

## 主 文

原判決を破棄する。

本件を東京高等裁判所に差し戻す。

## 理 由

上告代理人山本忠雄、同秋友浩の上告理由について

一 原審の確定した事実関係は次のとおりである。

1 上告人は、昭和五八年一二月八日商標登録出願、同六一年四月二三日設定登録、指定商品を第四類「せっけん類、歯みがき、化粧品、香料類」とする登録第一八五六八九九号の商標権（以下「本件商標権」といい、その登録商標を「本件商標」という。）を有している。本件商標は、「大森林」の漢字を楷書体で横書きした文字から成る。

2 被上告人は、化粧品等の製造販売を業とするが、頭皮用育毛剤及びシャンプー（以下「被上告人商品」という。）に、第一審判決別紙標章目録記載の各標章（以下「被上告人標章」という。）を付して販売し、また、広告宣伝に被上告人標章を付している。被上告人標章は、「木林森」の漢字を行書体で縦書き又は横書きした文字から成る。

原審は、右事実関係の下において、被上告人標章は、外観、称呼及び觀念のいずれについてみても本件商標に類似するものではなく、また、これらを総合して考察しても、被上告人標章は本件商標に類似するものではないと認定判断し、被上告人標章が本件商標に類似することを前提として被上告人商品の製造販売の差止め等を求める上告人の本訴請求を棄却した第一審判決に対する上告人の控訴を棄却した。

二 しかしながら、原審の右判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

1 商標の類否は、同一又は類似の商品に使用された商標がその外観、觀念、称呼等によって取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべきであり、しかもその商品の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものであって（最高裁昭和三九年（行ツ）第一一〇号同四三年二月二七日第三小法廷判決・民集二二巻二号三九九頁参照）、綿密に観察する限りでは外観、觀念、称呼において個別的には類似しない商標であっても、具体的な取引状況いかんによっては類似する場合があります。したがって、外観、觀念、称呼についての総合的な類似性の有無も、具体的な取引状況によって異なってくる場合もあることに思いを致すべきである。

2 本件についてこれを見るのに、本件商標と被上告人標章とは、使用されている文字が「森」と「林」の二つにおいて一致しており、一致していない「大」と「木」の字は、筆運びによっては紛らわしくなるものであること、被上告人標章は意味を持たない造語にすぎないこと、そして、両者は、いずれも構成する文字からして増毛効果を連想させる樹木を想起させるものであることからすると、全体的に観察し対比してみると、両者は少なくとも外観、觀念において紛らわしい関係にあることが明らかであり、取引の状況によっては、需要者が両者を見誤る可能性は否定できず、ひいては両者が類似する関係にあるものと認める余地もあるものといわなければならない。

3 原審は、觀念による類否について説示するに当たり、本件商標及び被上告人標章が付されている頭皮用育毛剤等の需要者は育毛、増毛を強く望む男性であるところ、かかる需要者は当該商品に付された標章に深い関心を抱き、注意深く商品を選択するものと推認されるなどとしているのであるが、必ずしも右のような需要者ばかりであるとは断定できないこと

は経験則に照らして明らかであるし、上告人は、本件商標権について通常使用権を許諾し、通常使用権者は薬用頭皮用育毛料に本件商標を付してその関連会社に販売させていると主張しているのであるから、この主張事実から現れる可能性のある商品の取引の状況も勘案した上、本件商標と被上告人標章との類否判断がされなければならない。したがって、原審がした右の推認事実のみをもってしては、両者が類似しないとする理由として十分でないといわざるを得ない。原審は、右のほか、本件商標が使用される指定商品の想定可能な取引の状況及び被上告人標章が使用された被上告人商品について現に行われている取引の状況を考慮しても、両者は観念において類似するものと認めることはできないとしたのみであり、被上告人商品が訪問販売によっているのかあるいは店頭販売によっているのか、後者であるとしてその展示態様はいかなるものであるのかなどの取引の状況についての具体的な認定のないままに、本件商標と被上告人標章との間の類否を認定判断したものであって、原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の解釈適用の誤りないしは理由不備の違法があるといふべきである。

三 よって、右の点をいう論旨は理由があり、原判決は破棄を免れず、本件については、更に審理を尽くさせるため原審に差し戻すこととし、民訴法四〇七条一項に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	園	部	逸	夫
裁判官	坂	上	壽	夫
裁判官	貞	家	克	己
裁判官	佐	藤	庄	市郎
裁判官	可	部	恒	雄