

審判事件答弁書

令和元年6月6日

特許庁審判長 殿

1 審判の番号

無効2019-890016

(商標登録第6038567号)

2 被請求人

住所

名称

3 被請求人の代理人

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 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 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

電話番号

03-3211-2325

氏名

弁理士 本宮 照久 (他7名)

6 答弁の趣旨

本件審判請求は不適法であるので却下する。

との審決を求める。

(予備的答弁) 仮に、本件審判請求が適法である場合は、

本件審判請求は成り立たない、

との審決を求める。

7 答弁の理由

7-1 請求の理由に対する認否

(1) 手続きの経緯について

請求人は、「本件商標」の態様を「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) からなる商標」とするが、本件商標の構成の認定を誤るものであり否認する。

本件商標は「右部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、

左部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てなる」構成からなる。

本件商標は「左部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、右部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）を注視している構図」の外観を生じる。

本件商標は、上記の外観から「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している観念」が生じる。

本件商標は上記の外観及び観念から、商標右部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。

なお、本件商標の構成は「左部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、右部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）を注視している構図」をとるものであって、本件商標の左部のキューピー人形のみに着目して「キューピー」の称呼が生じることはない。

（２）無効事由

請求人は、「本件商標は、後掲の引用商標 1 乃至 5 との関係で商標法第 4 条第 1 項第 1 1 号の規定に違反して登録されたものであり、また、これらの引用商標及び後掲の引用商標 6 との関係で同項第 1 5 号の規定に違反して登録されたものであることから、その登録は無効とされるべきものである。」と主張し、「上記不使用取消審判は、本件商標に係る商標登録出願の拒絶査定において、商標法第 4 条第 1 項第 1 1 号の拒絶の引例として挙げられたため、その請求がなされたものであるが、請求人はこれらの登録商標に基づいて本件審判の請求をしているのであるから、当該審判請求が利害関係を有する者の請求であることは明らかである。」と「無効審判の利害関係」を主張する。

しかしながら、後述するとおり、請求人が引用する商標 1 乃至 6 については「利害関係」の前提となる商標法上の法的利益が認められないものであって、請求人は本件無効審判の利害関係がないものであるから、請求人の適格を欠き本件審判請求は不適法であるので、本件審判請求を却下するとの審決を求める（商標法 5 6 条 1 項、特許法 1 3 5 条）。

（２－１）商標法第 4 条第 1 項第 1 1 号違反について

①引用商標について

請求人が引用する商標登録が存在することは認めるが、「有効に存続する」ことについては争う。

② 指定役務の類否について

本件商標と引用各商標とは、その指定役務において「類似」するものであることは認める。

③ 商標の類否について

ア 引用商標から生ずる称呼及び観念について

引用商標 1 乃至 5 の構成、「キューピー」の称呼、並びに「キューピー」又は「キューピー人形」の観念が生じることは認める。

イ 本件商標から生ずる称呼及び観念について

(ア) 拒絶査定における判断について

拒絶査定（甲第 7 号証）には、請求人が主張する記載があることは認める。

(イ) 拒絶査定不服審判における審決での判断

拒絶査定不服審判における審決（甲第 8 号証）には、請求人が主張する記載があることは認める。

(ウ) 結合商標の類否の捉え方について

請求人が引用する判例の存在、各判例には請求人主張の引用部分が存することは認めその余は争う。請求人が引用する判例からは請求人の立論は成り立たない。

(エ) 取引の実情を踏まえた上での全体的な考察について

i) 本件商標のターゲットとする需要者や取引者の範囲について

請求人は「そのような人たち（需要者）やこれらの工事業者（取引者）が、本件商標に接したときに、それがどのように映るか、また、どのような印象を抱き、それを記憶するか、という点から判断されなければならないものである。」と主張する。

請求人の主張の意図が不明であるが、商標の類否判断はその需用者である看者の認識を基準とすることであれば、特に争わない。

ii) 本件商標に係る指定役務との関係における商標の使用について

請求人は「垂れ幕をすることが多く見受けられるところである。その意味では、この垂れ幕は、塗装工事等の請負会社を示す一種の看板としての役割を果たすものと位置付けられ、それが上記の需要者にどのような印象を与えるかという点も一つ

の判断要素となるものである。」と主張する。

請求人の主張の意図が不明であるが、商標の類否判断は、当該商標について行わなければならないものであって、当該商標と異なる「垂れ幕」の使用態様が商標の類否判断に影響を及ぼすことはありえないことである。

iii) 第37類の「塗装工事」等との関係での「外壁」の文字について、

請求人は「家のイラストの図形や「外壁」の文字は、塗装工事等の対象物を表示する文字に過ぎず、第37類の「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」との関係で識別力が弱い要素であり、これらの部分を以て、他の競合店と顕著な差別化を図れる状況にはない。」と主張する。

請求人の主張は理解困難であるが、請求人の主張が本件商標の構成の一部分のみを取り出して類否判断しようとするものであれば否認する。

すなわち、本件商標は、看者に本件商標の「ドクトル外壁さん」の文字部分のみ、家のイラストの図形のみ、あるいは、「外壁」の文字のみを提供するものではない。本件商標は商標全体の印象を看者に提供するものであるから、商標の各部分をとらえた立論は意味が無いものであり、かかる請求人の立論・主張は成り立たない。

請求人が引用する氷山事件最高裁判決（昭和43年2月27日判決）は「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」と判示する。すなわち、「外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべき」であつて、商標を構成する各部分毎で類否を判断すべきでないことは明らかである。請求人の類否判断に関する主張は、氷山事件最高裁判決が判示する類否判断と異なる独自の見解であつて、成り立たない。

iv) 本件商標に対する被請求人の認識について

被請求人の業務内容については認める。

被請求人が保有する登録商標については認める。

本件商標中の構成についての主張は認める。

請求人は「本件商標中の左側の図形は、加藤工芸株式会社の製品として市場に出回っているキューピー人形（甲第13号証）をそのまま取り込んだに過ぎないものである。」と主張するが、この間の事情は次のとおりである。

被請求人は平成25年6月4日、株式会社ローズオニールキューピー・インターナショナルとの使用許諾契約を締結することにより、契約書記載末尾記載の「ドクトル外壁さん」の使用許諾を得たものである（乙44）。

2014年6月3日、覚書（乙45）を締結し、契約期間、使用料支払方法を変更した。

2015年3月1日、株式会社ローズオニールキューピー・インターナショナルと譲渡契約を締結し、「ドクターキューピー」のキャラクターの二次的著作権を譲り受けた（乙46）。

2015年3月15日、上記対価の支払時期を変更すること、加藤工芸株式会社（丙）が本件キャラクターの人形の在庫を販売することについて異議を唱えないこと等を合意したものである（乙47）。

請求人は「被請求人においては、「加盟店は、広告デザインに「キューピー・キャラクター」が掲載されていることで、折り込みやポスティングチラシによる競合店との差別化を行える。」（甲第14号証）という認識も持っていると言える。」と主張する。加盟店がどのような認識を持っているかは不知。

また、「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきである」、「外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべき」であり、加盟店が持っている認識は商標の類否判断とは無関係である。

v) 本件商標に対するフランチャイジーの認識について

被請求人は、個別のフランチャイジーの広告方法に関わるのではないが、各フランチャイジーがウェブページ上で広告を行ったという事実は提出された証拠が示す限りにおいて争わない。

本件登録商標の使用実態に関する請求人の主張については、提出された証拠が示す限りにおいて認める。なお、「キューピーが目印です」との記載はなく、「キューピーちゃんが目印です」と記載するものである（甲18の3）。

請求人は「同様に、工事現場の垂れ幕に「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」を表示し、その垂れ幕について「キューピーが目印です」という指摘をしているものもある（甲第19号証の1乃至7）。」と主張する。

何が「同様」であるか不明であることを含め、請求人の主張は理解困難であるが、商標の類否判断は、当該商標について行わなければならないものであって、当該商標と異なる「垂れ幕」の使用態様が商標の類否判断に影響を及ぼすことはありえないことである。

(オ) 小括

請求人の「本件商標中の左側の図形部分と、右側に配した「ドクトル外壁さん」の文字を含む図形部分については、拒絶査定（甲第7号証）や審決（甲第8号証）でも判断しているとおおり、両者の構成が異なることとも相まって、視覚上、分離して把握し、認識されるものである。」との主張は否認する。

「本件商標の右側の「ドクトル外壁さん」の文字を含む建物状の図形部分については、その部分のみを以て、第37類の役務「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」との関係で、他社（競合店）と顕著な差別化を図れる状況にはない。つまり、本件商標の左側の「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」が、外壁塗装工事等のサービスを提供するに当たって、他社（競合店）の商標との差別化を図るための目印として機能する部分となるのである。」との主張は否認する。

「この点は、被請求人のフランチャイジーが、キューピー図形を含む本件商標の

左側部分のみを単独で使用したり、「キューピー」が目印です、などと謳って、キューピー図形を他社との差別化を図るための表示として使用しているという実態からも十分に裏付けられるものである。」との主張は否認する。

「需要者・取引者にとっては、このキューピー図形が、強烈なインパクトを与え、それが強く記憶に残り、それを以てその後の取引がなされていくのであるから、このキューピー図形は、役務（塗装工事等）の出所識別標識として強く支配的な印象を与える部分に当たるのである。」との主張は争う。

「本件商標からは、「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」の観念を生じるとの判断がなされて然るべきであり、このような判断こそが前記最高裁判決の説示に適った判断というべきものである。」との主張は争う。

請求人の主張は「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきである」、「外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべき」とする氷山事件最高裁判決（昭和43年2月27日判決）、及び、「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、許されないというべきである」とする「つつみのおひなっこや事件」最高裁判決（平成20年9月8日判決）と相容れない、独自の見解に過ぎない。

ウ 拒絶査定不服審判における本件商標の認定の誤り

拒絶査定不服審判（不服2017-9505）において、請求人が主張する記述があることは認める。

請求人の「それぞれから外観、称呼、観念が考察されなければならないはずであり、そのような手法を採ることなく、短絡的に全体観察の手法を採ったに過ぎず、

全体観察に導くための判断手法を誤ったものである。」との主張は争う。

請求人の「本件商標より、「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」の観念を生じるとの判断をしていない審決は、その判断を誤ったものである。」との主張は争う。

拒絶査定不服審判（不服2017-9505）における、「本願商標から、「キューピー」の称呼及び「キューピー」又は「キューピー人形」の観念を生じるとし、その上で、本願商標と引用商標とが類似するものとして、本願商標を商標法第4条第1項第11号に該当するとした原査定は、取消しを免れない。」「その他、本願について拒絶の理由を発見しない。」との拒絶査定不服審判の結論に誤りは無い。

エ 本件商標と引用商標の類否について

請求人の「本件商標と引用各商標は、いずれもその構成中、「キューピー」の図形を独立して認識できるものであり、両図形部分は、以下のとおり外観、観念及び称呼において共通するものである。」との主張は争う。

（ア）本件商標及び引用各商標の外観について

引用各商標について、請求人の「引用各商標の図形部分は、立位の裸の「キューピー」を表したものであり、その顔はぱっちりとした丸い目や頭頂部だけに小さい山状に盛り上がった毛髪を有する図形となっている。」との主張は認める。

引用商標2乃至5は、英文字の「k e w p i e」あるいは「KEWP I E」と、カタカナの「キューピー」を配してなるところであるが、請求人の外観の主張からは文字部分の外観が欠落しており、明らかに誤りである。

本件商標について、請求人は「これに対して、本件商標の左側の図形部分は、白衣を着た「キューピー」であり、その姿態から一見して「キューピー」と認識できる点、またその顔の特徴が、ぱっちりとした丸い目や、頭頂部だけに小さい山状に盛り上がった毛髪を有するなど、前記した引用各商標の特徴を備えたものである。」と主張するものである。

本件商標の左部には「白衣を着て聴診器を持った、立体感を有するキューピー人形」が損することは認める。しかしながら、本件商標は左側の図形部分のみからな

るものではないことは明らかであって、請求人の主張は本件商標の一部の外観のみを、商標の外観として主張するものであり、主張自体失当である。

請求人の「本件商標に係るキューピーの図形は、医師の姿をしているとしても、キューピーをモチーフとしてそれに白衣を着せたものと言うべきであるから、本件商標と引用各商標とは外観上類似する商標である。」との主張は争う。

請求人は、引用商標の図形部分のみを取り出し、本件商標の左部のみを取り出して対比するものであって、氷山事件最高裁判決（昭和43年2月27日判決）、及び、「つつみのおひなっこや事件」最高裁判決（平成20年9月8日判決）と相容れない、独自の見解に過ぎない。

（イ）本件商標と引用商標の観念及び称呼についての対比

「引用各商標は、前記のとおり、「キューピー」の称呼、並びに「キューピー」又は「キューピー人形」の観念が生じるものである。」との主張は認め、

「本件商標からも、前記のとおり、「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」の観念を生じるものである。」は、否認する。

前述のとおり、本件商標は「左部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、右部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）を注視している構図」の外観を生じる。

本件商標は、上記の外観から「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している観念」が生じる。

本件商標は上記の外観及び観念から、商標右部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、本件商標と引用各商標と観念及び称呼において類似するものではない。

（ウ）小括

「本件商標は、引用各商標と外観、観念及び称呼において類似するものである」は否認する。

「本件商標は、引用各商標との関係で、商標法第4条第1項第11号に該当する商標である。」は争う。

この点についての被請求人の主張は後に追加する。

(2-2) 商標法第4条第1項第15号違反について

請求人の「本件商標はこれらの引用商標及び次に掲げる登録商標（「引用商標6」）との関係で商標法第4条第1項第15号に該当するものである」との主張は争う。

① 引用商標6の著名性について

請求人は「その主力商品であるマヨネーズの包装にこの図形を付して販売をしており、商品の品質の良好さや活発な宣伝広告の成果として、審判請求人のマヨネーズは発売以来、極めて高いシェアを誇っている。」、

「主要な商品であるマヨネーズ及びドレッシング類について、請求人は、生産量・販売量シェアにおいて業界第1位を獲得しており、それ以外のパスタソース、ソース類缶詰、雑炊・粥類、ベビーフード等についても上位にランクしている（甲第25号証の1乃至5）。」、

「当該「キューピー」の図形が請求人を象徴する図形であることは十分に認識できるはずである。」、

「そして近年では、キューピーの図形を用いてバスや電車の背面に広告掲載（甲第30号証の1乃至8）を行うなど、食品分野の需要者にとどまらず、あらゆる分野の需要者に引用商標に係るキューピー図形が認識される状況となっている。」などと主張するが、「7-2被請求人の主張」において主張・立証するとおり、引用商標1乃至6は、請求人創始者中島董一郎による商標出願（乙1, 2）と同じく、ローズ・オニール作成に係る人形の図形と、ローズ・オニールの作成にかかる「kewpie」の名称を、著名標章の著名性にただ乗りする意図、他人の知的財産を、自己のものとして権利化を図った、すなわち剽窃したものであり、出願の経緯の不正、国際信義違反、社会公共の利益に反するという事情があり、「社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道徳観念に反するような場合」に該当するもので

あって、商標法の保護を受ける余地はない。

②請求人の「キューピー」ブランドと引用商標6について

「請求人の「キューピー」ブランドは、その商品の品質について消費者の高い信頼を得るブランドとしてのイメージをも築きあげたものである。」と主張するところであるが、引用商標6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」の著名性にただ乗りする意図、他人の知的財産を、自己のものとして権利化を図った、すなわち剽窃したものであり、商標法の保護を受ける余地はない。

③請求人の「キューピー」ブランドとの出所の混同について

請求人は「食品分野における著名性を起源として導かれる」と主張するが、仮に、請求人が「キューピー」ブランドを食品分野において周知性を獲得したとしても、商標法の保護を受ける余地はないものである。

「請求人の製造販売に係る食品の需要者は、被請求人の提供に係る「外壁の建設工事・塗装工事」等の潜在的な需要者に他ならず、これらの者が建設工事や塗装工事の現場で本件商標中の「キューピー」図形を目にしたときには、請求人又は請求人と経済的・組織的に何等かの関連を有する者がその建設工事や塗装工事を請負っているのではないかと誤認混同を招来するおそれがある。」との主張は否認する。「食品の需要者は、被請求人のフランチャイズ事業の対象たる「外壁の建設工事・塗装工事」等の潜在的な需要者」という議論を推し進めれば、およそ人は食品の需要者であり全ての産業分野は人が営むものであるから、すべての産業分野は食品の潜在的な需要者であり、食品の事業と誤認混同のおそれがあると帰結するものに他ならず、請求人の立論は成り立たない。

請求人の「被請求人が本件商標を本件指定役務に使用する場合には、需要者・取引者をして恰も請求人が提供するかの如く、又は請求人と経済的・組織的に何等かの関連を有するものであるかの如く役務の出所について誤認混同を生じるとの判断をするに足る状況にあることは明らかである。」との主張は争う。

「本件商標は、引用商標1乃至5及び引用商標6との関係で、商標法第4条第1

項第15号に該当する商標である。」は争う。

この点についての被請求人の主張は後に追加する。

(3) 結論 争う。

7-2 被請求人の主張(その1)「請求人は利害関係人でない」

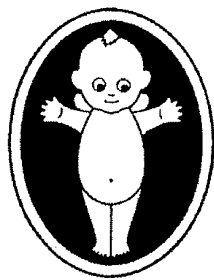
商標法は商標登録無効審判について「前項の審判は、利害関係人に限り請求することができる。」(46条2項)と規定するところであり、無効審判の請求人は「利害関係人」であることが要件とされる。この利害関係について、特許無効審判の事例であるが、「当裁判所は、つぎに要約する理由により、現行特許法のもとでも、特許無効の審判を請求しうる者は、当該審判請求について法律上正当な利益を有することを必要とする」(昭和45年2月25日東京高等裁判所昭和44年(行ケ)第81号判決)(下線部は代理人による)と判示した。

請求人は、本件無効審判について、法律上正当な利益を有しないものであって、「利害関係人」にあたらぬから、本件無効審判請求は不適法であり却下されなければならない。

請求人の引用商標等は次のとおりである。

(1) 引用商標等 引用商標等は以下のとおりである。

引用商標1 商標登録第3176389号(甲2)



出願日 平成4年(1992)9月29日

登録日 平成8年(1996)7月31日

第37類「管工事、機械器具設置工事」

引用商標 2 商標登録第 4 3 6 7 6 5 7 号 (甲 3)



出願日 平成 11 年 (1999) 1 月 22 日

登録日 平成 12 年 (2000) 3 月 10 日

第 37 類「建築一式工事、しゅんせつ工事、土木一式工事、舗装工事、石工事、ガラス工事、鋼構造物工事、左官工事、大工工事、タイル・れんが又はブロックの工事、建具工事、鉄筋工事、塗装工事、とび・土工又はコンクリートの工事、内装仕上工事、板金工事、防水工事、屋根工事、管工事、機械器具設置工事、さく井工事、電気工事、電気通信工事、熱絶縁工事、建築工事に関する助言」

引用商標 3 商標登録第 5 0 7 3 2 7 5 号 (甲 4)



出願日 平成 19 年 (2007) 1 月 9 日

登録日 平成 19 年 (2007) 8 月 24 日

第 37 類「建設工事、建築工事に関する助言」

引用商標 4 商標登録第 5 4 4 6 8 7 2 号 (甲 5)



出願日 平成 23 年 (2011) 4 月 5 日

登録日 平成 23 年 (2011) 10 月 28 日

第 37 類「建設工事、建築工事に関する助言」

引用商標 5 商標登録第 5602468 号 (甲 6)



出願日 平成 25 年 (2013) 2 月 13 日

登録日 平成 25 年 (2013) 7 月 26 日

第 37 類「建設工事、建築工事に関する助言」

引用商標 6 商標登録第 595694 号 (甲 24)



出願日 昭和 35 年 (1960) 5 月 31 日

登録日 昭和 37 年 (1962) 8 月 24 日

第 30 類「調味料、香辛料」

請求人創始者中島董一郎出願の商標 (以後、中島董一郎商標と呼ぶ)

出 願 日 大正 11 年 4 月 1 日 (乙 1)

出 願 人 中 島 董 一 郎 (乙 1)

商標公告 大正 11 年 6 月 27 日 (乙 1)

登 録 大正 11 年 10 月 27 日 (乙 2、3、4)

登録番号 第 147269 号 (乙 2、3、4)

指定商品 41 類 醤油 ソース ケチャップ 酢類一切

KEWPIE



キューピー

上記商標の出願人中島董一郎は、請求人の創始者である（乙43）。

リシュリユー公爵がパリでマヨネーズを紹介した約160年後、一人の日本人がアメリカで缶詰の勉強をしていました。キューピー株式会社の創始者中島董一郎です。



創始者 中島董一郎

当時からアメリカでは、日常的に野菜サラダが食

関東大震災後の復興をきっかけに、街には西洋化の波が押し寄せました。衣食住の洋風化が進むのを見て、マヨネーズが受け入れられる時がきたと確信した中島は、1925年3月ついに日本初のマヨネーズの製造に踏み切ります。商品名はキューピーマヨネーズ。

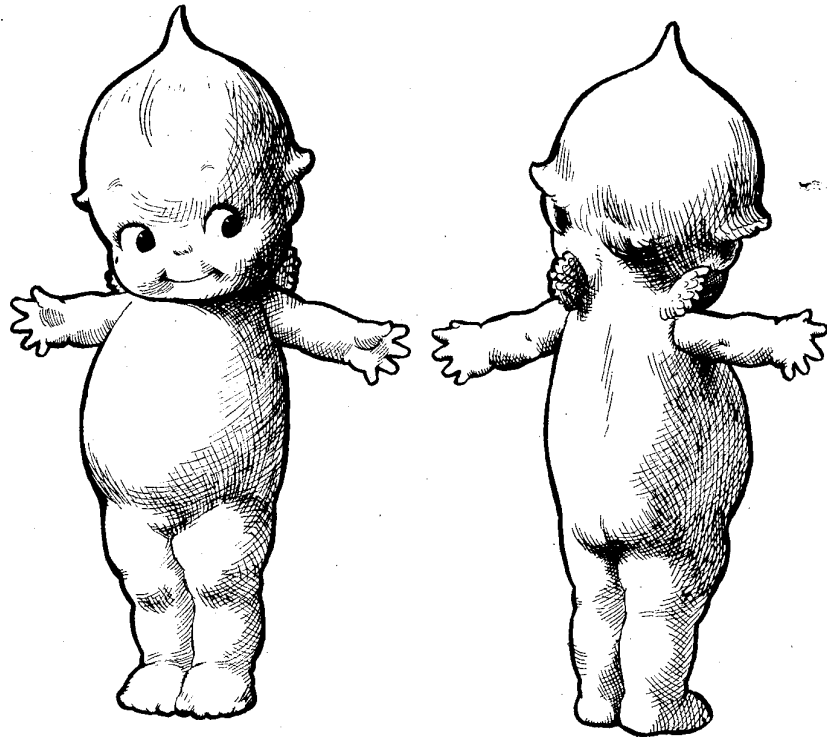
請求人が無効理由として引用する引用商標1乃至6は、中島董一郎商標と共にいずれも法的保護を受ける利益がないものであり、請求人は本件無効審判請求の利害関係がなく本件無効審判請求は不適法であるから、本件審判請求を却下することを求める。以下、説明する。

(2) 引用商標等いずれもは、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」乙6・17頁)。ローズ・オニール作成の人形は「キューピー物語」乙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(乙5)。



「キューピー物語」乙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(乙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) 鼻は、目立たない。
- (10) 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。
- (11) 首の後方部左右から、小さな双翼がはみ出している。
- (12) 両腕は、外方へ伸ばしている。
- (13) 両手は、掌を広げている。
- (14) 腹部は、豊満で下方にヘソが描かれている。
- (15) 胴は、中央部が最も太い。
- (16) 左右の足を密着させて、直立している。
- (17) 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」(乙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^しています。

「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^{つばき}翼がついています。

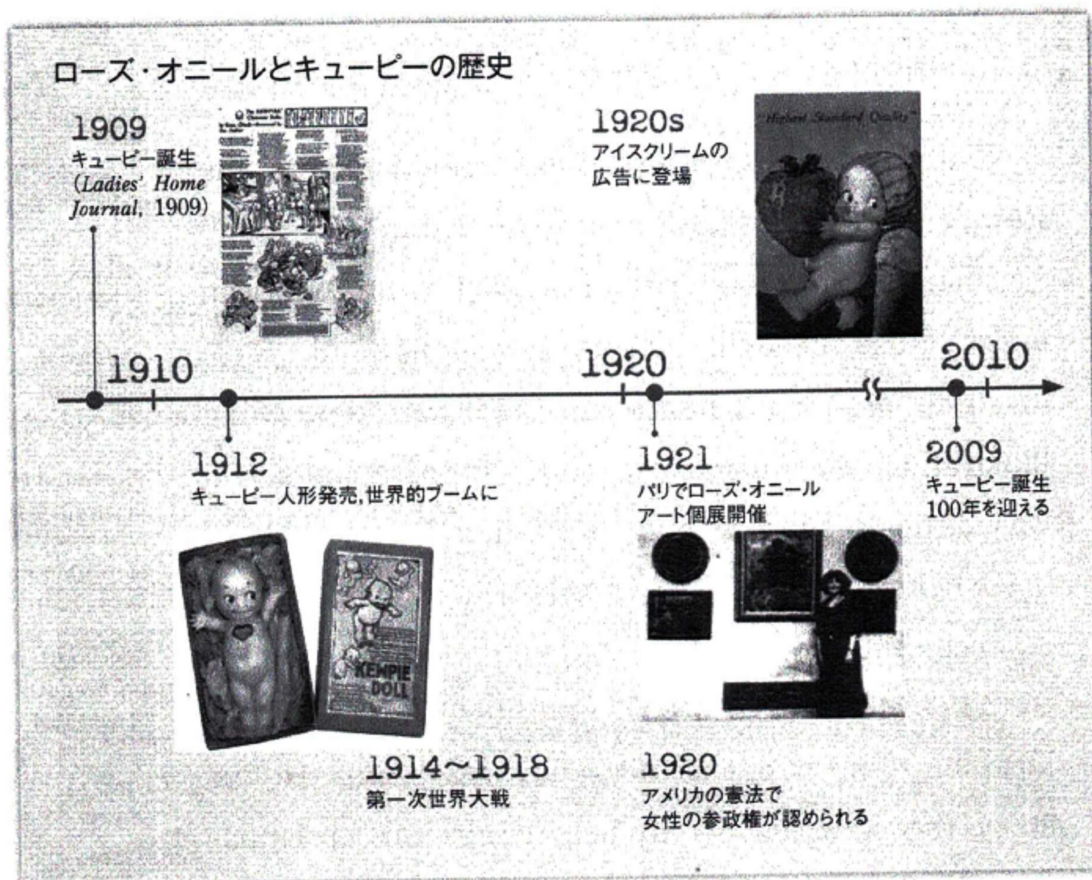
そう、キューピーは「小さなキューピッド」という意味なのです。」と記述されている。上記引用の「NOTE」の原文とその訳文は乙7の3枚目である。

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) 中島董一郎商標出願前における「キューピー人形の図形」及び「Kewpie」、「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」(乙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)(乙6)

「キューピー物語」(大澤秀行)(乙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。

(2-3-3)「20世紀おもちゃ博物館」(乙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・同付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。

(2-3-4) 「おもちゃの歴史」(乙12)

一般財団法人日本玩具文化財団のホームページ「おもちゃの歴史」には、

「1913 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」

との記述がある。

(2-3-5) 「春装」(乙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。



鐘木清方 (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

(2-3-6) 「20世紀の天使たち キューピーのデザイン」(乙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。

(2-3-7) 「レトロ年賀状ギャラリー」(乙16)



キューピーと遊ぶ女の子

プレゼントを運ぶキューピー

(乙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

(乙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。

(2-3-8) 年賀状レトロ美術館 (乙15)

年賀状レトロ美術館には、ひつじ年の大正8年にキューピー人形が年賀状に多数採用されたことが示されている。

(2-3-9) 駅前ガラクタ商店街 (乙17)

駅前ガラクタ商店街には、大正10年のキューピー人形を採用した年賀状複数が見られる。

(2-3-10) 兵庫県立歴史博物館作成の「こども文化事典」(乙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。

(2-3-11)「広告キャラクター大博物館」(乙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。

(2-3-12)「丸善と三越」寺田寅彦著(乙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、

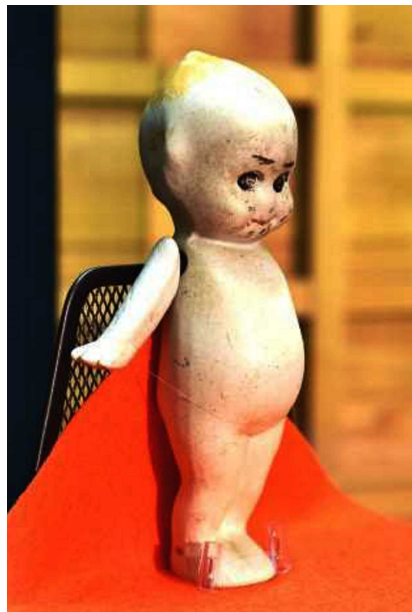
「六階にあつたいわゆる空中庭園は、近ごろ取り払われて、今ではおもちゃの陳列所になつている。一階から五階までの間に群がっているたくさんの人の皮膚や口から出るいろいろのなまぬるいガスがここまで登りつめたのを、上からふたをしてしまつたせいか、ここへ来ると空気が悪くて長くいるとこれが頭にきいて来る。そのせいでもあるま

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っ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（乙19）に記されている。

（2-3-13）毎日新聞「大正切込焼」（乙20）

毎日新聞2016年7月21日地方版に、下記の写真・記事が掲載された。



特別公開された大正切込焼のキューピー人形
加美町の切込焼記念館で

「加美町宮崎の切込焼記念館で16日、1920（大正9）年ごろに作られた「大正切込焼」のキューピー人形の特別公開が始まった。切込焼復興に取り組んだ一人、沼田秀平・旧宮崎村長の生誕130年にちなんで企画された。

キューピー人形は高さ15・9センチの白磁製。上薬を使わずに焼いた後に髪、唇、目に彩色が施されている。同館の畠山静子学芸員は「地域に住む90代の所蔵者から『昔はたくさんあった』と聞いた。子供のおもちゃとして輸出も考えて多く作られたとみられるが、他に現存品は確認できない」と話す。」との記述がある。

大正9年当時、宮城県加美町宮崎村にて、大正切込焼で多数のキューピー人形が

製造されたものである。

(2-3-14) 町長日記 (乙21)

宮城県加美町長猪股洋文の「町長日記」(乙21)には、以下の記述がある。

宮崎町史によると、大正7年、当時の森正隆宮城県知事と安藤源次郎勸業課長が切込焼の復興に熱意を持ち、宮崎製糸場経営者岩渕丈太郎と後の宮崎村村長沼田秀平に相談を持ち掛け、宮崎出身の窯業研究家古内熊太郎の協力を得て、現在の宮崎支所の西側に窯を築いたのです。キューピーはここで誕生しました。

途絶え、代わって瀬戸のビスク人形が飛ぶように売れたのです。

その情報は、宮崎の地にも届いていたはずで、そこで、復活した切込焼でキューピーを生産し、外貨獲得の旗頭にしようとしたのでしょう。実際、アメリカへ輸出するため、仙台から宮崎まで鉄道を引く計画も練っていたようです。大正8年に設立された仙台鉄道も延ばせようとしていたのかもしれない。

すなわち、瀬戸のビスク人形が飛ぶように売れたという情報により、復活した切込焼でキューピーを生産することが企画され、そのために仙台から加美町宮崎村まで仙台鉄道を延ばせようとする計画も練られたとのことである。

以上のとおり、「キューピー人形」及び「K e w p i e」、「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) 引用商標等とローズ・オニール作成の人形の図形とその名称との対比

(3-1) 引用商標等の構成

中島董一郎商標を含め引用商標2乃至5は人形の図形と「KEWP I E」、「k e w p i e」の英文字、「キューピー」のカタカナ文字からなり、引用商標1, 6は人形の図形のみからなる。

引用商標等を構成する人形の図形部分と文字部分、ローズ・オニールの人形の図形とその名称とそれぞれ対比する。

(3-2) 中島董一郎商標及び引用商標1乃至6の図形部分について

(3-2-1) 中島董一郎商標及び引用商標1乃至6を構成する図形の特徴

全体的な特徴としては、

(3-3-1) 中島董一郎商標及び引用商標2乃至5を構成する文字部分

中島董一郎商標及び引用商標2乃至5の「KEWP I E」、「k e w p i e」の英文字、「キューピー」のカタカナ文字が配されており、それぞれ「KEWP I E」、「k e w p i e」、「キューピー」と認識され、いずれも「キューピー」の称呼を生じる。

(3-3-2) 中島董一郎商標及び引用商標2乃至5を構成する**文字部分**とローズ・オニールの創作にかかる**名称**の対比

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「K e w p i e」と名付けたものである（「キューピー村物語」(乙7)の25頁）。

「K e w p i e」は日本語で「キューピー」と表記される。

「K e w p i e」、「キューピー」はいずれも「キューピー」の称呼が生じる。

従って、「K e w p i e」、その大文字表記「KEWP I E」はローズ・オニールの人形の名称と同一であり、「キューピー」はローズ・オニールの人形の名称の日本語表記であり、ローズ・オニールの人形の名称と同一の称呼である。

中島董一郎商標及び引用商標2乃至5を構成する英文及びカタカナの文字は、ローズ・オニールの創作にかかる名称と同一または類似する。

(4) 中島董一郎商標及び引用商標1乃至6は多数の法律・条約等に違反する。

(4-1) 旧商標法違反

中島董一郎商標は大正11年4月1日出願であるから、有効性判断は出願時法である旧商標法が適用される。

大正11年7月8日発行の「商標法講話」(乙41)は、第2条1項11号「商品ノ誤認又ハ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」について、次のとおり記述するものである。

「一、商品ノ誤認又ハ混同ヲ生セシムルノ虞アル商標ハ之ヲ登録セズ(商二I(11))

(1) 「商品ノ誤認」トハ商標ト商品トノ間ノ不實関係ノ爲世人ヲシテ其ノ商品ノ品

質眞價ヲ誤信セシムル場合ヲ指シ「商品ノ混同」トハ商標ト商品トノ間ノ不實關係以外ノ事情ノ爲商品ノ出所ヲ同一ナリト思ハシムル場合ヲ謂フ趣旨デアル、例ヘバ砂糖蜜ノ商標トシテ蜂ノ圓形ヲ用キ赤色混成酒ニ葡萄ノ圓形ヲ用キ又海老肉以外ノ羊羹ニ海老羊羹ノ文字ヲ用キルガ如キハ其ノ商品ヲ蜂蜜、葡萄酒、海老肉入羊羹ノ如ク思ハシムル虞アルモノニシテ之前者ノ例デアル、又商品混同ノ場合トハ例ヘバ商品自轉車自働車ニ對スル甲ノ商標ヲ乙ガ其ノ商品ノ構成部分ニ對シ使用スルガ如キハ其ノ一例ニシテ此場合需要者ハ乙ノ商品ヲ甲ノ制作販売品ナリト混同スルノ虞アルモノデアル、而シテ本號ガ前者ノ場合ヲ包含スルコトハ何等疑ナキ所ナルカ尚本號ガ後者ノ如キ商品ト商標トノ間ノ不實關係以外ノ事情ニ依リ商品ノ出所混同ノ虞アル場合ヲ分チテ規定シタノハ後段ノ如キ場合ガ舊法第二條第三號後段ノ所謂世人欺瞞ノ商標ニ該當スルヤ否ヤニ付問題ヲ生ジタルヲ以テ之ヲ明確ナラシムル爲舊法ニ「世人ヲ欺瞞スルノ虞アルモノ」トアルヲ「商品ノ誤認」又ハ「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」ニ分チ後段ノ規定ニ依リ問題ヲ積極ニ決シタルニ外ナラナイ、予ハ舊法ニ於イテモ新法ト同様ニ解スベキモノト信ズ」

すなわち、商品の誤認とは商標と商品との間の不実関係のため、商品の品質眞価値を誤信させる場合を指し、砂糖蜜の商標に蜂の図形を用いたり、赤色の混成酒にブドウの図形を用いたり、海老肉以外の羊羹に海老羊羹の文字を用いるがごときはその商品を蜂蜜、葡萄酒、海老肉入り羊羹のごとく思わせるおそれがあるので前者の例である。

商品混同の場合とは、例えば、商品自転車自動車に対する乙の商標を乙がその商品の構成部分に対して使用するがごときはその一例であって、この場合需用者は乙の商品を乙が製作販売した商品であると混同するおそれがあるものである。

そこで、本号が前者の場合を包含することは何らの疑いないところであるが、本号が後者のごとき商品と商標との間の不実関係以外の事情により商品の出所混同のおそれある場合を分けて規定したのは、後段のごとき場合が旧法第2条第3号後段の「世人を欺瞞するおそれあるもの」とあるを「商品の誤認」又は「商品の混同を生じさせるおそれあるもの」に分けて後段の規定により問題を積極的に決したことに他ならない。」と記述するものである。さらに、

「(3) 以上述べた所ニ依リ本号ハ商標ガ世人ニ及ボス各般ノ事情ヲ綜合シテ判定スベキモノナルガ故ニ本号ノ適用アル場合ハ (イ) 商標ト商品トノ不實關係例ヘハ砂糖蜜ニ蜂ノ圖形ヲ使用スルガ如キ場合 (ロ) 類似商品ト云ヒ得ザルモ尚接近セル商品ニ (完成品ト構成部分トノ間ニ此問題ヲ生シ得ルコトアリ) 有名ナル他人ノ商標ヲ使用スルトキ例ヘハ現在ニ於テハ足袋ノ商標タル「福助」又ハ「つちや」印ヲ他人ガ護謨足袋底ノ商標トシテ使用スルトキ (ハ) 一人ガ同一又ハ類似ノ商標ヲ多数ノ異種商品ニ付各別ニ登録ヲ受ケ其ノ者ガ「デパートメントストア」経営ヲ為セルトキニ於テ僅少ナル殘種ノ商品ニ付他人ガ其ノ商標ヲ使用スルトキ (ニ) **商品ニ關係ナクトモ非常に著明ナル商標ヲ他人ガ別種ノ商品ニ使用スルトキ等ナリトス**」

すなわち、以上述べたところにより、本号は商標が世人に及ぼす各般の事情を総合して判定すべきものであるが故に、本号の適用ある場合は、(イ) 商標と商品との間に不實關係、例えば、砂糖蜜に蜂の図形を使用するがごとき場合、(中略)

(ニ) 商品に關係なくとも非常に著名な商標を他人が別種の商品に使用するとき等である。」

以上のとおり、本件商標の登録当時、旧法2条1項11号に規定される「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」とは、「商品に關係なくとも非常に著名な商標を他人が別種の商品に使用するとき」は「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞」があると解されたものである。すなわち、「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞」において、当該著名商標がどこの誰が権利者であるかということを世人が知ることを要求するものではなく、商品に關係なくとも著名な商標を他人が別種の商品に使用することによって、商品の混同のおそれがあると判断されるものである。

中島董一郎商標の指定商品「醤油、ソース、ケチャップ、酢類一切」に使用するにおいては、世人は当該商品が著名な「キューピー人形及びその名称「キューピー」と關係があるかの誤認、すなわち、商品の混同のおそれがあると判断されるものである。

したがって、本件登録商標は、旧法2条1項11号に規定される「商品ノ誤認又ハ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」に該当する。よって、同法16条1項1号により無効にすべきものであることは明らかである。

(4-2) 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」乙6・17頁）。

(2) 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（乙第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) 中島董一郎商標出願時の著作権法

中島董一郎商標出願時において、著作権法（明治32年3月4日法律第39号（大正9年9月9日施行）は、次のとおり規定する。

「第一章 著作者ノ権利

第一条 文書演述図画建築彫刻模型写真演奏歌唱其ノ他文芸學術若ハ美術ノ範圍ニ属スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス

（中略）

第二十九条 著作権ヲ侵害シタル者ハ偽作者トシ本法ニ規定シタルモノノ外民法第三編第五章ノ規程ニ従ヒ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任ス

第三十七条 偽作ヲ為シタル者及情ヲ知テ偽作物ヲ発売シ又ハ頒布シタル者ハ五十円以上五百円以下ノ罰金ニ処ス」

すなわち、「図画（中略）美術ノ範圍ニ属スル著作物」について著作者がその著作物を複製する権利を専有するものであって（1条）、著作権を侵害したものは損害賠償の責任を負う（29条）ほか、偽作をなした者には罰金刑が処断される（37条）ものである。

キューピー人形の図形は「図画（中略）美術ノ範圍ニ属スル著作物」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、本件出願時以後において、本件商標を使用することは、「著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」る著作者の権利を侵害するものである。

すなわち、中島董一郎商標を使用する行為は旧著作権法に違反し、民事・刑事の責任を負う違法行為である。

(4) 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）。

中島董一郎商標及び引用商標1乃至6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切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、中島董一郎商標及び引用商標1乃至6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。

以上のとおり、中島董一郎商標及び引用商標1乃至6は著作権法に違反して作成、複製されてきたものであり、著作者ローズ・オニール的人格的利益・著作財産権を侵害し、その使用は公序良俗に違反する。

（4-3） 不正競争防止法違反

(1) 不正競争防止法（昭和9年3月27日法律第14号）は、

「第一条 不正ノ競争ノ目的ヲ以テ左ノ各号ノ一ニ該当スル行為ヲ為シタル者ハ被害者ニ対シ損害賠償ノ責ニ任ズ

一 本法施行ノ地域内ニ於テ取引上広く認識セラルル他人ノ氏名、商号、商標、商品ノ容器包装其ノ他他人ノ商品タルコトヲ示ス表示ト同一若ハ類似ノモノヲ使用シ又ハ之ヲ使用シタル商品ヲ販売若ハ拡布シテ他人ノ商品ト混同ヲ生ゼシムル行為

2 前項ノ行為ヲ為シタル者ニ対シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ其ノ行為ノ差止ヲ命ズルコトヲ得」と定め、周知の商標、商品等表示と同一または類似のものを使用して、他人の商品と混同を生じさせる行為は不正競争とし（1条1項）、行為の差止と損害賠償の責任を認めた（1条2項）。

「本法施行ノ地域内ニ於テ取引上広く認識セラルル他人ノ」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は不正競争に他ならない。

(2) 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、中島董一郎商標及び引用商標1乃至6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。

（4-4）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。

中島董一郎商標及び引用商標１乃至６は、上記第６条の２（１）項に該当するものであり、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。

（４－５）ＴＲＩＰＳ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：ＴＲＩＰＳ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。

（４－６）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。

中島董一郎商標及び引用商標1乃至6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。

(4-7) 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
(乙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。」(乙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。

(4-8) 中島董一郎商標及び引用商標1乃至6は剽窃の出願によって登録されたものであり、出願に不法性がある。以下、説明する。

まず、「剽窃」の意味は次のとおりである。

(1) ひょう - せつ [へウ -] 【×剽窃】

[名] (スル) 他人の作品や論文を盗んで、自分のものとして発表すること。「他人の論文を剽窃する」

出典 | 小学館デジタル大辞泉について

(2) ひょうせつ 【剽窃】

(名) スル

他人の作品・学説などを自分のものとして発表すること。剽賊。「他人の意匠を一する」

出典 | 三省堂大辞林 第三版

(3) ひょうせつ 【剽窃】 (「剽」は、かすめとる意) 他人の詩歌・文章などの説または文句をぬすみ取って、自分のものとして発表すること。

出典 | 広辞苑第3版 (乙23)

(4) ひょうせつ 【▼剽窃】 (名・サ変他) 人の文章などを、自分のもののように発表すること。盗み書き。盗作。盗載。plagiarism

出典 | 講談社カラー版日本語大辞典第二版 (乙24)

これら辞典の意味から、剽窃とは、「他人の作品、論文、詩歌・文章、説、文句」などの知的創作を「盗みとって」「自分のものとして発表すること」であり、簡潔に言えば、「他人の知的創作を盗み取って自分のものとして発表すること」と言えよう。

(4-9)「キューピー物語」(乙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、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、高碓氏の話を読み、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、高碓氏の話を読み、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。

本件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も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。

まさに、著名標章の著名性にただ乗りする意図、他人の知的財産を自己のものとして出願し権利化を図るといふ「不正な目的」が如実に表されているものである。

キューピー人形のコレクターであり、キューピー人形をこよなく愛した「キューピー物語」(乙6)の著者大澤秀行氏が、キューピー商標の出願の経緯を詳細に記

載して、かかる事実関係を広く世に公表したことは、請求人がキューピー人形の図形と「k e w p i e」の名称を独占したことを世に問い、請求人のかかる行為を告発・弾劾する意図に基づくものと推測される。

(4-10)「月刊政経人」(乙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碓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、高碓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 -

請求人の創始者である中島董一郎は先輩で東洋製缶株式会社の高碓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、高碓達之助は「それならキューピーだよ」と、断定口調で答えた。

その回答を得て、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」と応答したものである。

上記においては、中島董一郎が、他人の知的創作である「キューピー」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」と発言したものであり、著名標章の著名性にただ乗りする意図、他人の知的財産を自己のものとして出願し権利化を図るという「不正な目的」が如実に表されているものである。さらに、「月刊政経人」(乙25) 192頁には、下記の記述がある。

「キューピーマヨネーズを毎日の食膳に」をキーワードに三十行広告を毎日、同じ箇所に掲載し続けた結果、商品名は広く知られるようになり、大正十五年の売上げは一千函に達した。広告の威力を知った董一郎は、

「宣伝費は経費で処理せず、資本として蓄積すべきである」

と言って、それ以降、年間売上額をそっくり宣伝に注ぎ込んだ。新聞広告だけでなく、人気絶頂の女優、栗島すみ子をポスターのモデルに使い、北蓮蔵や中川紀元、伊原宇三郎らの一流画家に広告図案と絵を描いてもらい、その斬新さで世人の注目を浴びた。

請求人創始者の中島董一郎は「宣伝費は経費で処理せず、資本として蓄積すべきである」と言って、それ以降、年間売上額をそっくり宣伝に注ぎ込んだ。」と記述されている。他人の著名な知的創作を剽窃し、その並外れた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、年間売上額をそっくり宣伝費に使っても、なりふり構わず、キューピー商標の著名性を冒用しようとする不正の意図が明らかにされているものである。

すなわち、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、創始者中島董一郎による、不正の目的による出願・登録から、今日に至るまでそのまま綿々と引き継ぐものに他ならない。かかる不正の目的によって登録された商標はいかなる時点においても、商標法の保護を受けることがあってはならない。

(4-11) 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(乙26)。

(4-12) 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日付請求人作成のホームページ（乙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、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（乙27の2）にも、同一の記載が存在する。

（4-13） 尊優美著「商標のただ乗り」の問題」（乙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、従つ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、従つ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。

(4-14) 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、

POPEYE



ポパイ

審決は、次のとおり判示するものである。

「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っていた漫画「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。したがって、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）

以上のとおり、ポパイ商標について、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（乙29）。

（4-15）知的財産高等裁判所平成23年（行ケ）第10400号（平成24年6月27日第2部判決）（乙32）は、次のとおり判示する。

「ターザン（T a r z a n）」の語は、米国の作家バローズの手になる小説シリーズ「ターザン・シリーズ」に登場する主人公の名前であり、本件商標登録査定時（平成22年7月6日）の時点において、日本におけるその著作権は存続していたし、派生的著作物にはなお著作権が存続し続けていたものである。バローズから「ターザン・シリーズ」のすべての書籍に関する権利を譲り受けた原告は、オフィシャル・ウェブサイトを通じ、ターザンに関する諸々の作品及びバローズの業績を伝承・解説するとともに、「ターザン・シリーズ」を含めたバローズに関する小説、パルプ雑誌、映画、ラジオ放送作品、テレビ放送作品、コミックスなどのあらゆる作品を収蔵したオンラインアーカイブを作成・提供するなど、「ターザン」の原作小説及びその派生作品の価値の保存・維持に努めるとともに、米国のみならず世界各国において「ターザン」に関する商標を登録して所有したり、ライセンス契約の締結・管理に関わることによって、その商業的な価値の維持管理にも努めてきた。このように一定の価値を有する標章やキャラクターを生み出した原作小説の著作権が存続し、かつその文化的・経済的価値の維持・管理に努力を払ってきた団体が存在する状況の中で、上記著作権管理団体等と関わりのない第三者が最先の商標出願を

行った結果、特定の指定商品又は指定役務との関係で当該商標を独占的に利用できるようになり、上記著作権管理団体による利用を排除できる結果となることは、商標登録の更新が容易に認められており、その権利を半永久的に継続することも可能であることなども考慮すると、公正な取引秩序の維持の観点からみても相当とはいえない。被告は、「T a r z a n」の語の文化的・商業的価値の維持に何ら関わってきたものではないから、指定商品という限定された商品との関係においてではあっても「T a r z a n」の語の利用の独占を許すことは相当ではなく、本件商標登録は、公正な取引秩序を乱し、公序良俗を害する行為とすることができる。

(3) 当裁判所は、以上の点を総合して勘案し、本件商標は商標法4条1項7号に該当すると判断するものである。

すなわち、上記知財高裁判決は、「指定商品という限定された商品との関係においてではあっても「T a r z a n」の語の利用の独占を許すことは相当ではなく、本件商標登録は、公正な取引秩序を乱し、公序良俗を害する行為とすることができる」とし、商標法4条1項7号（公序良俗違反）を認定したものである。

(4-16) 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（乙33）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）。」

この判例は請求人が当事者である確定判決であり、裁判所が認定した判断として先例的価値を有する。

（4-17）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（乙34）は、以下の事実を認定するものである。本判決はその後確定した。

「(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、頭髪と思しきものが主として頭頂部のみにあり、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。」

この判例は請求人が当事者である確定判決であり、裁判所が認定した判断として

先例的価値を有する。

(4-18) 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 (K e w p i e)」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。

これらの判決が認定したのとおり、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「K e w p i e」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「K e w p i e」(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」ことに帰結するものである。

(4-19) 請求人による全区分出願・登録

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」、「K E W P I E」などからなる、キューピー関連商標を524件を出願し、登録し、あるいは譲り受けたものである(乙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(乙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」という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。

(4-20) 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、中島董一郎商標及び引用商標1乃至6は、かかる知的財産に係わる公序に違反するものであり、商標法の保護を受ける法的利益を欠くものである。

(5) 中島董一郎商標及び引用商標1乃至6は**国際信義に違反**する商標である。

(5-1) 請求人の創始者中島董一郎は、本件商標出願前に、アメリカ合衆国において、キューピー人形が人気を博し、キューピー人形及びその名称「キューピー」が広く知られていたことを了知していたものである。

中島董一郎の一生を記述した「中島董一郎譜」(乙35)には、以下の記述がある。

「大正4年3月(32歳)

欧州の戦乱いよいよ急を告げ、英国に止まる事もむずかしくなったので、ロンドンよりリバプールに出て、英国船ラブランド号(18,000トン)に乗船、ニューヨークに向け出港した。10日の船旅でニューヨークに着。(中略)妹さだの夫、林尚志の家に旅装を解く

大正4年12月9日

サンフランシスコ発のシアトル丸に乗船、帰国の途につく」

同5年1月1日(33歳) 横浜港入港」

すなわち、中島董一郎は大正4年（1915年）3月に米国ニューヨークに到着し、同年12月9日まで米国に滞在していたものである

（5-2）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」（乙8）には、

「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。

また、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（乙34）は、「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。」と記述されている。

中島董一郎は1915年3月から同年12月9日まで米国に滞在していたものであり、米国においてキューピー人形が人気を博したこと、キューピー人形及びその名称「キューピー」が米国で広く知られていたことを見聞しえたものであり（乙35）、外国の著名標章を自らのものとする、国際信義に違反する不正な目的にて中島董一郎商標を出願したものである。

（5-3）請求人による米国におけるキューピー商標の権利取得

米国特許商標庁の商標電子検索システム（TESS）にて商標「kewpie」かつ商標権者「kewpie」かつ商標権者「kabushiki」の検索式にて検索し、請求人キューピー株式会社が米国において保有するキューピー関連商標を検索した結果、2018年10月13日時点において、12件がヒットした（乙36）。このうち、12件のうち存続中の商標は5, 8, 10, 11, 12番を除く7件でありその概要は各検索結果のとおりである。これら12件のうち7番の商標（米国商標登録4838773号）は、下記のとおり、キューピー人形と「KEWPIE」の文字からな

る商標である。



(5-4) 請求人による米国におけるキューピー商標の権利行使

米国特許庁の商標審判及び上訴検索システム (TTABVUE) にて、検索した結果、請求人キューピー株式会社は米国において「KEWPIE DOLL」なる商標に対して、権利行使をしたものである (乙37)。

すなわち、請求人は、キューピー人形及びその名称「キューピー」の創作者の母国であり、かつ、本件「キューピー人形」の著作物の第1発表国である米国において、他人の創作物を自らのものとして登録したキューピー関連商標に基づいて権利行使をしたものである。

かかる行為は他国の会社が日本の著名なアニメ作品の画像や名称を日本で商標登録して日本で権利行使するに等しく、正に、**国際信義に反する**行為である。

(5-5) 世界における請求人によるキューピー関連商標の権利取得

世界知的所有権機関 (WIPO) が提供する国際商標データベースによって、商標「kewpie」かつ商標権者「kewpie」かつ「kabushiki kaisha」の検索式にて検索したところ、103件の商標が検索された (データベースは100件までしか表示されていないため101番から103番は昇順に表示した) (乙38)

データベースの検索結果によると1957年11月25日にドイツにて本件登録商標と同じく、キューピー人形と「KEWPIE」およびカタカナ「キューピー」からなる商標が出願されたのを皮切りに、2018年にはマレーシアにて「KEWPIE」等の文字商標が出願されたものである。

このデータベースサーチが示すとおり、請求人は全世界において、他人の知的創作であるキューピー人形及びその名称「キューピー」を権利化を図っているものであり、請求人による他人の知的創作の剽窃行為は全世界規模に及んでいるものである。かかる行為は、国際信義にもとる行為に他ならない。

(5-6) 知的財産高等裁判所平成17年(行ケ)第10349号平成18年9月20日判決(「赤毛のアン」原題事件)(乙42)

商標

(ANNE OF GREEN GABLES)

〔1〕本件商標は、世界的に著名で高い文化的価値を有する作品の原題からなるものであり、我が国における商標出願の指定商品に照らすと、本件著作物、原作者又は主人公の価値、名声、評判を損うおそれがないとはいえないこと、〔2〕本件著作物は、カナダ国の誇る重要な文化的な遺産であり、我が国においても世代を超えて広く親しまれ、我が国とカナダ国の友好関係に重要な役割を担ってきた作品であること、〔3〕したがって、我が国が本件著作物、原作者又は主人公の価値、名声、評判を損なうおそれがあるような商標の登録を認めることは、我が国とカナダ国の国際信義に反し、両国の公益を損なうおそれが高いこと、〔4〕本件著作物の原題である「ANNE OF GREEN GABLES」との文字からなる標章は、カナダ国において、公的標章として保護され、私的機関がこれを使用することが禁じられており、この点は十分に斟酌されるべきであること、〔5〕本件著作物は大きな顧客吸引力を持つものであり、本件著作物の題号からなる商標の登録を原告のように本件著作物と何ら関係のない一民間企業に認め、その使用を独占させることは相当ではないこと、〔6〕原告ないしその関連会社と本件遺産相続人との間の書簡による合意内容などに照らすと、原告による本件商標の出願の経緯には社会的相当性を欠く面があったことは否定できないことなどを総合考慮すると、本件商標は、商標法4条1項7号の「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」に該当し、商標登録を受けることができないものであるというべきである。

すなわち、本件判旨に沿うと、中島董一郎商標及び引用商標1乃至6は、(1)世界的に著名な本件著作物の価値を損うおそれがないとはいえないこと、(2)本件著作物であるキューピー人形は、米国で生まれた重要な文化的な資産であり、我が国においても世代を超えて広く親しまれ、我が国と米国の友好関係に重要な役割を担ってきた作品であること、(3)我が国が本件キューピー人形の価値、名声、評判を

損なうおそれがあるような商標の登録を認めることは、我が国と米国の国際信義に反し、両国の公益を損なうおそれが高いこと、(4) 本件著作物は大きな顧客吸引力を持つものであり、原告のように本件著作物と何ら関係のない一民間企業に認め、その使用を独占させることは相当ではないこと、(5) 本件商標の出願の経緯には社会的相当性を欠く面があったことは否定できないことなどを総合考慮すると、本件商標は、商標法4条1項7号の「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」に該当し、商標登録を受けることができないものであるということに帰着するものである。

本判決の基準に沿っても、中島董一郎商標及び引用商標1乃至6の登録は国際信義に違反するものである。

(6) 社会公共の利益に反し、社会の一般的道德観念に反すること

本件登録商標は、**主観的に**他人の知的財産を自己のものとして出願し権利化を図る「不正な目的」、**客観的に**ローズ・オニールの創作にかかるキューピー人形の図形と類似しかつ、ローズ・オニールの創作にかかる著名標章と同一であり、キューピー人形及びその名称「キューピー」の創作者の母国であり、かつ、本件「キューピー人形」の著作物の第1発表国である米国においては、多数のキューピー関連商標を出願、登録するばかりでなく、キューピー人形および「k e w p i e」の名称について権利行使をし、上記米国を含め全世界においては、103件のキューピー関連商標を出願し、登録するものであって、**国際的信義**に違反するものであり、

日本国内においてはキューピー関連商標を619件を出願し、登録し、あるいは譲り受けて、他人の知的創作である「キューピー人形の図形」、「キューピー」**商標の独占を図る**ものであって、かかる独占には何らの正当性は見出し得ず、その結果、**他者の商標選択の自由を阻害し、商標制度を悪用するもの**というべきであり、知的財産の秩序の根幹である公序に違反するものであるから、「社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道德観念に反するような場合」に該当するものである。

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、請求人の創始者である中島董一郎による、不正の目的に

よる本件登録商標の出願・登録から、今日に至るまでそのまま綿々と引き継ぐものに他ならない。

かような他人の知的財産を自己のものとして出願し権利化を図るのみならず、商標の全区分において、あるいは、国際的にも多数の商標登録の権利化を図る行為は、知的財産の秩序の根幹、すなわち公序に違反する行為であり、かかる知的財産の根幹の秩序に違反するかどうかの判断は、本件審決は請求人を名宛てにしてなされるものであるから、請求人による登録商標の利用状況も本件審判において「利害関係」の判断において考慮されなければならない。

(7) わが国特許庁の悪意の出願排除に向けての取り組み

(7-1) 悪意の出願排除に向けての特許庁の国際的取り組み

特許庁のウェブページには「2014年5月13日、特許庁は、香港で開催された第136回国際商標協会（INTA）年次総会の場において、「第2回悪意の商標出願セミナー」を開催しました。このセミナーは、日米欧中韓の商標五庁（TM5）の協力枠組みにおいて、我が国がリードして取り組んでいる「悪意の商標出願対策プロジェクト」の一環として開催したものと記述されている（乙39）。

すなわち、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ものであり、特許庁がその場で配布した資料（乙40）には以下の記述がある。

(3)不正目的による他人の周知商標と同一・類似商標の登録排除

商標法第4条第1項第19号（平成8年法改正により導入）

他人の業務に係る商品又は役務を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であつて、不正の目的（不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的をいう。以下同じ。）をもつて使用をするもの（前各号に掲げるものを除く。）

本号のポイント

- 他人の商標の**日本又は外国**における「**周知性**」
- 出願商標と引用商標との「**同一又は類似性**」



- 「**不正の目的**」

(6)4条1項19号における「不正の目的」の推認



前スライドに列記したような資料が揃わないとしても、次の要件①及び②を満たす出願商標は、「他人の周知な商標」と偶然一致したものとは認め難いことから、「不正の目的」をもって使用するものと推認する。

- ① 以上の外国において周知な商標又は日本国内で全国的に知られている商標と同一又は極めて類似するものであること
- ② その「他人の周知な商標」が造語よりなるものであるか、若しくは、構成上顕著な特徴を有するものであること

(商標審査基準)

既に主張・立証したとおり、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「K e w p i e」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「K e w p i e」（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。かかる商標は、出願、登録、使用のいかなる段階においても、商標法の保護の枠外に置かれなければならない。特許庁が同時に配布した資料には、以下の記述がある。

2. 事例(1)「iOffice2000」事件 (東京高裁平成13年(行ケ)205号)



「不正の目的」の判断にあたり認定された事実

- 米国権利者(A社)が、「Office97」の次期のバージョンアップ版であるオフィスソフトに「Office2000」との名称を使用することを平成10年6月16日に米国において公式発表し、それが日本でもマスコミ等で伝えられた後、A社の日本法人が平成10年11月11日に日本において「Office2000」の発表会を開催した。
- Xは、平成10年12月8日に本件商標を出願した。
- Xは、パソコンのソフトウェアの一種であるグループウェアを開発し、これを販売することを業とする会社である。

結論: 商標法第4条第1項第19号に該当する

- Xは、遅くとも本件商標の出願時の一か月以上前には、A社の次期オフィスソフトが近く「Office2000」として発売されること、これが既に著名な商標となっていることを十分に知りながら、これと類似する本件商標を出願し、その後これを使用したものである。
- Xは、A社の商標である「Office2000」の著名性にただ乗りする意図で、本件商標の出願をし、オフィスソフトと密接に関連することが明らかなグループウェアにこれを使用したものと認めざるを得ず、また、Xが本件商標を使用する結果として、A社の「Office2000」の著名性が希釈化されるおそれが大きいと認めざるを得ない。したがって、Xがその商品であるグループウェアに本件商標を使用することには、商標法4条1項19号にいう「不正な目的」があった。

上記判決は、「Office2000」の著名性にただ乗りする意図を認定し、著名性の希釈化のおそれを認定し、そして「不正な目的」を認定したものである。

特許庁が同時に配布した資料には、「悪意の商標出願に適用される条文の整理」として、以下の記述がある。

(2) 悪意の商標出願に適用される主な条文の整理



日本国内での周知性あり	海外でのみ周知性あり	国内外で周知性なし
商品役務が類似の範囲 →4条1項10号		
商品役務が非類似でも、出所の混同のおそれがあれば →4条1項15号		
出所の混同のおそれがなくても、不正の目的があれば →4条1項19号	日本国内での周知性がなくても、海外での周知性があり、かつ、不正の目的があれば →4条1項19号	
出願の経緯に不正がある等により、社会公共の利益に反し又は社会の一般的道徳観念に反するもの・国際信義に反するもの →4条1項7号		
商標使用の意思がなければ→3条1項柱書き		

3

「出願の経緯に不正がある等により、社会公共の利益に反し又は社会の一般的道徳的観念に反するもの・国際信義に反するもの →4条1項7号」と記載されている。

(7-2) 特許庁の基準による、現行4条1項7号（公序良俗違反）の当てはめこれを本件に当てはめると次のとおりである。

a 出願の経緯に不正

主観的には、請求人の創始者中島董一郎が、他人の知的創作である「キューピー」を「私の希望にぴったりのトレードマーク」とありとし「それを頂きます」と発言したものであり、著名標章の著名性にただ乗りする意図、他人の知的財産を自

己のものとして出願し権利化を図るという「不正な目的」が如実に表されているものである（乙6，25，27，35）。

客観的には、本件登録商標は中央に人形の図形を配し、その上部に同大同書体の「KEWP I E」、「k e w p i e」の英文字、人形の図形の下部に同大同書体の「キューピー」のカタカナ文字からなるところ、ローズ・オニール作成に係る人形及びその名称との対比において、ローズ・オニール作成に係る人形の図形と、ローズ・オニールの作成にかかる「キューピー」の名称を、そっくりそのまま自己のものとして権利化を図った、すなわち、剽窃したものである。

b 国際信義違反

請求人の創始者中島董一郎は米国においてキューピー人形が人気を博していたことを知り得たものであって、他国の知的創作を自らのものとして権利化したものであり、また、請求人はキューピー人形およびその名称キューピーを米国において多数、出願・登録したばかりか、キューピー人形及びその名称「キューピー」の創作者の母国であり、かつ、本件「キューピー人形」の著作物の第1発表国である米国において、キューピー人形および「KEWP I E」、「k e w p i e」の名称について権利行使をしたものである。のみならず、請求人は他人の知的創作であるキューピー人形およびその名称キューピーを、ドイツからマレーシアに至るまで全世界において103件の商標出願、登録を行ったものであり、かかる行為は、国際信義に違反する。

c 社会公共の利益に反する

請求人創始者である中島董一郎による本件登録商標の出願における不正の目的は、本件商標の登録から今日に至るまで、請求人によってそのまま綿々と引き継がれているものであって、その結果、請求人は日本国内においては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、キューピー人形の創作者の母国である米国を始め、全世界において、他人の知的創作である「キューピー人形の図形」、「キューピー」、「KEWP I E」、「k e w p i e」商標を出願・登録し、「キューピー」関連商標独占を図るものであって、かかる独占には何らの正当性は見出し得ない。

なんらの正当性の根拠のない請求人による「キューピー」関連商標の独占はその結果、他者の商標選択の自由を阻害するものであって、まさに商標制度を悪用するものというべきであり、知的財産の秩序の根幹である公序に違反するものであるから、「社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道徳観念に反するような場合」に該当するものである。

請求人によるこれら「社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道徳観念に反する」行為は、大正11年4月1日に請求人創始者中島董一郎による商標出願に由来するものであり、請求人による公序良俗行為の始原に他ならない。

請求人がかかる商標をいかに永く使用したとしても、「社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道徳観念に反するような場合」に該当する以上、商標法の保護を受ける余地はなく、中島董一郎商標は旧法2条1項4号「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」に該当するものであり、中島董一郎商標と類似する引用商標1乃至6は現行商標法4条1項7号（公序良俗違反）に該当するものであるから、商標法の保護を受ける法的利益を欠くものである。

なお、「登録第〇〇〇号商標の登録を無効とする。」という審決は、当該登録商標を名宛人として行われるものではなく、審判請求の当事者である被請求人に対して行われるものである。請求人が中島董一郎商標を初め引用商標1乃至6をどのように使用してきたか、審決のときまでに生じた利用態様も踏まえて、請求人のこれら商標が商標法の保護を受ける法的利益を有するかどうか判断されなければならない。

(8) 小括

請求人が無効理由として引用する引用商標2乃至5は、中島董一郎商標と同じく、キューピー人形の図形と「KEWPIE」「kewpie」の英文字、「キューピー」のカタカナ文字からなり、引用商標1、6は中島董一郎商標のキューピー人形の図形のみからなり、請求人の創始者中島董一郎が出願した商標（商標登録第147269号）と類似であるところ、引用商標1乃至6は、請求人創始者中島董一郎による商標出願と同じく、ローズ・オニール作成に係る人形の図形と、ローズ・

オニールの作成にかかる「k e w p i e」の名称を、著名標章の著名性にただ乗りする意図、他人の知的財産を、自己のものとして権利化を図った、すなわち**剽窃した**ものであり、**出願の経緯の不正、国際信義違反、社会公共の利益に反する**という事情があり、「社会公共の利益に反し、又は、社会の一般的道徳観念に反するような場合」に該当する。

以上のとおり、中島董一郎商標は旧法2条1項4号「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」に該当し、引用商標1乃至6は現行商標法4条1項7号（公序良俗違反）に該当するものであるから、商標法の保護を受ける法的利益を欠くものである。

結局、請求人が無効理由として引用する引用商標1乃至6は、中島董一郎商標と共にいずれも法的保護を受ける利益がないものであり、請求人は本件無効審判請求の利害関係がなく本件無効審判請求は不適法であるから、本件審判請求を却下することを求める。

7-3 被請求人の主張（その2）商標法第4条第1項第11号該当性について

商標法第4条第1項第11号に関しては、いくつかの最高裁判決があり、類否判断の指針となる。

（1）昭和37年（オ）第953号審決取消請求事件最高裁第1小法廷判決（昭和38年12月5日）「リラ宝塚事件」

請求人が引用する本判決は、「商標はその構成部分全体によって他人の商標と識別すべく考案されているものであるから、みだりに、商標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定するがごときことが許されないのは、正に、所論のとおりである。」と商標の類否判断の原則を述べ、その上で、「簡易、迅速をたつとぶ取引の実際においては、各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められない商標は、常に必ずしもその構成部分全体の名称によつて称呼、観念されず、しばしば、その一部だけによつて簡略に称呼、観念され、一個の商標から二個以上の称呼、観念の生ずることがあるのは、経験則の教えるところである（昭和三十六年六月二三日第二小法廷判決、民集一五卷六号一六八九頁参

照)。」と判示するところである。

すなわち、「各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められ」る場合は、「みだりに、商標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定するがごときことが許されない」と結論するものである。

(2) 昭和39年(行ツ)第110号商標登録出願拒絶査定不服抗告審判審決取消請求事件最高裁第三小法廷判決(昭和43年2月27日判決)「冰山事件最高裁判決」

請求人が引用する本判決は、「商標の類否は、対比される両商標が同一または類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによつて決すべきであるが、それには、そのような商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によつて取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察すべく、しかもその商品の取引の実情を明らかにしうるかぎり、その具体的な取引状況に基づいて判断するのを相当とする。」と、類否判断の原則を述べた上で、さらに、「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。」と判示するものである。

(3) 平成19年(行ヒ)第223号審決取消請求事件最高裁判所第二小法廷(平成20年9月8日判決)「つつみのおひなっこや事件」

本判決は、商標法第4条第1項第11号の商標の類否について、次のとおり判示するものである。

「(1) 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、称呼等によつて取引者、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）。」

（4）本件商標の構成、外観、観念、称呼については、請求の理由の認否において述べたとおりである。

すなわち、本件商標は「左部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、右部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）を注視している構図」の外観を生じる。

本件商標は、上記の外観から「白衣を着て聴診器を持った医師（すなわちドクトル）が外壁補修の要否を点検している観念」が生じる。

本件商標は上記の外観及び観念から、商標右部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。

「つつみのおひなっこや事件」最高裁判決が判示するとおり、「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，許されない」ものであり、本件商標においては、請求人が引用する部分は、「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」ではなく、また、請求人が引用する部分「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」ではないことは明らかである。

本件商標は、引用商標 1 乃至 6 と外観、観念、称呼のいずれも類似しない。

(5) 商標中に法的に保護されない部分は除外して、商標の類否判断を行わなければならない。

請求人は、「需要者・取引者にとっては、このキューピー図形が、強烈なインパクトを与え、それが強く記憶に残り、それを以てその後の取引がなされていくのであるから、このキューピー図形は、役務（塗装工事等）の出所識別標識として強く支配的な印象を与える部分に当たるのである。」

「本件商標からは、「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」の観念を生じるとの判断がなされて然るべきであり、このような判断こそが前記最高裁判決の説示に適った判断というべきものである。」などと主張するものであり、請求人のこれら主張に対して争う旨、答弁したとおりである。

さらに、被請求人の主張を追加する。

引用商標 1 乃至 6 を構成する、人形の図形と「KEWP I E」、「k e w p i e」の英文字、「キューピー」のカタカナ文字は、先に述べたとおり、商標法 4 条 1 項 7 号（公序良俗違反）に該当するものであって商標法の保護を受ける法的利益を欠くものであるから、引用商標等においてその部分は権利が認められないものである。すなわち、人形の図形と「KEWP I E」、「k e w p i e」の英文字、「キューピー」のカタカナ文字は、商標の類否判断において、引用商標から除外しなければならない。

商標法の保護を受ける法的利益を欠く部分を除外した結果、引用商標 1 乃至 6 は空虚な商標に帰することとなるから、引用商標 1 乃至 6 と本件商標は類似しない。

以上のとおり、本件商標と引用商標 1 乃至 6 は類似するものではないから、本件商標は、商標法第 4 条第 1 項第 1 1 号に該当するものではない。

7-4 被請求人の主張（その 3）商標法第 4 条第 1 項第 1 5 号該当性について

(1) 平成 15 年（行ケ）第 192 号審決取消請求事件

自動車のタイヤ様のものの上を歩いているキューピー人形よりなる商標（登録第3248687号）について、特許庁の商標登録無効とすると審決に対する審決取消訴訟において、東京高等裁判所は「被告A（代理人による注記：請求人のこと）の引用商標が、引越運送業務を含む「貨物自動車による輸送」の分野における一般の取引者、需要者の間において、被告A又はその関連会社を示すものとして広く知られているものと認めることはできない。

（中略）被告Aの引用商標の周知性が認められるマヨネーズ、ドレッシングその他の加工食品の製造販売と原告の主要な営業目的である引越運送業務を含む「貨物自動車による輸送」とは社会通念上著しく異なる業務に属することを総合すれば、被告（原文のママ）が本件商標を引越運送業務を含む「貨物自動車による輸送」業務に使用したとしても、被告A又はその関連会社による役務と混同するおそれがあると認めることはできないというべきである。」と判示した。

（2）平成15年（行ケ）第103号 審決取消請求事件

「キューピー引越センター」登録第3370852号に対する無効審判において請求不成立審決に対する、請求人らによる審決取消訴訟において、東京高等裁判所は、「原告A（代理人による注記：請求人のこと）の引用商標1及び2は、マヨネーズ、ドレッシングその他の加工食品の分野あるいはこれに密接に関連する分野では原告Aを示すものとして広く知られているものの、その周知性の範囲は、マヨネーズ、ドレッシング、その他の加工食品及びこれと密接に関連する分野を超える分野については簡単には認めることができず、マヨネーズ、ドレッシングその他の加工食品の分野とは社会通念上著しく異なる業務と考えられている、引越業務を含む「貨物自動車による輸送」の分野においては、物流子会社である原告Bの営業活動を考慮しても、原告A又はその関連会社を示すものとして広く知られているものと認めることはできない。また、被告が本件商標（「キューピー引越センター」）をその指定役務に使用した場合には、被告が引越を主たる業とする会社であること、あるいは、被告が引越を基礎にして発展してきた会社であることが本件商標の構成自体から明らかとなるものであり、マヨネーズ、ドレッシング、その他の加工食品を

製造販売する原告Aと社会通念上著しく異なる業務について、原告A又はその関連会社が参入すると考えることも不自然であることからすれば、被告が本件商標を引越運送業務を含む「貨物自動車による輸送」業務に使用したとしても、原告A又はその関連会社による役務と混同するおそれがあると認めることはできない。」と判示した。

(3) 前述のとおり、本件商標は「左部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、右部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）を注視している構図」の外観、「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している観念」、「ドクトルガイヘキサン」の称呼が生じるものである。

本件商標は「白衣を着て聴診器を持った医師（すなわちドクトル）が外壁補修の要否を点検している」観念を生じるものであって、請求人が引用する商標等とは、外観、観念、称呼において全く相違し、被請求人の主要な営業業務である、住宅塗装、外壁の建設工事や塗装工事業への親和性が高いものであって、食品分野の商品や役務を想起させるものではない。

また、請求人が引用商標の周知性が認められると主張するマヨネーズ、ドレッシングその他の加工食品の製造販売の業務と、被請求人の主要な営業業務である住宅塗装フランチャイズ本部運営の業務、外壁の建設工事や塗装工事のフランチャイズ事業を含む「フランチャイズ事業の運営及び管理」とは、社会通念上著しく異なる業務である。

以上のとおりであるから、被請求人が本件商標を「フランチャイズ事業の運営及び管理」業務に使用したとしても、請求人による役務と混同するおそれはない。

従って、本件商標は、商標法第4条第1項第15号に該当するものではない。

(4) 引用商標1乃至6を構成する、人形の図形と「KEWP I E」、「k e w p i e」の英文字、「キューピー」のカタカナ文字は、先に述べたとおり、商標法4条1項7号（公序良俗違反）に該当するものであって商標法の保護を受ける法的利益

を欠くものであるから、本件商標は、商標法第4条第1項第15号に該当するものではない。

8 結論

第1に、請求人が無効理由として引用する引用商標1乃至6は、中島董一郎商標と共にいずれも法的保護を受ける利益がないものであり、請求人は本件無効審判請求の利害関係がなく本件無効審判請求は不適法であるから、本件審判請求を却下することを求める。

第2に、本件商標は、商標法第4条第1項第11号あるいは15号にいずれも該当するものではないから、本件審判請求は成り立たないとの審決を求める。

9 証拠方法

別添証拠説明書に記載のとおり。

10 添付書類の目録

- | | | |
|------------|------|------|
| (1) 答弁書 | 正本1通 | 副本2通 |
| (2) 各乙号証写し | 正本1通 | 副本2通 |
| (3) 証拠説明書 | 正本1通 | 副本2通 |