

# 審判事件弁駁書

平成29年10月13日

特許庁審判長 殿

- 1 審判の番号 取消2017-300466  
(商標の番号) (商標登録第4772234号)
- 2 請求人  
住所  
名称
- 3 請求人の代理人  
住所 東京都千代田区永田町二丁目17番17号  
  
氏名 弁理士 日野 修男
- 4 被請求人  
住所 東京都渋谷区渋谷1丁目4番13号  
名称 キューピー株式会社
- 5 被請求人の代理人  
住所 東京都千代田区丸の内1丁目6番6号  
日本生命丸の内ビル 協和特許法律事務所  
電話 03-3211-2321  
  
氏名 弁理士 永井 浩之 他8名
- 6 弁駁の内容

6-1 被請求人は、答弁書にて「本件商標は、その商標権者を介して上記取消請求に係る役務中、第35類「商品の販売に関する情報の提供」について、審判請求の登録前3年以内（2014年7月12日乃至2017年7月11日）の期間（以下、「要証期間」という。）に、日本国内において使用されて」いると主張し、その証拠として乙第3号証を提出する。

6-2 第1に、他人の知的創作を剽窃する行為は、公序良俗に違反するものであり、商標法が保護する「使用」にあたらぬ。以下、説明する。

（1）商標法50条が規定する「登録商標（中略）の使用」は、商標法第1条が定める商標法の目的「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」に沿って解釈されなければならないところ、公序良俗に違反する商標登録の使用は「商標の使用をする者の業務上の信用の維持」を図る必要はなく、「産業の発達に寄与」するものでなく、かつ、「需要者の利益を保護する」ものではないから「使用」にあたらぬ。

本件登録商標の使用は、以下の理由から他人の知的創作を剽窃するものであり、公序良俗に違反するものであり、商標法の保護を受ける「使用」にあたらぬ。なお、「ひょうせつ【剽窃】」とは「他人の詩歌・文章などの説または文句をぬすみとって、自分のものとして発表すること。」（広辞苑第3版（甲23））を意味する。

すなわち、他人の知的創作を剽窃する使用は、公序良俗違反の使用であるから商標法第50条の使用ではない。

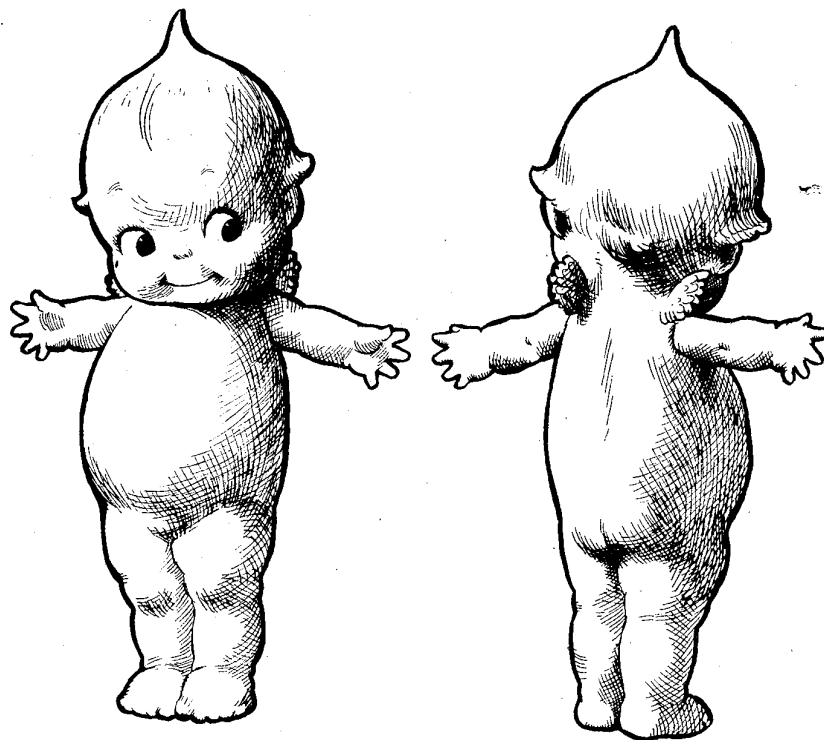
（2）本件商標は出願前に周知・著名であった、ローズ・オニール作成の人形の図形とその名称と類似する。

#### （2-1）ローズ・オニール作成の人形の図形

ローズ・オニールは、米国の雑誌「Ladies' Home Journal」1909年12月号に掲載した自作のイラスト付き詩「The KEWPIES' Christmas Frolic（クリスマスでのキューピーたちの戯れ）」にて発表した。そこには多数のキューピーが描かれている（「キューピー物語」甲6・17頁）。ローズ・オニール作成の人形は「キュー

「キューピー物語」甲6の17頁から25頁に描かれている。

ローズ・オニールは、1912年12月17日、米国特許庁に下記人形の意匠を出願し、その後登録された（甲5）。



「キューピー物語」甲6の17頁から25頁に描かれた人形、及び、ローズ・オニールが意匠登録出願した意匠（甲5）を考慮すると、ローズ・オニール作成にかかる人形の特徴は次のとおりである。

全体的な特徴としては、

- (1) ほぼ直立の人形である。
- (2) 乳幼児の体型であり、頭部が全身と比較して大きく、概ね三頭身である。
- (3) 裸である。
- (4) 性別がはっきりせず、中性的である。
- (5) 全体にふっくらとしている。

細部の特徴としては、

- (6) 頭の中央部分に上方にとがった形状の髪の毛が生えており、中央部分の毛は前に垂れており、頭部のその他の部分には髪の毛がない。

- (7) 顔は、縦長の楕円形状であり、頬はふっくらしている。
- (8) 目は、丸く大きい。
- (9) 眉は、目から離れた位置に小さく描かれている。
- (10) 鼻は、目立たない。
- (11) 口は、細く下向きの円弧状に描かれ、唇の端は微笑んでいるような表情に描かれている。
- (12) 首の後方部左右から、小さな双翼がはみ出している。
- (13) 両腕は、外方へ伸ばしている。
- (14) 両手は、掌を広げている。
- (15) 腹部は、豊満で下方にヘソが描かれている。
- (16) 胴は、中央部が最も太い。
- (17) 左右の足を密着させて、直立している。
- (18) 臀部は、ふくよかに描かれている。

#### (2-2) ローズ・オニールの創作にかかる人形の名称

「キューピー村物語」(甲7)の25頁では、「Ladies' Home Journal」1909年12月号を引用し以下のとおり記述されている。

「1909年末、キューピーを初めて発表した雑誌「Ladies' Home Journal」(上)で、ローズ・オニールはキューピーの名前の由来について記<sup>し</sup>ています。

「注意：このファニーでずんぐりした生き物をキューピー(QとPを一緒にしてQ-P sと発音してください)と呼ぶのは、子どものキューピッドに似ているからです。キューピーたちはみんなキューピッドのように、小さな<sup>つばさ</sup>翼がついています。そう、キューピーは「小さなキューピッド」という意味なのです。」と記述されている。上記引用の「NOTE」の原文とその訳文は甲7の3枚目である。

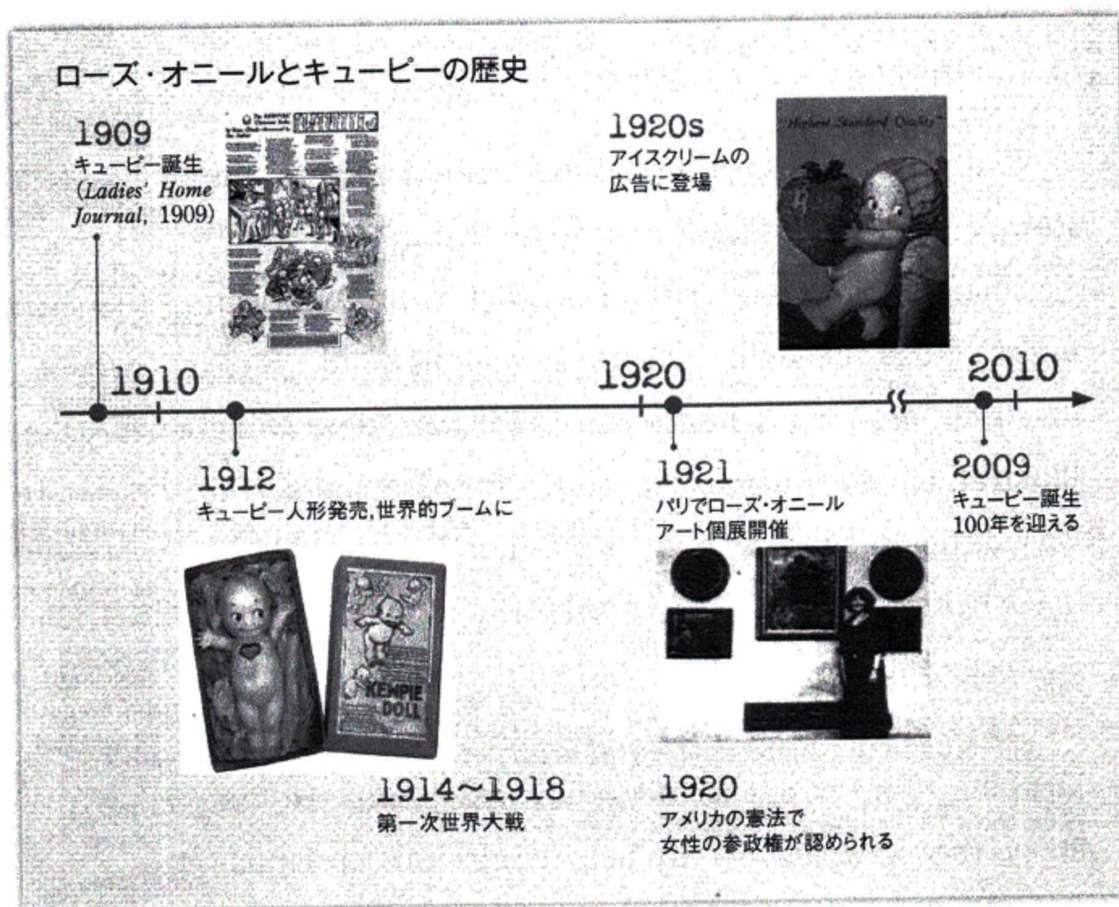
すなわち、ローズ・オニールは「Ladies' Home Journal」1909年12月号において、「このファニーでずんぐりした生き物」を「**Kewpie**」と名付けたものであり、「**Kewpie**」はローズ・オニールが創作した人形の名称であり、彼女の知的創作である。また、「キューピー」は「**Kewpie**」の日本語表記であり

称呼は同一である。

(2-3) 本件登録商標出願前における「キューピー人形の図形」及び「K e w p i e」、「キューピー」標章の周知性・著名性について

(2-3-1) キューピーの歴史の概要

文部科学省検定済教科書高等学校外国語科用「WORLD TREK English Communication I」(甲8)には、以下の年表が記載されている。



すなわち、

「1909年 キューピー誕生(Ladies' Home Journal, 1909)

1912年 キューピー人形発売、世界的ブームに」との記述があり、

1909年にキューピーが誕生し、1912年に立体のキューピー人形が発売され世界的ブームになったことが、文部科学省検定済教科書に記載されている。

(2-3-2) 「キューピー物語」(大澤秀行)(甲6)

「キューピー物語」(大澤秀行)(甲6)40頁には以下の記載がある。

「まず大正2年に三越で国産のセルロイドのおもちゃを売り出したという記録がある。まさにその頃、タイミングよく、キューピー人形も輸入され、たちまち人気を集めたので、セルロイドの国産キューピーもどんどん作られたのである。ちょうど第一次世界大戦で、玩具生産では当時の世界の中心だったドイツが戦火に見舞われ、日本に対する需要も急増する。」(40頁)との記述がある。

すなわち、大正2年に三越でセルロイドのおもちゃが売り出され、そのころ、キューピー人形が輸入され人気を集めたので、セルロイドの国産キューピーもどんどん作られたことが記述されている。

(2-3-2)「20世紀おもちゃ博物館」(甲10)

同書29頁には以下のキューピー人形の画像と説明文が記載されている。



1913年(大正2年) / 嵯峨野思い出博物館蔵  
原作者ローズオニールの依頼で作られたビス  
ク製のキューピー。主にアメリカへ輸出され  
ていた。日本ではその後、セルロイドのキュー  
ピーが盛んに作られ、子どもたちの人気者  
となった

すなわち、大正2年に原作者ローズオニールの依頼でビスク製のキューピー人形が盛んに作られ、子どもたちの人気者となったものである。

また、同書209頁の年表には、以下の記載がある。

「1913 東京・巣鴨私立帝国小学校・同附属幼稚園に人形病院が創設される  
キューピーが日本で紹介され人気に。輸出用のビスクドール製造される」

「1917 セルロイド製のキューピー人形が流行

東京のデパートに特設玩具売場が出現

児童文化運動が台頭」

すなわち、1913年（大正2年）に、キューピーが日本で紹介され人気になったこと、1917年（大正6年）に、セルロイド製のキューピー人形が流行し、東京のデパートには特設玩具売り場が出現したことが記述されている。

（2-3-3） 「春装」（甲13）

昭和29年文化勲章を受章した、近代日本画の巨匠鏑木清方（かぶらき きよかた）画伯は、大正6年、キューピー人形を題材にした「春装」という日本画を国民新聞の附録として発表した。



鏑木清方（かぶらき きよかた）  
春装 『国民新聞』附録  
大正6年（1917）1月10日

（2-3-4） 「20世紀の天使たち キューピーのデザイン」（甲14）

2枚目左には、下記の写真とその説明が記載されている。



b...1913(大正2)年に  
日本ではじめてつくられたビスク・キューピー。  
高さ14.5cm

すなわち、上記の人形が大正2年に日本ではじめて作られたキューピー人形である。また、同書54頁には下記の記述がある。

●そうしているうちに、私は少しずつキューピーの存在の大きさを再認識しました。大正5年の「子供の友」への登場、大正9年をはじめとするキューピーの年賀状の多さ(このことは昭和初期にもいえます)。大正13年には童謡「キューピーさん」(葛原しげる作詞、弘田龍太郎作曲)が登場。昭和にも「キューピー・ピーちゃん」(野口雨情作詞、中山晋平作曲)が愛唱されています。私の手元にある大正から昭和初期の資料や人形の多さから考えても、いかにキューピーが愛されていたかが想像できます。

上記には「大正9年をはじめとするキューピーの年賀状の多さ (このことは昭和初期にも言えます)。(下線は代理人による) と、キューピー人形の図案が多数の市販の年賀状に取り入れられたことが記述されている。



(2-3-5)「レトロ年賀状ギャラリー」(甲16)



プレゼントを運ぶキューピー



キューピーと遊ぶ女の子

(甲16の2枚目)



キューピーと午と寿老人



帽子に乗って遊ぶキューピー

(甲16の3枚目)

上記のとおり、大正5、7年の市販年賀状にキューピー人形が採用されている。

(2-3-6) 兵庫県立歴史博物館作成の「こども文化事典」(甲11)

兵庫県立文化博物館作成の「こども文化事典」は、大正時代を代表するおもちゃ8件の中にキューピー人形を入れている(1枚目)

また、キューピー人形の項目には下記の記載がある。



今もよく知られているキューピーは、1909(明治42)年にアメリカのローズ・オニールによって生み出されました。日本では大正のころに流行し、ビスクドールやセルロイド人形がたくさんつくられ、世界一のキューピー大国となりました。

すなわち、キューピー人形は1909年にアメリカのローズ・オニールが作成し、日本では大正のころ流行したとするものであり、同博物館は大正時代を代表するおもちゃの一つであるとする。

(2-3-7)「広告キャラクター大博物館」(甲18)

「ギリシャ神話のキューピッドをセルロイド人形にしたのがキューピー。明治時代にアメリカで生まれ、大正時代に日本でも国産化されて、子供たちに爆発的な人気となった。日本初のマヨネーズ誕生も、同じころ」との記述がある。

すなわち、大正時代に子供たちに爆発的な人気となり、日本初のマヨネーズ誕生と同時期であるとする。

(2-3-8)「丸善と三越」寺田寅彦著(甲19)

大正9年6月中央公論に発表された寺田寅彦の「丸善と三越」には、

「六階にあつたいわゆる空中庭園は、近ごろ取り払われて、今ではおもちゃの陳列所

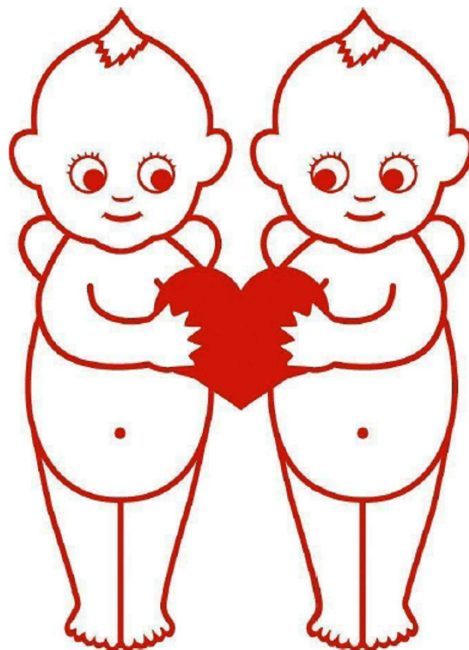
になつている。一階から五階までの間に群がっているたくさんの人の皮膚や口から出るいろいろのなまぬるいガスがここまで登りつめたのを、上からふたをしてしまったせいか、ここへ来ると空気が悪くて長くいるとこれが頭にきいて来る。そのせいでもあるまいが自分はここにあるおもちゃに対してあまりいい気持ちはしない。たとえばセルロイドで作つたキューピーなどのてかてかした肌合や、ブリキ細工の汽車や自動車などを見てもなんだか心持が悪い。」（下線は代理人による）との記述がある。

すなわち、三越の6階のおもちゃの陳列所にキューピーが陳列されていたことが大正9年6月発表の寺田寅彦作品（甲19）に記されている。

以上のとおり、本件登録商標出願前に、「キューピー人形の図形」及び「Kewpie」、「キューピー」標章は、日本全国において老若男女を問わず周知・著名であった。

### （3）本件登録商標

本件登録商標は、下記の図案のみからなる商標である。



#### （3-1）本件登録商標の構成

本件登録商標は、同大ほぼ同形の2つの人形が前方を向いて横に並んで配置され、向かって左側の人形は右手を、向かって右側の人形は左手を前方に出して、ハ

ート型のものを携え、2つの人形の目はそのハート型のものに向かってるように描かれ、全体を赤色で彩色してなるものである。

(3-2) 本件登録商標について

(3-2-1) 本件登録商標を構成する2体の人形

本件登録商標を構成する人形の特徴は以下のとおりである。

全体的な特徴としては、

- (1) ほぼ直立の人形である。
- (2) 乳幼児の体型であり、頭部が全身と比較して大きく、概ね三頭身である。
- (3) 裸である。
- (4) 性別がはっきりせず、中性的である。
- (5) 全体にふっくらとしている。

細部の特徴としては、

- (6) 頭の中央部分に上方にとがった形状の髪の毛が生えており、中央部分の毛は前に垂れており、頭部のその他の部分には髪の毛がない。
- (7) 顔は、縦長の楕円形状であり、頬はふっくらしている。
- (8) 目は、丸く大きい。
- (9) 眉は、目から離れた位置に小さく描かれている。
- (10) 鼻は、目立たない。
- (11) 口は、細く下向きの円弧状に描かれ、唇の端は微笑んでいるような表情に描かれている。
- (12) 首の後方部左右から、小さな双翼がはみ出している。
- (15) 腹部は、豊満で下方にヘソが描かれている。
- (16) 胴は、中央部が最も太い。
- (17) 左右の足を密着させて、直立している。

(3-2-2) 本件登録商標と、ローズ・オニールの創作にかかる人形との対比

本件登録商標に描かれた人形は、ローズ・オニールの創作にかかる人形の特徴の

うち、下記の点を除き、その余の15点の特徴が一致するものである。

(13) 両腕は、外方へ伸ばしている。

(14) 両手は、掌を広げている。

(18) 臀部は、ふくよかに描かれている。

従って、本件登録商標は、ローズ・オニールの創作にかかる人形と類似する。

なお、被請求人は、答弁書にて、「この写真には、被請求人の商品（マヨネーズ）と被請求人を象徴するキューピー人形（シェフの衣装を纏ったキューピー人形）が映っており、このキューピー人形のシェフが手を横に広げ、その前にある「野菜」を紹介するようなポーズをとっている。」（4頁）と、「キューピー人形」が描かれていることを自認するものである。

（4）本件登録商標の使用は多数の法律・条約等に違反する。

（4-1）著作権法違反

(1) キューピー人形についての著作権

ローズ・オニールは、米国の雑誌「Ladies' Home Journal」1909年12月号に掲載した自作のイラスト付き詩「The KEWPIES' Christmas Frolic（クリスマスでのキューピーたちの戯れ）」にて発表した。そこには多数のキューピーが描かれている（「キューピー物語」甲6・17頁）。

(2) 被請求人が被控訴人である、平成16年(ネ)第1797号著作権侵害差止等請求控訴事件判決に、「ローズ・オニールは、1909年イラスト画（甲第1号証）を創作し、米国の雑誌「Ladies' Home Journal」1909年12月号に掲載した自作のイラスト付き詩「The KEWPIES' Christmas Frolic（クリスマスでのキューピーたちの戯れ）」にてこれを発表した。なお、1909年イラスト画には、様々の表情、姿態をした同一の幼児像（1909年作品。なお、原告指摘に係る別紙著作物目録1の(2)参照）が描かれ、これらの像に対して「キューピー（Kewpie）」なる名称が付されているが、同名称は、ローズ・オニールが、従来から、西洋神話の「キューピッド（Cupid）」にちなんで、そう名付けていたのを、このころから公に使用し始めたものである」と記述されており、「キューピー（Kewpie）」なる名称

は、ローズ・オニールの創作にかかる名称であることも示されている。

同判決は、キューピー作品の著作権の存続期間については次のとおり判示する。

「(2) キューピー作品は1909年から1913年までの間に発行されたものであり、当時の日米著作権条約及び旧著作権法に基づいて、ローズ・オニールは我が国におけるキューピー作品に関する著作権を取得した。ローズ・オニールは1944年(昭和19年)4月6日に米国ミズーリ州において死亡したため、当時の日米著作権条約及び旧著作権法3条及び9条により、キューピー作品の著作権は、同人の死後30年間存続することとなったが、キューピー作品の著作権の存続期間中である1971年(昭和46年)1月1日に施行された著作権法51条により、その期間は著作者の死後50年間とされ、また、連合特例法4条1項により3794日間の戦時加算がなされることとなった。この結果、キューピー作品の著作権は、平成17年(2005年)5月21日まで保護されることとなった。」

すなわち、1909年から1913年までの間に発行されたキューピー作品の著作権は平成17年(2005年)5月21日まで存続すると判示するものである。

(3) 現行著作権法(昭和四十五年五月六日法律第四十八号)(平成二八年一二月一六日法律第一〇八号)は、

「第十条 この法律にいう著作物を例示すると、おおむね次のとおりである。

- 一 小説、脚本、論文、講演その他の言語の著作物
- 二 音楽の著作物
- 三 舞踊又は無言劇の著作物
- 四 絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物 (以下略)

(著作者の権利)

第十七条 著作者は、次条第一項、第十九条第一項及び第二十条第一項に規定する権利(以下「著作者人格権」という。)並びに第二十一条から第二十八条までに規定する権利(以下「著作権」という。)を享有する。

(複製権)

第二十一条 著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。」と定め、著作者は、著作者人格権及び著作権を享有し、著作権の侵害については侵害の差止、損害

の賠償の民事責任の他、「十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。」（119条）の刑事罰が処断される。

キューピー人形の図形は「絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物」であり、本件商標はローズ・オニールの作成にかかるキューピー人形の図形と類似する人形図形を含むものであるから、現行著作権法（昭和四十五年五月六日法律第四十八号）施行後から、著作権が保護期間を満了するまでの間に、本件商標を使用することは、「著作物を複製する権利を専有する」という著作権を侵害するものである。

さらに、現行著作権法は著作者人格権を規定し、「著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けない」権利を有する（同一性保持権：著作権法20条）。

本件登録商標の図案は、ローズ・オニールの作成にかかるキューピー人形の図形と同一ではない。ローズ・オニールの作成にかかる原著作物に許諾無く改変するものであるから同一性保持権を侵害し、著作者ローズ・オニールの人格的利益を損なうものである。

なお、著作者が存しなくなった場合であっても、「著作物を公衆に提供し、又は提示する者は、その著作物の著作者が存しなくなった後においても、著作者が存しているとしたならばその著作者人格権の侵害となるべき行為をしてはならない。」と定め（同法60条）、人格的利益の侵害に対しては、「著作者又は実演家は、故意又は過失によりその著作者人格権又は実演家人格権を侵害した者に対し、損害の賠償に代えて、又は損害の賠償とともに、著作者又は実演家であることを確保し、又は訂正その他著作者若しくは実演家の名誉若しくは声望を回復するために適当な措置を請求することができる。」（同法115条）と定め、「著作者又は実演家の死後においては、その遺族（中略）は、著作者人格権を侵害する行為に対して前条の請求をすることができる。」（同法116条）と定めるものである。

すなわち、本件登録商標を使用する行為は、現行著作権法に違反し、民事・刑事の責任を負う違法行為である。

(4) 以上のとおり、本件登録商標は著作権法に違反して作成、複製されてきたものであり、著作者の人格的利益・著作財産権を侵害し、その使用は公序良俗に違反す

る。

#### (4-2) 不正競争防止法違反

不正競争防止法（平成五年五月十九日法律第四十七号）（平成二八年六月三日法律第五四号）は、

「(定義)

第二条 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。

一 他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。以下同じ。）として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為

二 自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供する行為」と規定し、周知な商品等表示を使用して他人の商品又は営業と混同させる行為、著名な商品等表示を使用する行為を不正競争とし、差し止め（3条）、損害賠償責任を認める（4条）ほか、「五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」刑事罰に処する（21条2項）と定めるものである。

周知な商品表示であるローズ・オニール作成のキューピー人形の図形あるいはその名称を使用して、キューピー人形と関係があるかのような混同を生じさせる行為、あるいは、

著名な商品表示であるローズ・オニール作成のキューピー人形の図形あるいはその名称を使用する行為は、不正競争に他ならない。

以上のとおり、本件登録商標は、不正競争防止法に違反して使用されてきたものであり、公序良俗に違反する。



#### (4-3) 工業所有権の保護に関するパリ条約違反

(1) 「工業所有権の保護に関するパリ条約」は1883年3月20日成立し、わが国は、明治32年(1899年)に加入した。

(2) わが国は、大正14(1925)年に合意された工業所有権の保護に関するパリ条約(以下「パリ条約」という)のヘーグ改正条約に合意した。それには不正競争の禁止について以下の条項が含まれている。

「(1) 各同盟国は、同盟国の国民を不正競争から有効に保護する。

(2) 工業上又は商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為は、不正競争行為を構成する。

(3) 特に、次の行為、主張及び表示は、禁止される。

いかなる方法によるかを問わず、競争者の営業所、産品又は工業上若しくは商業上の活動との混同を生じさせるようなすべての行為」

すなわち、上記ヘーグ改正条約においては、「工業上又は商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為は、不正競争行為を構成すること」「競争者の営業所、産品又は工業上若しくは商業上の活動との混同を生じさせるようなすべての行為」は禁止されたものである。

(3) 1934年に「工業所有権の保護に関するパリ条約ヘーグ改正条約」を批准する機会にあたり、旧不正競争防止法(昭和9年法律第14号)が制定され、周知商品表示の冒用行為を禁止する条項が盛り込まれたものである。

(4) 1967年7月14日に成立したストックホルム改正パリ条約では、

##### 「第6条の2 周知商標の保護

(1) 同盟国は、1の商標が、他の1の商標でこの条約の利益を受ける者の商標としてかつ同一若しくは類似の商品について使用されているものとしてその同盟国において広く認識されているとその権限のある当局が認めるものの複製である場合又は当該他の1の商標と混同を生じさせやすい模倣若しくは翻訳である場合には、その同盟国の法令が許すときは職権をもつて、又は利害関係人の請求により、当該1の商標の登録を拒絶し又は無効とし、及びその使用を禁止することを約束する。1の商標の要部が、そのような広く認識されている他の1の商標の複製である場合又

は当該他の 1 の商標と混同を生じさせやすい模倣である場合も、同様とする。

(2) (1) に規定する商標の登録を無効とするものの請求については、登録の日から少なくとも 5 年の期間を認めなければならない。同盟国は、そのような商標の使用の禁止を請求することができる期間を定めることができる。

(3) 悪意で登録を受け又は使用された商標の登録を無効とし又は使用を禁止することの請求については、期間を定めないものとする。」

以上のとおり、周知商品表示を冒用する行為の禁止と、かかる商標登録について 5 年間の無効請求の期間の設定と、悪意の登録・使用については無効請求の期間を制限しないことが合意されたものである。

本件登録商標は、上記第 6 条の 1 (1) 項に違反するものであり、悪意の登録・使用であるから無効請求の期間制限を受けない。

#### (4-4) T R I P S 協定違反

1995 年 1 月 1 日に発効した「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」(通称：T R I P S 協定) は、

「第 16 条 与えられる権利 (中略)

(2) 1967 年のパリ条約第 6 条の 2 の規定は、サービスについて準用する。加盟国は、商標が広く認識されているものであるかないかを決定するに当たっては、関連する公衆の有する当該商標についての知識(商標の普及の結果として獲得された当該加盟国における知識を含む。)を考慮する。

(3) 1967 年のパリ条約第 6 条の 2 の規定は、登録された商標に係る商品又はサービスと類似していない商品又はサービスについて準用する。ただし、当該類似していない商品又はサービスについての当該登録された商標の使用が、当該類似していない商品又はサービスと当該登録された商標の権利者との間の関連性を示唆し、かつ、当該権利者の利益が当該使用により害されるおそれがある場合に限る。」と規定し、

1967 年のパリ条約第 6 条の 2 の周知商品表示の保護条項は、商標の権利者との間の関連性を示唆し、かつ、当該権利者の利益が当該使用により害されるおそれ

がある場合において、登録された商標に係る商品又はサービスと類似していない商品又はサービスについて準用するものとした。

(4-5) 文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約パリ改正条約違反  
1971年7月24日成立し1975年4月24日わが国で発効した同条約は、  
「第六条の二 [著作者人格権]

(1) 著作者は、その財産的権利とは別個に、この権利が移転された後においても、著作物の創作者であることを主張する権利及び著作物の変更、切除その他の改変又は著作物に対するその他の侵害で自己の名誉又は声望を害するおそれのあるものに対して異議を申し立てる権利を保有する。」と定め、財産的権利、すなわち著作権とは別に、著作者人格権を規定し、「著作物の変更、切除その他の改変」に対する権利を認めた。

本件登録商標の図案は、ローズ・オニールの作成にかかるキューピー人形の原著作物を許諾無く改変するものであるから、著作者の人格的利益を損なうものであり、それを使用することは本条約の趣旨に違反する。

(4-6) 社団法人日本経済団体連合会「知的財産権に関する行動指針」違反  
(甲22)

「経団連は、わが国の代表的な企業1,350社、製造業やサービス業等の主要な業種別全国団体109団体、地方別経済団体47団体などから構成されています(いずれも2017年4月1日現在)。その使命は、総合経済団体として、企業と企業を支える個人や地域の活力を引き出し、我が国経済の自律的な発展と国民生活の向上に寄与することにあります。このために、経済界が直面する内外の広範な重要課題について、経済界の意見を取りまとめ、着実かつ迅速な実現を働きかけています。」とする、一般社団法人日本経済団体連合会は、2005年7月19日「知的財産権に関する行動指針」を発表した。それには、「1. 知識社会における知的財産権の重要性に鑑み、他者の知的財産権を尊重するとともに、国内外においてそのための風土作りに努める。」(甲22)と規定されている。わが国の経済団体の連合会において、他

社の知的財産権を尊重することは、企業活動の基本的な行動指針であることが確認されているものである。

もとより「知的財産権に関する行動指針」は法令ではないが、わが国の経済団体の連合会が「他者の知的財産権を尊重する」と定めている事実は、かかる規範が「事実たる慣習」として法規範性を有することを示すものにほかならない。

ローズ・オニールの作品であるキューピー人形やその名称を無断で冒用することは、「他者の知的財産権を尊重する」という企業活動の基本的な行動指針に違反するものであり、公序良俗に違反する。

(4-7) 本件登録商標は剽窃の出願により登録され、その使用は剽窃行為「他人の詩歌・文章などの説または文句をぬすみとって、自分のものとして発表する」ものに他ならない。

(4-8) 「キューピー物語」(甲6) 46頁には、次の記述がある。

創業の大正8年(1919年)には「食品工業株式会社」といい、東京の中野にあった。一方財界人で著名な高碓達之助氏が東洋製缶を創り、ご自身は専務で、社長に山梨出身の実業家、小野金六氏を迎えた。この会社は本社が大阪で、東京は輸出食品会社の中に事務所があった。後に他の会社と

(中略)

た。それは、ちょうどキューピー人形が、日本でも人気急上昇の時期であった。食品工業株式会社(現・キューピー株式会社)の実質的な創業者であり、かねてからマヨネーズの製造販売をしたいと考えていた中島董一郎氏は、高碓氏の話を書いて、ブランドには是非「キューピー」を使いたいと思った。アメリカからやってきて、人気ももちろんだが、キューピーは愛と幸せを運ぶといわれ、マヨネーズを売り出すのにイメージ的にピッタリで最高だと思われたのだ。

すなわち、

「ちょうどキューピー人形が、日本でも人気急上昇の時期であった。」

「食品工業株式会社(現・キューピー株式会社)の実質的な創業者であり、かねてか

らマヨネーズの製造販売をしたいと考えていた中島董一郎氏は、高碕氏の話を書き、ブランドには是非「キューピー」を使いたいと思った。アメリカからやってきて、人気ももちろんだが、キューピーは愛と幸せを運ぶといわれ、マヨネーズを売り出すのにイメージ的にピッタリで最高だと思われたのだ。」との記述があり、本件登録商標の出願人である中島董一郎は、キューピー人形が日本で人気であったので、その人気にあやかって「マヨネーズを売り出すのにイメージ的にピッタリ」と、「キューピー人形」とその名称を「自分のものとして商標登録すること」を決意した経緯が記述されている。

(4-9)「月刊政経人」(甲25)191頁には、次の記述がある。

大正十四年三月のことで、董一郎は先輩で東洋製缶株式会社の高碕達之助社長を訪ねて、マヨネーズの商標について意見を求めた。  
「まず、あなたの希望を聞かせてくれないか」  
「そうですね……日本語で分かり、英語で書いて、しかも絵に描けるもの。この三つですね」  
「それならキューピーだよ」  
と、高碕達之助は断定口調で言った。  
当時、セルロイドのキューピー人形は、子供たちのマスコットになっていた。  
「私の希望にぴったりのトレードマークです。それを頂きます」  
その場で董一郎は、日本で初めて製造販売するマヨネーズを「キューピーマヨネーズ」と命名した。そのあと二人の間

- 191 -

すなわち、被請求人の創業者である中島董一郎は先輩で東洋製缶株式会社の高碕達之助社長を訪ねて、マヨネーズの商標について、

「日本語で分かり、英語で書いて、しかも絵に描けるもの。この三つですね」との希望を申し述べたところ、

当時、セルロイドのキューピー人形は、子供たちのマスコットになっており、高碕達之助は「それならキューピーだよ」と、断定口調で答えた。

そこで、中島董一郎は「私の希望にぴったりのトレードマークです。それを頂きます」と、日本で初めて製造販売するマヨネーズを「キューピーマヨネーズ」と命

名したものである。

上記には、中島董一郎が他人の知的創作である「キューピー人形」を「私の希望にぴったりのトレードマークであるとし「それを頂きます」と、「キューピー人形の図案」「キューピーの名称」を「自分のものとして商標登録すること」を決意した経緯が生々しく記述されている。

#### (4-10) Wayback Machineについて

Wayback Machineは、インターネット上の過去のデジタル情報を保存するサービスであり、これによれば、過去のウェブページ上のデータを参照することができる(甲26)。

#### (4-11) 被請求人のホームページの記載

インターネット・アーカイブに保存された、2001年7月18日付被請求人作成のホームページ(甲27の1)には、以下の記述がある。

「命名 キューピー

キューピーは、アメリカのイラストレーター、ローズ・オニールさんが、ローマ神話に登場する愛の神、キューピッドをモチーフに発表したイラストです。これが全米で大ヒットし、いろいろな商品のコマーシャルやクリスマスカードにも使用されるようになりました。

大正時代に日本でもセルロイドの国産キューピーが大流行。創業者である中島董一郎がマヨネーズを発売するにあたり、お年寄りから子供まで幅広く愛される商品に育てたいという思いを込め、人気者のキューピーを商標にしました。

当初は食品工業株式会社だった社名も、1957年(昭和32年)に“キューピー株式会社”に変更しました。」

上記には、被請求人が使用する「キューピー」は、ローズ・オニールがキューピッドをモチーフに発表したイラストであること、全米で大ヒットし、大正時代に日本でもセルロイドの国産キューピーが大流行したことから、中島董一郎が、「幅広く愛される商品に育てたいという思いを込め」て、人気者のキューピーを商標にし

たことが記載されている。すなわち、他人の著名標章を自分のものとして商標登録した経緯が記載されているものである。

また、2005年3月8日付キューピー株式会社のホームページ（甲27の2）にも、同一の記載が存在する。

（4-12） 尊優美著「商標のただ乗り」の問題」（甲28）

特許法、商標法、意匠法等工業所有権法4法の逐条解説を著した尊優美は、弁理士会発行の「パテント」において、次のように記述する。

商標法第1条が、この法律は商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の使用の維持を図り……と規定してある趣旨からいっても他人の商標のイメージを破壊し、その表彰力をダイリューションすることは明かに商標権者の業務上の信用を稀薄ならしめる行為であり、従ってフリーライドは商標法の根本精神に反するものである。商標法第4条第7号の公の秩序とは民法第90条にいわゆる公序良俗のみをいうものではなく、商標法第1条の精神により維持される商品流通社会の秩序をも包含するものと解せられるからフリーライド商標の出願は同号の規定により処理せられるべきものとする。

すなわち、「他人の商標のイメージを破壊し、その表彰力をダイリューションすることは明かに商標権者の業務上の信用を稀薄ならしめる行為であり、従ってフリーライドは商標法の根本精神に反するものである。」

「商標法第4条第7号の公の秩序とは民法第90条にいわゆる公序良俗のみをいうものではなく、商標法第1条の精神により維持される商品流通社会の秩序をも包含するものと解せられるからフリーライド商標の出願は同号の規定により処理せられるべきものとする。」と、述べるものである。

フリーライドは他人の著名商標にただ乗りする行為であり、まさに、剽窃的行為に他ならない。

知的財産法の大家である萼優美は、剽窃的出願によるフリーライドは、商標法4条7項の公序良俗違反に該当すると主張されるものである。

(4-13) 昭和58年審判第19123号

漫画のポパイの図柄とポパイの名称からなる下記の登録商標について、



審決は「本件商標は、前記したとおり漫画の「ポパイ」又はキャラクターとしての「ポパイ」そのものを直ちに認識させるものであり、その構成内容からみて、請求人等が正当な権利を有して著名となつていた漫画「ポパイ」と偶然に一致する標章を採択したものとみることができないばかりでなく、本件商標の登録出願人が、本件商標に係る登録出願をするにつき、請求人等(著作権者、複製許諾者)より許諾を得た事実を認めることができないものである。したがつて、本件商標は、前記の漫画「ポパイ」に依拠し、これを模倣又は剽窃して、その登録出願をしたものであると推認し得るものであるといわざるを得ない。

そうとすれば、かかる経緯によつて登録を得た本件商標の登録を有効として維持することは、前記「ポパイ漫画」の信用力、顧客吸引力を無償で利用する結果を招来し、客観的に、公正な商品又はサービスに関する取引秩序を維持するという前記法目的に合致しないものといわなければならない。」

「加えて、本件商標は、請求人が著作権を有するポパイの図形と、これと不可分一体のものとして世人に親しまれてきた「POPEYE」及び「ポパイ」の文字を結合してなるものであるから、これを著作権者等に無断で使用することは、商標法第29条による規制の対象となるものであり、かつ、著作権法第21条の複製権・同法第112



条の差止請求権・同法第118条の侵害とみなす行為等によつても規制されているので、前記商標法第4条第1項第7号の運用指針の1つである「他の法律によつて、その使用等が禁止されている商標」に該当するものであると解される。

なお、被請求人に、本件商標を永年使用していること、また、本件商標の使用につき著作権者たる請求人は、被請求人による使用を黙認してきた等を主張する。しかしながら、本件商標は、前記したとおり、その使用が商標法と著作権法による規制の対象とされているものであるから、そのような商標をいかに永く使用したとしても、商標法による権利の正当な行使とはいえないものである。

「以上の次第であるから、本件商標は、公の秩序または善良の風俗を害するおそれがあるものであつて、商標法第4条第1項第7号に違反して登録を得たものとして、同法第46条第1項により、その登録を無効にすべきものとする。」（下線は代理人による）と、商標法4条1項7号の公序良俗違反に該当すると判断した。念のため、審決公報を証拠提出する（甲29）。

#### （4-14）被請求人による全区分出願・登録

被請求人は本件登録商標の他、「キューピー人形の図形」、「キューピー」、「KEWP I E」などからなる、キューピー関連商標を619件を出願し、登録し、あるいは譲り受けたものである（甲30）。

「日本語で分かり、英語で書いて、しかも絵に描けるもの。この三つ」を満たすものとして、中島董一郎は「私の希望にぴったりのトレードマークです。それを頂きます」と、日本で初めて製造販売するマヨネーズを「キューピーマヨネーズ」と命名した（甲25）。

他人の知的創作である「キューピー人形の図案」「キューピーの名称」を「自分のものとして商標登録すること」の中島董一郎の決意を、その後商品役務区分の全区分において出願、登録したものである。かかる商標出願・登録の行為は、他人の著名標章を自己のものとする知的財産の剽窃に他ならず、商標法制度の根幹を揺るがす不法行為である。

(4-15) 特許法、実用新案法、意匠法、商標法、著作権法、不正競争防止法、種苗法等の知的財産権法の基本は「他者の知的財産を尊重する」という根本理念を実現するものである。他人の知的財産を剽窃して使用する行為は、「他者の知的財産を尊重する」という理念に違反することであり、わが国の「公序」である知的財産法制の根本理念に違反するものと言わざるを得ない。

国際的に視点を移せば、パリ条約、ベルヌ条約、WIPO条約、万国著作権条約、TRIPS協定等個々の国際条約を挙げるまでもなく、知的財産をめぐる国際的ハーモナイゼーションの元においては、「他者の知的財産を尊重する」という根本理念は、わが国のみならず全世界において知的財産に係わる公序を形成するものである。

以上のとおり、本件登録商標の使用は、かかる知的財産に係わる公序に違反するものである。

#### (4-15) 昭和36年4月1日東京高等裁判所判決

東京高等裁判所は、昭和36年4月1日、審決取消訴訟（昭和35年（行ナ）第41号）において、「登録商標の指定商品である「散薬、錠剤」の製造については、薬事法の規定により、製造許可が必要であり、その製造許可がなされないまま、つまり、法律に違背した製造・販売がなされたとしても、右の行為は、登録商標の正当な使用として顧慮するに値しない。」として、商標使用を認めた審決を取り消した。

この高裁判決は、法律に違反する商標の使用は「登録商標の正当な使用として顧慮するに値しない」とし、商標法の保護を受けないこと、そして、不使用取消審判における使用にあたらぬことを宣明したものである。

#### (4-16) 小括

以上のとおり、本件登録商標の使用は、他人の知的創作を剽窃する行為は、公序良俗に違反するものであり、商標法の保護を受ける「使用」にあたらぬ。

6-3 第2に、被請求人が提出する乙3は、本件登録商標の使用にあたらぬ。

商標法は「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」(第1条)のものであり、「この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。」(同法第2条3項)と「使用」の意義を定義し

(下線は代理人による)、役務商標については、

「三 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物(譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。)に標章を付する行為

四 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付したものをを用いて役務を提供する行為

五 役務の提供の用に供する物(役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物を含む。以下同じ。)に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為

六 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為

七 電磁的方法(電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法をいう。次号において同じ。)により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為

八 商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為」等を「使用」と定義し、「商標の使用」は商標の本質的機能である自他商品・役務を識別を実現する態様での使用であると定義するものである。

商標法第50条は「継続して三年以上日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれもが各指定商品又は指定役務についての登録商標(中略)の使用をしていないときは、何人も、その指定商品又は指定役務に係る商標登録を取り消すことについて審判を請求することができる。」(第1項)、

「前項の審判の請求があつた場合においては、その審判の請求の登録前三年以内に日本国内において商標権者、専用使用権者又は通常使用権者のいずれかがその

請求に係る指定商品又は指定役務のいずれかについての登録商標の使用をしていることを被請求人が証明しない限り、商標権者は、その指定商品又は指定役務に係る商標登録の取消しを免れない。」(下線は代理人による)(第2項)と定めるところであり、第50条における「使用」は商標法第2条の定義に沿って、すなわち、商標法商標の本質的機能である自他商品・役務を識別を実現する態様での使用と解されなければならない。

被請求人は、「本件商標は、第35類の「商品の販売に関する情報の提供」との関係で使用されている」と主張し、当該使用の事実を示す書証として、乙3を提示するものであるが、成り立たない。以下、説明する。

(1) 被請求人は、「乙第3号証は、東京都町田市小山ヶ丘6-1-10に所在するスーパー三和(フードワン多摩境店)の食品売り場での「野菜」の販売風景を撮影した写真(2016年6月30日、8月12日、11月22日、12月18日に撮影)である。」と主張する。

乙3には、各写真には手書きの書き込みで日付けを示す数字の表記があるものの、答弁書の提出日前であれば、いかようにも書き込みできるものであって、撮影日の立証はない。

従って、仮に乙3が使用証拠であるとしても、審判請求の登録前3年以内(2014年7月12日乃至2017年7月11日)の期間において、商標が使用されたことの立証はないものである。

(2) 被請求人は、「この写真には、被請求人の商品(マヨネーズ)と被請求人を象徴するキューピー人形(シェフの衣装を纏ったキューピー人形)が映っており、このキューピー人形のシェフが手を横に広げ、その前にある「野菜」を紹介するようなポーズをとっている。そして、ここに陳列されている「野菜」は、「株式会社キューピーあい」により生産された野菜であり、被請求人を介して、このスーパーの売り場でその野菜を紹介する形になっている。ここで、その紹介の内容についてみると、「東京都産」の文字の横に「旬のとれたて野菜を食べよう!」というタイ

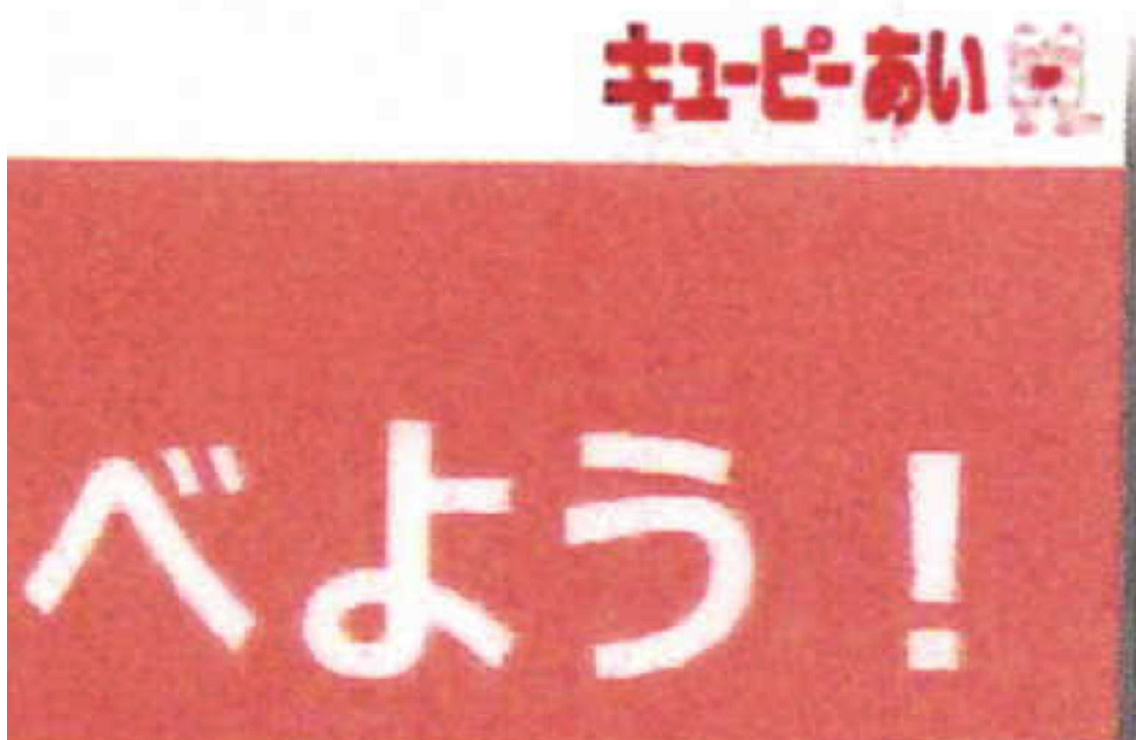
トルを掲げ、更に「地産地消」「安心安全」という特徴を謳い、それぞれの説明として「地産地消」については「町田市の”キューピーあい農場”で野菜を生産しています。」ということが、「安心安全」については、「毎朝とれたての旬の新鮮野菜を数量限定でお届けします。」ということが示されている。加えて、野菜の栽培風景や生産者の写真も掲載して、売り場に並べてある「野菜」の紹介をしている。そして、これらを紹介する商品案内のボードの右側の最上部には本件商標が表示されている。(原文のまま)したがって、乙第3号証に照らせば、需要者は、被請求人を介して、本件商標の下、第35類の「商品の販売に関する情報の提供」が行われていると認識することは明らかであり、当該乙第3号証は、本件商標は被請求人を介して第35類の指定役務「商品の販売に関する情報の提供」について使用されていることを証明するものである。」と主張するが、成り立たない。

商標の「使用」の意義については、商標法2条3項が定義するところであるが、そのいずれにおいても取引行為において使用されること、すなわち取引性が必要であるところ、本件においては取引性の立証がない。

すなわち、被請求人が主張する「使用する商標」は、第35類の「商品の販売に関する情報の提供」が、被提供者と考えられる「スーパー三和(フードワン多摩境店)」との間で有償で提供されたということの立証がなく、「商品の販売に関する情報の提供」の役務提供に取引性があつたこと立証はない。従って、「商標の使用」にあたらぬことは明らかである。

(3) 被請求人は、「これらを紹介する商品案内のボードの右側の最上部には本件商標が表示されている。(原文のまま)」と主張するが、かかる事実はない。

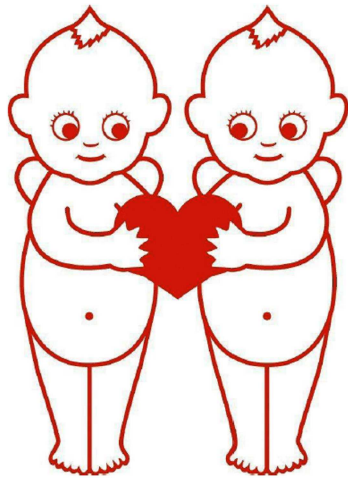
「これらを紹介する商品案内のボードの右側の最上部」は下記のとおりであり、本件商標は表示されていない。



(4) また、被請求人は「この写真には、被請求人の商品（マヨネーズ）と被請求人を象徴するキューピー人形（シェフの衣装を纏ったキューピー人形）が映っており」と自認するところ、この写真に映っているキューピー人形は「被請求人を象徴する」ものであったとしても、特定の商品や役務を識別する機能を有するものではない。すなわち、この写真の「キューピー人形」は自他商品・役務の識別機能を有さないものであり、商標の「使用」ではない。

(5) 不使用取消審判における商標の使用については、「登録商標（書体のみに変更を加えた同一の文字からなる商標、平仮名、片仮名及びローマ字の文字の表示を相互に変更するものであつて同一の称呼及び観念を生ずる商標、外観において同視される図形からなる商標その他の当該登録商標と社会通念上同一と認められる商標を含む。以下この条において同じ。）の使用」（商標法50条）と定め、「当該登録商標と社会通念上同一と認められる商標を含む。」と規定するところである。

本件登録商標



乙3号証の「キューピー人形」



本件登録商標は、同大ほぼ同形の2つの人形が前方を向いて横に並んで配置され、向かって左側の人形は右手を、向かって右側の人形は左手を前方に出して、ハート型のものを携え、2つの人形の目はそのハート型のものに向かっているように描かれ、全体を赤色で彩色してなるものである。

一方、乙3の「キューピー人形」は1体であり、白衣を着衣しコック用の帽子を被り裸でなく、ハート型のものを持つこともなく、また、全体が赤色で彩色されているものではない。

これらの顕著な相違点から、乙3の「キューピー人形」は「当該登録商標と社会通念上同一と認められる商標」でないことは明らかである。

従って、乙3の「キューピー人形」は「当該登録商標と社会通念上同一と認められる商標」の使用にあたらぬ。

#### 6-4 結論

以上のとおり、第1に本件登録商標の使用は公序良俗に違反するものであり、商標法が保護する「使用」にあたらぬ、第2に被請求人が提出する乙3は本件登録商標の使用を証明するものではないから、審判請求書の請求の趣旨に記載のとおり審決を求める。

## 7 証拠方法

別添証拠説明書に記載のとおり。

## 8 添付書類の目録

- |            |        |        |
|------------|--------|--------|
| (1) 弁駁書    | 正本 1 通 | 副本 2 通 |
| (2) 各甲号証写し | 正本 1 通 | 副本 2 通 |
| (3) 証拠説明書  | 正本 1 通 | 副本 2 通 |