

図形商標の登録異議による登録一部取消決定の取消請求事件：知財高裁
平成 21(行ケ)10274・平成 22 年 1 月 13 日(4 部)判決 認容 / 取消部分
の取消

【キーワード】

登録異議申立，法 4 条 1 項 1 5 号（他人の業務商品・役務との混同），一
部商品・役務の取消，商標の類似性

【事 実】

本件は，原告（有限会社アップライズ・プロダクト）が，下記 1 のとおりの
手続において，原告が有する本件商標に係る登録異議の申立てについて，特許
庁がした別紙異議の決定書（写し）の本件決定（その理由の要旨は下記 2 のと
おり）のうち商標登録を取り消した部分には，下記 3 のとおりの取消事由があ
ると主張し，その取消しを求める事案である。

1 特許庁における手続の経緯

(1) 本件商標（甲 1）

商標登録番号：第 5 1 1 6 2 0 9 号

商標の構成：別紙商標構成 1 の本件商標のとおり

指 定 商 品：別紙指定商品及び指定役務のとおり

出 願 日：平成 1 9 年 6 月 1 2 日（商願 2 0 0 7 - 6 5 3 2 1 号）

査 定 日：平成 2 0 年 1 月 2 9 日

設 定 登 録 日：平成 2 0 年 3 月 7 日

公 報 発 行 日：平成 2 0 年 4 月 8 日

(2) 本件決定

登録異議申立人：ムジドール・ビー・ブイ（オランダ国）

登録異議申立日：平成 2 0 年 6 月 9 日

決 定 日：平成 2 1 年 8 月 5 日

決定の結論：登録第 5 1 1 6 2 0 9 号商標の指定商品及び指定役務中，第 9
類「レコード，インターネットを利用して受信し，及び保存することができる
音楽ファイル，インターネットを利用して受信し，及び保存することができる
画像ファイル，録画済みビデオディスク及びビデオテープ，電子出版物」及び
第 4 1 類「映画・演芸・演劇又は音楽の演奏の興行の企画又は運営，音楽の演
奏，教育・文化・娯楽・スポーツ用ビデオの制作（映画・放送番組・広告用の
ものを除く。）」（以下「本件指定商品等」という。）についての商標登録を
取り消す。本件登録異議申立てに係るその余の指定商品及び指定役務につい
ての商標登録を維持する。

原告への決定送達日：平成 2 1 年 8 月 2 4 日

2 本件決定の理由の要旨

本件決定の理由は、要するに、本件商標は、その登録出願時及び登録査定時において、その指定商品及び指定役務中、本件指定商品等に使用する場合には、これに接する取引者・需要者は、登録異議申立人がその申立てにおいて引用する下記ア～ウの各商標（それぞれ別紙商標構成3～5に同じ）の構成とほぼ同様の態様の図形に、赤色又は橙色で着色した標章である本件決定が使用商標として対比判断の対象とした別紙商標構成2の引用商標を連想・想起して、本件指定商品等が他人の業務に係る商品又は役務であると混同するおそれがあったから、これに係る本件商標の登録は、商標法（以下「法」という。）4条1項15号に違反してされたものであって、法43条の3第2項の規定により取り消すべきものであるが、その他の指定商品及び指定役務については、商品又は役務の出所の混同を生じさせるおそれがあるとまではいえないから、これに係る本件商標の登録は、同条4項の規定により維持すべきものである、というものである。

ア 商標登録番号：第1411158号（甲2。以下「申立人商標1」という。）

商標の構成：別紙商標構成3のとおり

指定商品：第24類「レコード，カセット式録音済テープ，その他の録音済テープ，その他本類に属する商品」

出願日：昭和50年9月16日

設定登録日：昭和55年3月28日

存続期間の更新登録日：平成2年8月29日及び平成12年1月18日

イ 商標登録番号：第2574649号（甲3。以下「申立人商標2」という。）

商標の構成：別紙商標構成4のとおり

指定商品：第26類「印刷物，書画，写真，その他本類に属する商品」

指定商品の書換登録：平成15年8月13日書換後の指定商品：第9類「映写フィルム，スライドフィルム，スライドフィルム用マウント，録画済みビデオディスク及びビデオテープ」及び第16類「印刷物，書画，写真，写真立て」

出願日：平成2年3月28日

設定登録日：平成5年9月30日

存続期間の更新登録日：平成15年5月20日

ウ 商標登録番号：第2520526号（甲4。以下「申立人商標3」という。）

商標の構成：別紙商標構成5のとおり

指定商品：第17類「被服，その他本類に属する商品」

指定商品の書換登録：平成15年5月13日

書換後の指定商品：第25類「被服」

出願日：平成2年3月28日

設定登録日：平成5年3月31日

存続期間の更新登録日：平成15年5月13日

3 取消事由

- (1) 本件商標と比較する対象商標の認定の誤り（取消事由1）
- (2) 引用商標に係る商品及び役務との混同を生ずるおそれがないとした判断の誤り（取消事由2）
- (3) 指定商品及び指定役務の一部について取り消すべきとした判断の誤り（取消事由3）

【判断】

第4 当裁判所の判断

1 取消事由1（本件商標と比較する対象商標の認定の誤り）について

登録異議の申立てにおいては、その申立てをすることができる者を具体的な利害関係を有する者に限ることなく何人もすることができる（法43条の2柱書前段）とし、また、異議申立ての理由を公衆の利益に関するものに限る（法43条の2第1号）などしていることから分かるように、登録異議の申立制度は、商標登録に対する信頼を高めるという公益的な目的を達成するために、登録異議の申立てがあった場合に、特許庁が自ら登録処分 of 適否を審理し、瑕疵ある場合にはその是正を図るというものである。そして、登録異議の申立ての審理においては、登録異議の申立てがされていない指定商品又は指定役務については審理することができない（法43条の9第2項）が、登録異議申立人等が申し立てない理由についても審理をすることができる（同第1項）ことになっているのである。

したがって、登録異議申立人が申し立てた本件商標登録の登録異議の申立てにおける本件決定が、本件商標の指定商品又は指定役務について取消理由の有無を審理するに当たって、登録異議申立人がその申立てにおいて引用した申立人商標1～3ではなく、同決定が使用商標として認定した引用商標をもって対比判断を行ったとしても、そのこと自体に格別問題とすべきところはなく、原告の主張は採用することができない。

2 取消事由2（引用商標に係る商品及び役務との混同を生ずるおそれがないとした判断の誤り）について

(1) 判断基準

法4条1項15号にいう「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」には、当該商標をその指定商品等に使用したときに、当該商品等が他人の商品等に係るものであると誤信されるおそれがある商標のみならず、当該商品等がその他人との間にいわゆる親子会社や系列会社等の緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある営業主の業務に係る商品等であると誤信される広義の混同を生ずるおそれがある商標を含むものと解するのが相当であり、そして、同号にいう「混同を生ずるおそれ」の有無は、当該商標と他人の表示との類似性の程度、他人の表示の周知著名性及び独創性の程度や、当該商標の指定商品等と他人の業務に係る商品等との間の性質、用途又は目的における関連性の程度並びに商品等の取引者及び需要者の共通性その他取引の実情などに照らし、当該商標の指定商品等の取引者及び需要者において普通に払われる注意力を基準として、総合的に判断されるべきである（最高裁平成10年（行ヒ）第85号平成12年7月11日第三小法廷判決・民集54巻6号1848頁参照）。

そこで、上記の観点から、本件商標が同号に該当するか否かについて検討する。

(2) 本願商標と引用商標との類否

ア 本件商標及び引用商標の構成等について

本件商標は、別紙商標構成1のとおり、上部に2つの山を重ねたように2か所で盛り上がった赤色の上唇、開放された人の口から大きく張り出した赤色の舌、その舌の上部に配された白色の前歯状のもの、黒色の口内、舌上に中央部からの大きな3本の黒色の図形、同図形の左端及び中央部の黒丸部分には、デザイン化された「AB」及び「C」の文字がそれぞれ描かれ、また、上唇の右上に黒い丸が描かれ、全体としてみると、人の口を正面から見た図形であって、本件商標掲載公報（甲1）における参考情報としての称呼は「エイビイシイ」とされている。

他方、引用商標は、別紙商標構成2のとおり、上部に2つの山を重ねたように2か所で盛り上がった赤色又は橙色の上唇（その上唇の2か所の盛り上がった部分にそれぞれ白色の部分が設けられている。）、開放された人の口から大きく張り出した赤色又は橙色の舌（舌上の左右に舌の起伏を表すように記載された白色の2本の筋が描かれている。）、その舌の上部に配された白色の前歯状のもの、黒色の口内がそれぞれ描かれ、全体としてみると、人の口をやや右斜め方向から見た図形である。

イ 本件商標と引用商標との対比について

(ア) まず、外観についてみると、両者は、上部に2つの山を重ねたように2か所で盛り上がった赤色系の上唇、開放された人の口から大きく張り出し

た赤色系の舌，舌の上部に配された白色の前歯状のもの及び黒色の口内が描かれているという点では，少なくとも構成を共通するということができる。

しかしながら，両者は，本件商標では正面方向から見た平面的な図形であるのに対して，引用商標ではやや右斜め方向から見た立体的な図形であってかなり印象を異にするものである点，本件商標では舌上に大きな3本の黒色の図形が描かれているのに対して，引用商標では舌上に白色の2本の筋が描かれている点，また，本件商標にのみ上唇右上に黒い丸が描かれている点などにおいて相違していることは否定し得ない。

(イ) 次に，称呼についてみると，本件商標の舌上の3本の黒色の図形中の「AB」及び「C」の文字がデザイン化されているとしても，デザイン化が過ぎる余り，一見して文字が記載されているとは判読し難い状態になっているため，そのことから，本件商標については，原告の主張するように明確に「エイビイシイ」との称呼が生ずるとまではいい難いが，本件商標登録においては，本件商標掲載公報の参考情報として「エイビイシイ」と記載されている。これに対して，引用商標については，その形状から「リップス&タン（タン&リップス）」，「タング（舌）ロゴ」，「ベロロゴ」，「ベロマーク」等と通称されているが（甲24，40，43，乙28，29，31，32，34，82），確立した称呼が存在するものでない。

(ウ) 次に，観念についてみると，引用商標では，開放された人の口から舌を大きく張り出すものとの観念が生ずる。これに対して，本件商標では，上記のとおり，中央部から大きな3本の黒色の図形が存在することなどの点があることをみると，特定の観念が生じているということとはできない。

(3) 引用商標の周知著名性及び独創性

ア 証拠（甲7，8，11，12，20，22，156，158，乙7～65，68～70，80～92）及び弁論の全趣旨を加えると，次の事実が認められる。

(ア) ローリングストーンズは，昭和38年（1963年）にレコードデビューし，ロック草創期の1960年代から現在まで40年以上にわたり，第一線で創作を続ける著名な英国のロックバンドであり，ビートルズと並び称されており，全世界でのレコードアルバムの総売上げは2億枚以上であって，その活躍は，我が国においても報道されてきた。

ローリングストーンズは，平成2年から平成18年にかけて幾度となく来日し，東京，大阪，横浜，福岡，名古屋，札幌及びさいたまにおいて公演を行っており，それぞれの公演には多数の観客が来場し，また，これら

の公演は、テレビ放映されるなどし、最近に至るまでローリングストーンズの話題がしばしば新聞記事等で採り上げられている。

我が国の一般的な辞典である「小学館ランダムハウス英和大辞典第2版」（平成6年1月発行。乙18）、「大辞林第三版」（平成18年10月発行。乙19）、「講談社カラー版日本語大辞典第二版」（平成7年7月発行。乙20）及び平凡社「世界大百科事典30巻」（昭和63年4月発行。乙21）、「三省堂「コンサイスカタカナ語辞典第3版」（平成17年1月発行。乙22）及び「広辞苑第六版」（平成20年1月発行）並びに音楽事典である平凡社「音楽大事典第5巻」（昭和58年8月発行。乙24）及び講談社「ニューグローヴ世界音楽大事典第20巻」（平成7年1月発行。乙25）には、ローリングストーンズの項目があって、その記載がされている。

- (イ) 引用商標は、昭和46年（1971年）に発売されたローリングストーンズのレコードアルバム「ステッキー・フィンガーズ」のジャケット（甲22）に採用されて登場したものである。

引用商標は、本件商標の出願日である平成19年6月12日以前から我が国で販売されているローリングストーンズのレコード、CD等のジャケット等に使用（乙47～59）され、その後も、継続して使用（乙35～46、60～65）されてきている。オリコンによる昭和45年から平成17年までのアルバム集計（乙92）によると、例えば、ローリングストーンズのアルバムのうち、「スティッキー・フィンガーズ」（昭和46年6月10日発売。乙47）については週間売上げ最高位9位で売上総数3万2520枚、「山羊の頭のスープ」（昭和48年10月10日発売。乙48）については週間売上げ最高位7位で売上総数6万6120枚、「イツ・オンリーロックン・ロール」（昭和49年10月25日発売。乙49）については週間売上げ最高位29位で売上総数2万7230枚、「女たち」（昭和53年6月20日発売。乙51）については週間売上げ最高位11位で売上総数5万5650枚、「エモーショナル・レスキュー」（LPにつき昭和55年7月1日、カセットテープにつき同月5日発売。乙52）については週間売上げ最高位10位で売上総数7万2210枚、「刺青の男」（昭和56年9月21日発売。乙53）については週間売上げ最高位8位で売上総数8万2460枚、「アンダーカバー」（昭和58年12月5日発売。乙54）については週間売上げ最高位12位で売上総数6万9630枚、「ダーティー・ワーク」（昭和61年4月2日発売。乙55）については週間売上げ最高位4位で売上総数12万0950枚、「スティール・ホイールズ」（平成元年9月7日発売。乙56）について

は週間売上げ最高位5位で売上総数16万9790枚、「ヴードゥー・ラウンジ」（平成6年7月13日発売。乙57）については週間売上げ最高位2位で売上総数17万5890枚、「ブリッジズ・トゥ・バビロン」（平成9年9月27日発売。乙58）については週間売上げ最高位9位で売上総数14万0080枚、「ア・ビガー・バン」（平成17年4月13日発売。乙59）については週間売上げ最高位5位で売上総数9万4294枚であるなど、ローリングストーンズのレコード、CD等は、我が国において継続的に発売され、それぞれ相当な売上数があった。

また、引用商標は、最近におけるダウンロード可能な音楽配信サイト等において、ローリングストーンズの楽曲を収録したCD等のジャケットの画像として使用されており（甲156, 158, 乙66, 67）、このような状況は、平成19年以前から継続していたものと推認される。

さらに、引用商標は、平成2年1月6日付け（乙68）、同月18日付け（乙69）、平成7年2月12日付け（乙70）、平成14年12月10日付け（乙71）、平成15年2月24日付け（乙72）の朝日新聞紙上のローリングストーンズ公演の広告、平成2年4月1日発行の音楽雑誌のローリングストーンズ公演の紹介記事（乙73）、平成2年のローリングストーンズ日本公演のポスター（乙76, 77）等でも使用された。

イ 以上の事実によると、引用商標は、我が国においては、ローリングストーンズの業務に係る商品又は役務を表示するものとして、平成19年以前から継続的に使用されて認識が広められてきたものと認めることができ、遅くとも本件商標の登録出願時までには、ローリングストーンズの業務に係る商品又は役務を表示するものとして、音楽関連の取引者・需要者の間に広く認識され、かつ、著名となっていたものであって、その状態は、本件商標の登録査定時においても、なお継続していたといえることができる。

ウ また、引用商標は、上記(2)アのとおり構成から成るものであって、申立人商標1～3を含む本件登録異議の申立ての審理において登録異議申立人が引用していた商標及び本件商標を除外すると、本件決定もいうとおり、斬新な図形であって、その独創性の程度は高いものであるといえることができる。

(4) 指定商品及び指定役務とローリングストーンズの業務に係る商品等との関連性本件指定商品等は、上記(3)のとおり音楽バンドであるローリングストーンズの業務に係る商品又は役務と関連するものであって、ロックバンドであるローリングストーンズの業務に係る引用商標の商品及び役務は、本件指定商品等に含まれるものである。

(5) 引用商標に係る取引者及び需要者

ローリングストーンズは、上記(3)アのとおり、昭和38年（1963年）に

レコードデビューして以来、現在まで40年以上にわたり第一線で活躍し続けてきた著名なロックバンドであって、その音楽は、代表的なロック音楽の1つとされている（甲11，12，23）。

ローリングストーンズは、平成2年から幾度となく来日して公演も行っており、我が国においても幅広い年齢層のファンがいるが、その中心は50歳代及び60歳代であって（甲38，乙104～106），ローリングストーンズの音楽に係る商品及び役務の需要者もこのような者が想定される。

なお、ロック音楽の定義としては、1950年代以降のロックンロール誕生以後のポピュラー音楽のうち、若者を主なターゲットとする音楽をすべてロックとしてとらえるもの、上記からソウルやリズム・アンド・ブルースを除いたものとしてとらえるもの、上記からポップスを除いたものとしてとらえるものなどがあって多義的である（甲147）。

(6) 本件商標の使用による引用商標と誤信する可能性

上記(2)ないし(6)によると、本件商標と引用商標とは、いずれも、上部に2つの山を重ねたように2か所で盛り上がった赤色系の上唇、開放された人の口から大きく張り出した赤色系の舌、舌の上部配された白色の上前歯状のものと及び黒色の口内が描かれているという点で構成を共通にする。また、引用商標は、音楽関係の商品及び役務分野において、ローリングストーンズに係る商品又は役務を表示するものとして、取引者・需要者の間において著名で、かつ、独創性がある。

しかしながら、本件商標と引用商標とでは、称呼及び観念の共通性がないことに加え、外観においても、本件商標では正面方向から見た平面的な図形であるのに対して、引用商標ではやや右斜め方向から見た立体的な図形である点でかなり印象を異にするものである点、本件商標では舌上に3本の黒色の図形が描かれているのに対して、引用商標ではそのようなものがない点において相違していることも看過し得ない構成の特徴である。そして、引用商標がローリングストーンズの業務に係る商品又は役務を表示するものとして音楽関係の取引者・需要者の間で周知・著名であることは、また、それ故に、引用商標と本件商標との上記の相違点は、看者にとってより意識されやすいものであると解されるところである。しかも、需要者についてみると、音楽は嗜好性が高いものであって、音楽CD等の購入、演奏会への参加等をしようとする者は、これらの商品又は役務が自らの対象とするもので間違いないかをそれなりの注意力をもって観察することが一般的であると解されること、取引者についてみるに、音楽について通暁していることが一般であるレコード店や音楽業界関係者等である本件指定商品等の取引者が、本件指定商品等において、本件商標をローリングストーンズの業務に係る商品又は役務と混同することは考え難いことなど

の事情が認められるのである。

これらの事情を総合考慮すると、引用商標に係る商品又は役務は本件商標に係る本件指定商品等に含まれるものであるとしても、本件商標の登録出願時及び登録査定時において、本件商標を本件指定商品等に使用した場合、これに接する取引者・需要者が、著名な商標である引用商標を連想・想起して、本件指定商品等がローリングストーンズ若しくはローリングストーンズとの間に緊密な営業上の関係又は同一の表示による商品化事業を営むグループに属する関係にある者の業務に係る商品又は役務であると誤信するおそれがあるものと認め
ることはできないといわざるを得ない。

(7) 被告の主張について

被告は、本件指定商品等に係る本件商標とローリングストーンズの業務に係る商品又は役務との誤認混同があるとする理由として、アシッドとローリングストーンズがロック音楽という点で共通していること、ローリングストーンズとアシッドのファンの年齢層にも共通する部分があること、レコードや音楽の公演等の主たる需要者が商標に着目して商品又は役務を選択する可能性の存在があること等を主張するが、上記認定のとおりロック音楽の多義性からして、「ロック音楽」であるということから直ちに統一的に理解することができるものであるか疑問がなくはないこと、ローリングストーンズとアシッドとの中心的なファン層が異なること、音楽は嗜好性が高いものであって、音楽CD等の購入、演奏会への参加等をしようとする者は、これらの商品又は役務が自らの対象とするもので間違いないかをそれなりの注意力をもって観察することが一般的であると解されるとの取引の実情等に照らすと、被告の主張に係る事情を考慮したとしても、上記判断を覆すに足りるものではない。

(8) 小括

したがって、取消事由2は理由がある。

3 結論

以上の次第であるから、取消事由3については検討するまでもなく、本件指定商品等についての商標登録を取り消すとした本件決定は誤りであって、取り消されるべきものである。

【論 説】

1. 本件は、本件商標の設定登録による商標掲載公報の発行から2月以内になされた第三者からの登録異議申立てに基く決定に対し、商標登録出願人（商標権者）が知財高裁に不服を訴えた事案であるところ、特許庁審判部では、本件商標の指定商品のうち、引用商標のそれとダブル商品に限りその登録を取消す決定をし、残った分のみは取消されなかったことから、その標章態様は類似し

ないことを主張して取消し請求を起した。

２．これに対し、知財高裁では商標の類否判断の前提となる標章自体の類否について検討した結果、その外観において両者は全く別異の非類似の標章であると認定したのである。しかも、図形自体は「舌」を表現しているものとはいえ、具体的な表現態様は全く異なるから、全体として非類似の商標と認められ、指定商品・役務が共通しても非類似であると判断され、異議決定が取消されたことは妥当であろう。

３．「舌」といえば、アインシュタイン博士のあの有名な舌出しポーズの写真を思い出す人も多いだろう。筆者はかつて、ある大手電機会社からあの写真を使っても法的に問題はないだろうかと相談を受けたことがあるが、「ノー」という返事をした。けだし、この問題は、博士自身の肖像に関するパブリシティ権と写真の著作権との両方の権利侵害事件となるおそれがあるから、許諾なしには使用できないからである。

〔牛木 理一〕

(別紙) 商標構成

1 本件商標



2 引用商標

下記3～5の商標の構成とほぼ同様の態様の図形に赤色又は橙色で着色した標章（その図形と色彩とを結合したものは、ほぼ下記の図示のとおりとなる。）



3 登録第1411158号商標（申立人商標1）



4 登録第2574649号商標（申立人商標2）



5 登録第2520526号商標（申立人商標3）



(別紙) 指定商品及び指定役務

第9類 レコード，インターネットを利用して受信し，及び保存することができる音楽ファイル，インターネットを利用して受信し，及び保存することができる画像ファイル，録画済みビデオディスク及びビデオテープ，電子出版物

第16類 文房具類，印刷物，写真

第25類 被服，ガーター，靴下止め，ズボンつり，バンド，ベルト，履物

第41類 書籍の制作，映画・演芸・演劇又は音楽の演奏の興行の企画又は運営，映画の上映・制作又は配給，演芸の上演，演劇の演出又は上演，音楽の演奏，放送番組の制作，教育・文化・娯楽・スポーツ用ビデオの制作（映画・放送番組・広告用のものを除く。）