

# 公序良俗概念の再構成

—商標法における公序良俗概念の展開—

高野雄史

問題の所在

- 一 公序良俗概念の展開
- 二 商標法における公序良俗概念—学説・判例—
- 三 商標法における公序良俗概念の展開
- 四 公序良俗概念の再検討
- 五 結語

## 問題の所在

社会的妥当性を欠く法律上の行為の効力が否定される根拠として、民法90条が用いられることがある。商標法4条1項7号（以下、商標法の規定については○条とする）は、公序良俗に反する商標に関する商標登録出願又は商標登録の効力を否定する。

公序良俗規範はいわゆる一般条項であり、その内容を一義的に確定することはできない。そのため、公序良俗規範の適用範囲について、民法90条の法解釈を中心に議論が展開している。また、商標法においても、実際にどのような場合に公序良俗違反として出願が拒絶され、登録が無効とされるか、公序良俗概念の解釈を中心として、その適用範囲が問題となっている。

商標登録出願が登録査定となるためには、所定の拒絶理由に該当しないことが要件であり、法は各利益状況を考慮した拒絶理由を規定している（15条）。そのうち、4条1項7号は「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」に関する商標登録出願について拒絶にする。本来、本規定は、

非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字等により構成された商標が公序良俗に反するとして適用される。しかし、公序良俗に関する近時の審判決例において、剽窃的な商標登録出願の場合、著名な故人の名称等を用いた場合、他の法律に反する場合、国際信義に反する場合に本号が適用されるようになった<sup>(1)</sup>。すなわち、著名商標等の保護が議論されるようになった昭和60年以降から、不正目的による出願を排除するために4条1項19号が新設された平成8年までの時期に、これらの問題が意識されるようになり、上記事例に関する7号の適用において、商標の構成以外の要素が考慮されるようになった<sup>(2)</sup>。そこで、学説において、本来の適用事例と異なる事情を考慮しているため、公序良俗規範の適用領域の拡大が指摘されるようになった<sup>(3)</sup>。とくに「剽窃的な商標登録出願」<sup>(4)</sup>について、商標の構成自体でなく、出願行為に不当性が問題となるため、仮に不正競争防止法により商標の使用行為を禁止したとしても、不当な出願行為の効力を否定する具体的な規定がないため、当該出願を拒絶する法的根拠について議論が<sup>(5)</sup>されてきた。

この点について、平成15年頃から裁判例は「出願経過に著しく社会的妥当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の秩序に反する」場合に公序良俗規範を用いて不当な出願行為の効力を否定するようになった。また、学説は、「剽窃的な商標登録出願」の問題を商標に関する私益的紛争と考えて、公益に関する規定である公序良俗規範の適用範囲でないとする否定的な見解と、出願行為の不当性を非難して公序良俗規範の適用の拡大に肯定的な見解に分かれている。そして、従来の見解は、実務に対応することに主眼が置かれてきたため、商標法における公序良俗概念に関する理論的整理は十分といえない。

以上のように、商標法の公序良俗概念について、一般法である民法の概念を借用するだけでなく、商標法の趣旨及び目的からその具体的な内容に関して議論<sup>(6)</sup>がされている。そして、商標法における公序良俗概念について、1つの公序良俗の法的枠組みを確立したといえる。しかし、民法と商標法の関係

を体系的に捉えると、一般法と特別法において、同様の法概念が用いられている。この場合、特別法における概念は、一般法に基づく共通性及び特別法により意味づけられた特殊性を有することになる。そのため、民法における公序良俗概念と、それを借用概念として受容した商標法における公序良俗概念が必ずしも一致しないことになる。そして、これまでの議論は民法と商標法の連続性・不連続性の観点からの考察が十分でなく、民法及び商標法における公序良俗概念の共通性・特殊性の区別が明確でない。

そこで、本稿では、民法及び商標法における公序良俗概念の関係を理論的に整理することにより、商標法における公序良俗概念の展開について、及び、民法と商標法の体系的関連性について明らかにする。

本稿では、第1章において民法における公序良俗概念の展開を検討し、公序良俗に関する問題の捉え方を整理する。また、第2章において商標法における従来の学説・裁判例の展開を整理し、民法上の概念との関係を考察する。そして、第3章において近時の裁判例を整理して、商標法における公序良俗概念の展開を検討し、第4章において近時の裁判例の展開に対する学説を民法における公序良俗概念の展開と関連させつつ整理・分析する。最後に、本稿をまとめ、今後の課題について言及する。

## 一 公序良俗概念の展開<sup>(7)</sup>

### 1. 通説の形成

公序良俗の概念は民法90条において主に問題とされている。本条の起草過程において、旧民法財産編328条を基礎とした草案が提出され、その審議において、梅博士の良俗廃止論が主張されていた<sup>(8)</sup>。その根拠は、法及び道德の区別と必要性と、裁判官の濫用のおそれであった。しかし、富井博士の良俗維持論が採用され、現行民法90条が成立した。その過程において、「公序」は国家の行政警察の秩序について、「良俗」は主として男女に関する社会風俗を論じており、90条の適用範囲を限定的に捉えているものと指摘されている<sup>(9)</sup>。そして、公序良俗の概念について、当初、個人の権利や自由の保護に関

わる活用<sup>(10)</sup>も、契約当事者の経済的な利益調整ための活用<sup>(11)</sup>も想定されていないとされる。

その後、通説的な見解は、大正末期から昭和初期の末川博士・我妻博士の主張により形成された<sup>(12)</sup>。そこでは、民法90条は個人意思の自治に対する例外的制限を規定したものでなく、法律の全体系を支配する理念の表現であるとする見解（根本理念説）が通説化した。

とくに我妻博士による類型化は、公序良俗の概念について、裁判例の実質的分類を試みたものであり、我妻論文から体系書へまとめられた<sup>(13)</sup>。具体的には、①人倫に反するもの、②正義の観念に反するもの、③他人の無思慮・窮迫に乗じて不当の利を博するもの、④個人の自由を極度に制限するもの、⑤営業の自由の制限、⑥生存の基礎たる財産を処分すること、⑦著しく射倖的なものとする。当初は必ずしも民法学会において広く体系上受け入れられていたと言えなかったが、昭和40年代の体系書・基本書から踏襲されはじめ、その傾向は現代に至っている<sup>(14)</sup>。我妻博士の公序良俗論の特徴として、①公序良俗を法律の全体系を支配する理念と位置づけたこと、②公序と良俗の概念を一本化して社会的妥当性と表現し、法律行為の目的に関し、確定性・可能性・適法性の他に社会的妥当性を加えたこと、③判例を類型化する方法をとったこと、④実質的分類と形式的分類の2つに分けたこと<sup>(15)</sup>、が挙げられる。

## 2. 公序良俗概念の再構成

通説の形成以後、公序良俗に関する総合的な研究が行われ、我妻理論を中心とする公序論の再検討がされるようになった<sup>(16)</sup>。その理由は、整理対象の裁判例が古く、公序良俗違反の現代的な裁判例に対応していないこと、すでに戦前の裁判例の整理の枠組みとしても十分でなかったこと、類型の規準を示す概念が曖昧であることである<sup>(17)</sup>。

山本敬三教授は、通説の根本理念説に対して、私的自治・契約自由を「他人を害さない限り法的に承認される自由」として、このような「個と全の有機的結合」は戦後憲法の理解としては維持できないとする<sup>(18)</sup>。この見解は、公

序良俗規範と契約体系では、私的自治が基本権の1つとして承認されていることを指摘する。

そして、山本説は、基本権秩序と公序良俗制度との関係について本格的な検討として、公法・私法はいずれも実定法の秩序を基本権秩序の実現を目的とする後国家的な手段としての秩序として捉え、その限りでは伝統的な公法私法峻別論を否定して一元的な理解を示す<sup>(19)</sup>。その結果、私法秩序それ自体には前国家的な性格は認められず、裁判活動・立法活動を制約する前国家的規範は基本権の秩序の中に求められるとする<sup>(20)</sup><sup>(21)</sup>。山本説の前提となる構成は、憲法の私人間適用に関する間接適用の法律構成を理論的に精微化するために用いられた基本権保護請求権の考え方であるとされている。すなわち、憲法が個人に基本権を認めたことにより、国家は、憲法上①介入禁止、②基本権保護義務、③基本権支援義務の3つを負い、このうち②は、国家の積極的な措置義務とする。また、基本権の衝突とその調整の場面として、契約無効判決を捉える。その際に、(1) 公序良俗の問題構成を枠づける「構成問題」、(2) (1)の構成に基づき、それぞれの原理や価値をどのように衡量するかという「衡量問題」を設定する。

これに対し、大村教授は、給付の均衡法理・暴利行為論の分析を通じて、契約正義を基本原理として立脚する。この考えは、契約の成立に給付間の均衡を要求するものであるが、契約の内容的な正しさのみでなく、当事者の関係性や状況を考慮した手続的な公正さも取り込もうとするものである<sup>(23)</sup>。これと同時に大村教授は、法令違反行為の効力を否定する根拠について、警察法令と経済法令の区別を主張する。末弘博士からの議論によると、警察法令との関係では、「公益的価値」と「無効による当事者間の不公正」との衡量が問題になる<sup>(24)</sup>。しかし、大村教授は、近時問題となる法令違反の事案（とくに消費者関連の裁判例）では、法令違反により取引を無効とすることが当事者間の信義・衡平にかなうことを指摘する<sup>(25)</sup>。そして、経済法令を①取引利益保護法令、②取引秩序維持法令に分類して、後者では、取引環境となる市場秩序の維持を目的とする法令が属するとする<sup>(26)</sup>。そして、②取引秩序維持法令に

違反した行為を無効とする場合、当事者間の信義・衡平を害するおそれがある。これについて、大村教授は、個別取引における信義・衡平を超えた価値を重視すべき場合があるとする。これらの法令による取引秩序への考慮は、「法秩序全体の価値変容」と評価する<sup>(27)</sup>。そして、このような経済的公序論には、取引の秩序を維持し、不当に不利益を受けている者を保護するという目的において公法・私法が補強支援関係にあるとする。

山本教授・大村教授の主張は、①公序良俗規範の適用範囲の拡大に対して異なる原理が必要と認識している点、②契約に対する公序良俗規範の積極的な介入を正当化する点、で共通している<sup>(28)</sup>。しかし、基本原理について両教授の見解は分かれている。大村教授の見解は、「当事者の利益と競争秩序の維持」「契約正義＝経済公序」と捉えているため、「個と共同性」を統合・調整する自然法論に基づく「客観的な正しさ」を前提とした理念により、権利・自由を秩序に統合する<sup>(29)</sup>。つまり、秩序を支配する理念が同時に権利・自由の在り方をはじめから規定する考えである。

これに対して、山本教授の見解は、憲法13条を基礎として、権利・自由を秩序には還元されない独自のものとして捉えて、秩序は権利・自由を制約するものとする<sup>(30)</sup>。この秩序の役割として、①基本権の内容を具体化すること、②基本権侵害からの保護制度の整備、③基本権実現のための支援制度の整備があるとする。

### 3. 小括

社会の変遷とともに公序の概念も現代的問題への対応するための解釈が必要となる。そのなかで、学説において、民法90条の内容確定と類型化、判断基準の具体化がされてきた。そこでは、秩序による類型化が行われ、公序論の対象も警察秩序から取引秩序へと重点が移行している<sup>(31)</sup>。そして、民法90条は経済取引に関する正義を維持・実現する規定として機能しており、暴利行為論から契約正義の理念などが展開し、消費者秩序の形成による契約法理への影響も指摘できる。とくに取引秩序では、私的自治の確保と私的自治への

介入という関係が形成される。これは、個人の基本権の対立を調整しつつも「個と全体」と「自由と公正」の緊張関係をより鮮明にし、公序良俗規範の在り方に大きな影響を与えている。この点、民法における公序論では、山本教授と大村教授の一連の論稿により議論が展開している。両教授の認識は、現代において問題となる公序論は契約自由を制約する外在的な秩序でなく、取引社会により形成される内在的な秩序であると思われる。そして、この秩序は、権利・自由を保護・補強・支援するものであり、さらに自由のみならず公正さも要請されるものと言える。

一方、商標法における出願行為は、民法が規律する私法行為と同様でない<sup>(33)</sup>。この点は、商標権の付与、商標登録の要件である公序良俗規範の理解する際に考慮する必要がある。しかし、商標の選択・出願行為は本来自由であり、これを規律する原理として、公序良俗規範を通じた競争秩序が要請される<sup>(34)</sup>。つまり、出願行為の自由に対する拒絶理由による規律は、個人の自由と取引における需要者の利益を考慮した「公正の原理」による調整が必要である。ここでは、民法と同様に「個と全体」「自由と公正」の緊張関係が現れてくる。

## 二 商標法における公序良俗概念—学説・裁判例—

商標法3条により商標としての一般的適格性（自他商品等識別力）を有するとされる商標であっても、具体的な利益調整の観点から、独占権を認めることが妥当でない場合がある。そこで、4条1項各号では、商標登録の具体的な適格性を登録要件として定める。本項各号に不登録事由について、一般的な見解は、公益的理由から登録を認めない諸規定（1～7号、9号、16号、18号）及び私益的理由から登録を認めない諸規定に分類し、4条1項7号は公益的な不登録事由とされている<sup>(35)</sup>。

本号の趣旨は社会の秩序・道徳的秩序の維持とされており、むやみに解釈の幅を広げるべきではなく、国家機関等を表示する商標を拒絶する4条1項1号から6号までを考慮して行うべきとされている<sup>(36)</sup>。また、公序良俗の概念

は社会通念により判断されることから、時代背景又は社会情勢によりその内容が変遷し、本号に該当する商標も異なるとされる<sup>(37)</sup>。

### 1. 従来の学説・判例の整理<sup>(38)</sup>

4条1項7号の趣旨は、旧法2条1項4号「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」と同様とされている<sup>(39)</sup>。公序良俗の概念について、従来の学説は、「社会共同の秩序」<sup>(40)</sup>「社会公共の利益」<sup>(41)</sup>「目的の反社会性、社会的妥当性」<sup>(42)</sup>「国家社会的・道徳秩序」<sup>(43)</sup>「社会公安、一般世人の良俗」<sup>(44)</sup>と捉えていた<sup>(45)</sup>。

公序良俗に反する商標について、学説は当初、ドイツ商標法4条3号「兼悪の情を惹起させる表示を含む商標」<sup>(46)</sup>の規定を考慮した類型化により、常軌ある人間の感情に非常に毀傷を与えるような商標として「淫奔なる図形及び廉恥心を傷くるもの」、「神仏を誹謗するもの」、「高貴若しくは政府を嘲笑するようなもの」を挙げ、さらに「構成資料の猥褻なもの」、「危険思想を意味するもの」、「国家及び政府を嘲笑するもの」、「国際信義に反するもの」<sup>(47)</sup>などを含む商標を公序良俗に反するものとしていた<sup>(47)</sup>。同様に審決においても、「ごまの蠅」の語を商標として指定商品に使用し、その商品が世上に流布するときは単なる滑稽の度を超え、不徳漢を礼賛し、善良の社会感情を嘲弄する如き印象を与え、道義上社会に悪影響を及ぼすおそれがあるとした事例<sup>(48)</sup>や、犯罪者を意味する語である「Old smuggler」について、この様な用語を商品に使用することは公の秩序を乱すおそれのあるいかがわしい標識とした事例<sup>(49)</sup>がある。

初期の判例において、「征露丸」の文字からなる商標が露国を征伐する意義を有し、「国際信義に反し秩序を紊るの虞れある」として、公序良俗に反する商標とした<sup>(50)</sup>。その後、商標法が、商標制度において商標権の成立を登録の事実より認める「登録主義」を基礎としつつも、商標権の成立を使用の事実より認める「使用主義」<sup>(51)</sup>を加味する制度へ変遷したことにより、商標の使用された状態が問題とされるようになった<sup>(52)</sup>。判例は「Boy-Scout」の商標について、「商標自体が矯激な文字や卑猥な図形等秩序又は風俗をみだすおそ



れのある文字図形、記号又はその結合等から構成されている場合及び商標自体はそのようなものでなくても、これを指定商品に商標として使用することが、社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道德感念に反するような場合に、その登録を拒否すべき」として、商標の構成以外の事由を考慮するようになった。

以後、「STOWAWAY」<sup>(53)</sup>「Elizabeth」<sup>(54)</sup>などについても、審決において同様に判断され、「指定商品に商標として使用することが、社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道德感念に反するような場合」を基準とした Boy-Scout 事件の枠組みにより判断される類型が確立した。<sup>(55)</sup>

## 2. 検討

上記の審判決例では、民法90条の立法過程及び我妻学説の影響があると思われる。<sup>(56)</sup>民法90条との関係では、我妻博士の「民法講義」を引用する見解も<sup>(57)</sup>あり、公序と良俗を合わせて、現代社会の一般的秩序を維持するために要請される倫理的規範の意味と捉えることから推測できる。<sup>(58)</sup>そして、「社会の一般秩序・道德観念」を抽象的基準として、人倫に反するもの、社会正義の観念に反するもの、自由の制限を目的とするもの、射幸性を内容とするものを挙げ、その理念を「目的の反社会性」として、「社会的妥当性を欠くおそれ」がある商標を登録できないとする。つまり、民法における公序良俗概念を借用した法適用がされたと考えられる。しかし、「社会的妥当性」の内容を既存の法秩序との関係から明らかにすることで抽出・発見されるべきであり、<sup>(59)</sup>具体的に用いられている規範が明確にされる必要がある。

この時期の審判決では、警察秩序や社会風俗の秩序について問題としており、民法立法時の公序の捉え方と同様である。しかし、Boy-Scout 事件以降は、警察秩序でなく、商標の使用が「社会公共の利益」に反するかどうか<sup>(59)</sup>が問題とされるようになった。

これらの事案では、従来型の類型に加えて、商標の表示から生じる意味と指定商品の関係が問題とされている。しかし、新しい類型でも、当時の枠組

みは、「商標の構成」自体から不当性を見出す場合及び「商標の構成」と指定商品の関係（商標の使用）による取引社会への影響を考慮して不当性を見出す場合を区別するに過ぎない。つまり、Boy-Scout 判決は、商標の使用から生じる出所混同・品質誤認を問題としており、「商標法の観点」を考慮した公序良俗規範の適用<sup>(60)</sup>であるが、従来と同様の「社会公共の利益」の観点から考慮されている点に留意する必要がある。

また、商標法の公序良俗規範の検討において、著名商標のただ乗りなどの問題に対処するために、私法上の法律行為について規定する民法90条との相違点を意識した具体的内容の探求が<sup>(61)</sup>されている。この点、商標法の観点を見出しつつ、民法90条と商標法4条1項7号を別異のものと捉えて、「商標法における公序良俗は1条の法の精神により維持される商品流通社会の秩序良俗をも包含するもの」と<sup>(62)</sup>解し、著名商標のただ乗り等にも本号を適用すべきとされた。

この見解に対して、「形式的に民法90条との異質性を強調することに終わるならば、論議の実質的な本質を見失う」と<sup>(63)</sup>反論がされていた。この見解は、商標法の公序良俗概念は、商標法の目的と関係で具体的妥当性を図るものとして、民法90条の公序良俗の観念と矛盾するものでなく、むしろそのなかに「包含されるべきもの」と<sup>(64)</sup>する。

### 3. 小括

以上のように、初期の学説は民法の公序論を基礎として展開しており、また、我妻理論の影響を大きく受けているといえる。その一方で、裁判例において具体的妥当性を図るために、商標法の観点を取り込んだ判断がされていることは否定できない。その端緒として、Boy-scout 事件の枠組みについて、学説は一致した見解を示している。しかし、著名商標のただ乗りなどにより商標法の問題について、①民法との連続性を重視して公序良俗規範の適用外とする<sup>(65)</sup>見解、②民法との関係を切断して商標法の観点から独自の問題へ公序良俗規範を適用する見解、③具体的妥当性の観点から民法の公序良俗規

範に内包されるとする見解に分かれていた。これは、公序良俗規範を国家社会秩序の維持と捉えていたためと思われる。とくに公序良俗概念を商標法上の秩序との関係で独自に理解した②の見解は、「注目すべきもの」として教科書等で引用されるようになっていった。<sup>(66)</sup>

### 三 商標法における公序良俗概念の展開

#### 1. 近時の裁判例の展開

商標のブランド価値の変化と外国商標との関係から、剽窃的な商標登録出願がされ、この出願を拒絶するために7号が適用されるようになった。7号の解釈・運用で対応していた事例について、平成8年法改正により19号を新設することで、日本国又は外国で周知な商標と同一又は類似の商標を不正の目的で使用するものを不登録理由として明確化することとなった。<sup>(67)</sup><sup>(68)</sup>

しかし、19号は周知性を要件とするため、当該要件を満たさない未周知商標や非類似商標の出願がされた場合、社会的妥当性を欠くものとして出願拒絶する法的根拠が問題とされてきた。公序良俗規範の、適用範囲の拡大を許容すべきかが問題とされている。近時の問題となる事由を大別すると、①故人の氏名等を用いた商標、②国際信義に反する商標、③他の法律で使用が禁止されているなどの商標、④剽窃的な出願、の各場合である。特に「剽窃的な出願」は商標の帰属を巡る私的紛争であるため、7号を適用することが妥当であるか問題となる。<sup>(69)</sup>

#### ①故人の氏名等を用いた商標

①類型では、「ダリ／DALI」事件<sup>(70)</sup>において、故サルバドール・ダリを想起させる商標であり「世界的に著名な死者の氏名を遺族と何ら関係を有しない者が遺族等の承諾を得ることなく、商標として登録することは、故人の名声、名誉を傷つけるおそれがあるばかりでなく、公正な取引秩序を乱し、ひいては国際信義に反する」と判断され、審決であるが日本人の氏名について「野口英世」事件<sup>(71)</sup>では同様の枠組みで、「指定商品の取引者、需要者に容易に

認識させる」と判断された。これらの事案では、遺族や管理団体の「承諾」が1つの基準であるとされている。

これに対して、「北斎」事件では「公益的事業の遂行に生じ得る影響は限定的であり…不正の目的があるとはいえず…葛飾北斎と何ら関係を有しない者であったとしても、指定商品について本願商標を使用することが、社会公共の利益に反し、又は社会の一般的道徳観念に反」しないとされ、故人の氏名等であっても「承諾」を判断要素としていない。また、「遠山の金さん」事件<sup>(72)</sup>では「(出願人は)映画やテレビ番組の制作や配給をしており…商標登録出願することにより、形成してきたその信用や顧客吸引力を保護しようとする事自体は、商標制度の本質からして非難できない。」とされ、名称の表示機能や出願の目的などを考慮されている。①類型の特徴として、外国人の氏名が問題となると国際信義が持ち出される。しかし、国際信義が問題とされるのは、氏名だけでなく地名等でも問題とされる。

## ②国際信義に反する商標

②類型では、前述ダリ事件も含めて、外国で著名な氏名等と無関係の者が出願したことが問題とされている。赤毛のアンを意味する「Anne of Green Gables」について、「著作物のように世界的に著名で、大きな経済的価値を有し、かつ、著作物としての評価や名声等を保護、維持することが国際信義上特に要請される場合には、当該著作物と何ら関係のない者が行った当該著作物の題号からなる商標の登録は、公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある」とする「Anne of Green Gables」事件<sup>(74)</sup>がある。さらに「「シャンパン」の表示が…法律により「CHAMPAGNE」の名声、信用、評判を保護してきたフランス国民の国民感情を害し、我が国とフランスの友好関係にも影響を及ぼしかねないもの」とした「シャンパンタワー」事件<sup>(75)</sup>がある。本事件では「フランスのシャンパーニュ地方における酒類製造業者を始めとするフランス国民やフランス政府との関係での国際信義の問題であって、公益的な事項に関わる問題」と指摘されている。これらの事案では、外国における名

称に特別な保護要請がある場合、無関係の者が出願をすると「国際信義」に反するとされている。

また、そのような保護要請がなくとも、米国の小説ターザンについて、「文化的・商業的価値の維持に何ら関わってきたものではなく、利用の独占を許すことは相当でない」とし、「米国の著作権管理団体による利用を排除できる結果となることは、…公正な取引秩序の維持の観点からみても相当とはいいい難い」とした「ターザン」事件がある。<sup>(76)</sup>本事件は、アメリカでの管理団体の行動と無関係に出願がされている点が「公正な取引秩序の維持」として考慮されている。

一方、「テディベア」事件<sup>(77)</sup>では「teddy bear」の語は、一般にセオドア・ルーズベルトを直ちに連想させるほど同人と密接に関連した語として認識されていたとは認められないし、ぬいぐるみの名称として知られていることを超えて、米国又は米国民と密接不可分な関係があるものとは認められない」として、7号の適用を否定している。本事件は、商標自体が問題となっておらず、商標から連想される作者の人格的利益を害することにならない。また、テディベアの名称は当該米国会社のみならず、ドイツ・シュタイフ社<sup>(78)</sup>のぬいぐるみにも用いられており、その名称自体に特定の出所・品質表示がされていないことも考慮されていると思われる。

そうすると、①名称が一定の者・団体と関連性を有していること、②そのことが認識されていること、③上記関係者等と無関係の者の出願であること、が重要な要素となっていると思われる。そして、本判決では、②を欠くために7号の適用が否定されている。

上記の事案と異なり、名称の内容自体が問題とならない事案として、「ドゥーセラム」事件<sup>(79)</sup>は、ドイツ国内及び諸外国への輸出品に使用された商標が、取引交渉をした会社の訪問者により無断で出願された事案で、「原告の行為に基づいて登録された本件商標は国際商道徳に反し公正な取引秩序を乱すおそれがあるばかりでなく、国際信義に反し公の秩序を害する」と判断された。また、同様の事案として、販売代理店による出願が「本件商標の登録

出願の経緯には著しく社会的妥当性を欠くものがあり、その商標登録を認めることは、商取引の秩序を乱し、ひいては国際信義に反する」とした「Kranzle」事件<sup>(80)</sup>がある。これらの事案では、商標使用者と一定の関係を有する者が無断で出願することが重要な要素となっている。

### ③他の法律で使用が禁止されている商標

③類型として、従来は会社が自己と異なる商標を用いた場合に問題となっていたが<sup>(81)</sup>、近時、「出版大学」<sup>(82)</sup>「特許大学院」<sup>(83)</sup>「特許医学博士」<sup>(84)</sup>「建設大臣」<sup>(85)</sup>などの名称を用いた大学や行政を想起させる商標や「特許管理士」<sup>(86)</sup>「食養士」<sup>(87)</sup>などの資格との関連を想起する商標が問題となっている。これらの事案では、その表示が意味する公的資格等との誤認が問題とされているが、「信頼を害することになり、社会公共の利益に反する」「国民の行政に対する信頼を損ねるとともに、取引秩序を乱すおそれ」など、従来の公序論を考慮した判断がされている<sup>(88)</sup>。また、資格以外の名称として、「企業市民白書」は政府刊行物と誤認するおそれがあり「政府刊行物としての「白書」に対する一般国民の信頼性を損なうものであって、商取引の秩序を乱し、また、社会公共の利益を害する」とした裁判例もある<sup>(89)</sup>。これに対し、「秘書士」は「秘書技能検定」と非類似であり国家資格、公的資格と誤信するものでないとした事案<sup>(90)</sup>がある。

これらの事案では、出願商標が一定の内容や機能を保証する名称等と誤認するかが問題となる。需要者が誤認したことにより、当該資格等の信頼自体が害されるとすることに疑問はあるが、需要者等の誤認を防止するために登録を認めないことに意義があると思われる。

### ④剽窃的な出願

上記①～③類型以外に、出願経緯が社会的妥当性を欠くとして公序良俗に反するとされるものがある。裁判例は、当初、出願行為の不当性を既存の商標使用者の権利・利益を害すると捉え、また、契約又は信義則上の義務違反

などから根拠づけていた。それと同時に、19号の要件を満たさない「商標のただ乗り」を排除するために用いられていることもある。平成15年頃から「出願経緯に著しく社会的妥当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するもの」を7号の1つの類型として認めることとなった。この類型では、(1) 使用者の権利・利益、(2) 契約上の義務違反、(3) 出願に係る不正な目的、(4) 公益性・社会公共の利益、が問題となる。

### (1) 使用者の権利・利益について

裁判例は当初、「特許を受ける権利（特許法33条）」のような権利が商標法に規定されていないにも関わらず、商標を正当に使用する権利という枠組みを用いて判断していた。このように構成する裁判例は、「出願前かつ団体分裂以前に長年使用していた商標について、分裂前の団体の構成員全部ないし少なくともその一部に、共有的ないし総有的に帰属する」として、分裂後の対立関係を有利に解決する意図の出願であるとして公序良俗に反するとしたもの（「日本刀剣保存会」事件<sup>(91)</sup>）、団体分裂に関する事案として、故人である家元が主体となって行っていた団体としての活動を引き継いでいる団体が出願した「吉村流」の商標出願について、日本舞踊に係る需要者の間に広く認識されていたものであり、実質的に従前の団体を法人化したものであるから「商標登録を受けるべきものでないということではできない」としたものがある<sup>(92)</sup>。これに対して、「スーパーDC デオドランドクリーン」事件<sup>(93)</sup>では、3社共同で決定した商標について、登録出願の可否は私的な権利の調整の問題であるとし、特許法等と比較して商標法に規定がないことを出所表示機能の観点から「商標権の共有と相容れない」として当該見解を否定している。

また、「利益」として構成するものとして、団体で共通に使用されている名称であり、他人が創案した「KJ法」は出願商標と密接な関係を有する者の利益を害するに剽窃的な出願と判断され7号に該当するとされた<sup>(94)</sup>。また、「家元芸名商標」事件（侵害訴訟）<sup>(95)</sup>では、箏曲の家元の養子である当事者（共に箏曲家）は、ほぼ同等の立場であり、唯一の「正当な地位」を有する

本件商標の出願人であるとは認め難い、として7号に該当しないとした。

これらの事案では、出願の合理性について、「使用者の権利・利益」の観点から当該名称に関連する者の出願と当該名称を使用するものの利益を調整することに主眼をおいている。同様の観点で判断されている事案として、「第三者の参入を防止することを主たる目的として、本件商標を出願し、…本件商標を利用して原告との取引を有利にしようとしたものではなく、「本件商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ない」ものとはいえず、出願人は商標を採択した使用者の1人であって、本件商標につき優先的な使用権限を有するものとはいえない」、とした「パパウオッシュ」事件<sup>(96)</sup>がある。また新規の工法の開発により別研究会が設立されたために、従前の研究会が廃止され、別研究会の（従前団体にも参加していた）事務局担当者が新工法の名称について出願した事案<sup>(97)</sup>では、出願に関する事情・警告の目的などの諸事情を考慮して「登録出願の経緯に著しく社会的妥当性を欠くものではない」とした。本事案では、事業などに一定関係を有する者の間での出願行為が問題とされている。

この類型の事案は、権利・利益の構成から出願の目的などを問題とする裁判例の変遷がみられる。そして、公序良俗を「社会の一般道徳観念」「社会的妥当性」と捉えて、具体的な判断要素である「商標の帰属」「使用利益」「正当地位」を用いて当事者間の利益の調整を図ろうとしている。

## (2) 契約上の義務違反

一定の事業関係を有する者の紛争について、契約上の義務違反から出願の不当性を構成する裁判例として、「出願当時、補助参加人の従業員ある者に補助参加人の有する財産権を侵害しないようにすべきは当然であり、原告と補助参加人の財産権を侵害しないと約して、補助参加人と業務提携をしている」ことを認定し、「財産権を尊重すべき者が、無断でした本件登録が公序良俗に反する」とするもの<sup>(98)</sup>と、「フランチャイザーの商標権を尊重し、当該商標権の保有・管理を妨げてはならない信義則上の義務を負う立場にある者



が、商標権の存続期間満了による消滅を奇貨として出願を行い、原告使用商標に係る商標権を自ら取得し、その事実を利用して原告との金銭的な交渉を自己に有利に進めることによって不当な利益を得ることを目的として行われたものということができ、出願の目的及び経緯に鑑みれば、契約上の義務違反のみならず、適正な商道德に反し、著しく社会的妥当性を欠く行為といふべきであり、これに基づいて被告を権利者とする商標登録を認めることは、公正な取引秩序の維持の観点からみても不相当<sup>(99)</sup>とするものがある。これらの事案では、商標を使用している者の権利・利益に着目する点は（１）類型と共通している。その一方で、これを直接の保護対象とすることなく、義務違反と構成することで、出願の不当性を認定しようとしていると思われる。しかし、このような「相手方を害しない義務」が「社会的妥当性」「公正な取引秩序の維持」とどのように関係しているのか明確でない。すなわち、義務違反により害されるのは相手方の利益であり、これは私的領域の問題であると捉えることも可能である。

私的領域への公序良俗規範の適用について、「ハイパーホテル」事件<sup>(100)</sup>では「私的な利害の調整は、原則として、公的な秩序の維持に関わる商標法４条１項７号の問題ではない」と判断され、その後、「コンマー」事件<sup>(101)</sup>で具体的な判断枠組みが示されるに至った。コンマー事件では「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれ」を私的領域にまで拡大解釈することによって商標登録出願を排除することは、商標登録の適格性に関する予測可能性及び法的安定性を著しく損なう事になるから、特段の事情のある例外的な場合を除くほか許されない」とし、「特段の事情」について、「特段の事情があるか否かの判断に当たっても、出願人と、本来商標登録を受けるべきと主張する者（例えば、出願された商標と同一の商標を既に外国で使用している外国法人など）との関係を検討して、例えば、本来商標登録を受けるべきであると主張する者が、自らすみやかに出願することが可能であったにもかかわらず、出願を怠っていたような場合や、契約等によって他者からの登録出願について適切な措置を採ることができたにもかかわらず、適切な措置を怠っていたよ

うな場合…、出願人と本来商標登録を受けるべきと主張する者との間の商標権の帰属等をめぐる問題は、あくまでも、当事者同士の私的な問題として解決すべきであるから、そのような場合にまで、「公の秩序や善良な風俗を害する」特段の事情がある例外的な場合と解するのは妥当でない。」とする。その理由として、①本来、当事者間における契約や交渉等によって解決、調整が図られるべき事項であって、一般国民に影響を与える公益とは、関係のない事項であること、②私人間の紛争については、法4条1項19号など他の拒絶理由により判断されるべきであること、を挙げている。

コンマー事件以降は、7号の私的領域への拡大解釈を制限されるようになった。しかし、本判決が「特段の事情」に該当しない事由を例示したのみであるため、本号に該当する具体的な事由が問題とされるようになった。<sup>(102)</sup>

そして、「ハイパーホテル」事件では一般論として「商標法においては、商標選択の自由を前提として最先の出願人に登録を認める先願主義の原則が採用されていることを考慮するならば、商標自体に公序良俗違反のない商標が商標法4条1項7号に該当するのは、その登録出願の経緯に著しく社会的妥当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合に限られる」とし、同時期の「ハレックス」事件<sup>(103)</sup>でも「出願の経緯に著しく社会的妥当性を欠くものがあるときに限られる」として、パートナーシップ契約に違反した出願行為は7号に該当しないとした。

### (3) 出願に係る不正な目的

コンマー事件でも言及されているように、公序良俗違反であるとするために出願人の不正目的を認定して7号を適用するものもみられる。この事由は、一定の事業関係を有しない場合にとくに問題となる。例えば、「外国企業が商標として使用することを選択し、やがて我が国においても出願されるであろうと認められる商標を、先回りして、不正な目的をもって剽窃的に出願したものと認められるから、健全な法感情に照らし条理上許されないというべきであり、また、商標法の目的（商標法1条）にも反し、公正な商標秩

序を乱すもの」とする事案（「ASrock」事件<sup>(104)</sup>）や、「標章に形成された信用や顧客吸引力を利用し、あるいは希釈化させる等の不正競争の目的があったものといわざるを得ず、その行為は、信義則に反するとともに公正な商取引秩序を乱すおそれが」あるとした「レイデント」事件<sup>(105)</sup>、「団体の名声を僭用して不正な利益を得るために使用する目的、その他不正な意図をもってなされたものと認められる限り、商取引の秩序を乱すものであり、ひいては国際信義に反するものとして、公序良俗を害する行為」とする「ユベントス」事件<sup>(106)</sup>、「世界各国で高く評価されている事業で、著名であることを十分承知しながら、その著名性を、専らその主力事業のために利用する意図」の出願を公序良俗に反るとした「カーネギー・スペシャル」事件<sup>(107)</sup>、「引用商標に化体した信用、名声及び顧客吸引力に便乗して不当な利益を得る等の目的をもって引用商標の特徴を模倣して出願し登録を受けたもの」とした「KUMA」事件<sup>(108)</sup>がある。また、「Comex」事件<sup>(109)</sup>では、「人気及び高い性能と信頼性の証とされていることを熟知しながら、商標登録がされていなかったことを奇貨として、先取的にされたものであり、当該登録商標を使用すれば、需要者の誤認を招くばかりでなく、そのただ乗りの使用によって、商標の信用が毀損・希釈化され、その価値が損なわれることになる出願について、「商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もって産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護する」（商標法1条）という商標法の予定する秩序に反するものというべき」とする。

これらの事案では、「不正な目的」から「公正な秩序」「条理」「信義則違反」を認定している。その具体的内容は「出願・登録がされていないことを奇貨」「信用や顧客吸引力を利用」「信用の希釈化」「不正な利益を得る」「代理店契約の締結強制」と多様であるが、概ね①他人の信用を害すること、②他人の商標から不正な利益を得ること（商標のただ乗り）が判断要素である。さらに、「不正な目的」は、①②の他に市場の参入を不当に妨げる目的も含まれている事案が存在する。例えば、商標登録出願は、本件特許権の存続期間満了後、原告のライセンサー以外の者による後発医薬品の市場参入を

妨げるという不当な目的でされたものであることが推認されるばかりか、本件商標を指定商品「ピタバスタチンカルシウムを含有する薬剤」に使用することを原告に独占させることは、薬剤の取違え（引いては、誤投与・誤服用による事故）を回避する手段が不当に制約されるおそれを生じさせるものであって、公共の利益に反し、著しく社会的妥当性を欠くと認めるのが相当とした「PITAVA」事件<sup>(110)</sup>（侵害訴訟）や、審決であるが函館市で発行を予定している新聞の題号を他の新聞社が競争から排除する目的でされた出願を公序良俗に反するとした「函館新聞」事件<sup>(111)</sup>がある。これに対して、使用商標と類似する商標を競合他社が使用することを阻止する出願について、出願の経緯に著しく社会的妥当性を欠く事情があったとは認められない、とした「S-cut」事件<sup>(112)</sup>がある。また、将来自己の業務に係る商品又は役務に使用する意思もなく行われた出願について、本件商標は、原告使用商標を剽窃するという不正な目的をもって登録出願されたものとした「アールシートバーン」事件<sup>(113)</sup>がある。

#### （4）公益性・社会公共の利益

公益的な事業に関する裁判例は、7号を他の類型と比較して積極的に適用している。「母衣旗」事件<sup>(114)</sup>では、町の経済の振興を図るという地方公共団体としての政策目的に基づく公益的施策に便乗して遂行を阻害し、公共的利益を損なう結果に至ることを知りながらされた出願であり、当該名称による利益の独占を図る意図でしたものとして、公序良俗違反が判断された。また、「国の経費支出を受けた地域活性化のために行う事業の遂行を阻止し、公共的利益を損なう結果に至ることを知りながら、事業に関する名称の独占を図る意図でした出願を公序良俗に反する」とした「激馬かなぎカレー」事件<sup>(115)</sup>がある。また、「富士山世界文化遺産センター」事件<sup>(116)</sup>も「使用する権利を専有させることは、国又は地方公共団体等の公的機関による、…施策の遂行を阻害するおそれがある」とする<sup>(117)</sup>。さらに、文部省（現・文部科学省）の認定（民間技能審査事業認定制度廃止後は後援）を受け、公的資格とみなされるようになった「漢字検定試験」に関する商標について、本件商標を指定役務

について使用することは、「日本漢字能力検定」の実施及びその受検者に対し、混乱を生じさせるものであり、社会通念に照らして著しく妥当性を欠き、社会公共の利益を害する<sup>(118)</sup>とする「漢検」事件も同種の事案と考える。

## 2. 近時の裁判例の分析

裁判例では主に「社会的妥当性」を基準として公序良俗を判断している。しかし、考慮されている要素を類型別に検討すると、(1) 他の拒絶理由に近似した判断がされていること、(2) 他の拒絶理由では考慮しない要素を取り込んで判断がされていることが指摘できる。

①類型での故人の氏名等を用いた商標では「遺族の承諾」を拒絶理由の阻却要件とする（ダリ事件）。しかし、「承諾」により確保される利益は個人的なものであるにも関わらず、「承諾を得る」ことで公正な取引秩序や社会的妥当性を満たすことになる<sup>(119)</sup>。「承諾」を前提とすると、実際の利益調整は人格権の保護について規定する8号に近い解釈といえる<sup>(120)</sup>。これについて、故人の名誉等が問題となる場合、故人の氏名等であっても承諾を適用除外要件とする8号の類推適用を示唆する見解もある<sup>(121)</sup>。

その一方で、氏名の認識について「指定商品の取引者・需要者」を基準としている（「野口英世」事件）。これは、Boy-Scout 事件の枠組みと同様に商標と商品等の関係を考慮するものである。そうすると、故人の氏名と認識される商標が、その表示する意味内容と何ら関係のない者の出所や品質を表示することで、取引者・需要者の誤認混同が生じ、その結果、故人・遺族の意図しない印象を与え、それらの者の人格的利益を害することが問題とする<sup>(122)</sup>ことも可能である<sup>(123)</sup>。しかし、故人の氏名の「承諾」の主体は、氏名を表示される本人でなく、その人物に関する遺族・管理団体などである。そうすると、本人でないものの承諾により商標を使用できるのは、遺族・関連団体と出所混同が生じたとしても、それを許容するからとも考えることができる。ここでは、故人の氏名的利益の保護範囲や、商標登録による遺族の感情を法的な利益として保護するのかなど、故人の氏名等のどのような利益状況が問

題とされているのか明確でない。<sup>(124)</sup>

この点について、裁判例が管理団体の存在を考慮することは、管理団体の人格的利益を保護するためでなく、需要者等の誤認混同を考慮するものと思われる。「遠山の金さん」事件では、その名称が故人を認識できるものでなく、当該商標に出願人の出所・品質表示として信用が化体しているため、承諾を考慮せずに公序良俗に反しないとされたと評価できる。したがって、この類型は、本質的には需要者の出所混同や品質誤認について規定する4条1項15号・16号などで問題となる利益状況と近似している。また、「北斎」事件では、葛飾北斎と関連する地域・団体が複数存在することから出所混同・品質誤認が重視されず、「公益的事業への影響の限定性」「出願の不正の目的」が重視されたと考えられる。しかし、権利範囲を制限することで登録を認める論理構成には疑問がある。<sup>(125)</sup>

②類型の国際信義が問題となる裁判例でも、故人や地域の表示と関係のない者に商標登録を認めると、①類型と同様に表示の意味内容と異なる表示がされることにより、本来表示が意味する主体の利益を害することになる。<sup>(126)(127)</sup> そうすると、出願されない権利と構成するより登録を排除することにより保護される利益は、管理団体・需要者ともに出所混同・品質誤認の防止による利益と考えることができる。なお、裁判例の傾向として、外国人の氏名は「国際信義」の観点から用いられるため、国内の故人との差異がある。

人物を直接表示しないものであっても、これを管理する団体が存在しており、商標使用の実態が認められると団体の表示となる。そして、他人が当該表示を商標登録を通じて独占することの不都合が考慮されているため、仮に従来の公序論を前提としたとしても、これらを「国際信義」や「国民感情」など「公序良俗」との関係が不明確な概念に当てはめることは適切でないと思われる。<sup>(128)</sup>むしろ、シャンパンなど地方特有の商品名を登録することと同様に、地域的な表示と産地などの意味内容の齟齬が生じるおそれがあるといえる。同様に、「テディベア」事件では、当該表示の意味が特定の認識を生じさせないことから出所混同の問題が生じないため、登録が認められたと考え

られる。

一方、ドゥーセラム事件や Kranzle 事件では、外国の商標との関係で出願行為の不当性が問題となっている。しかし、これらの事案で考慮されている要素は国内における出願行為が問題となる④類型と同様である。この類型では、不正な手段による商標権の取得による独占が問題とされている。よって、②類型においても、出願の不当性が問題とされない事案では、①タイプの利益状況が同様に問題となっている。

③タイプの他の法律で使用が禁止されている商標について、法令違反が公序良俗に違反するかという問題は民法と共通する<sup>(129)</sup>。そして、商標法においても法令違反行為が公序良俗違反に直ちに該当せず、商標法の法目的や各拒絶理由との関係から当該出願を拒絶すべきかが問題となる。この点について、他法により使用が禁止されれば足りるため7号に該当しないとする見解がある<sup>(130)</sup>。しかし、実際には、出所混同や品質誤認による、信頼の毀損が判断要素となっている。これは、7号に該当しない事案で、問題となる表示が大学・資格等と非類似であることや「公的資格と誤認」を生じないことを理由とすることと整合する。よって、「誤認」による結果として信頼を害することになるのは、7号に特有の問題でないことから、本類型でも4条1項15号や16号に近い類型と<sup>(131)</sup>である<sup>(132)(133)</sup>。

④類型では、従来の公序良俗は問題とならず、社会的妥当性の観点から出願行為の不当性が問題となる。そこでは、商道德、社会公共の利益、取引秩序、国際信義などが根拠として挙げられていた。近時の裁判例では、「出願経緯に著しく社会的妥当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するもの」という判断枠組みを用いた解決がされている。この類型では、出願行為の不当性を問題とすることから、他の拒絶理由と異なる利益状況が考慮されることになる<sup>(134)</sup>。事案を概観すると、(1) 使用者の権利・利益、(2) 契約上の義務違反、(3) 出願に係る不正な目的、(4) 公益性・社会公共の利益が問題となっているが、実際は不正な目的による出願が問題となっている。また、当該枠組みにおいて、コンマー事件以降、公

序良俗の適用領域の拡大が制限されるようになり、そこでは「不正の目的以上のもの」<sup>(135)</sup>が必要とされている。

特に、公的機関との関係では、その属性から公益事業性が公序良俗と関連付けられている。仮に、「公益性」を判断基準とすると、単なる私的紛争には公序良俗規範に基づく介入がされないことになる。この点について、母衣旗事件の状況下での判断は妥当と考えるが、当該判決の論旨は「公益性」を基準としていると思われる。そうすると、同様の状況下における、公益的でない事業を表示する商標の紛争では、公序良俗違反の判断が異なることになる。この判断は私益・公益の峻別を前提とするが、なぜ公的機関の表示が優先的に保護されるのか、その根拠が明確でない。つまり、これまで取り上げられなかった「母衣旗」の名称について、町おこし等の公益事業に使用すること自体が無条件に正当化されるわけでないと思われる。例えば、当該名称<sup>(136)</sup>を従前から使用していた者（個人やNPO団体）の出願・登録を後に決定した公共事業を理由に排除することは妥当でない。したがって、公共性自体が重要なのではなく、町おこしとして共同使用を採択したにも関わらず、不正な手段・目的により独占権を取得することが問題となる<sup>(137)</sup>。そうすると、共同事業を行っている関係において、私的紛争が問題となる場合と何ら変わりはない。よって、（４）の要素は（３）に統合できる。

裁判例では、コンマー事件による公序良俗規範の適用制限にも関わらず、出願行為に不正の目的が認められる場合、それが法目的に反するものとして、7号が適用されることが少なくない<sup>(138)</sup>。これらの事案では、出願の不当性が法目的・公序論と関連して述べられている。そして、裁判例では他人の商標を不正に自己のものとして登録すること、代理店契約の強制、顧客吸引力の便乗などを理由とするが、拒絶・無効を通じて直接的に保護されるのは、不正に取得された商標使用者である<sup>(139)</sup>。また、「不正の目的」には他人の事業を阻害する目的も含む裁判例もある<sup>(140)</sup>。商標登録制度と商標権の独占排他性を悪用した出願行為を非難するものと考えられるが、これも競争を阻害された者が直接的に保護されることになる。



つまり、(2) 契約上の義務違反を含む不正な手段により、(1) 商標使用者の利益を害することは、(3) 法目的に反する不当な出願行為といえる。よって、(1) 及び (2) も (3) に統合されると考える。

また、事案を概観すると商標の周知性や商標が使用される商品・役務などが考慮されており、実質的には、出願商標から表示される主体や公的機関との出所混同や品質誤認のおそれを理由としている事案も含まれている。さらに、商標法の中心となる「需要者」は取引者等を想定していることから、私的な取引主体の総体である「需要者」の誤認混同が問題となるはずである<sup>(141)</sup>。そのため、この類型でも私益・公益を峻別して解釈することは困難である<sup>(142)</sup>。そして、公益的事業に関する商標であることを理由として優先的に取り扱うことは妥当でなく、先願主義、出所表示機能、出所混同や品質誤認の観点など商標法の目的・制度趣旨から登録の適合性を判断すべきである。

以上のように、近時の裁判例では、これらの要素を検討して、出願行為に不当性があり、法目的に適合しない場合に、公序良俗規範により出願を拒絶すべき類型が問題となっている。そこでは、「出願行為の不当性」の判断基準が問題となり、裁判例は「出願経緯に著しく社会的妥当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反する」ことを判断している。

### 3. 小括

近時の裁判例を概観すると、①各類型の判断要素が重複しており、「公序」との関係が曖昧である、②各類型の判断要素を検討すると、他の拒絶理由と共通する類型が存在する、③外国や公共団体に関連する事案では、国際信義や公共性と関連付けた判断がされているが、実際の利益状況は他の事案と同様の場合がある、④他の拒絶理由にも該当しない類型として「出願の不当性」と「法目的」を考慮するものがある。

他の拒絶理由の判断要素と重複する事例について、法的安定性・予測可能性の観点から、コンマー事件判決が指摘するように、具体的に法定されてい

る拒絶理由に該当する場合は優先的に適用されるべきである。また、明確に具体的拒絶理由に該当しない場合でも、各号で考慮される判断要素を基準として、問題となる利益状況を明確にした判断が必要である。

これに対して④類型について、後述のように学説の多数は7号の適用に消極的な見解を示している。その理由として、先願主義と私的領域への不介入を挙げ<sup>(143)</sup>る。しかし、出願経過が社会的妥当性を欠くことについて、「法感情」<sup>(144)</sup>「法の予定する秩序」以上の理論的根拠を見出せていない。そして、出願の不当性を問題とする類型では、「①出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、②登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するもの」の2つの要素で判断している。次章では、裁判例の展開に対する学説の展開を整理しつつ、上記判断枠組みの意義について検討する。

## 四 公序良俗概念の再検討

### 1. 近時の学説の整理

近時の裁判例では、剽窃的な出願の場合、著名な故人の氏名等を用いた場合、他の法律に反する場合、外国事業者に係る商標が出願された場合に7号が適用されるようになり、学説において、その適用領域の拡大が指摘されている。特に「剽窃的な出願」は商標の帰属を巡る私的紛争であるため、公序良俗規範である7号を適用することが妥当であるか問題となっている。

この問題について、当初、渋谷教授は、特許法等の冒認出願に関する規定と商標法の背後に存する考え方も同様の条理であるとし、単なる冒認を超えた悪性があれば、出願の排除は正当化されるとした<sup>(145)</sup>（条理説）。

これに対し、小泉教授は、創作でない商標において、冒認出願自体を排除する理由として「健全な法感情」以上の理論的根拠がないことが指摘<sup>(146)</sup>する。そして、従来の類型相互間の関係が明確でなく、「同一ないし類似の利益状況に関する事案が、複数のカテゴリとして横断的に判断されている」とし、①公益上、何人も登録使用してはならない商標、②本来、団体的に帰属すべきであり、特定者に独占させるべきでない<sup>(147)</sup>商標、③当該商標に関する権利が

「本来帰属すべき者」以外の者による登録の場合という利益状況ごとに分類し、「商標法の体系的解釈として例外的に7号を適用するにとどまる」とする。

また、通説的見解<sup>(148)</sup>は、商標法は「市場における秩序維持法」であり、法が予定している法秩序を「公正な競争秩序・流通秩序の維持・形成」と捉える。そして、「一般的社会道徳（又は商道徳）に反すること」、「国際信義に反すること」、「剽窃的である場合」など7号の適用範囲を類型化し、公序良俗を社会公共の利益を考え、私人間の紛争に関しては制限的に適用されるべきとする。

剽窃的な出願について、いずれの見解も商標法における公序良俗規範が例外的に適用されると捉えている。その理由として、先願主義との関係及び不正目的の出願については19号が規定されているとする<sup>(149)</sup>。そして、コンマー事件以降の裁判例の見解と7号の適用を制限的に捉える見解は一致する。しかし、コンマー事件の枠組みでも公序良俗規範が適用される場合を示しており、条文上も19号括弧書きで「前各号に掲げるものを除く」と規定することから、19号と7号との体系上の関係が問題されている。この点、剽窃的な出願について、①19号の新設後は19号で判断すべきという見解と<sup>(150)</sup>、②19号も7号の一類型に過ぎないため7号の適用も可能であるとする見解<sup>(151)</sup>が対立している<sup>(152)</sup>。

①見解は、4条1項19号が商標の周知性・著名性を要件として、さらに、出願時及び査定審決時において両時判断（4条3項）がされ、後発的無効理由（46条1項6号）とならないことから、19号は私益の規定であり、7号は公益の規定として異なる規定であるとする。そして、剽窃的な出願で問題となる事由は、一般条項により登録性を判断するより、権利行使の段階で権利濫用の有無を判断する事由として考慮されるべきとし、「公益的な利害関係＝公序良俗」「私的な利害関係＝権利濫用」と捉えている<sup>(153)</sup>。この場合、権利濫用論は民法1条3項を根拠とするものであり、商標登録に無効理由を有することを理由とする準用する特許法104条の3によるものでないことになる。

これに対し、②見解は、19号の立法措置として平成8年施行前の出願については従前の例（7号の適用）によるとされており、立法に伴う経過規定がないこと、7号も19号を理由とする無効審判の除斥期間（47条）もなく、その限りにおいては7号も19号も公益的側面があること、19号の保護対象は純粋な私益のみとはいえ、<sup>(154)</sup> 剽窃的な出願を7号で捉えることも体系上の誤りとは言えないとする。

この対立は、剽窃的な出願等について7号の適用に関する立場に影響する。剽窃的な出願について7号の適用を認める渋谷説は、商標の冒用行為を防止する法理として7号を適用する立場があり、また、同様に辰巳説は、出願経緯に照らして商標法の予定する秩序に反するとみられる場合には、私的領域とともに商標法上の公序が問題となり得るとする。<sup>(155)</sup> その他、剽窃的な経緯が明らかであれば19号と別に適用を認める余地があるとする立場もある。<sup>(156)</sup> これらの見解は、出願人の行為の不当性に着目した見解と言える。<sup>(157)</sup>

これに対して、原則として7号の問題でないとする説は、7号は商標の構成について着目した規定であるため、特段の事情がある例外的な場合のみ適用されるとする。「特段の事情」について、基本的に公益に関する理由が念頭に置かれている。よって、この見解は、私的利益の調整は権利濫用論で解決することになる。<sup>(158)</sup><sup>(159)</sup>

## 2. 検討

裁判例・学説における公序論の議論は、民法の借用概念から商標法における公正な秩序を維持するものへと変容している。そして、コンマー事件で私的問題に公序良俗規範の適用が制限的であると示されて以降、「公益的な利害関係＝公序良俗」「私的な利害関係＝権利濫用」の2つの枠組みで捉えている。

従来議論において、民法の古典的な公序論の借用概念を基礎として、商標法の公序論を解釈していたが、それと同時に、商標の関する潜在的な問題を対象としつつ、民法上の概念と断絶することにより、商標法の独自性を強

調した見解（専説）が主張されていた<sup>(160)</sup>。その後、商標の財産的価値が強化されるにつれて、著名商標のただ乗りの問題などに対処する必要性が生じた。そこで、専説を基礎とした7号の適用による解決がされるようになり、その後19号の新設による立法的解決がされた。

さらに、現代において商標をめぐる問題は複雑化し、著名でない商標の剽窃的な出願に対応する必要性が生じ、学説では専説を発展させた議論が展開されている<sup>(161)</sup>。しかし、裁判例では、需要者の利益、人格的利益、公正な競争秩序などの多様な価値基準が含まれた判断がされている。そのため、学説・裁判例では、7号の適用に関して考慮される要素が複雑多様化しているものと考ええる。

ここで、学説・裁判例は、我妻公序論の影響のもとで、商標による取引状況の変化による実務上の問題に対応するために、法理念である「社会的妥当性」を専説が主張する「商品取引秩序」により具体化しつつ展開することで商標法における公正な秩序を形成している。すなわち、商標法の特色を強調する専説を背景として、商標法に内在する秩序から理論構成することで、「商品・役務の取引秩序の確立・維持を図るという法目的」及び「法目的を達成するための商標法上の基本原則やその体系との整合性」を考慮した、商標法を支配する理念に基づいた判断がされている。

そして、商標法における公序良俗概念はその適用範囲が拡大しており、公正な手続の確保と取引秩序の保護の要請を含んだ競争秩序といえる。また、具体的な拒絶理由を規定していない不正な出願行為との関係において、公正な秩序の維持と先願主義に基づく商標選択・出願の自由との緊張関係が鮮明になり、その解決基準として、自由な競争行為への介入の正当化根拠が問題となる。そのため、近時の学説が私的領域への適用に消極的な立場を採る。そして、不正な手段による商標登録の取得行為に公序良俗規範が適用される正当化根拠は、「不正な目的により商標制度を濫用し、商標法の予定する法秩序に反すること」である。つまり、市場秩序の維持を公序の内容として捉えることで、出願を拒絶又は登録を無効とする具体的な規定がない場合、商

標法4条1項7号について、商標を用いた取引の公正な競争秩序を維持するための一般的規定とすることは、大村教授・山本教授の主張する民法における公序良俗概念の展開との連続性がある<sup>(162)</sup>。

その一方で、学説が指摘するように、商標の選択・出願は自由競争の範囲において尊重されるべきであるが、それと同時に、商標法の公正な取引秩序との調和が要請される<sup>(163)</sup>。つまり、商標制度を利用することにより登録商標を独占的に使用できることから、市場における独占と公正な競争の調整が必要となる。この要請は、商標法が独自に獲得したものでなく、民法上の公序概念を受容することにより商標法の秩序として当事者のみならず需要者の観点などを取り込んだ具体的なものである。ここに、商標法の体系における「商品取引秩序」が形成されており、民法の公序概念と異なる公序概念を見出すこと<sup>(164)</sup>できる。この不連続性は、商標権の独占性と商標の競争秩序における「個と全体」「自由と公正」の調整であり、公序良俗規範のみにより実現されるものでなく、具体的に規定されている拒絶理由によっても経済的秩序の維持を図るものである<sup>(165)</sup>。このような公序良俗規範の適用は、従来の枠組みと異なる新しい領域であるといえる。そして、商標法の体系において、商標の構成自体や社会的妥当性を問題とする商標は、19号括弧書きにより、19号に優先して適用される。これに対して、「出願の不当性」を問題とする類型は、公序良俗規範の一般条項性に基づいて、当該規定にかかわらず19号が優先的に適用されると考える。

## 五 結語

本稿の問題意識は、商標法における公序論はどのように展開しており、民法の公序論とどのような関係があるのかである。

商標法の公序論は、従来の概念から拡大されて解釈されている。具体的には、剽窃的な出願等に公序良俗規範を適用すべきかが問題とされてきた。この点、裁判例は、適用に積極的なものと消極的なものに分かれている。また、学説は、私益紛争の解決手段として、公序良俗規範を適用することに消

極的である。このような解釈の理由には、①先願主義を採用する我が国の商標制度、②不正な目的による出願を排除する具体的な規定（4条1項19号等）が存することである。そして、①と②は自由競争と公正な秩序の関係として捉えることができる。裁判例でも、自由競争の範囲内である出願行為に関しては7号の適用に消極的である。その一方で、他の具体的な拒絶理由の判断要素と類似した事情を考慮して、7号を適用する事案があり、その場合、具体的な拒絶理由との関係を明確にした判断が必要と解する。

そして、具体的な拒絶理由に該当しない場合であっても、「不正な目的により商標制度を濫用する行為」は公序良俗規範による規制がされることがある。これは、不正競争防止法は不正競争行為として「商標の使用」を禁止することができるが出願行為を防止できず、また、独占禁止法は知的財産権の不正な行使について規制しているため、商標権を規律する商標法による解決が必要とされる。

ここでは、商標における自由競争の確保と、不正な手段を排除することによる商標における公正な競争秩序の維持が価値判断の基礎とされている。つまり、商標法の目的・指導原理である1条を基礎理論として、公序良俗規範である7号を適用することにより、商標法における秩序を維持するものと考ええる。このような概念を用いることで、私的利益の調整のためでなく、商標制度を濫用した不正な競争行為を規制することが可能となる。

このような捉え方は、民法90条の公序論による秩序の維持や正義の実現のために用いられる場合と同様である。そして、この秩序は、警察秩序のみでなく、商標法で問題となっているような経済秩序・取引秩序も含まれている。さらに、現代における公序論は、自由と公正（個と全体）の緊張関係から、自由な行為への介入の程度とその正当化の視点も必要となる。この現代的公序論の基本的発想は、民法と商標法の間においても共通しているといえる。その一方で、商品・役務に用いられる商標の秩序は、需要者の出所混同や品質誤認の防止や商標登録の不正な取得行為にも及ぶものであるため、民法の公序概念を受容しつつも、その内容を具体化させて変容させたもので

ある。つまり、商標法は、民法の公序概念と異なる概念として、「市場における標識秩序」を形成するに至っている。

今後の課題として、商標法の公序論のように一定の法的枠組みにおいて形成された秩序は、当該枠組みに収まるものでなく民法の公序論への影響を考察が必要となる。なぜなら、商標を用いた取引は商標法・不正競争防止法・独占禁止法の領域のみならず、一般的な取引法への影響を否定できない。とくに商標は市場における標識として機能しており、不当表示による意思表示や契約の有効性に関連する問題となる場合がある。例えば、いわゆる偽ブランド品の商品売買契約の公序良俗違反が問題となった「POLO 事件」(最判平成13年6月11日判時1757号62頁)<sup>(166)</sup>がある。本事件では、「法律違反…だけでなく、経済取引における商品の信用の保持と公正な経済秩序の確保を害する著しく反社会性の強い行為」と判断され、需要者への影響も考慮されたものと思われる。しかし、これらの点の具体的な考察については紙幅の関係上、本稿では示唆するにとどめる<sup>(167)</sup>。そして、特許庁における審査を経て独占排他権が付与される知的財産権の構造上、紛争が解決される裁判所との判断機関の分化による役割分担が指摘されている<sup>(168)</sup>。本稿との関係では、剽窃的な出願により取得した商標権の行使と権利濫用論の関係が問題となる。

さらに、不公正な手段による出願については、ドイツ法など具体的な制度も持つ国もある<sup>(169)</sup>。本規定は、ドイツ法を起源とすることから、これらの法制度との比較法的な考察も必要であるが今後の課題とする。

(1) 特許庁編『商標審査基準〔改訂第13版〕』70頁以下(発明推進協会、2017年)では、実務上の問題に対応する形で各類型が追加されて、現在では以下のようになっている。

1. 「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」とは、例えば、以下(1)から(5)に該当する場合をいう。

(1) 商標の構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、きょう激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音である場合。

なお、非道徳的若しくは差別的又は他人に不快な印象を与えるものであるか否か



- は、特に、構成する文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音に係る歴史的背景、社会的影響等、多面的な視野から判断する。
- (2) 商標の構成自体が上記（1）でなくても、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道德観念に反する場合。
- (3) 他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合。
- (4) 特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合。
- (5) 当該商標の出願の経緯に社会的相当性を欠くものがある等、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ない場合。
- (2) なお、この問題は、昭和60年頃から「外国周知・著名商標の力が国での未登録商標および外国人の名称等の保護」を目的として、知的財産制度の改善による不正な出願への対処が経済界から要請されたこと、また、平成8年法改正により「日本国又は外国で周知な商標と同一又は類似の商標を不正の目的で使用するもの」を拒絶する4条1項19号が新設されたことが契機であると考えられる。そのため、本稿における「近時の審判決例」とは、当該時期以降のものを意味する。特許庁「商標審査便覧42.119.02」別紙1及び2 ([http://www.jpo.go.jp/shiryou/kijun/kijun2/pdf/syohyoubin/42\\_119\\_02.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryou/kijun/kijun2/pdf/syohyoubin/42_119_02.pdf)) 参照。
- (3) 山田威一郎「商標法における公序良俗概念の拡大」知財管理2001年12月号1863頁以下、齊藤整・勝見元博「最近の審判決例にみる商標法第4条第1項第7号における公序良俗概念」パテント Vol. 59 No. 8 54頁以下 2006年、小泉直樹「いわゆる「悪意の出願」について—商標法4条1項7号論の再構成」学会年報31号153頁。小野昌延ほか編「新・注解 商標法【上巻】（小野＝小松）」287頁以下（青林書院、2016年）では、旧版「注解 商標法【上巻】」より公序良俗違反商標の取り扱いの分量が多くなり、現在、日米欧中韓の商標五庁による国際的枠組みである TM5 において、「悪意の商標出願対策プロジェクト」が進められている（「悪意の商標出願に関する報告書」[https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/bad\\_faith\\_report.htm](https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/bad_faith_report.htm) 参照）。
- (4) 渋谷達紀「悪意の商標出願」日本商標協会誌39号1頁などでは、「悪意の出願」と称されている。渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』212頁以下（有斐閣、2005年）は、「健全な法感情に照らして他人が優先的に使用権原を有するものと認められる商標を先回りして登録出願した商標」を「悪意の出願」とする。この「悪意」は民法上の悪意と異なり「他人の商標であることを認識している」意味で用いられている。本稿では、民法上の悪意と区別するために、「剽窃的な出願」とする。なお、小泉教授は当初出願プロセス出願動機が公正な競争秩序に違反する事例として「先願主義を濫用する出願」とした（小泉直樹「公序良俗を害する商標」学会年報25号3頁）。
- (5) この状況をうけて「日本商標協会誌 No 64 別冊」は、「商標法第4条1項第7号に関する審決」の分類検討を行っている。同誌5頁以下で古関宏弁理士は2000年～2007年の7号に関する事案が増加していることについて、審査便覧による対応でな

- く、「法の欠缺として新たな登録要件を創設」の必要性を述べる。
- (6) このような観点で述べる論稿として、林幸司「我が国における公序良俗論の問題点」駒澤大學法學部研究紀要52巻24頁以下。
- (7) 川島武宜ほか編『新版・注釈民法（3）総則（3）90条-137条』94頁以下「民法90条〔森田修〕」（有斐閣、2003年）参照。
- (8) 民法90条の立法史について、山本敬三「90条（公序良俗違反の法律行為）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年〈2〉個別的観察1 総則編・物権編』53頁以下（有斐閣、1998年）、滝沢昌彦「日本の学説における公序良俗」椿寿夫＝伊藤進編『公序良俗違反の研究—民法における総合的検討』181頁以下参照（日本評論社、1995年）参照。
- (9) 川島ほか・前掲注（7）102頁は、初期の学説について「古典私法における公序良俗規範の例外的位置づけに忠実」とする。
- (10) 山本敬三『公序良俗論の再構成』120頁（有斐閣、2000年）。
- (11) 大村敦志『公序良俗と契約正義』15頁（有斐閣、1995年）。
- (12) 我妻栄「判例より見たる公の秩序善良の風俗」『民法研究Ⅱ総則』123頁以下（有斐閣、1996年）、末川博「公序良俗の概念—民法90条について」『統民法論集』11頁以下（1962年）。
- (13) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』271頁（岩波書店、1965年）
- (14) 実質的類型及び形式的類型について、椿久美子「我妻類型とその現代的変容」椿＝伊藤・前掲注（8）89頁以下参照。
- (15) 椿久美子・前掲注（14）89頁以下。
- (16) 代表的な研究として、椿寿夫＝伊藤進編『公序良俗違反の研究—民法における総合的検討』（日本評論社、1995年）
- (17) ドイツ法・フランス法に関する研究として、林幸司「ドイツ法における良俗論と日本法の公序良俗」椿ほか・前掲注（8）124頁以下、鹿野菜穂子「ドイツの判例における公序良俗違反」同138頁以下、後藤卷則「フランス法における公序良俗論と我が国への示唆」同152頁以下、難波譲治「フランスの判例における公序良俗」同165頁以下。また、川島ほか・前掲注（7）100頁も参照。
- (18) この考え方は、憲法13条の宣言するリベラリズムの思想と相容れず、それでは、私的自治・契約自由もまた、「自分の生活空間を主体的に形成する自由」として憲法上の保護の対象とされる。国家は、公序良俗規範を通して、この憲法上の自由を制限していることになるから、それが不当な制限にならないように憲法上の制約に服するとする（山本・前掲注（10）12頁以下）。
- (19) 山本・前掲注（10）293頁。
- (20) 憲法上の保護と制約の関係について、川島ほか・前掲注（7）103頁は「自由の原則との位置関係を、我妻説の原則・例外の関係から逆転させようとする指向が顕著」

- とする。
- (21) 米倉博士は憲法の価値体系の観点から、①現代的公序良俗、②古典的公序良俗、③準現代的公序良俗に分類されている（米倉明「法律行為（29）公序良俗違反の法律行為」法教72号60頁以下）。
- (22) これに対し、川島ほか・前掲注（7）132頁以下では、従来の公序良俗論の類型は90条無効の判断基準を得ることを目的としていたことから、一義的な基準により予測可能性・法的安定性を実現する「法技術的な機能を直接に営んでない」とする。森田教授は、公序良俗違反により侵害される秩序の観点から一元的な類型化を図る（森田秩序類型）。
- (23) 山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」『契約法の現代化Ⅰ—契約規制の現代化』105頁（商事法務、2016年）。
- (24) 末弘厳太郎「法令違反行為の法的効力」法協47巻84頁、88頁。
- (25) 大村敦志「取引と公序（上）」ジュリスト1023号83頁以下。なお、法令違反行為効力論の展開について、川島ほか編・前掲注（7）108頁以下、川井健「物資統制法規違反契約と民法上の無効—取締法規と強行法規との分類への疑問（上）（下）」判タ205号14頁以下、206号14頁以下、磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民商法雑誌創刊50周年記念論集Ⅰ・判例における法理論の形成1頁以下を参照。
- (26) 大村敦志「取引と公序（下）」ジュリ1025号71頁。
- (27) 大村・前掲注（26）取引68頁。
- (28) 大村敦志「公序良俗—最近の議論状況」法教260号44頁以下。
- (29) 山本・前掲注（23）121頁。山本教授は、森田秩序類型についても同様に「秩序思考に基づいて権利・自由と秩序を統合的に理解する考え方」とする（同122頁）。
- (30) 山本・前掲注（23）123頁は、統合論と重複する点を指摘する。
- (31) 中舎寛樹「戦後判例における公序良俗」椿久美子「我妻類型とその現代的変容」中舎寛樹「民法90条における公序良俗違反の類型」椿ほか・前掲注（8）65頁以下、89頁以下、216頁以下参照。
- (32) 中舎・前掲注（31）戦後67頁。同75頁以下では公序良俗の来たす機能として、「当事者間の利害調整機能の増大」を指摘する。
- (33) 高部眞規子「商標登録と公序良俗」設樂隆一ほか編『現代知的財産法—実務と課題—飯村敏明先生退官記念論文集』963頁（発明推進協会、2015年）は「民法90条における公序良俗の役割とは異なるし、他法における用例もそれぞれの法目的に従い、異なるもの」とする。
- (34) 小島庸和「商標と公序良俗」紋谷陽男教授古稀記念論文集刊行会編『知的財産権法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古希記念』557頁以下（発明協会、2006年）
- (35) 金井重彦ほか編『商標法コンメンタル（井関涼子）』83頁（レクシスネクシス・ジャパン、2015年）。高部・前掲注（33）951頁。

- (36) 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第20版〕』1410頁（発明推進協会、2017年）。金井ほか編・前掲注（34）83頁は、「社会秩序や道徳的秩序に反する商標を、法が登録を与えて助長することがないようにする趣旨」と述べる。
- (37) 小野ほか・前掲注（3）新注解287頁。
- (38) 商標法の立法史について、小島庸和「商標と競争—商標権の再構成の試み—」工業所有権学会年報9号33頁以下参照。
- (39) 永田菊四郎『改訂工業所有権論』265頁（富山房、1959年）は、旧法に関しても公益的規定と私益的規定に分類する。
- (40) 三宅発士郎『商標法講和』75頁（早稲田大学出版、1921年）。
- (41) 光石士郎『新訂商標法詳説』142頁（帝国行政学会、1971年）は、「社会共同の秩序を維持することを其の目的とする法律が本号の場合を看過せざるは当然」とする。
- (42) 兼子一＝染野義信『新実務法律講座 新特許・商標』336頁（青林書院、1960年）。
- (43) 紋谷暢男編『商標法50講〔小島庸和〕』52頁（有斐閣、1975年）。
- (44) 吉原隆次・高橋三雄『新訂 商標法説義』48頁（テイハン、1987年）。
- (45) 旧法について、田中清明『特許実用新案・意匠・商標法論』332頁（巖翠堂書店、1935年）は、「此れ商標の構成資料中、危険思想を包蔵し、国体を冒涇するが如きもの、又は猥褻の標示あるものの如し」とする。また、村山小次郎『特許新案意匠商標四法要義』366頁（巖松堂書店、1928年）参照。
- (46) 村山・前掲注（45）367頁は、「（日本法の一筆者付記）字句は少しく荘厳に過ぎドイツ法の如く伸縮力なきの感ある」とする。
- (47) 小島・前掲注（38）560頁。旧法について、三宅発士郎『日本商標法』105頁（巖松堂書店、1931年）、萼優美『特許・実用新案・意匠・商標学説判決総攬』610頁（有斐閣、1932年）、吉原隆次『商標法詳論』50頁（有斐閣、1928年）参照。現行法について、萼優美『新工業所有権法解説』368頁（帝国地方行政学会、1960年）参照。
- (48) 「ごまの蠅」抗告審判昭和31年10月9日審決公報第825号。
- (49) 「Old smuggler」抗告審判昭和32年4月10日審決公報144号83頁。
- (50) 「征露丸」大判大正15年6月28日審決公報大審判決集号外3号187頁。
- (51) 登録主義及び使用主義の変遷について、小野ほか・前掲注（3）新注解56頁以下参照。
- (52) 「Boy-Scout」東京高判昭和27年10月10日行集3巻10号2013頁。
- (53) 「STOWAWAY」審決昭和32年12月25日審決公報162号37頁。
- (54) 「Elizabeth」審決昭和35年11月4日抗告審判第257号。
- (55) 審判決要約集（特許庁ホームページ [http://www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/pdf/syouhyou\\_shinketu/youyaku06.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/pdf/syouhyou_shinketu/youyaku06.pdf)）参照。
- (56) 神谷巖「判批」村林隆一先生還暦記念論文集刊行会編『判例商標法村林隆一先生還暦記念論文集』151頁（発明協会、1991年）は、「法律は、究極的には公序良俗を規

- 範にまで高めたものであるから、公序良俗に反する法律行為や法律関係を認めることはできない」とし、唯一の一般条項とする。
- (57) 中川淳「公序良俗を害するおそれのある商標」内田修編『判例工業所有権法』251頁以下（有信堂、1972年）。兼子ほか・前掲注（42）336頁は「社会の一般秩序・道德観念」を抽象的基準として、「社会的妥当性を欠くおそれ」を挙げる。
- (58) 三宅正雄『商標法雑感』87頁、95頁以下（富山房、1978年）。
- (59) 林・前掲注（6）26頁。
- (60) これは、会社名と異なる英文を含んだ商標について「一般取引者、需要者が本願商標をみた場合、…本願商標を全体として原告会社名を表示」するとした事案（「松方興産株式会社」東京高判昭和52年12月15日無体集9巻2号751頁、木村昇「無体財産権判例と実務」357頁（「特許管理」判例と実務シリーズ百号記念）で、商号自体の問題でなく、商標からの生じる「商品の出所」の一体性が問題とする点にも共通する。この商号との問題について、網野誠『商標〔第6版〕』327頁（有斐閣、2002年）は、商標の使用許諾や商標権の自由譲渡を認めた法制度において、個人名義での「株式会社」を含む商標出願に柔軟な見解を指摘する。
- (61) 兼子ほか・前掲注（42）336頁は、法律行為を対象とする民法との差異について「程度の差が生じる」とし、「商品に商標が使用される場合に具体的直接の結果において社会公共の利益に反するおそれ」を適用範囲の限界とする。
- (62) 粵優美「商標のただのりの問題」企業法研究昭和32年2月号63頁。
- (63) 光石士郎『新訂商標法詳説』142頁（帝国行政学会、昭和46年）も「当否すこぶる疑わしい」と批判する。
- (64) 中川・前掲注（57）225頁。三宅・前掲注（58）87頁、95頁以下は、「民法90条と源流を同じくする」とする。
- (65) 旧法に関する見解はこれに属すると思われる。
- (66) 網野・前掲注（60）327頁。
- (67) 特許庁総務部編『工業所有権法の解説（平成8年改正）』143頁（発明協会、1996年）によると、周知性要件を定めた理由を「使用に基づく一定以上の業務上の信用を獲得していないような商標であって未登録のものについて他人が出願した場合に、「不正の目的」があるからという理由だけでこの出願を排除することとするのは、商標の使用をする者の業務上の信用を維持することを目的とし（1条）、かつ先願登録主義を建前とする（8条1項）我が国法制の下では適切ではないから」とする。
- (68) 特許庁・前掲注（67）143頁では、従来、7号又は15号の解釈・運用で対応していた事例から、未登録であることを奇貨として、高額の買取り、国内参入の阻止、国内代理店契約の強制等を目的として、先取りの出願した場合や出所表示機能の稀釈化、その名声を毀損など信義則に反する不正の目的で出願した場合を対象としている。

- (69) 近時の裁判例において、従来の商標の構成自体が問題となる事案は、「御用邸」について「皇室の尊厳を損ね、国民一般の不快感や反発を招くものであり…指定商品について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する」とされた事案（知財高判平成25年5月30日）があるが、他の事案と比較して多くない（牛木理一「判批」特許ニュース13522号5頁、生駒正文・久々湊伸一「判批」特許ニュース平成27年7月8日参照）。また、「御用邸の月」は該当しないとするのが裁判例（知財高判平成25年5月30日判時2195号125頁、牛木理一「判批」特許ニュース13522号7頁）である。これについて、皇室の静養地の建物を表示する「御用邸」の文字を用いたことは同様であり、その差異について疑問である。なお、御用邸事件について、当該商標が独占に馴染まない点は正当であるが「国民一般の不快感や反発」とする点に疑問を呈する。
- (70) 「タリ事件」東京高判平成14年7月30日判時1802号139頁。
- (71) 「野口英世」平成18年5月30日不服2003-18577号。本事件では、「タリ事件」の判旨を引用している。その他の事案として、「福沢諭吉」平成17年5月31日無効2004-89021号など。
- (72) 「北斎」知財高判平成24年11月7日判時2176号96頁。山田威一郎「判批」知財管理63巻9号1471頁、岡邦俊「判批」JCA ジャーナル60巻6号90頁、堀江亜以子「判批」福岡大学法学論叢58巻2号395頁。
- (73) 「遠山の金さん」知財高判平成26年3月26日判時2239号104頁。生駒正文・久々湊伸一「判批」特許ニュース14084号9頁、大塚啓生「判批」特許ニュース13775号1頁。
- (74) 「Anne of Green Gables」知財高判平成18年9月20日裁判所ホームページ。松原洋平「判批」知的財産法政策学研究15号371頁、松尾和子「判批」知財管理57巻7号1161頁、上沼紫野「判批」Lexis 判例速報13号119頁。
- (75) 「シャンパンタワー」知財高判平成24年12月19日判時2182号123頁。生駒正文・久々湊伸一「判批」特許ニュース13814号5頁、諏訪野大「判批」法学研究87巻3号49頁。
- (76) 「ターザン」知財高判平成24年6月27日判時2159号109頁。佐藤薫「判批」判評651号12頁（判時2178号50頁）。井関涼子「判批」同志社法学65巻1号163頁、西村雅子「判批」A.I.P.P.I 58巻2号2頁、長谷川俊明「判批」国際商事法務40巻12号1828頁。
- (77) 「テディベア」知財高判平成21年12月21日裁判所ウェブサイト。知的財産研究センター研修チーム・知的財産権判決速報417号8頁。
- (78) ドイツ・シュタイフ社「テディベア」の歴史について、<http://www.steiff.co.jp/history/> 参照。
- (79) 「DUCERAM」東京高判平成11年12月22日判時1710号147頁。小島庸和「判批」判評507号31頁判時1740号193頁、小泉直樹「判批」ジュリ別冊188号18頁、木棚照一

- 「判批」発明98巻3号93頁。
- (80) 「Kranzle」知財高判平成18年1月26日裁判所ホームページ。
- (81) その法的根拠として、会社法7条や判例・学説で認められている商号単一の原則に反することが挙げられている。
- (82) 「出版大学」知財高判平成23年5月17日裁判所ウェブサイト。宮川久成「判批」特許ニュース13148号1頁、知的財産研究センター研修チーム「判批」知的財産権判決速報434号4頁、廣田美穂「判批」知財管理62巻3号335頁。
- (83) 「特許大学院」東京高判昭和56年8月31日判例工業所有権法2757号13頁。
- (84) 「特許医学博士」東京高判昭和56年8月31日無体集13巻2号608頁。
- (85) 「建設大臣」東京高判平成16年11月25日裁判所ウェブサイト。
- (86) 「特許管理士」東京高判平成11年11月30日判時1713号108頁。
- (87) 「食養士」東京高判平成15年10月29日裁判所ウェブサイト。
- (88) 特許庁「商標審査便覧42.107.02」([https://www.jpo.go.jp/shiryu/kijun/kijun2/pdf/syohyoubin/42\\_107\\_02.pdf](https://www.jpo.go.jp/shiryu/kijun/kijun2/pdf/syohyoubin/42_107_02.pdf))では「国家資格等の制度に対する社会的信頼を失わせ、ひいては公の秩序又は善良の風俗を害するおそれのある商標」とする。
- (89) 「企業市民白書」東京高判平成12年5月8日裁判所ウェブサイト。
- (90) 「秘書士」東京高判平成16年9月30日裁判所ウェブサイト。
- (91) 「日本刀剣保存会」東京高判平成15年10月28日裁判所ウェブサイト。
- (92) 「吉村流」知財高判平成28年6月29日裁判所ウェブサイト。
- (93) 「スーパーDC デオドランドクリーン」東京高判平成10年11月26日判例工業所有権法。
- (94) 「野外科学KJ法」東京高判平成14年7月16日裁判所ウェブサイト。しかし、「社会の一般道徳観念に反する場合」という枠組みの類型に含めている。結論は妥当であるが、関係者の利益を害することと道徳的観念の関係が不明確である。
- (95) 「家元芸名商標」東京地判平成21年3月12日（裁判所ウェブサイト、牛木理一「判批」特許ニュース12530号1頁）。本判決は「少なくとも、著名な二代真佐喜の名声に便乗し、指定役務についての本件商標の使用の独占により、その名声、名誉を傷つけるおそれがあるとまでは認められない」と出願の目的を考慮している。
- (96) 「ババウォッシュ」知財高判平成22年7月15日裁判所ウェブサイト。知的財産研究センター研修チーム「判批」知的財産権判決速報424号5頁。本件商標は、「健全な法感情に照らして他人が優先的な使用権限を有するものと認められる商標を先回りして登録出願した商標」に該当しない、渋谷説に基づく主張がされていた。
- (97) 「N-SPC ウォール工法」知財高判平成23年3月17日判時2123号126頁。生駒正文＝久々湊伸一「判批」特許ニュース13249号8頁、知的財産研究センター研修チーム「判批」知的財産権判決速報432号8頁。
- (98) 「ショックウェイブ」東京高判平成16年4月27日裁判所ウェブサイト。なお、永野

周志「判批」知財ふりずむ81号7巻62頁以下では分裂後の事業をそれぞれ行う法主体が当該商標に係る商標権の帰属や当該商標と同一又は類似の商標使用の可否をめぐる紛争の侵害訴訟（東京地判平成21年3月12日裁判所ウェブサイト、牛木理一「判批」特許ニュース12530号1頁）について、「正当な利益（適格者性）」が問題となり、取決めのある団体なら、遵守する契約関係上の義務を負い、これが契約関係上の権利として、法的保護に値する「正当な利益」とする。

- (99)「のらや事件」知財高判平成27年8月3日裁判所ウェブサイト。生駒正文＝久々湊伸一「判批」特許ニュース平成29年5月10日、田中浩之「判批」ジュリ1487号8頁、麻生典「判批」特許研究62号46頁。
- (100)「ハイパーホテル」東京高判平成15年5月8日裁判所ウェブサイト。申立人が総本部として展開するホテル事業のパートナーである原告が、申立人が当該事業において使用する「ハイパーホテル」の商標について原告自ら登録出願した事案。
- (101)「CONMAR」知財高判平成20年6月26日判時2038号97頁判時2038号97頁。岡本岳「判批」判タ別冊29号260頁。
- (102) そのため、(1)(2)類型のように構成する裁判例が少なくなっている。
- (103)「ハレックス」東京高判平成15年3月20日裁判所ウェブサイト。
- (104)「ASrock」知財高判平成22年8月19日裁判所ウェブサイト（知的財産研究センター研修チーム「判批」知的財産判決速報425号4頁、工藤莞司「判批」特許ニュース12986号1頁、泉克幸「判批」法七増刊（速報判例解説）9号277頁）。本判決は「出願当時、…周知・著名であったか否かにかかわらず」と周知性要件との関係を除外する。武宮英子「商標と公序良俗違反」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』972頁（発明推進協会、2015年）は、本事件がコンマ一事件より私的領域への適用を拡大している点を指摘する。
- (105)「レイデント」東京高判平成14年2月14日裁判所ウェブサイト。同種の事案として、「出願当時、米国内において周知商標であることを知りながら、日本で未登録であることを奇貨として、国内参入を阻止ないし困難にし、あるいは国内代理店契約の締結を強制するなどの不正の目的のために、引用商標と類似する商標の出願」として、19号を適用した「MANE and TAIL」（知財高裁平成17年6月20日裁判所ウェブサイト）がある。
- (106)「ユベントス」東京高判平成11年3月24日判時1683号138頁。
- (107)「カーネギー・スペシャル」東京高判平成14年8月29日裁判所ウェブサイト。
- (108)「KUMA」知財高判平成25年6月27日裁判所ウェブサイト。判決では7号とともに15号にも該当しているとする。評釈として、小泉直樹「判批」ジュリ1458号6頁、堀江亜以子「判批」ジュリ臨増1466号282頁、桐山大「判批」パテント67巻5号30頁、平澤卓人「判批」知的財産法政策学研究44号283頁、泉克幸「判批」京女法学6号117頁、平澤卓人「判批」知財管理64巻10号1600頁。



- (109) 「COMEX」東京高判平成17年1月31日裁判所ウェブサイト。
- (110) 「PITAVA」東京地判平成27年4月27日裁判所ウェブサイト。
- (111) 「函館新聞」平成11年3月10日（平成9年審判20756号～20759号）。鈴木恭蔵「知的財産権の「権利行使」の範囲と独占禁止法の適用について—北海道新聞社事件—」特許研究34号46頁以下、川瀨昇「判批」ジュリ別冊161号30頁、中川寛子「判批」ジュリ202号244頁、白石忠志「函館新聞とアンブル生地管」法協244号87頁。
- (112) 「S-cut」知財高判平成21年3月10日裁判所ウェブサイト。
- (113) 「アールシータバーン事件」知財高判平成24年5月31日判時2701号107頁。青木大地「判批」判評657号23頁（判時2196号161頁）、竹山尚治「判批」特許ニュース13507号1頁。なお、本判決は、使用意思のない出願として3条1項柱書に違反し、商標登録を無効としている。
- (114) 「母衣旗」東京高判平成11年11月29日判時1710号141頁。小島庸和「判批」判評507号31頁（判時1740号193頁）。
- (115) 「激馬かなぎカレー」知財高判平成27年7月9日裁判所ウェブサイト、生田哲郎＝中所昌司「判批」発明109巻11号41頁。
- (116) 「富士山世界文化遺産センター」知財高判平成24年10月30日裁判所ウェブサイト。
- (117) その理由として「私人の独占」を問題としている。さらに使用契約の予定を証明しても阻却されないとする。
- (118) 「漢検」知財高判平成24年11月15日裁判所ウェブサイト。本判決では「我が国有数の検定試験となっていることに照らすと、…（当該）商標の帰属に関することが、単なる私人間の経済活動にすぎないということはできない。」とする。しかし、漢字検定試験の発展経緯からすると、私塾の試験から国が認定したことに留意する必要がある。
- なお、同種の事案（知財高判平成25年2月6日判時2189号121頁）は、数学検定を表示する「数検」について、「原告の使用行為が被告ないし受検生等の権利、利益を侵害するとしても、このような事情は商標の使用態様の問題であって、本件商標登録自体の問題ではない」として7号の該当性を否定している。
- (119) 齊藤ほか・前掲注（3）57頁は、「7号は公益的観点から適用される規定であるから、私人間の合意のみによって適用判断が左右されるべきではない」とする。当該氏名の使用について正当な権利を有する者からの承諾を、その出願人による氏名の独占使用が不当ではないことの一判断材料とすることは許されると解する。なお、山田・前掲注（3）1872頁は、「承諾」により対立する保護利益がないため、公序良俗を害することにならないとする。
- (120) 4条1頁8号の解釈について、宮脇正晴「商標法4条1項8号の解釈における基礎的問題の考察」L&T49号52頁以下296年参照。
- (121) 工藤莞司『商標法の解説と裁判例』107頁（マスターリンク、2011年）。なお、行

政処分の法的明確性の観点から類推適用を許容するのは困難と思われる。そうであれば、8号と同じような利益状況を考量すべきと考える。西村雅子『商標法講義』172頁以下（発明協会、2010年）は、8号の「他人」に故人を含めるか、特定人の出所表示として機能しない（3条1項6号）の可能性を示唆する。

- (122) その意味で、商標法が保護する「人格的利益」の内容を明らかにする必要があることを指摘する。
- (123) 山田・前掲注（3）1872頁は、「死後の人名・肖像に何らかの財産的価値が残存」し、他人の財産的価値の剽窃行為であるとする。石井茂樹「肥大化した「公序良俗」概念」松田治躬先生古稀記念論文集刊行会編『松田治躬先生古稀記念論文集』292頁（東洋法規出版、2011年）は、審査便覧が「死者の残存した財産的価値」として「死後100年程度」の保護法益を認めていたことを指摘する。この場合、故人の人格的利益を法的に保護する必要性、遺族の承諾の法的利益又は故人の氏名をコントロールする利益をどのように捉えるかが問題となるが、これを商標法において処理すべき問題であるかは疑問がある。
- (124) この観点は、人格的利益を保護する規定である8号の「承諾」とのバランスを考慮していると思われる。「承諾」は人格権の保護という側面があるが、承諾のある商標登録に係る商標権の譲渡に「承諾」を要件としていない点で徹底されていない。よって、商標法により、完全に人格的利益を保護するとは言い難い。なお、人格的利益と出願人側の利益調整について宮脇・前掲注（120）55頁参照。
- (125) 禁反言の法理を用いて公序良俗違反とならないとする判決論理について、山田・前掲注（72）1478頁は明文の根拠がないこと公示性がないことを理由として否定的である。岡・前掲注（72）93頁も同旨。これに対して、堀江・前掲注（72）408頁は、出願書面の閲覧可能権を指摘しつつ、他の拒絶理由に該当せず審査便覧の形式的な該当性が問題となる場合には、禁止権の範囲の減縮による登録を認める。なお、包袋禁反言の法理について、拙著「包袋禁反言と信義則—知的財産法における信義則の機能—」国士館法研論集15号45頁以下参照。
- (126) 渋谷・前掲注（4）講義212頁は、悪意の出願の法理が「地理的表示に係る商標登録を正当な産地関係者に帰属させるための法理として有効」とする。
- (127) 高部・前掲注（33）957頁は、仮に当該著作物の関係者であれば登録を許すことにすると、転々譲渡可能な商標権について著作権と無関係の者が譲り受けた場合に説明に窮すること、重要な文化遺産について著作権関係者に著作権の消滅後も、強い商標コントロール権を与えること、に疑問を呈する。
- (128) 高部・前掲注（33）959頁。
- (129) 法令違反行為の効力について川島ほか・前掲注（7）108頁以下参照。
- (130) 「iモード事件」（知財高裁平成22年3月30日裁判所ウェブサイト）では、「商標法4条1項7号に該当するかどうかは、当該商標の構成等に基づいて判断すべきであ

- り、指定商品又は指定役務に係る製造、販売等の態様が他人の知的財産権等を侵害するかによって判断すべき根拠はない」とする。
- (131) 網野・前掲注（60）327頁。石井・前掲注（123）279頁は、「他の法律」で禁止されている使用態様のみしか想定し得ない場合に限定され、「他の法律」により処分されれば足りるとする。
- (132) 法令違反との関係について判断した「キューピー事件」（東京高判平成13年5月30日判タ1106号210頁、長沢幸男「判批」判タ臨増1125号154頁）では、著作権法違反・不正競争防止法違反について、審査官の調査能力の限界を理由として、法令違反が公序良俗に反する商標に直ちに該当することを否定している。
- この点は、「フランク三浦事件」（知財高判平成28年4月12日判時2315号100頁、小林利明「判批」ジュリ1496号8頁、生駒正文＝久々湊伸一「判批」特許ニュース14472号10頁、松村信夫＝赤松俊治「判批」知財管理67巻2号223頁、伊達智子「判批」特許ニュース14328号1頁、牛木理一「判批」特許ニュース14431号1頁、泉克幸「判批」法セ増20号277頁）において、書面審査のため実際上の（文字盤を含めた）使用態様を確認できないことと共通する。なお、田倉整「知的所有権法案内72特許庁審判の果たす役割」発明99巻2号122頁以下は、キューピー事件の著作権との抵触の判断について一定の理解を示しつつも、審判手続が準司法的役割を果たす面を指摘して、審査・審理について商標法特有の領域に留まる点に疑問を呈する。
- (133) 山田・前掲注（3）1871頁は、著作権侵害が明らかな場合に7号を適用するのが妥当とする。仮に登録を認めたとしても、不使用取消審判等で商標登録を取り消すことを示唆する。
- (134) 小林十四雄ほか編『最新判例からみる商標法の実務【小谷武】』229頁以下（青林書院、2006年）は、野外科科学KJ事件について、結果的に私益的な利益を保護することになるので4条1項15号の適用をすべきであったとするが、無関係の者が商標を独占すること非難して、4条1項7号を適用したとする。
- (135) 高部・前掲注（33）961頁は、「少なくとも著しい社会的不当性」、石井・前掲注（123）289頁は「強い悪意性」が必要とする。
- (136) 本判決では「母衣旗」の名称が伝承の域に止まる、としている。
- (137) 山田・前掲注（3）1864頁も出願人の主観的悪性に着目した判決と評する。石井茂樹・前掲注（123）も同旨。これに対し、高部・前掲注（33）、西村・前掲注（121）177頁は、あくまでも公共の施策という公益との関係を指摘する。
- (138) 松田さとみ「私的領域における法4条1項7号の適用に関する考慮要素の検討」知財ふりずむ2016年 vol.14 No.8 17頁は、「①事前の出願意思、②商標権取得後の態度、③出願の必要性、④義務違反の内容、を考慮して背信性を認定している。一方、相手方の落ち度、出願人の義務違反、については、あまり重視されるものでない」とする。

- (139) 古関宏「商標制度における法的安定性と具体的妥当性の調和」松田古稀・前掲注(123) 74頁は、歴史上の人物名について、審査官の職権審理により利害関係人による当事者対立構造の下で判断されるべき問題とする。
- (140) 田村善之『商標法概説〔第2版〕』106頁以下(弘文堂、2000年)は、独禁法において容認できない行為であるから7号に該当することを示唆する。
- (141) 西村・前掲注(121) 174頁は、7号の解釈に「国民の行政への信頼を損ねるなど、社会公共の利益に反することになるものも含まれる」とし、「秘書士」「建設大臣」「企業市民白書」など行政組織などと関連する表示については、指定商品・役務の需要者でなく、「一般国民の誤信」も勘案すべきとする。
- (142) 西村・前掲注(121) 177頁はKrazle事件を公益的観点、私益的観点的事件とする。
- (143) 高部・前掲注(33) 963頁。
- (144) 小泉・前掲注(3) 160頁、高部・前掲注(33) 96頁。
- (145) 渋谷・前掲注(4) 1頁。
- (146) 小泉・前掲注(3) 160頁。平尾正樹『商標法〈第2次改訂版〉』(学陽書房、2015年)は「法の大原則」としつつ、商標法4条1項7号もこの原則に沿った規定とする。
- (147) 小泉・前掲注(3) 162頁では、i 商標権者の出願の必要性、ii 自己使用の正当な利益があるか、iii 抜け駆けが義務違反か、iv 公益性への便乗を考慮する。
- (148) 網野・前掲注(60) 112頁、小野昌延・三山峻司『新・商標法概説(第2版)』(青林書院、2013年)、土肥一史『知的財産法入門(第15版)』(中央経済社、2015年)、斎藤崇「公序良俗違反に係る悪意の商標出願」法学研究年報46号150頁。
- (149) 土肥一史『商標法の研究』110頁以下(中央経済社、2016年)は、「悪意の商標出願の問題は、登録主義と先願主義の法制度にとって不可避的な現象」とする。
- (150) 高部・前掲注(33) 962頁、小川宗一「商標法4条1項19号及び4条1項7号の射程—悪意の商標出願への対応—」知財ジャーナル2017年33頁、宮脇正晴「判批」特許研究37号47頁は、キルビー判決を分析し、公有状態の発明に関しては特許制度や社会公共の利益に常に反するという価値判断があるとするが、出願人の主観的悪意に基づいて7号を適用する場面では、公共の利益よりも特定人の利益を害しているにとどまり、キルビー判決の理論を無条件に採用する点に疑問を呈する。
- (151) 網野・前掲注(60) 327頁、田村・前掲注(140) 108頁、小泉・前掲注(3) 166頁、泉・前掲注(108) 117頁。
- (152) この分類でまとめた論稿として、麻生典「商標法上の公序良俗概念について判断した知財高裁判決」特許研究62号46頁以下。
- (153) 小川・前掲注(150) 33頁。武宮・前掲注(104) 976頁は、「当事者間の私的領域の問題が、公序良俗の問題として、無効審判で処理されること」に疑問を呈し、「当

- 事者間の民事紛争上の問題は、原則的に侵害訴訟等の民事訴訟の手續に馴染む」とする。
- (154) 古関宏『商標法概論—制度と実務』180頁以下（法学書院、2009年）は、4条1項19号が私益・公益の両側面を有することについて指摘する。
- (155) 辰巳直彦『体系化する知的財産法（下）』562頁（青林書院、2013年）。
- (156) 平澤卓人「商標パロディと商標法4条1項7号及び15号」知的財産法政策学研究44号2014年332頁。
- (157) 山田・前掲注（3）1866頁は、「商標の著名性、識別力の強さ、商標の公益性、本来の権利者の商標使用商品・役務と出願商標の指定商品・役務の関係、（客体的要素）と出願人と本来の権利者の関係（接触の有無等）、出願人の行動（契約の強制要求、妨害行為）（主体的要素）等から総合的に判断」を指摘する。齊藤＝勝見・前掲注（3）57頁は、①商標の酷似性（ただし、一定の独自性が必要とする）②周知性（又はフリーライドの目的）、③登録後の警告（事後の事情を考慮で営業活動を妨害する意図、または独占の意図を推測する）、④出願人と被剽窃者との関係及び出願に至るまでの経緯が考慮する。
- (158) 井関・前掲注（76）199頁、勝美・斎藤・前掲注（3）158頁、麻生・前掲注（151）55頁、石井美緒「悪意の商標出願」知財研フォーラム95巻81頁。
- (159) 権利濫用の事案として、商標権の譲受人による権利行使について「天の川事件」（東京高判昭和30年6月28日判時58号9頁、白川和子「判批」ジュリ174号72頁、成富信夫「判批」ジュリ別冊14号122頁）がある。また、剽窃的な出願に基づくものとして「ADAMS」事件（東京高判平成15年7月16日判時1836号112頁。訳積として、宮脇・前掲注（150）参照）がある。高部眞規子「商標権の行使と権利の濫用」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]』113頁以下（新日本法規出版、2007年）参照。
- (160) 例えば、小島・前掲注（34）569頁は、「商標持主と公衆の間に一種の契約が成立」するとして、商標権を「信託を受けた権利」と解する。この見解は、私権の公共性の観点から述べるものである（民法1条1項）。高部・前掲注（33）963頁も「民法90条の役割と異なる」とし、基本的には立法による解決を主張する。
- (161) 例えば、土肥・前掲注（149）118頁は、未登録商標が自己の業務にかかる商品又は役務を表示するものとして需要者の間に認識されている状態を「保護に値する占有状態」と称し、「悪性を伴う主観的な特別な事情」との相関関係により判断する。
- (162) 木棚・前掲注（79）100頁は、このような必要性和有用性を指摘する。
- (163) 小林十四雄ほか編『最新判例から見る商標法の実務Ⅱ [小林]』372頁（青林書院、2012年）。工藤莞司「判批」判例時報2057号185以下は、インディアンモーター事件について、7号に該当しないのは「自由競争の範囲内」の行為であるとする。
- (164) 松尾・前掲注（74）763頁は、具体的拒絶理由と先願主義があるため、商標制度の

全体系の中で公序良俗論を検討する必要性を述べる。

- (165) 松尾・前掲注(74) 1166頁も7号の一般条項性を明確にすることで公序良俗の内包は統一して充実されることを示唆する。
- (166) 本判決の評釈として、飯田恭示・判夕臨増 1096号20頁、大村敦志・ジュリ臨増 1224号64頁、岡林伸幸・判評 519号22頁(判時1776号192頁)、上野達弘・ジュリ別冊 188号240頁、馬場圭太・民商 126巻3号123頁、曾野裕夫・法教別冊 258号14頁(付録・判例セレクト2001)、石田剛・法セ 562号118頁、後藤卷則・リマークス 25号10頁(2002年下)。
- (167) また、知的財産権と競争秩序の問題は、独占禁止法と多く関連している。紙幅の関係上、この点についても、別稿に譲りたい。
- (168) 田村善之「判断機関分化の調整原理としての包装禁反言」知的財産法政策学研究 第1号11頁以下。
- (169) 茶園成樹「EU ドイツ法における悪意の出願」小林直樹ほか編『はばたき—21世紀の知的財産法—中山信弘先生古稀記念論文集』836頁以下(弘文堂、2015年)は、ドイツ法の検討・示唆により、我が国でも悪意の出願の規制を認めるべきであり、現行法上、その法的根拠は7号に求めるべきとし、19号を無意味にしないためにも、①認識、②意図、③法的保護の程度に即していえば、②意図の内容が中心的な問題となり、少なくとも19号の「不正の目的」に止まらない出願人の妨害的意図が必要とする。アメリカ法について、井関涼子「公序良俗違反に基づく商標の不登録事由—米国「REDSKINS」商標登録取消審決を題材に」同812頁。先行文献として、満田重昭「不正競争としての商標登録—外国商標の登録をめぐる—」学会年報4号101頁以下。