

判決年月日	平成 2 1 年 1 1 月 2 6 日	担当部	知的財産高等裁判所 第 4 部
事 件 番 号	平成21年（行ケ）10203号		
○ 「 e l l e e t e l l e s 」等の表示の下に婦人用下着を陳列販売し，婦人用下着の広告について上記表示をしたことは，「被服，布製身回品，寝具類」を指定商品とする「 e l l e e t e l l e s 」なる登録商標の使用に当たる。			

（関連条文）商標法2条1項，3項8号，50条

被告は，「e l l e e t e l l e s」の欧文字を横書きしてなり（本件商標），第17類「被服，布製身回品，寝具類」を指定商品とする商標権者である。原告は，本件商標に係る商標登録について，不使用を理由とする当該登録の取消しを求めた。特許庁は，本件審判の請求の登録前3年以内に日本国内において，指定商品に含まれる「婦人用下着」について，本件商標と社会通念上同一の「エル・エ・エル／e l l e e t e l l e s」，「e l l e e t e l l e s／エルエル」，「e l l e e t e l l e s」の表示（本件表示）の下に，チラシ，パンフレット等で広告をしたと認められるので，その行為は，商標法2条3項8号に該当するとして，審判請求不成立の審決をした。

本件は，原告が，被告が「婦人用下着」に本件商標の使用をしていたとの認定判断の誤りを取消事由として，審決の取消しを求める事案である。

本判決は，以下のとおり判示して，原告の請求を棄却した。

「被告は，本件取消審判の請求の登録前3年以内に，その営業に係る「ビブレ」に直営店であるレディースインナーの専門店「e l l e e t e l l e s／エル・エ・エル」を設置し，店舗の壁や柱等に「e l l e e t e l l e s」と表示した上，婦人用下着等を陳列して販売したこと...，また，チラシやパンフレットをもって，「エル・エ・エル／e l l e e t e l l e s」の表示の下，婦人用下着について，その写真と共に広告をしたこと...が認められる。

そして，上記のとおり，本件表示の下に婦人用下着を陳列販売し，婦人用下着の広告について本件表示をしたことは，少なくとも，商標法2条3項8号にいう「商品...に関する広告...に標章を付して展示し，若しくは頒布...する行為」に該当するというべきであり，...被告は，指定商品に含まれる婦人用下着について，本件商標と社会通念上同一の本件表示をもって，本件商標を使用したものと認められる。」

「...本件表示は，被告の営業する「ビブレ」のレディースインナーショップの店舗名としても使用されてはいるが，本件表示の下に婦人用下着を陳列販売し，婦人用下着の広告に本件表示をすることが，それゆえに商品についての商標の使用に当たらないということはいできない。

そして，商品に係る商標が，「業として商品を...譲渡する者」にも与えられるものであ

り（商標法２条１項１号）、商品の製造業者のみならず、小売業者もまた、商品の譲渡等を行うことに変わりはないことに照らすと（同条３項２号参照）、小売業者としての出所を表示することが、商標としての使用に当たらないということとはできない。

そうすると、本件表示の下に婦人用下着を陳列販売し、また、婦人用下着の広告について本件表示をしたことは、業として婦人用下着を譲渡する者がその販売業者としての出所を表示するものとして、本件商標を使用したものと評価することができる。」

「原告は、本件表示は店舗名として被告の小売業務について使用されており、小売等役務商標制度が設けられた以上、本件商標が指定商品について使用されていたとはいえないと主張する。

平成１９年４月１日に小売等役務商標制度が新たに施行され、商品に係る商標と小売等役務に係る商標とが区別されていることは、原告主張のとおりである。しかしながら、商標を小売等役務について使用した場合に、商品についての使用とは一切みなされないとまではいうことができない。すなわち、商品に係る商標が「業として商品を…譲渡する者」に与えられるとする規定（商標法２条１項１号）に改正はなく、「商品Ａ」という指定商品に係る商標と「商品Ａの小売」という指定役務に係る商標とは、当該商品と役務とが類似することがあり（商標法２条６項）、商標登録を受けることができない事由としても商品商標と役務商標とについて互いに審査が予定されていると解されること（同法４条１項１０号、１１号、１５号、１９号等）からすると、その使用に当たる行為（同法２条３項）が重なることもあり得るからである。

そして、商品の製造元・発売元を表示する機能を商品商標に委ね、商品の小売業を示す機能を小売等役務商標に委ねることが、小売等役務商標制度本来の在り方であり、小売等役務商標制度が施行された後においては、商品又は商品の包装に商標を付することなく専ら小売等役務としてのみしか商品商標を使用していない場合には、商品商標としての使用を行っていないと評価する余地もある。しかしながら、本件商標は、小売等役務商標制度導入前の出願に係るものであるところ、前記１の認定事実によれば、被告は、小売等役務商標制度が施行される前から本件商標を使用していたものである。このように、小売等役務商標制度の施行前に商標の「使用」に当たる行為があったにもかかわらず、その後小売等役務商標制度が創設されたことの一事をもって、これが本件商標の使用に当たらないと解すると、指定商品から小売等役務への書換登録制度が設けられなかった小売等役務商標制度の下において、被告に対し、「被服」等を指定商品とする本件商標とは別に「被服の小売」等を指定役務とする小売等役務商標の取得を強いることになり、混乱を生ずるおそれがある。」