

【書類名】 審判請求書

【あて先】 特許庁長官殿

【審判事件の表示】

【出願番号】 商願2015-73211

【審判の種別】 拒絶査定に対する審判事件

【商品及び役務の区分の数】 2

【審判請求人】

【識別番号】

【氏名又は名称】

【代理人】

【識別番号】

【氏名又は名称】 日野 修男

【手数料の表示】

【振替番号】 00024903

【納付金額】 95000

【請求の趣旨】 原査定を取り消す。この商標の出願はこれを登録すべきものとするとの審決を求める。

【請求の理由】

【手続の経緯】

平成27年7月30日、出願人は役務区分第35類「広告業，トレーディングスタンプの発行，フランチャイズ事業の運営及び管理，フランチャイズ事業の経営の診断又はフランチャイズ事業の経営に関する助言・指導，経営の診断又は経営に関する助言，市場調査又は分析，商品の販売に関する情報の提供，ホテルの事業の管理，職業のあっせん，建築物における来訪者の受付及び案内，求人情報の提供，塗装機械器具及びその部品の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供」と、役務区分第37類「塗装工事，リフォーム工事，建設工事，建築工事に関する助言，建築設備の運転・点検・整備，土木機械器具の修理又は保守，塗装機械器具の修理又は保守，建築物の外壁の清掃，窓の清掃，床敷物の清掃，床磨き，有害動物の防除（農業・園芸又は林業に関するものを除く

。）」を指定役務として商標登録出願した。

平成28年1月5日（発送日）拒絶理由通知書（発送番号159946）を受領した。

平成28年2月15日、出願人は意見書を提出した。

平成29年4月4日（発送日）の拒絶査定（発送番号054952）を受領した。

平成29年6月29日、出願人は手続補正書を提出し、役務区分第35類「フランチャイズ事業の運営及び管理」、役務区分第37類「塗装工事、リフォーム工事、建設工事、建築工事に関する助言」へ指定役務を減縮した。

#### 【拒絶査定の要点】

平成29年4月4日（発送日）の拒絶査定（発送番号054952）には、  
「結論 この商標登録出願については、商標法第15条の規定に基づき、商標登録をすることができません。

理由 この商標登録出願については、平成27年12月25日付けで通知した理由のうち、理由2の引用No2ないし18、26ないし34、及び、36ないし44に関するものが解消されていないため、商標登録をすることができないとの判断に至りました。

出願人は、平成28年2月15日提出にかかる意見書において種々述べています。そこで、詳しく検討してみますと、本願商標は、白衣を着て聴診器を持った立体感を有するキューピーの図形を左側に配し、その右側に、だいたい色地による平屋建ての家の外観状図形内に、白十字と「ドクトル」及び「外壁さん」の文字を二段に書してなる図形を配した構成からなるものですが、左側の図形部分と、右側に配した文字を含む図形部分とは、構成が異なることも相まって、視覚上、分離して把握、認識されるばかりでなく、これらを常に一体不可分のものとして把握しなければならない称呼上、観念上の事情をも含む特段の事情も見いだし得ないものです。

そうしますと、本願商標の構成中、その左側の図形部分については、出願人も上記意見書において「白衣を着て聴診器を持った立体感を有するキューピーの図形」と認めるとおり、白衣を着用して聴診器を右手に持っているとはいえ、「キ

ューピー」をモチーフとした図形からなるものであって、その図形の頭部部分は、頭頂部に先端部がとがっているまとまった房状の髪型や、右下方向を見ているような黒目部分からなる丸く大きな目などの特徴を有していることが認められます。

ところで、当該キューピーに関して見てみますと、「オニール (Rose O' Neill 1874～1944) のキューピッドの絵を模したセルロイド製のおもちゃ。頭の先がとがり、目の大きい裸体の人形。」(株式会社岩波書店発行「広辞苑第6版」の「キューピー (Kewpie) の項目より) と、辞典類においても記載されているとおり、「キューピー」の特徴としては、頭頂部がとがっていて、目がぱっちり大きく見開いているものということができ、このような要旨(原文のママ)に特徴を有するキャラクターが、我が国において「キューピー」ないし「キューピー人形」を容易に認識させるほどに広く認知されているものというべきです(知的財産高等裁判所平成20年(行ケ)第10139号判決、知的財産高等裁判所平成22年(行ケ)第1093号判決、無効2007-890047号審決、無効2012-890084号など参照)。

これらからしますと、本願商標は、当該構成中左側部分の図形に着目し、その頭部の特徴的な構成態様からは、「キューピー」の称呼、並びに、「キューピー」若しくは「キューピー人形」の観念を生じる場合があるものというべきです。

一方、引用商標(上記した引用No2ないし18、26ないし34、及び、36ないし44。以下、これらをまとめていうときには、便宜「引用各商標」といいます。)について見てみますと、引用商標No6、7、9、11ないし14、17、18、26ないし34、及び36ないし44の各商標は、「KEWP I E」又は「K e w p i e」のいずれかの文字と「キューピー」の文字と図形、若しくは、「キューピー」の文字と図形からなり、これら各商標は、当該構成文字からは「キューピー」の称呼及び「キューピー」の観念が生じるものです。

また、これら引用商標の構成中の図形部分は、いずれも、さきに認定した、我が国において広く知られている、頭頂部がとがっていて、目がぱっちり大きく見開いている「キューピー」ないし「キューピー人形」の頭部と同一又は類似の図形からなるものですから、これら図形部分よりは「キューピー」ないし「キュー

「キューピー人形」の観念が生じるものです。

さらに、引用商標N o 2ないし5, 8, 10, 15, 16については、頭の先の髪とおぼしき部分がとがり、目がパッチリと大きい裸体の幼児又はその人形の図形からなるところ（なお、引用商標N o 2については、楕円状の図形内に当該形状を配した構成からなり、同3, 4, 5, 10は、当該形状の図形を立体商標として複数の図面から構成されるものであり、さらには、同16については、当該形状の図形を左右に配してその中央部にトランプのハートマーク状図形を配した構成からなるものですが、いずれも、その構成中に、上記頭の先の髪とおぼしき部分がとがり、目がパッチリと大きい裸体の幼児又はその人形の図形を有するものです。）、「当該裸体の幼児又はその人形の図形の頭部は、いずれもさきに認定した、我が国において広く知られている、頭頂部がとがっていて、目がぱっちり大きく見開いている「キューピー」ないし「キューピー人形」の頭部と同一又は類似の図形からなるものですから、これら図形部分よりは「キューピー」ないし「キューピー人形」の観念が生じるものと認めます。

してみますと、本願商標と引用各商標とは、「キューピー」の称呼、並びに、「キューピー」若しくは「キューピー人形」の観念を生じる場合があるものというべきであって、かつ、本願商標の左側部分にある人形状の図形中、既に認定した特徴的な頭部部分に着目する場合には、本願商標と引用各商標とは、外観上においても近似した印象を与えるものですから、互いに類似の商標と判断するのが相当です。

そして、本願商標と、引用各商標とは、指定役務もいまだ類似する役務を含んでいるものと認めます。

したがいまして、さきの認定を覆すことはできないとの判断に至りました。」と記載されている。

上記拒絶査定において引用されている平成27年12月25日付けで通知した拒絶理由通知書（発送番号159946）には、

「理由1 この商標登録出願に係る商標（以下「本願商標」といいます。）は、左側に白衣を着て聴診器を持った「キューピー」人型の図形を配し、その右側に家状の色地図形内に白抜きの十字図形、「ドクトル」及び「外壁さん」の文字を

配した図形との構成からなるものですが、これは、東京都渋谷区渋谷1丁目4番13号所在の「キューピー株式会社」の使用に係る著名な商標である「キューピー」のキャラクターを表した商標と類似する図形を含むものですから、本願商標を出願人がその指定役務に使用するときには、あたかも上記「キューピー株式会社」と組織的・経済的に何らかの関係がある者の業務に係る役務であるかのように、役務の出所について混同を生じさせるおそれがあるものといわなければなりません。

したがって、本願商標は、商標法第4条第1項第15号に該当します。

## 理由2

仮に、出願人が上述1.の拒絶理由に不服で、この商標登録出願に係る商標が自他商品・役務の識別標識としての機能を果たし得るものとするならば、この商標登録出願に係る商標は、下記の登録商標と同一又は類似であって、その商標に係る指定商品（指定役務）と同一又は類似の商品（役務）について使用するものですから、商標法第4条第1項第11号に該当します。

## 区 分 引 用 N o

第35類 1、 3、 4、 6、 7、 8、 9、  
10、 12、 13、 14、 15、 16、 17、  
19、 23、 24、 25、 26、 29、 30、  
31、 32、 33、 34、 35、 36、 41、  
42、 43、 44

第37類 2、 5、 11、 16、 18、 20、 21、  
22、 27、 28、 37、 38、 39、 40

## 引 用 N o 引 用 商 標 一 覧

- 1 登録第3111472号（商公平 7-046647）
- 2 登録第3176389号（商公平 7-112149）
- 3 登録第4156315号（商願平 9-101588）
- 4 登録第4160821号（商願平 9-101582）
- 5 登録第4230762号（商願平 9-101584）
- 6 登録第4275748号（商願平10-013697）

- 7 登録第4278358号 (商願平10-013696)
- 8 登録第4293494号 (商願平 9-180758)
- 9 登録第4312606号 (商願平10-013709)
- 1 0 登録第4343326号 (商願平 9-101572)
- 1 1 登録第4367657号 (商願平11-004282)
- 1 2 登録第4367659号 (商願平11-004287)
- 1 3 登録第4394706号 (商願平11-004280)
- 1 4 登録第4621651号 (商願2001-108050)
- 1 5 登録第4647805号 (商願2002-036106)
- 1 6 登録第4772234号 (商願2003-065452)
- 1 7 登録第5058707号 (商願2003-112210)
- 1 8 登録第5073275号 (商願2007-000432)
- 1 9 登録第5326258号 (商願2010-006881)
- 2 0 登録第5326260号 (商願2010-006883)
- 2 1 登録第5326261号 (商願2010-006884)
- 2 2 登録第5326263号 (商願2010-006886)
- 2 3 登録第5349322号 (商願2010-006861)
- 2 4 登録第5428762号 (商願2003-112209)
- 2 5 登録第5428766号 (商願2003-112222)
- 2 6 登録第5446871号 (商願2011-024055)
- 2 7 登録第5446872号 (商願2011-024056)
- 2 8 登録第5446876号 (商願2011-024060)
- 2 9 登録第5496847号 (商願2011-094251)
- 3 0 登録第5520131号 (商願2005-122855)
- 3 1 登録第5520161号 (商願2010-006871)
- 3 2 登録第5584874号 (商願2009-059097)
- 3 3 登録第5594460号 (商願2005-122854)
- 3 4 登録第5594463号 (商願2005-122864)
- 3 5 登録第5596195号 (商願2007-056891)

- 3 6 登録第5602466号 (商願2013-009249)
- 3 7 登録第5602468号 (商願2013-009252)
- 3 8 登録第5602470号 (商願2013-009254)
- 3 9 登録第5602473号 (商願2013-009257)
- 4 0 登録第5602480号 (商願2013-009264)
- 4 1 登録第5611786号 (商願2013-009247)
- 4 2 登録第5744614号 (商願2014-021532)
- 4 3 登録第5768095号 (商願2015-009728)
- 4 4 登録第5768102号 (商願2015-009735) 」と記載されている。

【この商標の出願が登録されるべき理由】

1 本願商標の構成の認定の誤り

本願商標は、

右側に、だいたい色地による平屋建ての家の外観図形内に、最上部に白色の十字と、右上部に黒色の一段の稲妻状のクラック（ひび割れ）と、左から中央にかけて白色の「ドクトル」の文字と、その下方に「ドクトル」の文字と同書体でそれよりも大きな白色の「外壁さん」の文字と、上記「外壁さん」の「さ」の文字から右上方に向けて白色の虫眼鏡状図形を上記稲妻状のクラック（ひび割れ）を囲むように配置し、

左側に、頭部を右方向に傾け、右下方向を見ている双方の目はその視線が、右側に配置された平屋建ての家の外観図形内における白色の虫眼鏡状図形によって囲まれた上記稲妻状のクラック（ひび割れ）方向を向き、白衣を着て聴診器を持った、立体感を有するキューピー人形を配置し、

全体的に左側に配置された白衣を着たキューピー人形の医師（ドクトル）が、右側に配置された平屋建ての家の外壁における、虫眼鏡によって拡大された稲妻状のクラック（ひび割れ）を注視するという構成をとるものである。

拒絶査定において、本願構成について「本願商標は、白衣を着て聴診器を持った立体感を有するキューピーの図形を左側に配し、その右側に、だいたい色地による平屋建ての家の外観図形内に、白十字と「ドクトル」及び「外壁さん」の文字を二段に書してなる図形を配した構成からなるもの」と認定するものである

がかかる認定は、

- (1) 右側のだいたい色地による平屋建ての家の外観図形内に配置された「右上部に黒色の一段の稲妻状のクラック（ひび割れ）」、
- (2) 「外壁さん」の「さ」の文字から右上方に向けて、上記稲妻状のクラック（ひび割れ）を囲むように配置した白色の虫眼鏡状図形、
- (3) 左側のキューピー人形が頭部を右方向に傾けていること、
- (4) 左側のキューピー人形の目の視線が右側に配置された平屋建ての家の外観図形内における白色の虫眼鏡状図形によって囲まれた上記稲妻状のクラック（ひび割れ）方向を向いていることを看過したものであって、

もって、本願商標が「全体的に左側に配置された白衣を着て聴診器を持ったキューピー人形の医師が、右側に配置された平屋建ての家の外壁における、虫眼鏡によって拡大された稲妻状のクラック（ひび割れ）を注視するという構成」をとること、かかる構成と「ドクトル外壁さん」という称呼を生じる文字部分と相まって、「白衣を着て聴診器を持った医師（すなわちドクトル）が外壁補修の要否を点検するという観念」を想起させることを見過ごすものであり、本願商標の構成の認定を誤るものである。

拒絶査定は「左側の図形部分と、右側に配した文字を含む図形部分とは、構成が異なることも相まって、視覚上、分離して把握、認識されるばかりでなく、これらを常に一体不可分のものとして把握しなければならない称呼上、観念上の事情をも含む特段の事情も見いだし得ない。」とするものであるが、上述したとおり、本願商標は「全体的に左側に配置された白衣を着たキューピー人形の医師（ドクトル）が、右側に配置された平屋建ての家の外壁における、虫眼鏡によって拡大された稲妻状のクラック（ひび割れ）を注視するという構成」をとるものであって、左側の白衣を着たキューピー人形の図形と、その人形の視点の先にある稲妻状のクラック（ひび割れ）を含む右側の平屋建ての家の図形は、常に一体不可分のものとして把握されなければならないものである。

## 2 本願商標の外観・称呼・観念

拒絶査定は「本願商標は、当該構成中左側部分の図形に着目し、その頭部の特徴的な構成態様からは、「キューピー」の称呼、並びに、「キューピー」若しく



は「キューピー人形」の観念を生じる場合があるものというべきです。」とするが、不当である。

前述のとおり、本願商標の構成は「全体的に左側に配置された白衣を着て聴診器を持ったキューピー人形の医師が、右側に配置された平屋建ての家の外壁における、虫眼鏡によって拡大された稲妻状のクラック（ひび割れ）を注視するという構成」をとるものであって、本願商標の左側部分の図形だけに着目し、その頭部の特徴的な構成態様から「キューピー」の称呼を生じることはありえない。

本願商標から「白衣を着て聴診器を持った医師（すなわちドクトル）が外壁補修の可否を点検するという観念」が生じるものである。

「ドクトル」は医師を意味すると解されているドイツ語の「D o c t o r」であり、白衣を着て聴診器を持ったキューピー人形が医師（すなわちドクトル）であって、その人物が「ドクトル外壁さん」であることを想起させるものである。

かかる本願の全体の構成から生じる観念と、右側の平屋建ての家の外観図形内に表示された「ドクトル」と「外壁さん」の文字部分と、相まって「ドクトルガイヘキサン」の称呼が生じるものであって、それ以外の称呼は生じない。

### 3 引用商標

拒絶査定は「理由2の引用No2ないし18、26ないし34、及び、36ないし44に関するものが解消されていない」とするものであるが、平成29年6月29付手続補正書によって減縮した指定役務によると、役務区分第35類「フランチャイズ事業の運営及び管理」と抵触関係にある引用商標は引用No4、13、16、29、41であり、役務区分第37類「塗装工事、リフォーム工事、建設工事、建築工事に関する助言」と抵触関係にある引用商標は引用No2、5、11、16、18、27、37となる。

拒絶査定は「理由2の引用No2ないし18、26ないし34、及び、36ないし44に関するものが解消されていない」とするものであり、このうち、抵触関係にある引用No2、4、5、11、13、16、18、27、29、37、41の各商標について個別に検討する。

### 4 キューピー作品について

いずれの引用商標においても、拒絶査定が認定する「オニール (Rose O' Neill

1874～1944) のキューピッドの絵を模したセルロイド製のおもちゃ。頭のがとがり、目の大きい裸体の人形。」の画像が描かれているので、ローズ・オニールの著作にかかるキューピー作品について付言する。

4-1 平成27年11月30日付刊行物等提出書にて提出された甲14号証の46頁には「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薫一郎氏は、高碓氏の話聞いて、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。」との記述がある。ここには、キューピー株式会社の実質的創業者である中島薫一郎氏が、その当時日本でも人気急上昇であったアメリカからやってきたキューピー人形の人気にあやかって、マヨネーズの商標にキューピー人形を採用した動機が記されている。その一方、マヨネーズの商標にキューピー人形を採用するにあたり、著作物であるキューピー人形を使用するにあたり著作権者から利用許諾（著作権法63条1項）を得たとの記述は見当たらない。

4-2 北川和夫氏とキューピー株式会社との間で、ローズ・オニールの著作物であるキューピー作品に対する著作権侵害が争われ、その後確定した平成11年(ネ)第6345号著作権侵害差止等請求控訴事件では、判決主文にて控訴人である北川和夫が別紙著作物目録記載のキューピー人形に係る著作物の著作権者であることを確認する判決がなされた。

4-3 同じ当事者間でローズ・オニールの著作物であるキューピー作品に対する著作権侵害が争われ、その後確定した間の平成16年(ネ)第1797号著作権侵害差止等請求控訴事件判決には、「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。

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、連合国特例法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日まで存続するものである。

#### 4-4 小括

刊行物等提出書の甲14号証には、中島薫一郎氏がその当時日本でも人気急上昇であったアメリカからやってきたキューピー人形の人気にあやかって、マヨネーズの商標にキューピー人形を採用した動機が記されており、平成11年(ネ)第6345号著作権侵害差止等請求控訴事件判決及び平成16年(ネ)第1797号著作権侵害差止等請求控訴事件判決は、キューピー株式会社が出願・登録したキューピー人形関連の各商標は、キューピー作品の著作権が存続する期間に、著作者から利用許諾(著作権法63条1項)を得ることなく、出願・登録されたものであることを示すものである。

また、「キューピー (Kewpie)」なる名称は1909年12月ころから、ローズ・オニールがかかるイラストを「キューピー (Kewpie)」と呼んで名付けたも

ので、「キューピー (Kewpie)」なる名称もそのころのローズ・オニールの創作によるものである。

すなわち「オニール (Rose O'Neill 1874～1944) のキューピッドの絵を模したセルロイド製のおもちゃ。頭の先がとがり、目の大きい裸体の人形。」の画像が描かれている引用各商標は「アメリカからやってきたキューピー人形」と関係があるかのような印象を与える商標であり、ローズ・オニールのキューピー作品、あるいは、ローズ・オニールのキューピー人形に関わる業務と混同を生じさせる商標 (商標法4条1項15号) に他ならず、商標法46条1項1号の無効事由があることを示唆するものに他ならない。なお、商標法47条1項は商標登録無効審判請求の除斥期間を定めているものであるが (不正競争の目的で商標登録を受けた場合を除く。) と明記されている。

#### 5 引用商標N o 2

引用商標N o 2は、二重線で囲まれた縦長の黒地背景に、拒絶査定が認定する「オニール (Rose O'Neill 1874～1944) のキューピッドの絵を模したセルロイド製のおもちゃ。頭の先がとがり、目の大きい裸体の人形。」を正面から見たキューピー人形 (意見書甲第2号証90頁の画像) の画像からなるものであり、ローズ・オニールの著作物であるキューピー作品の画像が描かれている。

引用商標N o 2はローズ・オニールの著作物であるキューピ作品からなる商標である。

#### 6 引用商標N o 4

引用商標N o 4は、拒絶査定が認定する「オニール (Rose O'Neill 1874～1944) のキューピッドの絵を模したセルロイド製のおもちゃ。頭の先がとがり、目の大きい裸体の人形。」を前・後及び左斜方の画像からなる立体商標である。

引用商標N o 4はローズ・オニールの著作物であるキューピ作品からなる商標である。

#### 7 引用商標N o 5

引用商標N o 5は引用商標N o 4と同一商標であり、ローズ・オニールの著作物であるキューピ作品からなる商標である。

#### 8 引用商標N o 1 1

引用商標No 11は、ローズ・オニールの著作物であるキューピー人形（甲第2号証90頁、92頁、94頁の画像）の上部に「キューピー」のカタカナ文字、下部に「KEWPIE」の英文字を配した三段の構成からなる、文字と画像を組み合わせた商標であり、ローズ・オニールの著作物であるキューピー作品と、ローズ・オニールの創作にかかる「キューピー（Kewpie）」の名称からなる商標である。

#### 8-1 複数段併記商標について

引用商標No 11は、上段に「キューピー」のカタカナ文字、中段にキューピー人形、下段に「KEWPIE」の英文字を配した三段の構成からなる商標であるので、かかる三段構成、二段構成からなる併記商標の外観・称呼・観念について述べる。

商標法第6条は「商標登録出願は、商標の使用をする一又は二以上の商品又は役務を指定して、商標ごとにしなければならない。」と定め、「使用をする商標」を「商標ごと」に出願しなければならないと、一商標一出願の原則を宣明するものであって、1件の商標では1件の商標しか出願することができないことを規定するものである。1件の出願料・登録料では1件の商標権だけが得られるものであって、商標を構成する一部について商標権が生じるものではなく、かつ、かかる商標権発生と同様の結果をもたらす商標の類否判断もまた、一商標一出願の原則に違反するものと言わざるを得ない。

引用商標No 11は上部に「キューピー」のカタカナ文字、中央部にキューピー人形画像、下部に「KEWPIE」の英文字の構成をとるものであるが、出願人は「キューピー」のカタカナ文字を出願したものではなく、キューピー人形を出願したものではなく、「KEWPIE」の英文字を出願したものではない。

三段の構成からなる文字と画像を組み合わせた商標において、商標権の権利範囲を確定するにおいては、商標の構成の一部に過ぎない「キューピー」のカタカナ文字、キューピー人形画像、「KEWPIE」の英文字について、個別に出願したのと同様に商標権が生じるような権利範囲の解釈をすることは、1件の出願で3件の登録商標を得るに等しく、一商標一出願の原則を宣明した商標6条に違反するものである。また、商標の一部が登録されて権利化したかとの同様の判断

に至る類否判断もまた商標法に違反するものと言わざるを得ない。

引用商標N○11の外観は、上部「キューピー」のカタカナ文字、中央部キューピー人形画像、下部「KEWPIE」の英文字から構成された三段の構成からなる文字と画像を組み合わせた商標の外観のみが生じるものであって、その一部の外観が生じるものではない。

引用商標N○11の称呼は、上部の「キューピー」のカタカナ文字からキューピーの称呼、中央部に配されたキューピー人形画像からキューピーあるいはキューピー人形の称呼、下部に「KEWPIE」の英文字の構成から「キューピー」の称呼が生じるものであるから、引用商標N○11は全体として「キューピー・キューピー・キューピー」あるいは「キューピー・キューピー人形・キューピー」の称呼のみが生じると判断されなければならない。

引用商標N○11の観念は、キューピー人形の上部に「キューピー」のカタカナ文字、キューピー人形の下部に「KEWPIE」の英文字を配した観念のみが生じると判断されなければならない。

#### 9 引用商標N○13

引用商標N○13は、引用商標N○11と同一商標であり、ローズ・オニールの著作物であるキューピ作品と、ローズ・オニールの創作にかかる「キューピー (Kewpie)」の名称からなる商標である。

外観・称呼・観念は引用商標N○11で述べたとおりである。

#### 10 引用商標N○16

引用商標N○16は、赤色で描かれた正面を向いた二つのキューピー人形のうち左側のキューピー人形は右手を中央に、右側のキューピー人形は左手を中央に向けて出して、これら二つのキューピー人形が赤色のハートマークを見つめながら、手を携えてそれを保持する構成からなるものであり、かかる構成の外観を有し、「赤いハートマークを持つ二人のキューピー」など記述的な称呼が考えられ、また、「赤いハートマークを持つ二人のキューピー」との観念が生じる。

引用商標N○16はローズ・オニールの著作物であるキューピ作品からなる商標である。

#### 11 引用商標N○18

引用商標N o 1 8は、ローズ・オニールの著作物であるキューピー人形（意見書甲第2号証90頁、92頁、94頁の画像）の上部に「キューピー」のカタカナ文字を配した二段の構成からなる、文字と画像を組み合わせた商標であり、ローズ・オニールの著作物であるキューピー作品と、ローズ・オニールの創作にかかる「キューピー（Kewpie）」の名称からなる商標である。

引用商標N o 1 8は、上部に「キューピー」のカタカナ文字、その下にキューピー人形を配した二段構成からなる商標であり、上記「複数段併記商標について」に記したとおり、1件の出願で2件の登録商標を得るに等しい、一商標一出願の原則を宣明した商標6条に違反する、外観・称呼・観念の解釈は許されない。

引用商標N o 1 8の外観は、上部「キューピー」のカタカナ文字、その下部のキューピー人形画像から構成された二段の構成からなる文字と画像を組み合わせた商標の外観のみが生じるものであって、その一部の外観が生じるものではない。

引用商標N o 1 8の称呼は、上部の「キューピー」のカタカナ文字からキューピーの称呼、その下部に配されたキューピー人形画像からキューピーあるいはキューピー人形の称呼が生じるものであるから、引用商標N o 1 8は全体として「キューピー・キューピー」あるいは「キューピー・キューピー人形」の称呼のみが生じると判断されなければならない。

引用商標N o 1 8の観念は、キューピー人形の上部に「キューピー」のカタカナ文字を配した観念のみが生じると判断されなければならない。

## 1 2 引用商標N o 2 7

引用商標N o 2 7は、ローズ・オニールの著作物であるキューピー人形（意見書甲第2号証90頁、92頁、94頁の画像）の上部に「KEWPIE」の英文字とその下に「キューピー」のカタカナ文字とを配した三段の構成からなる、文字と画像を組み合わせた商標であり、ローズ・オニールの著作物であるキューピー作品と、ローズ・オニールの創作にかかる「キューピー（Kewpie）」の名称からなる商標である。

引用商標N o 2 7は、上部に「KEWPIE」の英文字とその下に「キューピー」のカタカナ文字、その下にキューピー人形を配した三段構成からなる商標で

あり、上記「複数段併記商標について」に記したとおり、1件の出願で2件の登録商標を得るに等しい、一商標一出願の原則を宣明した商標6条に違反する、外観・称呼・観念の解釈は許されない。

引用商標N○27の外観は、上部に「KEWP I E」の英文字とその下に「キューピー」のカタカナ文字、その下にキューピー人形画像から構成された三段の構成からなる文字と画像を組み合わせた商標の外観のみが生じるものであって、その一部の外観が生じるものではない。

引用商標N○27の称呼は、上部の「KEWP I E」の英文字キューピーの称呼、その下の「キューピー」のカタカナ文字からキューピーの称呼、その下に配されたキューピー人形画像からキューピーあるいはキューピー人形の称呼が生じるものであるから、引用商標N○27は全体として「キューピー・キューピー・キューピー」あるいは「キューピー・キューピー・キューピー人形」の称呼のみが生じると判断されなければならない。

引用商標N○27の観念は、上部に「KEWP I E」の英文字とその下に「キューピー」のカタカナ文字とを配したキューピー人形の観念のみが生じると判断されなければならない。

### 13 引用商標N○29

引用商標N○29は、引用商標N○27と同一商標であり、引用商標N○27において述べたとおり、ローズ・オニールの著作物であるキューピ作品と、ローズ・オニールの創作にかかる「キューピー (Kewpie)」の名称からなる商標である。

外観・称呼・観念は引用商標N○27で述べたとおりである。

### 14 引用商標N○37

引用商標N○37は、ローズ・オニールの著作物であるキューピー人形（意見書甲第2号証90頁、92頁、94頁の画像）の下部に、「k e w p i e」の英文字とその下に「キューピー」のカタカナ文字とを配した三段の構成からなる、文字と画像を組み合わせた商標であり、ローズ・オニールの著作物であるキューピ作品と、ローズ・オニールの創作にかかる「キューピー (Kewpie)」の名称からなる商標である。



引用商標No 37は、キューピー人形画像の下に「kewpie」の英文字と、その下に「キューピー」のカタカナ文字を配した三段構成からなる商標であり、上記「複数段併記商標について」に記したとおり、1件の出願で2件の登録商標を得るに等しい、一商標一出願の原則を宣明した商標6条に違反する、外観・称呼・観念の解釈は許されない。

引用商標No 37の外観は、キューピー人形画像の下に「kewpie」の英文字と、その下に「キューピー」のカタカナ文字を配した外観のみが生じるものであって、その一部の外観が生じるものではない。

引用商標No 37の称呼は、キューピー人形画像からキューピーあるいはキューピー人形の称呼、下部の「kewpie」の英文字からキューピーの称呼、その下の「キューピー」のカタカナ文字からキューピーの称呼が生じるものであるから、引用商標No 37は全体として「キューピー・キューピー・キューピー」あるいは「キューピー人形・キューピー・キューピー」の称呼のみが生じると判断されなければならない。

引用商標No 37の観念は、キューピー人形画像の下に「kewpie」の英文字と、その下に「キューピー」のカタカナ文字を配した観念のみが生じると判断されなければならない。

#### 15 引用商標No 41

引用商標No 41は、引用商標No 37と同一商標であり、ローズ・オニールの著作物であるキューピ作品と、ローズ・オニールの創作にかかる「キューピー (Kewpie)」の名称からなる商標である。

外観・称呼・観念は引用商標No 37で述べたとおりである。

#### 16 商標の類否の判断基準

16-1 最高裁判所昭和43年2月27日判決（昭和39年（行ツ）110号）は、商標の類否の基準について次のとおり判示する。

すなわち、「商標の外観、観念または称呼の類似は、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、従つて、右三点のうちその一において類似するものでも、他の二点において著しく相違することその他取引の実情等によつて、なんら商品の出所に誤認混同をきたすおそれの

認めがたいものについては、これを類似商標と解すべきではない。」とする。

16-2 最高裁判所平成20年9月8日判決（平成19年（行ヒ）223号）

は、上記判決を引用し、商標の類否判断について次のとおり判示する。

「法4条1項11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、その商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察すべきものであり（最高裁昭和39年（行ツ）第110号同43年2月27日第三小法廷判決・民集22巻2号399頁参照）、複数の構成部分を組み合わせさ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、許されないというべきである（最高裁昭和37年（オ）第953号同38年12月5日第一小法廷判決・民集17巻12号1621頁、最高裁平成3年（行ツ）第103号同5年9月10日第二小法廷判決・民集47巻7号5009頁参照）。」

すなわち、「複数の構成部分を組み合わせさ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」とするものである。

#### 17 引用各商標と本願商標の対比

上記2で述べたとおり、

本願商標の外観は「左側に配置された白衣を着て聴診器を持ったキューピー人形の医師が、右側に配置された平屋建ての家の外壁における、虫眼鏡によって拡大された稲妻状のクラック（ひび割れ）を注視するというもの」であり、

本願商標の観念は「白衣を着て聴診器を持った医師（すなわちドクトル）が外壁補修の可否を点検するというもの」であり、

本願商標の称呼は「ドクトルガイヘキサン」である。

引用各商標の外観、観念、称呼は上述のとおりである。

拒絶査定は「本願商標は、当該構成中左側部分の図形に着目し、その頭部の特徴的な構成態様からは、「キューピー」の称呼、並びに、「キューピー」若しくは「キューピー人形」の観念を生じる場合があるものというべきです。」とするものである。しかしながら、「当該構成中左側部分の図形に着目し、その頭部の特徴的な構成態様」だけに着目して類否判断をすることは、「商標の外観、観念または称呼の類似は、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、従つて、右三点のうちその一において類似するものでも、他の二点において著しく相違することその他取引の実情等によつて、なんら商品の出所に誤認混同をきたすおそれの認めがたいものについては、これを類似商標と解すべきではない。」とする最高裁判所昭和43年2月27日判決（昭和39年（行ツ）110号）が示す商標の類否の基準に違反するのみならず、

拒絶査定が着目する「当該構成中左側部分の図形に着目し、その頭部の特徴的な構成態様」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」ものでもなく、「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」でもないから、「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」とする最高裁判所平成20年9月8日判決が示す商標の類否の基準にも違反するものである。

## 18 結論

拒絶査定は「してみますと、本願商標と引用各商標とは、「キューピー」の称呼、並びに、「キューピー」若しくは「キューピー人形」の観念を生じる場合があるものというべきであつて、かつ、本願商標の左側部分にある人形状の図形中

、既に認定した特徴的な頭部部分に着目する場合には、本願商標と引用各商標とは、外観上においても近似した印象を与えるものですから、互いに類似の商標と判断するのが相当です。」とするものであるが、本願商標の全体の構成の判断を誤り、商標の左側部分の図形だけをとらえて、称呼の類似、外観の類似を認定するものであり、かかる判断は最高裁判所昭和43年2月27日判決、最高裁判所平成20年9月8日判決が判示する商標の類否の判断基準に違反するものである。

以上述べたとおり、本願商標が商標法第4条第1項第11号に該当することを前提とする原査定は、引用各商標と商標の類否判断を誤ったもので取り消されるべきであり、この商標の出願はこれを登録すべきものとするとの審決を求める。

#### 19 補足

上記のとおり、本願商標と引用各商標はいずれも類似するものではないと確信するところである。なお、本願の審査過程において提出された刊行物等提出書を精査しても、さらに審判請求人らが独自に調査をしても、継続して三年以上日本国内において商標権者が各指定役務について使用した実績が見当たらないため、手続補正して減縮した指定役務と抵触関係にある引用No2, 4, 5, 11, 13, 16, 18, 27, 29, 37, 41の各登録商標について、商標法50条に基づく不使用取消審判を請求する。

これら不使用取消審判の結果、引用各商標の登録が取消されると本願商標との抵触も解消することになることを申し添える。

#### 【提出物件の目録】

【物件名】 委任状 1

【援用の表示】 包括委任状番号1705296を援用する。