽⁸⁴⁾と、先使用权の効力が当該地域での使用に限定されることを前提に商標法32条の「周知」性は不競法2条1項1号の周知性と同程度で足りるとする見解⁽⁸⁵⁾がある。

(2) 裁判例

① 4条1項10号との異同（地理的範囲を中心に）

裁判例では、一般論として非同一説を明示的に採用するものとして下記の(a-1)の各裁判例があるが、他方、同一説に基づく一般論を明示的に展開するものは見当たらない。

「周知」性を巡る具体的な判断について主に地理的範囲に焦点を当てて分析をすると以下のようなになる⁽⁸⁶⁾。

(a-2)の裁判例は一県又はそれよりも狭い地域の需要者を基準とした判断を行っている点で非同一説に親和的である⁽⁸⁷⁾。

同一説・非同一説のいずれによってもいえない裁判例としては、(b-1)仮に非同一説によっても「周知」性が認められないと判断された事例、及び(b-2)被告側の主張に基づき一県を超える地方での「周知」性が認定された事例が挙げられる。

同一説に親和的な裁判例は、(c)被告の主張する限定的な地域での認知では足りないとして「周知」性が否定された後掲〔DCC侵害〕、〔古潭〕等⁽⁸⁸⁾に限られている。

商標法4条1項10号との異同について裁判例を全体としてみれば、(c)類型を除いて、被告商品の流通・

使用をしてその役務に係る業務を行っている範囲内において、その役務についてその商標の使用をする権利）ことから、先使用权が全国に及ぶとの理解が通説的であることを示しているとする（同430頁）。

(82) 松尾和子「判批」村林隆一先生還暦記念『判例商標法』（発明協会、1991年）858頁以下参照。

(83) 渋谷達紀『商標法の理論』（東京大学出版会、1973年）282頁以下及び299頁以下（不競法2条1項1号の周知性よりも低い認知度でも足りるとするが、その後の渋谷・前掲注（28）507頁以下では、不競法の周知との異同については特に言及されていない）、土肥・前掲注（64）100頁、美勢克彦「判批」商標・意匠・不正競争判例百選（2007年）65頁及び後掲注（84）・（85）の各見解を参照

(84) 平尾正樹『商標法〔第2次改訂版〕』（学陽書房、2015年）394頁は、先使用权者の事業展開への対応のため、全国的に使用できると解すべきとする（非同一説を支持する点については383頁参照）。

田中・前掲注（79）87頁以下は、地理的に連続している地域について「周知」性が認められる地域と認められない地域を線引きすることが実務上困難であることを理由に、先使用权の効力が「周知」といえる地域にのみ及ぶとの解釈は採用できないとする。

また網野誠『商標〔第6版〕』（有斐閣、2002年）778頁以下では、先使用权の効力の地理的範囲については直接的な記述はないが、沖縄復帰特別措置法122条1項に関する記述からすると、先使用权の効力が全国的な範囲に及ぶとの理解に立っていることがうかがわれる。

渋谷・前掲注（28）510頁は、先使用权者は営業販売地域を拡大することが許されるが、不正競争の目的をもって（混同防止措置をとることなく登録商標権者の営業販売地域内にあえて進出する場合等）営業販売地域を拡大することは許されないとする（小野・三山・前掲注（76）301頁もこの見解に賛同する）。

(85) 田村・前掲注（14）80頁以下、森林稔「商標法と不正競争防止法における先使用权」日本工業所有権法学会年報26号（2002年）108頁以下、茶園成樹編『商標法』（有斐閣、2014年）210頁以下参照。筆者もこのような見解を妥当と考える。

(86) 以下の整理では、同一説・非同一説という観点からの整理が難しい裁判例については掲載していない。

(87) ただし後掲注（91）を参照。

(88) 前掲大阪地判平成23年7月21日平成21(ワ)16490〔ポリマーガード〕も、無効の抗弁に関する商標法4条1項10号の判断（前掲注（62）参照）において「検討したところによれば」、商標法32条の「周知」性も否定されると判断している点で、同一説に親和的であるが、あくまで当該具体的事案の下では32条の「周知」性も認められないとの趣旨とも解しうる。

被告の営業地域の需要者を基準として ((a-1), (a-2), (b-2)), 問題となる商品・役務の取引の実情を勘案しつつ判断がされているということができよう。

(a-1) 非同一説の立場を一般論として明示するもの

東京高判平成5年7月22日知裁集25巻2号296頁〔ゼルダ〕は、先使用権による商標権の制限に比して先使用者が当該商標を全く使用できないことによる不利益が大きいと推認されることを挙げて、商標法32条1項の「周知」性については4条1項10号の場合「に比し緩やかに解し、商標権取引の実情に応じ、具体的に判断するのが相当というべきである」との一般論を判示した。当該事案についての判断としては、被告標章がデザイナーブランドであることを理由に、比較的短期間の使用（昭和54年にブランド発表、翌年8月に出願）にも拘らず、需要者（一般消費者ではなく、デザイナーブランドの需要者である「問屋や一般小売業者」）に「周知」であったと判断している。同様の一般論に基づき先使用権の抗弁の成立を認めた事例として名古屋地判平成20年2月14日平成18(ワ)1587〔BRIDE〕がある。

また商標法4条1項10号と32条の法的効果の違いを理由として非同一説を採用した裁判例として、「周知」性を肯定した大阪地判平成6年10月6日平成5年(ワ)7573〔ROYALCOLLECTION〕⁽⁸⁹⁾、被告の営業地である一県（又は一県内の一部地域）の需要者の認識で足りるとしながらなお「周知」性が認められなかった東京地判平成22年7月16日判時2104号111頁〔シルバーヴィラ〕（兵庫県西播磨地区の需要者を基準に判断）・東京地判平成24年9月10日平成23(ワ)38884〔アイネイル〕（愛知県内のネイルサロンの需要者である比較的若い女性を基準に判断）がある⁽⁹⁰⁾。

(a-2) 一県又はそれよりも狭い地域等の需要者の認識を基準に判断された事例

一般論としては4条1項10号との異同について特に言及していないが、4条1項10号における一般的な基準よりも狭い基準（地理的範囲について一県又はそれよりも狭い地域の需要者を基準としたもの）⁽⁹¹⁾により、32条の「周知」性が判断された事例⁽⁹²⁾として、大分地判平成9年9月30日平成8(ワ)627〔求人大大分〕⁽⁹³⁾、大阪地判平成25年1月24日平成24(ワ)6896〔Cache〕⁽⁹⁴⁾がある。

(89) 被告標章が昭和56年頃から被告の取締役として招聘した著名デザイナーの加工に係る真珠商品（「価格帯もいわゆる小物では二〇万円から三〇万円程度のももあるが、本格的な製品ともなると数百万円に及ぶ高級品」）に使用され、被告本社及び百貨店の展示会でも当該商品が目玉商品の役割を果たしていたこと等から、昭和59年時点で商標法32条の「周知」性を獲得していたことを認定

(90) 〔シルバーヴィラ〕及び〔アイネイル〕では、商標法4条1項10号に該当する商標は無効とされるべきものであり、そもそも商標権者が特許法104条の3により権利行使をできないため、同一説による場合先使用権を認める必要がなくなること指摘している（商標法47条の除斥期間に関しては特に言及していない）。

(91) 前述したように商標法4条1項10号については、商品・役務が地域を限定して流通・提供される場合については、一県内での認知度でも足りるとの解釈が主張され、本稿もこれを支持するものである（前掲注(66)参照）。このような解釈による場合、以下で言及する裁判例のうち〔求人大大分〕は、被告商品・役務が地域を限定して流通・提供されるものであるがゆえにそれに基づいた判断を行ったものとの説明も考えられよう。

また〔Cache〕については、「少なくとも」同一及び隣接する市町村等の需要者による認識を必要とし、また「周知」性を否定したものであって、4条1項10号よりも緩やかに解する趣旨とは必ずしも言えないとの指摘は考えられよう。

(92) 大正10年法下の先使用権につき山形地判昭和32年10月10日判時133号26頁〔白鷹〕は、被告人の商標が「明治初年頃にはすでに楯岡地方において同地方七軒の同業者間においては勿論のこと一般の取引者や需用者間にも広く認識されていた」ことを認定し、商標出願当時の交通状況・醸造清酒の販売態様等の取引の実情に鑑み、このような楯岡地方における被告人商標の周知著名の程度は旧商標法9条の先使用権の要件を満たすと判断している。

(93) 求人情報誌の性質を理由に大分県内の需要者を基準とし、「周知」性を肯定。

(94) 先使用権の効力が全国に及ぶことを理由に、当該事案につき被告美容室の顧客による認識だけでは足りず、「少なくとも美容室の商圏となる同一及び隣接する市町村等の一定の地理的範囲の需要者」による認識が必要とし、被告の固定客以外の需要者の認識が明らかでないとして「周知」性が否定された。

(b-1) 仮に非同一説によっても「周知」性が認められないと判断された事例

非同一説に基づく被告側の主張に対して、仮に 32 条の「周知」性を 4 条 1 項 10 号よりも緩やかに解したとしても「周知」とは言えないと判断した事例として、名古屋高判昭和 61 年 5 月 14 日無体集 18 卷 2 号 129 頁〔東天紅〕、東京地判平成 11 年 4 月 28 日判時 1691 号 136 頁〔ウイルスバスター〕⁽⁹⁵⁾、東京地判平成 25 年 11 月 21 日判時 2217 号 107 頁・知財高判平成 26 年 5 月 27 日平成 26(ネ)10001〔スターデンタル〕⁽⁹⁶⁾がある。

(b-2) 被告側の主張に基づき一県を超える地方での「周知」性が認定された事例

一県を超える地方で被告標章が広く認識されていることを理由に商標法 32 条 1 項の「周知」性が肯定された事例として、静岡地判昭和 46 年 3 月 25 日無体集 3 卷 1 号 140 頁〔ギンレイ〕⁽⁹⁷⁾、大阪地判昭和 46 年 12 月 24 日無体集 3 卷 2 号 455 頁〔すつぽん大市〕⁽⁹⁸⁾、大阪地判昭和 50 年 6 月 7 日無体集 7 卷 1 号 175 頁〔競馬ファン〕⁽⁹⁹⁾、神戸地判平成 11 年 7 月 7 日平成 9(ワ)2128〔HAPPY BABY〕⁽¹⁰⁰⁾、東京地判平成 12 年 8 月 30 日平成 11(ワ)13926〔ベークノズル〕⁽¹⁰¹⁾、大阪地判平成 16 年 4 月 20 日平成 15(ワ)2226 号〔Career - japan〕⁽¹⁰²⁾、大阪地判平成 21 年 3 月 26 日平成 19(ワ)3083〔ケンちゃんギョーザ〕⁽¹⁰³⁾、東京地判平成 25 年 11 月 28 日平成 24(ワ)16372〔RAFFINE〕⁽¹⁰⁴⁾がある。

しかしこれらは、裁判所が基準となる需要者の地理的範囲を設定したというよりも、被告側の主張に基づいてこれらの地域での「周知」性が肯定された事例であるため、同一説・非同一説のいずれによるものとも、あるいはこのような地理的範囲を基準として要求するものとも言えないであろう。

(c) 被告の主張する限定的な地域での認知では足りないとして「周知」性が否定された事例

広島地福山支判昭和 57 年 9 月 30 日判タ 499 号 211 頁〔DCC 侵害〕⁽¹⁰⁵⁾は、被告の商品であるコーヒーが全国的に流通する商品であること及び広島県内だけでも 10 社ほどの同業者が存在することを考慮し、「被告のような荒挽きコーヒー加工販売業者の使用商標が需要者の間に広く認識されたといえるためには、一県及びその隣接県の一部程度にとどまらず、相当広範な地域において認識されることを要すると解すべき」と判示した。そして、被告の営業範囲が「広島県全域、山口県東部、岡山県西部及び島根県の一部であること、

(95) ただし、原告商標（ウイルスバスター）の識別力の低さに加えて、原告が口頭弁論終了時まで商標を使用しておらず、原告の信用が何ら化体していないとして、権利濫用の抗弁の成立を認めた。

(96) 2 か月程度の診療所の名称としての使用、チラシの配布、ホームページの記載（840 人閲覧）では、32 条の「周知」性が認められないと判断。被告側は診療所から 300 メートル程度の狭い範囲でも 32 条の周知性の要件を満たすと主張したが、裁判所は非同一説によっても 32 条の「周知」とは言えないと判断した。

(97) 被告標章が被告サンダルの標章として「各地の需要者である履物卸問屋および一般小売店の間に相当広く認識されていた」と認定されている（ここでいう「各地」とは、履物問屋や小売店に関する取引の例に関する判示からすれば全国各地を意味するものと解される）。

(98) 被告標章につき「少くとも関東から関西にかけての需要者間に広く認識されるに至っていた」と認定。

(99) 被告新聞につき「少くとも関西地区の中央競馬の関係筋やファンの間では周知であつた」と認定。

(100) 被告標章につき「全国的にも、取引者や需要者にとって周知となるに至っていた」と認定している。

(101) なお被告は「日本国内において広く認識されている」と主張したが、裁判所は「近畿地区所在の電設資材の卸売業者の間で広く認識されている」との事実認定に基づき、32 条 1 項の「周知」と判断した。

控訴審の東京高判平成 13 年 3 月 6 日平成 12(ネ)5059〔ベークノズル〕では、32 条 1 項の「周知」につき「必ずしも全国的に周知である必要はなく、相当範囲において知られていれば良いと解するのが相当」と述べ原審の判断を支持した。

(102) 被告標章につき「東京、大阪あるいは名古屋を中心とする地域において、就職情報に関心を持つ需要者層の間で広く認識されていた」と認定されている。

(103) 本件地域（東京都、埼玉県、神奈川県、千葉県、茨城県、栃木県、群馬県、山梨県、福島県、長野県、静岡県、新潟県）における、原告各標章の態様による原告の先使用権の確認の訴えを認容。

(104) 被告標章は「少なくとも京都府内やその近辺において…被告の販売する化粧品を表示するものとして、その主な需要者である女性の消費者に広く認識されるに至っていた」と認定。

(105) 被告側は、周知性の地理的範囲については「コーヒーの如く風味保持を要するものは一県及びその隣接地程度で足り」と主張していた。

広島県下における被告の取引先占有率が三〇パーセント程度であること」等（前掲〔DCC 審決取消〕と同様の認定）から、「周知」であったとは言えないと判断している。

大阪地判平成9年12月9日知的裁集29巻4号1224頁〔古潭〕は、先使用権の効力が日本全国に及ぶことを理由に、「せいぜい二、三の市町村の範囲内のような狭い範囲の需要者に認識されている程度では足りない」として被告の主張⁽¹⁰⁶⁾をこれに反する限度で退けている。当該事案については、出願時点において被告標章（ラーメン店の名称）が「被告の営業に係る役務を表示するものとして需要者に認識されている地理的範囲は、せいぜい水戸市及びその隣接地域内にとどまる」として32条の「周知」性を否定した。他方で役務商標制度の導入に伴う継続的使用権⁽¹⁰⁷⁾を水戸市と隣接地域での営業については肯定（北茨城店については否定）している。

②先使用権の効力

先使用権の効力に関しては、(c) 類型に属する前掲〔古潭〕及び(a-2) 類型に属する前掲〔Cache〕において、「周知」性の地理的範囲が限定的なものでは足りないことの論拠として、先使用権の効力が日本全国に及ぶことが言及されている。また東京高判平成13年3月6日平成12(ネ)5059〔ベークノズル控訴審〕⁽¹⁰⁸⁾では、「周知」性が認定された近畿地区以外での商標の使用の差止めを求める予備的請求につき、先使用権の効力が「周知」性が認められた地域に限られないことを理由に退けている。

その他の裁判例では、先使用権の効力の地理的範囲に関しては明示的に言及するものは見当たらない。前掲〔ケンちゃんギョーザ〕では、「周知」性が認定された地域についての使用権の確認判決であるが、原告の請求自体が当該地域の使用権に限定されていたものである⁽¹⁰⁹⁾。

5. 2. 先使用権とエマックス抗弁

前掲〔エマックス最判〕によるエマックス抗弁は、「特段の事情」の理解次第でその意義が大きく変わるものであるが、仮にエマックス抗弁における「特段の事情」を限定的に解し、商標法4条1項10号に違反して登録された商標権の「周知」表示主体に対する権利行使が基本的に権利濫用となると解した場合、エマックス抗弁は、「周知」表示の主体に以下の点で先使用権よりも強力な使用権原を事実上認めることとなる。

すなわち①出願以前の日本国内での使用が要件とならない点（前掲4.3.参照）、②出願前に使用していた商標、商品・役務についての継続的な使用が要件とならない点、③被疑侵害者側の使用につき不正競争の目的の有無を問わない点、④先使用権の効力が「周知」地域に限定されるとの見解による場合にはエマックス抗弁は日本全国での使用につき援用可能である点、⑤商標権者による混同防止表示付加請求権（32条2項）が認められない点である。

これに対してエマックス抗弁が先使用権の抗弁よりも適用範囲が限定されるのは、実質的には⁽¹¹⁰⁾、4条1項10号と32条の「周知」性の関係につき非同一説を採用する場合のみである。同一説による限り、先使用

(106) 被告側は商標法32条の「周知」性の地理的範囲につき「本件においては、都道府県、場合によっては更に狭い郡、市において、相当広く認識されているという程度をもって足りる」と主張した。

(107) 前掲注(81)を参照。

(108) 前掲注(101)を参照。

(109) 田中・前掲注(79)86頁参照。

なお同論文は、地理的な限定を付さない差止請求につき一般に日本国内全域での使用の禁止を求めるものと解しており、ある地域での「周知」性を認定しつつ差止請求を全部棄却した裁判例（前掲〔ギンレイ〕等）を、先使用権の効力が全地域に及ぶことを前提に「周知」地域以外での使用についても棄却したものと解している。

(110) なお形式的には、32条1項の「周知」性は出願時を基準として判断されるのに対して、4条1項10号の「周知」性は出願時（4条3項）に加えて登録査定時（最判平成16年6月8日集民214号373頁〔LEONARD KAMHOUT〕）にも満たす必要がある点も相違点となる。しかし商標の使用が継続している場合に、出願時の「周知」性を査定時に失っている状況はかなり例外的なものとなるであろう（田村・前掲注(3)20頁注(23)参照）。

権制度はエマックス抗弁との関係でほとんど意味を失う。非同一説による場合、エマックス抗弁は、出願時点で4条1項10号の「周知」性まで獲得していた主体に、上記の①～⑤の点で先使用权よりも強力な使用権原を認めるものと位置付けられることとなる。

問題は、同一説・非同一説のいずれによるにせよ、既に商標法に存在する先使用权とは別に、このようなエマックス抗弁を認める必要性・妥当性・正当性が存在するのか、との点である。

〔エマックス最判〕はこの点について何も述べていない。同判決には先使用权に関する言及がない。同判決ではエマックス抗弁による権利濫用の抗弁を一般論として認めるに際して、4条1項10号の「周知」主体に対する権利行使を認めることは「特段の事情がない限り、商標法の法目的の一つである客観的に公正な競争秩序の維持を害するものとして、権利の濫用に当たり許されない」と述べるが、最高裁が現行法の先使用权制度では「公正な競争秩序」を維持できないと考えているのか否かは明らかではない。

学説では、特に①⁽¹¹¹⁾・④⁽¹¹²⁾に関して「周知」表示の主体に先使用权よりも広範な使用権原を認めるべき場合があることを理由に、エマックス抗弁に一定の妥当性を認める見解もある。しかし④は先使用权の効力の解釈論として議論をすべき問題であり⁽¹¹³⁾、他方現行商標法32条の解釈を超える点（特に⑤の混同防止表示付加請求が認められないこと等）については、商標法32条に明確に定められた文言による商標権者と「周知」表示の主体の利害調整を潜脱することとなる点で不当なものとして評価すべきであろう⁽¹¹⁴⁾。

以上、〔エマックス最判〕によるエマックス抗弁に関する判断については、既に指摘されている通り、先使用权制度の趣旨を損ないかねない点で問題がある。

以上の点に鑑みつつ、〔エマックス最判〕の判示内容と先使用权制度の調和を図るとすれば、商標法4条1項10号の「周知」は商標法32条よりも高い基準での「周知」性が要求されると解したうえで、エマックス抗弁における「特段の事情」を広く解し⁽¹¹⁵⁾、従来型の権利濫用の抗弁において権利濫用に当たらないとの評価を根拠づける事情⁽¹¹⁶⁾に加えて、商標法32条1項の「周知」性以外の要件を満たさないこと・商標権者の商品・役務との混同のおそれがないとはいえないこと（32条2項参照）がそれぞれ含まれるとの理解が考えられる。この理解の下ではエマックス抗弁は、4条1項10号の「周知」まで満たす場合に、先使用权に係る他の要件等に関する主張証明責任を商標権者側に事実上転換するものと位置付けられよう⁽¹¹⁷⁾。

6. おわりに

以上、商標法3条2項、7条の2、4条1項10号、32条における「周知」性につき、その基準・程度を概観しつつ、相互の異同について検討した。

本稿の検討は部分的なものであり、「周知」性について関する多くの問題（浸透度等についての分析、証

(111) 小島喜一郎「判批」判例評論714号（2018年）170頁は、〔エマックス最判〕の権利濫用の枠組みを「妥当性がないとは言えない」と評価する理由の一つとして、日本国内では未使用ながら「周知」に至っている場合にエマックス抗弁が援用可能であることを挙げている。

(112) 今村・前注（4）46頁は、先使用权の効力が「周知」地域に限定されるとの解釈を採用した場合に、他の地域での使用につき過誤により登録を受けた商標権者の独壇場となることは、「本来競争に負けているはずの者が勝っているはずの者を排除する」（清水・前掲注（4）68頁）という観点からすれば、「公正な競争秩序の維持を害するともいえる」と述べている。

(113) 田村・前掲注（3）13頁はエマックス抗弁につき④のように解した場合、先使用权の効力をなんのために「周知」地域に限定するのがわからなくなることを指摘している。今村・前掲注（4）46頁も参照。

(114) 鈴木・前掲注（4）66頁、宮脇・前掲注（4）11頁、愛知・前掲注（4）281頁参照。

(115) エマックス抗弁の「特段の事情」につき、従来型の権利濫用や先使用权の範囲を逸脱しないように運用すべきことについて宮脇・前掲注（4）12頁を参照。愛知・前掲注（4）281頁はその困難性を指摘しつつも、少なくともエマックス抗弁の「要件・効果を先使用权より緩やかに解することは許されない」とする。

(116) 例えば宮脇・前掲注（4）10頁は、登録商標に商標権者の独自の信用が化体されていたこと等の登録後の事情を挙げている。

(117) 以上の解釈は〔エマックス最判〕を前提とした場合のものであり、本来このような証明責任の転換を行うことも商標法32条との関係では妥当なものとはいえない。

拠資料に基づく「周知」性の立証・認定手法) に関しては十分な検討を行えていない。また本稿の分析は、「周知」性の地理的範囲を中心に検討したが、商品・サービスの情報がインターネットを通じて提供・検索されることが多い状況下において、地理的範囲を中心とする基準をどのように解するべきかが課題となるところ、この点についても十分な検討を行えていない。

このように本稿の検討内容は不十分なものであるが、今後の議論の一材料となれば幸いである⁽¹¹⁸⁾。

(118) 本稿は JSPS 科研費 JP15H012928, JP18H05216 による研究成果の一部である。

本稿の脱稿後、田村善之「不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と商標法 4 条 1 項 10 号の『需要者の間に広く認識されている』の意味と除斥期間経過後の無効の抗弁と商標権の濫用の成否：エマックス事件最判の検討」知的財産法政策学研究 52 号 (2018 年) 249 頁以下が公表された。本稿の執筆に際し、田村善之教授より同論文の執筆中の原稿を見せて頂く機会を得た。ここに記し御礼申し上げます。