

一. 小問 (1) について

1. X は Y が「フローラ」の商標権を「侵害する者」であるとして、差止めの請求（商標法 36 条 1 項）をしているが、このような請求が認められるか。「αフロライン・セブン」が「フローラ」に「類似する商標」（37 条 1 項）といえるか。
2. 商標法が登録主義（18 条 1 項）を採用し、登録した商標について、排他的利用を認めた趣旨は、使用前であっても登録をしておけば安心して信用を形成できるという点にある。そして、このように形成された信用を利用する行為を規制することにより、信用形成の健全なインセンティブが阻害されるのを防止している。

しかし、一方で使用していなくとも登録をしておけば、広く排他的利用が認められるとしたのでは、他者の商標選定の自由が害される。

そこで、「類似する商標」にあたるか否かは、商標権者の信用保護の必要性と、他者の商標選定の自由を比較衡量して、決すべきである。

3. 本問において、X は、「フローラ」発売前の 3 月 1 日に出願し、「有名」女性歌手を起用した「ゴールデン・タイム」のコマーシャルを「毎日数回」も放映し、「全国」新聞の「1 面」を割いた広告をなすなど、宣伝に多額の投資をなしており、それによって築かれた信用を保護する必要性がある。

しかし、X の登録した「フローラ」は芳香剤においては、よく「フローラル系の香り」が使われることから、広く独占をみとめたのでは、他者の商標選定の自由を害する。Y の「αフロライン・セブン」も、芳香剤によくある「フローラル」をとり入れただけのものであり、「フローラル」以外の「α」や「セブン」の部分は異なっている。

したがって、「類似する商標」とはいえず、X の請求は認められない。

二. 小問 (2) について

1. X の「フローラ」が周知となっていたことを理由とする Y に対する差止めの請求（不正競争防止法 2 条 1 項 1 号）が認められるか。まず、「フローラ」は、「αフロライン・セブン」発売前の 4 月 30 日には、すでに、周知、つまり「広く認識」されていた。そこで、「類似の商品等表示」を使用し、「混同を生じさせ」たといえるか。
2. 不競法 2 条 1 項 1 号は、商標法と異なり、登録なしに、しかし、周知であることを条件に差止めを認めるものである。その趣旨は、たとえ登録がされていなくとも、周知となった商品表示の信用を保護し、信用形成の健全なインセンティブが阻害されないようにする点にある。そして、商標法と異なり、すでに周知となっているのであるから、「類似」か否かは、緩やかに解すべきである。本問において、「フローラ」と「αフロライン・セブン」は、その重要部分である「フロラ」の部分において「類似」であるといえる。
3. では、「混同を生じさせ」たといえるか。ここで、「混同を生じさせ」とは、出所識別機能を害することをいうと解する。なぜなら、出所識別機能が害されれば、せっかく築きあげた商品表示の稀釈化、汚染化により、信用が低下する

からである。

本間において、「αフロライン・セブン」は、「フローラ」に続く、シリーズのように消費者には思われ、出所識別機能が害されている。

したがって「混同を生じさせ」、Xの差止め請求は認められる。

三. 小問(3)について

1. XはYに対し、特許権に基づく製造販売の差止の請求（特許法100条1項）ができるか。Xは4月1日出願をなす前に、コマーシャルをする等、宣伝をしているため「公然と知られた発明」（29条1項1号）として、特許が無効（123条1項2号）となるのではないか。

この点、特許制度の趣旨は、出願とひきかえに特許権による排他権を与えることで、公開、発明に対するインセンティブを与え、産業の発展を促すところにある。しかし、「公然と知られた発明」は、もはや公開に対するインセンティブを与える必要が無いことから、特許が与えられない。

本間において、芳香剤の成分はコマーシャルをしただけではわからず、いまだその成分について、公開に対するインセンティブを与える必要がある。したがって、「公然と知られた発明」とはいえない。

2. としても、Xは3月31日に発表しているので、「公然と実施された発明」（29条1項2号）にあたるのではないか。

この点、芳香剤について、すでに発売されてしまえば、Yのように、それをすぐ購入して成分を解析することも可能である。したがって、もはや、特許権によって、公開に対するインセンティブを与える必要はない。よってXの発明は、「公然と実施された発明」にあたる。

3. では、このようにXの発明に特許無効原因（123条1項2号）がある場合、Yは差止め請求の中で無効を主張できるか。

差止め請求は、通常の裁判所でなされるのに対し、特許無効審判は、東京高等裁判所の専属管轄に属する（178条1項）。このように専属管轄が定められているのは、専門的判断を可能にし、裁判所の負担を軽減するためである。とすれば、原則、差止め訴訟において、無効主張できないと考える。ただ、専門的判断が不要で、無効原因が明らかな場合にまで、無効主張できないとするのは、訴訟不経済であり、かえって、裁判所の負担を増大させる。そこで無効原因が明らかな場合には、差止め請求において、被告が、特許の無効を主張することが許されると解する。

本間において、「公然と実施された」か否かは、発売日と出願日を認定できればよく、専門的判断は不要であり、無効原因が明らかといえる。したがって、YはXの特許の無効を主張でき、Xの請求は認められない。

以上