

商品・役務の類似

立命館大学 教授 宮脇 正晴

要 約

本稿は、商標法における「商品・役務の類似」概念の意義と判断基準を検討するものである。まず、最高裁判例の示す基本的な判断枠組みや特許庁の審査基準を確認する。次に下級審判例を分析し、上記判断枠組みの下でどのような判断が行われているかや、商標の類似性との関連について整理する。また、商品・役務の類否判断手法に関する学説も整理する。

その上で本稿は、商品・役務の類似の範囲について、これを商標の発展助成に最低限必要な範囲に留めるべきであるとの立場に立脚し、商品・役務の類否判断にあたっては、具体的な商標を想定すべきでないことを主張する。また、この判断においては、市場の一般的な状況を考慮して、商品・役務が密接に関連するケースに限定して類似性を認めるべきことも主張する。これらの検討の成果に基づいて、近時の裁判例についても評価する。

目 次

1. はじめに
 - 1.1. 商品・役務の類似概念の我が国商標法への導入
 - 1.2. 商品・役務の類似概念の特徴
2. 議論状況等
 - 2.1. 最高裁判決
 - 2.2. 審査基準
 - 2.3. 下級審
 - (1) 取引実情の考慮
 - (2) 商標の類否との関係
 - 2.4. 学説
3. 検討
 - 3.1. 商品・役務の類似概念の意義と仮想商標のあり方
 - 3.2. 問題となる混同概念と判断手法

1. はじめに

1.1. 商品・役務の類似概念の我が国商標法への導入

我が国商標法に「類似商品」の概念が導入されたのは、大正 10 年商標法においてである。より具体的には、登録阻却について定める規定（現行商標法の 4 条 1 項 10 号や 11 号に相当する規定など）のほか、刑事罰の規定において類似の商品への使用行為が対象とされた。その背景としては、経済発展により社会状況が変化し、商標法上の商品の同一性について、すべての点において同一であることを要しない旨判示する大審院判例⁽¹⁾

(1) 大判大 5・11・17 民抄録 68 巻 15391 頁（国立国会図書館デジタルコレクション <<https://dl.ndl.go.jp/pid/2627892>>（2025 年 7 月 24 日確認））。同判決は、登録商標の指定商品「インク及びインク壺」が先願登録商標の指定商品「墨汁及び墨汁壺」と同一であるとしている。なお、同判決については、櫻井孝「『大審院判決抄録』に採録された産業財産権法関連の判例」特許研究 69 号 89 頁（2020 年）にも言及がある。

が登場するに至った等の事情があるようである⁽²⁾。

1.2. 商品・役務の類似概念の特徴

産業財産の特定方法としては、大別して言語によるものと画像等の知覚できる要素によるものの2通りがある。発明や考案は言語で特定され、その効力範囲は同一又は均等の範囲にまで及ぶ。言語による特定の場合、その特定の内容次第で「同一」の範囲が大きく異なりうる。すなわち、言語による特定には幅があるため、「類似」概念を設けずとも発明や考案の保護は十分に達成されるということであろう。これに対し、言語以外の知覚可能要素（典型的には、画像）による特定は、多くの場合、幅がないか著しく狭いため、「類似」概念が必要となるのであろう。

商標法上の商品・役務については言語で特定されるものであるため、同一の範囲に幅があるといえるが、さらにその類似の範囲にまで商標権の効力が及ぶ。意匠法上の物品についても言語で特定され、その類似の範囲にまで意匠権の効力が及ぶという点では、商標法上の商品・役務と同じであるが、意匠法上の物品の類似が「意匠の類似」の要件の中の問題であるのに対し、商標法上の商品・役務の類似は「商標の類似」とは別に扱われるという点では異なっている。

2. 議論状況等

2.1. 最高裁判決

まず最高裁判決から確認しておきたい。最判昭 36・6・27 民集 15 卷 6 号 1730 頁〔橘正宗〕は、大正 10 年商標法 2 条 9 号（現行商標法の 4 条 1 項 11 号に相当する規定）における商品の類似性について、「商品自体が取引上誤認混同の虞があるかどうかにより判定すべきものではなく、それらの商品が通常同一営業主により製造又は販売されている等の事情により、それらの商品に同一又は類似の商標を使用するときは同一営業主の製造又は販売にかかる商品と誤認される虞があると認められる関係にある場合には、たとえ、商品自体が互に誤認混同を生ずる虞がないものであつても、それらの商標は……類似の商品にあたると解するのが相当である」と判示し、出願商標の指定商品（「酒類及びその模造品（但し、焼酎を除く。）」）と引用商標の指定商品（「焼酎」）との類似性を肯定している。この判決は、商品・役務の類似に関して、今日において繰り返し引用されている最も基本的な判決といえる。この判決は、最高裁として、商品類似が出所混同を基準に判断されるべきことを初めて示したものであるが、従来の大審院判例⁽³⁾の趣旨や学説⁽⁴⁾を踏まえたものとされている⁽⁵⁾。

その後の最判昭 39・6・16 民集 18 卷 5 号 774 頁〔PEACOCK〕は、「商標の本質は、商品の出所の同一性を表彰することにもあるもの、と解するのが相当である」と述べた上で、「指定商品の類否を判定するにあつては、……商品の品質、形状、用途が同一であるかどうかを基準とするだけではなく、さらに、その用途において密接な関連を有するかどうかとか、同一の店舗で販売されるのが通常であるかどうかというような取引の実情をも考慮すべき」と判示し、出願商標の指定商品（「万年筆、鉛筆……」）と引用商標の指定商品（「墨汁」）との類似性を肯定した。これらの判決により、商品の類否は「同一営業主の製造又は販売にか

(2) 兼子一＝ 染野義信『特許・商標』（青林書院新社、1964 年）382 頁（国立国会図書館デジタルコレクション <<https://dl.ndl.go.jp/pid/3017804>>（2026 年 1 月 14 日確認））。大正 10 年商標法の立法過程においては、「類似」商品概念を導入する趣旨として、従来の「同一」概念が不明瞭であったことから、「同一又は類似」の商品とすることによって商標保護の及ぶ範囲を明確化する旨が説明されている（第 44 回帝国議会衆議院本会議（大正 10 年 3 月 5 日）における島田俊雄（商標法改正法律案委員長）の報告（衆議院議事速記録第 22 号（官報号外 大正 10 年 3 月 6 日）520-521 頁 <<https://teikokugikai-i.ndl.go.jp/simple/dispPDF?minId=004413242X02219210305>>（2026 年 1 月 14 日確認））参照）。

(3) 大判昭 12・4・8 民集 16 卷 455 頁（出願商標の指定商品「小麦粉」と麴の類似性を肯定）など。

(4) 三宅発士郎『日本商標法』（巖松堂書店、1931 年）187 頁（国立国会図書館デジタルコレクション <<https://dl.ndl.go.jp/pid/1176573>>（2026 年 1 月 14 日確認））など。

(5) 渡部吉隆「判解」最判解説民事昭和 36 年度 254 頁。

かる商品と誤認される虞があると認められる関係」にあるかどうかにつき、取引の実情を考慮して判断すべきであるということが示されたものといえる。また、その判断にあたっては、「通常」の取引態様が重視されるべきことも示唆されているように思われる。

侵害事件における商品・役務の類否に関する判例として、最判昭 38・10・4 民集 17 卷 9 号 1155 頁〔サンヨー〕が挙げられる。同判決は、次のように述べて、登録商標の指定商品（「各種タイヤ一切」）と被告標章使用商品（自転車及びその部分品）との類似性を肯定した原判決を破棄し、差戻しを命じている。「商品の類似するかどうかは、場合々々に応じて判断せられるべき問題であつて、類似商品に対する禁止権をあまりに広く認めることは、商標権者を保護するのあまり、他の者の営業に関する自由な活動を不当に制限する虞がないとはいえない。本件のように、タイヤを指定商品とする商標と類似する商標を完成品たる自転車に使用したからといって、直ちに、自転車とタイヤとその出所について誤認混同を生ずる虞があるとは考えられない。要するに、二つの商品が用途において密接な関係があり、同一店舗において同一需要者に販売されるということだけで、両者を類似商品として被上告人の請求を全面的に容認した原判決は首肯することができない。また、自転車の部分品中タイヤについては、被上告人の商標と類似する商標を上告人が使用することができないのはいうまでもないが、自転車の部品中には、他にもタイヤと類似商品とすべきものもあるであろうし、そうでないものもあるであろう。さらに、自転車そのものをタイヤの類似商品とするについては、詳細な説明を必要とするのであつて、この点に関する原判決は、理由として十分でないものがあるといわざるを得ない」。

本判決で最高裁は「各種タイヤ一切」と「自転車及びその部分品」が非類似であると述べているわけではなく、原判決が「部分品」を具体的に特定することなく抽象的に判断していることや、自転車とタイヤについての取引実情について十分に検討していないことについて、類似性を肯定する根拠として十分でない指摘しているに過ぎない。商品の類似性の判断の効果（他者の営業活動の制限）の重大性に鑑みて、具体的な取引実情の検討が不十分なままに類似性を肯定することを戒める趣旨と思われる。

2.2. 審査基準

前掲最判昭 36・6・27〔橘正宗〕が出される以前から、特許庁においては商品の類否については取引実情を踏まえて総合的に判断されるべきとの考えが浸透しており、このような考えの下、それまで内部資料であった「類似商品例集」に大幅な改訂を加えたものを昭和 28 年 4 月に作成・公表している。その後、商標法の全面的な改正を契機に、「類似商品例集」の内容を拡充し、「類似商品審査基準」と改称したものを昭和 35 年 4 月に作成・公表し、その後度重なる改訂を経て、今日の「類似商品・役務審査基準」の作成・公表に至っている⁽⁶⁾。

類似商品・役務審査基準は、特許庁として類似関係にあると推定する商品又は役務をグルーピングし、各グループに検索のための特定のコードを付与したものである。その前提となっているのは、同じく特許庁が作成・公表している「商標審査基準」（改訂第 16 版）⁽⁷⁾における、商標法 4 条 1 項 11 号の下での商品・役務の類否判断の一般的な基準である。この基準においては、前掲最判昭 36・6・27〔橘正宗〕が踏襲されており、考慮要素としては、商品の類否に関しては①生産部門が一致するかどうか、②販売部門が一致するかどうか、③原材料及び品質が一致するかどうか、④用途が一致するかどうか、⑤需要者の範囲が一致するかどうか及び⑥完成品と部品との関係にあるかどうか、役務の類否に関しては①提供の手段、目的又は場所が一致するかどうか、②提供に関連する物品が一致するかどうか、③需要者の範囲が一致するかどうか、④業種が同

(6) 以上の経緯につき、『「類似商品・役務審査基準」作成の趣旨』

<https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/ruiji_kijun/document/ruiji_kijun12-2025/info03.pdf> (2026 年 1 月 14 日確認) 参照。

(7) <<https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun/index.html>> (2026 年 1 月 14 日確認)

じかどうか、⑤当該役務に関する業務や事業者を規制する法律が同じかどうか、及び⑥同一の事業者が提供するものであるかどうか、商品役務間の類否に関しては、①商品の製造・販売と役務の提供が同一事業者によって行われているのが一般的であるかどうか、②商品と役務の用途が一致するかどうか、③商品の販売場所と役務の提供場所が一致するかどうか及び④需要者の範囲が一致するかどうか、がそれぞれ掲げられている。

これらの考慮要素は後述のとおり裁判例においても考慮されているものであり、これに基づき作成された「類似商品・役務審査基準」は、商標の類否に比して裁判例がそれほど多くない商品・役務の類否に関して、予見可能性の向上に大いに資するものであろう⁽⁸⁾。ただし、「類似商品・役務審査基準」はあくまで作成時点の取引実情を前提としたものであり、商品・役務の類似の範囲は、その後の取引の実情に応じて変化しうるものである⁽⁹⁾ことに留意が必要である。後述のように、類似商品・役務審査基準とは異なる判断がなされた裁判例がいくつか存在するが、そのような結論となる主な原因は、基準作成時点以降の取引実情の変化であると考えられる。

2.3. 下級審

(1) 取引実情の考慮

(i) 概要

上記最高裁判決で示された一般的な類否判断基準や、特許庁の審査基準に示されているような考慮要素については、下級審判決において定着しているといえる。商品の類似について比較的詳細に述べた判決として、東京地判平 15・12・10 平成 14 (ワ) 15521 [WATEC] (侵害事件) がある。同判決は、商品の類似性につき、「商標法が、商標登録制度を設け、商標権者に登録商標を、指定商品又は指定役務に独占的に使用する権能を付与したのは、第三者が当該登録商標と同一又は類似の商標を使用することによって生ずる商品ないし役務の出所の混同を防止するためであることに鑑みると、対象となる商品が指定商品に類似しているか否かは、問題となる商品の製造業者、販売店ないし販売場所、需要者、用途等を総合考慮し、これらの商品に同一又は類似の商標が使用された場合に生ずる混同の虞があるか否かによって判断すべきである」と述べている。同判決は、このような一般論の下で、被告商品（監視用 CCD カメラ）が登録商標の指定商品「写真機械器具」に類似するか否かにつき検討し、両商品が用途、製造業者及び需要者を異にし、販売経路も異なることなどを理由に、非類似であると結論している。辞書的な意味では「監視用 CCD カメラ」は「写真機械器具」の一種といえ、その意味では監視用 CCD カメラは登録商標の指定商品に含まれる商品といえるが、判決は「写真機械器具」の通常取引態様を認定した上で、上記のような判断に至っている。

また、東京地判平 31・2・22 平成 29 (ワ) 15776 [moto 一審] (侵害事件) は、次のような取引実情の考慮の下、登録商標の指定商品（「腕時計」）と被告標章使用商品（スマートウォッチ）の類似性を肯定している。すなわち、スマートウォッチの市場には時計メーカーも参入しており、腕時計とスマートウォッチでは製造業者が共通していること、スマートウォッチと腕時計は同一のウェブサイトや売り場で一緒に販売されていることも少なくないこと、及びスマートウォッチの主たる用途・使途は時計として使用することにあること、といった事情である。この判決は、（被疑）侵害時点における具体的な取引実情を考慮し、通常取引

(8) 商標法 4 条 1 項 11 号における商品・役務の類否について判断した裁判例について、概して類似群コードと整合的な判断がなされていると指摘するものとして、山田朋彦「商標の類否に関する近年の裁判例について ―商標法 4 条 1 項 11 号を中心に―」パテント 78 巻 11 号 25 頁（2025 年）。なお、指定商品・役務が商標法施行規則別表に定められた商品・役務の名称を意味するものと解される場合には、当該商品・役務の意義については、「商標法施行令別表の区分に付された名称、商標法施行規則別表において当該区分に属するものとされた商品又は役務の内容や性質、国際分類を構成する類似表注釈において示された商品又は役務についての説明、類似商品・役務審査基準における類似群の同一性などを参酌して解釈」される（最判平 23・12・20 民集 65 巻 9 号 3568 頁 [ARIKA]）。

(9) 最判昭 42・5・2 民集 21 巻 4 号 834 頁 [玉乃光]。

引態様において出所の混同が生ずるかを判断したものと評価できる。

登録場面（商標法4条1項11号が問題となる場面）に関する裁判例で、取引実情について詳細に検討して商品の類否を判断したものとして、知財高判平28・2・17平成27（行ケ）10134〔デュアルスキャン〕がある。同判決は、登録商標の指定商品（第9類「脂肪計付き体重計」）と引用商標の指定商品（第10類「体脂肪測定器」）について、後者が医療器具に属し、前者はそうでないことを認めつつも、以下のような取引実情から、類似性を肯定した。すなわち、家庭用の体重計の需要者である一般消費者が医療用の体組成計や体重計も入手可能な状況となっていたといえること、医療用の体組成計、体重計は、医療現場での利用に限定されず、学校やフィットネスクラブ、企業等でも利用されること、及び被告の医療用の体組成計の販売シェアも小さくないから、これらの需要者は、家庭等で被告の家庭用の体組成計を目にするだけでなく、学校やフィットネスクラブ等で被告の医療用の体組成計を目にする機会もあることが推認されること、などといった事情である。

このほか、原告登録商標の指定商品「薬剤」と、被告商品の健康補助食品につき、健康食品が、薬剤と同様の機能を持つ商品として宣伝され、ドラッグストア等において多数販売されていること及び製薬会社が（直接又は関連会社を通じて）健康補助食品の製造販売に進出していることから、類似性を肯定した大阪地判平18・4・18判時1959号121頁〔サンヨーデルー審〕や、出願商標の指定商品「コンピュータソフトウェア」⁽¹⁰⁾と引用商標の指定商品「半導体チップ、半導体素子」につき、「①いずれも電子の作用を応用したものであり……その用途及び機能において密接な関連を有するものであること、②両商品を生産している事業者が相当数存在すること、③様々な商品を取り扱っている総合ショッピングサイトや家電量販店だけでなく、半導体素子等を含む電子部品を専門に扱う相当数の販売店においても、両商品が販売されていること、④両商品の需要者は、一般の個人需要者や電子機器等の製造メーカーにおいて共通する場合があることなどの事情に照らすと、両商品の原材料及び品質が異なること、完成品と部品の関係にないことなどを考慮したとしても」両者は類似するとした、知財高判平29・11・14平成29（行ケ）10132〔UNIFI〕などがある⁽¹¹⁾。

（ii）近時の裁判例

近時の例をいくつか見ていくと、まず、知財高判令5・1・31令和4（行ケ）10090〔Heaven〕においては、出願商標の指定役務（「ホストクラブにおける飲食物の提供又はこれに関する助言・相談若しくは情報の提供」）と引用商標の指定役務（「インドカレー・インド料理の提供」）の類否が問題となった。裁判所は、類似性を肯定するにあたり、次のように述べている。「本願商標の指定役務と引用商標の指定役務とは、飲食物を提供するという点で共通し、当該役務に関する業務や事業者を規制する法律も共通し、役務を提供する業種、役務の提供の手段、目的又は場所、役務の提供に関連する物品、需要者等の範囲が共通し、かつ、同一の事業者が提供する場合もあるから、これらを総合的に考慮すると、本願商標の指定役務と引用商標の指定役務に同一又は類似の商標が使用されたときには、同一営業主の提供に係る役務と誤認されるおそれがあるといえる」。また、同判決は、「提供の……場所」に関する事情として、「ホストクラブで、インド料理店

(10) より正確には、「クロマトグラフィー及び質量分析の分野において用いられる理化学装置の制御用コンピュータソフトウェア、データの収集・分析・管理・保存・転送及びデータの状況監視・レポート作成・法規制との適合性を図る理化学装置制御用コンピュータソフトウェア、その他のコンピュータソフトウェア」であった。

(11) 本文で挙げた裁判例のほか、出願商標の指定商品「レーザー照射型混入異物検査装置」の属する「異物検査機（異物検出機）」と引用商標の指定商品に含まれる「牛乳殺菌機」の属する「殺菌機」について、「①製造業者の一部が食品の製造・加工用の機械メーカーであることにおいて共通していること、②両商品を販売する会社もあること、③いずれも食品の製造・加工メーカーにおいて使用されていること」などから類似性を肯定した、知財高判平21・6・25判時2054号124頁〔LaserEye〕や、侵害事件において、「ジャム等の加工食品の取引の実情として、製造・販売と小売等役務の提供が同一事業者によって行われているのが通常であるとまでは認めることができない」との事情を考慮して、被告の商標が使用されたジャムと登録商標の指定役務「加工食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」とが非類似であると判断した、東京地判平30・2・14平成29（ワ）123〔ジョイファーム〕がある。

勤務の経験もあるシェフが料理を提供している事例があり……、また、ホストクラブのオープン前の時間帯にカフェを営業する事例もある……」との認定もしている。

知財高判令 6・11・11 令和 6（行ケ）10028 [AWG 治療] は、商標法 4 条 1 項 11 号の判断のメルクマールである「同一事業者」に系列会社も含まれるなどとして、登録商標の指定役務「医療用機械器具の貸与」と引用商標の指定商品「医療用機械器具」について、上記の意味での「同一事業者」によって医療用機械器具の貸与と医療用機械器具の製造販売がなされている例が多数見られ、これらの用途は共通し、販売場所と提供場所は同一である場合が多く、需要者の範囲は実質的に重なっているということができるとして類似性を肯定している。この判決は知財高裁第 4 部（宮坂裁判長）の判決であるが、第 2 部（清水裁判長）の判決である知財高判令 7・7・24 令和 7（行ケ）10005 [WATERS] においても、「同一の営業主による取引の実情」の検討にあたり、親子会社又は経営上密接な関係にある同一の企業グループに属する会社も「同一の営業主」に含まれうるとした上で、出願商標の指定商品「分析機械器具用ソフトウェア」、「データ分析用ソフトウェア」と引用指定商品「水道管理用プログラム」について、これらの需要者が共通し、ソフトウェアの事業者によって製造、販売、開発されている等の事情から、これらは同一・類似であるとされている。

知財高判令 7・12・1 令和 6（行ケ）10056 [ゴミサー] は、登録商標の指定役務「生ゴミ処理機の貸与」と引用商標の指定商品「生ゴミ処理機」について、「生ゴミ処理機」と同じ第 7 類に属する「建設機械」の分野において、その製造業者又はその関連会社が販売とともに貸与を行っていること、事務機器等商品を取り扱う会社で、会社の目的に商品の販売と貸与の両方を挙げる会社が複数存在すること、及び双方の需要者が多くの部分で共通することなどの事情から、類似性を肯定している。

（2）商標の類否との関係

上記最高裁判決の基準によれば、商品・役務の類否は「同一又は類似の商標」が使用された場合に混同が生ずるかを問題とするものであるが、その具体的な内容については議論がある。この点につき詳細に述べた判決として、知財高判平 19・9・26 平成 19（行ケ）10042 [腸能力] がある。同判決は、「指定商品が相互に類似するか否かを判断するに当たっては、それぞれの商品の性質、用途、形状、原材料、生産過程、販売過程及び需要者の範囲など取引の実情、さらに、仮に、同号にいう『類似する商標』が、両商品に使用されたと想定した場合、これに接する取引者、需要者が、商品の出所について誤認混同を来すおそれがないか否かの観点を含めた一切の事情を総合考慮した結果を基準とすべきである。（なお、今日の取引社会にあっては、需要者、取引者は、商標によって、出所の同一性を識別判断するのが通常であるから、仮に両商品に『同一の商標』（同号にいう『他人の登録商標』）が付されれば、たとえ商品の種類・性質等が大きく異なっていたとしても、通常は両商品の出所が同一であるか又は関連性を有すると誤認するおそれが存在することとなり、指定商品の類似の範囲は際限なく拡大し、不合理な結果を招くものといえる。したがって、商品に使用した場合に商品の出所について混同を来さないか否かを判断する際に想定する仮想的な商標（同号にいう『類似する商標』）に『同一の商標』を含めて、機械的形式的に判断するのは、必ずしも適切でないというべきである。）」と述べている。商品・役務の類否判断にあたり考慮する商標に「同一の商標」が含まれることを疑問視する趣旨のものであるように思われる。ただし、ここで念頭に置かれている「商標」は、現に問題となっている商標ではなく、仮想的な商標であり、商標の類否とは別個独立に商品・役務の類似性が判断されることは前提とされているものと思われる。

商品・役務の類否が商標の類否とは別個独立に判断されるべきものであることを明示する判決として、前掲知財高判平 28・2・17 [デュアルスキャン] がある。同判決は、「誤認混同のおそれの判断は、商標の類似性と商品の類似性の両方が要素となり、これらの要素を総合的に考慮して行うことを示すものであるが、商品の類似性は、商標の類似性とは独立した要素であり、登録に係る商標や引用商標の具体的な構成を離れて、判断すべきである」と述べている。

2.4. 学説

商品・役務の類否判断が、商品・役務の出所の混同のおそれがあるかという観点からなされるべきということについては、今日では学説上異論はないものと思われる。ここで問題となる「混同」には広義の混同は含まれないとの見解が通説と思われる⁽¹²⁾。

商標の類似と商品・役務の類似の関係については、通説的見解⁽¹³⁾は、これらを独立に判断すべきとする立場（商品・役務の類否判断にあたって具体的な商標を考慮しない立場）である。その理由として、第三者のサーチの便宜等から、商品・役務の類似性は定型的に定まっている方がよいことなどが挙げられている。

これに対し、具体的な商標を考慮すべきとの説⁽¹⁴⁾もある。この説は、具体的な混同のおそれを追求するものといえる。この説によれば、商品・役務の類似の範囲は、現に登録商標が獲得している信用次第で変化するということになる。

3. 検討

3.1. 商品・役務の類似概念の意義と仮想商標のあり方

商品・役務の類似概念は、商標権の効力（他人の使用排除及び後願排除）が及ぶ市場の範囲を限定するための概念といえる。第三者の予見可能性を確保する必要性や、未使用段階でも権利行使が可能であることなどを考えると、効力の及ぶ範囲は商標の発展助成に最低限必要な範囲に留めつつ、当該商標を使用する主体の信用の大きさに応じた保護範囲の拡張は不正競争防止法によって実現すべきであろう。したがって、具体的な使用商標を想定して商品・役務の類否判断を行うのではなく、仮想的な商標（以下、「仮想商標」とする）を想定して行うべきであり、この点については通説や裁判例の立場が妥当である。

そのような仮想商標、すなわち、商品・役務の類否判断にあたって想定すべき「同一又は類似の商標」（前掲最判昭36・6・27〔橘正宗〕）とは、どのような概念であるべきであろうか。一般に、商標の近似度が低いと混同のおそれは弱まると考えられるから、同一商標を前提とする場合よりも、類似商標を前提とする場合の方が商品・役務の類似範囲は理論上、狭くなる。前掲知財高判平19・9・26〔腸能力〕は、このような考えを前提に、仮想商標を類似商標と置くことで保護範囲を限定しようとする趣旨であると思われる。このような問題意識については理解できる一方で、同判決が述べていること（これ自体そもそも傍論であろう）が、仮想商標から同一商標を一律に除外する趣旨のものとも受け止め難く、仮に仮想商標を同一商標と類似商標のいずれとするか、あるいは両方とするかを事案ごとに検討する趣旨とすれば、そのような問題が争点化すること自体、予見可能性の点で問題があるように思われる。

そもそも商標の類似要件とは別に商品・役務の類似要件が設けられており、これら各要件を独立に判断するのであれば、同一商標を前提としないと混同のおそれが肯定できないような範囲に商品・役務の類似性を認めることは、実際に使用されているのが類似商標であってもその範囲に商標権の効力を及ぼすことができることを意味することになるから、発展助成に必要な限度を超えるものと思われる。このような観点からは、

(12) ただし、商品・役務の類似については狭義の混同が問題となるとしつつ、商標類似については広義の混同も含まれるとの見解（渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ〔第2版〕』（有斐閣、2008年）464-466頁、横山久芳「商標の類否判断の基準と手法（1）」民商153巻5号6頁（2017年））がある。

(13) 田村善之『商標法概説〔第2版〕』（弘文堂、2000年）139-140頁、網野誠『商標〔第6版〕』（有斐閣、2002年）602頁など。

(14) 島並良「登録商標権の物的保護範囲（2・完）」法協114巻8号959頁（1997年）〔侵害場面を想定〕、西村雅子『商標法講義〔第2版〕』（発明推進協会、2024年）214頁、駒田泰士『仮想空間における知的財産の保護に関する研究—商標・意匠を中心として—』（知的財産研究所、2024年）49-50頁
<https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/sangyo_zaisan_houkoku/2024_01.pdf>。なお、平澤卓人「VR・ARにおける商標の保護」田村善之先生還暦記念『知的財産法政策学の旅』（弘文堂、2023年）132-133頁は、仮想空間上の仮想商品と登録商標の指定商品（現実世界の商品）との類否に関して、商標権者の具体的な商標を想定することなく、現実世界における登録商標の指定商品と同一の仮想商品については一律に類似範囲に含めるという解決を志向している。

同一商標と類似商標のいずれが使用されたとしても出所の混同が生ずる範囲に商品・役務の類似の範囲を留めるべきであろう。そうすると、結論としては、類似商標を想定して判断すべきこととなる。類似商標が使用された場合に、出所の混同が生ずるのであれば、同一商標が使用された場合にも混同が生ずると一般的にいえるからである。判例が「商品に同一又は類似の商標を使用するときは」と述べているのは、あえて類似商標についても言及することで、同一商標と類似商標のいずれが使用されたとしても混同が生ずる範囲に保護範囲を限定する趣旨であると解される⁽¹⁵⁾。

もっとも、類似商標を想定するといっても、その類似の程度や識別力などの細部まで想定するべきではない。既に述べたとおり、仮想商標をどのような商標とするかが争点化すること自体、望ましくないからである。詳細な仮想商標を想定せずとも、同一商標の使用を前提として初めて混同のおそれが肯定されるような範囲に商品・役務の類似性を認めるべきでないということさえ踏まえられていれば十分であると考ええる。保護範囲の（適切な）限定は、仮想商標を詳細に想定することではなく、次に述べるとおり、混同の範囲を限定することで達成すべきである。

3.2. 問題となる混同概念と判断手法

既に見たとおり、商品・役務の類否で問題とすべき混同は、狭義の混同とされている。狭義の混同と広義の混同との差異は、前者が出所の同一性に関する誤信であり、後者が出所間の関係性についての誤信であるところにある。後者に関しては、特定の使用主体を想定しないことにはその範囲を画定することが困難であることから、これが商品・役務の類否で問題とされるべきでないのはそのとおりである。他方で、狭義の混同のおそれがあるといえるような状況であれば常に類似性が肯定されるべきとも思われない。今日の社会において、狭義の混同が生じうる範囲も相当広いからである。

例えば、「大手ファッションブランドが飲食業に進出した」ことが大々的に報じられると、一般消費者の認識としては、（上記大手ブランドとは無関係の）ファッションブランドの商標が飲食店に付されていると出所を混同するようになるかもしれない。特定の使用主体を想定することなく、需要者の一般的認識のみを問題として混同を判断するにしてもこの例のようなことは生じうるが、だからといって衣服やアクセサリー等の指定商品と飲食物の提供役務とを類似であるとするのは、発展助成に必要な範囲を明らかに超えている。そもそも、「出所」概念自体が曖昧であり、出所が同一なのか（狭義）、出所間に関係があるか（広義）の境界もまた曖昧であるため、狭義の混同に限定するというだけでは、保護範囲を適切に限定することは難しいように思われる。

上記の例が示唆するのは、例外的な1社の状況であっても、需要者の認識に強く影響を与えるということは考えられるということであるが、だからといってそのような事情を考慮してしまうと、発展助成に最低限必要な範囲に保護範囲を留めることが困難になる。もちろん、混同のおそれを基準とする以上、需要者の認識は当然に問題となるが、混同のおそれの判断にあたっては需要者の認識に影響するあらゆる事情を考慮するのではなく、市場の多くの事業者にあてはまる状況のみを考慮し、例外的な事業者の行動に由来するような事情は捨象するべきであろう⁽¹⁶⁾。このように考えることで、商品・役務に密接な関連性があるものに類

(15) 肥田正法「『商標の類似』と『出所の混同』との関係」パテント 66 巻 8 号 90 頁（2013 年）は、判例上、商標の類否が「同一又は類似の商品」に使用された場合の混同のおそれを基準とし（最判昭 43・2・27 民集 22 巻 2 号 399 頁 [氷山印]）、商品・役務の類否が「同一又は類似の商標」が使用された場合の混同のおそれを基準としていることをもって、「循環定義」であると批判している。駒田・前掲注 14・49-50 頁は、商標の類似性と商品・役務の類似性、がそれぞれ別個に判断されるという前提を維持するとこのような問題が生ずると指摘しているが、本稿のように解するのであれば商標の類似性要件と商品・役務の類似性要件を別個の要件であると解しつつも、「循環定義」に陥ることはないように思われる。

(16) このような、考慮要素を限定して混同を判断するという発想は、不競法や商標法における混同の判断のあり方についての筆者の主張（宮脇正晴「混同の判断のための考慮要素」日本工業所有権法学会年報 48 号 25 頁（2025 年）など）に共通して存在するものである。

似の範囲を限定できることになる。前掲最判昭 36・6・27〔橘正宗〕は、「同一メーカーで清酒と焼酎との製造免許を受けているものが多い」という、この判決当時の市場の多くの事業者にあてはまる状況を前提として、引用商標の指定商品に密接に関連する商品を類似であると判断しているのであるから、筆者の上記主張はこの判例とも整合的である。

以上のような観点から実務を評価すると、まず審査基準に関しては、市場における一般的な取引状況を問題とするものといえ、妥当なものと考えられる。近時の裁判例に関しては、前掲知財高判令 5・1・31〔Heaven〕については、「ホストクラブで、インド料理店勤務の経験もあるシェフが料理を提供している事例があり……、また、ホストクラブのオープン前の時間帯にカフェを営業する事例もある……」といった、一般的な取引状況とは言い難い事情を考慮している点で問題があるように思われる。

前掲知財高判令 6・11・11〔AWG 治療〕及び知財高判令 7・7・24〔WATERS〕については一般的な取引状況を考慮しているものと思われる。なお、これらの判決において「同一事業者」の範囲に系列会社や親子会社といった、同一グループ内の企業が含まれる旨明示されているが、同一ブランドの下に事業展開されている場合には需要者にとっての出所は同一といってよいであろうから、このような扱いは妥当であると思われる。

前掲知財高判令 7・12・1〔ゴミサー〕に関しては、問題となっている生ゴミ処理機の分野ではなく、建設機械や事務機器の分野の取引実情を考慮している点に疑問がある。建設機械の分野について考慮する理由として、生ゴミ処理機が同じ第 7 類に分類されている以上の説明を判決はしていないが、生ゴミ処理機の製造をしている業者と建設機械の製造業者が一致することが多いなどの事情が認められるのであれば格別、そうでないのであれば異なっている市場の状況を考慮することは正当化できないように思われる。事務機器に至っては商品分類も異なっており、このような例をもって商品と当該商品の貸与役務の類似性が肯定されるのであれば、商品について商標権を取得すれば、その商品の貸与役務についてまで常に類似範囲に含まれることとなり、発展助成に必要な限度を超えるように思われる。本件においては、生ゴミ処理機の製造業者の多くが生ゴミ処理機貸与役務を行っていることを直接示すような証拠がなかったのではないと思われるが、そうであれば類似性を否定すべきであったと思われる⁽¹⁷⁾。

(17) 仮に問題の登録商標が不正目的で出願されたというような事情があるのであれば、別途 4 条 1 項 7 号などの問題とすべきであろう。