

一般名称を用いた商標-Elemis事件判決を中心とする 考察-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2015-10-01 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 夏井, 高人 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/17623

《応募論文（2014年度）》

一般名称を用いた商標—Elemis 事件判決を中心とする考察

夏井 高人*

Trade Marks based on Common Name —Study on Elemis Case and Similar Cases—

Takato NATSUI

【目次】

- 1 はじめに一問題の所在
- 2 Elemis 事件
 - 2.1 事案の概要
 - 2.2 争点
 - 2.3 知財高裁の判断
- 3 植物としての Elemi または Elemis の意義
 - 3.1 植物の通名としての Elemis
 - 3.2 カンラン科 (*Burseraceae*) の植物と乳香
 - 3.3 まとめ
- 4 立証責任
 - 4.1 商標権における立証責任
 - 4.2 商標法 3 条 1 項柱書の要件
 - 4.3 商標法 3 条 1 項各号及び同法 4 条 1 項各号に規定する個別の要件
 - 4.4 商標法 46 条 1 項 1 号に規定する要件
 - 4.5 商標法 50 条 2 項に規定する要件
 - 4.6 審決取消訴訟における立証
- 5 学説・判例を踏まえた考察
 - 5.1 商標法 3 条 1 項 3 号
 - 5.2 商標法 4 条 1 項 16 号
 - 5.3 関連する裁判事例

* 法学部教授

5.4 裁判事例の考察

5.5 Elemis 事件に即した検討

6 結語

1 はじめに一問題の所在

商標法3条1項は、「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、次に掲げる商標を除き、商標登録を受けることができる」と規定し、商標登録を受けることのできない場合として次のように定めている¹。

- ① その商品又は役務の普通名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標（同項1号）
- ② その商品又は役務について慣用されている商標（同項2号）
- ③ その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状（包装の形状を含む。）、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、数量、態様、価格若しくは提供の方法若しくは時期を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標（同項3号）
- ④ ありふれた氏又は名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標（同項4号）
- ⑤ 極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標（同項5号）
- ⑥ 前各号に掲げるもののほか、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ない商標（同項6号）

ただし、③、④または⑤に該当する場合であっても、「使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる」（同条2項）。

同条の規定により商標登録を受けることのできない場合の中には、他の商標との同一性識別が不可能である場合だけではなく、一般名称であるため権利保護の範囲が広がり過ぎる場合や商標としての識別力に欠ける場合が含まれる。それゆえ、現実の使用という要素の作用により例外的に識別力が生ずる場合には商標権が認められることになる（同条2項）。

加えて、商標法4条1項は、同法3条によって商標登録が認められる場合であってもなお商標登録が認められない場合について、概略次のように定めている。

1 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第19版）』1272～1280頁、特許庁商標課編『商標審査基準（改訂第10版）』（発明推進協会、2012）1～61頁、小野昌延編『注解商標法』（青林書院、1994）、97～259頁、小野昌延・三山峻司『新・商標法概説（第2版）』（青林書院、2013）104～175頁、茶園成樹編『商標法』（有斐閣、2014）39～73頁

- ① 国旗、菊花紋章、勲章、褒章又は外国の国旗と同一又は類似の商標（同項1号）
- ② パリ条約の同盟国、世界貿易機関の加盟国又は商標法条約の締約国の、国の紋章その他の記章であって、経済産業大臣が指定するものと同一又は類似の商標（同項2号）
- ③ 国際連合その他の国際機関を表示する標章であって経済産業大臣が指定するものと同一又は類似の商標（同項3号）
- ④ 赤十字の標章及び名称等の使用の制限に関する法律第1条の標章若しくは名称又は武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律第158条第1項の特殊標章と同一又は類似の商標（同項4号）
- ⑤ 日本国又はパリ条約の同盟国、世界貿易機関の加盟国若しくは商標法条約の締約国の政府又は地方公共団体の監督用又は証明用の印章又は記号のうち経済産業大臣が指定するものと同一又は類似の標章を有する商標であって、その印章又は記号が用いられている商品又は役務と同一又は類似の商品又は役務について使用をするもの（同項5号）
- ⑥ 国若しくは地方公共団体若しくはこれらの機関、公益に関する団体であって営利を目的としないもの又は公益に関する事業であって営利を目的としないものを表示する標章であって著名なものと同じ又は類似の商標（同項6号）
- ⑦ 公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標（同項7号）
- ⑧ 他人の肖像又は他人の氏名若しくは名称若しくは著名な雅号、芸名若しくは筆名若しくはこれらの著名な略称を含む商標（同項8号）
- ⑨ 政府若しくは地方公共団体が開設する博覧会若しくは政府等以外の者が開設する博覧会であって特許庁長官の定める基準に適合するもの又は外国でその政府等若しくはその許可を受けた者が開設する国際的な博覧会の賞と同じ又は類似の標章を有する商標（同項9号）
- ⑩ 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又はこれに類似する商標であって、その商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの（同項10号）
- ⑪ 当該商標登録出願の日前の商標登録出願に係る他人の登録商標又はこれに類似する商標であって、その商標登録に係る指定商品若しくは指定役務（第6条第1項の規定により指定した商品又は役務）又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの（同項11号）
- ⑫ 他人の登録防護標章（防護標章登録を受けている標章）と同一の商標であって、その防護標章登録に係る指定商品又は指定役務について使用をするもの（同項12号）
- ⑬ 種苗法第18条第1項の規定による品種登録を受けた品種の名称と同じ又は類似の商標であって、その品種の種苗又はこれに類似する商品若しくは役務について使用をするもの（同項14号）
- ⑭ 他人の業務に係る商品又は役務と混同を生ずるおそれがある商標（同項15号）

- ⑮ 商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれがある商標（同項16号）
- ⑯ 日本国のおどろ酒若しくは蒸留酒の産地のうち特許庁長官が指定するものを表示する標章又は世界貿易機関の加盟国のおどろ酒若しくは蒸留酒の産地を表示する標章のうち当該加盟国において当該産地以外の地域を産地とするおどろ酒若しくは蒸留酒について使用をすることが禁止されているものを有する商標であって、当該産地以外の地域を産地とするおどろ酒又は蒸留酒について使用をするもの（同項17号）
- ⑰ 商品又は商品の包装の形状であって、その商品又は商品の包装の機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなる商標（同項18号）
- ⑱ 他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であって、不正の目的（不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的）をもって使用をするもの（同項19号）

一般論としてはこのように説明できるわけだが、現実の法適用となるとかなり難しい問題が発生することがある。例えば、植物の名前をそのまま標章とする場合がそれに該当する。

一般に、植物の名前には植物分類学上の学名と通名がある²。日本国で用いられる日本語の名称である和名（Japanese common name）は通名に該当する。和名中には学術上の識別基準となる名称としての標準和名とそれ以外の通名（通称）とがある。なお、学名にも通名にも異名同種のものがあり、これを異名または別名（Synonym）という。

植物の学名（Latin name、scientific name）は、学術上の知識を記述する共通用語（公共財の一種である情報財）として万人が自由に使用可能なものでなければならないという本質を有する。そのため、少なくとも何らかの意味で植物の種及びその構成要素（抽出物である化学物質等を含む。）と関連する商品・役務区分の領域においては、特定の者による学名の独占権的な使用を認めることができないと解する（商標法4条1項4号、7号）。

また、商標法4条1項14号は、「種苗法（平成10年法律第83号）第18条第1項の規定による品種登録を受けた品種の名称と同一又は類似の商標であって、その品種の種苗又はこれに類似する商品若しくは役務について使用をするもの」については、商標登録を受けることができないと規定している。

2 例えば、ラン科シンビジウム属の多年草シュンラン（*Cymbidium goeringii* (Reichenbach f.) Reichenbach f.）の「シュンラン」は日本国における標準和名であり、「*Cymbidium goeringii* (Reichenbach f.) Reichenbach f.」は国際的に承認された学名である。この学名は、「*Cymbidium goeringii* (Rchb. f.) Rchb. f.」と命名者を省略形で示すのが一般的である。シュンランの日本国における通名としては「ホクロ」や「ジジババ」などが知られている。ただし、通名を用いた植物の同一性識別（識別力）については慎重な検討を要する場合がある。この点については、夏井高人「保久利（ホクリ）—伝統的な有用植物の特定と法的課題」法律論叢87巻4・5号掲載予定で詳論した。なお、栽培植物の命名に関する国際的な合意に関しては、大場秀章『国際栽培植物命名規約（第7版）』（Abot, 2008）が詳しい。遺伝子組換え植物との関連では、夏井高人「青色花の薔薇か薔薇咲きの堇草か」法律論叢86巻4・5号141～187頁で詳論したとおりである。学名のもつ一般的な識別力に関しては、夏井高人「植物の同一性識別の誤りによる特許制度上の問題点とデータベースによる解決方法」法とコンピュータ27号33～43頁で論じた。植物ではなく動物に関してではあるが、通名のもつ識別力については「狸貉事件判決再考」法律論叢85巻2・3号327～385頁で論じた。

植物の登録品種名は、通名とは異なる。このことから、一般に、商標登録出願等において問題となり得る植物の名前は、いわゆる通名（common name）であることが多いと考えられる³。

植物の通名は、非常に特殊な例外的な場合を除き、それ自体として、一般名称を用いた標章またはありふれた標章の一種であることが明らかである。しかし、個々具体的な事例については、当該通名の周知性の範囲・程度に大幅な差異がある。そのことは、商標法3条または4条の解釈・適用との関連でも一般名称または普通名称と認定し得るかどうかの判断に影響を及ぼすものであるし、また、仮に商標登録を認めた場合の当該商品・役務区分の領域内における経済的・社会的な影響や波及効果を測定する上でも影響を及ぼし得るものである。

このような諸点を考慮に入れた上で、商標法の関連各条項の立法趣旨と関係付けられた実質的な観点から、植物の通名を用いた標章に関し、標章としての識別力の有無及びそのような標章を用いた商標としての許容性の有無に関する検討・判断をすることが必要となる⁴。

以上のような植物の名前（通名）を標章とし、植物の通名がもつ一般名称としての属性と関連する法的課題を含む事案の最近の裁判事例として、知財高裁平成20年（行ケ）第10023号審決取消請求事件平成20年7月3日判決・裁判所サイト⁵（以下「Elemis 事件判決」という。）がある。

一般に、事業者の普通の心情または欲望の問題としては、よく知られた一般名称または普通名称であるからこそ、その独占的な使用を法的にも確実なものとし、当該一般名称を用いたビジネスにおける排他的・独占的な地位を確保したいと望むことがむしろ自然であるとも考えられる。

また、一般に、人間の欲望の存在それ自体を悪と解する宗教上・道徳上・倫理上・習俗上の立場はあり得る。しかし、法学における考察に際してはそのような見解に基づく価値判断を一応捨象し、人間の欲望それ自体については是とした上で（日本国憲法13条、29条）、その欲望を実現するための財産権としての保護の適否及び許容範囲等について考究しなければならない⁶。

3 商標登録出願の放棄、撤回、取下げ、形式的な理由による却下等があるため、実際にどれだけの数の事案が存在するかを確定する方法はない。

4 参考となる論文として、田村善之「普通名称と記述的表示—独占適応性欠如型アプローチと出所識別力欠如型アプローチの相克—」知的財産法政策学研究37巻151～193頁がある。

5 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/586/036586_hanrei.pdf [2014年10月12日確認]

6 一般に、ある特定の者の欲望を実現することは、自動的に他の者の基本的人権を侵害する結果となることがあり得る。例えば、1名の人間が生存可能な分量の酸素しか存在しない狭い空間に2名の人間が閉じ込められてしまったという事例を考えると、一方の者の生存権（日本国憲法11条、13条、30条）を無条件で肯定すると、他方の者の生存権は自動的に否定されることになる（古典的な「カルネアデスの板」の事例の応用）。商業活動も同じであり、ある一定範囲の有限の需要しか存在しない地理的範囲内にある場所において、複数の事業者により同種の商品・サービスの供給が競合すると、必然的な結果として、競争が発生する。この場合、当該場所における需要の最大量が1つの事業者の存続を確保する程度のものでしかないとすれば、特定の1つの事業者の営業の自由（商業上の生存権）のみを全面的に承認すると、結果的に、他の競合する事業者の商業上の生存権は否定されることとなる。このような場合において、たまたま1人の人間または1つの事業者が生き残った結果として他の人間または事業者が死滅したことについて、それを違法性阻却事由の一種である緊急避難（*in extremis*）に該当し、違法行為とはならないと解釈するのが通説的見解である。ただし、これらの設例において、平等を絶対条件とする場合には別の考慮が必要となる。すなわち、平等を絶対条件とする場合、いずれの設例においても、当該環境においては複数の人間または事業者が物理的に生存できないという客観的な状態にあったことになるので、当初から誰にも生存権は成立しないという解釈が可能となる。換言すると、生存権は、それが物理的・客観的に存在し維持可能な環境条件が存在する場合にのみ成立する権利であり、それが存在・維持できない場合には、原始的不能の一種としてそもそも生存権が存在しない。そして、

そして、社会的な許容範囲内にある場合には適正な範囲内での法的保護を与えるべきである。しかし、商標法及び関連諸法の立法趣旨から許容範囲外にあると判定される場合、特定の事業者の商業上の適正な利益確保の範囲を超えて、特定の事業者のみに対して特定の名称の独占的使用を認めることは、公正・公平な社会秩序の維持や公益性の観点から否定されなければならない⁷。

本論文は、主として *Elemis* 事件判決を主たる検討対象としている。しかし、本論文は、同判決の判例評釈ではない。植物の同一性識別上の一般的な課題を意識しつつ、一般名称である植物の通名を商標登録出願することの適否及び関連する幾つかの法的課題について検討した結果を明らかにし、今後の知的財産及び情報財の法的保護と関連する法学研究及び法律実務に寄与すること、これが本論文の目的である⁸。

客観的には誰も生存できない状況においては、違法性阻却を考察するまでもなく、そもそも生存権のない者に対する生存権侵害はあり得ないという意味で、侵害行為にならないという解釈が可能である。企業間での競争に関するいわゆる新自由主義の経済理論に基づく競争観ないし競争それ自体の適法性の観念は、生存権についてのこのような前提にたつものと考えることができる（前者の設例において殺人罪が成立しないのであれば、後者の設例において他の事業者を破産・消滅させる行為も違法行為とはならない）。この場合、結論においては異ならないが、その論拠は全く別である。ただし、このような部分問題に関する解釈を、非常に多数の部分問題が複雑に連携して存在している集合体である人間社会全体や取引社会全体に対してそのまま無修正で適用すれば、当然のことながら、論理的な矛盾が発露することになる。全体（マクロ）は部分（ミクロ）の単純な総和としての集合体ではなく、多変量的で複雑な相互作用を有する複合体である。大前提とする環境条件・要素の機能・作用・性質について正確な認識・理解をもつことが重要である。なお、この関連では、Martin Peitz, Joel Waldfogel (ed.), *The Oxford Dictionary of the Digital Economy*, Oxford University Press, 2012, pp. 189-396が参考になる。

7 現実には、普通名称または一般名称であることそれ自体は、認知者または判断者の世界観や経験等に依存する部分が多い。特定の語（語彙）について、世界的なアンケート調査等を日常的なものとして実施することは不可能であるし、仮に部分的に実施したとしても、その回答は回答者の資質や経験等に依存したものと認めざるを得ないので、統計学上の信頼度が高いとは言えない。これは、語（語彙）の記号としての認知度ないし認知者分布（母集団）の計数だけではなく、個々の認知者の文脈理解の能力や相違が大きく影響を与えることに起因するものである。一般に、意味論が決定的に重要な役割を果たす分野については、厳密な意味での統計が成立しない。更に遡って言えば、それは、意味または理解なるものが個々の認知者の主観の中にのみ存在するものであって、客観的・物理的に他者と共有できるものではないということに由来している。*Elemis* 事件判決中においても、原告が証拠として提出するアンケート調査結果の信頼度に関する裁判所の判断が示されているが、まことに正当である。このような根源的な問題があることを前提とした上で、この分野に関する研究成果としては、青木博「商標・不正競争事件における証拠としてのアンケート調査」知財管理54巻7号991～1010頁、井上由里子「普通名称性の立証とアンケート調査—アメリカでの議論を素材に—」知的財産法政策学研究20巻235～263頁がある。

8 本論文中において、出典の表示のない裁判例は、いずれも裁判所のWebサイト上で検索可能な裁判例である。このような裁判例については、出典表記を省略するのが近時の通例となっている。ただし、重要な裁判例については、裁判所のWebサイトで検索可能なものであっても、その検索結果であり出典となる資料（法情報）の存在場所であるURL及び検索日を表示する扱いとした。なお、知財高裁の判決の要旨及び解説をまとめて印刷した判例要旨集としては、知財高裁判例研究会『知財高裁判例集〔平成23年版〕』（青林書院、2012）、知財高裁判例研究会『知財高裁判例集〔平成24年版〕』（青林書院、2013）及び知財高裁判例研究会『知財高裁判例集〔平成25年版〕』（青林書院、2014）が刊行されている。

2 Elemis 事件

2.1 事案の概要

事案の経過は次のとおりである。

- ① コズメティックスリミテッド（以下「原告」という。）は、図案化された「Elemis」の欧文字から成る商標（以下、「本願商標」という。）⁹につき、第3類¹⁰及び第44類¹¹に属する商及び役務を指定役務として、平成16年5月14日、特許庁長官に対して登録出願した（以下「本件出願」という。）。

The logo for Elemis, featuring the word "Elemis" in a stylized, bold, sans-serif font. The letter 'E' is significantly larger and more prominent than the other letters.

- ② 原告は、指定商品及び指定役務について平成17年3月3日付け手続補正書により補正した¹²、同年7月15日、本件出願につき拒絶査定を受けたため、同年10月12日、拒絶査定不服審判の申立てをした。

9 本願商標の図案は、2014年現在、米国のワシントン州シアトルに本部を置く著名な大型デパートチェーンNORDSTROMが主力となる化粧品商標として用いている図案と全く同じものである。英国ロンドンに本店を置く世界的な入浴用品及び化粧品企業 Elemis Ltd. が商品の商標として用いている図案は、本願商標の図案と全く同じである。ただし、そのホームページ (<http://www.elemis.com/>) 上のロゴは、3文字目の「e」が変形されているところが異なる。Elemis Ltd. は1990年に設立された。なお、「Elemis」が外国において商標登録されている場合、その商標権が日本国に及ぶかどうかが問題となり得る。この点に関し、並行輸入等との関連において国際消耗が議論されている（前掲小野昌延編『注解商標法』86～95頁）。この国際消耗説の近時の動向とりわけEUのDirective 2008/95/ECの適用範囲の問題については、Lazaros G. Grigoriadis, Trade Marks and Free Trade—A Global Analysis, Springer, 2014が参考になる。

10 商標の類似商品・役務審査基準における区分第3類（洗浄剤及び化粧品）には「家庭用帯電防止剤、家庭用脱脂剤、さび除去剤、染み抜きベンジン、洗濯用柔軟剤、洗濯用漂白剤、かつら装着用接着剤、洗濯用でん粉のり、洗濯用のり、つけまつ毛用接着剤、口臭用消臭剤、動物用防臭剤、塗料用剥離剤、靴クリーム、靴墨、つや出し剤、せっけん類、歯磨き、化粧品、香料、薫料、研磨紙、研磨布、研磨用砂、人造軽石、つや出し紙、つや出し布、つけづめ、つけまつ毛」が含まれる。

11 商標の類似商品・役務審査基準における区分第44類（医療、動物の治療、人又は動物に関する衛生及び美容並びに農業、園芸又は林業に係る役務）には、「美容、理容、入浴施設の提供、庭園樹の植樹、庭園又は花壇の手入れ、肥料の散布、雑草の防除、有害動物の防除（農業・園芸又は林業に関するものに限る。）、あん摩・マッサージ及び指圧、カイロプラクティック、きゅう、柔道整復、はり、医業、医療情報の提供、健康診断、歯科医業、調剤、栄養の指導、動物の飼育、動物の治療、動物の美容、介護、植木の貸与、農業用機械器具の貸与、医療用機械器具の貸与、漁業用機械器具の貸与、美容院又は理髪店用の機械器具の貸与、芝刈機の貸与」が含まれる。

12 Elemis 事件判決末尾の別紙「指定商品及び指定役務」には補正後の原告の指定商品及び指定役務が記載されており、第3類に属するものとして、「ハンドローション、ボディローション、顔用ローション、ハンドクリーム、ボディクリーム、美顔クリーム、おしろい、ボディパウダー、化粧落とし剤、パック用化粧品、日焼けクリーム、日焼け止めクリーム、ネイルエナメル、ネイルエナメル除去液、浴用化粧品、頭髮用化粧品、ひげそり用ローション、アフターシェーブローション、香水類、オーデオロン、化粧水、身体防臭用化粧品、身体制汗用化粧品、その他の化粧品、せっけん類、エッセンシャルオイル、香料類、つけづめ、つけまつ毛、歯磨き、靴クリーム、靴用つや出し剤」とあり、第44類に属するものとして、「エステティック美容、美容、理容、爪に関する美容、アロマセラピー、温泉浴場の提供、入浴施設の提供、マッサージ、美容・健康・栄養に関する指導・助言及び情報の提供、医療情報の提供、美容院又は理髪店用の機械器具の貸与、医療用機械器具の貸与」とある。

- ③ 特許庁は、同請求を不服2005-19719号事件として審理し、平成19年8月28日、「本件審判の請求は、成り立たない」との審決をし、その審決謄本は、同年9月19日に原告に送達された。なお、出訴期間として90日が付加された。その理由の要旨は、「本願商標が商標法3条1項3号及び4条1項16号に該当するとした原査定が相当である」というものである。
- ④ 原告は、本件出願にかかる商標登録出願の拒絶査定不服審判における不成立審決の取消しを求め、出訴期間内に、特許庁長官を被告として知的財産高等裁判所（以下「知財高裁」という。）に訴えを提起し（商標法63条1項、知的財産高等裁判所設置法2条2号）、同事件は、知財高裁平成20年（行ケ）第10023号審決取消請求事件として事件係属した（以下「Elemis事件」という。）。
- ⑤ 知財高裁は、平成20年7月3日、原告の請求を棄却する旨の判決をした。

2.2 争点

Elemis事件における主たる争点は、本件出願にかかる本願商標が商標法3条1項3号及び4条1項16号に該当するか否かである。争点を明確にするため、Elemis事件判決の判決理由中に示されている当事者双方の主張を整理して摘記すると、概略次のとおりである。

A 商標法3条1項4号の該当性（商品の原材料等を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標）

【被告・特許庁長官の主張】

本願商標は、「Elemis」の文字を普通に用いられる方法の域を脱しない程度に表してなる標章のみから成る商標であるところ、その構成中、冒頭の「Elemi」の文字は、既存の英単語であって、特定の木又はその芳香性樹脂の意味を有するとともに、当該樹脂を水蒸気蒸留して抽出されたエッセンシャルオイル（精油）等の香料類の一種「エレミ油（エレミオイル）」を表すものとして用いられており、かつ、当該商品の包装等にも顕著に表示されていること、また構成中語尾の「s」の文字は、英語の複数形を表すときに用いられるものとして一般によく知られているところであって、現に「Elemi」の複数形が「Elemis」であることからすれば、これをその指定商品中「エレミ油（エレミオイル）」から成る、若しくは原材料とする商品（例えば、エッセンシャルオイル、香料類、化粧品、せっけん類）又は指定役務中「エレミ油（エレミオイル）」から成るエッセンシャルオイル、香料類等を用いる役務（例えば、エステティック美容、アロマセラピー）に使用しても、取引者、需要者は、これよりはエレミ油（エレミオイル）又はその原材料を看取し、商品の品質、原材料又は役務の質等を表示するものと認識、理解するにとどまるから、本願商標は、自他商品の識別標識としての機能を果たさない。

【原告の主張】

本願商標「Elemis」は、そのデザイン化されたロゴ態様とともに、海外の著名人を始め、美容関係者、需要者に高い評価を受けている。我が国においても、現在は一部の高級ホテルなどで体験できるのみで本格的な販売が行われていないにもかかわらず、口コミの評判により、年々その認知度を高め、ファンを増やし続けているブランドである。

B 商標法4条1項16号の該当性（商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれ）

【被告・特許庁長官の主張】

本願商標「Elemis」は、これを指定商品中「エレミ油（エレミオイル）から成る、若しくは原材料とする商品（例えば、エッセンシャルオイル、香料類、化粧品、せっけん類）」以外の商品又は指定役務中「エレミ油（エレミオイル）から成るエッセンシャルオイル、香料類等を用いる役務（例えば、エステティック美容、アロマセラピー）」以外の役務に使用するときは、取引者、需要者は、あたかも当該商品がエレミ油（エレミオイル）から成る又は原材料とするものであるかのように商品の品質について誤認を生ずるおそがあり、または、当該役務がエレミ油（エレミオイル）から成る商品を用いたものであるかのように役務の質について誤認を生ずるおそれがある。

【原告の主張】

本願商標は、原材料表示などではなく、ヘブライ語の「自然界との調和」に由来し、これをイメージした商標として使用されているもので、「エレミ油」とは何ら関係がない。原告の商品中の「Rehydrating Rose Petal Cleanser（バラの花びらを使用した保湿効果のある洗顔料）」、「Rehydrating Ginseng Toner（朝鮮人参を使用した保湿効果のある化粧水）」、「Soothing Apricot Toner（アプリコットを使用した鎮静効果のある化粧水）」、「Balancing Lime Blossom Cleanser（ライムを使用した調整効果のある洗顔料）」、「Soothing Chamomile Cleanser（カモミールを使用した鎮静効果のある洗顔料）」など様々な効果を有する植物を使った化粧品が表示されているが、「エレミ油」を使用した商品はなく、また、上記化粧品には、全く「エレミ油」が使用されていないにもかかわらず、本願商標「Elemis」が表示されている。

「elemi(エレミ)」の語であれば「エレミ油」を指すものとして取引者間で使用されることがあるかもしれないが、「elemis」は取引では一切用いられていない表示であり、「elemis」を見て本願商標を認識する者はあったとしても、「エレミ油」を直感する者は存在しない。

商標の語尾に「s」を付すと、まとまりよく語感も落ち着いたものとなるため、商標採択の慣行上、語尾に「s」が付されることは珍しくなく、例えば「adidas」、「HERMES」、「ARAMIS」などのブランド名も、複数形かどうかと意識されることなく、全体として造語と認識されているものである。むしろ、このような5音前後の語に「s」が配されていることは、商標的であるととらえられこそ

すれ、複数形などにとらえられることは、「Books」などのようによほどよく知られた英単語でなければかえって不自然である。本願出願の「Elemis」についても、「エレミ油」を指すものとして普通に使用されている語でない以上、需要者、取引者は、これを純粋な造語、ブランド名以外として認識することはない。

商標法上、ある商標の識別性判断において、「業界の事情に詳しい製造元もしくは取引に係る関係者」及び「石鹸、香料の原材料に携わる専門家」のみを根拠に認定されるケースはそのような関係者のみでしか取引されない商品等を対象とした特殊な場合であり、本件のような一般消費者向けの商品、サービスにおいて、「業界の事情に詳しい製造元もしくは取引に係る関係者」及び「石鹸、香料の原材料に携わる専門家」の認識を殊更に重要視することは、偶発的な状況を一般化するものと同様であって妥当とはいえない。

ましてや、本願商標は、上記ウェブページ及びアンケートに示された結果のとおり、「美容ライター」に絶賛され、マドンナなどの海外の著名人にも愛用されているブランドであるから、「業界の事情に詳しい製造元もしくは取引に係る関係者」及び「石鹸、香料の原材料に携わる専門家」であればなおさら、本願商標「Elemis」に接すれば、「エレミ油」などではなく、世界中で人気を博している原告の商品、サービスを想起すると考えられる。

2.3 知財高裁の判断

知財高裁は、図案（前掲の図）それ自体の構成について次のような判断を示した。

この図案化について、構成全体としてみると、「Elemis」の欧文字から普通に用いられる方法の範囲内のものであって、独自性の程度が低く、識別力が弱い。

知財高裁が「構成全体としてみると、「Elemis」の欧文字から普通に用いられる方法の範囲内のものであって、独自性の程度が低く、識別力が弱い」と判断した以上、本願商標が識別力を有する標章ではないことになる。そして、このことだけでElemis事件における原告の主張は一切成り立たず、本件出願は認められないことになる（商標法3条1項3号、4号、5号）¹³。したがって、上記の各争点に対する判断が何らなされなくても、Elemis事件判決の結論に影響を及ぼすことはなかったと解すべきである¹⁴。しかし、Elemis事件判決では当事者が主張した争点に対する判断という形式で、

¹³ 原告は、「本願商標は、原材料表示などではなく、ヘブライ語の自然界との調和に由来」と主張している。仮に原告の主張が正しいとすれば、本願商標「Elemis」がヘブライ語の一般的な用語（一般名称）であることを自認していることになる。そうである以上、仮に原告の主張を前提としたとしても、原告自身が本願商標の識別力の欠如または識別力の弱さを自認したことになる。つまり、商標法3条1項4号（ありふれた名称）に該当する結果となる。なお、「Elemi」の語源については、「上下」を意味するアラビア語であるとの見解がある。乳香やそれに類する樹木の樹液が樹皮から浸み出して、ゆっくりと流れ落ち、次第に固化してガム状の芳香を放つ樹脂となる様子を指すものであるか。

商標法3条1項3号の該当性及び商標法4条1項16号の該当性に関する判断を示している。

そこで、同判決の判決理由中の争点に対する判断に示されている主要部分を整理して摘記すると、概略次のとおりである。

A 商標法3条1項3号の該当性

(4) 本願の指定商品・指定役務とエレミ油との関係

ア 本願の指定商品のうち第3類には「香料類」が記載されているところ、この「香料類」には、「植物性天然香料、精油からなる食品香料、薫料」が含まれている（商標法施行規則別表（6条関係））。また、この第3類「香料類」には、植物性天然香料、その他の各種香料及びそれらを原料として製造される薫料が含まれる。

そして、植物から得られる芳香のある揮発性の油であるエッセンシャルオイル（精油）は、「植物性天然香料」として第3類「香料類」に含まれることになる。

したがって、エッセンシャルオイルの一種であるエレミ油（エレミオイル）は、本願の指定商品中の「エッセンシャルオイル、香料類」に当たる。

イ また、エレミ油は、香水の原材料、石けん香料としても使用されることから、本願の指定商品中の「香水類、その他の化粧品、石けん類」の原材料に当たる。

ウ さらに、エレミ油は、アロマセラピー、エステティック美容などに用いられることから、本願の指定役務中の「エステティック美容、アロマセラピー」の提供の用に供する物に当たる。

(5) 原告は、英国、米国などで本願商標を付した化粧品等を販売し、また、海外のリゾート施設において本願商標を付したエステティック美容等が行われているが、我が国では、一部のホテルにおいて原告製品が備品として利用されているものの、原告が関与する形での販売がされておらず、原告が関与する日本語のウェブページも存在しない。

そして、原告製品や役務について記載されている日本語のウェブページは、原告製品が備品として置かれていたホテルに宿泊した者が、個人的にブログで取り上げたり、その入手方法を尋ねる、原告製品を入手した個人等がネットオークションでこれを売却しようとする、又は海外のエステ

14 審決取消訴訟（商標法63条1項）は、行政訴訟としての審決取消訴訟（行政事件訴訟法3条3項）の一種であり、審決取消訴訟における審判の対象は原審決である。取消の判決があり、その判決が確定したときは、裁判所の判断が取消後の審査手続における判断を拘束する（同法33条1項）。これに対し、棄却の判決があり、その判決が確定したときは、単に原審決が確定するだけなので、棄却の判決をした裁判所の判断の審査官に対する拘束力が問題になる余地はそもそも全くない。したがって、棄却の判決の場合の裁判所の判断は、理論的には、傍論としての属性を有する可以考虑することができる（したがってまた、棄却の判決の場合には、判決理由中の判断が厳密な意味での判例となることはないし、その判決に対する上告がある場合において、その上告審の判断中で原審の判断を是認する場合には、やはり判例とはならない）。それゆえ、極論すれば、裁判所が棄却の判決をする場合には、裁判所は、単に「原告の請求は理由がない」と述べれば足りるはずである。しかし、実際の審決取消訴訟において比較的詳細な判決理由が付されることが多いのは、実際には、上訴審（行政事件訴訟法7条、民事訴訟法311条1項）があり得ることを考慮し、上告審に対して知財高裁の判断が正当であることを示すという機能を有していることになる。

ティックサロン等の紹介文中に原告製品や役務が記載されているなどというものである。

(6) 以上のとおり、①本願商標は、「Elemis」の欧文字から普通に用いられる方法の範囲内のものであって独創性の程度が低いこと、②本願商標の6文字中の冒頭から5文字は、エッセンシャルオイルであるエレミ油を表す語として用いられ、平成17年時点においても、アロマセラピーや化粧品に関心のある者においては、エッセンシャルオイルや香水等の原材料として、「エレミ」、「Elemi」が周知性を有していたこと、③エレミ油の容器上のラベルにも、「ELEMIS」、「Elemi」との表示が顕著にされているものがあること、④「Elemi」と本願商標「Elemis」とは、単語の末尾の「s」の有無という点において異なるが、両者は、本願商標6文字のうち冒頭からの5文字までが共通し、また、本願商標の構成中語尾の「s」の文字は、英語の複数形を表すときに語尾に「s」を付すことが一般的に行われているものであることやその発音において最も弱く発音される部分であること、⑤我が国では、原告製品は正式に販売されていないこと、⑥原告製品や役務について記載された日本語のウェブページは、個人的なものが中心であり、原告製品や役務が広く知れわたっていることを示すものとは考え難いこと、⑦エレミ油は、本願の指定商品中の「エッセンシャルオイル、香料類」に含まれ、同商品中の「香水類、その他の化粧品、石けん類」の原材料に当たり、本願の指定役務中の「エステティック美容、アロマセラピー」の提供の用に供する物に当たることなどの事情が認められるのである。

そうすると、本願商標登録出願の査定時である平成17年時点において、本願商標を、その指定商品中の「エッセンシャルオイル、香料類、香水類、その他の化粧品、石けん類」又はその指定役務中の「エステティック美容、アロマセラピー」に使用したときは、これに接するアロマセラピー、化粧品に関心のある取引者、需要者は、本願商標からエレミ油又はその原材料を認識し、商品の品質、原材料又は役務の質等が表示されているものと認識理解すると考えられ、本願商標は、自他商品、自他役務の識別標識としての機能を果たさないものといえる¹⁵。

したがって、本願商標は、法3条1項3号に該当するものといえる。

15 前述の Elemis Ltd. は、2014年10月現在、「Japanese Camellia Oil Blend 100ml」という商品を販売している。その説明によると、「For many centuries Camellia Oil from Japan has been used for the care of nails, hair, scalp and combination skin. Easily absorbed and rich in plant collagen, it is ideal for helping to prevent stretch marks whilst pregnant and improving skin elasticity and condition over the whole body.」とある。丁寧に説明を読む消費者には誤認・混同のおそれはないが、英語の解説をきちんと読む能力のない消費者は、この商品がエレミ油を主体とし、これとツバキ油とを混合した製品であるとの誤解・錯覚をする危険性が全くないとは言えない。同社の商品である「Elemis Frangipani Monoi Body Oil」には、「Drift away to Polynesia with this indulgent 3 in 1 body, hair and nail nourishing oil. Exotic Tahitian monoi, infused with frangipani flowers provides superior moisturisation, giving skin a glorious sheen.」との説明があり、Frangipani の成分が含まれているように読める。Frangipani とは一般にブルメリアと呼ばれるキョウチクトウ科インドソケイ属の低木インドソケイ (*Plumeria rubra* L.) 及びその交配品種のことを指す。種類にもよると思われるが、キョウチクトウ科の植物なので、何らかの有毒成分が含まれる可能性は否定されない(夏井高人「民都薬」東京山草会ラン・ユリ部会ニュースらん・ゆり445号10~17頁参照)。無論、ブルメリアの花の香り成分だけを含有する場合には特に問題がないであろうと思われる。しかし、この商品についてもまた、「Japanese Camellia Oil Blend 100ml」と同様に誤認・錯覚の危険性が全くないとは言えない。加えて、これらの商品が日本国で販売される場合、日本語の明確な表示をすることによって、日本人の一般消費者が成分内容を誤認しないようにしておかなければ、消費者契約法及び景品表示法に抵触し得るものとも考えられる。

B 商標法4条1項16号の該当性

本願商標登録出願の査定時である平成17年時点において、本願商標を、エレミ油やこれを原材料としない香水類、化粧品、石けん類、香料等の指定商品又はエレミ油から成るエッセンシャルオイル、香料等を用いないエステティック美容、アロマテラピー等の役務に使用するときは、これに接するアロマテラピー、化粧品に関心のある取引者、需要者は、その商品がエレミ油から成る又はその原材料とするもの、又はその役務がエレミ油から成る商品を用いたものであると、商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれがあるといえることができる。

したがって、本願商標は、法4条1項16号に該当するものともいえる。

Elemis 事件判決における商標法4条1項16号の該当性に関する判断は、商標法3条1項3号の該当性をほぼ全部うけるかたちとなっている。

これは、「その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状（包装の形状を含む）、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、数量、態様、価格若しくは提供の方法若しくは時期を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」を用いれば、当該標章それ自体として「商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれ」の原因となる要素を全く包含しない標章である場合などの特段の事情がない限り、「商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれ」が生ずるといふ因果関係が成立すると認められることから¹⁶、論理必然的な結果と考えるべきである¹⁷。

なお、2014年10月18日現在、公刊されている裁判例中でエッセンシャルオイルの標章と直接関連するものは他にないようである¹⁸。

16 このことは、商標法3条1項4号の事由に該当する場合でも同様に考えることができる。ただし、ありふれた名称等の一般名称を用いる標章の場合には、「商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれ」の原因となる要素を全く包含しない標章であることはむしろ稀有に属するのではないかと考えられる。

17 商標法3条1項3号所定の事由に該当するような標章の場合、特定の商品の識別子として機能しないことから、当該標章が付された商品を他の商品と識別し、かつ、その品質を合理的に推定することが困難となる。このことは「品質」のみを標章とする場合でも同じであって、異なる品質を有する異なる商品について同一の「品質」のみを示す標章が付された場合、必然的に品質に関する誤認が生ずることになる。

18 香水を含め、化粧品の瓶それ自体を立体商標として商標登録出願したが拒絶査定とされた事例としては、知財高裁平成22年（行ケ）第10366号審決取消請求事件平成23年4月21日判決・裁判所サイト、知財高裁平成22年（行ケ）第10386号審決取消請求事件平成23年4月21日判決・裁判所サイト、知財高裁平成22年（行ケ）第10406号審決取消請求事件平成23年4月21日判決・裁判所サイトがある。

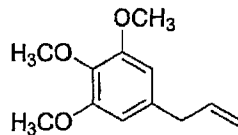
3 植物としての Elemi または Elemis の意義

3.1 植物の通名としての Elemis

2014年10月16日現在、Elemis との学名をもつ植物種は存在しない。

一般に、Elemis は、ムクロジ目 (ミカン目) カンラン科 (*Burseraceae*) の植物を指す通名の一種である。特にフィリピン原産の低木 *Canarium luzonicum* (Blume) A. Gray¹⁹ を指すものとして Elemi または Elemis の語が用いられることがある²⁰。

Canarium luzonicum は和名「エレミ」という植物として知られている。エレミは、Elemicin (1,2,3-Trimethoxy-5-prop-2-enylbenzene) という化学物質を含んでおり²¹、その抽出物が産業利用されている²²。



従って、Elemis または Elemi 由来の化学物質 Elemicin という意味では、Elemi または Elemis は、明らかに一般名詞である。

ただし、カンラン科 (*Burseraceae*) の植物全体について、近年の遺伝子解析を踏まえた国際的かつ大規模な植物分類 (APG 分類による再評価) が進行中である。その結果、従来はカンラン科 (*Burseraceae*) に属すると解釈されていた植物種の多数が実は別の目や科に属する植物であり得る

19 *Canarium luzonicum* (Blume) A. Gray は、フィリピン共和国の固有種 (Endemic to the Philippines) であり、国際自然保護連合の絶滅危惧種レッドリスト (IUCN Red List of Threatened Species. IUCN 2006) に登録された絶滅危惧種 (VU) の一種である。

20 *Canarium luzonicum* (Blume) A. Gray に限定されるわけではない。同属の植物としては、かなり多数の植物種が知られている。これらの植物種の中で、Elemi または Elemis という通名をもつものがどれであるのかについては、必ずしも判然としない。また、同一種であるものが別種として複数の異なる学名で報告 (論文記述) されている場合、すなわち異名 (Synonym) の関係になっている場合が多数であると推定されており、今後の研究の進行により、大規模な分類変更が生ずる可能性が高い。

21 R. Mogana and C. Wiart, *Canarium* L.: A Phytochemical and Pharmacological Review, *Journal of Pharmacy Research* 2011, 41 (8), 2482-2489

22 Elemicin は、植物の Elemis だけから抽出される化学物質ではなく、全く異なる科に属する植物から抽出されたとする報告が多数存在する。例えば、バナナの皮から elemicin 等の化学物質を抽出する方法の特許 (Banana peel extract composition and method for extraction (US Patent 5972344, 1999))、ナツメグの精油から Elemicin 等の化学物質を抽出する方法の特許 (Method to selectively remove safrole from nutmeg oil (US 7985818 B)) 等がある。また、Elemicin は人工合成も可能であり、例えば、Synthesis of elemicin and topical analgesic compositions (WO 2013133723 A1) という特許出願がある。Elemicin の抽出方法等に関しては、Physiologically active composition (US 20090142425 A1) という特許出願がある。Elemicin 及び alkenylbenzene elemicin (3, 4, 5-trimethoxyallylbenzene) の薬理作用に関する論文としては、Suzanne J.P.L. van den Berg, Ans Punt, Ans E.M.F. Soffers, Jacques Vervoort, Stephen Ngeleja, Bert Spenkeliink, Ivonne M.C.M. Rietjens, Physiologically Based Kinetic Models for the Alkenylbenzene Elemicin in Rat and Human and Possible Implications for Risk Assessment, *Chem. Res. Toxicol.*, 2012, 25(11), pp 2352-2367 (DOI: 10.1021/tx300239z) がある。

ことが判明しつつある²³。そのことから、今後、Elemis との名が指す植物群の中にカンラン科 (*Burseraceae*) の植物ではない植物が含まれることになる可能性を否定し去ることができない。その場合、Elemis との名は、特定の科に属する植物ではなく、多義性の高い俗名の一種となり、特定の属性を有する植物の名であった「Elemis」との語の意味内容または社会的機能に変化が生ずることになるであろう²⁴。

3.2 カンラン科 (*Burseraceae*) の植物と乳香

現在、カンラン科 (*Burseraceae*) に属する植物の中には「乳香²⁵」の原料となる植物が含まれていると理解されている。このカンラン科 (*Burseraceae*) に属する植物とは、アフリカ北東部 (ソマリア等) ~アラビア半島の岩場に生育する低木 *Boswellia sacra* Flückiger 等のカンラン科ボスウェリア属の植物一般を指すと解するのが一般的な見解である²⁶。「乳香」は、『新約聖書』の中に記載されているイエス生誕の際に東方三博士が献上したという三宝の1つとしても広く知られている²⁷。ただし、古来、「乳香」という名の植物とされ、その樹皮にできる芳香を放つ樹脂が高価で取引された植物には、実際には複数の異なる植物種が含まれていたようである²⁸。

生薬 (中薬) としての「乳香」は中国でも古くから知られ、著名な本草書の中にその名がある²⁹。しかし、中国の本草にある「乳香」について、「薰陸香」と混同するものがあるとの見解に基づき、本草書が書かれた当時の「乳香」の基原植物は *Boswellia sacra* 等のカンラン科ボスウェリア属の植物ではなく、地中海沿岸地方に分布するウルシ科の低木である乳香黄連木 (*Pistacia lentiscus* L.) で

23 Plant List: Burseraceae <http://www.theplantlist.org/browse/A/Burseraceae/> [2014年10月17日確認]

24 この点については、夏井高人「植物分類体系の変化が法制度に与える影響—大麻規制法令を中心とする考察—」法律論叢84巻4・5号91~111頁で問題点を指摘した。

25 乳香は、英語では Frankincense または Olibanum と呼ばれる。その芳香の主要成分について、加福均三『にほい』(河出書房、1942) 180頁は、「この者の成分はあまり明瞭ではないが、ヘンゼルによれば、この中にオリバノール $C_{20}H_{32}O$ なる高分子のアルコールがあって、これが主成分だと云う」としている。しかし、現在では、 $C_{20}H_{32}O_4$ (Hlasiwetz, 1867) を主成分とするという見解が通説となっているようである。なお、乳香に関する最近の論文としては、千葉栄一・新谷明喜「フランキンセンス (乳香) の歴史」日本歯科医史学会誌28巻2号141~145頁がある。

26 山田憲太郎『香談』(法政大学出版局、1977) 85~111頁には、乳香の歴史とりわけ乳香貿易によるアラビア商人の大繁栄について詳細に述べられている。これによると、乳香について世界で最初に詳細な記録を残したのはプリニウス (22ころ~79) であるとされている。

27 前掲山田憲太郎『香談』57~62頁

28 エヴジェン・ストロウハル (内田杉彦訳)『図説古代エジプト生活誌 (下巻)』(原書房、1996) によれば、256~259頁には古代エジプトのミイラの製造方法が書かれており、香料や樹脂が用いられたと説明されている。ミイラの製造のために香料が用いられたことについての記録は、ヘロドトス (前480~前420年ころ?) の『歴史』に出ている。Bill B. Baumann, The Botanical Aspects of Ancient Egyptian Embalming and Burial, Economic Botany, Vol. 14, No. 1 (Jan. Mar., 1960), pp. 84-104は、そのようなミイラの製造に用いられた香料の中に乳香 (Frankincense) が含まれているとしている。山田憲太郎『香談』64頁、69~72頁は、その香料とは「乳香」であるカンラン科ボスウェリア属 (*Boswellia*) の植物ではなく、「投薬」であるカンラン科コミフォラ属 (*Commiphora*) 及びカンラン科バルサモデンドロン属 (*Balsamodendron*) としている。カンラン科コミフォラ属 (*Commiphora*) は、日本では「ミルラノキ」と呼ばれる。「ミルラ (Myrrh)」はミルクと同義語で、カンラン科の樹木の樹皮にミルクが固化したように蓄積される樹脂のことを指す。なお、カンラン科バルサモデンドロン属 (*Balsamodendron*) を独立の属としては認めず、カンラン科コミフォラ属 (*Commiphora*) の異名 (Synonym) とする見解が多い。

あるとの見解もある³⁰。この見解に従うと、中国の本草書にある「乳香」の効能は、カンラン科ボスウェリア属植物の効能ではないことになる³¹。

なお、カンラン科 (*Burseraceae*) の語源となっている「橄欖 (かんらん)」と呼ばれた植物の果実は、モクセイ科 (*Oleaceae*) の常緑高木オリーブ (*Olea europaea* L.) の果実と似ているため、これと混同され、オリーブ (*Olea europaea* L.) の訳語として「橄欖」が使用されてきた³²。しかし、カンラン科の植物とモクセイ科の植物とは全く異なる。

3.3 まとめ

以上をまとめると、Elemis は、乳香の基原となる基原植物そのものとは異なるが、乳香の原料とされる植物と同じカンラン科に属し³³、乳香と同様に優れた芳香を放つ化学物質 Elemicin の原料となるエレミ (*Canarium luzonicum* (Blume) A. Gray) 及びそのエッセンシャルオイル (精油)³⁴等を通じて、日本国内においても「知っている人は知っている」比較的ありふれた名称の一つであると言い得る。

29 例えば、『本草綱目』には「乳香香竄 能入心經 活血定痛 故為癰疽瘡瘍 心腹痛要藥」とあるほか、多数の本草書に記載がある。例えば、『名醫別録』には「微温」、「療風水毒腫 去惡氣」、「療風癰疹癩毒」と、『本草拾遺』には「其性温 療耳聾 中風 口噤 婦人血氣 能發酒 理風冷 止大腸泄 療諸瘡 令内消」と、『本草求真』には「乳香專入心 兼入脾 胃 腎」、「即書所云熏陸香者是也」、「香竄性温不潤」、「諸書曷言於血有補」、「詎知血因氣逆 則血凝而不通 以致心腹絞痛」、「毒因氣滯 則血聚而不散 以致痛楚異常」、「乳香香竄入心 既能使血宣通而筋不伸」とある。刈谷達夫・木村康一監修『廣川薬用植物大事典』(廣川書店、1967) 261頁は、乳香の基原を *Boswellia carterii* Birdwood とし、*Boswellia sacra* Flückiger はその異名 (Synonym) であるとしている。しかし、現在の標準的な考えによれば、*Boswellia sacra* Flückiger が正名であり、*Boswellia carterii* Birdwood (*Boswellia carteri* Birdwood) はその異名 (Synonym) である。同書261頁によれば、この乳香の代用品として、近縁種が多数あり、印度乳香とも呼ばれるインド産の反魂樹 (*Boswellia serrata* Triana & Planchon)、ソマリア産の *Boswellia bhaudajiana* Birdwood、メキシコ産の *Bursera delpechiana* Poisson ex Engler をあげている。*Bursera delpechiana* Poisson ex Engler は、現在では *Bursera citronella* McVaugh & Rzedowski の異名 (Synonym) とされている (*Bursera penicillata* (A.P. de Candolle) Engler の異名とする見解ある)。

30 難波恒雄『原色和漢薬図鑑 (下)』(保育社、1980) 210頁

31 *Boswellia sacra* Flückiger 等のカンラン科ボスウェリア属の植物に含まれる成分の効能に関して、本草書等にある「乳香」の記述を引用する場合には、特に留意すべき点である。

32 オリーブとの混同による橄欖の誤用は聖書の日本語訳にまで及んでいた。例えば、『新約聖書』の「マタイによる福音書」にある山上の垂訓の橄欖山は、「オリーブの山」とされるべきものであった。現在では、「オリーブ山の垂訓」として訳出するものが多い

33 Elemis 事件判決の判決理由では「カンラン属の木についての複数形をいうものと考えられ、文法的にみて、エレミ油の複数形をいうものではないと考えられる」と判示しているが、「カンラン属」とある部分は「カンラン科」の誤りである。

34 エッセンシャルオイル (精油) を含め、香料及びその原材料となる植物や化学物質の名称に関しては、今後、匂いを主たる構成要素とする商標との関連で、特に研究が深められるべきである。なお、エッセンシャルオイルそれ自体に関しては、K. Hüsnü Can Baser Gerhard Buchbauer (ed.), Handbook of Essential Oils Science, Technology, and Applications, CRC Press, 2010が詳しい。

4 立証責任

4.1 商標権における立証責任

商標登録出願における審決取消訴訟は、行政訴訟の一種なので、民事訴訟におけるのと全く同じ意味で当事者の主張責任や証明責任を考えることはできない。

商標登録出願における審査及び審決では、職権により資料を探查・収集し、その判断を形成する³⁵。そのため、厳密な意味での主張・立証責任の理論がそのまま適用されるわけではない。

しかし、立証責任の所在を無視した審理は、立証の方針を不明なものとし、商標登録出願における規律を混乱させることになる。また、審決取消訴訟ではない通常の民事訴訟（不法行為訴訟等）において知的財産権の効力が争点となる場合はあり得ることである。そして、その場合においては、通常の弁論主義が適用され、通常の要件事実論が妥当するので、実体要件の主張・立証責任の所在は、極めて重要な法的検討課題の1つである。

審決取消訴訟は、行政処分に不服がある場合の事後審査の一種であり、司法権に属する裁判所が訴訟の形式で審理を担当するにもかかわらず行政権の行使の一部を担っているという国権上の作用が存在し、その意味での一定の特殊性が認められる³⁶。しかしながら、司法権に属する裁判所の裁判の一種である以上、国民の裁判を受ける権利（日本国憲法32条）を充足するものである必要がある³⁷。

35 最高裁平成3年4月23日判決・民集45巻4号538頁は、「商標法50条2項本文は、商標登録の不使用取消審判の請求があった場合において、被請求人である商標権者が登録商標の使用の事実を証明しなければ、商標登録は取消しを免れない旨規定しているが、これは、登録商標の使用の事実をもって商標登録の取消しを免れるための要件とし、その存否の判断資料の収集につき商標権者にも責任の一端を分担させ、もって右審判における審判官の職権による証拠調べの負担を軽減させたものであり、商標権者が審決時において右使用の事実を証明したことをもって、右取消しを免れるための要件としたものではないと解される」と判示している。

36 通説は、行政処分性を重視する結果、商標権の実体要件についても私見とは異なる見解を構成している。本論文中の立証責任に関する部分では、通説理論を承知した上で、あえて通説理論とは異なる見解を開陳することにした。これは、ごく普通の要件事実論を踏まえ、実体要件理論の根幹部分を再構築する試みの一種である。この部分を明確にしない限り、拒絶をめぐる法的判断を適正化し予見可能なものとすることができない。予見可能性は、国際的な商取引の観点からも極めて重要な要素の一つであることは言うまでもない。なお、通説が根拠とする商標法15条及び16条は外見的な文言上では論理的な整合性の欠如という意味での自己矛盾を起しており、根本改正の要がある。しかし、法改正は容易なことではないので、現状における解決策としては、とりわけ実体的要件の主張立証責任に関する基本原則を維持することに留意しつつ、論理的な整合性を保つように修正した法解釈をしなければならない（脚注51参照）。

37 国家統治の基本構造という意味での立法主義の問題としては、国家の君主等が国民に対して恩恵として与える自由の一種として構成することも可能である。典型的な君主国家においては、国民及び財産は全て君主の所有財産の一部なのであり、国民は君主に服従すべき存在ではあっても独立の権利主体ではあり得ない。恩恵として国民に自由を認めるか否かは君主の自由裁量によるもので、行政処分でさえない。しかしながら、現在の日本国が日本国憲法に基づく民主国家である以上、現行商標法がこのような君主の恩恵による自由という立法主義を採用していないことは明らかである。そして、商標権は、権利主体である商標権者が保有する私権としての財産権（知的財産権）の一種である。なお、このような立法主義の内容に関して統一を図るための国際条約は存在しない。工業所有権の保護に関するパリ条約（1883）、標章の国際登録に関するマドリッド協定議定書（1891）、標章の登録のための商品及び役務の国際分類に関するニース協定（1957）、TRIPS協定（1994）、商標法条約（1994）は、商標の保護に関する法制が各国で異なるものとなり得ることを当然の大前提とした上で、手続的側面及び国際的効力の統一を図るために存在しているものであり、商標権の成立それ自体に関する国内的な立法主義の採否については一切干渉するものではないと解することができる。

そして、疑うべき余地なく商標権も私法上の財産権の一種であることから、その実体的な発生要件を考えることはできる。そして、基本的には私権としての知的財産権の一種である商標権の成立や消滅に直結する訴訟手続である審決取消訴訟においては、通常の民事訴訟と同一または近似した訴訟理論に基づく審理がなされるべきである。

なお、商標登録は手続的な意味での成立要件だと考えるが、実体的には商標権が存在しており、その権利について物権的な効力を付与するための効力発生要件として商標登録が存在すると考えることもできないわけではない（この場合の商標登録は公示方法・対抗要件の一種として考えることになるであろう）。しかし、商標権に関しては、商標登録されない限り、誰に対してもその権利を主張することができないことから、議論それ自体があまり実益を有しない。商標登録は、商標権の手続的な成立要件の1つとして考えるのが妥当である。

このように解した上で、商標権の実体的な成立要件（抽象的な法律要件）としては、次の2点に尽きる³⁸。

- ① 標章が存在していること
- ② 当該標章が当該役務区分の領域において識別力を有すること

ただし、これらは、抽象的な意味での法律要件である。通常の要件事実論の中では、抽象的な法律要件それ自体の充足性を立証することが困難であることが多いことから、抽象的な法律要件は立証の対象ではないと言われることがある。しかし、抽象的なものであっても法律要件は法律要件として理解すべきである³⁹。

また、一般に、抽象的な法律要件（特に規範的法律要件）については、俗に「法律効果のようなもの」であるとして、その要件に該当する具体的な事実こそが立証の対象であるとされる⁴⁰。しかし、抽象的な法律要件は法律要件なのであって法律効果ではない。現実には抽象的な法律要件に該当する具体的な事実を立証の対象とせざるを得ないことが多いけれども、そのことについては、別の角度からの考察を要する⁴¹。例えば、抽象的な「契約締結」は法律要件であり、その法律効果は契約に基づく請求権の発生である。この場合、「契約締結」が法律効果になることはなく、ただ審理の対象を具

38 このほか、使用を実体的要件とすべきかどうかという立法主義の相違は存在する。通説的な意味における登録主義と使用主義の相違については、前掲特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説』1273～1275頁、前掲小野・三山『新・商標法概説』99～104頁が詳しい。

39 民事訴訟において、かなり抽象的な法律要件であっても訴訟上の自白が成立することが認められており、また、権利自白や訴訟上の請求の認諾まで認められている。自白は立証とは異なるが、自白が成立しない場合に立証の必要が生ずる。この場合、当事者双方が合理的に攻防を尽くすことのできる程度の具体性をもった事実を主張すべきことになるが、その具体性の程度は、一定しておらず、個々具体的な事案によって異なる。それゆえ、抽象的な法律要件のレベルでは自白が成立しないけれども、それをより具体的なレベルにした法律要件該当事実の主張に代えると自白が成立することもある（個別具体的な事件における訴訟当事者及び訴訟代理人の理解力に依存する部分もある）。このことから、抽象的な法律要件の立証は困難であるとは言っても不可能とまでは言えない。

40 平尾正樹『商標法』（学陽書房、2002）288～289頁は、商標権侵害訴訟（民事訴訟）における主張・立証責任について概括的に述べている。

体的なものとし、立証段階での争点を明確にすべきであるという訴訟遂行上の便宜論に基づき、一般論として、「法律要件に該当する具体的な事実を立証の対象とすべし」と論じられているのに過ぎない。

以下、商標権の実体的要件の立証責任について、主要な条項に即して論ずる。

4.2 商標法3条1項柱書の要件

商標法3条1項柱書は、商標権の実体的要件の基本部分として、「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」であることを要件としている。この条項は、上記の「①標章が存在していること」及び「②当該標章が当該役務区分の領域において識別力を有すること」の2つの要件を示すものとしても理解することが可能である⁴²。

これらの要件は、商標登録出願人等の権利者が立証すべきものである。

この点について、知財高裁平成24年（行ケ）第10019号審決取消請求事件平成24年5月31日判決・裁判所サイト⁴³は、登録商標がその登録査定時において商標法3条1項柱書所定の「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標」に該当することの立証責任に関し、「権利者側において立証すべき」ものであると判示している⁴⁴。

4.3 商標法3条1項各号及び同法4条1項各号に規定する個別の要件

抽象的な実体的成立要件のレベルでは、商標登録出願する標章について「②当該標章が当該役務区分の領域において識別力を有すること」を主張・立証すれば足りる。この場合、商標登録出願人は、商標法3条1項各号及び同法4条1項各号所定の拒絶事由がないことを主張・立証することを要するわけではない。

これらの拒絶事由の中には標章の識別力ではなく公益保護を立法趣旨とするものがあると解するのが通説・判例である。商標法の領域において、公益保護を目的とする拒絶理由との議論は、一般的に

41 知財高裁平成21年（行ケ）第10122号審決取消請求事件平成21年11月30日判決・裁判所サイトは、「本件の主たる争点は、本件予告登録がされた平成19年12月14日より前の3年以内の時期に本件商標を使用したベスト社が、本件商標権についての通常使用権者であるか否かであるが、『ベスト社が通常使用権者である』という点は法律効果であるから、それ自体を直接証明の対象にすることはできない。立証の対象にすることができるのは、ベスト社が通常使用権を取得した根拠となった具体的な事実が存在したこと（例えば、それが契約であれば、当該契約が、いつ、どこで、いかなる当事者間で、どのような内容の意思の合致がされたかに係る事実の存在等）である」と判示している。

42 現実には、存在していない標章について商標登録出願がなされることは絶無とはいえないにしても極めて稀有であろうから、「①標章が存在していること」が問題とされることもほとんどないと考えられる。しかし、標章を一切示さないうえに商標登録出願が不合法であるのは、手続要件違背であるからというよりも実体的要件である「①標章が存在していること」を充足していないからだと理解するほうが妥当である。

43 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/315/082315_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

44 判例評釈として、青木大也「無効審判請求不成立審決の取消訴訟において、『自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標』（商標法3条1項柱書）該当性の立証責任の負担を明らかにした上で、審決を取り消した事例[知的財産高裁平成24.5.31判決]」判例時報2196号（判例評論657号）161～165頁がある。

は商標法3条1項各号及び同法4条1項各号の立法趣旨に関する解釈論として存在している⁴⁵。確かに、例えば、公序良俗違反（同法4条1項7号）の場合には、識別性だけでは説明できない⁴⁶。このことは、民事訴訟において、実体的な理由により商標権の有効性が争われる場合でも同じである（商標登録時には何も問題のなかった標章が、その後の事情変更により、後発的に公序良俗に反する標章となることもあり得る。）。

しかし、「公益性」という概念は曖昧である。商標法3条1項各号及び同法4条1項各号の条項の中には確かに識別力とは別の要素を重視したものがある。特に同法4条1項1号ないし6号、8号及び9号所定の各事由は、公益性という観点からの説明が可能である。しかし、国その他の公的機関が私経済的行政行為その他の普通の取引行為をなし得る以上、そのような組織と関連する商標であるとの誤認・混同を避けるべき要請も当然に認められる。その意味では、やはり識別力の問題の一種として考えるべきである⁴⁷。

これに対し、もし公益性という要素に重点を置いて解釈するというのであれば、むしろ法禁物の一種（法律による禁止の一種）として考える方が妥当である⁴⁸。加えて、通常、公益性が議論されている場合の多くは、法学上の一般的な無効原因となり得る権利濫用や公序良俗違反の法理の適用の可否を検討することにより、具体的事案に即して個別に解決可能である。一般論としては、立法趣旨それ自体と個別の事案における適法性・違法性の判断とは峻別して考えるべきである。

商標法3条1項各号及び同法4条1項各号所定の各拒絶事由は、当該標章について識別力があるとは言えない場合を類型化した例示と解するべきである⁴⁹。それゆえ、商標法3条1項各号及び同法4条1項各号所定の各事由中のいずれかの事項を拒絶事由とする拒絶査定を不服とする審判における判断に誤りがあっても、別の拒絶理由が存在すれば、当該審決が取り消されることはない⁵⁰。

このことは、ノンリケットの場合の結末を考えれば明らかである。すなわち、例えば、商標登録出

45 前掲小野・三山『新・商標法概説』115頁

46 「スマイリー」の片仮名文字と「SMILEY」の欧文字を二段に書してなる登録商標に関し、公序良俗違反が争点となった事例として、知的財産高等裁判所平成21年（行ケ）第10299号審決取消請求事件平成22年9月14日判決・裁判所サイトがある。

47 更に別の考え方として、「①標章が存在していること」の要件における「標識」は適法なものであることを要することから、同法4条1項1号ないし6号、8号及び9号所定の各事由はこの「①標章が存在していること」の要件にかかるものと理解することも可能である。例えば、国旗を標章とすることが法律による禁止に該当するとすれば、国旗を標章として出願することそれ自体が禁止されていることから、国旗は出願可能な標章ではないという意味で、商標出願登録すべき標章が存在していないのと同価値となる。それゆえ、「①標章が存在していること」の該当性判断の問題となり得るわけである。この点については、更に研究を深めたいと思う。

48 一般に「絶対的不登録事由」と呼ばれているが、何故に絶対的なのかについては別途検討せざるを得ない。むしろ、公益に適っているか否かという価値判断をせず、国家的・国際的な秩序の維持または統治の完遂のために「禁止は禁止」すなわち公序の一部として単純に割り切って考えるほうが簡明である。

49 裁判官ではない行政官である審査官は、裁判手続におけるのと同様のレベルで証拠による事実認定をすることはできないし、行政機関の一員として商標登録業務において公平・画一的な処理を実施すべき責務を負っている。ところが、識別力の有無に関する判断は、審査官の審査能力や世界観等によって左右され得る。そこで、「識別力があること」という抽象的な法律要件を審査における判断対象としているにも関わらず、より画一的な判断が可能な拒絶理由の例示という形で立法をしていると考えることができる。例示された拒絶理由は定型的な判断が可能な要件によって構成されている。しかし、これが実質的にみて限定列举ではないことは、同法3条1項6号、同法4条1項15号、16号の規定の立法形式から明らかである。

願人が出願している標章について「誤認のおそれがないこと」の証明に失敗し、かつ、審査官が当該標章について「誤認のおそれのあること」の証明に失敗した場合を想定してみると良い⁵¹。このような事例では、審査官が「誤認のおそれがあること」の存在を証明できていないという理由で拒絶査定をすることができないのではなく、逆に、商標登録出願人が「誤認のおそれのないこと」を証明していないという理由で、当該出願につき拒絶査定がなされなければならない。

以上を一般化・定式化すると、商標登録出願人は、審査官から指摘されたときは、商標法3条1項及び同法4条1項所定の事由が存在しないこと（換言すると、これらの条項所定の事由と矛盾する両立しない反対事実が存在すること）を主張・立証することによって、商標権発生のための実体的要件を充足していることを主張・立証すべきである。

以上のように解する場合、審査官が商標法3条1項各号及び同法4条1項各号所定のいずれかの事由があれば拒絶査定（同法15条1号）とすることができることの実質的意味は、「拒絶事由のいずれかが存在する場合には、審査官は、出願されている標章に識別力がないと判断することができる」ということにある。そして、商標登録出願人は、意見書（同法15条の2）等において、審査官によって指摘された事項につき、「拒絶事由がないこと」を主張・証明するのではなく、「拒絶事由と両立しない反対事実があること」を主張・立証することによって、結果的に、当該標章に識別力があることを主張・立証することになる。

審査官が審査（同法14条）の際に拒絶の理由を発見できなければ商標登録がなされなければならない（同法16条）。審査官が拒絶の理由を発見したと認識すれば、当該商標登録出願の瑕疵を指摘する行政行為として拒絶理由の通知（同法15条の2）がなされる。そして、商標登録出願人の意見書における主張や補正等を考慮しても当該瑕疵が解消されず、実体的成立要件に該当する事実の立証がないと審査官が判断する場合には、拒絶査定という行政処分がなされることになる（同法15条）。

50 知財高裁平成18年（行ケ）第10374号審決取消請求事件平成19年3月28日判決・判例時報1981号79頁は、アサヒビール株式会社から商標登録出願された「本生」を圖案化した標章に関して、①商標法4条1項16号所定の「商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれがある商標」に該当するとした原審決の判断には誤りがあるが、②同法3条1項3号の拒絶事由があるとした原審決の判断及び同法3条2項に該当するとは認められないことから同法3条1項3号の拒絶事由があるとした原審決の判断に誤りはないとして、審決取消請求を棄却した。この判決の評釈として、『平成19年度主要民事判例解説（別冊判例タイムズ22）』254～255頁【田中孝一】がある。

51 あくまでも机上の設例としては、商標法4条1項1号所定の「外国の国旗」に関してもノンリケットの状態が発生し得る。例えば、商標登録出願された標章がA国の元の国旗Xと同じ圖案のものであったところ、審査官が審査した時点では革命によりA国の国旗が国旗Yに変更されており、そのために審査官としては出願された標章がA国の元の国旗Xと同一圖案であることを理由に拒絶できない状態に陥ったが、その後、軍事クーデターによりA国の国旗が更に元の国旗Xに復しているらしいとの不確実な情報は入ったものの、現地が極めて混乱した状態にあるため各種情報が錯綜しており、出願人及び審査官は無論のこと、日本国の外務省でさえ正確な事実関係を確実に把握することができないという事態に陥ったといった事例を想定することができる。この架空の設例の場合、出願人は、出願にかかる標章がA国の国旗Xと同一圖案ではないということの証明ができず、かつ、審査官も出願にかかる標章がA国の国旗Xと同一圖案であるとの証明ができない状態にあると言える。この設例のような場合、審査官は、商標法16条所定の「拒絶の理由」を発見しており、該当事由の不存在を商標登録出願人が証明していないとの理由で同法15条により拒絶査定をすることができると解する。この場合、審査官は、拒絶理由を発見すれば足り、その拒絶理由となっている事実（反証に相当する事実）を立証する必要はない。ちなみに、もし現実にこのような事例が発生した場合、出願人がいったん出願を取り下げ、しばらく様子を見ることになるか、または、事実関係が明確になるまで手続の進行を一時的に停止する措置が採られることになるであろう。

理論的には以上のとおりであるが、現実の審査実務においては、抽象的な議論をしても意味がないので、審査官は、かなり具体的に事実及び証拠を示しつつ、拒絶理由となっている商標法3条1項各号または同法4条1項各号所定の各事由に該当することを通知し、商標登録出願人から意見書の提出を求めるのが通例である。このように具体的な事実及び証拠が示されるのは、審査の過程における争点を明確にするための措置ではあっても、審査官が商標権の不存在を主張・立証すべきであるとか、審査官が拒絶理由の存在を主張・立証すべきだとかいうことにはならない⁵²。

4.4 商標法46条1項1号に規定する要件

商標法46条1項柱書は、「商標登録が次の各号のいずれかに該当するときは、その商標登録を無効にすることについて審判を請求することができる。この場合において、商標登録に係る指定商品又は指定役務が2以上のものについては、指定商品又は指定役務ごとに請求することができる」と規定している。そして、同項1号は、「その商標登録が第3条、第4条第1項、第7条の2第1項、第8条第1項、第2項若しくは第5項、第51条第2項（第52条の2第2項において準用する場合を含む。）、第53条第2項又は第77条第3項において準用する特許法第25条の規定に違反してされたとき」と規定している⁵³。

この特許無効審判における立証責任に関し、知財高裁平成24年（行ケ）第10257号審決取消請求事件平成24年11月21日判決・裁判所サイト⁵⁴及び知財高裁平成24年（行ケ）第10258号審決取消請求事件平成24年11月21日判決・裁判所サイト⁵⁵は、登録商標が無効である原因については、拒絶事由を示す各条項に沿って個別になされるべきであると判示している。

登録商標の無効を主張する者が争点を明示し、審判の対象を明確化・特定すべきことは当然のこと

52 前掲小野・三山『新・商標法概説』140頁は、単に登録障害が「ないこと」を要するという意味で「消極的要件」と呼ばれると説明しているが、要件となっている事由の論理関係を厳密に考えると、同書にあるような説明だけでは不十分である。

53 商標登録の無効審判においては、拒絶事由の有無が主要な争点となることが多い。最近の裁判例としては、「宝焼酎」の構成部分と「粹」の構成部分とからなる「宝焼酎粹」との結合商標である登録商標に関する知財高裁平成26年（行ケ）第10029号審決取消請求事件平成26年6月18日判決・裁判所サイト、「LOOPWHEEL」との登録商法に関する知財高裁平成25年（行ケ）第10162号審決取消請求事件平成25年12月26日判決・裁判所サイト、「生クッキー」との登録商標に関する知財高裁平成24年（行ケ）第10242号審決取消請求事件平成24年11月14日判決・裁判所サイト、「アールシータバーン」との登録商標に関する知財高裁平成24年（行ケ）第10019号審決取消請求事件平成24年5月31日判決・裁判所サイト、「電装現代仏壇」との登録商標に関する知財高裁平成23年（行ケ）第10332号決取消請求事件平成24年5月31日判決・裁判所サイト、「空手道極真館」との登録商標に関する知財高裁平成22年（行ケ）第10343号審決取消請求事件平成23年12月22日判決・裁判所サイト、「堤人形」の文字と「つつみのおひなっこや」の文字を2段に横書きしてなる登録商標に関する知財高裁平成23年（行ケ）第10188号審決取消請求事件平成23年10月20日判決・判例時報2143号125頁、「黒糖ドーナツ棒」との登録商標に関する知財高裁平成22年（行ケ）第10356号審決取消請求事件平成23年3月24日判決・判例時報2121号127頁、「イルガツチェフェ」との登録商標に関する知財高裁平成21年（行ケ）第10229号審決取消請求事件平成22年3月29日判決・裁判所サイト、「太極柔力球」との登録商標に関する知財高裁平成21年（行ケ）第10075号審決取消請求事件平成21年11月26日判決・裁判所サイト等がある。

54 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/740/082740_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

55 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/741/082741_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

なので、その範囲内において同判決の説示に賛成する。しかしながら、既述のとおり、商標権者（商標登録出願人）は、商標権の実体的な成立を基礎づける事実として商標法3条1項各号及び4条1項各号所定の事由と矛盾する両立しない事実を主張・立証すべきである。従って、これらの判決が、無効を主張する者においてこれらの条項に該当する事実を立証すべきものと判示しているのだとすれば、その説示には賛成できない。

なお、商標無効審判の請求に関しては、無効原因の主張の提出時期に制限がある。知財高裁平成20年（行ケ）第10086号事件平成20年11月27日判決・裁判所サイト⁵⁶は、当初、商標法4条1項16号に違反して無効であるとの主張のみをし、後に商標法3条1項6号違反の主張を追加したとの事案について、「商標法56条1項、特許法131条の2第1項は、審判請求書の補正は、その要旨を変更するものであってはならない旨規定している。同規定は、審判当事者間の衡平と審理期間の短縮を図る趣旨で規定されたものである」、「原告らの行った上記無効理由の追加は、審判請求書に記載された無効理由とは内容の異なる無効理由を追加するものであり、被請求人の防御に大きな影響を与え、再度反論の機会を与えないと防御の機会を失わせるおそれのあるものといえることができる。したがって、審決が、原告らによる請求の理由の変更を、商標法56条1項・特許法131条の2第1項の規定により許されないものとして、請求の理由の変更により追加された無効理由である商標法3条1項6号への該当性について判断しなかった点に、手続上の誤りはない」と判示している。

4.5 商標法50条2項に規定する要件

商標法50条2項は、「審判の請求があった場合においては、その審判の請求の登録前3年以内に日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれかがその請求に係る指定商品又は指定役務のいずれかについての登録商標の使用をしていること」と規定し、被請求人（商標権者）がその登録商標使用の事実について証明責任を負っていることを明らかにしている⁵⁷。

商標使用（商標法50条2項）の事実の証明責任に関し、知財高裁平成22年（行ケ）第10359号審決取消請求事件平成23年3月17日判決・裁判所サイト⁵⁸は、「商標登録の不使用取消しの審判（商標法50条）では、商標の使用の事実に対する立証責任が被請求人である商標権者に課せられている。これは、使用を立証する立場の商標権者に十分に立証の機会を与えても、なお使用の立証が不十分である場合には商標権者の不利益に帰するという法理論であり、商標権者に十分な主張の機会が与えられることが制度の前提である」、「そうであるとする、少なくとも商標の使用を立証しようとしている商標権者の立証の機会をそぐことはなく、十分な期間的余裕を与えて立証の不備を追完させる必要があ

56 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/055/037055_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

57 商標法50条2項に規定する登録商標使用の事実、商標登録が既になされており商標権が発生した後の時点のことであるので、商標権発生のための法律要件ではない。ただし、商標権存続のための実体的要件として考えることは可能である。

58 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/173/081173_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

り、その機会を排除するべきでないのであって、商標権者において、商標の使用の立証ができない状態が審理において明確に確認されるまでは、審決を早計に出すべきではない」と判示している。

なお、最高裁平成3年4月23日判決・民集45巻4号538頁は、「商標登録の不使用取消審判で審理の対象となるのは、その審判請求の登録前3年以内における登録商標の使用の事実の存否であるが、その審決取消訴訟においては、右事実の立証は事実審の口頭弁論終結時に至るまで許されるものと解するのが相当である」と判示している。

4.6 審決取消訴訟における立証

審決取消訴訟においては、一般に、審査段階での主張と異なる主張をすることができないと解されている。

このこととの関係で、審決取消訴訟において提出する証拠方法にも制限があると考えられてきた。しかし、最高裁昭和35年12月20日判決・民集14巻14号3103頁は、下記のように判示している（旧法関係の事案）。

論旨はさらに、審決に対する訴訟では、審判の段階で主張されなかつた事実を主張することがゆるされないにかかわらず、原判決は、本訴で当事者が新しく主張した事実に基づいて判決をした違法があるというのである。しかし、本件審判における争点は、上告人の商標が法2条1項9号、11号に該当するかどうかであり、右の争点に関する限り、訴訟の段階でも、攻撃、防禦の方法として、新たな事実上の主張がゆるされないものではない。原審が事実審であり、「私的独占禁止及び公正取引の確保に関する法律」81条のような規定がない以上、審決に対する訴であるからといって、所論のように解することはできない。所論は立法論としては格別、現行法の解釈としては、結局、独自の見解というよりほかはなく、とることができない。

この点に関しては、知財高裁における近時の裁判例がある⁵⁹。ところが、特許権との関連で、最高裁昭和51年3月10日判決・民集30巻2号79頁は、「審決の取消訴訟においては、抗告審判の手續において審理判断されなかった公知事実との対比における無効原因は、審決を無効とし、又はこれを適法とする理由として主張することができない」と判示している。

これらの裁判例に示されている法理を整合的に理解しようとする場合、抽象的には理論構成することが可能であるが、現実の適用・応用の場面では様々な困難があることが指摘されている⁶⁰。

そこで、実質的な観点から考えてみると、審決取消訴訟における被告が特許庁長官である場合、特許庁長官は、行政組織としての特許庁の代表者であるので、当該訴訟における争点と密接な関係を有

⁵⁹ 知財高裁平成25年（行ケ）第10142号審決取消請求事件平成25年11月14日判決・裁判所サイト、知財高裁平成24年（行ケ）第10113号審決取消請求事件平成24年11月29日判決・裁判所サイト

する別訴等の他の訴訟事件における争点及び立証に関して、(観念的には)知らないということがあり得ない、または、知らないということが許されない⁶¹。このことは、審査官でも同じである。その結果、当該審決取消訴訟において、争点を同じくする別訴で提出された証拠等が新たに追加して提出されたとしても、特許庁にとって不意打ちになることが(観念的には)あり得ない。そして、審決取消訴訟において、争点を同じくする別訴で提出された証拠等が新たに追加して提出されても、それは、(観念的には)全て既知のこととして扱うべきである。これに対し、商標登録出願人の立場は、必ずしもそうであるとは言えない。

以上のように解した上で、実際の審決取消請求訴訟における訴訟運営のあり方について考察してみると、原審決の拒絶理由は全て認められないが、審決取消訴訟の裁判所が「別の拒絶事由が存在する」と判断したときは、出願人に意見書を提出させる機会を与えるのでなければ出願人に対する不意打ちの判決となってしまうことから、裁判所が自らの判断で別の拒絶事由に該当するとして棄却の判決をするのではなく、取消の判決をした上で、その判決理由中において別の拒絶事由の存否について更に審理すべきことを示すべきである。

この点について、特許法に関する裁判事例であるが、最高裁平成14年9月17日判決・裁判集民事207号155頁は、次のように判示しており、この理は、商標法の解釈・運用においても同じであると考える。

特許法153条2項は、審判において当事者が申し立てない理由について審理したときは、審判長は、その審理の結果を当事者に通知し、相当の期間を指定して、意見を申し立てる機会を与えなければならないと規定している。これは、当事者の知らない間に不利な資料が集められて、何ら弁明の機会を与えられないうちに心証が形成されるという不利益から当事者を救済するための

60 中山信弘『特許法(第2版)』(弘文堂、2012)287~289頁、田村善之『商標法概説』(弘文堂、1998)267頁、前掲小野・三山『新・商標法概説』559頁、田村善之「特許無効審判と審決取消訴訟の関係について」日本工業所有権法学会年報19号49~85頁、牧野利秋・飯村敏明編『新・裁判実務体系4知的財産関係訴訟法』(青林書院、2001)122頁〔宍戸充〕

61 もし関連訴訟等について何も知らないでいることが許されるとすれば、特許庁は、行政組織として、出願審査の際の職権調査をする能力を欠いており、職権調査を遂行する能力がもとより欠けているということにならざるを得ない。しかし、あくまでも建前上では、審査官は国家機関として職権調査をする十分な能力を具備しているとされ、それゆえに商標法は職権調査を基本としている(登録異議に関して商標法43条の9は職権調査を規定しているが、他の審理では職権調査を当然の前提としていることから、登録異議の場合にも職権調査によるべきであることを明確にするための条項である)。職権調査主義を採用している以上、審査官は、無知であることが許されない。ただし、特許庁長官、裁判官、審査官を含め、現実には生きていく人間は、神ではないので、全知全能であるはずがない。そこで立法論が必要になる。この問題を解決するには、現行法で想定されているような職権調査ではなく別の制度を構想する必要がある。例えば、対立当事者による訴訟構造をもち、主張・立証責任を明確化して審理が遂行される審理手続方式を基礎としつつ、審査長の職権探知を大幅に認めるような審理方式を構築することが考えられる。このような審理方式を導入することにより、権利実現のための責任が商標登録出願人にあることをより明確にすることができる。ただし、通説は、審査について、単純に行政処分であると考えているのみであり、その審理構造として当事者主義的な訴訟類似の構造を導入する可能性の有無については全く念頭に置いていないようである(前掲小野昌延編『注解商標法』343~345頁)。これは、社会学的に考察した場合、日本国の法制が古代の律令制度的な色彩を濃厚に残存させていることに起因すると考えられる。ドイツ行政法理論の継受による影響だけでは説明できない。本論文の主題から逸れるため、詳論は避ける。

手続を定めたものである。殊に、特許権者又は商標権者にとっては、特許又は商標登録が無効とされ又は取り消されたときにはその権利を失うという重大な不利益を受けることになるから、当事者の申し立てない理由について審理されたときには、これに対して反論する機会が保障されなければならない。しかし、当事者の申し立てない理由を基礎付ける事実関係が当事者の申し立てた理由に関するものと主要な部分において共通し、しかも、職権により審理された理由が当事者の関与した審判の手続に現れていて、これに対する反論の機会が実質的に与えられていたと評価し得るときなど、職権による審理がされても当事者にとって不意打ちにならないと認められる事情のあるときは、意見申立ての機会を与えなくても当事者に実質的な不利益は生じないということができる。

5 学説・判例を踏まえた考察

5.1 商標法3条1項3号

産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期又はその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、数量、態様、価格若しくは提供の方法若しくは時期を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標は、通常、どの事業者も自由に使用している一般名称の一種である。それは、商品特定して表示するために不可欠な符号的要素である。従って、この種の一般名称を特定の事業者の商品の商標として独占権を与えることは妥当ではないとされている。

この点について、最高裁昭和54年4月10日判決・裁判集民事126号507頁は、次のように判示している。この判決について、学説上、異論はないようである⁶²。

商標法3条1項3号に掲げる商標が商標登録の要件を欠くとされているのは、このような商標は、商品の産地、販売地その他の特性を表示記述する標章であって、取引に際し必要適切な表示としてなんびともその使用を欲するものであるから、特定人によるその独占使用を認めるのを公益上適当としないものであるとともに、一般的に使用される標章であって、多くの場合自他商品識別力を欠き、商標としての機能を果たし得ないものであることによるものと解すべきである。叙上のような商標を商品について使用すると、その商品の産地、販売地その他の特性について誤認を生じさせることが少なくないとしても、このことは、このような商標が商標法4条1項16号に該当するかどうかの問題であって、同法3条1項3号にかかわる問題ではないといわなければならない。そうすると、右3号にいう「その商品の産地、販売地を普通に用いられる方法で表示

62 前掲小野・三山『新・商標法概説』123頁、前掲茶園『商標法』43頁

する標章のみからなる商標」の意義を、所論のように、その商品の産地、販売地として広く知られたものを普通に用いられる方法で表示する標章のみからなるものであって、これを商品に使用した場合その産地、販売地につき誤認を生じさせるおそれのある商標に限るもの、と解さなければならぬ理由はない。

この判決では、商標法3条1項3号の立法趣旨として、この要件を欠如する場合には、「①特定人によるその独占使用を認めるのを公益上適当としないものであるとともに」、「②一般的に使用される標章であって、多くの場合自他商品識別力を欠き、商標としての機能を果たし得ないものであること」と判示している。すなわち、同法3条1項3号は、公益保護及び識別力の確保を立法趣旨としていることになる。ただし、この公益保護という考え方それ自体については、既述のとおりである。

ところで、この最高裁判決の判示中には、商標法3条1項3号の意義を同法4条1項16号所定の誤認を生じさせるおそれのある場合に限定されないとの部分がある。最高裁は、商標法3条1項3号所定の事由と同法4条1項16号所定の事由とは別個独立のものだと解していると理解することができる。

前述のとおり、商標法3条1項3号所定の事由があれば、原則として、同法3条1項6号及び同法4条1項16号所定の結果が生じるという因果関係を肯定すべきであるが、逆は真とは限らず、また、例外的な場合もあり得るから、私見とこの最高裁判決の判旨とは必ずしも矛盾するものではない（ただし、解釈の幅に広狭の差異は生じ得る。）。

なお、商標法3条1項3号所定の標章は、一般に、「記述的商標」と呼ばれている。米国の法理論においても「記述的商標（descriptivemark）」の概念が存在するが、これには2義あり、日本国の商標法について「記述的商標」との語を用いる場合と意味的に完全に一致しているわけではないので注意を要する⁶³。

5.2 商標法4条1項16号

商標法4条1項16号（商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれ）の立法趣旨については、一般に、「本号は公益保護を定めたものであり、除斥期間の適用はない（47条）。したがって、絶対的の不登録事由の1つである」と解されている⁶⁴。

確かに、商品の品質又は役務の質の誤認を生ずる場合、当該商標が示す品質等を信頼して取引関係に入った顧客が損害を被る蓋然性が高いことから、その意味で公益保護を定めたものと解することは妥当である。

しかしながら、商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれが生ずる場合、被害者となり得るのは、当該商標によって示される品質等を信頼した顧客だけではない。すなわち、同種・同類の商品・役務を提供する事業者との関係において、不当な競争妨害行為となることがあり得る。この場合において、そのような商品の品質又は役務の質の誤認を生ずるおそれのある商標を登録・使用する行為が

不正競争防止法違反行為に該当するか否かという点を一応措くと⁶⁵、基本的には、当該行為が自由競争の範囲内にあるか否かという私的な経済問題の一種であると解するのが妥当である。例えば、同種の商品を製造・販売する事業者X及びYがあり、同一の市場で競争関係にある場合において、Yの製造・販売する商品がXの製造・販売する商品よりも品質が著しく劣っているのにもかかわらず、見かけ上Xの製造・販売する商品よりもはるかに優良であるかの如き外観を有する標章を商標登録出願した場合などを想定することができる。このような公正な競争関係を阻害し得る場合についても、公益と呼ぶかどうかは論者の単なる趣味の問題に過ぎないのかもしれない。しかし、例えば、この事例において、同法4条1項16号の該当性判断は客観的諸事情から社会通念に従ってなされると一般に解されていることから⁶⁶、仮に一般顧客における誤認に基づく被害の発生のおそれが少なくても不当な競争妨害的効果が客観的に認められる場合には、やはり同号の該当性ありと判断すべきことになり、そ

63 米国における一般的な法概念としての「descriptive mark」の一方の語義は、商品の原料の特徴や品質を（暗示するのではなく）直接的に記述する標章のことを指す。例えば、色彩、機能、成分等を直接的に示す標章がそれに該当する。他方の語義は、消費者が消費財である商品の（原料ではなく）製造者や役務提供者と関連付けるように記述された標章のことを指す。前者は、日本国の商標法3条1項3号所定の事由に該当するが、後者はそうではない。前者の場合について、米国の商標法1052条(e) (15 U.S.C. § 1052 (e))は、「No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it—」, 「(e) Consists of a mark which (1) when used on or in connection with the goods of the applicant is merely descriptive or deceptively misdescriptive of them, (2) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically descriptive of them, except as indications of regional origin may be registrable under section 4 [15 USC 1054], (3) when used on or in connection with the goods of the applicant is primarily geographically deceptively misdescriptive of them, (4) is primarily merely a surname, or (5) comprises any matter that, as a whole, is functional.」と規定し、この場合には商標登録出願が拒絶されるものとしている。この米国法の規定から考えると、例えば、エッセンシャルオイル（精油）の原料を示す植物名のみで単純に構成される標章は、前者の意味での「descriptive mark」に該当し、商標登録出願が拒絶されるべきものに該当すると考えられる。原料の名前は、その原料を用いて商品を製造する事業者が等しく用いる一般名称であり、特定の事業者のみに独占的使用を許すことは妥当ではない。日本国の商標法では、同法3条1項3号の「原材料」に該当する。また、非常に多くの事例において、「原材料」を示す一般名称は、同法3条1項4号所定の「ありふれた名称」にも該当し得る。仮にその名称がありふれたものでなければ、当該原材料を用いて事業者が商品を製造することに困難を生ずることになるであろう。なお、前掲小野・三山『新・商標法概説』123頁は、記述的標章（descriptive mark）を規律する米国商標法の条文として「2条(c)」を示している。これは、米国の商標法1052条(c) (15 U.S.C. § 1052 (c))を意味するものと解されるどころ、同条(c)は、「(c) Consists of or comprises a name, portrait, or signature identifying a particular living individual except by his written consent, or the name, signature, or portrait of a deceased President of the United States during the life of his widow, if any, except by the written consent of the widow.」と規定し、生きた人間の氏名、写真、署名を標章とする商標の場合に関する条項である。日本国の商標法では、3条1項4号が相当する（ただし、日本国商標法3条1項4号の適用範囲は、米国商標法1052条(c)の適用範囲よりも広い）。

64 前掲小野・三山『新・商標法概説』166頁

65 関連する論文として、帖佐隆「判例検討『日奈久ちくわ』事件—「産地名+普通名称」のみからなる登録商標における商標権侵害の成立性、および不正競争防止法2条1項14号の成立性について（福岡高裁平成22.11.9判決、大阪地裁平成23.10.20判決）」久留米大学法学67号112～70頁、小島庸和「不正競争による商標登録」高千穂論叢42巻1号1～13頁、金子俊哉「特許権の侵害者に対する独占的通常実施権者の損害賠償請求権」知的財産法政策学研究21巻203～238頁、水谷直樹「知的財産権判例ニュース商標法53条1項所定の商標の不正使用を認めた事例[知的高等裁判所平成19.2.28判決]」発明104巻5号66～68頁、寒竹恭子「商標権侵害訴訟における混同のおそれの立証責任とフェア・ユースの抗弁—合衆国最高裁2004年12月8日判決（KPパーマナント・メイクアップ事件）の評釈」知財研フォーラム64号50～54頁がある。

66 前掲小野・三山『新・商標法概説』166頁、前掲茶園『商標法』60頁。なお、前掲『商標審査基準』53頁は、「その品質又は質がその商品又は役務に現実に存在すると否とを問わず、その商品が有する品質又は役務が有する質として需要者において誤認される可能性がある場合をいう」としている。

の場合について公益保護という観点が極めて希薄なものとならざるを得ないことは避けられない⁶⁷。

そして、何よりも、同法4条1項16号の基本骨格は、商品の品質または役務の質に関する識別力の欠如を問題にしているという点を見失ってはならない⁶⁸。同号の場合、識別力の欠如によってもたらされる社会的影響は、顧客（需要者）の誤認に起因する諸々の被害であるかもしれないし、不当な競争制限的結果であるかもしれないが、それらは、誤認の結果生ずるものであり、その原因となっている誤認の本質が商品の品質または役務の質に関する識別力の欠如にあることは疑うべき余地がない。結局、基本的な論理構造を重視するか結果を重視するかという観点の相違により、この点に関する議論が生ずることになると理解される。

以上のような理由により、同法4条1項16号の立法趣旨について、公益保護だけにこだわる見解には賛同し難い。複数の異なる性質をもつ立法趣旨が重疊的に存在していると解するべきであろう。

5.3 関連する裁判事例

知財高裁における商標法3条1項3号及び同法4条1項16号所定の事由に関する法解釈は一貫してのように思われる。以下、本論文における検討課題と関連する比較的最近の裁判事例として、同法3条1項3号の該当性が争点となった近時の裁判事例を適宜分類整理し、その主要な判示部分を摘示する⁶⁹。加えて、Elemis 事件判決との関連で若干の検討を試みる。

67 前掲小野・三山『新・商標法概説』90～91頁は、商標法と不正競争防止法との関係を論じているが、ここでもまた公益保護が立法趣旨であるとの見解に依拠していると考えられる。しかし、事業者間の経営上・経済上の競争は、徹頭徹尾「私利私欲の追求」であり、自己の経済的欲望の実現・充足行為（公益ではなく私益）なのであって、それ自体としては公益保護と同価値のものではない。私益を保護することは日本国の公序の一部であるが（脚注6参照）、「公序＝公益」という図式が常に成立するわけではない。国民の圧倒的多数にとって何の利益にならず著しく不快なものであっても「公序」である社会規範は存在し得る。「単純な自由競争が公益に適う」という考え方は、アダム・スミス（1723～1790）の時代には是認されたかもしれない（「見えざる手」による「予定調和」説）。しかし、そのような考え方が幻想に過ぎないことは、現在までの歴史によって既に判明している。他方で、社会主義や共産主義の経済理論等を基礎とする計画経済により公益保護が達せられると単純素朴に考えることのできる時代が既に遠い過去のことであることもまた否定できない事実である。現代の資本主義社会は、一定の範囲内で私利私欲を実現することを適法行為とみなすことを基礎として成立している。その行き過ぎを是正する法的措置は公益保護という概念を用いて評価することが可能であるが、不当な競争妨害的行為を抑止するための法的措置は、単純に私利私欲（私益）の実現に寄与し、国家として助力しているのに過ぎないから、これをもって公益保護と呼ぶことは誤りである。従って、「公益保護」との語は、安易に用いるべきではない。

68 一般に、品質・質に対する評価は、定量的というよりも定性的なものであることが圧倒的に多い。そのため、定量的な問題として理解されがちな識別力の概念が品質・質に対する評価の場合には成立しないとの誤解が存在するかもしれない。しかし、定性的な問題についても明らかに識別力の有無・程度の問題が存在する。ただ、その表現方法が純粋に定量的な問題の場合と比較してやや面倒だという側面があることは否定できないが、これは程度問題に過ぎない。例えば、ある物体について「酸性度が高いか」または「酸性度が低い」という課題では、判断の基準点が固定されていないので唯一の解を得ることができない。これに対し、ある物体について「酸性か、中性か、アルカリ性か」という課題では、基準点が固定されているので定量的な測定が可能であり、解を得ることができる。

69 判決理由の一部を示す部分において、原文中では証拠等の表示がなされていても、便宜、これを削除して記載した。

「浅間山」を文字で示す標章の事例（事例1）

知財高裁平成25年（行ケ）第10332号審決取消請求事件平成26年6月30日判決・裁判所サイト⁷⁰は、「浅間山」との標章について、次のような判断を示し、商標法3条1項3号に該当するとした原審決の判断に誤りはないとして、不成立とした原審決に対する審決取消請求を棄却する判決をした。

観光地では各種の土産物や特産品が生産、販売されるが、その際、商品の種類にかかわらず、当地又は近隣の観光名所の名称を付して商品を生産、販売したり、当該観光名所ないしその近郊を商品ないし主原材料の産地として宣伝したりすることは、一般的に行われている。実際、長野県・群馬県境にある浅間山の山麓及び周辺地域で生産された商品等を提供、販売する飲食店や販売店は、当該商品等の販売や宣伝に当たって、商品ないし主原材料の産地を表すものとして「浅間山」の名称を使用している。本願指定商品である地ビールやミネラルウォーター、その他の清涼飲料水についても、同様である。そして、山岳名を使用して、その山麓や周辺地域の商品の販売や宣伝が行われているのは、群馬県吾妻郡嬬恋村と長野県北佐久郡軽井沢町・同郡御代田町にまたがる浅間山地域に限られない。

そうすると、本願指定商品の種類、性質からして、その取引者、需要者は一般の消費者であると考えられるところ、これらの者が本願商標を付した商品に接した場合、長野県・群馬県境にある浅間山の周辺地域で製造された商品と認識するにとどまるというべきである。

他方、本願商標は「浅間山」の文字を標準文字により表してなるから、「普通の用いられる方法」で表示されている。

したがって、本願商標は、単に、商品の産地、販売地を表示するにすぎないことになるから、商標法3条1項3号に該当すると認められる。よって、審決の結論に誤りはない。

「美ら島」を文字で示す標章（事例2）

知財高裁平成25年（行ケ）第10188号審決取消請求事件平成25年11月27日判決・裁判所サイト⁷¹の事案は、「美ら島」との標章に関するものである。知財高裁は、次のような判断を示し、商標法3条1項3号及び同法4条1項16号に該当するとした原審決の判断に誤りはないとして、不成立とした原審決に対する審決取消請求を棄却する判決をした。

本願商標は、これをその指定商品に使用した場合、取引者・需要者が、「沖縄」を容易に認識し、その商品が沖縄県産のものであることを理解することから、自他商品の識別標識としての機能を

⁷⁰ http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/314/084314_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

⁷¹ http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/778/083778_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

果たさず商標法3条1項3号に該当すると判断するのが相当である。また、本願商標から認識される産地でない指定商品に本願商標を用いることは、品質の誤認を生じさせることになるから、同法4条1項16号に該当すると判断するのが相当である。

本願商標は、商標法3条1項3号及び同法4条1項16号に該当するとした審決の判断に誤りはない。

「フラワーセラピー」を文字で示す標章（事例3）

東京高裁平成13年（行ケ）第208号審決取消請求事件平成13年12月26日判決・裁判所サイト⁷²の事案は、「フラワーセラピー」との標章に関するものである。東京高裁⁷³は、次のような判断を示し、商標法3条1項3号及び同法4条1項16号に該当するとした原審決の判断に誤りはないとして、不成立とした原審決に対する審決取消請求を棄却する判決をした。

（2）そして、本願商標の表示態様は、以下のとおり、指定商品である「せっけん類、香料類、化粧品」につき、その品質、効能を表すものとして取引者、需要者に認識されるものと認められる。

すなわち、本願商標の指定商品である「せっけん類、香料類、化粧品」のうち、人の身体用のせっけん類及び化粧品は、身体の清潔、美容等を直接の目的とするものであるが、そのことによって、あるいはそのこととともに、使用する者の心理的・生理的状态を良好に保つという点で、心身の健康に寄与する効能を併せ持つものがあることは明らかであり、また、そのことは、香料類についても同様である。そして、このような心身の健康に寄与する効能の側面において、これらの商品の色や香りが一定の役割を果たすことも明らかである。したがって、このような商品は、色や香りにより、使用する者の心理的・生理的状态を良好に保ち、心身の健康に寄与するという側面における品質、効能も併せ持つものといえることができる。

他方、本願商標が「フラワーセラピー」の片仮名文字を横書きしてなることは、当事者間に争いがないところ、代表的な国語辞書にも、「フラワー」(flower)につき「花」と、「セラピー」(therapy)につき「治療。療法。薬品や手術を用いないものをいう。」と掲記されている（株式会社岩波書店発行「広辞苑第五版」）とおり、「フラワー」、「セラピー」の各語は、それぞれ上記の意味を有する外来語としてなじみがあるといえるから、これらが結合した「フラワーセラピー」の語が「花を手段とする治療、療法」の意味合いを有することは、その語の構成自体によって容易に認識し得るものといえることができる。

（中略）

⁷² http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/110/012110_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

⁷³ 知的財産高等裁判所設置法施行前の事件である（施行日は平成17年4月1日）。

(3) 原告は、審決の上記認定に関し、本願商標の指定商品である「せっけん類、香料類、化粧品」が、医薬品や健康食品ではないから、「身体の健康」を目的とするものではない旨、また、きれいな色を見たり、良い香りをかいだりすれば良い気分になるというだけのことを「生理・心理的效果に好影響を与える」ともってまわった認定をすることが誤りであり、色や香りによって、体や心に引き起こされる生理・心理的效果に好影響を与えることは、本願商標の指定商品の重要な品質特性の一つとはいえない旨、本願商標の取引者、需要者において、本願商標を「花の色や香りを配合することにより、体や心の生理・心理的效果（治療）に好影響を与えるようにしたもの」と把握する者はいない旨主張するが、上記説示のとおりであるから、その各主張はいずれも採用し難い。

(中略)

(5) したがって、審決が、「本願商標『フラワーセラピー』に接する取引者・需要者は、その文字から『花の色や香りを配合することにより、体や心の生理・心理的效果（治療）に好影響を与えるようにしたもの』であることを表示したものととして把握するに止まり、自他商品を識別するための標識とは認識し得ない」との認定を前提とし、「本願商標は、その指定商品中『花の色や香りを配合した商品』に使用するとき、フラワーセラピー効果を有するものであること、即ち、単に商品の品質、効能を表示するにすぎないものであり、また、前記商品以外の商品に使用するとき、商品の品質について誤認を生じさせるおそれがあるものといわざるを得ない」として、本願商標の商標法3条1項3号、4条1項16号該当性を肯定したことに誤りはない。

「オレンジチェリー」を文字で示す標章（事例4）

平成19年（行ケ）第10387号審決取消請求事件平成20年7月30日判決・裁判所サイト⁷⁴の事案は、「オレンジチェリー」との標章に関するものである。知財高裁は、次のような判断を示し、商標法4条1項16号に該当するとした原審決の判断に誤りはないとして、不成立とした原審決に対する審決取消請求を棄却する判決をした。

「オレンジ」はみかん科の果実の名称又はオレンジ色を指すものとして、「チェリー」もまた果実であるさくらんぼを指すものとして、それぞれ一般に認識されるものであると認められる。そして、上記ウ及びエのとおり、「チェリー」その他の果実を指す語の前に「スイート」、「サワー」、「アメリカン」等、別の語が付加されて使用される例が少なからず見受けられるところ、これら付加される語はいずれも「チェリー」その他の果実を修飾するいわば形容詞として使用されていること、殊に、「ブラック」、「レッド」、「ゴールデン」等、色に関する語が付加された場合には、

⁷⁴ http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/674/036674_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

果実の色自体を指すものとして用いられていることが認められる。

そうすると、「オレンジチェリー」とする本願商標に接した場合、取引者及び需要者は果実としての共通性からミカン科の果実であるオレンジとさくらんぼのミックスしたものないしそれに関連した新種の果実を想起したり、また、「オレンジ」がオレンジ色をも意味する語であることからして、上記のような形容詞的な用法として「オレンジ色のチェリー（さくらんぼ）」を想起することがあり得るものと認められる。

そうすると、「オレンジチェリー」との本願商標を、その指定商品である「果実」に用いた場合には、取引者及び需要者において当該商品が「さくらんぼ」の一種（例えば、オレンジ色がかつたさくらんぼ等）を指すものとして認識されることがあり得るというべきであるから、これを「さくらんぼ」以外の果実に用いた場合には、商品の品質の誤認を生ずるおそれがあるというべきである。

（中略）

さらに原告らは、平成13年に外来種の食用ホオズキを交配して、新商品である食用ホオズキ「オレンジチェリー」を開発したものであり、この「オレンジチェリー」は、既にインターネット市場又は一般商取引でその名が広く認知され、独自の識別商標としての機能を有していると主張する。

しかし、本件における全証拠をもってしても、「オレンジチェリー」の名称が「さくらんぼ」との誤認を生じるおそれがないほどに一般商取引で広く認知されているとまでは認めることはできないし、また、原告らの上記主張を前提としても、指定商品である「果実」全般のうち、食用ホオズキ以外の果実との関係ではなお誤認を生じるおそれがあることを否定できないから、原告らの上記主張は採用することができない。

「ほっとレモン」を図案化した標章（事例5）

知財高裁平成24年（行ケ）第10352号商標登録取消決定取消請求事件平成25年8月28日判決・裁判所サイト⁷⁵の事案は、「ほっとレモン」との登録商標について、訴外サントリーホールディングス株式会社の申立てにかかる異議（商標法43条の2第1号）を認め、商標登録を取り消すとした商標登録取消決定（同法43条の3）に対し、商標権者（原告）が取消請求（同法63条）をしたというものである。知財高裁は、次のような判断を示し、商標法3条1項3号に該当し、同条2項の場合には該当しないとされた原決定の判断に誤りはないとして、商標登録取消決定に対する取消請求を棄却する判決をした⁷⁶。

75 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/510/083510_hanrei.pdf [2014年10月18日確認]

(1) 本件商標の構成等

本件商標は、別紙商標目録記載1のとおり、本件文字部分を上下2段に横書きし、これを本件輪郭部分で囲んだ構成からなり、これらの文字と輪郭線とを同じ赤系色で彩色したものである。

本件文字部分のうち、片仮名「レモン」部分は、指定商品（第32類「レモンを加味した清涼飲料、レモンを加味した果実飲料」）を含む清涼飲料・果実飲料との関係では、果実の「レモン」又は「レモン果汁を入れた飲料又はレモン風味の味付けをした飲料」であることを意味し、また本件文字部分のうち、平仮名「ほっと」部分は、上記指定商品との関係では、「熱い」、「温かい」を意味すると理解するのが自然である。また、本件輪郭部分については、上辺中央を上方に湾曲させた輪郭線により囲み枠を設けることは、清涼飲料水等では、比較的多く用いられているといえるから、本件輪郭部分が、需要者に対し、強い印象を与えるものではない。さらに、「ほっとレモン」の書体についても、通常の工夫の範囲を超えるものとはいえない。

この点、原告は、「ほっと」は、「人をほっとさせる」「人がほっとしたいとき」を意味し、「温かい」を意味するものではないかのような主張をする。しかし、①「温かいレモン風味の味付け等をした飲料」を総称する名称（称呼）としては、「ほ」「っ」「と」「れ」「も」「ん」があり、それ以外の名称（称呼）を一般的に確認することはできないこと、②「温かいレモン風味の味付け等をした飲料」としての「ほ」「っ」「と」「れ」「も」「ん」の表記は、「ホットレモン」のみならず片仮名と平仮名の組合せである「ほっとレモン」も用いられていたこと、③「レモン」以外の果実等の風味を付加し、温かい状態で飲まれることを想定した清涼飲料水等においても、平仮名「ほっと」の文字が使用される例は、少なくないこと等に照らすならば、原告の上記主張を採用することはできない。すなわち、本件に現れたすべての証拠によるも、本件商標について、「熱い」、「温かい」との観念が生じることを否定する事実は認められない。

(2) 小括

そうすると、「ほっとレモン」との文字及びそれを囲む輪郭部分の組合せからなる本件商標は、本件商標の指定商品（「レモンを加味した清涼飲料、レモンを加味した果実飲料」）との関係では、商標法3条1項3号所定の「商品の……品質、原材料……を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」に該当するというべきである。

76 商標法3条1項3号の該当性が争点となった商標登録取消決定取消請求の事案としては、他に「オタク婚活」との登録商標に関する知財高裁平成25年（行ケ）第10341号商標登録取消決定取消請求事件平成26年5月14日・裁判所サイト、「海底遺跡」を図案化した登録商標に関する知財高裁平成19年（行ケ）第10013号商標登録取消決定取消請求事件平成19年7月12日判決・裁判所サイト、「新美脚」を図案化した登録商標に関する知財高裁平成17年（行ケ）第10484号商標登録取消決定取消請求事件平成18年1月30日・裁判所サイト、「ちりめん洋服」との登録商標に関する東京高裁平成13年（行ケ）第181号商標登録取消決定取消請求事件平成14年1月31日判決・裁判所サイト等がある。

5.4 裁判事例の考察

A 地理的名称との関連

5.3の裁判事例に示した事例1及び事例2は、単純に地名を示す文字列を標章とする商標登録出願事例である。判決中の判断にあるように、そのような標章が識別力に欠けるものであり、商標法3条1項3号に該当することについては、特に異論はないものと思われる。具体的に言えば、「浅間山」との語は、全国各地にある同名の山だけではなく、全国に非常に多数存在する「浅間山神社」等においても普通に使用されている⁷⁷。「美ら島」に関しては、NHKのテレビドラマ等の影響もあって、それが沖縄を示すものであることが全国に周知されており、しかも、沖縄に企業活動の拠点を置いていない事業者を含め極めて数多くの多種多様な事業者が普通に「美ら島」との語を現に用いている⁷⁸。そのことから、これらは、特定の種類に属する商品・役務を具体的に示すものとしての識別力を欠いているものと言わざるを得ない。そして、そのような地名だけで構成されている語の使用を特定の者だけに認めることは日本国の公序に反するものとして許されない（これを通説・判例の表現で言い換えると、公益目的に反し、許されないということになる。）。

このような地名における識別力の欠如は、産地としての識別力にも直結することになる（商標法3条1項2号）。同一の地域から多種多様な農作物が産出し、商品が出荷される以上、特定の種類に属する事業者だけに産地その他の地理的名称の独占的使用を認めることはできない⁷⁹。

これを *Elemis* 事件判決との関連で考えてみると、ある産地を示す地理的名称を表示するだけで特定の種に属する植物（香料等の原材料）の品質がほぼ自動的に評価されてしまうという関係が成立する場合があります。ことに留意すべきである⁸⁰。また、地理的名称によって示される産地・販売地に関して、最高裁昭和61年1月23日判決・裁判集民事147号7頁は、次のように判示している。

77 特許庁の『商標審査便覧』の「41.103.02山岳名、河川名、建造物の名称等に関する商標について」には「湖沼、山岳、河川、公園等の名称又は図形（これらの結合を含む。）を表示する標章のみからなる商標は、これが著名な観光地（その所在地又は周辺地域を含む。）として一般の需要者、取引者に認識されているものであって、使用する商品が、当該地で生産され、販売されているものであろうと認識されるものである場合は、これを当該商品の産地又は販売地を表示するものとして扱う」とある。

78 前掲『商標審査便覧』の「41.103.01外国の地名等に関する商標について」の「2. 地名」には、「(イ) 首都名、(ロ) 州名、(ハ) 県名、(ニ) 州都名、(ホ) 省名、(ヘ) 省都名、(ト) 郡名、(チ) 県庁所在地（県都）、(リ) 旧国名、(ヌ) 旧地域名、(ル) 地方名、(ヲ) 市、特別区、(ワ) 著名な繁華街、(カ) 著名な観光地については、直接商品の産地、販売地（取引地）又は役務の提供場所（取引地）であることが辞書その他の資料に記載されていないとしても、産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）に結びつき得る要因があれば、原則として産地、販売地（取引地）又は提供地（取引地）を表すものとして拒絶する」とある。

79 農林水産省の考え方は、特許庁における基本的な理論構成とはまた別である（詳細は省略する。）。そして、商標法における通常の見解とは別に、特定の産地表示をいかにして法的に保護するかという問題が存在していることも事実である。結局のところ、国家政策という法解釈学の枠よりも遙かに大きな政治的・経済的要因によりものごとを決着せざるを得ない検討課題が多過ぎるということに尽きるかもしれない。なお、このような問題に関する国際的動向（主要各国の立法）については、Michael Blakeney, *The Protection of Geographical Indications: Law and Practice*, Edward Elgar, 2014が参考になる。

80 前掲知財高裁平成21年（行ケ）第10229号審決取消請求事件平成22年3月29日判決など

商標登録出願に係る商標が商標法3条1項3号にいう「商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」に該当するというためには、必ずしも当該指定商品が当該商標の表示する土地において現実に生産され又は販売されていることを要せず、需要者又は取引者によって、当該指定商品が当該商標の表示する土地において生産され又は販売されているであろうと一般に認識されることをもつて足りるというべきである。原審の適法に確定した事実関係のもとにおいては、本件商標登録出願に係る「GEORGIA」なる商標に接する需要者又は取引者は、その指定商品であるコーヒー、コーヒー飲料等がアメリカ合衆国のジョージアなる地において生産されているものでありと一般に認識するものと認められ、したがって、右商標は商標法3条1項3号所定の商標に該当するというべきである。

この最高裁判決の判示するところについて、学説上では特に異論はないようである。この最高裁判決の判旨から応用して解釈すると、ある地理的名称を表示するだけで特定の種に属する植物（香料等の原材料）の品質がほぼ自動的に評価されてしまうという関係が成立する場合、その地理的名称で示される地域において現実に当該植物が生産されていなくても、一般にそのように認識されていれば、商標法3条1項3号所定の「商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」に該当し得る。この場合、商標登録出願人は、「商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなるものではないこと」を基礎づける事実を主張・立証しなければならない。

B 一般名称だけで構成される場合

一般名称だけで構成される標章については、商品・役務の区分との関係で、商標法3条1項3号及び4条1項16号の該当性の有無が判定される。

5.3の裁判事例に示した事例3は、「フラワー」及び「セラピー」という一般名称の組み合わせによって構成された標章に関するものである。事例3の判決が判示しているとおり、指定商品「花の色や香りを配合した商品」に使用した場合、商標法3条1項3号、4条1項16号に該当することは異論がないものと思われる。「フラワー」の意味する「花」は、全ての顕花植物が有する必須的生殖器官の名であるので、植物との関連では最も抽象レベルの高い一般名称である。

5.3の裁判事例に示した事例4は、「オレンジ」及び「チェリー」という一般名称の組み合わせによって構成された標章に関するものである。この標章が実際に使用される植物はホオズキの交配品種である。事例4の判決が判示しているとおり、商品である植物種の認識に関して誤認の恐れがかなり高いと言えることができる。この判決の商標法4条1項16号に該当するとの結論に異論はないと思われる。一般に、このようなタイプの名称（標章）は、種苗法に基づく品種登録によって保護されるべきものであり、商標権によって保護されるべきものではない。

5.3の裁判事例に示した事例5は、「レモン」という一般名称を含む標章に関するものである。「レモン (Lemon)」は、ミカン科 (*Rutaceae*) のミカン属 (*Citrus*) に属する植物一般を指す通称の一つである。同科同属の植物の中には、レモンとの通称を持つ一群の植物の香りとの質的相違により「オレンジ (Orange)」との通称を有するものもある。事例5の判決は、指定商品である「レモンを加味した清涼飲料、レモンを加味した果実飲料」との関係では、商標法3条1項3号所定の商品の「品質」、「原材料」を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標であると判示している。この結論に異論はないものと思われる。事例5は、Elemis 事件との近似性が最も高い。

判決の当否という観点からは以上のように評価すべきものと考えられる。しかし、これらの名称は、そもそも商標法3条1項4号にも該当し得るものである。この点でも事案として Elemis 事件との近似性があると考えられることができる。

5.5 Elemis 事件に即した検討

A 商標法3条1項3号の「原材料」

「原材料」を示す名称を「普通に用いられる方法で表示する標章」の場合、当該原材料を示す名称の一般的な周知性は問題となり得ないと解する。問題となる商品・役務区分の範囲内において、当該原材料を示す名称で構成された標章が用いられた場合、その原材料が現実に輸入され原材料として利用されていなくても、客観的には当該商品・役務区分の範囲内において誤認のおそれを生じさせ得る。このことは、商標登録出願人が製造・販売する商品の中に当該標章によって示される原材料が一切使用されていない場合でも同じである。この場合には、使用成分の誤認を常に発生させ得ることになるから、不正競争防止法、消費者契約法及び景品表示法の運用上でも派生的な問題を生じさせ得る。すなわち、商標登録出願行為それ自体を権利濫用行為と認めるべき場合があり得る。

それゆえ、商標登録出願人等の権利者は、原材料であることを示す名称であるか否かが争点となっている事案においては、当該出願にかかる標章がいかなる意味においても原材料を示すものではないことを基礎づける事実を主張・立証すべきである。そして、例えば、「日本国外では原材料名を示す名称ではない場合であっても、海外では一般的に原材料を示す名称であること」を審査官から指摘され補正を求められたときは、商標登録出願人は、既に立証の可能性が実質的に失われていると理解すべき場合が多いであろう（審査官の理解・判断に錯覚や誤解が含まれているといったような例外的な場合を除く。）。

Elemis 事件では、「Elemi」または「Elemis」との名が原告の指定商品及び指定役務である化粧品や香水等の領域に属するエッセンシャルオイルの原料として使用されている例を示された時点で、商標登録の可能性が消滅していたと理解すべきである。

B 商標法4条1項16号の「誤認のおそれ」

商標法3条1項3号と同法4条1項16号の論理的な関係については既述のとおりである。前者に該当する場合には、後者の該当性がほぼ自動的に成立することになる。

論理構造上全く別の場合など特殊な例外を除き、商標法3条1項3号に該当していないことの立証に失敗した権利者（商標登録出願人等）が同法4条1項16号に該当しないことの立証に成功する可能性はない。

C まとめ

以上のとおり、Elemis事件に即して考えてみると、Elemisが植物の通名であり、商標法3条1項3号所定の「原材料を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」に該当する。これを立証責任の観点から言い換えると、原告は「Elemis」との標章が当該商品・役務区分の領域において「識別力を有すること」を基礎づける事実の立証に失敗していることになる。

また、仮に「Elemi」または「Elemis」が特定の植物種の出産地・生産地を指す場合または特定の植物の出産地・生産地を推測させる場合であっても「商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」に該当することになる。これを立証責任の観点から言い換えると、原告は「Elemis」との標章が当該商品・役務区分の領域において「商品の産地又は販売地を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標ではないこと」を基礎づける事実の立証に失敗していることになる。

結局、どちらにしてもElemis事件判決の結論に変わりはないという結論になる。

Elemis事件判決は、審決取消請求訴訟であり、原審決における拒絶理由の判断に誤りがあるか否かが争点となり、その争点に沿って審理された。Elemis事件判決の判決理由及び結論は、それ自体としては妥当である。

しかし、客観的に観察した場合、Elemis事件における本願商標については、商標法3条1項3号だけではなく、同項4号の拒絶事由が存在する。むしろ、Elemis事件においては、同項4号の事由に該当するとの理由によって拒絶査定とするのが筋だったのではないかと考える。

すなわち、各種の植物組織から精製されるエッセンシャルオイル（精油）の流通状況について実際に調べてみると、海外においては無論のこと、日本国内においても、香料として「エレミ油」、「エレミ精油」、「エレミ・エッセンシャルオイル」等が流通している。これが商品の原材料を示す名称（商標法3条1項3号）に該当することは言うまでもない。しかし、一般に、現実社会においては、エッセンシャルオイルが商標法における商品・役務区分とは全く関係なしに様々な用途に用いられることからすると、商標法3条1項3号と同時に、「ありふれた名称を普通に用いられる方法で表示する標章」（同法3条1項4号）にも該当すると考えられる。

Elemis 判決の判決理由を素直に読むと、「ありふれた名称を普通に用いられる方法で表示する標章」(同法3条1項4号)に該当することを判示するものとしても読み得る部分が随所にある。ただ、同判決において、そのことが明示されていないのは、原審決において商標法3条1項4号を拒絶理由とはしていないが故であるということに尽きる。

6 結語

以上で本論文における検討を終える。

本論文では、従来の知的財産法学においてあまり詳しく研究されていない立証責任との関連に特に留意した検討結果を明らかにすることができた。現実の立証のための手段・方法に関しては、今後、ビッグデータの活用等により、コンピュータ上で使用可能な語彙が飛躍的に拡大する可能性がある。その結果、従来の一般的な国語辞書等を使用した審査では到底追いつかない事態が発生する可能性がある。現時点において、そのような可能性が顕在化してないのは、商標登録出願するのも人間であり、コンピュータの速度で検索・思考することができないからに過ぎない。しかし、近未来の状況は誰にも予測不可能である。

例えば、現代社会のように従来は独立して存在していた商品・役務の領域が混合的または重複的に成立することが多々ある。このような場合、現状では、複数の異なる商品・役務区分について重ねて商標登録をせざるを得ないのであるが、単に煩瑣であるというだけではなく、全体として非常にわかりにくくなる。それゆえ、商品・役務区分それ自体についても見直し・再評価が強く求められていると考える。更には、現状のような分類という方法を断念し、属性要素の組み合わせによってものごとを考え、その区分名称は特に意味をもたなくても良いとするような根本的な発想の転換が必要になっているものと考え。このような新たな発想は、コンピュータによるデータベース処理やビッグデータを基礎とする解析処理等には適合しているが、人間の生体脳における思考・判断には適していない場合が多い(個人の資質・能力に依存するところが大きいので、常に適していないという趣旨ではない)。従って、審査官の自然的判断に依拠する審査という基本的な枠組みそれ自体についても再考の余地がある。

ところで、従来の商標法の分野では、登録業務に携わる弁理士等が主体となって、商標登録実務上の解釈・運用を中心とする議論が主なものとなりがちであったことは否定できない。しかし、商標法を含む知的財産法の分野は、法学または法哲学上の未解決な本質的問題を多数含んでいる。今後もお、そのような本質的問題に対する研究が深められなければならない。

古くから乳香は極めて高価な香料であり、それゆえに乳香の取引を独占したアラビア商人達は巨額の富を築くことができた。現代社会においても、香料は希少資源であり、高価な商品であることに変わりはない。今後も香料という商品をめぐり様々な知的財産権紛争が生ずることであろう。Elemis 事件はその社会的な前兆の一種として理解することも可能かもしれない。

なお、植物の通名が学名と同じ意味で共通用語（公共財としての情報財）の一種であると言えるか否かについては、今後の検討課題の一つである。

いずれにしても、大事なことは、植物を含め法的判断の前提となる事実について正確な知識を獲得できるようにすることだと考える。基本的な知識を欠く場合、法理論だけに精通していても実際には何も判断できない⁸¹。

以上

⁸¹ 本論文は、科学研究費補助金（基盤研究B）「標章の保護と公共政策に関する総合研究」（研究課題番号25285034）による研究成果の一部である。