

平成22年8月19日判決言渡

平成22年(行ケ)第10101号 審決取消請求事件(商標)

口頭弁論終結日 平成22年6月29日

判 決

原 告	株 式 会 社 サ ン エ イ
同 訴 訟 代 理 人 弁 護 士	清 水 良 二
同 訴 訟 代 理 人 弁 理 士	西 良 久
被 告	株 式 会 社 イン タ シ グ ナ ム
同 訴 訟 代 理 人 弁 護 士	森 田 政 明
同 訴 訟 代 理 人 弁 理 士	森 正 澄

主 文

- 1 原告の請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

事 実 及 び 理 由

第1 請求

特許庁が無効2009-890074号事件について平成22年2月18日にした審決を取り消す。

第2 事案の概要

本件は、原告が、被告が有する別紙1の構成の商標(以下「本件商標」という。)につき無効審判請求をしたが、請求不成立の審決を受けたことから、その取消しを求めた事案である。

争点は、本件商標が、別紙2に記載された商標(以下「引用商標」という。)と類似するか否かである。

1 特許庁における手続の経緯

被告は、平成18年9月4日、本件商標につき出願し(甲29)、平成19年5月7日に登録査定を受け、同月25日に設定登録した(甲30)。

原告は、平成21年6月22日、本件商標の無効審判請求をした。

特許庁は、上記審判請求を無効2009-890074号事件として審理し、平成22年2月18日、「本件審判の請求は、成り立たない。」との審決をし、その謄本は、同年3月2日、原告に送達された。

## 2 本件商標の内容

本件商標（登録第5049553号）は、別紙1記載のとおり構成のもので、指定商品を第30類「アイスクリーム用凝固剤，家庭用食肉軟化剤，ホイップクリーム用安定剤，食品香料（精油のものを除く。），茶，コーヒー及びココア，氷，菓子及びパン，調味料，香辛料，アイスクリームのもと，シャーベットのもと，コーヒー豆，穀物の加工品，アーモンドペースト，ぎょうざ，サンドイッチ，しゅうまい，すし，たこ焼き，肉まんじゅう，ハンバーガー，ピザ，べんとう，ホットドッグ，ミートパイ，ラビオリ，イーストパウダー，こうじ，酵母，ベーキングパウダー，即席菓子のもと，酒かす，米，脱穀済みのえん麦，脱穀済みの大麦，食用粉類，食用グルテン」とするものである。

## 3 審決の内容

審決は、次のとおり、本件商標は引用商標とは類似せず、本件商標の登録は商標法4条1項11号の規定に違反してされたものではないから、同法46条1項の規定によりその登録を無効とすることはできないとした。

### (1) 本件商標と引用商標の類否について

「本件商標は、別掲のとおり、バラ色系の色彩が施され右肩上がりに傾いた桜と思しき5弁の花びらの図形中に『きつと』と『サクラサクよ。』の句読点を含む文字を二段に配置した構成からなるものであるところ、その構成中の『きつと、サクラサクよ。』の文字部分が独立して自他商品識別標識として機能を果たし得るものと認められる。

そして、この『きつと』と『サクラサクよ。』は、濃いバラ色の輪郭の籠文字により、双方が右肩上がりに傾いた五弁の花びらに沿う形でほぼ円弧状に、外観上まとまりよく配置され、その構成文字全体が一体のものとして認識し得るものであり、これから生ずる「キットサクラ

サクヨ」の称呼も格別冗長なものでもなく、無理なく一連に称呼し得るものである。

また、これは、『桜が咲く』又は合格通知電報の定型文であって『試験に合格したこと』ほどの意味を有する『サクラサク』の文字に、『確実に行われることを予測・期待するさま。必ず。』などを意味する副詞の『きっと(屹度・急度)』と、『自分の判断を示し、相手に同意を求めたり念を押ししたりする意』を表す終助詞の『よ』が付加されたものであって、全体として、『必ず桜が咲くよ』又は『必ず試験に合格するよ』ほどの意味合いの将来の事象を認識させる熟語を形成しているものとみるのが相当である。

そうすると、本件商標は、『きっとサクラサクよ』の文字部分全体に相応し、『キットサクラサクヨ』の一連の称呼のみを生じ、『必ず桜が咲くよ』又は『必ず試験に合格するよ』との将来の事象を認識させる観念を生ずるものとみるのが自然である。

一方、引用商標は、『サクラサク』の片仮名からなるものであるから、『サクラサク』の称呼を生ずるものであり、前記のとおり、『桜が咲く』又は『試験に合格した』との現在又は過去の事象を認識させる観念を生ずるものとみるのが自然である。

そこで、本件商標と引用商標の称呼を比較すると、両者は『キット』及び『ヨ』の音の有無という構成音数の差、音構成の差などにより、明瞭に区別し得るものであり、また、観念についても、将来の事象を認識させるものと、現在又は過去の事象を認識させるものとの相違があり、さらに外観も判然と区別し得る差異を有するものである。

そうすると、本件商標と引用商標とは、その外観、称呼及び観念のいずれの点からみても相紛れるおそれのない非類似の商標といわなければならない。

したがって、本件商標は、商標法第4条第1項第11号には該当しない。」

## (2) 当事者の主張について

「『サクラサク』が合格通知電報の定型文であって『試験に合格したこと』ほどの意味を有する語であって、特に受験シーズンにおいて合格を意味する縁起のよい(験担ぎ)語として使用されていることについては、請求人及び被請求人の間において争いはないところである。

そして、請求人は、『サクラサク』の文字を含む本願商標が、『菓子、パン』において、特に受験シーズンに販売される受験に関連する季節商品に使用されると、『サクラサク』の部分が

需要者の注意を惹く部分として着目され、当該部分が独立して自他商品識別機能を発揮する旨主張する。

しかし、『サクラサク』が上記意味合いを有する語として広く知られているとしても、前記1で認定したとおり、本件商標中の『きっと、サクラサクよ。』の文字部分は、全体を一体のものとして把握されるとみるのが自然であるから、本件商標は、その構成文字全体から生ずる称呼及び観念をもって取引されるものと言わざるを得ない。

さらに、両者の主張する取引の実情を考慮したとしても、本件商標について『サクラサク』の文字のみを抽出し、これが独立して自他商品識別標識としての機能を発揮し得るとする特段の事情も見あたらない。

したがって、請求人の主張は、採用できない。」

### 第3 原告主張の要旨

#### 1 本件商標の「サクラサク」部分が独立して識別力を有すること

(1) 本件商標中の「サクラサク」部分は、合格通知電報の定型文であって「試験に合格したこと」ほどの意味を有する語であって、特に受験シーズンにおいて合格を意味する縁起のよい(験担ぎ)語として使用されている。

また、本件商標は、上記片仮名文字の「サクラサク」に対して、平仮名文字の「きっと、」と「よ」を付加しただけの構成であり、全体としては一種のスローガンであって、自他商品識別力を発揮しているのは、登録商標「サクラサク」をそっくり含んでいるからである。

(2) なお、本件商標中の「きっと、サクラサクよ。」は、「きっと」の次に読点である「、」を追加した「きっと、」部分を区切って上段に表示している。次いで、下段には、「サクラサクよ」の次に句点である「。」を追加した「サクラサクよ。」部分を表示したものであって、全体を見ると、読点と句点をそれぞれ有する「文章」であり、本件商標が、読点と句点とを有する文章であって、熟語でないのは明白である。

そして、「必ず桜が咲くよ」又は「必ず試験に合格するよ」の意味合いは、「きっ

と、サクラサクよ。」の文章が有する意味そのものである。

この種の商標は、スローガンやキャッチフレーズとして、本来商標法3条1項6号に該当するが、本件商標では、その文章中に合格通知電報の定型文である片仮名文字の「サクラサク」が平仮名文字で記された「きっと、・・・よ」と区別して表記されており、かつ「サクラサク」の語の部分にのみ自他商品識別力を有するので、文章全体にも自他商品識別力が認められるにすぎない。

したがって、本件商標の要部は「サクラサク」である。

本件商標は、後述のとおり、引用商標である「サクラサク」をそっくり含んでおり、その意味合いにおいても、「サクラサク」を合格通知電報の定型文を直感させるものとして使用しており、「きっと、・・・よ。」部分はわずかにその事象を変更した文章としたものであることは、「サクラサク」が合格通知電報の定型文であり「サクラサク＝合格」であるとの被告の主張からも明らかである。

(3) 最高裁平成20年9月8日判決で示された基準からすると、本件商標と引用商標の類否判断においては、その構成において「サクラサク」の文字部分だけが独立して見る者の注意を惹くように構成されているか、「サクラサク」の部分が、取引者、需要者に商品又は役務の出所識別標識として、強く支配的な印象を与えるものと認められるか、それ以外の部分（本件商標では「きっと、・・・よ。」の部分）から出所識別標識としての称呼、観念が生じるか、の各点を検討する必要がある。

ア 本件商標は、「きっと、」と「サクラサクよ。」が上下2段に分かれているので、「きっと、」と「サクラサクよ。」は分離され、一体性がない。

また、本件商標のうち「サクラサク」の文字部分だけがカタカナで、「きっと、・・・よ。」部分は平仮名となっており、「サクラサク」の文字部分が分離独立して強調されている。

さらに、本件商標には読点「、」があり、その前後を区切って分断している。また、最後に句点「。」があり、全体として文章になっている。

以上からすれば、本件商標の「きっと、サクラサクよ。」は、その構成から一体不可分の熟語とはいえ、「サクラサク」の文字部分だけが独立して見る者の注意を惹くように構成されている。

イ 前述のとおり、「サクラサク」は合格通知電報の定型文であり、「サクラサク＝合格」という観念を生ずるものであり、「菓子」との関係では、十分な自他商品識別力を有し、出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものである。

ウ 「きっと」は副詞で、「よ」は終助詞であり、いずれも文章中の「サクラサク」を修飾するだけの一般的、普遍的な文字であり、自他商品を識別する機能がないもので、出所識別標識としての称呼、観念が生じないものである。

エ 以上のとおり、本件商標は結合商標であるが、「サクラサク」の部分が要部であり、「サクラサク」の部分にこそ「合格」という重要な意味があるもので、それ以外の部分「きっと、・・・よ。」は、付随的な副詞、助詞で、それ自体に自他商品を識別するための意味はない。

本件商標を構成する9文字と句読点との組合せ中、5文字が引用商標と一致し、外観、称呼も主要部分で共通するものであり、観念も「試験に合格する」という主要な意味は共通である。

したがって、全体として、本件商標は引用商標と類似するものである。

## 2 審決の認定等について

### (1) 外観について

本件商標は、桜を模した5弁の花の図形中に、「きっと、サクラサクよ。」の文字を「きっと、」部分と「サクラサクよ。」部分とに上下2段に分けて配置している。

また、文字の配列に関して、上段の「きっと、」部分が下端をほぼ直線状にそろえており、下段の「サクラサクよ。」部分の下端はほぼ円弧状に並んでいるため、文字の配列から上段と下段に規則性、関連性がない。

そして、「きっと、」部分は上段中央に配置されて、下段の「サクラサクよ。」とは物理的に分離されていると共に平仮名文字からなっている。

一方、下段の「サクラサクよ。」は、「サクラサク」部分のみが唯一片仮名文字で構成され、続く文末の「よ。」は平仮名文字から構成されている。

したがって、全体からみて「サクラサク」部分のみが唯一片仮名文字となっており、外観上も語句の中で目立つように配置されている。

本件商標は、験担ぎ商品において「サクラサク」部分を看者に強く印象付ける必要があるものであり、そのために「きっと、」部分と「サクラサクよ。」部分とをあえて上下二段に分け、「サクラサク」部分の片仮名文字を目立たせるために、「きっと」及び「よ」を平仮名文字を用いて書した構成を採っている。

したがって、上段の「きっと、」と下段の「サクラサクよ。」の双方がやや右肩上がりに傾いた五弁の花びらに沿う形でほぼ円弧状に配置されているものの、下段の「サクラサク」又は「サクラサクよ。」部分が看者に強く印象付けられる。

## (2) 称呼について

前述のとおり、外観上では、本件商標の下段の「サクラサク」又は「サクラサクよ。」部分が上段と分離される。

また、商標中の「サクラサク」部分だけが他と異なる片仮名文字で表記されており、分離して観察しやすく、かつ直感的に合格通知電報文を連想しやすい。

また、「キットサクラサクヨ」は9音構成であるが、無音の句点、読点が付加されており、冗長ともいえる。

さらに、後述のとおり、ネスレコンフェクショナリー株式会社は、本件商標の付された商品の販売促進において、本件商標を車内及び車外に大きく付した「サクラサク受験生応援バス」を運行している。

本件商標の付された商品の販売促進のためであるにもかかわらず、「きっと、サクラサクよ。受験生応援バス」とはせず「サクラサク受験生応援バス」としているのは、本件商標が「サクラサク」と同一視できるからであり、需要者が、本件商標について「サクラサク」と略称する可能性が非常に高い。

このように、需要者は、本件商標につき「サクラサク」と略称する可能性がある。

### (3) 観念について

前述のように、本件商標はスローガンであって、審決がというような複数の語が一体不可分に結合されて一語となった「熟語」ではない。

このスローガンの本質を占めるのは「サクラサク」の部分である。

換言すれば、「サクラサク」のような識別力のある登録商標であっても、「きっと」を上段に配置し、下段に前記登録商標に「よ」を付加したスローガンに変更するだけで、前記登録商標とは全く別の商標として自他商品識別力を発揮するというのであれば、前記登録商標に蓄積した顧客吸引力は、簡単にダイリューションされ、取引者、需要者は誤認混同を生じることになる。

また、「きっと、」の語は、本件商標の使用商品との関係で特別の意味を持つ。

すなわち、本件商標がダブルブランドとして付される登録商標「KitKat」の付された商品（以下「キットカット商品」という。）は、博多弁の「きっと勝つ」と同音であることから転じて「きっと勝つ」の験担ぎのネーミングとして需要者に知られている。

したがって、キットカット商品に付された「きっと、」の文字を見た需要者は、キットカット商品であることを連想し、その結果、「サクラサクよ。」部分が分離して観察され、「サクラサク」が要部になる。

この種の商標の用法として、例えば「キット、想いとどく。」商標（甲6参照）や、「キット、願いかなう。」商標（甲7参照）などがあり、ロゴ化されてキットカット商品のパッケージに使用されている。

この「きっと、」部分について、本件商標では「サクラサクよ。」部分とは意図的に分離して上段に配置した構成となっている。

被告は、「きっとサクラサクよ。」等の一連の商標（甲13, 15, 17）を出願又は登録しながら、キットカット商品に付して使用しないのは、「サクラサク」部分の印象を強めるためとも考えられる。

したがって、本件商標の要部は「サクラサク」又は「サクラサクよ」部分であり、

「桜が咲く」又は合格通知電報の定型文としての「試験に合格したこと」の意味を有するとみるのが自然である。

#### (4) 他の商標について

なお、被告が挙げる商標のうち、甲 9、11、13 及び 15 のものは出願しただけで、登録料を納付せずに出願無効となっており、その審査結果も遡って消滅している。

商標登録されたのは、甲 17 に示された、同書、同大で横一連に表記され、読点も省かれた「きっとサクラさくよ。」の文字商標だけである。

そして、この商標は、「きっと」に続く読点がなく、文全体が横一連で構成され、さらに「サクラ」だけが片仮名文字で他はすべて平仮名文字で構成されており、「きっと、サクラの花が咲くよ。」の意味合いしか生じない点で、本件商標とは異なっている。

さらに、上記「きっとサクラさくよ。」商標は商標登録されてはいるが、商品に使用されていない。

このほか、甲 18、19 に示された「サクラサクラ」及び「サクラ」は、引用商標の「サクラサク」とは全く非類似の登録商標である。

「サクラサク」は、被告も認めるように、合格通知電報の定型文として一体不可分に結合されて常用句となっており、需要者間において「サクラ」部分と「サク」部分とが分離して観察されることは決してない。

### 3 本件商標の使用の実際

(1) ア ネスレコンフェクショナリー株式会社は、本件商標を「KitKat」商標と共に使用した商品のほかに、これらの商標をそっくり含んで郵便局と共同企画した「キットメール」商品を販売している。

そして、同社は、この「キットメール」商品の販売促進のために平成 21 年 12 月から「サクラサク受験生応援バス」を受験期間中に運行し、活発に宣伝広告を行っているところ、本件商標が付された販売促進用のバスは「サクラサク受験生応援

バス」と命名されており、「サクラサクシール」に志望校合格の願いなどを書き込むようになっている。

このように、本件商標が付された販売促進用のバスであるにもかかわらず、「きっと、サクラサクよ。受験生応援バス」とせず、「サクラサク受験生応援バス」とし、また、「きっと、サクラサクよ。シール」ではなく「サクラサクシール」となっていることからすれば、本件商標の要部が「サクラサク」であり、本件商標が「サクラサク」と同一視できることが裏付けられる。

さらに、キットカット商品のイメージキャラクターが歌う受験生応援ソングの題名が「きっと、サクラサクよ。」ではなく「サクラサク」とされたのも、「サクラサク」が本件商標の中核であり、まさしく要部であるからであり、本件商標も「サクラサク」と略称される蓋然性が高いものといえる（以上につき甲31ないし37参照）。

したがって、ネスレコンフェクショナリー株式会社のこのような本件商標の宣伝、広告のための「サクラサク受験生応援バス」や「サクラサクシール」という「サクラサク」の使用行為によって、新聞、雑誌に広く取り上げられていることと相まって、需要者は、本件商標を「サクラサク」と略称する蓋然性が高く、引用商標の「サクラサク」と誤認混同する蓋然性が高いものといわなければならない。

イ 本件商標は、ネスレコンフェクショナリー株式会社のキットカット商品のみ  
に用いられ、被告は同商標を一切使用していないから、ネスレコンフェクショナリー株式会社の宣伝・広告は、まさしく本件商標の使用そのものである。

そして、同社の「サクラサク受験生応援バス」や「サクラサクシール」という「サクラサク」の使用行為は、キットカット商品の宣伝、広告としての使用にほかならない。

また、原告は、本件商標が「サクラサク」と略称されるとの主張を既に行っている。すなわち、原告は、無効審判請求時に、「簡易迅速を尊ぶ取引界においては、本件商標の『サクラサク』部分が自他商品識別力を有する特徴的部分として認識さ

れるものというべきである」との主張を行っている。

原告は、本件商標の唯一の使用者が、本件商標を「サクラサク」と略称することを導くような宣伝広告を行っていることを示すために甲31ないし37を提出したもので、これは新たな主張立証ではない。

(2) 原告は、本件商標の唯一の使用者であるネスレコンフェクショナリー株式会社に対し、引用商標権の侵害による使用の中止を申し入れたことがある。

同社の平成19年4月11日付けの回答書によると、本件商標につき「商品表示として使用しているものではなく、・・・受験生等に向けた励ましのメッセージとして期間限定で販売している」とし、さらに「『サクラサク』は合格電文として周知であり、合格電文としてのメッセージ的使用であり、格別これに商標商品識別機能を企図したものでないことは一見して明らかであります」と回答している。

このように、被告は、引用商標の存在を知りながら、本件商標の登録前には商品表示で識別機能がないメッセージ的使用と主張して本件商標を使用し、本件商標の登録後には、非類似の商標であり、周知事項となっていると主張を変更して、自己の正当性を言いつくろうものである。

#### 4 まとめ

本件商標は、その要部が「サクラサク」部分にあり、外観上も上段の文字部分と下段の文字部分とが分離し、称呼上は「サクラサク」と略称される蓋然性が高い。

また、観念上も、「桜が咲く」又は合格通知電報の定型文としての「試験に合格したこと」の意味合いを有するので、引用商標の「サクラサク」と称呼、外観及び観念上において類似する。

よって、本件商標は、商標法4条1項11号に違反し、同法46条1項1号に該当するので、審決は取り消されるべきである。

#### 第4 被告の反論

##### 1 審決の認定の正当性及びその補足

(1) 本件商標と引用商標については、以下の事実が認められ、審決の認定は正当

である。

#### ア 外観について

本件商標のバラ色の5弁の花びらは、バラ色の人生を連想させ、バラ色の輪郭で白抜きされた「きっと、サクラサクよ。」部分は、星取り表の白星を連想させ、右肩上がりである点は、未来への躍動感を示している。

これに対し、引用商標の「サクラサク」は、等間隔で横一連に墨書きされているところ、ここからバラ色の人生は連想し得ず、また、文字の色が黒であって、星取り表の「白星」は連想し得ず、横一連の等間隔墨書きであることから、未来への躍動感があるとも認められない。

#### イ 称呼について

本件商標は、読点、句点を備えた一文であり、「キットサクラサクヨ」の称呼を生じる。また、意味を有する一文なので、9音一連に称呼され、9音は冗長ではない。

これに対し、引用商標からは、「サクラサク」の5音の称呼を生じる。

#### ウ 観念について

本件商標からは、「必ず入試は合格するよ」旨連想され、将来の事象を観念するものであって、受験応援文言であり、電文としての「きっと、サクラサクよ。」は、受け取った際に「来年は・・・」を示唆するものであって、合格電文たり得ない。

これに対し、引用商標からは「桜咲く」「合格」を連想するものであって、現在の事象を観念するものであり、これは周知の合格電文である。

エ 以上のとおり、本件商標と引用商標とは、外観、称呼、観念等が全く異なるので、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれは全く存しない非類似商標というべきである。

(2) また、審決における、本件商標と引用商標とが非類似であるとの認定は、引用商標と他の商標との類否に関する登録審査例に照らしても、適法として是認することができる。

すなわち，以下の各出願商標は，引用商標との間で相互に非類似とされている。

ア 商願2007-36122号(甲9)

甲9の商標(別紙3参照)は，平成19年4月12日に商標登録出願された被告の出願商標であり，第30類の「菓子，パン」を含む商品を指定商品としている。この甲9の商標は，引用商標とは非類似であるとして登録査定がされている(甲10)ところ，甲9の商標と本件商標は，色違いである以外は同一態様である。

イ 商願2007-36123号(甲11)

甲11の商標(別紙4参照)は，平成19年4月12日に商標登録出願された被告の出願商標であり，第30類の「菓子，パン」を含む商品を指定商品としている。この甲11の商標は，引用商標とは非類似であるとして登録査定がされている(甲12)。

ウ 商願2007-36124号(甲13)

甲13の商標(別紙5参照)は，平成19年4月12日に商標登録出願された被告の出願商標であり，第30類の「菓子，パン」を含む商品を指定商品としている。この甲13の商標は，引用商標とは非類似であるとして登録査定がされている(甲14)。

エ 商願2007-36125号(甲15)

甲15の商標(別紙6参照)は，平成19年4月12日に商標登録出願された被告の出願商標であり，第30類の「菓子，パン」を含む商品を指定商品としている。この甲15の商標は，引用商標とは非類似であるとして登録査定がされている(甲16)。

オ 登録第5049552号(甲17)

甲17の商標「きっとサクラさくよ。」(別紙7参照)は，平成18年9月4日に商標登録出願され，平成19年5月25日に登録された被告の標準文字登録商標であり，第30類の「菓子，パン」を含む商品を指定商品としている。この甲17の商標は，引用商標とは非類似であるとして登録されている。

カ 登録第2391042号(甲18)

甲18の商標(別紙8参照)は、平成4年3月31日に商標登録された、サクマ製菓株式会社の登録商標であり、第30類の「菓子、パン」を指定商品としている。

この甲18の商標は、引用商標の先願先登録の商標であって、ゴチック体調の片仮名で等間隔、横一連表記の「サクラサクラ」であるところ、「サクラサク」との間で、末尾の「ラ」の有無のみ相違して、外観、称呼が極めて近似し、かつ、観念も「『桜咲く』等」のように「『サクラサク』ラ」が想起され得て観念類似と史料されるにもかかわらず、引用商標は甲18の登録商標とは非類似であるとして登録されている。

この甲18の「サクラサクラ」と引用商標の「サクラサク」が非類似であるということは、類否判断において、一群の意味を有する文字どうしを組み合わせた一連のもので判断されるべきことを示唆している。

すなわち、甲18の「サクラサクラ」においては、「サクラサク」と「ラ」を分断して類否を判断するのではなく、一群の意味を有する文字「サクラ」と同じく「サクラ」を組み合わせることで「サクラサクラ」一連で判断することを意味する。

そうすると、本件商標の「きっと、サクラサクよ。」も、複数の構成部分を組み合わせることで結合商標であり、さらに「必ず入試は合格するよ」を観念する「きっと(必ず)」「サクラサク(入試合格する)」「よ(強調)」の一群の意味を有する文字を組み合わせるものであるから、「きっと、サクラサクよ。」一連のもので判断されるべきことは明らかである。

キ 登録第1335994号(甲19)

甲19の商標(別紙9参照)は、昭和53年7月21日に商標登録された、雪印乳業株式会社の登録商標であり、第30類の「菓子、パン」を含む商品を指定商品としている。

この甲19の商標は、引用商標の先願先登録の商標であって、引用商標には、甲19のゴチック体調の片仮名で等間隔、横一連表記の「サクラ」がそのまま含まれ

ているところ，引用商標は甲 19 とは非類似として登録されている。

一般に「サクラ」は，「サクラ」の花を瞬時に想起し，咲いている桜を観念する。また，「サクラ」と「サクラサク」は，前者の「サクラ」が咲いている桜を観念するから，「サクラ（甲 19）」は後者の「『サクラ』『サク』（引用商標）」を観念し，逆に，後者（「サクラサク」）が略称されて前者（「サクラ」）を連想する蓋然性も高い。

このように，原告主張からすると，むしろより一層近似すると思われるものですら，非類似とされ，結果，引用商標は非類似として登録されているのである。

このことは，「菓子，パン」を指定商品とする第 30 類においては，実際に商品を手にとって購入することが多いことも相まって，一見類似するように思料される商標どうしが，明確に区別され取引され得ることを物語っている。

したがって，より一層異なる「きっと，サクラサクよ。」商標と「サクラサク」商標は，明らかに非類似というべきである。

## 2 商品の取引の実情について

(1) 最高裁昭和 43 年 2 月 27 日判決は，「商標の類否は，対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に，商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきであるが，それには，そのような商品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に与える印象，記憶，連想等を総合して全体的に考察すべく，しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり，その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当する」旨判示している。

また，最高裁平成 20 年 9 月 8 日判決は，上記「冰山印事件」判決を踏まえて，「法 4 条 1 項 1 1 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，連想等を総合して全体的に考察すべきものであり，複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについて，商標の構成部分の一部を抽出し，この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断することは，その部分が取引者，

需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合を除き、許されないというべきである。」と判示している。

したがって、本件商標と引用商標との類否判断は、これらの判断基準に則って考察されなければならない。

(2) 本件商標は、甲 2 2 ないし 2 4 にみられるように、本件商標権の使用権者たるネスレコンフェクショナリー株式会社が販売するチョコレート菓子「KitKat 商品」(キットカット商品)の正面右上(正面左上のものもある。)に表示され、しかも、キットカット商品のみ用いられている。さらに、本件商標は、いわゆる受験生応援製品として、受験シーズンのみ販売されるキットカット商品に用いられている。実際、多くの菓子店舗にて、販売促進用ディスプレイに専用のコーナーを設置し、他社商品とは区分けして並べられている。

そして、キットカット受験生応援製品は、「受験生応援製品」(ただし菓子類)の中で常に全国 5 0 % を超える販売シェアを獲得しており、センター試験の前後でキットカットの売上げが拡大すること等がニールセン・スキャントラック出典として報告されている(甲 2 5 参照)。

(3) 本件商標「きっとサクラサクよ」を表示したキットカット商品は、「きっとサクラサクよ」の「きっと」が、キットカットの「キット」にかけて「必ず」を連想し、「サクラサクよ」が、キット『カット』の『勝つ』と共に合格電文の「サクラサク = 合格」を想起するので、縁起の良い合格祈念製品として、周知のように多くの受験生に受験必携品として支持されている。このようなことは、受験シーズンになるとテレビ等の情報番組で紹介される周知事項である(甲 2 5)。

また、本件商標「きっとサクラサクよ」を表示したキットカット商品が発売されたこと、「きっとサクラサクよ」がキットカット商品に用いられていること等からして、本件商標の使用はもはや周知事項といって過言ではない。

(4) 本件商標は、上述したとおり、キットカット商品のいわゆる受験生応援グッ

ズとして、受験シーズンに販売される商品だけに用いられている。そして、多くの受験生が合格を祈念してキットカット商品を求め、4人に1人が受験会場に持参するといわれるほど着目される商品にあって、本件商標を付した商品と引用商標が使用される商品とを混同することは皆無といえることができる。

後述のとおり、引用商標の付される商品は、基本的にいわゆる袋菓子であり、験を担ぐ受験生が、本件商標の商品と引用商標の商品とを取り違えるということはない。

なお、桜の時期以外は、甲26にみられるように、本件商標はキットカット商品には使用されていない。

(5) 他方、「サクラサク」の文字は、本件商標が使用される受験シーズンにあっては「合格」を意味する。それゆえ、本件商標が使用されるキットカット商品が販売される時期において、「サクラサク」は「合格」を連想し得ても、原告の登録商標（引用商標）を想起するものでないことは明白である。

(6) さらに、引用商標が使用される商品は、いわゆる袋菓子であり、キットカット商品とは全く異なる商品形態及び製品態様である。

すなわち、引用商標は、カンロ株式会社が販売する袋入りキャンディに「KANRO / さくらさく！ / コ～ラ縁起がいいよかん」「KANRO / さくらさく！ / いいあん梅だよあんずるなかれ」と記載された商品に使用され、また、有限会社菓の子やが販売する透明な袋入りラスク（焼菓子）に「SAKURASAKU/サクラサク/RUSK」と記載された商品に使用されている。

なお、受験シーズンにおいて、受験生は合否を連想する言葉についてとりわけ敏感であるところ、このような袋菓子の「袋」は、広辞苑に「袋」の例示として記載されているように、「袋小路」、すなわち「行きづまって通り抜けることのできない小路。転じて、物事の行きづまること。」を連想し、また、焼菓子は、「全体に焼きが回っている」菓子を示唆するので、「焼きが回る」、すなわち「年を取ったりして能力が落ちる」ことを容易に連想するものであり、引用商標が使用される商品とキ

ットカット商品とでは、その連想の落ち着き先が顕著に異なるものである。

(7) このように、商品取引の実情を勘案してみれば一層明らかなように、本件商標と引用商標との間で、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれは皆無であるといっても過言ではない。

以上のとおり、本件商標と引用商標は、外観、称呼、観念等が全く異なり、さらに、前掲最高裁各判決が判示する具体的な取引状況に基づいて判断してみれば明らかなように、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれが全く存しない非類似商標である。

### 3 原告の主張に対する反論

#### (1) 「サクラサク」部分の独立性について

ア 本件商標は、桜が咲く旨の「サクラサク」をその構成部分としているが、「サクラサク」は周知の合格文言（甲3参照）であって、「サクラサク」の文言は、日本国中、各所で各様に用いられるから、取引者、需要者に対し商品の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものとは認められない。

さらに、本件商標のように、「サクラサク」に「きっと、・・・よ」を付加すると、全体の文脈として、「必ず試験に合格するよ」の受験応援メッセージを強く発する文に転化する。すなわち、「きっと、サクラサクよ。」は、単なる「桜が咲く」の現在形の文（「サクラサク」）とは異なり、強い応援メッセージを具備した未来形の文となっており、前述のとおり、「サクラサク」とは観念が全く異なることは明白である。

イ 原告も主張するとおり、「『サクラサク』部分は、合格通知電報の定型文であって『試験に合格したこと』ほどの意味を有する語であって、特に受験シーズンにおいて合格を意味する縁起の良い（験担ぎ）語として使用され」、その文言自体、誰もが使用可能であることは明白である。

ただ、「サクラサク」の文字を含む商標が、指定商品「菓子及びパン」の識別標識として、原告の「サクラサク」商標との間で、需要者・取引者に対し、出所の混

同を惹起せしめるものであってはならないというにすぎない。

しかして、前掲2つの最高裁各判決が判示する「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、連想等を総合して全体的に考察すべきもの」とする規範並びに被告商標が使用された取引実情に照らして、その出所混同の有無を考察してみれば明らかなように、出所混同のおそれを全く生じ得るものではないから、この点に関する原告の主張は理由がない。

(2) 原告は、「きっと、」の語が「キットカット商品」を連想する旨主張し、「キットカット商品」製造販売元のネスレコンフェクショナリー株式会社の宣伝広告を云々するが、これもまた当を得ないものである。

すなわち、本件商標の「きっと、」の語が「キットカット商品」を連想させるのであれば、本件商標の商品と引用商標を付した商品とを取り違えることがますますないのは明らかであり、出所混同のおそれは生じない。

また、本件商標と引用商標との類否判断にかかる審決の取消事由として、原被告以外の第三者の宣伝広告であって、とりわけ本件商標の使用とは無関係である「商標使用の事実」を摘示することは無意味であり、また、新たな主張立証であって許されない。

以上のとおり、審決に誤りはない。

## 第5 当裁判所の判断

### 1 商標の類否の判断手法について

商標の類否は、対比される両商標が同一又は類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決すべきであるが、それには、そのような商品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、連想等を総合して全体的に考察すべく、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るのが相当である。

また、商標の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所の誤認混同のおそれを推測させる一応の基準にすぎず、したがって、上記3点のうち1点において類似するものでも、他の2点において著しく相違するなどして、取引の実情等によって、商品の出所に誤認混同をきたすおその認めがたいものについては、これを類似商標とすべきではない（最高裁昭和43年2月27日判決・民集22巻2号399頁同旨）。

さらに、複数の構成部分を組み合わせた結合商標と解されるものについて、商標の構成部分の一部を抽出し、この部分だけを他人の商標と比較して商標そのものの類否を判断することは、その部分が取引者、需要者に対し商品又は役務の出所識別標識として強く支配的な印象を与えるものと認められる場合や、それ以外の部分から出所識別標識としての称呼、観念が生じないと認められる場合などを除き、許されない（最高裁昭和38年12月5日判決・民集17巻12号1621頁，最高裁平成20年9月8日判決・判例時報2021号92頁，判例タイムズ1280号114頁参照）。

## 2 本件商標及び引用商標の類否について

### (1) 本件商標について

本件商標は、別紙1のとおり、バラ色系の色彩が施され、右肩上がりに傾いたサクラ様の5弁の花びらの図形中に「きっと、」と「サクラサクよ。」の句読点を含む文字を二段に配置した構成からなるものである。

証拠（甲2，4）からすれば、副詞「きっと」には「確実に行われることを予測・期待するさま。たしかに。必ず。相違なく。」といった意味があり、助詞「よ」には「自分の判断を示し、相手に同意を求めたり念を押ししたりする意を表す。」といった意味があることが認められ、以上からすれば、本件商標からは、全体として「きっと桜の花が咲くよ。」とか「きっと試験に合格するよ。」といった意味が生じるものといえる。

そして、本件商標からは、少なくとも「キットサクラサクヨ」との称呼が生じる

ものと解される。

この点につき，原告は，「キットサクラサクヨ」は9文字で冗長であり，本件商標からは「サクラサク」の称呼が生じる旨主張する。

確かに，「サクラサク」という語が，合格電報の定型文であることからすれば，本件商標から「サクラサク」という称呼が生じ得る可能性は否定できないが，「キットサクラサクヨ」は，「サクラサク」に比べると長いものの，決して冗長というほどではなく，短い一文として十分称呼可能な長さであり，本件商標から「サクラサク」という称呼のみが生じるとまではいえない。

また，原告は，本件商標において「サクラサク」部分のみが片仮名であるとか，上下二段になっている旨主張するが，本件商標において，特に「サクラサク」部分のみが文字のサイズが大きかったり，色が違うというような事情は存在せず，「サクラサク」部分だけが目立つものではなく，以上からすれば，「サクラサク」部分のみが本件商標の要部であるとはいえない。

また，原告は，本件商標の「きっと，サクラサクよ。」は熟語ではなく文章ないしスローガンであるとも主張するが，この点もまた，上記判断に影響を与えるものではない。

このほか，原告は，本件商標を付したキットカット商品の宣伝広告として行われた「サクラサク受験生応援バス」や「サクラサクシール」，受験生応援ソング「サクラサク」において，いずれも「きっと，サクラサクよ。」ではなく「サクラサク」部分だけが用いられている（甲3 1ないし3 7参照）として，本件商標の要部が「サクラサク」である旨主張する。

しかし，このような宣伝広告の態様により，本件商標が「サクラサク」と称呼されるとしても，それによって直ちに同商標の要部が「サクラサク」部分のみとなるとまではいえない。

## (2) 引用商標について

証拠（甲1の1，1の2）からすれば，引用商標は，「サクラサク」の片仮名文

字からなり、指定商品を第30類「菓子、パン」とするものであることが認められる。

そして、引用商標からは、「桜の花が咲く」又は「試験に合格した」といった意味合いが生じるものといえる。

また、引用商標からは、当然に「サクラサク」の称呼が生じるといえる。

### (3) 本件商標と引用商標の対比

ア 外観上、本件商標は、バラ色系の色彩が施され、右肩上がり傾いたサクラ様の5弁の花びらの図形中に「きっと、」と「サクラサクよ。」の句読点を含む文字を二段に配置した構成からなる、図柄を含む華やかな商標であるのに対し、引用商標は、単に片仮名の「サクラサク」だけからなる商標であり、両商標は、その外観が大きく異なる。

イ 他方で、本件商標からは「キットサクラサクヨ」又は「サクラサク」の称呼が生じ、引用商標からは「サクラサク」の称呼が生じるものであって、その称呼は同一になる場合もあり、少なくともかなり類似するものといえる。

ウ また、本件商標からは、「きっと桜の花が咲くよ。」又は「きっと試験に合格するよ。」といった観念が生じ、引用商標からは「桜の花が咲く」又は「試験に合格した」との観念が生じるものといえる。

このように、両商標から生じる観念は、一定程度類似するが、引用商標からは、淡々と「桜の花が咲く」又は「試験に合格した」という事実についての観念が生じるのに対し、本件商標からは、受験生等に対するメッセージ的な観念が生じるものといえ、生じる観念はある程度異なるものといえる。

エ このほか、証拠（甲25、27）及び弁論の全趣旨から、本件商標は、受験シーズンに専らキットカット商品に用いられ、このことはよく知られており、本件商標の付されたキットカット商品はかなりの売上げを示しており、他方で、引用商標は、受験シーズンに関係なく、袋菓子や焼菓子などに用いられていることが認められる。

このように、本件商標が用いられたキットカット商品が、受験生応援製品として持つ意味合いは大きいものと認められ、このような本件商標の用いられたキットカット商品と、そのような意味合いの薄い引用商標が用いられた袋菓子等との間で誤認混同が生じるおそれは非常に低いものと認められる。

この点につき、原告は、誤認混同のおそれがないとしても、ネスレコンフェクショナリー株式会社による本件商標の使用によって、引用商標が希釈化されるおそれがある旨主張する。

しかし、本訴において、引用商標の著名性等は全く立証されておらず、そのような引用商標につき、本件商標の使用による希釈化のおそれなどを考慮することは相当ではない。

このほか、原告は、ネスレコンフェクショナリー株式会社による回答書(甲38)上の記載をもって、同社が、本件商標の使用は「商標的使用」ではなく、単なる励ましメッセージにすぎない旨主張していた点を指摘するが、この点もまた、上記判断に影響を与えるものではない。

オ 以上を前提とした場合、確かに、本件商標及び引用商標から生じる称呼はかなり類似しており、観念においても、一定程度類似することは否定し得ないが、他方で、もともと「サクラサク」は1つのまとまった表現として常用されており造語性が低く識別力が限られている上、両商標の外観は大きく異なり、取引の実態をも考慮すると、両商標につき混同のおそれはないといえる。

以上のように、本件での諸事情を総合的に考慮した結果、本件商標と引用商標とは、類似しないというべきである。

3 したがって、本件商標につき商標法4条1項11号を適用することはできず、審決に誤りはないから、原告の請求は棄却を免れない。

知的財産高等裁判所第1部

裁判長裁判官

---

塚 原 朋 一

裁判官

---

東 海 林 保

裁判官

---

矢 口 俊 哉

別紙 1



別紙 2

サ ク ラ サ ク

別紙 3



別紙 4



別紙 5



別紙 6



別紙 7

きっとサクラさくよ。

別紙 8

# サクラサクラ

別紙 9

サ ク ラ