

# 商標の類否判断主体に関する考察

EU 商標法における平均的需要者との比較を通じて

大阪大学大学院高等司法研究科 教授 茶園 成樹

## 要 約

本稿は、商標の類否を判断する主体に関して考察するものである。

EU 商標法における、我が国商標法の類似に相応する「混同のおそれ」の判断の基準とされるのは、「平均的需要者 (average consumer)」であり、合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重であると解されている。

我が国商標法における商標の類否判断は、一般的に、問題となる商品・役務の需要者が通常有する注意力を基準として行われると解されている。よって、商標の類否判断主体は、通常有する注意力を有する需要者ということになるが、この者が実際に存在する者であるか、あるいは仮想された者であるかは明らかではない。

需要者が異なる注意力を有する複数の層から成る場合、EU 商標法と同様に、商標の類否は注意力が低い需要者層の認識によって判断されるのであり、商品・役務の需要者が専門家だけでなく一般消費者も含む場合、一般消費者の認識に基づいて類否判断が行われる。

## 目 次

1. はじめに
2. EU 法における平均的需要者
  2. 1. 平均的消費者の生成と展開
    - (1) 欧州司法裁判所の裁判例
    - (2) 不公正取引方法指令における平均的消費者
  2. 2. EU 商標法における平均的需要者
    - (1) 平均的需要者の導入
    - (2) 平均的需要者の趣旨
    - (3) 平均的需要者の注意レベルと特定
3. 商標の類否判断主体
  3. 1. 需要者が通常有する注意力
  3. 2. 類否判断主体の実在性・仮想性
4. 類否判断主体の特定

## 1. はじめに

商標の類似は、商標法における重要な－おそらく最も重要な－概念である。特に、商標法 4 条 1 項 11 号は、他人の先願に係る登録商標と同一又は類似の商標であって、その指定商品・役務と同一又は類似の商品・役務について使用するものを不登録事由としている。また、商標の類似により商標権の保護範囲が画されており、37 条 1 号は、指定商品・役務についての登録商標に類似する商標の使用、指定商品・役務に類似する商品・役務についての登録商標と同一又は類似の商標の使用を商標権侵害とみなしている。

そのため、これまで商標が類似かどうかを判断する基準について活発な議論が行われてきたが<sup>(1)</sup>、この判

(1) 近時の論稿として、横山久芳「商標の類否判断の基準と手法 (1,2・完)」民商法雑誌 153 卷 5 号 (2017) 615 頁、6 号 (2018) 929 頁、辻田芳幸「商標の類否判断にかかる基礎的考察」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』(中央経済社、2017) 21 頁。

断基準と密接な関係にある、商標が類似かどうかを判断する主体についてはあまり検討されてこなかったように思われる。そこで、本稿では、商標の類否判断主体に関して、EU商標法における、我が国商標法の類似に相応する「混同のおそれ」の判断の基準とされる「平均的需要者（average consumer）」との比較を通じて、考察することとする。

なお、“consumer”は、「消費者」と訳されることがあり、「消費者」という語は、購入した製品を消費する者だけでなく、再販売等をする者を含む意味で用いられる場合があるが、前者の者のみを指すことが多いように思われる。そこで、“consumer”は、まさに消費者保護に関わる分野では「消費者」と訳するが、商標法の分野では「需要者」と訳することとする。

## 2. EU法における平均的需要者

### 2.1. 平均的消費者の生成と展開

#### (1) 欧州司法裁判所の裁判例

EU商標法において「混同のおそれ」の判断の基準とされる平均的需要者は、表示・広告規制分野における欧洲司法裁判所の裁判例において生み出されたものであった。その代表的な判決が、Gut Springenheide事件判決<sup>(2)</sup>である。この事件では、卵の販売業者であるGut Springenheideがその販売に際して行った「6-Korn – 10 frische Eier」(6つの穀物 – 10個の新鮮な卵)という表示が問題となった。同社によると、雌鶏を飼育するための混合飼料の60%に6種類の穀物が使われていた。ドイツ政府は、当該表示が誤認的であるとしてその削除を命じ、罰金を科した。同社等は訴訟を提起したが、1審・2審ともその請求を棄却した。2審は、当該表示が卵の販売基準に関するEC規則1907/90<sup>(3)</sup>の10条2項e号等に違反するかどうかを検討した。同規定は卵の販売促進のための表示を、それが購入者を誤認させるおそれがないことを条件に許容するものであり、2審は、当該表示が雌鶏に与えられる飼料が6種類の穀物のみから成り、卵は特別なものであると虚偽的に暗示することで、消費者の相当割合を誤認させるおそれがあると述べた。連邦行政裁判所は、上記規定の解釈に関して、欧州司法裁判所に以下の事項を照会した。

「1 規則1907/90の10条2項e号の適用上、販売促進のための表示が購入者を誤認させるおそれがあるかどうかを査定するために、その表示が向けられた消費者の現実の期待（actual expectation）が決定されるべきか、あるいは当該規定は、法的解釈だけが可能な（open only to legal interpretation）、購入者の客観化された考え方（objectified concept）の基準に基づくものであるか。

2 消費者の現実の期待が問題となるのであれば、次の問題が生じる。

- 適切なテストは、情報に通じた（informed）平均的な消費者の見方であるか、あるいは無頓着な（casual）消費者のそれであるか。
- 決定的な（crucial）消費者の期待を証明するのに必要な消費者の部分はパーセンテージとして決定することができるか。

3 法的解釈だけが可能な、購入者の客観化された考え方が正しいテストであるとするならば、この考え方はどのように定められるべきか」。

欧州司法裁判所は、次のように回答し、誤認的な表示であるかどうかを、合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重な平均的消費者（average consumer who is reasonably well-informed and reasonably

(2) Gut Springenheide GmbH & Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung (C-210/96), 16 July 1998, ECLI:EU:C:1998:369, [1998] E.C.R. I -4657, [1999] 1 C.M.L.R. 1383. この判決以前の裁判例については、Stephen Weatherill, Who is the 'Average Consumer'?; in; Stephen Weatherill & Ulf Bernitz (eds.), The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques (2007) 115, 124-128 参照。

(3) Council Regulation (EEC) No 1907/90 of 26 June 1990 on certain marketing standards for eggs, OJ L 173, 6. July 1990, p. 5.

observant and circumspect) を基準として決定するとした。「卵の販売を促進しようとする表示が購入者を誤認させるおそれがあり、卵の一定の販売基準に関する 1990 年 6 月 26 日の規則 1907/90 の 10 条 2 項 e 号に違反するかどうかを決定するために、加盟国裁判所は、合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重な平均的消費者において喚起される期待として想定されるもの (presumed expectation) を考慮しなければならない。しかしながら、共同体法は、加盟国裁判所が、問題となる表示・表現の誤認的性質の査定が特に困難である場合には、その判断の指針として、当該国の国内法が定める条件において、消費者調査又は専門家の報告書に頼る可能性を排除しない」。

その後の裁判例も平均的消費者基準を踏襲した。Estée Lauder 事件判決<sup>(4)</sup>は、表示の誤認性を判断するためには、「合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重な平均的消費者の想定される期待を考慮することが必要である」<sup>(5)</sup>と述べたうえで、「このテストを本件に適用するために、注意すべき事項がいくつかある。特に、社会的、文化的又は言語的ファクターにより、……『リフティング』という語がドイツの消費者に対して他の加盟国の消費者とは異なる意味を有することを正当化されるかどうか……が決定されなければならない」<sup>(6)</sup>として、社会的、文化的又は言語的ファクターが考慮されることを指摘した<sup>(7)</sup>。

## (2) 不公正取引方法指令における平均的消費者

平均的消費者基準は、2005 年に採択された不公正取引方法 (unfair commercial practices) 指令<sup>(8)</sup>に導入された。同指令は、消費者の経済的利益を害する不公正な取引方法に関する加盟国の規制を調和することにより、域内市場を適正に機能させるようにし、高いレベルの消費者保護を達成することを目的とするものであり（1 条）、誤認的取引方法（6 条・7 条）及び攻撃的取引方法（8 条・9 条）を含む、不公正な取引方法を禁止している（5 条）。

不公正取引方法指令 5 条 2 項は、次のように、取引方法が不公正であるかどうかの決定において、平均的消費者が基準となると定めている。「次の取引方法は、不公正である。(a) 職業上の注意義務に反するものであり、かつ、(b) 製品に関して、それが到達し若しくは対象とする平均的消費者の、又は取引方法が特定の消費者集団に向けられている場合には当該集団の平均的構成員の経済的行動を実質的に歪め、又は歪めるおそれがあるものである」。すなわち、基準となる平均的消費者は、一般的な平均的消費者のほか、取引方法が特定の消費者集団に向けられている場合の当該集団の平均的構成員である。後者については、欧州委員会による同指令の解釈・適用に関するガイダンスでは、「取引方法がユニークな製品に関するもので、当該製品が、特定の職業人のような特別で限定された受け手集団に対する販売に向けて流通されている場合」、

(4) Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH (C-220/98), 13 Jan. 2000, ECLI:EU:C:2000:8, [2000] E.C.R. I -117, [2000] 1 C.M.L.R. 515.

(5) para. 27.

(6) para. 29.

(7) その他、Verbraucherschutzverein e.V. v Sektkellerei G.C. Kessler GmbH und Co. (C-303/97), 28 Jan. 1999, ECLI:EU:C:1999:35, [1999] E.C.R. I -513, [1999] 1 C.M.L.R. 756, para. 36; Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v Adolf Darbo AG. (C-465/98), 4 Apr. 2000, ECLI:EU:C:2000:184, [2000] E.C.R. I -2297, para. 20; Criminal Proceedings against Gottfried Linhart and Hans Biffi (C-99/01), 24 Oct. 2002, ECLI:EU:C:2002:618, [2002] E.C.R. I -9375, para. 31; Sterbenz and Haug, Re (C-421 & 426/00 & 16/01), 23 Jan. 2003, ECLI:EU:C:2003:46, [2003] E.C.R. I -1065, para. 43; Douwe Egberts NV v Westrom Pharma NV, FICS-World BVBA (C-239/02), 15 July 2004, ECLI:EU:C:2004:445, [2004] E.C.R. I -7007, [2005] 2 C.M.L.R. 55, para. 46.

(8) Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (Text with EEA relevance), OJ L 149, 11. June 2005, p. 22. 同指令に関する邦語文献として、例えば、鹿野菜穂子「EU における広告規制 – EC 不公正取引方法指令の制定経緯と指令の概要」中田邦博=鹿野菜穂子編『ヨーロッパ消費者法・広告規制法の動向と日本法』(日本評論社、2011) 253 頁、カライスコス・アントニオス『不公正な取引方法と私法理論』(法律文化社、2020) 25 頁以下、本城昇『不公正な消費者取引の規制：米国・EU・韓国の法制を中心に』(日本評論社、2010) 59 頁以下。

「その特定の集団の平均的構成員は、平均的消費者が必ずしも有しないであろう特別な知識や特徴を有しており、それが、取引方法の効果の査定に直接的な影響を与えることがあり得る。一般的な平均的消費者のカテゴリーと区別して、『特定の消費者集団』は、限定的な範囲と均一性をもって、十分に特定できるものでなければならない。特定の集団が特定できない場合には、一般的な平均的消費者を基準として査定されなければならない」と述べられている<sup>(9)</sup>。

平均的消費者は、前文18項に定めるように、「欧州司法裁判所によって解釈されてきた、社会的、文化的及び言語的ファクターを考慮した、合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重な平均的消費者」である。この平均的消費者の立場から取引方法の不公正性が査定されることになるが、「平均的消費者のテストは、統計的なテストではない。加盟国裁判所及び当局は、特定の事案における平均的消费者的典型的な反応を決定するために、欧州司法裁判所の判例法を考慮しつつ、自己の判断権限行使すべきことになる」とされている。

なお、2003年に公表された指令案<sup>(10)</sup>には、5条2項と同一の規定が含まれていた。これに対して、平均的消費者を基準とすることにより、脆弱な（vulnerable）消費者が十分に保護されないと批判がなされ、次のように、取引方法を脆弱な消費者の立場から査定する旨を定める5条3項が設けられた<sup>(11)</sup>。「取引方法が、明確に特定することのできる消費者集団のみの経済的行動を実質的に歪めるおそれがあり、その消費者集団が、精神的若しくは身体的虚弱性、年齢又は軽信さのゆえに当該取引方法又はその対象である製品について特に脆弱であり、それを事業者が合理的に予測することのできる場合には、当該取引方法は、その集団の平均的構成員の立場から査定する。これは、大げさな言説又は言葉通りに受け取られるべきではない言説を用いる一般的かつ適法な広告方法を妨げるものではない」<sup>(12)、(13)</sup>。

## 2.2. EU商標法における平均的需要者

### (1) 平均的需要者の導入

EUにおいては、1988年に加盟国の国内商標法を調和させるための商標指令（以下「旧商標指令」という）<sup>(14)</sup>が採択され、この指令は2015年に改正された<sup>(15)</sup>。また、1993年に共同体全域に効力が及ぶ共同体商標に関する共同体商標規則<sup>(16)</sup>が採択され、この規則は、2015年改正により欧州連合商標に関する欧州連合商標規則<sup>(17)</sup>となった。旧商標指令4条1項b号は、先行商標と類似するために、公衆において混同のおそれがある（there exists a likelihood of confusion on the part of the public）ことを拒絶・無効理由としており、また、5条1

(9) Commission Notice: Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (Text with EEA relevance) (2021/C 526/01), 29 Dec. 2021, OJ C 526, p. 1, 34.

(10) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive), 18 June 2003, COM (2003) 356 final.

(11) Bram B. Duivenvoorde, The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive (2015) 19–20.

(12) 5条3項が定める脆弱な消費者の基準と、5条2項が定める、取引方法が特定の消費者集団に向けられている場合の当該集団の平均的構成員の基準との関係については、Bert Keirsbilck, The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law (2011) 292–293 参照。

(13) なお、ドイツの不正競争防止法においては、不公正取引方法指令と整合させるための改正が行われ、3条4項に同指令5条2項・3項と同様の内容が規定されている。岩本諭『競争法における「脆弱な消費者」の法理：顧客誘引に対する規制と規律の複線化の考察』（成文堂、2019）84頁以下。

(14) First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 40, 11 Feb. 1989, p. 1.

(15) Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (Recast) (Text with EEA relevance), OJ L 336, 23 Dec. 2015, p. 1.

(16) Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, OJ L 11, 14 Jan. 1994, p. 1.

(17) Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (codification) (Text with EEA relevance), OJ L 154, 16 June 2017, p. 1.

項 b 号は、商標権者は、第三者による標章の使用を、当該標章が登録商標と類似するために、公衆において混同のおそれがある場合に禁止することができると規定していた。共同体商標規則 8 条 1 項 b 号・9 条 1 項 b 号も同様であった。そして、現行の商標指令 5 条 1 項 b 号・10 条 2 項 b 号、欧州連合商標規則 8 条 1 項 b 号・9 条 2 項 b 号も同じ内容を定めている。

EU 商標法において平均的需要者を最初に取り入れたのは、Sabel 事件判決<sup>(18)</sup>であった。この事件は旧商標指令 4 条 1 項 b 号に関するものであり、同判決は、次のように述べた。「混同のおそれは、当該事案に関連する全てのファクターを考慮して、包括的に評価されなければならない」<sup>(19)</sup>、「問題となる商標の外観、称呼又は觀念の類似の包括的な評価は、特に識別的で支配的な構成要素に注意して、商標が与える全体的印象に基づくものでなければならない。指令 4 条 1 項 b 号の『公衆において混同のおそれが存在する』との文言は、問題となる商品・役務の平均的需要者の心理における商標の認識が、混同のおそれの包括的な評価において決定的な役割を果たすことを示している。平均的需要者は、通常、商標を全体として認識し、その細部を分析しようとする」<sup>(20)</sup>。

そして、旧商標指令 5 条 1 項 b 号に関する Lloyd 事件<sup>(21)</sup>において、欧州司法裁判所は、Sabel 事件判決と同様に、平均的需要者の認識に基づいて混同のおそれが判断されることを述べたうえで<sup>(22)</sup>、Gut Springenheide 事件判決を引用し、混同のおそれの「包括的な評価において、当該商品の平均的需要者は合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重であるとされる」と説いた<sup>(23)</sup>。ただし、続けて、「しかしながら、平均的需要者は複数の商標を直接的に比較する機会を稀にしか有さず、商標の不完全な記憶に頼らざるを得ないことが考慮されなければならない。また、平均的需要者の注意レベルは、問題となる商品・役務によって変わり得ることにも注意されるべきである」とした<sup>(24)</sup>。

## (2) 平均的需要者の趣旨

表示・広告規制分野において平均的消費者が判断の基準とされたのは、消費者を誤認から保護することと商品の自由な流通を阻害しないようにすることとの調整によるものであった。Estée Lauder 事件において Fennelly 法務官は、「消費者保護の適切な基準は、私の意見では、本裁判所の裁判例において変わることなく述べられている、加盟国間の商品の自由な流通が共同体法の根本であるという論述から出発すべきである。……本裁判所が特に認めるように、……『消費者を誤認させるリスク』に対する保護措置は、『そのリスクが十分に深刻なものでない限り、商品の自由な流通の要請を上回り、貿易への障壁を正当化することができない』。……よって、この指令が認める、消費者を保護する共同体の利益のためには、化粧品の自由な流通を侵害することは、当該利益に役立つのに明らかに必要である限りにおいて許容される」と述べている<sup>(25)</sup>。

EU 商標法において、同様に平均的需要者が判断の基準とされたことについても、Lloyd 事件において

(18) SABEL BV v Puma AG, Rudolf Dassler Sport (C-251/95), 11 Nov. 1997, ECLI:EU:C:1997:528, [1997] E.C.R. I -6191, [1998] 1 C.M.L.R. 445, [1998] E.T.M.R. 1.

(19) para. 22.

(20) para. 23.

(21) Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v Klijzen Handel BV (C-342/97), 22 June 1999, ECLI:EU:C:1999:323, [1999] E.C.R. I -3819, [1999] 2 C.M.L.R. 1343, [1999] E.T.M.R. 690.

(22) para. 25.

(23) para. 26.

(24) para. 26.

(25) Opinion of Advocate General Fennelly, Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH (C-220/98), 16 Sept. 1999, ECLI:EU:C:1999:425, [2000] E.C.R. I -117, [2000] 1 C.M.L.R. 515, para. 24. Jennifer Davis, Locating the Average Consumer: His Judicial Origins, Intellectual Influences and Current Role in European Trade Mark Law, [2005] I.P.Q. 183, 197 参照。また、Mediaprint Zeitung 事件 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH (C-540/08), 9 Nov. 2010, ECLI:EU:C:2010:660, [2010] E.C.R. I -10909, [2011] 1 C.M.L.R. 48) における Trstenjak 法務官の意見も参照。Opinion of Advocate General Trstenjak, 24 Mar. 2010, ECLI:EU:C:2010:161, para. 102.

Jacobs 法務官は、表示が消費者を誤認させるおそれがあるかどうかが問題となった事件において、「本裁判所は、合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重な平均的消費者の想定される期待を考慮した。本件において、同じ基準が適用されると思われる。……過度な保護は、加盟国間の商品・役務の自由な流通に対して不当な制限を課すことにより国内市場の統合を妨害することとなり、この指令の目的を損なうことになる」と述べた<sup>(26)</sup>。

平均的需要者は仮想された者であり、その認識は、規範的に認定されると解されている<sup>(27)</sup>。「平均的」との語は、あるイギリスの裁判例では、数的に中央といったようなことではなく、「その者が典型的であることを意味する」と述べられている<sup>(28)</sup>。このように問題となるのが仮想的な者ないし「法的に構成されたもの（legal construct）」の認識であることにより、個々の事件において統計的な調査を行わなくてもよいことになる<sup>(29)</sup>。しかしながら、行動経済学の知見が示すように、現実の消費者は常に合理的に行動するのではないことから、混同のおそれの判断においては、経験的な証拠を考慮すべきとの考え方が強く主張されている<sup>(30)</sup>。

### (3) 平均的需要者の注意レベルと特定

平均的需要者は、Lloyd 事件判決が述べるように、合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重であり、その注意レベルは、問題となる商品・役務によって変わり得る。注意レベルが高いか低いかは、特に、商品・役務の性質や需要者の知識・経験・購買への関与によって左右される。

一般的に、需要者が専門家であれば、その者は商品・役務についての特別な知識や経験を有していることから、高い注意力を有すると考えられている。ただし、EUIPO (European Union Intellectual Property Office) の審査ガイドラインでは、需要者が一般消費者であっても、必ずしも注意レベルが高くならないわけではなく（例えば、高価な商品や危険性のある商品を購入する場合<sup>(31)</sup>）、また、購入するのが専門家であっても、その購入が日常的に行われるものである場合には、専門家が払う注意力は低いことがあり得るとされている<sup>(32)</sup>。

ところで、商品・役務の需要者が異なる注意レベルを有する複数の層から成る場合、混同のおそれは、低い注意レベルを有し、そのために混同が生じやすい需要者層の認識に基づいて判断される。例えば、問題となる商品・役務が一般消費者と専門家の両方に向けられている場合、一般消費者の認識が考慮されることに

(26) Opinion of Advocate General Jacobs, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v Klijzen Handel BV* (C-342/97), 29 Oct. 1998, ECLI:EU:C:1998:522, [1999] E.C.R. I -3819, [1999] 2 C.M.L.R. 1343, [1999] E.T.M.R. 10, para. 20.

(27) Graeme B. Dinwoodie & Dev S. Gangjee, *The Image of the Consumer in EU Trade Mark Law*, in; Dorota Leczykiewicz & Stephen Weatherill (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law* (2018) 339, 364–369.

(28) Hearst Holdings Inc & Fleischer Studios Inc v AVELA Inc, Poeticgem Ltd, The Partnership (Trading) Ltd, U Wear Ltd & J Fox Ltd, [2014] EWHC 439 (Ch), [2014] E.T.M.R. 34, para. 60.

(29) Davis・前掲注25) at 199.

(30) Jennifer Davis, *Revisiting the Average Consumer: An Uncertain Presence in European Trade Mark Law*, [2015] I.P.Q. 15; Kimberlee Weatherall, *The Consumer as the Empirical Measure of Trade Mark Law*, 80 M.L.R. 57 (2017); Oluwatobiloba Olapeju Olanrewaju & Dorcas Odunaike, *Trade Mark Law: Rethinking the Significance of the Figure of the Average Consumer*, 43 E.I.P.R. 460 (2021); Yang Xiao, *A thousand faces of the average consumer: towards a more empirically grounded approach to the infringement test?*, 17 J.I.P.L.P. 559 (2022). 不公正取引方法指令における平均的消費者に関しては、Rossella Incardona & Cristina Poncibò, *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, 30 J. Consumer Policy 21 (2007) 参照。

(31) 最近の裁判例として、宝飾品に関する、*Pierre Balmain v EUIPO - Story Time (Représentation d'une tête de lion encerclée par des anneaux formant une chaîne)* (T-564/22), 20 Dec. 2023, ECLI:EU:T:2023:851, [2024] E.T.M.R. 11, para. 33.

(32) EUIPO, *Guidelines for Examination*, Part C, Section 2, Chapter 3, 3.

なる<sup>(33)</sup>。

この点に関し、注意を要するのは、問題となる商品が医薬品の場合である。一般用医薬品（OTC [over-the-counter] 医薬品）の需要者は一般消費者であり、混同のおそれは一般消費者の認識に基づいて判断される。他方、最終使用者である患者が薬局で購入するのに医師が作成する処方箋が必要である医療用医薬品については、需要者は医師等の医療専門家と一般消費者である患者の両方であると解されている。例えば、Alcon 事件判決<sup>(34)</sup>は、「医療専門家ののような仲介者（intermediary）が最終使用者による選択に影響を与えたる、決定までもすることから、直ちに、当該需要者における、問題となる商品の出所に関する混同のおそれが排除されることにはならない」、問題となる商品が薬局において最終使用者に販売される場合において、「第一審裁判所は、以下の結論に至ることができた。商品選択が仲介者により影響されたり決定される場合であっても、当該需要者についても混同のおそれが存在する。なぜなら、当該需要者がその商品と相対することが、個々の商品について異なる時に別個の取引において行われるとしても、あり得るからである」と述べた<sup>(35)</sup>。そのため、実際上、混同のおそれは、混同が生じやすい一般消費者の認識に基づいて判断されることになる<sup>(36)</sup>。

もっとも、一般消費者である患者の注意レベルは、一般用医薬品であるか医療用医薬品であるかに関わらず、比較的高いものとなるとされる。例えば、PRAZOL 商標に関する事件において、一般裁判所は、「第 1 に、判例法で述べられているように、医療専門家は、医薬品を処方する際、高度な注意を払う。第 2 に、最終使用者に関して、医薬品が処方箋なしに販売されている場合、その医薬品に関心のある需要者は、その医薬品が自己の健康状態に影響を与えるものであるため、合理的に十分な情報を有し、注意深く慎重であり、そのような製品の異なるバージョンを混同することはないであろう……。さらに、処方箋が必要とされる場合であっても、消費者は、問題となる製品が処方される際、それが医薬品であることを考慮して、高い注意力を示すであろう」と述べている<sup>(37)</sup>。

専門家の使用のために専門家にのみ向けられる医薬品（例えば、眼科手術用無菌溶液）の場合には、混同のおそれは、その専門家の認識のみに基づいて判断される<sup>(38)</sup>。

### 3. 商標の類否判断主体

#### 3. 1. 需要者が通常有する注意力

我が国商標法における商標の類否判断については、学説はほぼ一致して、問題となる商品・役務の需要者

(33) Ergo Versicherungsgruppe AG v OHIM - Société de développement and de recherche industrielle (ERGO) (T-220/09), 15 July 2011, ECLI:EU:T:2011:392, [2011] E.C.R. II -237, para. 21; Esge AG v OHIM - De'Longhi Benelux (KMIX) (T-444/10), 21 Feb. 2013, ECLI:EU:T:2013:89, para. 20; MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt. v OHIM - Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (MOL Blue Card) (T-367/12), 27 June 2013, ECLI:EU:T:2013:336, [2014] E.T.M.R. 2, para. 31; Argo Group International Holdings Ltd v OHIM - Arisa Assurances (ARIS) (T-247/12), 20 May 2014, ECLI:EU:T:2014:258, para. 29; Creaton South-East Europe Kft. v EUIPO - Henkel (CREATHERM) (T-168/20), 24 Mar. 2021, ECLI:EU:T:2021:160, [2021] E.T.M.R. 37, para. 24; Sumol + Compal Marcas v EUIPO - Boiron frères (FRUITOLOGY) (T-523/23), 23 Oct. 2024, ECLI:EU:T:2024:728, para. 58.

(34) Alcon Inc. v OHIM (C-412/05 P), 26 Apr. 2007, ECLI:EU:C:2007:252, [2007] E.C.R. I -3569, [2007] E.T.M.R. 68.

(35) paras. 57–58. Ineos Healthcare Ltd v OHIM - Teva Pharmaceutical Industries (ALPHAREN) (T-222/09), 9 Feb. 2011, ECLI:EU:T:2011:36, [2011] E.C.R. II -183, [2011] E.T.M.R. 24, paras. 42–45 も参照。

(36) EUIPO, Guidelines for Examination, Part C, Section 2, Chapter 3, 2.

(37) Aventis Pharma SA v OHIM - Nycomed (PRAZOL) (T-95/07), 21 Oct. 2008, ECLI:EU:T:2008:455, [2008] E.C.R. II -229, para. 29. Trubion Pharmaceuticals, Inc. v OHIM - Merck (TRUBION) (T-412/08), 15 Dec. 2009, ECLI:EU:T:2009:507, [2009] E.C.R. II -239, para. 28; Novartis AG v OHIM - Sanochemia Pharmazeutika (TOLPOSAN) (T-331/09), 15 Dec. 2010, ECLI:EU:T:2010:520, [2010] E.C.R. II -5967, para. 26; Cadila Healthcare Ltd v OHIM - Novartis (ZYDUS) (T-288/08), 15 Mar. 2012, ECLI:EU:T:2012:124, [2012] E.T.M.R. 60, para. 36; Rovi Pharmaceuticals GmbH v OHIM - Laboratorios Farmaceuticos Rovi (ROVI Pharmaceuticals) (T-97/11), 16 Sept. 2013, ECLI:EU:T:2013:474, para. 40; Olimp Laboratories sp. z o.o. v EUIPO - OmniVision (Hydrovision) (T-817/19), 27 Jan. 2021, ECLI:EU:T:2021:41, [2021] E.T.M.R. 32, para. 40; EUIPO, Guidelines for Examination, Part C, Section 2, Chapter 3, 3.1.4 も参照。

(38) Alcon Inc. v OHIM (C-412/05 P), 26 Apr. 2007, ECLI:EU:C:2007:252, [2007] E.C.R. I -3569, [2007] E.T.M.R. 68, para. 66.

が通常有する注意力を基準として行われると解している<sup>(39)</sup>。裁判例も同様であり、例えば、知財高判令5・2・22裁判所HP参照（令和4年（行ケ）第10095号）（「X」型十字形状事件）は、指定商品を「スニーカー、履物、運動用特殊靴」とし、「X」型の十字が左側に傾いた形で組み合わされた2本の帯の図形からなる出願商標（本願商標）が商標法4条1項11号に該当するとした拒絶審決の取消しが求められた事案において、本願商標と各引用商標の外観の比較として、「商標の類否判断は、対比する両商標を時と所を異にして離隔的に観察する場合に混同を生じるかどうかも考慮して行うべきであり、また、指定商品の需要者が通常有する注意力を基準として判断すべきであるところ、本願商標と各引用商標の各指定商品は、いずれも、履物、運動用特殊靴等という日用品であるから、その需要者は一般消費者であって、取引の際に払われる注意力はさほど高いとはいえないし、本願商標と各引用商標との間における、『X』型の十字の交点から右下に伸びる部分と左上に伸びる部分との比率の差異は、それほど大きなものとはいえない。そうすると、需要者が、上記比率について、本願商標の比率（1:1.7）を記憶し、その上で、時と所を異にして、引用商標1の比率（1:2.3）又は引用商標2の比率（1:1.5）と比較し、それらの違いを認識するとは考え難いというべきである。むしろ、需要者の通常有する注意力を踏まえ、時と所を異にして離隔的に観察される場合には、本願商標と各引用商標は、全体として、輪郭線のほとんどが鋸歯状になった、右下に伸びる帯が左上に伸びる帯より長い『X』型の十字形状といった印象を与え、そのような漠然とした印象によって需要者に記憶されるという点において共通するものと認められる」と述べた<sup>(40)、(41)</sup>。商標審査基準でも、「商標の類否は、商標が使用される指定商品又は指定役務の主たる需要者層（例えば、専門的知識を有するか、年齢、性別等の違い）その他指定商品又は指定役務の取引の実情（例えば、日用品と贅沢品、大衆薬と医療用医薬品などの商品の違い）を考慮し、指定商品又は指定役務の需要者が通常有する注意力を基準として判断する」と定められている。

上記の「X」型十字形状事件判決では、一般消費者の注意力がさほど高くないとされている。類否判断主体に言及する裁判例には同様のことを述べるものが多く、そのような裁判例では、一般消費者が通常有する注意力が商標の類似性が肯定される根拠として用いられている<sup>(42)</sup>。

なお、商標法4条1項15号の「混同を生ずるおそれ」について、最判平12・7・11民集54巻6号1848頁（レール・デュタン事件）は、「『混同を生ずるおそれ』の有無は、当該商標と他人の表示との類似性の程度、他人の表示の周知著名性及び独創性の程度や、当該商標の指定商品等と他人の業務に係る商品等との間の性

(39) 高部眞規子『実務詳説商標関係訴訟』（金融財政事情研究会、第2版、2023）61頁、金井重彦ほか編著『商標法コンメント』（勁草書房、新版、2022）165頁【渕麻依子】、小野昌延=三山峻司『新・商標法概説』（青林書院、第3版、2021）226頁、竹田稔=服部誠『知的財産権訴訟要論（不正競業・商標編）』（発明推進協会、2018）487頁、茶園成樹編『商標法』（有斐閣、第2版、2018）90頁【茶園】、小野昌延=三山峻司編『新・注解商標法【上巻】』（青林書院、2016）366頁【工藤莞司=樋口豊治】、網野誠『商標』（有斐閣、第6版、2002）448頁、矢口俊哉『商標の類否』高部眞規子編著『知的財産権訴訟I』（青林書院、2018）440頁、小田真治「商標権侵害の成否」高部眞規子編『著作権・商標・不競法関係訴訟の実務』（商事法務、第2版、2018）238頁、小田真治「商標の類似」牧野利秋ほか編『知的財産訴訟実務大系II』（青林書院、2014）251頁、荒井章光「商標権侵害訴訟における原告商標と被告標章との類否について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務・第3巻【商標法・不正競争防止法】』（新日本法規出版、2007）77頁。

(40) その他、知財高判令6・12・10裁判所HP参照（令和6年（行ケ）第10066号）（UNITED GOLD事件）、知財高判令6・9・12裁判所HP参照（令和6年（行ケ）第10029号）（マーくん事件）、知財高判令3・8・19裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10030号）（ヒルドソフト事件）、知財高判令3・8・19裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10031号）（HIRUDOSOFT事件）、知財高判平30・12・20裁判所HP参照（平成30年（行ケ）第10085号）（Violet事件）、知財高判平30・9・6裁判所HP参照（平成30年（行ケ）第10035号）（MONTAGNE事件）、知財高判平26・6・11裁判所HP参照（平成25年（行ケ）第10342号）（B MING LIFE STORE事件）、知財高判平19・2・13裁判所HP参照（平成18年（行ケ）第10391号）（safire事件）、知財高判平17・12・20裁判所HP参照（平成17年（行ケ）第10589号）（privateid事件）。

(41) 学説・裁判例には、類否判断主体として、「取引者、需要者」と表現するものが少なくないが、需要者という概念は、最終的な需要者だけでなく、流通過程において取引を行う者も含むのが一般的であり、そのため、取引者は本来的に需要者に当たるであろうから、「取引者」に特に言及する必要性はない。

(42) 知財高判平31・3・12裁判所HP参照（平成30年（行ケ）第10121号）（キリンコーン事件）も参照。

質、用途又は目的における関連性の程度並びに商品等の取引者及び需要者の共通性その他取引の実情などに照らし、当該商標の指定商品等の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準として、総合的に判断されるべきである」と判示した。すなわち、15号の「混同を生ずるおそれ」の判断の基準は、取引者・需要者において普通に払われる注意力とされている。この点について、調査官解説では、「商標類否の判断は、その商標の指定商品の購買者により、その商品が購入される場合において普通に払われる注意力を基準として決められるべきであるとされており、混同のおそれの有無の判断の対象者についても、同様に解すべきであろう」と述べられている<sup>(43)</sup>。実際、平成10年代には、11号該当性を需要者において普通に払われる注意力を基準として判断すると述べる多くの裁判例があった<sup>(44)</sup>。15号に関する裁判例にも、判断主体に注意力がさほど高くない一般消費者が含まれることを同号該当性の根拠として用いるものが少なくない<sup>(45)</sup>。

需要者の通常有する注意力は、一般的に、商品・役務によって異なり得るとされているが<sup>(46)</sup>、この点について明示的に論じた裁判例は、後述する([4]) 医薬品の場合を除き、あまりないようである。

例えば、知財高判平18・11・20裁判所HP参照（平成18年（行ケ）第10233号）（X-Pact事件）は、指定商品を第7類「圧延機、連続鋳造機、その他の金属加工機械器具」、第9類「測定機械器具、電気通信機械器具、電気磁気測定器、電子応用機械器具及びその部品」とする出願商標についての拒絶審決の取消請求を認容したもので、次のように述べた。「圧延機、連続鋳造機」は、「その名称からして、製鉄工場等に設置される大規模な機械装置であって、取引者・需要者は製鉄業等の専門的知識を有する少数の者であり、実際の購入に当たっては、機械の性能やメーカーの信用等についての慎重な検討が行われることが、容易に推認される。そうすると、……本願商標と引用商標とは外観において相違することや、称呼の類似の程度もさして高くはないことに照らし、取引者・需要者において、出所の混同が生じる可能性は著しく低いというべきである」、「もっとも、『その他の金属加工機械器具』として動力付き手持工具等を、『電子応用機械器具』としてパーソナルコンピュータ等をそれぞれ想定した場合には、これらは一般の消費者も手にする商品であるから、取引に際して払われる注意力等は、『圧延機、連続鋳造機』等の取引におけるものよりは相対的に低いと推認されるが、これらの商品も日用品とは異なるから、……本願商標と引用商標との相違に照らして、取引者・需要者において出所の混同が生じる可能性は低いというべきである」。

他方、知財高判平27・2・26裁判所HP参照（平成26年（行ケ）第10217号）（Le Verger事件）は、原告が有する登録商標（本件商標）についての無効審決を支持し、「原告は、その主力商品であるタルトの需要者としては、ある特定の趣向と注意力と選別眼を持った消費者を想定すべきであり、このような需要者であれば、本件商標が引用商標と同一又は類似の商品又は役務に用いられたとしても、商品又は役務の出所に

(43) 高部眞規子〔判解〕法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成12年度（下）』（法曹会、2003）665頁。

(44) 知財高判平19・6・27裁判所HP参照（平成18年（行ケ）第10543号）（POUT事件）、知財高判平19・3・12裁判所HP参照（平成18年（行ケ）第10497号）（MAGICALSHOESOURCE事件）、知財高判平18・2・16裁判所HP参照（平成17年（行ケ）第10618号）（SANYO SHINPAN GROUP事件）、知財高判平17・9・14裁判所HP参照（平成17年（行ケ）第10245号）（POLO GOLF事件）、知財高判平17・5・30判時1909号66頁（POLO JEANS事件）、東京高判平16・2・25裁判所HP参照（平成15年（行ケ）第371号）（ボロ图形事件）、東京高判平13・10・24裁判所HP参照（平成13年（行ケ）第174号）（犬のシルエット图形事件）。また、侵害事件であるが、東京高判平16・3・8裁判所HP参照（平成15年（ネ）第5786号）（Labrador事件）、東京地判平14・7・31判時1812号133頁（犬の图形事件）、横浜地判平13・9・26裁判所HP参照（平成11年（ワ）第4055号）（真葛事件）。また、東京高判平15・4・23裁判所HP参照（平成14年（行ケ）第455号）（ティーバック事件）は、「称呼の類否は、このような同一又は類似の商品の一般的な取引者・需要者の平均的な注意力を基準として、経験則により判断」されると述べている。

(45) 知財高判令4・1・27裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10092号）（hihachi事件）、知財高判平29・12・25裁判所HP参照（平成29年（行ケ）第10080号）（雄牛图形事件）、知財高判平29・11・14裁判所HP参照（平成29年（行ケ）第10109号）（MEN'S CLUB事件）、知財高判平29・10・24判時1448号118頁（豊岡柳事件）、知財高判平29・9・13裁判所HP参照（平成28年（行ケ）第10262号）（スポーツ用品图形事件）、知財高判平27・10・29判時2284号111頁（養命茶事件）、知財高判平25・3・28裁判所HP参照（平成24年（行ケ）第10404号）（BOLONIAJAPAN事件）。なお、知財高判令3・10・6裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10032号）（ヒルドプレミアム事件）。

(46) 例えば、高部・前掲注39) 61頁。

つき誤認混同を生じさせるおそれはない旨主張する」、「しかしながら、タルトは洋菓子の一種として一般的なものであるといえ、その需要者として、一般の消費者とは異なる者を想定すべきであるとは直ちにはいえない。また、本件商標の指定商品及び指定役務は、……タルトを含む菓子に限らず、野菜、果実、清涼飲料といった商品、これら的小売又は卸売の業務において行われる顧客への便益の提供、飲食物の提供等の種々の商品及び役務を対象とするものであるから、本件商標と引用商標との類否判断に当たって想定すべき需要者として、『タルト』に特化した趣向を有する消費者を想定すべきであるとはいえない」と述べた。この判決が述べるように、本件商標の指定商品・役務<sup>(47)</sup>によれば、「タルト」に特化した傾向を有する消費者を需要者とすべきではなく、また、仮に指定商品が「タルト」であったとしても、需要者が通常有する注意力は一般消費者のそれと変わらないものとなろう<sup>(48)</sup>。

また、一般の需要者の語学知識に基づき、英語以外の外国語の称呼・観念を認めなかつた裁判例がいくつかある<sup>(49)</sup>。

### 3.2. 類否判断主体の実在性・仮想性

上述したように、商標の類否判断は、一般的に、問題となる商品・役務の需要者が通常有する注意力に基づいて行われると解されており、よって、類否判断主体は、通常有する注意力を備えた需要者ということになる。この者を「通常需要者」と呼ぶこととすると、通常需要者は、実際に存在する者であろうか、あるいは仮想された者であろうか。前者であるとすると、現実に存在する需要者は一様でなく、警戒心の強い者から無分別な者まで存在するのであるから、通常需要者は、それらの者の中から－例えば中間に位置する者が－選び出されることとなる。

後者であるとすると、通常需要者となるのは、商標の類否を判断するのが適切と考えられる者であり、例えばEU商標法における平均的需要者のように、合理的に十分な情報を有し、合理的に注意深く慎重な需要者であろう。これとは異なり、軽率な需要者が類否判断主体となれば、商標の類似が広範に認められるようになって、商品・役務の流通が過度に阻害されるという問題が生じるおそれがある。そのため、我が国商標法にとってEU商標法における加盟国間の商品・役務の自由な流通のような要請は存在しないが、これと同様に商品・役務の円滑な流通を確保するために、合理的な購買決定をする者を判断主体とすべきであると思われる。

この点に関連して、前述したように、裁判例には、一般消費者の注意力がさほど高くないことを述べるものが多い。もっとも、これは、通常需要者が仮想された者である場合に限らず、実在する者である場合であっても、軽率な者を基準として類否判断が行われることを意味するものではなく、類否判断主体としての一般消費者の注意レベルが高くないという事実を指摘するにすぎないものであろう。

### 4. 類否判断主体の特定

我が国商標法においても、EU商標法と同様に、需要者が異なる注意力を有する複数の層から成る場合、商標の類否は、注意力が低い需要者層の認識によって判断されるのであり、商品・役務の需要者が専門家だ

(47) 本件商標の指定商品・役務は、第31類「野菜、果実」、第32類「清涼飲料、果実飲料、飲料用野菜ジュース、乳清飲料」、第35類「菓子及びパンの小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供、清涼飲料及び果実飲料の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供、加工食料品の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供、野菜及び果実の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供、飲食料品の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供、茶・コーヒー及びココアの小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供」、第43類「菓子及び果実を主とする飲食物の提供、その他の飲食物の提供」であった。

(48) 東京高判平13・10・24裁判所HP参照（平成13年（行ケ）第174号）（犬のシルエット图形事件）も参照。

(49) 東京地判平30・2・8裁判所HP参照（平成28年（ワ）第38082号）（アロマグラント事件）、知財高判平26・8・7裁判所HP参照（平成25年（行ケ）第10298号）（MAGGIE事件）、東京地判平25・11・28裁判所HP参照（平成24年（ワ）第16372号）（RAFFINE事件）、東京高判平10・5・28民集54巻6号1885頁（レール・デュタン事件1審）。

けでなく一般消費者も含む場合、一般消費者の認識に基づいて類否判断が行われる<sup>(50)</sup>。一方の需要者層の認識によれば類似と判断される場合、他方の需要者層の認識では非類似とされても、それによって類似性を否定することから生じる弊害が解消されるわけではないから、前者の需要者層の認識に基づいて類似性を肯定すべきである。

ここでの需要者層とは、需要者としての共通性を客観的に認識することのできる集団であり、ある需要者層に属するが、その層における通常有する注意力よりも低い注意力を有する者の集団は含まれない。そのような集団それ自体が需要者層に当たるとすると、類否判断主体を定める意味は失われてしまい、類否判断に関する予測可能性は損なわれることとなるからである。前に紹介したように、EUの不公正取引方法指令は、脆弱な消費者の保護を定めているが、商品・役務が脆弱な者に向けられている場合には、その脆弱な者が需要者層となり、その者が通常有する注意力によって類否判断が行われることとなるのであり、その一方、脆弱な者が一般消費者の一部にすぎないのであれば、脆弱な者は、弱者保護を目的としない商標法では考慮外に置かれることとなる<sup>(51)</sup>。

医薬品の需要者については、EU商標法における平均的需要者と同様に、一般用医薬品の場合は、一般消費者であり<sup>(52)</sup>、医療用医薬品の場合は、医師等の医療専門家と一般消費者である患者の両方であると解されている<sup>(53)、(54)</sup>。

(50) 知財高判平26・3・5裁判所HP参照（平成25年（行ケ）第10261号）（けやき事件）。

(51) 金子敏哉「商標法における需要者・取引者」廣瀬久和先生古稀記念『人間の尊厳と法の役割－民法・消費者法を超えて』（信山社、2018）592頁は、一般的・平均的とはいえない需要者の存在を問題として、「取引者・需要者によりその能力・経験故に商標に対する認識が大きく異なる場合、一般的・平均的な取引者・需要者を特定して判断することよりも、各取引者・需要者層（実際に個々の主体を把握することは不可能であり、ある程度類型化された形となる）に与える影響、その規模や市場における流通において果たす役割に鑑み、どの程度の取引者・需要者にとって出所の混同を生ずるか（あるいは類似のものと観念されるか）という観点から議論をしていくことがより望ましいと思われる」と述べている。このような議論によって具体的にどのような結果が予想されるかは不明であるが、私見では、本文で述べたように、需要者層として客観的に認識されない需要者の集団は類否判断において考慮されるべきではない。

(52) 東京地判令6・1・17裁判所HP参照（令和4年（ワ）第16062号）（仙脩事件）。

(53) 裁判例として、後述するPITAVA商標に関するもののほか、知財高判令3・9・21裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10028号）（ヒルドマイルド事件）、知財高判令3・9・21裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10029号）（HIRUDOMILD事件）、知財高判令3・8・19裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10030号）（ヒルドソフト事件）、知財高判令3・8・19裁判所HP参照（令和3年（行ケ）第10031号）（HIRUDOSOFT事件）。また、4条1項15号に関する裁判例であるが、東京高判平17・2・24裁判所HP参照（平成16年（行ケ）第256号）（メバスロリン事件）は、「なお、本件商標に係る商品のような医療用医薬品の取引者・需要者に患者が含まれるかについて、争いがあるので、付言する。確かに、本件商標及び引用商標に係る薬剤は、医師あるいは歯科医師が患者の症状により処方する医療用医薬品ではあるが、その最終需要者は患者であり、とりわけ、高脂血症用薬剤は長期間反復して服用され、患者が服用している医薬品の名前を医師から知らされていることが多いと考えられることに照らすと、高脂血症患者も、本件商標に係る商品の取引者・需要者に含まれるというべきである」と述べた。東京高判平17・2・24裁判所HP参照（平成16年（行ケ）第341号）（メバラチオン事件）、東京高判平16・11・25裁判所HP参照（平成16年（行ケ）第129号）（メバロカット事件）も参照。

(54) 不正競争防止法2条1項1号に関する裁判例であるが、気管支喘息用の医療用医薬品の形態が問題となった、知財高判令5・10・4裁判所HP参照（令和5年（ネ）第10012号）（シムビコート事件2審）は、「不競法2条1項1号にいう主たる『需要者』は医師及び薬剤師であり、患者は『需要者』に含まれるもの、従たる需要者の立場にすぎない」と述べた。これは、患者の購買決定が自立的にではなく、医師や薬剤師のいわば管理下で行われることを勘案したものである。不正競争防止法2条1項1号の「混同」の判断主体と商標の類否判断主体の異同はともかく、商標の類否判断主体の問題として考えるならば、患者は需要者に含まれ、医師や薬剤師による管理は取引の実情として類否判断において考慮されることになる。また、不正競争防止法2条1項1号に関する、胃炎胃潰瘍治療薬「セルベックスカプセル50ML」のカプセル・PTPシートの色彩構成が問題となった裁判例については、足立勝「医療用医薬品における不正競争防止法2条1項1号の適用について」高林龍先生古稀記念論文集『知的財産法学の新たな地平』（日本評論社、2022）215～218頁参照。

ところで、宮脇正晴「不正競争防止法2条1項1号における『混同』の判断手法」L&T102号（2024）29頁は、東京地判平30・12・26裁判所HP参照（平成30年（ワ）第13381号）（携帯用ディスパーザブル低圧持続吸引器事件1審）や東京地判令4・12・20判時2586号92頁（シムビコート事件1審）が、医療従事者の注意力が高いという事情に基づいて混同を否定したことを批判し、「混同の判断において想定すべき需要者の注意力（慎重さ）については、高度なものを見るべきではなく、一般的な成人の注意力を求めるべきであろう」と主張している。仮にこれらの事件が商標権侵害に関するものであり、非類似との結論が妥当でなく、類否判断主体を医療従事者から一般的な成人に変更すべきとの意見であったとすると、検討すべき問題は類否判断基準それ自体あるいはその当該事件への当てはめであって、それとは関係のない類否判断主体の変更是適切ではないであろう。

後者の裁判例として、知財高判平27・9・9裁判所HP参照（平成26年（ネ）第10137号）（PITAVA〔小林化工〕事件）は、指定商品を薬剤とする、登録商標「PITAVA」（本件商標）を有するXが、Yがピタバスタチンカルシウムを有効成分とし、「ピタバ」標章（Y標章）を付した商品（Y商品）を販売する行為が商標権侵害であるとして差止めを請求した事案において、「Y商品は、いずれも医療用医薬品であるから、医師、薬剤師等の医療従事者がその取引者・需要者に当たることは明らかである」、「次に、患者について検討すると、Y商品は処方箋医薬品に指定されているから、患者は、原則として、医師等の処方に基づいてその供給を受けることになるものの、Y商品の購入者（エンドユーザー）であり、また、患者が医師に処方薬の希望を伝えたり、患者の選択に基づいて薬剤師がY商品を調剤したりすることもないわけではない……。また、錠剤に付されている刻印や印刷は、薬剤の誤使用を避ける目的でされているところ、いかなる薬剤であるかを最後に確認するのは、それを服用しようとしている患者自身であることに鑑みれば、患者もまたY商品の取引者・需要者であるとして検討するのが相当である」と述べた。

ところで、同判決は、次のように、26条1項2号の適用を認めて、Xの請求を棄却した。「Y標章は、本件商標権の指定商品である『ピタバスタチンカルシウムを含有する薬剤』の有効成分の一般的名称の略称である『ピタバ』を、普通に用いられる方法で表示しているものにすぎず、この点は、医療従事者において明確に認識されているものと認められる」、「Y標章は、取引者・需要者的一部である患者がこれをY商品の有効成分の略称であると認識する可能性がそれ程高くないとしても、Y商品が医師の処方箋に基づいて患者へ譲渡されるものであり、その処方箋取引において重要な役割を果たしている医師、薬剤師などの医療従事者において、これが本件商標の指定商品の薬剤の有効成分の略称として表示されていることが明確に認識されている以上、客観的にみればこれを本件商標の指定商品の品質、原材料を普通に用いられる方法で表示する商標と認めるのが相当である」。

商標権侵害事件において、注意力が低い需要者層の認識によれば類似と判断される場合、その層にとっては26条1項各号に掲げる商標に当たらなければ、類似商標の使用を許容すべき理由はないから、注意力が高い需要者層にとっては同号が適用されるとても、侵害を肯定すべきである。そのため、上記事件において、患者にとって26条1項2号所定の商標に当たらないのであれば、同号の適用を認めるべきではなかった。もっとも、上記判決が、患者がY標章を「Y商品の有効成分の略称であると認識する可能性がそれ程高くない」と述べているのは、患者がY商品の有効成分に関する十分な知識を有していないことを指摘しているにすぎず、Y商品の取引態様等を含めて検討した結果、患者にとっても26条1項2号所定の商標に該当することを認めているのであろう。医薬品は患者の健康に影響を及ぼすものであるから、EU法と同様に、患者の注意力は医療専門家ほどではないにしても、低いものではなく、そのことも加味すれば、26条1項2号の適用を認めたことは不適切とはならないと思われる<sup>(55)</sup>。

(55) 同様の行為が問題となった事件において、知財高判平27・6・8裁判所HP参照（平成26年（ネ）第10128号）（PITAVA〔ニプロ〕事件）、知財高判平27・7・16裁判所HP参照（平成26年（ネ）第10098号）（PITAVA〔Meiji Seika ファルマ〕事件）、知財高判平27・8・27裁判所HP参照（平成26年（ネ）第10129号）（PITAVA〔沢井製薬〕事件）、知財高判平27・10・21裁判所HP参照（平成27年（ネ）第10074号）（PITAVA〔テバ製薬〕事件）は、医療従事者及び患者のいずれにおいても、26条1項2号・6号所定の商標に当たると判断した。