

判決年月日	平成 2 4 年 2 月 2 1 日	担当 部	知的財産高等裁判所 第 1 部
事 件 番 号	平成 2 3 年（行ケ）10243号		
○ 原告が有する商標につき、被告が不使用商標登録取消審判請求をしたところ、特許庁が同請求を認めて上記商標登録を取り消す旨の審決をしたが、上記商標についての通常使用権者が、上記取消審判請求の登録日前 3 年以内に、上記商標と社会通念上同一性を有する商標を使用していたとして、上記審決が取り消された事例			

（関連条文）商標法 5 0 条 1 項， 2 項

（要旨）

本件は、原告が有する「ももいちご」の平仮名と「百壺五」の漢字をほぼ同じ大きさで二段に並べた本件商標につき、被告が不使用商標登録取消審判請求をしたところ、特許庁が、同審判請求を認めて、上記商標登録を取り消す旨の審決をした。

そこで、これに不服の原告が、その取消しを求めて本件訴訟を提起したものである。

本判決は、以下のとおり判断し、審決を取り消した。

「本件商標の通常使用権者であるフルーツキングミズノ（梅田店）は、『ももいちご』『百壺五』の文字が入った商品タグ（甲 3 3， 6 6 の写真参照）を用いていたところ、同商品タグでは、『百壺五』の文字が『ももいちご』の文字に比べて小さい上、他の文字（『登録第 4 3 2 3 5 7 8 号』等）も使われるなど、本件商標において『ももいちご』『百壺五』の文字をほぼ同じ大きさで二段に並べたものとは、使用態様が異なる。

しかし、不使用商標登録取消審判における商標の使用とは、商標法 5 0 条 1 項が明示するように、必ずしも登録された商標と同一の商標の使用でなくても社会通念上同一と認められる商標の使用であれば足りると解されている。これは、現実の社会では、願書添付の商標見本と厳密な意味での同一の商標を、営業上絶えず同じ態様で固定して用いることはむしろまれであり、登録商標の使用の解釈を社会通念に合致するように行う必要があるためである。

そこで検討するに、上記商品タグにおいて、文字の色や大きさから、『ももいちご』の部分が最も大きな自他識別能力を有することは明らかであり、『佐那河内の』の部分は、それに次いで自他識別能力を有するといえる。他方で、文字の大きさや内容からすれば、『登録第 4 3 2 3 5 7 8 号』『平成 1 0 年商標登録願第 3 0 4 5 0 号』『百壺五』の部分は、いずれも自他識別能力は非常に小さいといえる。

しかし、原告は、『百壺五』の部分につき、単に登録要件を充足するために本件商標に付加したものであり、客観的にみても、本件商標において漢数字である『百壺五』の部分は、『ひゃくいちご』のほか『ももいちご』とも一応読み得るものであり、ここから、数

字の１００と１と５，又は何らかの『いちご』との観念が生じ得るものの，あくまで平仮名の『ももいちご』を補足する部分であり，『百壺五』の部分自体が顕著な自他識別能力を有することは期待されていないと解されることからすれば，『ももいちご』『百壺五』の両方の文言が，文字の変更や欠落などなく，共に用いられていれば，字体や字の大きさに違いがあるとしても，本件商標を表す『登録第４３２３５７８号』『平成１０年商標登録願第３０４５０号』も表示されていることも併せ考慮すると，社会通念上，本件商標と同一の商標が使用されていると解すべきである。

そして，本件での商品タグ（甲３３，６６参照）において，『百壺五』の文字が小さいとしても，判読できないほど小さいわけではなく，他の文言が入っていても，『ももいちご』『百壺五』の両方の文言が上下二段に並べて用いられているものである。

以上からすれば，甲３３（写真）の赤丸で囲まれた商品タグにおいて，本件商標と社会通念上同一の商標が使用されているものと認めるのが相当である（なお，その写真内容からして，本件商標の指定商品である第３１類『いちご』について使用されていることは明らかである。）。

「以上のとおり，本件においては，原告から本件商標につき通常使用権の設定を受けたフルーツキングミズノ（梅田店）が，少なくとも取消審判請求の登録日（平成２２年８月１６日）前３年以内である平成１９年，平成２０年，平成２１年の各１２月３１日に，甲３３（写真）の赤丸で囲まれた商品タグ（使用商標２）を使用して，指定商品の『いちご』に該当する『ももいちご』を販売していたものといえることができる。」