

登録商標「肌優」無効審決取消請求事件：知財高裁平成 21(行ケ)10071・平成 21 年 10 月 28 日(3 部)判決 認容 審決取消

【キーワード】

商標の類似，商標法 4 条 1 項 1 1 号，同法 4 条 1 項 1 5 号

【事 実】

1 特許庁における手続の経緯

被告(H社)は，登録第 4 9 2 6 7 3 4 号商標(平成 17 年 5 月 20 日登録出願，平成 18 年 2 月 3 日登録。以下「本件商標」という。)の商標権者である。本件商標は，別紙 1 のとおり，「肌優」の文字を漢字で横書きした構成からなり，指定商品は第 3 類と第 5 類であるが，そのうち原告が無効審判の対象としている第 5 類の指定商品は，別紙指定商品目録 1 のとおりである。

原告(D社)は，平成 20 年 6 月 12 日付けで，本件商標は，その指定商品中第 5 類について，登録第 4 6 4 0 1 2 9 号商標(以下「引用商標」という。その構成は別紙 2 のとおりであり，指定商品は別紙指定商品目録 2 のとおりである。)と類似し，原告の業務に係る商品と混同を生ずるおそれがあるから，商標法 4 条 1 項 1 1 号及び 1 5 号に該当するとして，本件商標の登録を無効とすることを求めて無効審判請求(無効 2 0 0 8 - 8 9 0 0 5 3 号)をした。

特許庁は，平成 21 年 2 月 4 日，「本件審判の請求は，成り立たない。」との審決(以下「審決」という。)をし，その謄本は，平成 21 年 2 月 17 日，原告に送達された。

2 審決の理由

要するに，本件商標は，引用商標と非類似であるから，商標法 4 条 1 項 1 1 号に該当しない，また，本件商標は，その指定商品に使用しても原告の業務に係る商品と混同を生ずるおそれがある商標と認めることはできないから，商標法 4 条 1 項 1 5 号にも該当しない，したがって，本件商標は商標法 4 6 条 1 項の規定により無効とすることはできない，というものである。

審決のした，商標法 4 条 1 項 1 1 号該当性の判断(本件商標と引用商標の類否)，商標法 4 条 1 項 1 5 号該当性の判断(本件商標の使用による原告の業務に係る商品との混同のおそれの有無)の各内容は，次のとおりである。

(1) 商標法 4 条 1 項 1 1 号該当性について

本件商標は，「肌優」の漢字を横書きしてなるところ，特定の意味合いを有する成語を表したものとはいえないものであり，一連の読み(音読み，訓読み，慣用読み)が特定できないものであるから，「肌」及び「優」の各漢字 1 字のそれぞれの読みに対応して，「キユウ」，「ハダユウ」，「ハダヤサ」の各称呼を

生ずる。

引用商標は、上段部分2段に漢字の「優肌」の上に「ゆうき」の平仮名文字を振り仮名風に小さく書し、その下段にやや間隔を空けて「YU KI」の欧文字を書いた構成よりなるものであるが、全体としてまとまりのよいものであって、最上段の「ゆうき」の平仮名文字が「優肌」の漢字の読みを特定したものと無理なく認識し得るし、加えて、「YU KI」の欧文字も併記されているから、「ユウキ」の称呼のみが生ずる。

そこで、本件商標より生ずる称呼の中の「キユウ」と引用商標より生ずる「ユウキ」の称呼を比較すると、両者は共にわずか3音という極めて短い短音構成よりなり、しかも、称呼の識別上重要な影響を有する語頭音で母音を異にする「キ」と「ユ」の音に差異を有するものであるから、それぞれ一連に称呼しても、音感、音調を異にし互いに相紛れるおそれはない。また、本件商標より生ずる称呼の中の「ハダユウ」又は「ハダヤサ」の各称呼と引用商標より生ずる「ユウキ」の称呼を比較すると、両者は4音対3音という短音構成からなり、しかも構成音が異なるものであるから、明らかに聴別し得る。そうすると、本件商標と引用商標とは、称呼において互いに相紛れるおそれはない。

そして、本件商標と引用商標は、それぞれ別紙1, 2の構成からなるものであって、共に特定の意味を有しない造語であるから、外観においては明確に区別し得るし、また、観念について比較することはできない。

そうすると、本件商標と引用商標は、その称呼、外観及び観念のいずれの点からみても、互いに類似しない商標といわざるを得ない。

したがって、本件商標は、商標法4条1項11号に違反して登録されたものではない。

(2) 商標法4条1項15号該当性について

原告は、商品「医療用粘着テープ、医療用粘着フィルム、医療用包帯等」等に、「優肌シリーズ」、「優肌」、「優肌絆」、「優肌包帯」、「ゆうきばん／優肌絆」、「優肌パミロール」、「優肌パーミエイド」等の「優肌シリーズ／YU KI SERIES」の商標を使用している。

原告の使用商標は、主として「優肌」の漢字が基礎として用いられており、この漢字の読みを特定するものと認められる「ゆうきばん／優肌絆」の「ゆうき」、「優肌シリーズ／YU KI SERIES」の「YU KI」の各表記が多数確認できるから、「優肌」よりは「ユウキ」の称呼をもって、取引されているとみるのが自然である。

そうすると、原告の使用商標は、本件商標とは別異の商標として認識、理解されるというのが相当である。

本件商標と引用商標又は原告の使用商標とは、商標として別異のものである

から、本件商標をその指定商品に使用しても、これに接する取引者、需要者が引用商標又は原告らの使用商標を連想、想記して、原告の業務に係る商品であるかのように、商品の出所について混同を生ずるおそれのないものである。

したがって、本件商標は、商標法4条1項15号に該当するものではない。

【判 断】

1 商標法4条1項11号該当性判断の誤り（取消事由1）について

商標法4条1項11号に係る商標の類否は、同一又は類似の商品又は役務に使用された商標が、その外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して、その商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察すべきものであり（最高裁昭和39年（行ツ）第110号昭和43年2月27日第三小法廷判決・民集22巻2号399頁参照）、以下、本件商標と引用商標との類否を判断するに当たって、上記の点を考慮して判断する。

(1) 取引の実情

甲5, 6, 9, 105, 114ないし116, 117, 119ないし132, 134, 259ないし261及び個々に摘記した証拠によれば、以下の事実が認められる。

ア 引用商標に係る指定商品等の取引の実情等

(ア) 引用商標は、原告が製造し、日東メディカルが販売する固定テープ・巻絆創膏市場における商品に使用されている（平成8年に日東メディカル設立される前は、原告において製造及び販売をしていた。）

固定テープ・巻絆創膏とは、粘着剤を裏面に塗布したテープ形状の製品を言い、患部の固定や保護のために使用される。

固定テープ・巻絆創膏には、医家向けと薬局・薬店向けがあるが、市場全体では、約65パーセントが医家向け、約35パーセントが薬局・薬店向けである。医家向け製品の用途は、主に固定の用途であり、固定の対象は、脱脂綿・ガーゼ・穿刺針、カテーテル、チューブ、副木等多様である。

民間の調査機関である株式会社矢野経済研究所の調査によれば、固定テープ・巻絆創膏の市場規模は、平成16年度、平成17年度とも売上高62億円（メーカーの出荷金額ベース）である。そのうち、原告の関連会社である日東メディカルの平成17年度の売上高（出荷金額ベース）は4億7000万円であり、市場でのシェアは7.6パーセントとされている。

引用商標を付した商品は、そのほとんどが医療機関向けとして販売されている。

(イ) 近年は、患者のQOL（Quality of Life:生活の質）の向上が求めら

れ、テープかぶれに対し、創傷、ストーマケア、失禁ケアの看護を中心に心が強く、かぶれ発現の機構や低減の工夫について、看護学会で発表され、また、看護雑誌へ投稿され、医療現場の看護師からは、巻絆創膏の製造販売業者に対して、かぶれないことのほか、剥がすときに痛くない製品の開発が要望されている。

個別の医療分野で見ても、慢性腎不全により人工透析を受ける患者は年々増加し、透析療法の技術の向上により、透析歴が20年を超える患者も存在し、透析は週に2、3回行われるが、その都度、穿刺針や血液回路の固定にテープが使用され、テープによるかぶれや掻痒の苦痛を訴える患者が多い。皮膚の弱い老人等にも、テープの使用による、はがす時の表皮のはがれ等の苦痛を訴える者が多い。また、褥瘡を生じやすい患者等についても、使用するテープへの配慮が必要である。

(ウ) このような製品に対する需要を踏まえて、粘着テープの業界においても、固定の機能を維持しながら皮膚の損傷を低減するための改良がされた低刺激絆創膏が種々開発されるようになった。

このような肌に優しい絆創膏として、原告は、「優肌絆」の商標を付した絆創膏を、遅くとも平成6年11月ころには販売を開始した(甲195)。

その後、日東メディカルは、優肌シリーズとして、平成8年に優肌絆不織布、平成11年に優肌パッド、平成13年に優肌絆アルファ、平成14年に優肌絆スキンカラー、優肌パーミエイド(カテーテル固定用材)、平成15年に優肌パーミパッド(創傷部位の保護材)、平成16年に優肌パーミロール(防水性創傷部位等保護材)の販売を開始している(甲116の別表2)。

固定テープ・巻絆創膏の分野で原告よりも売上高で上位を占めるニチバン、スリーエムヘルスケア、祐徳薬品工業も、現在では、皮膚に対し刺激の少ない絆創膏の販売を開始している。

イ 引用商標の使用態様

日東メディカルは、現在、優肌絆(優肌絆不織布、優肌絆スキンカラー、優肌絆プラスチック、優肌絆アルファを含む)、優肌パッド、優肌パーミエイド、優肌パーミパッド、優肌パーミロールの各製品の包装箱の上面及び側面に大きな文字で「優肌絆」「優肌パッド」「優肌パーミエイド」「優肌パーミパッド」「優肌パーミロール」の標章を使用している。このうち、「優肌絆」及び「優肌パッド」の「優肌」文字の上には、それぞれ平仮名で小さく「ゆうきばん」「ゆうき」の振り仮名が記載されている。

そして、後記ウの宣伝広告に記載された包装箱の写真からみて、前記アの時期に各商品が販売されたところから(優肌絆については甲195が発行された平成6年11月以降、優肌パッドについては甲205が発行された平成12年4

月以降、**優肌**パーミエイドについては甲216が発行された平成14年10月以降、**優肌**パーミパッドについては甲229が発行された平成16年5月以降、**優肌**パーミロールについては甲217が発行された平成16年8月以降には包装箱に上記のような表示があったことが認められる。)、既に包装箱に上記各表示があり、その後継続的に使用されていることが認められる。

ウ 原告らによる雑誌等への宣伝広告の掲載

原告及び日東メディカルは、原告を製造元、日東メディカルを販売元として(日東メディカル設立前は原告を製造販売元として)、月刊誌「臨牀看護」(甲15~21, 甲211~217)、月刊誌「Nursing Today」(甲27~53, 甲193)、「月刊ナーシング」(甲56~68, 甲194~210)、月刊誌「透析ケア」(甲137~185)等に、平成6年12月以降、本件商標が登録された平成18年2月3日までの間に、多数回にわたって、「優肌絆」「**優肌**パーミエイド」「**優肌**パーミパッド」「**優肌**パーミロール」等の宣伝広告をし、その中で「肌への思いやり」、「肌にやさしい」等の表現により、原告製品の特色を宣伝した。また、日本透析医学会、日本皮膚科学会、日本看護学会等において優肌絆等の商品のパネル展示を行い、同内容の宣伝をした。

エ 引用商標を使用した商品の取引者、需要者とその認識等

引用商標を使用した商品の取引者、需要者は医療関係者であり、前記固定テープ・巻絆創膏市場における取引者、需要者の関心事項、本件商標の使用態様、原告らによる宣伝広告の内容からみれば、取引者・需要者は引用商標の「優肌」の文字について、肌にやさしいという意味を有するものとして理解しているものと解される。

オ 本件商標に係る取引の実情

被告が製造、販売する商品に本件商標を使用していることは本件証拠によっても認められない。乙17ないし20、23の1ないし3によれば、被告は、平成18年8月10日、ユニ・チャーム株式会社との間で本件商標の使用許諾契約を締結し、ユニ・チャーム株式会社は、その販売する生理用品に「ふわごこち肌やさスリム」という商標を使用している。

その使用態様は、包装袋の中央部に「ふわごこち」と大きく書かれた文字の下に、やや小さい文字で「肌やさスリム」記載されたものであり、かつ、本件商標と異なって「肌やさ」と一部平仮名を用い、かつ「スリム」の文字と組み合わせたものであるため、本件商標が商品識別機能を果たしている態様で使用されているということとはできない。上記生理用品の取引者・需要者は、一般消費者である。

カ 肌にやさしいタイプの絆創膏等の商品に付された商標等の状況

肌にやさしいタイプの絆創膏等の商品の市場規模は、平成17年(2005

年)時点で、16億ないし20億円であった。メーカーはそれぞれ異なった商標を使用しており、ニチバンは「スキナゲート」、祐徳薬品工業は「ユートク」、スリーエムヘルスケアは「マイクロポア」の各商標を有し、これを商品に付して使用している。

(2) 本件商標と引用商標の類否

上記認定した事実を考慮して、本件商標と引用商標の類否を判断する。

ア 観念における対比

(ア) 引用商標の識別機能を有する部分について

引用商標は、前記のとおり、中段に漢字「優肌」が、その上にひらがな「ゆうき」が、下段に欧文字「YU-KI」が、それぞれ横書きされ、中段と下段との間には、間隔が空けられて表記されている。

上段に横書きされたひらがな「ゆうき」は、「優肌」の振り仮名を、下段に横書きされた欧文字「YU-KI」は、「優肌」の読みを、それぞれ示したものと理解されるから、「ゆうき」、「YU-KI」の部分は取引者、需要者の注目を惹く態様のものではなく、漢字で記載された「優肌」部分が、出所識別機能を有する特徴のある部分(要部)と解すべきである。

この点について、被告は、「優肌」は造語であり、いくつかの読みがあるから、看者は、その読みを探索しようとして、振り仮名である上段の「ゆうき」部分、及び下段の「YU-KI」も平仮名部分を認識するから、「優肌」のみが、出所識別機能を有する部分とはいえないと主張する。

しかし、上段のひらがな「ゆうき」部分は、漢字「優肌」部分の4分の1以下の大きさであること、通常の自体で表記され、特段注目を惹くものではないこと、称呼を示すために付加表記された趣旨が明らかであること、また、下段の欧文字「YU-KI」部分は、漢字「優肌」部分と大きさにおいて変わりが無いが、独立の外国語として意味を有するものではないこと、上段と同様、読みを示すために付加記載された趣旨が明らかであることから、「ゆうき」部分及び「YU-KI」部分のいずれも、中央の「優肌」の称呼を確認した後には、看者に対して強い印象を与えるものではないといえる。前記(1)で認定した取引の実情等を考慮しても、引用商標の出所識別機能を有する部分は、中央に記載された漢字「優肌」部分というべきである。

(イ) 対比

a 引用商標は、漢字「優」の右に「肌」を配置させて、組み合わせた語からなる商標であって、「優」は、「優しい、優美な、優れた、優雅な、上品な、気品のある」等を意味する語(形容詞的に用いられる。)であり、「肌」は「人の体の表皮、皮膚」等を意味する語(名詞的に用いられる。)であり、既存の語ではないものの、消費者、需要者に対して、「肌に優しい」、「優し

い肌」、「優美な肌」等の観念を生じさせる。

本件商標も、漢字「肌」の右に「優」配置させて、組み合わせた語からなる商標であって、既存の語ではないものの、消費者、需要者に対して、「肌に優しい」、「優しい肌」、「優美な肌」等の観念を生じさせる。特に、左右の配置は異なるものの、漢字「肌」は名詞として、漢字「優」は修飾語として用いられることに照らすならば、配置の相違が観念の相違を来すことはなく、引用商標と本件商標は、観念において同一であるといえる。

- b 前記(1)で認定した取引の実情を踏まえると、引用商標からは、医療関係者を含む取引者、需要者に対して、「肌に優しい」等の観念を生じさせる。特に、造語であることに照らすならば、引用商標が需要者、取引者に対して、強い印象を与えるものというべきである。本件商標からも、医療関係者を含む取引者、需要者に対して、同様に「肌に優しい」等の観念を生じさせる。なお、指定商品中には、医療関係商品のみならず、衛生関係商品も含まれるが、その多くは肌（皮膚）に接して使用する商品であるといつて差し支えないから、「肌に優しい」等の観念を生じる点で、変わりはない。
- c そうすると、本件商標と引用商標は、観念において同一（又は類似）である。

イ 外観における対比

前記アで述べたとおり、引用商標は、漢字「優」の右に「肌」を配置させて、組み合わせた語からなる商標であり、本件商標は、漢字「肌」の右に「優」配置させて、組み合わせた語からなる商標である。他方、本件商標は、引用商標中の漢字2字の左右を入れ替えて、配置、表記したものである。

引用商標と本件商標とを対比すると、両者とも、既存の語を利用した商標ではなく、新しく創作された語（造語）であるため、確定した固有の意味を有していないこと、したがって、商標を構成する文字（漢字）そのものも持つ意味が、重要な判断の要素となること、各商標を構成する2つの漢字、すなわち、「優」と「肌」とが共通すること、「優」、「肌」の漢字は、いずれも指定商品と関連性の強い文字が選択されていること、各商標とも、横書きであるため、取引者、需要者は、語順を正確に記憶して理解することが必ずしも容易でない場合があること等の諸点を総合考慮するならば、離隔的に観察するときには、両商標の外観は、紛らわしいものといえることができるから、両者は、外観においても、類似する。

ウ 称呼における対比

本件商標は、「ハダヤサ」「ハダユウ」又は「キユウ」の称呼を生じるのに対し、引用商標は「ユウキ」の称呼を生じ得る。本件商標が「ハダヤサ」、「ハダユウ」との称呼を生じる限りにおいては、引用商標と本件商標とは、称呼にお

いて類似しない。また、本件商標が、「キユウ」との称呼を生じる場合においても、「キユウ」と「ユウキ」とでは、冒頭及び末尾の音が相違することから、称呼において類似しない。

エ 取引の実情等について

前記(1)に認定したとおり、原告は、平成6年ころから、長年にわたって、引用商標中の「優肌」を含む商標（「優肌シリーズ」、「優肌」、「優肌絆」、「優肌包帯」、「ゆうきばん／優肌絆」、「優肌パミロール」、「優肌パーミエイド」等）を、原告の製造に係る商品（医療用粘着テープ、医療用粘着フィルム、医療用包帯等の商品）の包装箱に継続的に使用し、また、雑誌等の宣伝広告媒体に掲載していること、絆創膏等の商品について、複数のメーカーが存在するが、各メーカーは、例えば、ニチバンは「スキナゲート」、祐徳薬品工業は「ユートク」、スリーエムヘルスケアは「マイクロポア」の各商標を有して、互いに異なった商標を使用していること等の事情に照らすと、「肌優」が本件商標の指定商品に使用されると、取引者、需要者は、同一の出所に由来するものと誤認する可能性があるという意味で「優肌」と類似する商標と理解するというべきである。

オ 小括

以上のとおり、取引の実情を考慮して、本件商標と引用商標とを対比すると、観念及び外観において類似する。本件商標と引用商標がいずれも造語であり、特に本件商標については、複数の称呼が生じ得ることにかんがみると、本件商標と引用商標の類否を判断するに当たり、本件において称呼を重視するのは妥当とはいえない。

本件商標に係る指定商品のうち、ばんそうこう、包帯、創傷被覆材が引用商標の指定商品と同一であり、その他の指定商品が引用商標の指定商品と類似することは当事者間に争いが無い。

そうすると、本件商標は、引用商標とその指定商品が同一又は類似する。

2 結論

本件商標は、引用商標と類似し、その指定商品も同一又は類似であるから、商標法4条1項11号に該当し、商標法46条1項1号の無効事由がある。

以上によれば、その余の点について判断するまでもなく、審決の判断は違法であるから、これを取り消すこととし、主文のとおり判決する。

【論 説】

1．本件で扱われている2つの商標は、一方は「肌優」、他方は「優肌 Y U - K I」であり、いずれも造語といえるものであるから、外観上は左右の入れ替え配置の事実を考えると、判決は、相紛らわしい外観であると認定し、類似

すると判断した。

次に、称呼については、類似しないと判断した。しかし、その後で判決は、本件商標は複数の称呼が生じ得るから、両者の類否判断をするに当たり、称呼を重視するのは妥当でないと認定した。

さらに、観念については、いずれも「肌に優しい」との観念が生じるから、同一であると判断した。

判決は、この3つの観点からの対比だけでなく、さらに「取引の実情」を考慮し、本件商標の「肌優」をその指定商品に使用すると、人的基準としての取引者・需要者（消費者）が、同一の出所に由来するものと、引用商標の「優肌」と誤認する可能性があるから、類似する商標と理解すべきであると認定した。

そこで、両商標の指定商品の同一又は類似を考慮すれば、本件商標は引用商標と類似するといえるから、法4条1項11号に該当し、法46条1項1号の無効事由があると、裁判所は判断したのである。

2. この判決を熟読すると、多角的な検討をめぐらしているから、その論理過程については説得力があり、特許庁に対し商標の類否判断法について教授しているように見える。ということは、特許庁の審査でも審判でも、特許庁に対しそのレベルアップを促している判決であるといえる。

〔牛木 理一〕

(別紙1)

本件登録商標

肌優

指定商品目録1

第5類「薬剤，医療用油紙，衛生マスク，オブラート，ガーゼ，カプセル，眼帯，耳帯，生理帯，生理用タンポン，生理用ナプキン，生理用パンティ，脱脂綿，ばんそうこう，包帯，包帯液，胸当てパッド，歯科用材料，医療用腕環，はえ取り紙，防虫紙，乳糖，乳児用粉乳，人工受精用精液，創傷被覆材」

指定商品目録2

第5類「ばんそうこう，粘着包帯，包帯，創傷被覆材，医療用シート状粘着テープ，カテーテル固定用粘着テープ，その他の医療用粘着テープ，医療用テープ」

(別紙2)

引用商標

ゆう き
優 肌

YU-KI