

## 最新判決情報

2015 年  
[10 月分]

### ○車110番事件

大阪地裁 H27.10.15 H26(ワ)3179 損害賠償請求事件(高松宏之裁判長)

第 37 類「自動車の修理又は保守」ほかを指定役務とする登録商標「中古車の110番」(右上)(原告商標1)及び第 35, 36, 39, 42 類について登録商標「くるま／中古車の110番」(右中)(原告商標2)を有する原告が、車検・点検業務保険代理業務ほかについて商標「車110番」を使用する被告らに対して、商標権侵害として 550 万円の損害賠償を求めた事案である。

くるま <sup>ヒャクトーバン</sup>  
中古車 の 110番  
くるま の 110番  
中古車

しかし、判決は、商標非類似として原告の請求を棄却した。原告商標1については、「クルマノヒャクトーバン」の称呼において、被告商標「車110番」はほぼ同一であるが、外観は原告商標1において漢字の「中古車の110番」の部分が顕著であり、被告商標「車110番」とは外観は類似せず、観念においても、原告商標1が「中古車についての緊急連絡先・相談窓口」を意味するのに対して、被告商標は「自動車の緊急連絡先・相談窓口」となり、「中古車」が一度購入され再び売りに出された車と理解され、観念も類似しないので、出所混同のおそれはないと判断した。

車110番

原告商標2については、自然な称呼は「クルマチュウコシヤノヒャクトーバン」であり、単なる「クルマヒャクトーバン」の称呼は生じないので、被告商標とは非類似と判断した。

単純明快な判断のようであるが、原告が「中古車」を単に「車」ということがあるとの主張については、「中古車の110番」と表記された商標が自然と「クルマノヒャクトーバン」と呼ばれることはないとして斥けた。

原告商標2についても、実際の取引上「クルマノヒャクトーバン」と称呼されているとの原告の主張についても、そのことを認めるに足りる証拠はないとして斥けた。

これらの判断の前提として、判決文からは、「くるま」「中古車」「110番」の語それぞれが単独では識別力を欠くとの認識があるように思われる。

筆者がいつも言っているように、商標の称呼は商標を使用する側が決めることであって、商標を構成する文字だけから認定するべきではない。たとえば「FANCL」は「ファンクル」ではなく、「ファンケル」なのである。

本件においても、原告は「中古車の110番」を「クルマのヒャクトーバン」の称呼で取引に当たりたいがため、そのような商標態様を選択したのである。

ただし、今回の判決のような称呼認定方法は依然として広く行われているのであるから、訴訟においては、取引の実情として、実際に認識されている商標の称呼を十分に立証することが必要であろう。

### ○ノンマルチビタミン事件

知財高裁 H27.10.21 H27(行ケ)10107 審決取消請求事件(大鷹一郎裁判長)

第 5 類「サプリメント」を指定商品とする本願商標「ノンマルチビタミン」(標準文字商標)が品質表示語であるとして拒絶されたため、当該審決の取消しが求められた事案である。

判決でも、本願商標は「複数のビタミンを含まないサプリメント」と理解されるので、たとえ現在「ノンマルチビタミン」が普通に使用されている事実がないとしても、公益上適当ではないとして、審決を指示した。

## ○養命茶／養命青汁事件

知財高裁 H27.10.29 H27(行ケ)10073,10074 審決取消請求事件(清水節裁判長)

第 30 類「茶飲料ほか」を指定商品とする登録商標「養命茶」(標準文字)及び第 5 類「青汁を主原料とする粒状・・・の加工食品ほか」を指定商品とする登録商標「養命青汁」(標準文字)が、引用商標「養命酒」と混同を生ずるおそれがあるとして法 4-1-15 号により無効とされたため、当該審決の取消しが求められた事案である。

# 養命酒

引用商標「養命酒」は第 5 類「薬用酒」についての著名商標であるが、本件がもし 11 号の類否判断案件であったとすると、そもそも指定商品が非類似であるし、指定商品との関係で要部が「養命」の部分であるかどうかの議論になるであろうが、本件は 15 号の出所混同の案件であるので、商標自体の類似性、周知性、独創性等を考慮して、商標全体としての混同の可能性が判断されることになる。

而して判決は、結論として審決を支持しているが、その理由中で、《引用商標「養命酒」が極めて著名なブランドであることに照らすと、「養命」の部分が強く支配的な印象を与えるので、引用商標が一連一体の「養命酒」としてのみ観念されているとは言えず、「養命」が基幹部分として「ヨウメイ」との称呼も生ずる》と認定していることは(判決 P15)、事実とは異なり、適切な判断ではないように感じられる。

例えば、「養命酒」を単に「養命」と認識する者はいないであろうし、また「茶飲料」や「青汁」について「養命」の語に接した場合、誰もが当然のように「養命酒」を想起するであろうか、ということである。

むしろ「養命」の部分に着目するのではなく、「養命酒」全体が著名であるため、本件商標「養命茶」や「養命青汁」が、引用商標権者である被告養命酒酒造株式会社が新たに開発したシリーズ商品であるかのように、需要者が認識するかどうかという観点から、もっと掘り下げて議論されるべきではなかろうか。

その場合には、当然被告養命酒酒造(株)の他の商品シリーズの有無や、「養命」の語を含む他社商品商標の存在などが吟味され、さらに「薬用酒」と「茶」「青汁」がいずれも健康保持のため摂取されるものであることなどが吟味されることになるであろう。

## ○ピタバ商標権侵害差止控訴事件

知財高裁 H27.10.21 H27(ネ)10074 商標権侵害差止請求控訴事件(大鷹一郎裁判長)

「ピタバスタチン製剤」の先発薬メーカー原告(控訴人)興和(株)が、ジェネリック医薬品メーカー7社を商標権侵害として差止めを求めた東京地裁判決の最後の控訴審判決である。

当事務所が、本件被告(被控訴人)補佐人として関与している。

「ピタバスタチン製剤」は高脂血症(高コレステロール血症)の治療薬であるスタチン系薬剤として特許を受けた先発薬である。「ピタバスタチン」の英語表記は「PITAVASTATIN」であり、後半部の「STATIN」はスタチン系薬剤を意味している。またスタチン系薬剤には、「アトルバスタチン」「プラバスタチン」「シンバスタチン」「フルバスタチン」「ロスバスタチン」などがあり、前半部分がスタチン系の薬剤を識別する要素となる。そのため、「スタチン」の語を省略して単に「アトルバ」「プラバ」「シンバ」「フルバ」のように慣用的に称されている。

然るところ原告は、特許医薬品である「ピタバスタチン製剤」を平成 15 年 9 月から「リバロ錠」の商品名で販売を開始し、平成 17 年 8 月には「PITAVASTAIN」の要部ともいえる冒頭の「PITAVA」について、第 5 類「薬剤」を指定商品として登録出願し、平成 18 年 4 月に商標登録された。



そして先発薬に係る基本特許が平成 25 年 8 月に満了消滅し、同年 12 月以降、製薬会社 24 社からピタバスタチン製剤のジェネリック医薬品の販売が開始された。

これらの錠剤上には、医療事故防止のため、厚労省通知に従って、有効成分名の略称、含量、メーカー名の略称が表示されていた。本件被告における錠剤上の表示は、右に示すように「ピタバ」「1」「テバ」と表記されている。なお被告錠剤は直径 6 ミリ程度の極めて小さいものである。



他のジェネリック医薬品では、「ピタバ1アメル」(共和薬品工業)、「SW ピタバ1」(沢井製薬)、「ピタバ1杏林」(杏林製薬)、「1mg ピタバ MEEK」(小林化工)、「ピタバ1明治」(Meiji Seika ファルマ)と錠剤上に表記されていた。

なおジェネリック医薬品は、処方箋薬剤であり、錠剤は PTP シート (press-through-package シート) に包含され、内袋に封入されて外箱に入られて、製薬会社から問屋を経て、病院や薬剤師に納入されるという流通形態であり、一般消費者が医師の処方箋なしで薬局、ドラッグストアで購入することはできない。ちなみに処方箋の有効期間は 4 日間であり、期間を経過した場合、再度医師に発行してもらうことになる。

而して、このような状況において、原告は登録商標「PITAVA」の商標権を侵害するものとして、ジェネリック医薬品の中、「ピタバ」の語を使用した 7 社を商標権侵害として差止めを求めて訴訟を提起したのである。

本論に入る前に、一般的常識的問題として考えてみよう。まず被告らの商品は医療用医薬品であり、医師の処方箋なしに「購入」することはできない。この処方箋の発行というのは、医師による治療行為の一環を成すものであって、医師が病院内で患者に注射によって薬剤を投与するのと同じ行為である。つまり、注射薬は医師、看護師が病院内で投与する薬剤であるのに対して、処方箋は、病院が直接患者に医薬品を投与する代わりに、薬局において薬剤を処方してもらっているに過ぎない。

しかも、我々が薬局で医薬品を「購入」する場合、医薬品の価格全額ではなく、保険診療ということで通常は 3 割を負担しているに過ぎない。病院で注射をしてもらった場合、治療費として注射薬代を病院に支払うが、処方薬では病院に代わって薬局に薬代を支払っているのである。

一般薬を薬局で購入する場合、当然商品の全額を支払うが、処方薬では 3 割負担にしか過ぎないし、しかも医師の処方箋なしでは医薬品を求めることはできない。その上、処方されるべき医薬品の選定は医師による専門的な判断であり、我々患者が決断することはできない。

もし患者が医師に希望する薬剤を告げる場合でも、たとえば現在処方されている薬剤が自分の身体に合わないので変えて欲しいと要望するだけであり、その際に患者が具体的に医薬品名を医師に伝えたとしても、医師が患者の希望通りに薬剤を処方することはあり得ず、必ず診断という医療行為を経なければならない。

もちろん、薬局において患者が薬剤の変更を求めても、薬剤師ができることは、先発薬を後発薬に変更するだけであって、たとえば「アトルバスタチン」を処方されているのに、これを勝手に「ピタバスタチン」に変更することは許されていない。

以上全体から鑑みると、患者が医薬品を薬局で「購入」という表現は適切ではなく、医療行為の一環として、商標法的には第 44 類「医薬」の一環として薬料を、しかもその 3 割を患者は支払っているに過ぎないし、薬剤の処方過程において、患者の立場から「商標」が機能する場面はないのである。

例えば、本件において、患者が「ピタバをお願いします。」と医師や薬剤師に伝えたとしても、これを聞いた医師らは「ピタバ」から「ピタバスタチン製剤」を認識するだけであるので、単に薬剤の一般名の略称を伝えたに過ぎない。

さらに、「ピタバ」の語を使用するジェネリック医薬品は複数あるために、「ピタバ」の語からは、どのこの製薬メーカーの「ピタバスタチン製剤」を患者が希望しているのか、判別することができない。

このように、医療用医薬品である処方薬には特殊な事情があるのであるが、これまでの裁判例をみると、患者も医療用医薬品の需要者であるとする傾向が一般的であったし、そのため、商標の類似性によって患者が医薬品を誤認混同するおそれがあると判断したケースもあった。

さて、翻って本件であるが、ジェネリック医薬品においては、さらに特殊な事情が加味された。それは独自の商標を採択することができなくなったことである。平成 17 年 9 月 22 日付け厚労省通知により、医療事故防止のため、ジェネリック医薬品においては、販売名は(1)有効成分の一般的名称、(2)剤型、(3)含量、(4)会社名(その略称)を使用することになった。

本件被告の販売名は「ピタバスタチンカルシウム錠 1mg『テバ』」となるが、他社の薬剤でも、たとえば共和薬品工業であれば「ピタバスタチン Ca 錠 1mg『アメル』」となり、実質的な違いは末尾の会社名を表す部分だけである。従って、このような販売名のピタバスタチン製剤のジェネリック医薬品が多数あることから、冒頭部分の「ピタバ」だけでは、医薬品の出所たる製薬会社が特定できず、「ピタバ」が商標として機能しないことが理解できるのである。

ここで注意しなければならないことは、厚生省がこのような通知を発してジェネリック医薬品の販売名を統一したのは、医療事故の防止のためであることである。そのようにして名称が決められたジェネリック医薬品において、個々の錠剤についての医療事故、誤飲を防ぐためには、錠剤上にも販売名か他の記号を表示しなければならない。かつてはローマ字2, 3文字や数字の記号が使用されていたが、看護師や患者にとっては、抽象的で記号的なものよりも、販売名自体かこれに近い略称が表記された方がはるかに誤飲防止に役立つことになる。

さらに注意しなければならない点としては、高脂血症というのはいわゆる生活習慣病の一種であり、高脂血症の患者は中高年以上が多く、生活習慣病として高血圧や糖尿病、高尿酸血症などを持ち、複数の薬剤を併用して処方されていることが多いことである。

通常の薬剤は小さく丸い白い形状が一般的であり、複数の薬剤を同時に飲もうとして手から落としてしまった場合、どれがどの用途の薬剤か分らないとすると、降圧剤を2錠飲んでしまったり、あるいは必要な糖尿病の薬を飲み忘れてたりすることになるので、看護師や患者にとっては、やはり販売名に近い名称が錠剤上に表示されていることが誤飲防止という観点からはもっとも望ましいことになる。

そのため上述のように、錠剤上に「ピタバ1アメル」、「SW ピタバ1」、「ピタバ1杏林」、「1mg ピタバ MEEK」、「ピタバ1明治」と表示されるようになったのであり、本件被告においても錠剤上の表示「ピタバ1テバ」は、高脂血症剤と同時に患者が服用している高血圧剤、糖尿病薬、高尿酸血症剤などとの区別のために表示されていることが分かる。

これを商標的にみると、商標は同種の商品の出所識別のために使用されるものであるので、「ピタバ1テバ」は、他社の「ピタバ1アメル」や「SW ピタバ1」などとの識別のための表示ともみることができそうであるが、一人の高脂血症患者に同じ用途の医薬品である「ピタバ1テバ」と「ピタバ1アメル」とが同時に処方されることはあり得ないので、看護師や患者が同種の複数の高脂血症剤を識別する場面はないし、その必要もないのである。

必要なことは、処方された高脂血症剤と他の薬剤とが識別できることであって、ましてや、「ピタバ1テバ」等の表示は錠剤上にだけ表示され、その錠剤はPTPシートに入れられ、PTPシートには会社名やその略称が明記された販売名が表示され、そのPTPシートは内袋に入れられ、さらに販売名が明記された外箱に入れられて流通するのであるから、錠剤上の表示が商標としての使用でないことは、商標を知る者にとっては、一見して明らかである。

しかし、残念なことに、裁判官でさえ、商品と言える物があって、そこに何らかの標章が表示されていれば、当然のことのように「商標」の使用であると早合点してしまうのである。

事実、東京地裁段階の46部では、商標的使用であることを前提として商標が類似し、混同を生ずるおそれがあるとまで認定されている(H26(ワ)773, 768)。

もちろん、裁判は弁論主義であるので、このような誤った判断も当事者の主張立証の問題であるかも知れないが、むしろ裁判所がこのような傾向にあることを理解し、裁判においては、裁判官は商標法の知識はあっても、商標自体の知識が乏しいことを前提に、丁寧に主張立証して行くことが必要であろう。

而して本件の原審を担当したのは東京地裁 29部の嶋末裁判長であり、珍しいことに薬学部出身ということ期待された。事実、嶋末判決は期待を裏切ることなく、被告の錠剤上への表示は商標的使用ではなく、また原告商標は公序良俗に違反し、無効とされるべきものであるとの2点によって、原告の請求を棄却した。

商標的使用でないことは、上記に説明した通りであるが、被告側の主張立証として、他の事件とは異なった点があったと思われる。それは、ジェネリック医薬品特有の取引の事情を立証するため、患者のお薬手帳や薬剤情報提供書、後発医薬品情報提供書、そして、医師、薬剤師、患者の陳述書を提出したことである。

お薬手帳には、処方された薬剤の販売名、効能、用法、用量などが記載され、薬剤情報提供書ではさらに錠剤の写真や薬価、後発薬の有無までもが記載されている。

さらに後発医薬品情報提供書では、先発薬と後発薬との錠剤や薬価の違い、そしてトータルで先発薬だけを処方された場合に比較して、どの程度患者の費用的負担が少なくなったかまでもが記載されている。

もちろん、証拠として提出した文書はピタバスタチンに関するものではないが、これらの文書から患者は、処方された薬剤の販売名が「ピタバスタチンカルシウム錠1mg『テバ』」であること、有効成分が「ピタバスタチン」であること、メーカーが「テバ」であることを知り、錠剤上の表示「ピタバ1テバ」が販売名の略記であることを知るであろうことを立証した。

つまり、患者は医療用医薬品を処方される際に、医薬品について十分な情報提供を受けていることが理解されたのである。もちろん、薬局のカウンターにおいても、薬剤師から黙って薬が入った薬袋が患者に手渡されることはあり得ず、薬剤師は、処方された医薬品を1つ1つ取り出し、販売名や成分名、用法、用量を患者に説明することが必要である。

ちなみに、このような薬剤の提供方法を行なった場合、薬剤服用歴管理指導料として保険点数が加算されるので、患者の負担は大きくなるが、薬局に支払う代金は単なる薬自体の価格ではなく、治療行為の一端としての代価であることが、ここからも分かるのである。

次に、公序良俗違反について被告は、本件訴訟は後発医薬品の普及を不当に阻み、先発医薬品市場を守るための訴訟であることを主張し、原審判決でも、原告商標の出願は、特許権の存続期間満了後、原告のライセンシー以外の者による後発医薬品の市場参入を妨げるという不当な目的でなされたものであると認定された。そしてさらに、本件商標をピタバスタチン製剤に使用することを原告に独占させることは、薬剤の取違えを回避する手段が不当に制約されるおそれがあり、公共の利益に反し、著しく社会的妥当性を欠くと判断されている。

而して、原告は7件すべての地裁判決を控訴し、知財高裁に判断を求めたが、知財高裁では判断がほぼ統一され、商標的使用が否定されたのである。原審と異なる点としては、これまで判例上の概念であった非商標的使用が商標法26条1項6号として明文化されたため、これが適用された点である。

非商標的使用と法26-1-6号とを比較した場合、非商標的使用の方が26-1-6号よりも広い概念であるので、26条ですべての非商標的使用が解決されるとは思えないが、26条という条文がありながら、判例概念である非商標的使用を安易に先に適用しようとする裁判所の姿勢にはこれまで批判的であったので、まずは良い方向に向かっていることだけは間違いないようである。