

上 申 書

平成30年4月2日

特許庁審判長 殿

1 審判の番号 取消2017-300462



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

日野法律特許事務所

電話番号

03-5510-7373

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 上申の内容

5-1 被請求人は、上申書にて、

「品質保証本部で作成した、これらの見積書は、エクセルソフトで作成した書式のものであり、キューピーマークは図柄を画像添付しているため、図形の大きさや位置がずれたに過ぎないものである。」と釈明する。

請求人は口頭陳述要領書において、

「乙31と乙32は、文字部分の印字位置はぴったり重なりあうものの、

- (1) キューピーの図形の大きさが相違する、
- (2) キューピーの図形の印字位置が相違する、
- (3) キューピーの図形の鮮明さが相違するものであり、文字部分の印刷とキューピー図形の印刷が同時ではないことを窺わせ、キューピーの人形図形は文字部分の印刷の後に印字されたものであるとの疑念を生じさせるから、被請求人が使用証拠とする乙31、32のいずれについても、請求人はそれらの成立の真正を争う。」と主張したものである。

被請求人の「キューピーマークは図柄を画像添付しているため、図形の大きさや位置がずれたに過ぎない」との釈明は、請求人が口頭陳述要領書にて指摘した事実
に過ぎない。

また、同時に提出する陳述書（乙38）には次のとおり記載されている。

**冒頭の各事件において、品質保証本部で作成した見積書（乙31、乙32）に疑念を抱かれています
ようですが、これらの見積書は、エクセルソフトで作成した書式のもので、キューピーマーク
は図柄を画像添付しています。そのため、意図せず位置がずれる場合もありますが、見積書とし
ての有効性に影響はありません。**

「エクセルソフトで作成した書式のもの」、「キューピーマークは図柄を画像添付する」、「意図せず位置がずれる」ということでは、請求人が口頭陳述要領書にて主張した「キューピーの人形図形は文字部分の印刷の後に印字されたものであるとの疑念」を払拭することはできない。

むしろ、「キューピーの人形図形」は「エクセルソフトで作成した書式のもの」であって、見積書作成後に「キューピーマークの図柄を画像添付した」ため、「意図せず位置がずれ」たものである、との疑念を増加させるものである。

5-2 キューピー商標がわが国の知的財産の歴史の汚点であることについて

(1) 上申書において、被請求人は「請求人は、書証も提出することなく、「外国の著名な他人の知的財産を剽窃した多数のキューピー商標が、わが国の知的財産の歴史における汚点であることは、心ある商標実務家・商標法研究者の共通の認識で

ある」旨主張しているが（口頭審理陳述要領書4頁）、被請求人においては、そのような共通の認識が生じているなど、一度も耳にしたことはない。そもそも今回のような不使用取消審判事件において、そのような主張が本件商標登録の取消事由を構成する余地すらなく、筋違いの主張であるから反論するまでのことではない」などと主張する。

（2）口頭審理が終了した時点で、かかる反論を持ち出すことは、時期に後れた主張であり、審理を遅延するだけのものであるから到底認めがたい。

念のため、請求人は以下のとおり反論する。

（3）請求人の主張は、平成29年10月4日付弁駁書の弁駁の内容6-2において主張したとおり、「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。」ことを主位的な取消理由とするものである。

不使用取消審判の審決取消訴訟において、東京高等裁判所判決（昭和35年（行ナ）第41号）昭和36年4月11日判決は、同趣旨の判決をしたものであって、「そのような主張が本件商標登録の取消事由を構成する余地すらなく、筋違いの主張」であることはない。

（5）口頭陳述要領書では、「日米欧中韓の商標5庁（TM5）の協力枠組みにおいて、わが国が悪意の商標出願対策プロジェクトをリードして取り組んでいることを宣明したこと」を明らかにし、キューピー人形の図形はローズ・オニールの創作にかかるものであり、その名称「Kewpie」はローズ・オニールが創作した造語である。キューピー人形の図形とその名称「Kewpie」（日本語表記「キューピー」）は、それ以前には存在しなかったものである。また、その人形及び名称は構成上、他と容易に識別できる顕著な特徴を有するものである。本件登録商標はかかるキューピー人形と同一又は極めて類似するものであるから、かかる商標の使用は「不正の目的をもって使用するものと推認される」ことに帰結することを明らかにした。

（6）弁駁書の6-2（4-9）で摘示した、「月刊政経人」（甲25）191頁には、「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ことが記載されており、被請求人の創業者である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。

すなわち、被請求人による「キューピー人形の図案」、「キューピーの名称」からなる「キューピー関連商標」の使用は、創業者である中島董一郎の不正の目的をその当時から現在に至るまでそのまま綿々と引き継ぐものに他ならず、「キューピー関連商標」を、正に「不正の目的をもって使用するもの」である。かかる不正の目的による商標の「使用」はいかなる時点においても、商標法の保護を受けることはない。

(7) 大阪高裁平成16年(ネ)第1797号著作権侵害差止等請求控訴事件平成17年2月15日判決は、次のとおり事実を認定する。

「4 争点(4)(キューピー作品の創作性)について

(1) 前記第2の2(前提となる事実)及び後掲証拠によれば、次の事実が認められる。

ア ローズ・オニールは、1874年6月25日、米国ペンシルバニア州ウイルクス・バレ市で出生し、1896年ころから本格的にイラストレーターとして活動を始めたが、1901年ころから、1901年作品等の背中に小さな双翼を有する、裸の中性的な幼児のイラストを創作発表していた(甲第7、第8号証、第42号証の1ないし3。なお、1901年作品は「イースターのキューピッド」なる文章の挿絵である。)

イ ローズ・オニールは、1909年に、雑誌「Ladies' Home Journal」の編集者に対して手紙(乙第16号証)を出したが、その中で、頭頂部及び左右側頭部に髪の毛の突起があり、前頭部に髪の毛が垂れ、背中に小さな双翼を有する裸の中性的な幼児のイラストを描き、このイラストを長い間(for a long time)「キューピー(Kewpie)」と呼んでいたことを明らかにし、さらに、この特徴を有するイラストを用いて創作を行いたい旨記した。

その後、ローズ・オニールは、雑誌「Ladies' Home Journal」1909年12月号に、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)」を創作発表した(甲第1号証)。

(8) 知的財産高等裁判所平成20年(行ケ)第10139号審決取消訴訟平成20年12月17日第4部判決は、以下の事実を認定するものである。

「(1)「キューピー」の由来と我が国における認知の状況

甲第68～第71、第74及び第75号証、第80～第88号証の各1並びに弁論の全趣旨によると、以下の各事実が認められる。

米国人ローズ・オニールは、1909年、「レディース・ホーム・ジャーナル」誌のクリスマス特集号に「クリスマスでのキューピーたちの戯れ」と題した詩及びキューピッドをモチーフにした裸体の幼児のイラストを発表した。

このイラストに描かれたキャラクターは、「キューピー」と名付けられ、その際立った特徴としては、髪と思しきものが主として頭頂部のみであり、しかもその部分が尖っており、目がパッチリと大きく、背中には天使の翼と思しき一對の小さな羽が生えたふくよかな裸体の姿をしたものであった。

その後、ローズ・オニールは、雑誌において「キューピーシリーズ」の連載を始め、1913年には、「キューピー」のイラストを立体化した人形がドイツで製作され、アメリカにおいて発売され大人気を博した。」

(9) これらの判例は、米国人ローズ・オニールが創作した「裸の中性的な幼児のイラスト」と、同女史がこのイラストを「キューピー(Kewpie)」と呼んだという事実、すなわち、「キューピー人形の図案」、「キューピーの名称」がローズ・オニールの創作にかかることを認定しているものである。

これらの判例は、いずれも公刊の判例集に掲載されているだけでなく、最高裁判所のホームページにもその全文が掲載され、広く公開されている。

また、弁駁書(2-3-1)キューピーの歴史の概要において主張したとおり、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、ローズ・オニールがキュー

ーピー人形を創作した年表が記載されている。

これらの環境下において、被請求人の「キューピー人形の図案」、「キューピーの名称」を含む「キューピー関連商標」が、他人の創作にかかる図案・名称を「自己の物として」出願登録されたものであるという事実は、商標実務家・商標法研究者の共通の認識である。

さらに、被請求人は自らのホームページ（甲27の1及び2）において、「命名キューピー」の欄に、以下のとおり記述するものである。

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、キューピーがローズ・オニールの作品であり大ヒットしたので、中島董一郎が「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」を商標にしたことが記述されている。

正に、他人の著名な知的創作を剽窃し、その顧客吸引力を冒用して、自社製品を売り込もうとする意図が表示されている。かかる意図こそ「不正の目的」に他ならない。

すなわち、被請求人自ら、創業者である中島董一郎が「不正の目的」もって出願・登録したことを認識していたものであり、被請求人がその後続々出願・登録した「人気者のキューピー」の商標の使用も、創業者である中島董一郎の不正の目的をその当時から現在に至るまでそのまま綿々と引き継ぐものに他ならない。

口頭陳述要領書では、「外国の著名な他人の知的財産を剽窃した多数のキューピー商標が、わが国の知的財産の歴史における大きな汚点であることは、心ある商標実務家・商標法研究者の共通の認識である。」であると、婉曲的に表現したものであるが、これに対して、被請求人は「被請求人においては、そのような共通の認識が生じているなど、一度も耳にしたことはない。」などと「猛々しく」主張する。

被請求人は請求人の主張を誤解するふしがあるので、口頭陳述要領書の上記記載を以下のとおりに訂正する。

「被請求人の創業者である中島董一郎が「外国の著名な他人の知的財産を剽窃した多数のキューピー商標」を出願・登録し、その後、現在に至るまで被請求人による多数のキューピー関連商標の登録・使用が継続しているという事態が「わが国の知的財産の歴史における汚点である」ことは、心ある商標実務家・商標法研究者のみならず、被請求人自身、及び、文部科学省検定済教科書「WORLD TREK English Communication I」を学んだ高校生を始め、誰の目にも明らかである。」

6 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」にあらず、第2に被請求人が提出する各証拠はいずれも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通りの審決を求める。

7 添付書類の目録

(1) 上申書 正本1通 副本2通