

平成14年（行ケ）第292号 審決取消請求事件（平成14年11月25日口頭弁論終結）

判	決
原告	富士食研株式会社
訴訟代理人弁理士	内山 充
同	石原 庸男
被告	有限会社三樹園社
代表者代表取締役	築田 豊
訴訟代理人弁護士	窪田 英一郎
同	柿内 瑞絵

主 特許庁が無効2001-35157号事件について平成14年4月26日にした審決のうち、「登録第4313668号の指定商品中『加工野菜及び加工果実，食用油脂』についての登録を無効とする。」との部分を取り消す。

訴訟費用は被告の負担とする。

事実及び理由

第1 請求

主文と同旨

第2 当事者間に争いのない事実

1 特許庁における手続の経緯

原告は、「赤本」の文字を縦書きしてなり、指定商品を第29類「食肉，食用魚介類（生きているものを除く。），肉製品，かつお節，寒天，削り節，とろろ昆布，干しのり，干しひじき，干しわかめ，焼きのり，その他の加工水産物，豆，加工野菜及び加工果実，卵，加工卵，乳製品，食用油脂，カレー・シチュー又はスープのもと，なめ物，お茶漬けのり，ふりかけ，油揚げ，凍り豆腐，こんにゃく，豆乳，豆腐，納豆，食用たんぱく」とする商標登録第4313668号商標（平成10年8月6日登録出願，平成11年9月10日権利者を中野酒造株式会社として設定登録，平成12年5月25日権利譲渡に伴い原告に移転登録，以下「本件商標」という。）の商標権者である。

被告は，平成13年4月10日，原告を被請求人として，本件商標の登録を無効にすることについて審判を請求した。

特許庁は，同請求を無効2001-35157号事件として審理した上，平成14年4月26日に「登録第4313668号の指定商品中『加工野菜及び加工果実，食用油脂』についての登録を無効とする。その余の指定商品についての審判請求は成り立たない。」との審決をし，その謄本は，同年5月10日，原告に送達された。

2 審決の理由

審決は，別添審決謄本写し記載のとおり，本件商標は，その登録出願時及び登録査定時において，請求人（注，被告）の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」を表示するものとして取引者，需要者の間に広く認識されていた「赤本印」の商標（以下「引用商標」という。）と実質的に同一の商標であり，上記商品は，本件商標の指定商品中の「加工野菜及び加工果実，食用油脂」と同一又は類似する商品と認められるとして，本件商標は，その指定商品中「加工野菜及び加工果実，食用油脂」についての登録は，商標法4条1項10号に違反してされたものであるから，同法46条1項の規定に基づき，その登録を無効とすべきものであるとした。

第3 原告主張の審決取消事由

1 審決は，引用商標の周知性の認定を誤った結果（取消事由），本件商標の商標法4条1項10号該当性の判断を誤ったものであるから，違法として取り消されるべきである。

2 取消事由（引用商標の周知性の認定の誤り）

引用商標の周知性に関し，「請求人（注，被告）の『赤本印』の『梅肉エキス』，『卵黄油』は，本件商標の登録出願時また登録査定時に，取引者，需要者の間に広く認識されるに至っていた」（審決謄本16頁第1段落）とする審決の認定は誤りである。

本件商標の登録出願時及び登録査定時において，引用商標が，被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」を表示するものとして取引者，需要者の間に広く認識されていた事実はない。大正時代にA著「家庭に於ける実際的看護の秘訣」（以下「実際的看護の秘訣」という。）の通称「赤本」が周知であったことは認める

が、本件商標の登録出願より約70年前のことであり、かつ、書籍についての周知性であって、同事実によっては、本件商標の登録査定時及び登録出願時における引用商標の周知性を推認することはできない。

「赤本」の語は、「草双紙の一。・・・絵が主体で、子供向けのもの。・・・多くは赤い表紙の全五丁一冊本。赤表紙」（大辞林第11刷、甲27）を表すものであり、また、書籍の分野ではその外観、品質を表すものにすぎず、近時、表紙の赤い本は、様々な分野で「赤本」と呼ばれているから、自他商品識別機能を有しない。本件と関連する医学の分野に限っても、保健同人社発行の「家庭の医学」（甲6）、医薬品の薬価情報の書籍「保険薬価事典」（甲12に引用）、「薬剤師国家試験対策シリーズ問題集」（甲13に引用）及び「結核菌検査指針」（甲14に引用）が通称「赤本」と呼ばれているように、多くの通称「赤本」が存在している。しかも、「実際の看護の秘訣」は、平成6年11月24日発行の第1616版以降本件商標の登録査定時である平成11年7月2日まで発行されておらず、書店及びインターネットでの購入も不可能であり、宣伝も全く行っていなかったものであって、本件商標の登録出願時及び登録査定時において、「赤本」の語が、「実際の看護の秘訣」の通称として広く知られていたとは認められない。

また、たとえ「実際の看護の秘訣」が「赤本」と通称されていたとしても、同事実は、書籍についてのもので、被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」についての引用商標の周知性を認定する理由とはならず、かつ、「梅肉エキス」「卵黄油」について、引用商標の周知性を認めるに足る証拠はない。

第4 被告の反論

1 審決の認定、判断は正当であり、原告主張の取消事由は理由がない。

2 取消事由（引用商標の周知性の認定の誤り）について

「赤本」は、大正14年、海軍看護特務大尉であったAが海軍向けに出版し、海軍の協力によって日本中に広まった実用的な家庭看護書である「実際の看護の秘訣」の通称である。同書は、昭和5年に文部省認定書となってからは、文部省の要請で全国の図書館にも配布された。昭和23年に毎日新聞社が行った調査では、全国書店における評判の良かった書籍ベスト27、読者から重版希望の多かった書籍ベスト17に入るなど、民間療法のバイブル的存在であり、実用書としては異例のベストセラーであった。同書は、その長い題名のために、その正式名称を知らない者にも、「赤本」の通称で普及し、特に健康自然食品や東洋医学に関心がある需要者の間では、よく知られるところとなっている。同書は、戦後だけでも86版を重ね、発行部数は17万部に上っている。

被告は、法人化した昭和32年以降40年にわたって、「赤本」「赤本印」の文字からなる商標を使用して、「梅肉エキス」「卵黄油」の商品を製造販売し、「梅肉エキス」については法人設立当初から毎年平均220キログラム、平成11年には約470キログラムを販売してきたものであり、上記書籍の著名性とあいまって、「赤本」の「梅肉エキス」「卵黄油」といえば、被告自身あるいは被告に関連する会社の商品であるという認識を需要者に生じさせるものである。

したがって、「請求人の『赤本印』の『梅肉エキス』、『卵黄油』は、本件商標の登録出願時また登録査定時に、取引者、需要者の間に広く認識されるに至っていた」とする審決の認定に誤りはない。

第5 当裁判所の判断

1 取消事由（引用商標の周知性の認定の誤り）について

(1) 「赤本」の語について、大辞林第11刷（甲27）には「①草双紙の一。・・・絵が主体で、子供向けのもの。・・・多くは赤い表紙の全五丁一冊本。赤表紙。②明治時代の少年向けの本。表紙・口絵などに赤・青など原色を多く使用した落語・講談本。③俗受けをねらった低俗な単行本・雑誌の類。いかがわしい内容の本」との記載が、広辞苑第5版には「①江戸中期に刊行された草双紙の一。・・・赤色の表紙を用いた。・・・②草双紙の総称。③赤色を主とした極彩色の表紙の少年向き講談本。④俗受けをねらった低級な安い本」との記載があり、Meguronosuzukiのホームページ（甲10）には「ここでいう赤本（注、一覧掲記された97冊の『赤本』）とは明治20年代頃から行われた粗悪紙による菊判仮綴の紙装本・・・内容は講談速記・落語速記・江戸時代実録写本の翻刻・江戸時代小説の翻刻・探偵小説などである」との記載がある。また、医学の分野について見ると、保健同人社のホームページ（甲11、以下、枝番を省略）には「保健同人家庭の医学〔新版〕〈略称・新赤本〉・・・『赤本』と親しまれているミリオンセラー。日常かかりやすい病気を重点的にとりあげ、具体的に解説した一家に一冊の必

携本」との記載が、mhlw.go.jpのホームページ上の「第4回医薬品情報提供のあり方に関する懇談会議事録」（甲12）には「医薬品の薬価情報は出版社より『保険薬価事典』、いわゆる赤本とわれわれはっていますが、として販売され、医療用医薬品の全部が収載されております」との記載が、東京薬科大学生活協同組合のホームページ（甲13）には「2003年度薬剤師国家試験対策参考書・問題集のご案内・・・薬剤師国家試験対策シリーズ問題集（通称『赤本』）全4巻」との記載が、jata.or.jpのホームページ上の「結核菌検査指針の改訂」（甲14）には「結核菌検査指針の初版が出てから30年を経た1979年、その第7版が出版され、本書が結核菌検査法のバイブル（通称“赤本”）として広く用いられてきた」との記載がある。

(2) 他方、平成8年11月24日B発行のA著「家庭に於ける実際の看護の秘訣」（以下「実際の看護の秘訣」という。）増補新訂版（甲2、乙1）によれば、同書は、海軍看護特務大尉であったAが著した民間療法に関する書籍であり、その奥書には、大正14年2月25日にその初版が発行された後、版を重ね、昭和19年4月5日に第1530版、昭和21年11月1日に第1531版、平成6年11月24日に第1616版、平成8年11月24日に増補新訂版が発行された旨の記載があるが、各版の発行部数は、証拠上明らかではない。

(3) また、平成13年10月20日文藝春秋発行の山崎光夫著「『赤本』の世界―民間療法のバイブル」（乙53）は、「『赤本』は健康書、家庭医学書における超ベストセラーである。・・・通称、『赤本』と呼ばれている『家庭に於ける実際の看護の秘訣』（副題・實地方面の養生手當と民間療法、女の衛生と子供の育て方）という大部の本は、A（一八七二～一九五八）によって書かれた。『赤本』は

戦前に生まれた日本人ならまず知らない者はないというほど、人口に膾炙^{かいしや}している本である」などとして、A及び「実際の看護の秘訣」について詳細に紹介し、文藝春秋発行の「オール讀物」平成12年12月号（乙3）には「日本の健康を創った男たち『赤本』一千万部の男」との記事、プレジデント社発行の「プレジデント」平成10年6月号（甲8、乙4）には「日本の名薬・・・第六回梅肉エキス（ばいにくえきす）」の題号の下に「民間療法の集大成『赤本』の偉業」「赤本で広まった『梅肉エキス』の効き目」との記事、医薬・健康ニュース社発行の平成2年10月1日付け「医薬・健康ニュース」（甲4、19、乙5）には「“明治の益軒”が書いた『赤本』が手本」との記事及び「週刊朝日」昭和55年10月31日号（甲3、乙7）には「旧海軍“御用”の医学全書『赤本』の魅力」との記事が掲載され、これらの著作及び記事は、Aとともに、「実際の看護の秘訣」を通称「赤本」として紹介し、その総発行部数は1000万部を超えているとしている。さらに、マガジンハウス発行の「an・an」平成12年6月23日号（甲21、乙20）、春秋出版社発行の「PitiPiti」平成11年9月号（乙21）、筑摩書房発行の筏丸けいこ著「試してよかった！自然美容法」（甲15、乙22）などにも、「実際の看護の秘訣」を通称「赤本」として紹介する記載がある。

(4) 大正時代に「実際の看護の秘訣」の通称「赤本」が周知であったことは原告の認めるところであり、この争いのない事実、以上の認定事実と被告のその余の立証（乙6、8～10、14～19、23、25～29、36～52）を総合すれば、「赤本」の語は、本来、絵が主体の子供向けの草双紙、原色を多用した明治時代の少年向けの落語・講談本、低俗な単行本・雑誌の類を表す普通名詞であるが、一般には、赤い表紙の書籍の通称としてもよく用いられ、医学の分野に限っても、「赤本」と通称される書籍がいくつか存在していること、戦前においては、「実際の看護の秘訣」は、「赤本」の通称で広く知られ、戦後においても、上記「赤本」と通称される書籍の一つとしてではあるが、民間療法に関心が高い者の間に、なおある程度の周知性を維持していたことが認められる。

しかしながら、上記「赤本」の周知性は、被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」についてのものではなく、書籍である「実際の看護の秘訣」の通称としてのものであるから、同事実のみによっては、本件商標の登録出願時（平成10年8月6日）及び登録査定時（平成11年7月2日、甲28）における被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」についての引用商標の周知性を推認するに足りない。

(5) そこで、進んで、本件商標の登録出願時及び登録査定時における被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」についての引用商標の周知性について更に検討する。

ア 「実際の看護の秘訣」増補新訂版（乙１）の見返しに貼付した「本書の内容」中の末尾付近に「赤本『実際の看護の秘訣』発売元赤本印梅肉エキス・卵黄油其他生薬製造販売」として被告及び広島市所在の「株式会社築田三樹園社」との記載、本文６１９頁に「梅肉エキス・・・東京・広島三樹園社に良品があります」との記載、同６２０頁に「卵の油 東京・広島三樹園社にあります」との記載がある。しかし、上記「本書の内容」は、「実際の看護の秘訣」の書籍本体に貼付されているものであるが、これが貼付された書籍の頒布時期、頒布数は明らかではなく、上記本文中の記載は特に目立つものではない。

上記「プレジデント」平成１０年６月号（甲８、乙４）に「『梅肉エキス』（三樹園社・東京世田谷区）は多吉が創製し『赤本』で広まった和漢薬である」との記載があるが、同記事は、引用商標に係る「梅肉エキス」自体を紹介するものではない。

平成２年１０月１日付け「医薬・健康ニュース」（甲４、乙５）中に「主な製品『梅肉エキス』『卵黄油』・・・（有）三樹園社」との記載、平成４年７月１日付け「医薬・健康ニュース」（甲２０、乙１３）に「卵黄油・・・（有）三樹園社」との記載があるが、これらは一般の需要者を対象としたものとは認められない。

平成元年１０月８日主婦の友社第２刷発行の「日本の伝統薬」（乙３６）に「赤本印梅肉エキス」の包装箱の写真と共に「問い合わせ先 有限会社三樹園社築田多吉商店」との記載があるが、その発行部数は明らかではない。

そして、「実際の看護の秘訣」を紹介する記事等のうち、被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」に関する上記登録出願時前の記載は、上記以外には見当たらない。

イ 被告商品「梅肉エキス」、同「卵黄油」及び同「卵油球」の包装箱と容器の写真（乙２、１１、１２）によれば、被告の業務に係る上記各商品の包装箱及び容器には、引用商標ないし「赤本」の商標が付されていることが認められるが、これらの販売時期及び販売数量は明らかではない。

なお、被告は、いずれも指定商品を旧別表第１類「化学品、薬剤及び医療補助品」とし、昭和３１年３月３１日に設定登録された、厚みのある本を立てた状態の図形とその本の表紙に「赤本」「Ａ」の文字を横書きしてなる商標登録第４７８７７１号商標及び「赤本」の文字を横書きしてなる商標登録第４７８７７２号商標の商標権者であったが、いずれも昭和６１年３月３１日存続期間満了を原因として昭和６２年８月６日抹消登録された（乙５４）。また、被告は、平成２年７月３日、医療用具販売業の届出をしたが（乙５５）、平成９年９月、その廃止届出をした（乙４）。

ウ 被告は、上記「梅肉エキス」を法人設立当初（昭和３２年）から毎年平均２２０キログラム、平成１１年には約４７０キログラムを販売してきたものであると主張し、平成１０年３月～平成１１年１１月の納品書（乙３５）を提出する。

しかし、被告は、昭和３２年３月３０日に梅肉エキス・卵黄油・卵油球・茶剤類食品の製造販売等を目的として設立された会社である（弁論の全趣旨）ところ、その設立に先立って取得した上記「赤本」等の商標権を昭和６１年には失っており、平成９年には医療用具販売業も廃業していることにかんがみると、主張自体として疑問の余地があるばかりでなく、その主張の上記平均販売数量を認めるに足る証拠はない。また、仮に、被告主張に係る平成１１年の上記販売数量が真実であるとしても、上記乙２の被告商品「梅肉エキス」の包装箱の「内容量８０ｇ ￥３０００（注、１グラム当たり３７．５円）」との記載に照らすと、被告の平成１１年における販売額は計算上およそ１７００万円となると、山の下出版発行の「１９９９年版全国エリア別『健康自然食品 業者一覧』」（甲２９）によれば、平成１１年における梅肉エキスの市場規模は末端製品価格にして５０億円と推定されているのであるから、以上の数値を前提とする限り、梅肉エキスについて、被告の業務に係る商品のシェアは、微々たるものにすぎない。

エ 被告が、「赤本」「赤本印」の文字からなる商標を付したその業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」について、新聞、雑誌、テレビ等による広告、宣伝を行ったことを認めるに足る証拠は全くない。

上記検討したところによれば、「赤本」の語が、「実際の看護の秘訣」の通称としてある程度の周知性を維持していた事実のみによっては、本件商標の登録出願時及び登録査定時における被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」についての引用商標の周知性を推認するに足りず、「実際の看護の秘訣」を紹介する記事

等のうち、被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」に関する上記登録出願時前の記載に格別のものはなく、また、その広告、宣伝等を行ったこともないのであるから、本件商標の登録出願時及び登録査定時において、引用商標が、被告の業務に係る「梅肉エキス」「卵黄油」を表示するものとして取引者、需要者の間に広く認識されていたものと認めることはできない。

(6) 以上によれば、引用商標の周知性に関し、「請求人の『赤本印』の『梅肉エキス』、『卵黄油』は、本件商標の登録出願時また登録査定時に、取引者、需要者の間に広く認識されるに至っていた」（審決謄本１６頁第１段落）とする審決の認定は誤りといわざるを得ない。

２ 以上のとおり、原告主張の取消事由は理由があり、この誤りが審決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、審決は取消しを免れない。

よって、原告の請求は理由があるから認容することとし、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第１３民事部

裁判長裁判官	篠	原	勝	美
裁判官	岡	本		岳
裁判官	宮	坂	昌	利