

令和2年（行ケ）第10028号審決取消訴訟事件

原告 ●●●●

被告 キューピー株式会社

準備書面（2）

令和2年7月17日

知的財産高等裁判所第4部 御中

原告訴訟代理人 弁護士 日野 修男

頭書の事件につき、原告は被告に対し、被告準備書面（1）に反論するとともに審決取消の理由を準備する。

第1 準備書面（1）への主張の追加

62頁 「(イ) 審決は「この間に、中島董一郎は、本件商標を出願（大正11年4月1日）したが、その出願に当たっては、農商務省の水産講習所時代の一年先輩であって、先に国内向けの缶詰の商標としてキューピー印を使用していた高碓達之助の承認を得ている。」とするが、本件商標にあたって高碓達之助の承認を得たという事実はなく誤りである。前述のとおり、大正14年3月中島董一郎が高碓達之助から登録175069号商標使用の許諾を受ける前の大正11年4月1日に本件商標は出願されていたものであり、その出願にあたって高碓達之助の承認を得たものではない。」の後に、否認の理由を更に追加する。

「準備書面（1）34頁に記述したとおり、中島董一郎が高碓達之助から承認を受ける必要があったのは、登録第175069号商標をマヨネーズに使用するにあたって第84209号商標を保有する日魯漁業株式会社の高碓達之助から、商標使用の許諾を取り付ける必要があったものである。このあたりの顛末は2019年1月30日付「マヨネーズは劇的進化 キューピー会長語る100年」（甲76の1）において、中島周キューピー会長が語るところである。」

第2 被告準備書面（1）への反論

1 本件商標について

被告は「原告は、本件商標の出願時の指定商品、登録後の商標権移転に係る事実認定につき指摘をするが、原告の各指摘事項は、本件審決の結論と何ら関係が無いため、本件審決の取消理由とは無関係のものである。」（1頁）とするので反論する。

本件商標の出願時の指定商品、登録後の商標権移転に係る事実認定は、前者については本件商標の無効事由の存否、後者については無効審判請求事件の当事者の認定および本件商標の不正目的の認定に必須である。とりわけ、準備書面（1）37頁から60頁において主張立証したとおり、被告は本件商標と同様のローズ・オニール創作に係る人形の絵図とローズ・オニール創作に係る人形の題号「KEWP I E」「キューピー」から構成される商標等キューピー関連商標470件を多数の商品区分・指定商品に出願し登録しあるいは譲り受けたものであって、「キューピー人形の絵図」「キューピー，KEWP I Eの名称」の商標的使用の**独占を図った**ものであり、本件商標出願後の被告のかかる行為は本件商標出願の不正目的を裏付けるものである。本件商標の権利承継の事実関係、更新登録を続けた者の特定、及び、権利承継した者が本件商標と同様の構成からなる商標をどのように出願し保有したかなどの事実は、本件商標の不正目的・公序良俗違反を基礎づける事実の認定において必須である。

また、商標無効審判事件の被請求人は出願人中島董一郎ではなく、本件商標の権利を承継した被告である。本件商標権は株式会社中島董商店、株式会社キューピー商会を経て、被告へ転々移転しているのであるから、審決における被請求人の当事者適格に関わる商標権の権利移転の事実を認定しないことは許されない。

さらに、商標法46条6号の商標登録後の後発的な公益的不登録理由の該当性判断においては更新登録の時期も特定する必要がある。本件商標が公序良俗に違反するかどうかは、出願人ではなく被告に対して判断されるべきところであり、転々移転した経緯を持つ本件商標において、権利移転事実を認定しない審決は判断を遺脱するものであって取り消されなければならない。

2 米国におけるキューピーの認知状況について

被告は「米国においては、熱狂的なファンはいるものの、我が国ほど誰でもが知り、身近なものと感じているとはいえないとされる（甲 6、甲 10、甲 12、甲 14）。」との認定を否認する。」と主張するが（2 頁）、審決は「米国においては、熱狂的なファンはいるものの、我が国ほど誰でもが知り、身近なものと感じているとはいえないとされる（甲 6、甲 8、甲 9、甲 14）。」（56 頁）とするものであって、被告の主張は審決が引用する証拠と異なる（下線が相違点）。

【求釈明】被告は、審決の証拠採否を誤りとするものであるか釈明を求める。

被告は「原告は、否認する理由も何ら明らかにしていない。」（2 頁末行）とするので、以下、説明する。

(1) 「キューピー物語」68 頁（甲 6 の 2）には右の記載がある。

「1913 年（大正 2 年）ドイツで最初の立体のキューピー人形が作られ、たちまち爆発的な人気は「キューピー・クレイズ（キューピー狂時代）」といわれ、米国内に止まらず、半世紀を越えて世界中を飛びまわるまでになった。ローズ・オニールのキューピーのイラストは、彼女が老後引退するまで、いろいろな雑誌上に人気ともども続いたのである。

1913年（大正2年）ドイツで最初の立体のキューピー人形が作られ、たちまち爆発的な人気は「キューピー・クレイズ（キューピー狂時代）」といわれ、米国内に止まらず、半世紀を越えて世界中を飛びまわるまでになった。ローズ・オニールのキューピーのイラストは、彼女が老後引退するまで、いろいろな雑誌上に人気ともども続いたのである。

「キューピー・クレイズ（キューピー狂時代）」といわれ、るほどの大流行をもたらしたと記述されているものである。

(2) 「キューピー村物語」76 頁（甲 7 の 2）（次頁）

同書には「さらに人気に拍車がかかり、キューピーは商品の広告に登場します。アイスクリームやカンヅメ、ゼリーのお菓子（Jell-O）の広告に採用されました。

（中略）当時のことを「キューピー狂時代」と呼ぶほど、キューピーは大ブームになっていったのです。」と記述されている。キューピーが雑誌に掲載されるとまたたくまに、米国において「キューピー狂時代」と言われるほどの大ブームとなり、キューピーのキャラクターが商品広告に使用されるまでになったのである。

米国で大人気のゼリーのお菓子「Jell-O」にキューピーのキャラクターが使用されている（次頁・甲 7 の 2）。

キューピー狂時代



They Wanted Jell-O

Do you remember the beautiful days when you used to be in the old days of home when you brought in the finest, most beautiful vegetables, or something else that was too common, and you had to grow up on them as a child or boy? Now the life has been Jell-O, and it is so delicious, bringing you and children in "home" and so easily prepared, and there is no reason why the little kids or anybody else should be disappointed in their dinner.

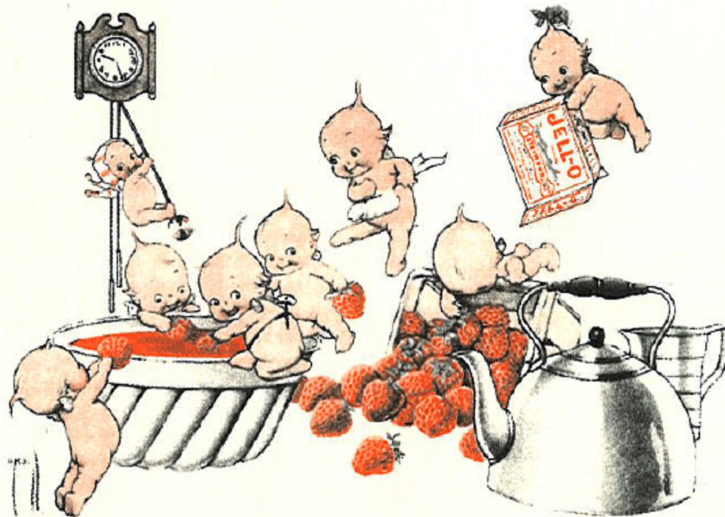
Creamy Desserts

That do not require any cream at all for making them, but sugar and sugar are added to perfection of Jell-O and of course they do not have to be cooked. To give you the best possible of the Jell-O we will send you a copy of the new Jell-O Book, which gives full instructions on the subject. If you will send us your name and address, in every case of delivery or correspondence there is a special when buying in a new important factor, and when it is used, Jell-O is the one thing the kids will not be missing for anything. Jell-O is made in six new fruit flavors: Raspberry, Lemon, Orange, Cherry, Chocolate. It is now priced 2 packages for 35 cents.

THE GENUINE JELL-O COMPANY, La. 801, N. W. Ave. Houston, Tex.

キューピーの雑誌連載はまたたく間に人気が高まり、次々と雑誌に連載されるようになりました。イラストとストーリーだけでものたりないというファンの声に^{こた}え、紙の切り抜き人形などが作られました。ところがキューピー人気はとどまるところを^は知りません。そこで、キューピー人形が作られるようになったのです。

さらに、人気に^は拍車がかかり、キューピーは商品の広告に登場します。アイスクリームやカンヅメ、ゼリーのお菓子 (Jell-O) の広告に採用されました。左のイラストはもちろん、下もローズ・オニールが描いたJell-Oの広告です。当時のことを「キューピー狂時代」と呼ぶほど、キューピーは大ブームになっていったのです。



(3) 「コンテンツマーケティングの歴史を徹底解説」(甲77の1)

1904年：ジェロ (Jell-O) のレシピブック

1904年(明治37年)、お菓子メーカーであるジェロは、自社のお菓子を使用したレシピ本を無料配布し始めました。

これらには、非常に簡単に作れるレシピが載っていた上に、ジェロの商品自体が非常に安価だったこともあり、爆発的にヒットしました。

それまでジェロは、コンテンツマーケティングを一度も行ったことがありませんでしたが、2年で売上額は100万ドル(1.2億円)も増加しました。



上記のとおり、キューピーのキャラクターを採用した「Jell-O」について、「それまでジェロは、コンテンツマーケティングを一度も行ったことがありませんでしたが、2年で売り上げ額は100万ドル(1.2億円)も増加しました。」と記述されている。絶大な人気であったキューピーのキャラクターを、食品の販売促進の広告に採用することにより、莫大な売上げの増加に貢献したものである。

JELL-O社はキューピーのキャラクターを多数の広告に使用しており(甲78)、その頃在米していた中島董一郎が目にしたことは十分に考えられる。現在はJELL-Oの広告にはキューピーのキャラクターは使用されていない(甲79)。

ところで、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）（甲32）は「「ターザン（T a r z a n）」の語は、（中略）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いうことが出来る。（中略）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。」と判示した。

出願人中島董一郎は、キューピー人形・キューピーの名称・キューピーのキャラクターとは無縁の存在であったところ、本件商標の出願を行ったものである。その結果、上記判決が懸念する「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、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。」という結果に至ったものである。

上記判決は、出願人が「ターザン（T a r z a n）」の語を作成した者が誰であるか、あるいは、特定の誰かが創作したものであるかの認識を求めるものではない。本件商標が商標法4条1項7号に該当する判断において好適の先例である。

被告は「キューピーがローズ・オニールの創作物であることが知られるようにな」った（被告準備書面（1）29頁）後もキューピーのキャラクターの使用を継続するのみならず、「「キューピー」のキャラクターは当社の使用に係る著名な商標」（甲31・4頁）と主張するものであって、公序良俗に反する恥ずべき権利主張である。

(4) 文部科学省検定済教科書「WORLD TREK English Communication I」)

(甲8) (94頁)

As the Kewpies became more and more popular,
10 some people asked Rose to make a Kewpie doll.
Rose designed a ^{▽Q3}sample, and Kewpie dolls began to
be mass-produced in 1912. They created a sensation
around the world. The Kewpie doll stretches out its
arms with a smile. It seems to be wishing for all
15 children to be happy.

「キューピーの人気が高まるにつれて、ローズにキューピーの人形を作るように頼んだ人もいました。ローズは見本品をデザインし、1912年にキューピー人形が大量生産され始めました。キューピー人形は全世界に一大センセーションをもたらしました。キューピーの人形は笑顔で腕を広げています。すべての子どもたちが幸せになることを望んでいるように見えます。」(下線は訴訟代理人による。)

以上のおり、「キューピー人形は全世界に一大センセーションをもたらしました。」と記述されている。

(5) 「1900年代のアメリカ(20世紀の各10年のアメリカ)(America in the 1900s (The Decades of Twentieth-century America))」(甲67の3)

■ KEWPIE CRAZE

Kewpie illustrations were another form of popular art. Kewpies were endearing, elflike characters created by Pennsylvania-born illustrator Cecilia Rose O'Neill. O'Neill was hired to adorn poems and stories in *Ladies' Home Journal* with her Kewpie characters.

Kewpies proved so popular that a comic strip about them emerged. The strip depicted Kewpies as warmhearted creatures who performed good deeds. O'Neill said the fanciful cupids were inspired by the baby brother she had cared for as a child. By 1909 Kewpies had touched so many readers that manufacturers reproduced them as paper cutouts and dolls. In one of the United States' first commercial crazes, buyers went wild for Kewpie likenesses on tableware, primary readers, and jewelry.

訳文 「■キューピー狂時代

キューピーのイラストは人気のある芸術の1つです。キューピーは、ペンシルベニア州出身のイラストレーター、セシリア・ローズ・オニールによって作り出された、愛らしい妖精のようなキャラクターでした。オニールは、レディースホームジャーナル社で、キューピーのキャラクターで詩や物語を飾るため雇われました。

キューピーは非常に人気があり、それらの漫画が誕生しました。漫画はキューピーを良いことをする温かい心を持つ生き物として描きました。オニールは、想像上のキューピッドは彼女が子供の頃に育てた赤ん坊の弟からひらめいたと述べました。

1909年までに、キューピーは非常に多くの読者を魅了し、切り絵細工や紙製人形が多数製造されました。アメリカ合衆国での最初の商業的大流行のうちの1つの中で、買い手達は食器、子供向け読み物および宝飾品にまでキューピーの姿を追い求めました。」

「1900年代のアメリカ（20世紀の各10年のアメリカ）」と題する書籍には、「KEWPIE CRAZE」（キューピー狂時代）の表題のもと、「1909年までにキューピーは非常に多くの読者を魅了し、切り絵細工や紙製人形が多数製造されたこと、アメリカ合衆国での最初の商業的大流行のうちの1つで、食器、子供向け読み物、および宝飾品にまでキューピーの姿を追い求められたと記述されており、米国においては1900年代には「キューピー狂時代」という最初の商業的大流行が起こったものである。

3 米国における「キューピー狂時代」と出願人中島董一郎の米国居住

(1) 被告は「確かに、中島董一郎が大正4年（1915年）に米国に滞在したことは認められるが、米国滞在中にキューピーを見聞したことは甲35に何ら記載されていない。実際、中島董一郎が米国滞在中にキューピーを見聞したという話は何ら伝えられていない。」（27頁）と主張するので、この点について反論する。

(2) 甲67には「KEWPIE CRAZE」(キューピー狂時代)の表題のもと、「1909年までにキューピーは非常に多くの読者を魅了し、切り絵細工や紙製人形が多数製造されたこと、アメリカ合衆国での最初の商業的大流行のうちの1つで、食器、子供向け読み物、および宝飾品にまでキューピーの姿を追い求められたと記述されており、米国の1900年代には「キューピー狂時代」という米国史上最初の商業的大流行が起こり、ゼリー菓子「JELL-O」にはキューピーのキャラクターが宣伝広告に使用された(甲7の2、77)。そのころ、中島董一郎は米国に在住していたものであり、キューピー食品の販売促進用のキャラクターとして使用されたことを認知したことは十分に推認される。また、その当時の中島董一郎の認識として、キューピーのキャラクターが「福助人形」「金太郎」等の民俗的伝承に由来するキャラクターと峻別されなかったことはあり得ない。

被告は「米国滞在中にキューピーを見聞したことは甲35(中島董一郎譜)に何ら記載されていない。」(27頁)とする。同書には大正11年4月1日に本件商標を出願したということも記載されていない。「米国滞在中にキューピーを見聞したこと」はキューピーの盗用を認めるものに等しいから、かかる事実を記載せず隠蔽したと思料されるものであって、記載されていないことは出願における不正の目的を推認させる事実と評すべきである。

被告は「本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかった」(被告準備書面(1)29頁)とするが、「キューピー狂時代」、すなわち、「アメリカ合衆国での最初の商業的大流行のうちの1つで食器、子供向け読み物および宝飾品にまでキューピーの姿を追い求めた」(甲67)当時、中島董一郎は米国に在住していたものであるから、「知らなかった」ことはありえない。また、不正の目的の認定に創作者の認知を要しないことは「ターザン」知財高裁判決(甲32)が判示するとおりである。

4 出願の不正の目的について主張を追加するとともに、被告主張に反論する。

(1) 出願人と商標の無関係性

出願人中島董一郎は、キューピーのキャラクター及びその名称「KEWPIE」を創作したローズ・オニールとはなんらの関係がないものであって、キューピーのキャラクターとも「KEWPIE」あるいは「キューピー」という名称とも、なんらの関係がないものである。

上記事実は、出願人の不正目的を基礎づける事実であるところ、この事実認定を看過した重大な事実認定の遺脱がある。

(2) 出願前のキューピーのキャラクターの周知性・著名性

出願人中島董一郎が渡米した大正4年(1915年)(甲35)当時は「キューピー狂時代」と呼ばれた米国史上最初の商業的大流行が生じた時期であり(甲6、7、8、67)、米国ではキューピーのキャラクターが食品の販売促進用キャラクターとして使用された(甲7の2)。

わが国においても、本件商標出願以前において、ローズ・オニールの創作したキューピー人形の特徴を備えたキューピー人形と、その人形の名称は、老若男女を問わず、全国津々浦々まで人気があり、著名性・周知性を獲得していたものである(甲9～21)。

(3) 商標の構成自体に出願人の不正の目的が示されている。

本件商標は、中央に人形の図形を配しその上部に同大同書体の「KEWPIE」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。(甲1)。

ローズ・オニールの創作した人形は甲9、甲5に表示されたとおりである。

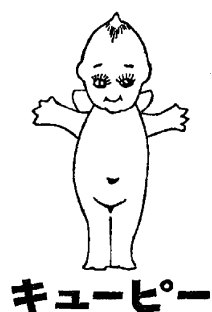
ローズ・オニールは「Ladies' Home Journal」1909年12月号において、「このファニーでずんぐりした生き物」を「Kewpie」と名付けたものであり、「Kewpie」はローズ・オニールが創作した名称であり、彼女の知的創作である。(甲7の3枚目)

甲1はローズ・オニールの創作したキューピー人形と同一の特徴を持った人形を

中央に配し、人形の上部にローズ・オニールが創作した人形の名称「KEWPIE」と同一の「KEWPIE」を、人形の下部に「KEWPIE」のカタカナ表記である「キューピー」のカタカナを記してなるものである。

すなわち、中央の人形も、上部の「KEWPIE」、下部の「キューピー」、すべてローズ・オニールの創作によるものである。

KEWPIE

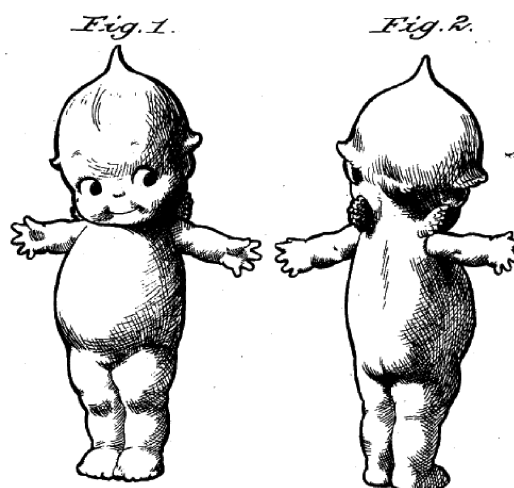


本件商標（甲1）



（甲9の3枚目）

1912年 キューピー人形誕生



（甲5）

原告は、審決3頁「2 無効原因（1）本件商標の構成 ア 本件商標を構成する図形部分とローズ・オニール作成に係る人形との対比」に記載のとおり、本件商

標とローズ・オニール作成に係る人形が類似することを無効原因として主張したものであるところ、審決はこの類否について判断しておらず、重大な事実認定の遺脱がある。本件商標の人形とローズ・オニールの作成にかかるキューピーのキャラクターの類否は商標登録無効の判断に欠くことができないことは明らかであるから、かかる判断の遺脱は審理不尽であり取り消されなければならない。原告は、これらの事実認定の遺脱を審決取消の請求原因として主張する。

被告は「本件商標の絵図はローズ・オニール創作に係るキューピー人形の絵図と同一ではない。」と、本件商標の絵図とローズ・オニール創作に係るキューピー人形の絵図の同一性・類似性を争っているかのように主張する（準備書面（1）23頁）ものであり、審決におけるかかる判断の遺脱は重大な審理不尽であるから取り消されなければならない。原告は、この点を審決取消の請求原因として主張する。

審決は上記の類否判断を明確に示すところではないが、甲1はローズ・オニールの創作したキューピー人形と同一の特徴を持った人形を中央に配し、人形の上部にローズ・オニールが創作した人形の名称「KEWP I E」と同一の「KEWP I E」を、人形の下部に「KEWP I E」のカタカナ表記である「キューピー」のカタカナを記してなるものである。かかる商標の構成は、ローズ・オニールの創作したキューピーのキャラクターと、ローズ・オニールが創作した人形の名称「KEWP I E」の双方を商標権の権利範囲に含めるもの、出願人の権利下に収めようとするものに他ならず、商標の構成自体に出願人の不正の目的が示されているものである。審決は商標の構成自体が出願人の不正の目的が示されていることを看過しており、判断の遺脱があるから取り消されなければならない。

（4）被告は本件商標を一度も使用した事実がない。

原告の「第3に被告は本件商標を指定商品に使用した実績が無い（甲65、66）。すなわち、出願人中島董一郎はローズ・オニール創作に係る人形の絵図と、ローズ・オニール創作に係る人形の題号「KEWP I E」「キューピー」を使用することもなく、もっぱら、自らのものとして権利化するために出願したものであ

る。」(準備書面(1)67頁)との主張に対し、被告は「被告は、登録第175069号商標及び本件登録第147269号商標(少なくともこれらと社会通念上同一と言える商標)を指定商品に含まれるマヨネーズ等に使用している。」(18頁)と反論する。

本訴の取消の対象は商標無効審判請求の審決であって、商標登録無効事由の有無、すなわち、出願の不正目的、公序良俗違反の存否が問題であって、不使用取消審判における使用証拠の提出を求めるものではない。甲65、66からは被告が本件商標を指定商品に使用した形跡が認められないので、実際に使用したことがあるかどうか被告に対し釈明を求める。

【求釈明】登録第147269号商標を被告は指定商品に使用したことがあるか。使用したことがあれば、使用証拠の提出を求める。

審決は商標がかつて実際に使用されたものであるかどうかを看過しており、判断の遺脱があるから取り消されなければならない。

(5) 出願人中島董一郎は商品の宣伝広告を極めて重視していた。出願人は「宣伝は資本である」との信念のもと、キューピー・キャラクターの顧客吸引力の冒用に至ったものである。中島董一郎譜(甲35)には下記の記載がある。

同15年 (昭和元年)	同14年 3月
43	42
<p>宣伝に対しては特に力を注ぎ、マヨネーズの年間売上金額が二万円足らずにもかかわらず、宣伝費には二万数千円を費し、ポスターのモデルに当時一流の映画スター栗島すみ子を使い、画家にも北蓮蔵、中川紀元、伊原宇三郎等の当代の一流人物に執筆を依頼し、世人の目を驚かした</p>	<p>マヨネーズ販売に際して「宣伝は資本である」の信念の下に、当時としては莫大な宣伝費を使い、多くの人々の目につく新聞広告を選び、しかも一面大の大広告でなく、人の目につきやすい同一個所に毎日「キューピーマヨネーズ毎日の食膳に」</p> <p>の三〇行広告を掲載しつづけて今日に及んでいる</p>

出願人中島董一郎は「宣伝は資本である」の信念の下に、莫大な宣伝費を使ったものであって、「マヨネーズの年間売上金額が二万円足らずにもかかわらず、宣伝費には二万数千円を費し」たものである。

「月刊政経人」（甲25）192ページには、中島董一郎が、『「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ひょう窃し、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・キャラクターの著名性を冒用する不正の意図が明らかにされている。

「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。

（6）被告は「本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかった」と主張する（被告準備書面（1）29頁）が、登録無効を免れようとする言い逃れに過ぎず、知らなかったことはありえない。

甲27の1（2001年7月18日当時の被告ウェブページ）

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。

甲27の2（2005年3月8日当時の被告ウェブページ）

キューピーは、ローマ神話に登場する愛の神、キューピッドがモチーフで、アメリカのイラストレーター、ローズ・オニールさんが、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1922年に商標にしました。

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。

甲27の1(2001年7月18日当時の被告ウェブページ)と甲27の2(2005年3月8日当時の被告ウェブページ)には、文言に多少の相違があるものの、キューピーはアメリカのローズ・オニールさんが発表したイラストであること、キューピー・キャラクターが全米で大ヒットし商品コマーシャルに使用されたこと、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、「創業者である中島董一郎が(中略)人気者のキューピーを1922年に商標にしました。」と記載されている。すなわち、これらのウェブページには、キューピーはアメリカのローズ・オニールさんが発表したイラストであること、キューピー・キャラクターが全米で大ヒットし商品コマーシャルに使用されたこと、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、それらの事実を創業者である中島董一郎が認識した上で「人気者のキューピーを1922年に商標にしました。」と、中島董一郎が当時大流行したキューピー人形を冒用した経緯が記されているものである。また、甲68の1「Vol.54: キューピー(1) ~80周年、マヨネーズの歴史 前編2005.11.01」には、以下のとおり記載されている。



【吉岡】 マヨネーズが出た当初からキャラクターとして使っていますので、そういう意味では80歳ですね。でも実は、中島はマヨネーズの発売を考えていた時から、キューピーマークにしようとして大正11年から商標登録しています。当時からすでに、「商品にはブランドをつける」という考えがありましたので、マヨネーズを発売するにあたってもしっかりブランドマークをつけようと、当時セルロイド人形などのキャラクターとして大変な人気のあったキューピー人形にちなんでこのマークを作ったようです。マヨネーズは舶来品のイメージがありますよね。子供からお年よりまで人気がありましたので、マヨネーズにぴったりだと、このキューピーマークになりました。

「生みの親はローズ・オニールさんというイラストレーター。愛の神様のキュー

ピッドをモチーフにして作ったキャラクターで、今も絵本や人形は世界中で親しまれている。」

上記にも、当時大流行したキューピー人形を中島董一郎が冒用した経緯が記述されており、被告は盗用を認めるものである。

審決は、商標の出願人の不正の目的の認定において、被告自身によるかかる盗用の自認を看過しており、判断の遺脱があるから取り消されなければならない。

(7) 被告による権利行使

平成29年7月28日被告は原告に商標権侵害の警告書（甲31）を送付した。理由通知で指摘されておりますとおり、「キューピー」のキャラクターは当社の使用に係る著名な商標であり、貴社商標の図柄はこれに類似することが明らかです。そのため、貴
(中略)

なお、当社は最初の警告書において、不正競争防止法違反のみならず、当社登録商標に対する商標権侵害の主張もしていたにも拘らず、回答書ではこれに対して明示的な反論がなされておりません。この点、上記1において述べましたとおり、貴社による不使用取消審判によって貴社等役務と類似の指定役務を含むすべての登録商標を取り消すことは不可能ですので、貴社等による商標権侵害の責を免れることは不可能と考えます。

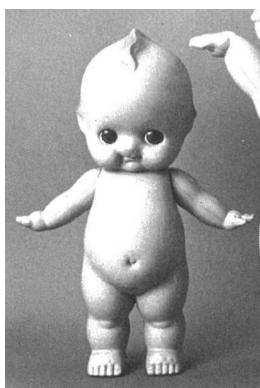
以上のことから、貴社の行為は不正競争防止法違反ないし商標権侵害に該当することが明らかと思料致します。

被告は「キューピーがローズ・オニールの創作物であることが知られるようになった（被告準備書面（1）29頁）後も、「キューピー」のキャラクターは当社の使用に係る著名な商標」（甲31・4頁）と主張した。

被告のかかる権利行使は、出願人中島董一郎の出願から現在に至るまで、ローズ・オニールの創作にかかる、著名・周知なキューピーのキャラクターを自らの独占下におくことを前提にする主張であって公序良俗に違反する恥ずべき行為である。

5 我が国における認知の状況「ア 大正2年（1913年）頃・・・」について

原告は「甲6にはローズ・オニールによるオリジナルのキューピー人形、その特徴を備えたキューピー人形が記載されており、甲10、甲11、甲14にはローズ・オニールの依頼により制作されたキューピー人形が記載されている。」と主張した（準備書面（1）19頁）。



キューピー
1913年（大正2年）／尾崎野想い出博物館蔵
原告ローズ・オニールの依頼で作られたビス
ク製のキューピー。先にアメリカへ輸出され
ていた。日本ではその後、セロイドのキュー
ピーが盛んに作られ、子どもたちの人気者
となった



（甲6）

（甲10）

（甲11）

（甲14）

審決のいう「日本なりのキューピー」が何を指すかは明らかではない。審決は「（甲6、甲10、甲11、甲14）」を引用するが、甲6、甲10、甲11、甲14には、上記のとおりローズ・オニールのオリジナルの人形、あるいは、審決「2 無効原因（1）本件商標の構成（イ）ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」に記載の特徴を備えたキューピー人形が記載されている。」と主張したものである。

上記について、被告は「このように甲6には、どんどん日本なりのキューピーが作られて広く愛されたとされることが記載されており、（中略）したがって、本件審決の「どんどん日本なりのキューピーが作られて広く愛されたとされる（甲6、

甲10、甲11、甲14)。」との認定に何ら誤りは無い。」(5頁)とする。

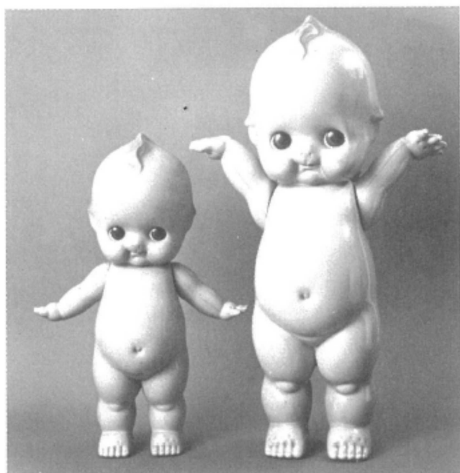
原告は「審決のいう「日本なりのキューピー」が何を指すかは明らかではない。」と主張したが、審決のいう「日本なりのキューピー」は被告主張のとおり、甲6に掲載されたキューピー人形を指すものと考えられるので、「日本なりのキューピー」については被告の主張を認める。

そして、審決のいう「日本なりのキューピー」が甲6に掲載の「日本なりのキューピー」であることを前提に、原告は、「日本なりのキューピー」は審決「2無効原因(1)本件商標の構成(イ)ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」に記載の特徴を備えるものであると、主張する。

(以下、余白)

甲6に記載のキューピー人形(16頁)

(40頁)



セルロイド製



不燃性セルロイド製



初期のソフトビニール製、両足を揃えて直立。

(41頁)



ソフトビニール製のジャパニーズ・キューピー。顔や体形の可変らしさはオリジナルに勝るとも劣らない。

ローズ・オニールが創作した
キューピー人形(甲9の3枚目)



1912年 キューピー人形誕生

前記のとおり、甲6に記載された「日本なりのキューピー」は、ローズ・オニールの創作したキューピー人形（甲9）の特徴を備えるものである。

6 「イ 「ローズ・オニールとの関係性は見いだせない」について」

審決は「イ 大正時代には、例えば、キューピー人形が描かれた日本画（大正6年）、キューピーの絵柄を用いた市販の絵はがき（大正5年、大正10年）や年賀状（大正5年、大正7年、大正8年、大正11年）、キューピーをモチーフとして用いた紙着せかえが作られたが、これらについては、顔だちなどといった表情のみならず、その着衣や背景に日本独特のものが描かれていた。そして、これらのキューピー（人形）について、ローズ・オニールとの関係性は見いだせない（甲9、甲13～甲17）。」（審決57頁）とする。

原告は「年賀状（大正5年、大正7年、大正8年、大正11年）には、ローズ・オニール作成に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴を備えたキャラクターが描かれているものであって、ローズ・オニールの作成にかかるキューピー人形との関係性は明らかであるから、「ローズ・オニールとの関係性は見いだせない」とする審決の認定は誤りである。」（準備書面（1）22頁）と主張したところ、

被告は「甲9、甲13～甲17には、これらに記載、掲載されているキューピー（人形）、（中略）を、ローズ・オニールが描いたり作成したりし、あるいは、その作成を監修し、作成に協力し、その他作成に関与したことは記載されておらず、むしろ前述の通り、これらのキューピー（人形）は、「日本なりのキューピー」と認識されるものであり（甲6、甲10、甲11、甲14）、顔だちなどといった表情のみならず、その着衣や背景に日本独特のものが描かれていた（甲9、甲13～甲17）ことからすれば、ローズ・オニールが作成したものではなく、ローズ・オニールがその作成を監修し、作成に協力し、その他作成に関与したものではないことが窺える。したがって、本件審決の「ローズ・オニールとの関係性は見いだせない」との認定に何ら誤りは無い。」（7～8頁）とする。全くの誤りである。

被告は「例えば、甲13に掲載されている日本画（以下に引用）のキューピー人

形の顔だちなどといった表情は、上記甲 6 等に説明されている「日本なりのキューピー」と同様であり、日本独特のものと言える。また、甲 1 3 の日本画におけるキューピー人形の着衣は和風の前掛けであり、人形の背景も和服を着た女性であり、日本独特のものである。」(6 頁) と主張する。



(甲 1 3)



1912年 キューピー人形誕生

(甲 9 の 3 枚目)

甲 1 3 に描かれた人形は、ローズ・オニールの創作にかかるキューピー人形の特徴、すなわち、審決「2 無効原因 (1) 本件商標の構成 (イ) ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」を備えるものであるから、「ローズ・オニールとの関係性」は優に見いだせるものである。

被告は「その他、甲 9 の年賀状には、「賀正」の文字が記載された旗、和服を着たキューピー人形が、甲 9 の紙着せかえには和服を着たキューピー人形が、甲 1 4 には和服を着たキューピー人形が、甲 1 5 の年賀状には、餅つきをするキューピー人形、和風に乗ったキューピー人形、和布団で寝ているキューピー人形が、甲 1 6 の年賀状には、キューピー人形と共に日本人 (アジア系) の男の子、女の子が、甲 1 7 の年賀状には、はねつきをするキューピー人形、餅つきをするキューピー人形が描かれており、いずれも、顔だちなどといった表情のみならず、その着衣や背景に日本独特のものが描かれている。」(9 ~ 1 0 頁) とするが、「顔だちなどといっ

た表情のみならず、その着衣や背景に日本独特のものが描かれていた。」としても、そこに描かれたキャラクターは、ローズ・オニールの創作にかかるキューピー人形であることが優に識別できるものであって、甲9、甲13～甲17には「キューピッド」や「サンタクロース」あるいは「福助人形」、「金太郎」などのキャラクターではなく、ローズ・オニールの創作にかかるキューピー人形、すなわち、審決「2無効原因（1）本件商標の構成（イ）ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」を備えるものであるから、「ローズ・オニールとの関係性」は優に見いだせるものである。

甲9、甲13～甲17に表示された人形は、いずれも「ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」を備えるものであるから、ローズ・オニール創作にかかるキューピー人形であると十分に認定できるものである。これらの証拠は、ローズ・オニール創作にかかるキューピー人形の著名性・周知性を十分に裏付けるものである。

対象物とキャラクターとの同一性・類似性の判断、キャラクターが著名性・周知性を有するかどうかの判断においては、看者の視点から対象物がキャラクターと客観的に類似するかどうか、対象物が客観的にキャラクターに該当するかどうかという客観的対比判断で足りる。対象物の作成にキャラクターの創作者がいかなる関与をしたかということは、対象物とキャラクターとの同一性・類似性の判断においては不要であり、著名性・周知性の有無の判断においてもまた不要である。

すなわち、「ローズ・オニール創作に係る人形」との同一性、類似性の判断、あるいは、「ローズ・オニール創作に係る人形」の著名性・周知性の判断においては、対象物について「ローズ・オニールがその作成を監修し、作成に協力し、その他作成に関与した」かどうかに関係なく、対象物が客観的に「ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」を備えるものか否か、すなわち、客観的にキューピー人形に該当するかどうかによって、判断されるものである。

以上のとおりであるから、顔だちなどといった表情のみならず、その着衣や背景に日本独特のものが描かれていた（甲9、甲13～甲17）としても、甲9、甲1

3～甲17に描かれたキャラクターは、審決「2無効原因（1）本件商標の構成（イ）ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」を備えるキューピー人形に他ならないものであって、キューピー人形を創作したローズ・オニールとの関わりは認定できるものであり、「ローズ・オニールとの関係性は見いだせない」との審決の判断が誤っていることは明らかである。

前述のとおり、対象物とキャラクターとの同一性・類似性の判断、キャラクターが著名性・周知性を有するかどうかの判断においては、看者の視点から対象物がキャラクターと客観的に類似するかどうか、対象物が客観的にキャラクターに該当するかどうかという客観的対比判断でなされるものであるから、甲9、甲13～甲17に表示されたキューピー人形については、対象物とキャラクターとの同一性・類似性についての客観的類否の認定によって行わなければならない、「ローズ・オニールがその作成を監修し、作成に協力し、その他作成に関与した」かどうかに関わりなく、対象物が客観的に「ローズ・オニール創作に係る人形の全体的な特徴及び細部の特徴」を備えるものか否か、すなわち、ローズ・オニール創作に係るキューピー人形に該当するかどうかによって判断されるべきものである。被告が主張する「ローズ・オニールがその作成を監修し、作成に協力し、その他作成に関与した」かどうかということは、対象物とキャラクターとの同一性・類似性の判断、キャラクターが著名性・周知性を有するかどうかの判断と無縁の事実であるから、かかる事実は「ローズ・オニールとの関係性」の有無にいささかの影響を与えるものではない。

また、被告は「本件審決が認定する「その着衣や背景に日本独特のものが描かれていた」との事実」あるいは「これらのキューピー（人形）について、ローズ・オニールとの関係性は見いだせない（甲9、甲13～甲17）。」との審決の認定を前提に、「当該事実は、大正時代の中頃以降において、創作者ローズ・オニールとの関連なく、別言すれば、ローズ・オニールが作成し、あるいは、その作成を監修し、作成に協力し、その他作成に関与することなく、その創作のオリジナルからかけ離れた日本独特の特徴を備えたもの、別言すれば、「日本なりのキューピー」が

普及していたことを示す事実であり、当時、キューピー人形とその「キューピー」という題号がローズ・オニールの創作したものとして周知・著名とは言い難いこと、さらに言えば、特定の誰かの創作物としても認識されていなかったことを示すものであるから、原告主張の無効原因を否定する事実である。」(8頁)と主張するが、成り立たない。

被告が前提とする「これらのキューピー(人形)について、ローズ・オニールとの関係性は見いだせない(甲9、甲13～甲17)。」との審決の判断が誤りであることは、前述したとおりである。

次に、「当時、キューピー人形とその「キューピー」という題号がローズ・オニールの創作したものとして周知・著名とは言い難いこと」については、キャラクターの周知性・著名性の認定に、創作者の氏名の認知は不要であることは、原告準備書面(1)63頁(エ)において述べたとおりであり、成り立たない。

7 被告の「キューピー人形が民族的伝承であるとする試み」に対する反論

被告は「キューピー人形やキューピーのキャラクター、「キューピー」という名称は、特定の者が新たに創作したものではなく、キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎等と同様に、民俗的な存在であると認識されていたことが窺われる。」と主張する。被告は上記主張を繰り返している。被告のかかる「キューピー人形が民族的伝承であるとする試み」は成り立たない。以下、反論する。

(1) 原告は被告に対し、「福助人形、金太郎等」の「等」が意味不明である。「等」を明らかにすることを求める。

(2) 原告は被告が主張する「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」の各キャラクターは全て不知。各キャラクターについて、いつ頃生成されたか、外観(容姿)の特定、由来、そして、各キャラクターが大正11年当時どのように認知されていたかについて立証を求める。

(3) 被告は「民俗的な存在であると認識されていた」と主張するが、意味が不明であるので、「民俗的な存在」とはいかなる意味か釈明を求める。

(4) 「キューピッド」、「サンタクロース」、「福助人形」、「金太郎」「等」について、各キャラクターの存在及びその内容を特定した上で、キューピーのキャラクターとの、類似点相違点を明らかにし、「同様に」扱うことができる理由を示すことを求める。

(5) わが国におけるキューピー人形の認知状況は審決が認定したとおりであるが、被告が「民俗的な存在である」とするキャラクターとの相違点を明らかにするため、出願人中島董一郎がいつ頃キューピー人形を認識したか、世上におけるキューピー人形の認知状況を含めて年代順に整理する。

1909年(明治42年)ローズ・オニールがキューピーのイラストを発表(審決56頁(1)ア)。

1912年(大正元年)キューピー人形が発売されて世界的ブームになる(甲6～9)。

1913年(大正2年)三越でセルロイドのおもちゃが売り出され、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(甲6の40頁)。

原作者であるローズ・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、子供達の人気者となった(甲10の29頁)

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(甲12)

日本で初めて作られたキューピー人形(甲14)

このころから、米国においてゼリー菓子「JELL-O」にキューピーのキャラクターが採用され、多数の広告に使用される(甲7の2, 78)。

1915年(大正4年)3月から12月まで中島董一郎(32歳)米国に在住(審

決ア)。

1916年(大正5年)1月中島董一郎(33歳)帰国。

キューピー人形の図案が取り入れられた年賀状甲9(7葉目)、甲16(2葉目)

1917年(大正6年)セルロイド製のキューピー人形が流行し、東京のデパートに特設玩具売場が出現した(甲10の209頁)。

セルロイド製のキューピー人形が流行(甲12)。

国民新聞の付録にキューピー人形を題材にした「春装」が発表(甲13)。

1918年(大正7年)キューピー人形の図案が取り入れられた年賀状甲16(3葉目)

1919年(大正8年)キューピー人形の図案が取り入れられた年賀状甲15(1葉目～3葉目)

1920年(大正9年)三越デパートの6階のおもちゃの陳列所にキューピーが陳列(甲19)。

1921年(大正10年)キューピー人形の図案が取り入れられた年賀状甲17(1葉目、2葉目)

1922年(大正11年) キューピー人形の図案が取り入れられた年賀状甲9(8葉目) **同年4月1日中島董一郎(39歳)が本件商標を出願した。**

以上の年表を要約するとつぎのとおりである。

1909年(明治42年)董一郎26歳のとき、ローズ・オニールがキューピーのイラストを発表し、その直後に米国で「キューピー狂時代」という米国史上最初の商業的大流行が起こり、

1913年(大正2年)董一郎30歳のとき、ローズ・オニールの依頼で日本においてビスク製のキューピー人形が盛んに作られ、キューピーが日本で紹介され人気になり三越でセルロイドのおもちゃが売り出され、

1915年(大正4年)3月から12月の間、董一郎(32歳)米国に在住し、

1916年(大正5年)1月に董一郎(33歳)帰国後、

1917年（大正6年）董一郎（34歳）のとき東京のデパートにセルロイド製のキューピー人形の特設玩具売場が出現し、国民新聞の付録にキューピー人形を題材にした「春装」が発表され、全国津々浦々、老若男女に至るまでの国民的大流行が生じたものである。

わが国にキューピー人形が紹介された大正2年から、中島董一郎が本件商標を出願した大正11年まで9年余に過ぎない。

中島董一郎は「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来するキャラクターには、幼少期から慣れ親しんだものと思料される所であり、30歳のとき初めて登場したキューピーとこれらキャラクターを同列に認識することはありえない。

世上においても「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来するキャラクターは、当時の人々の出生以前から広く知られた所と思料される所であり、登場からわずか9年余にしかないキューピー人形が、これらキャラクターと同列に認識されることはありえない。

以上のとおり、出願人中島董一郎にとっても、世間一般の認識においても、本件商標出願時点において、キューピー人形は登場してからわずか9年余に過ぎないものであって「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来するこれらキャラクターと同列に認識されることはありえないものである。

（6）甲9、甲13～甲17には、「キューピッド」や「サンタクロース」あるいは「福助人形」、「金太郎」などのキャラクターはいずれも表示されておらず、このことは、甲9、甲13～甲17はキューピーのキャラクターが「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来すると思料されるこれらキャラクターは、世上、明確に別個のキャラクターとして認識されていたことを示すものに他ならない。被告は「キューピッド」や「サンタクロース」あるいは「福助人形」、「金太郎」のキャラクターの存在や内容を立証するものではないが、たとえ存在したとしても、キューピーのキャラクターは、わが国においては、

1913年（大正2年）に、日本で初めて作られたキューピー人形（甲14・審決カ）は、世上においても、民間伝承民間伝承に由来すると思料される「キューピッド」や「サンタクロース」あるいは「福助人形」、「金太郎」のキャラクターと、別個に扱われていたものであって、「同様に、民俗的な存在であると認識されていた」ものでないことは明らかである。

（7）漫画「ポパイ」のキャラクターについて、昭和58年審判第19123号（甲29）は「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、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。」「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。（中略）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。」と判示し、

小説「ターザン」の題号について、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）（甲32）は「ターザン（T a r z a n）」の語は（中略）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。（中略）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いえることができる。（中略）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。」と判示し、

「赤毛のアン」の原題について、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（甲42）は「(略)〔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（中略）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。」と判示したものである。

これらの審決および知的財産高等裁判所の判決は、漫画「ポパイ」のキャラクターや小説「ターザン」の題号、「赤毛のアン」の原題が著名であっても、民間伝承のキャラクターと同視されることはなく、それらと峻別されており、「民俗的な存在である」などと判示するものはない。被告の「キューピー人形が民族的伝承であるとする試み」はこれら審決、判決の判旨と相違するものであって成り立たない。

(8) 被告は「特定の誰かの創作物としても認識されていなかったことを示すものである」と主張する。被告の主張には根拠がない。いかなる理由で「特定の誰かの創作物としても認識されていなかったこと」を示すものか説明を求める。

さらに、ローズ・オニールの創作にかかるキューピーのキャラクターも「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来すると思料されるこれらキャラクターでも、漫画「ポパイ」のキャラクターや小説「ターザン」の題号、「赤毛のアン」の原題も、土の中から生まれ出てきたものではなく、特定の誰かが創作した創作物である。

人の創作にかかわる表現物やキャラクターは、人が創作したものである物である以上、誰かが創作したものである。かかる表現物やキャラクターを認識することは、取りも直さず、特定の誰かが創作した物であることの認識に他ならない。

被告は「キューピー人形やキューピーのキャラクター、「キューピー」という名称は、特定の者が新たに創作したのではなく、キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎等と同様に、民俗的な存在であると認識されていたことが窺われ

る。」とする。しかしながら、民間伝承に由来すると思料される「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」のキャラクターでも、漫画「ポパイ」のキャラクターや小説「ターザン」の題号、「赤毛のアン」の原題も特定の誰かが創作したものであり、「キューピー人形やキューピーのキャラクタ」は特定の誰かであるローズ・オニールの創作にかかるものであるから、「特定の誰かの創作物としても認識されていなかったことを示すものである」との主張が成り立つ余地はない。

(9) 小括

被告は「本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかった」（被告準備書面（1）29頁）とするが、「アメリカ合衆国での最初の商業的大流行のうちの1つで食器、子供向け読み物および宝飾品にまでキューピーの姿を追い求めた」（甲67）当時、中島董一郎は米国に在住していたものであるから「知らなかった」ことはありえない。キューピー人形が大正2年にわが国に紹介され、大人気となったものであり、董一郎が出願した大正11年まで9年余り経過したに過ぎないものであって、出願人董一郎にとっても世上においても、民間伝承に由来するキャラクターと同列に認識されることはありえない。ローズ・オニールの創作にかかるキューピーのキャラクターも「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来すると思料されるこれらキャラクターも、漫画「ポパイ」のキャラクターや小説「ターザン」の題号、「赤毛のアン」の原題も、土の中から生まれ出てきたものではなく、特定の誰かが創作した創作物であるから、かかるキャラクターを認識することは、取りも直さず、特定の誰かが創作した物であることの認識は優に肯定できる。キャラクターの周知性・著名性の認定に、創作者の氏名の認知は不要であることは、原告準備書面（1）63頁（エ）において述べたとおりである。

仮に、本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかった」としても、大正2年にわが国にキューピー人形が紹介され、大人気となったものであり、董一郎が出願した大正11年まで9年余り経過

したに過ぎず、キューピーのキャラクターが「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来するものではなく、特定の誰かが創作した創作物であるとの認識を持っていたものであるから、市場あるいは世上、キャラクターが著名性・周知性を獲得している場面において、そのキャラクターとなんらの関わりのない者が、当該キャラクターを独占できる法的根拠なく、その独占を企てることは、キャラクターの顧客吸引力をフリーライドするものであって、出願において不正の目的があることは明らかである。

以上のとおり、被告の「キューピー人形が民族的伝承であるとする試み」は、成り立たない。

8 「ウ 日本のな、日本でデザインされ・・・」について

原告の主張は準備書面（1）23頁に述べたとおりである。

「ローズ・オニールとの関係性」については、前述のとおりである。

9 「(3) 小括」(9頁)について

「ローズ・オニールとの関係性」については、前述のとおりである。

「キューピー人形が民族的伝承であるとする試み」については、既に反論した。

被告は「原告が主張する無効理由である旧商標法第2条第1項第4号（秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ）又は同第11号（商品ノ誤認又ハ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ）に該当するためには、キューピー人形又は「KEWPIE」、「キューピー」が、単にキャラクター又はキャラクターの名称として周知・著名であったことでは足りず、少なくとも、特定の誰かのものであると人々が認識していることが必要である。」と主張する。

上記については、前述のとおり、ローズ・オニールの創作にかかるキューピーのキャラクターも「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎」などの民間伝承に由来すると思料されるこれらキャラクターでも、漫画「ポパイ」のキャラクターや小説「ターザン」の題号、「赤毛のアン」の原題も、土の中から生まれ

出てきたものではなく、特定の誰かが創作した創作物である。

人の創作にかかわる表現物やキャラクターは、人が創作した物である以上、特定の誰かが創作した物である。かかる表現物やキャラクターを認識することは、取りも直さず、特定の誰かが創作した物であることの認識に他ならない。

すなわち、特定の誰かのものであると人々の認識は存在したものである。

その余の被告主張についても全て反論したとおりである。

10 「2 旧商標法第2条第1項第4号該当性について」

(1) 旧商標法第2条第1項第4号の趣旨について

(2) 被請求人と「キューピー」について

ア 「ア 被請求人の創業者である中島董一郎は・・・」について

原告の主張は準備書面（1）に記載のとおりである。

イ 「イ 高碓達之助が創立した東洋製缶・・・」について

被告は「商標第175069号の出願登録時の指定商品は「第41類 醤油，ソース，ケチャップ，酢ノ類一切」であったところ、指定商品の書換登録によって指定商品は「第30類 ウスターソース，グレービーソース，ケチャップソース，しょうゆ，食酢，酢の素，そばつゆ，ドレッシング，ホワイトソース，マヨネーズソース，焼肉のたれ」と書き換えられている（甲60）。すなわち、旧第41類の出願登録時の指定商品には「マヨネーズソース」が含まれていたのであり、マヨネーズは、商標第84209号の旧第45類の指定商品「他類ニ属セサル食料品及加味品一切」（「他類ニ属セサル」は「第45類に属さない」の意味である）に含まれない。したがって、中島董一郎が商標第175069号商標をマヨネーズに使用するに当たって日魯漁業株式会社の第84209号商標との抵触問題は生じないため、同社の許諾を得る必要は無く、原告の憶測は全く根拠の無いものである。なお、中島董一郎が高碓達之助に了解を得たのは、最初にキューピーをブランドとして採用することを思い付いたことに敬意を払い、あくまで道義上行ったことである。」（16～17頁）とする。被告の主張は成り立たない。以下、説明する。

(ア) 指定商品の書換の制度は平成4年4月1日に施行されたものであるところ、大正14年出願当時の指定商品の範囲の解釈の指針となるものではない。

類似商品・役務審査基準の改定経緯は、次のとおりである。

- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第11-2020版対応〕](#)
2020年1月1日以降の商標登録出願は、こちらの分類が適用されます。
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第11-2019版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第11-2018版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第11-2017版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10-2016版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10-2015版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10-2014版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10-2013版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第9版対応〕](#)
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10-2014版対応〕](#)（英語訳付）
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10-2013版対応〕](#)（英語訳付）
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第10版対応〕](#)（英語訳付）
- [類似商品・役務審査基準〔国際分類第9版対応〕](#)（英語訳付）

平成19年1月の第9版から2020年までの間にも、類似商品・役務審査基準は改定を続けるものである。次に、類似商品・役務審査基準（国際分類第11-2020版対応）（甲75の4）には次の記載がある。

（三）「類似商品審査基準」改定の方針

（1）商標法における商品の類否の判定は、根本的には商取引の実情、経済界の現状に即応すべきものである。この生きた「経済」を無視して商品の類似範囲を机上の概念法則によって定めることは最も戒めなければならないものである。

大正14年（1925年）の指定商品を平成4年（1992年）の書換制度に当てはめることは、生きた「経済」を無視して商品の類似範囲を机上の概念法則によって定めることであり、最も戒めなければならないことである。

(イ) 最高裁判所昭和36年6月27日(昭和33年(オ)第1104号・第三小法廷判決・民集15巻6号1730頁)では、以下のとおり記述されている。

「指定商品が類似のものであるかどうかは、商品自体が取引上誤認混同のおそれがあるかどうかにより判断すべきものではなく、それらの商品が通常同一営業主により製造又は販売されている等の事情により、それらの商品に同一又は類似の商標を使用するときは同一営業主の製造又は販売にかかる商品と誤認されるおそれがあると認められる関係にある場合には、たとえ、商品自体が互いに誤認混同を生ずるおそれがないものであっても、類似の商品に当たると解するのが相当である。」

指定商品の範囲であるかどうかは商標権の侵害の認定であって、裁判所の専権事項であることは明らかであるところ、被告の主張は、裁判所における侵害判断を理由づける根拠となりえないものである。

(ウ) 登録第84209号商標の指定商品は「罐詰其他他類ニ属セサル食料品及加味品一切」であって、オープンエンドで商品を指定しており、その指定商品の範囲は「食料品及加味品一切」と広大である。中島董一郎が第175069号商標をマヨネーズに使用するにあたり、日魯漁業株式会社(旧輸出食品株式会社・甲54の出願人)の第84209号商標(甲54, 55)と抵触すると考えたことは十分な理由がある。

(エ) 2019年1月30日付「マヨネーズは劇的進化 キューピー会長語る100年」(甲76の1)において、中島周キューピー会長は次のとおり語っている。

(以下、余白)

董一郎は縁あって水産講習所（現在の東京海洋大学）に入りました。卒業後、農商務省（当時）の海外実業実習生に応募し選ばれ、欧米を訪問します。米国に渡ったとき、そこでマヨネーズ入りのポテトサラダに出会います。おいしくて、栄養たっぷり。当時の日本人の体格は小さくて栄養が不足していました。立派な体格の米国人を見るにつけ、日本人が世界に伍（ご）する丈夫な体を手に入れるのに、マヨネーズが貢献すると確信したそうです。

帰国して1918年、中島商店（1938年中島董商店に改組）を設立し、水産缶詰の仕事を始めます。恩師に「富国政策を掲げる日本が豊かになるためには、水産の仕事がよいのでは」とアドバイスを受けたからのようです。カムチャツカに行くなど精力的に取り組んでいましたが、関東大震災後、かねて気になっていたマヨネーズのビジネスの開始を決意します。ただ、製造する工場がありません。董一郎の友人が1919年に設立した食品工業（1957年にキューピーに社名変更）に出資する形で、製造してもらうことにしました。1925年のことでした。販売するのは中島商店です。

ここで実にユニークな取り組みがあったんです。董一郎の1年先輩に東洋製缶の創業者の一人がいました。董一郎が長いキャリアの中で、折に触れ指南を仰いだ人でした。その人に新商品のマヨネーズについて相談したところ、広く消費者に受け入れてもらうためにはブランドがとても重要だと諭され、「キューピーというブランドにしてみてもは」と推奨されたそうなのです。ところが調べてみると、キューピーは日魯漁業（現：マルハニチロ）さんが既に持っていた。そこで先輩は「中島商店にブランドを譲ってやってくれないか」と、日魯漁業にかけあってくれたのです。

キューピーは中島商店のブランドとなり、製造委託したマヨネーズを、中島商店がキューピーというブランドで販売してきたのです。1972年に製造会社のキューピーにブランドを譲渡するまで、中島商店がブランドを育ててきました。

上記には「董一郎が長いキャリアの中で、折に触れ指南を仰いだ人でした。その人に新商品のマヨネーズについて相談したところ、広く消費者に受け入れてもらうためにはブランドがとても重要だと諭され、「キューピーというブランドにしてみてもは」と推奨されたそうなのです。ところが調べてみると、キューピーは日魯漁業（現：マルハニチロ）さんが既に持っていた。そこで先輩は「中島商店にブランドを譲ってやってくれないか」と、日魯漁業にかけあってくれたのです。」

と記述されている。中島董一郎が第175069号商標をマヨネーズに使用するにあたり、日魯漁業株式会社の第84209号商標と抵触すると認識していたことを示すものに他ならない。

「中島董一郎が商標第175069号商標をマヨネーズに使用するに当たって日魯漁業株式会社の第84209号商標との抵触問題は生じないため、同社の許諾を

得る必要は無く、原告の憶測は全く根拠の無いものである。なお、中島董一郎が高碕達之助に了解を得たのは、最初にキューピーをブランドとして採用することを思い付いたことに敬意を払い、あくまで道義上行ったことである。」との被告の主張は、中島周キューピー会長が公言する事実関係といずれも相違するものであり、成り立たない。

(オ) 小括 「中島董一郎が商標第175069号商標をマヨネーズに使用するに当たって日魯漁業株式会社の第84209号商標との抵触問題は生じないため、同社の許諾を得る必要は無く、原告の憶測は全く根拠の無いものである。」との被告の主張は、商標の登録可能性に関する行政判断と商標の権利範囲を認定する司法判断とを混同するものであり（最高裁判所昭和36年6月27日）、平成4年4月施行の指定商品の書換の制度を大正14年出願の指定商品の解釈指針とするものであって、最も戒めなければならない、生きた「経済」を無視して商品の類似範囲を机上の概念法則によって定めるものであり（甲75）、中島周キューピー会長が公言する事実関係（甲76の1）と相違するものであって、成り立つ余地がない。

ウ 「ウ 中島董一郎による我が国初のマヨネーズ・・・」について

エ 「エ 中島董一郎は、初年度の売上げが・・・」について

オ 「オ 食品工業社のマヨネーズの生産量・・・」について

以上、ウ、エ、オについては準備書面（1）において既に述べたとおりである。

カ 「カ 被請求人は、2017年（平成29年）・・・」について

被告は「被告は、登録第175069号商標及び本件登録第147269号商標（少なくともこれらと社会通念上同一と言える商標）を指定商品に含まれるマヨネーズ等に使用している。」（18頁）と主張する。

本訴の取消の対象は商標無効審判請求の審決であって、商標登録無効事由の有無、すなわち、出願の不正目的、公序良俗違反の存否が問題であって、不使用取消

審判における使用証拠の提出を求めるものではない。甲65, 66からは被告が本件商標を指定商品に使用した形跡が認められないので、実際に使用したことがあるかどうか被告に対し積明を求める。

【求積明】登録第147269号商標を被告は指定商品に使用したことがあるか。使用したことがあれば、使用証拠の提出を求める。

被告は「被告は、商号を「キューピー株式会社」とし、調理・調味料事業、サラダ・惣菜事業、タマゴ事業、フルーツソリューション事業、ファインケミカル事業、物流事業の他、食料品・医薬品の製造機器等の設計、製造販売、エンジニアリング、飼料・肥料の製造販売、農畜産業の経営等、幅広い分野で事業展開し、「KEWP I E (k e w p i e)」の文字、「キューピー」のカタカナ、「キューピーの絵図」からなる商標を使用しており、もっぱら権利を独占するために商標登録を保有するものではない。」と主張する。

【求積明】商標使用の事実がないにもかかわらず、「KEWP I E (k e w p i e)」の文字、「キューピー」のカタカナ、「キューピーの絵図」からなる商標を保有する目的が「もっぱら権利を独占するため」でなければ、いかなる目的であるか、明らかにすることを求める。

キ 「キ 上記アないしカによれば」について

(ア) 特になし。

(イ) 「大正14年3月中島董一郎が高碓達之助から登録175069号商標使用の許諾を受ける前の大正11年4月1日本件商標は出願されていたものであり、その出願にあたって高碓達之助の承認を得たものではない」ことについては、準備書面(1)において述べたとおり、審決の認定には誤りがある。

(ウ) 被告は「原告主張の無効原因である出願人の悪意、商品の誤認混同を基礎付けるためには、少なくともキューピー人形やその名前「キューピー」(KEWP I E)が特定の誰かのものであると認識されていたことが必要であり、単に、キャラクター及びその名称として広く知られていたことのみでは原告主張の無効原因を認

定することはできない。」「原告主張の無効理由が、単にキャラクター及びその名称として周知・著名であれば良いというのであれば、当該事実のみでは、出願人の悪意、商品の誤認混同を基礎付けられず、原告の主張自体失当である。」と主張するが、原告はかかる主張はしていない。

前述のとおり、キューピーのキャラクター及びその「KEWPIE」の名称はローズ・オニールの創作にかかるものである。市場あるいは世上、キャラクターが著名性・周知性を獲得している場面において、そのキャラクターの著名性・周知性に由来する顧客吸引力を自らが独占するには正当性あるいは根拠を必要とするものであって、そのキャラクターとなんらの関わりのないものがその独占を企てることは、キャラクターの顧客吸引力をフリーライドするものに他ならない。また、キャラクターの図柄のみ、あるいは、キャラクターの図柄とその名称のみからなる商標を出願することは、その商標の構成から当該キャラクターの独占を図るものに他ならず、不正の目的を優に認定できるものである。出願人はそもそも、他者がキャラクターを使用することを排除できる法的地位になく、また、キャラクターの使用を独占することができる法的地位にないからである。

(エ) 被告は「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎等のように周知・著名なキャラクター及びその名称であっても、特定の者が新たに創作したものではない民俗的な存在と認識されるものであれば、それらを使用することは悪意に基づくものとも、他人の商品との誤認混同を生じるものともいえないからである。」と主張する。

「キューピー人形が民族的伝承であるとする試み」については、既に反論した。

被告が摘示する判旨についての原告の主張は準備書面（1）において述べたとおりである。

被告は「中島董一郎によるキューピーに係る本件商標の登録出願から、剽窃・模倣の意図を十分に推認し得るなどとは到底いえない。」と主張するが、中島董一郎による不正の目的、公序良俗違反は既に主張・立証したとおりである。

(オ) 被告は「第1に、本件商標の絵図はローズ・オニール創作に係るキューピー人形の絵図と同一ではない。」と主張する。本書面で述べたとおり、審決は、原告は、審決3頁「2 無効原因(1) 本件商標の構成 ア 本件商標を構成する図形部分とローズ・オニール作成に係る人形との対比」に記載のとおり、本件商標とローズ・オニール作成に係る人形が類似することを無効原因として主張したものであるところ、審決はこの類否について判断しておらず、重大な事実認定の遺脱がある。被告は、「本件商標の絵図はローズ・オニール創作に係るキューピー人形の絵図と同一ではない。」と主張するものであるから、同一性あるいは類似性について審決は判断を遺脱するものであり取り消されなければならない。さらに、原告は、本件商標を構成する文字部分とローズ・オニールの創作に係る名称との対比について、審決5頁「イ 本件商標を構成する文字部分とローズ・オニールの創作に係る名称との対比」に記載のとおり、本件商標の文字部分とローズ・オニール作成に係る人形の名称が類似することを無効原因として主張したものであるところ、審決はこの類否について判断しておらず判断の遺脱がある。

第1の後半及び第2については、既に述べたとおり、キューピーのキャラクター及びその「KEWPIE」の名称はローズ・オニールの創作にかかるものである。市場あるいは世上、キャラクターが著名性・周知性を獲得している場面において、そのキャラクターの著名性・周知性に由来する顧客吸引力を自らが独占するには正当性あるいは根拠を必要とするものであって、そのキャラクターとなんらの関わりのないものがその独占を企てることは、キャラクターの顧客吸引力をフリーライドするものに他ならない。また、キャラクターの図柄のみ、あるいは、キャラクターの図柄とその名称のみからなる商標を出願することは、その商標の構成から当該キャラクターの独占を図るものに他ならず、不正の目的を優に認定できるものである。

第3については、被告は本件商標を一度も使用した事実がないものである。

出願人中島董一郎はローズ・オニール創作に係る人形の絵図と、ローズ・オニール

ル創作に係る人形の題号「KEWPIE」「キューピー」を使用することもなく、もっぱら、自らのものとして権利化するために出願したものである。(準備書面(1)67頁)

第4については、前述のとおり、甲27の1(2001年7月18日当時の被告ウェブページ)と、甲27の2(2005年3月8日当時の被告ウェブページ)には、「創業者である中島董一郎が人気者のキューピーを1922年に商標にしました。」ことが記載されており、中島董一郎が当時大流行したキューピー人形を冒用した経緯が記されているものである。

また、甲68の1「Vol.54:キューピー(1)~80周年、マヨネーズの歴史 前編2005.11.01」には、以下のとおり記載されている。

「生みの親はローズ・オニールさんというイラストレーター、愛の神様のキューピッドをモチーフにして作ったキャラクターで、今も絵本や人形は世界中で親しまれている。」

被告広報室の吉岡は「マヨネーズが出た当初からキャラクターとして使っています」「でも実は、中島はマヨネーズの発売を考えていた時から、キューピーマークにしようとして大正11年から商標登録しています。当時からすでに、「商品にはブランドをつける」という考えがありましたので、マヨネーズを発売するにあたってもしっかりブランドマークをつけようと、当時セルロイド人形などのキャラクターとして大変な人気のあったキューピー人形にちなんでこのマークを作ったようです。」と記述されている。甲68の1においても、当時大流行したキューピー人形を中島董一郎が冒用した経緯が記述されているものである。

原告は令和2年4月28日付「準備書面(1)の補充」と題する書面にて、令和2年4月9日付準備書面(1)に欠落があったので、次のとおり補充する。

79頁16行「第4に被告は盗用を自認することから明らかであり、」の後に、

「第5に被告は本件商標と同様のローズ・オニール創作に係る人形の絵図とローズ・オニール創作に係る人形の題号「KEWPIE」「キューピー」から構成されるキューピー関連商標を470件を多数の商品区分・指定商品に出願し登録しある

いは譲り受けて「キューピー人形の絵図」「キューピーの名称」の商標的使用の**独占を図った**ものであり、本件商標出願後の被告のかかる行為は本件商標出願に不正目的があったことを裏付けるものである。」を追加したものであるが、被告からは反論はなく、被告は争わないものと認められる。

(カ) 審決は「食品工業社（現キューピー株式会社）の製造、販売するマヨネーズは、発売当初は売上げが芳しくなかったものの、商品の広告宣伝を工夫することにより、発売翌年（大正15年）以降、第2次世界大戦頃の生産中断を除き、その売上げを大きく伸ばし続けた結果、同社は、世界で屈指の大マヨネーズメーカーになったなどと称され、その商品に係るラベルや広告宣伝においては、その発売当初から継続して、キューピーの絵図、「KEWPIE」の文字若しくは「キューピー」の文字又はそれらを組み合わせてなる標章が使用されている。」とする。

それに対して、原告は「審決が認定する事実は、「他者の創作にかかる著名な絵図とその題号に依拠したことが明らかな商標」を出願登録した後も、著名標章をフリーライドし続けたという事情である。」と主張したとおりであるが、さらに主張を追加する。

「同社は、世界で屈指の大マヨネーズメーカーになったなどと称され」るに至ったのは、発売当初から、米国においては「キューピー狂時代」と呼ばれた米国史上最初の商業的大流行が生じた時期に（甲6、7、8、67）、キューピーのキャラクターが食品の販売促進用キャラクターとして使用され（甲7の76頁）、わが国においても本件商標出願前に、全国津々浦々、老若男女にまで知れ渡るキャラクターであり、かかるキャラクターの絶大な顧客吸引力を不当に冒用して、その商品に係るラベルや広告宣伝においては、その発売当初から継続して、キューピーの絵図、「KEWPIE」の文字若しくは「キューピー」の文字又はそれらを組み合わせてなる標章が使用した結果に他ならない。今日の被告は、その社名からも明らかなどおり、ローズ・オニールの創作にかかるキューピーのキャラクターが有する絶大な顧客吸引力を冒用した結果に他ならない。

(キ) 被告は東京地方裁判所平成10年(ワ)第13236号事件・平成11年1月17日判決(乙1)を引用するが、同判決の訴訟物と本件審決取消訴訟とは訴訟物を異にするものであって、本訴が被告引用の判決に影響されることはない。

乙1、乙2は、キューピーのキャラクターやその名称がローズ・オニールの創作であることを認定するものである。

(ク) 審決は「米国でなされた他人の出願に対する異議申立ても、米国内において取得している自己の権利との関係で行ったものとみるのが相当である。」とするが全くの誤りである。本件商標は**国際信義に違反する商標**である。

この点については、準備書面(1)(69頁以下)に述べたとおりである。

被告がキューピー関連商標の使用を開始するのは、「キューピー株式会社の創始者」(甲52)とする中島董一郎による本件商標の出願に端を発するものである。本件商標が登録された以来、被告は国内においてはキューピー関連商標を470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「キューピー人形の絵図」、「キューピーの名称」からなる**商標の独占を図った**ものである。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、社会の一般的道徳観念に反するような場合」に該当するものである。

すなわち、被告による「キューピー人形の絵図」、「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による、本件商標の出願の端を発するものであって、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ぎ、さらに、ローズ・オニールの創作にかかるキャラクターの名称に商号変更までしたものである。

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る。

(ケ) 被告は「キューピーがローズ・オニールの創作物であることが知られるようになり、被告はローズ・オニールの功績に敬意を表するものであり」、「被告は、ローズ・オニールの功績に敬意を表し、ローズ・オニールの流れを汲む者、団体との交流を通じて、その功績を後世に伝えるべく、ささやかながら協力している。」、「被告は、米国のBonniebrook Historical Society (BHS) を定期的に訪問し、BHS会員との交流、寄付等を行っている。」(28～29頁)とする。

審決は「発売翌年(大正15年)以降、第2次世界大戦頃の生産中断を除き、その売上げを大きく伸ばし続けた結果、同社は、世界で屈指の大マヨネーズメーカーになったなどと称され、その商品に係るラベルや広告宣伝においては、その発売当初から継続して、キューピーの絵図、「KEWPIE」の文字若しくは「キューピー」の文字又はそれらを組み合わせてなる標章が使用されている。」と認定するものであり、1904年当時、米国にてキューピーのキャラクターを採用したジェロ社は「それまでジェロは、コンテンツマーケティングを一度も行ったことがありませんでしたが、2年で売り上げ額は100万ドル(1.2億円)も増加しました。」と記述されるとおり、キューピーのキャラクターの顧客吸引力は莫大なものであった。

ローズ・オニールのキューピー人形及びその名称を冒用し、社名まで名乗って「世界で屈指の大マヨネーズメーカーになった」ことの贖罪としては、「ローズ・オニールの功績に敬意を表し、ローズ・オニールの流れを汲む者、団体との交流を通じて、その功績を後世に伝えるべく、ささやかながら協力している。」ということでは、全く足りないものである。

「本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかったが、その後数十年が経過し、キューピーがローズ・オニールの創作物であることが知られるようになり、被告はローズ・オニールの功績に敬意

を表すものであり、本件商標等の被告によるキューピー関連商標の使用が国際信義に反すると主張されるのは、誠に残念と言わざるを得ない。」(29頁)との被告主張については、準備書面(1)69頁以後で述べたとおりである。

(3) 「(3) 請求人の主張について」

ア 被告は「原告の主張は趣旨が不明瞭である」(32頁)と、原告の主張が理解できないようなのでさらに説明する。

審決が引用する平成12年(行ケ)第386号(東京高裁 平成13年5月30日判決)(甲47・審判乙5)は、登録595694号商標(甲63, 64)、人形の絵図単独で構成されたものであるのに対し、本件商標は、ローズ・オニールの創作したキューピー人形の特徴を備えたキューピー人形と、ローズ・オニールの創作した人形の名称「KEWPIE」と「キューピー」とからなるものである。



KEWPIE



キューピー

甲47(審判乙5)の商標(甲63) 本件商標(甲1)

甲47(審判乙5)の裁判例の事案では、問題となった商標がキューピー人形の絵図単独で構成された商標であったから、他人の著作権との抵触関係を調査等するには困難を伴うと判断したものである。

一方、本件商標は、その構成が本件商標出願前に広く知られていた、キューピー人形の図柄とキャラクターの名称である「KEWPIE」、「キューピー」の文字からなるものであり、出願前に全国津々浦々、老若男女にまで知られた、キューピーのキャラクターであることは一目瞭然であり、その商標の構成から当該キャラクターの独占を図る意図、不正の目的を優に認定できるものである。

甲47(審判乙5)では、他人の著作権との抵触関係の調査等が必要であったと

しても、本件はその商標の構成自体から、審査官は不正の目的による出願であると容易に判断できると主張するものである。

イ 被告は「被告の商標出願、登録、権利行使等は、国内外で事業を行う企業が、その事業を安定的に行う上で通常行うことの範ちゅうに属するものであるから、原告の主張は誤りである。」（33頁）とするが成り立たない。

被告は「本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかったが、その後数十年が経過し、キューピーがローズ・オニールの創作物であることが知られるようになり」（被告準備書面（1）29頁）となった後も、本件商標を始め、ローズ・オニール創作に係る人形の絵図とローズ・オニール創作に係る人形の題号「KEWP I E」「キューピー」から構成される商標368件を含むキューピー関連商標470件を多数の商品区分・指定商品に出願し登録しあるいは譲り受けて「キューピー人形の絵図」「キューピーの名称」の商標的使用の独占を図ったものである。

後に述べるとおり、「キューピーがローズ・オニールの創作物であることが知られるようにな」った後は、公序良俗に違反する不正目的を優に認定でき、後発的な公益的不登録理由（商標法46条6項）に該当するものである。

（4）小括

以上のとおり、審決の「本件商標の登録は、旧商標法第2条第1項第4号に違反してなされたとはいえない。」との判断は誤っているものであるから、取り消されなければならない。

11 「3 旧商標法第2条第1項第11号該当性について」

（1）被告は「原告の主張は趣旨が不明瞭である」と、原告の主張が理解できないようであるので、さらに説明する。

ア 旧商標法第2条第1項第11号の解釈について原告の主張

原告は「著名性は商標的使用によって獲得できた場合に限定されるものではない。」と主張するものである。その理由は次のとおりである。

旧商標法第2条第1項第11号は「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」と規定する。大正11年7月8日発行の「商標法講話」（甲41・88頁）は、次のとおり記載するものである。

商品の誤認とは商標と商品との間の不実関係のため、商品の品質真価値を誤信させる場合を指し、商品の混同の場合とは需要者は乙の商品を甲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。

準備書面（1）82頁で述べたとおり、本号の適用ある場合は、（イ）商標と商品との間に不実関係、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）商品に関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。」

本件商標の登録当時の旧法2条1項11号の「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」とは、「商品に関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、「商品の混同」は、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知ることが要求するものではなく、商品に関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。以上のとおりであるから、著名商標は商標的使用によって獲得できた場合に限定されるものではない。

イ 旧商標法第2条第1項第11号について審決の解釈

審決は「旧商標法第2条第1項第11号の「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞」があるものとは、例えば、ある商標が商品について使用された結果、その商品を表示するものとして需要者の間で非常に広く認識される（著名）に至った場合において、他人がその商標を別種の商品に使用するときは、その商品について、需要者が当該著名な商標に係る商品と同じ出所に係るものと混同するおそれがあるなどといった

ものが該当するといえ、」（審決65頁）と、商標を商品に使用された結果、著名性を獲得した場合、すなわち使用によって著名性を獲得した場面を「例えば」と例示するところである。

ウ 審決の結論

審決は「そのときは、（中略）本件商標をその指定商品について使用しても、これに接する需要者が、本件商標の構成中の図形部分や文字部分をもって、特定の出所を認識することはないというべきである。そうすると、本件商標は、旧商標法第2条第1項第11号の「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」に該当するものではないし、また、請求人の主張及び同人提出の甲各号証を総合勘案しても、本件商標が同号の「商品ノ誤認ヲ生セシムルノ虞アルモノ」に該当すると認めるに足る事実は見いだせない。」（65～66頁）とするものである。

エ 審決の判断の誤り

審決は「旧商標法第2条第1項第11号の「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞」の場面について、「商標を商品に使用された結果、著名性を獲得した場合、すなわち使用によって著名性を獲得した場面」を「例えば」と例示するものであって、それ以外の場面が存在することを前提にするものである。しかしながら、審決はそれに続く結論においては、例示した場面に限定して判断しているものであって、審決の判断は誤りである、以上が原告の主張である。

オ 小括

大正11年7月8日発行の「商標法講話」（甲41）が明らかにするとおり、「旧商標法第2条第1項第11号の「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞」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」があると解されるものであって、「商標を商品に使用された結果、著名性を獲得した場合、すなわち使用によって著名性を獲得した場面」に限

定されるものではない。

漫画「ポパイ」のキャラクターについて昭和58年審判第19123号（甲29）、小説「ターザン」の題号について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）（甲32）、「赤毛のアン」の原題について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（甲42）は、キャラクターの著名性を認定するところであるが、それらのキャラクターが商標的使用によって著名性を獲得したことを条件とするものではない。すなわち、著名キャラクターの著名性の獲得は商標的使用によって獲得できたことを要しないものである。

すなわち、本件商標における、ローズ・オニールの創作にかかるキューピー人形の特徴を備えた人形およびその名称は、十分にローズ・オニールの創作にかかるキューピー人形を想起させるものであって、本件商標を付した商品について、商品の需要者は「キューピー人形」、「KEWPIE」の名称と関係があるという「特定の出所を認識する」混同を生じさせるものであることは明らかである。

以上の次第で、「いかに著名なものであったとしても、「商標」（商品の出所を識別する標識）として認識されていないものの他人による使用は、旧商標法第2条第1項第11号に該当しない。」（35頁）との被告の主張は成り立たない。

以上のとおりであるので、「本件商標は、旧商標法第2条第1項第11号の「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」に該当するものではない、本件商標が同号の「商品ノ誤認ヲ生セシムルノ虞アルモノ」に該当すると認めるに足る事実は見いだせないとする審決の判断は誤りであり、「本件商標の登録は、旧商標法第2条第1項第11号に違反してなされたとはいえない。」との審決の判断は法律の適用を誤るものであるから、取り消されなければならない。

第3 商標登録後の後発的不登録事由について

1 「本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかったが、その後数十年が経過し、キューピーがローズ・オニー

ルの創作物であることが知られるようになり、被告はローズ・オニールの功績に敬意を表するものであり、本件商標等の被告によるキューピー関連商標の使用が国際信義に反すると主張されるのは、誠に残念と言わざるを得ない。」（被告準備書面（1）29頁）とする。登録無効を免れようとする言い逃れに過ぎず、知らなかったことはありえないこと、前述したとおりである。

また、不正の目的の認定に创作者の認知を要しないことは「ターザン」知財高裁判決（甲32）が判示するとおりであることも前述した。

審決「第3 被請求人の主張」に被告の上記主張は記載されておらず、被告は本訴に至り令和2年5月27日付被告準備書面（1）で初めて主張したものである。

本訴における被告の上記主張に対し、原告は、念のため、予備的に以下のとおり反論する。

2 平成8年法律第68号（平成9年4月1日施行）

特許庁審判便覧（第18版）「無効審判」（甲69の1）には次の記載がある。

(3) 平成8年法律第68号（平成9年4月1日施行）

商標については、商標法条約の要請に伴い更新登録の無効審判を廃止することとしたため、商§46①の無効理由に、後発的な公益的不登録理由を第5号として追加した。

すなわち、商標法条約の要請に伴い、更新登録の無効審判を廃止することとしたため、商標法46条1項の無効理由に、後発的な公益的不登録理由を第5号として追加したものである。なお、平成26年の一部改正により「第5号」は「第6号」へ繰り下がった。

3 特許庁編工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第21版）（甲70）には、次の記載がある。

「さらに、六号（平成二六年の一部改正により五号から六号に修正）に、後発的な公益的無効事由を新設した。これは、同改正において、存続期間の更新時におけ

る公益的不登録事由についての実体審査（旧二一条一項一号）を行わないこととし、更新登録の無効審判制度（旧四八条）も廃止したことに伴う代替措置として設けられたものである。」

現行法の規定は以下のとおりである。

（商標登録の無効の審判）

第四十六条 商標登録が次の各号のいずれかに該当するときは、その商標登録を無効にすることについて審判を請求することができる。この場合において、商標登録に係る指定商品又は指定役務が二以上のものについては、指定商品又は指定役務ごとに請求することができる。

一 その商標登録が第三条、第四条第一項、第七条の二第一項、第八条第一項、第二項若しくは第五項、第五十一条第二項（第五十二条の二第二項において準用する場合を含む。）、第五十三条第二項又は第七十七条第三項において準用する特許法第二十五条の規定に違反してされたとき。

二 その商標登録が条約に違反してされたとき。

三 その商標登録が第五条第五項に規定する要件を満たしていない商標登録出願に対してされたとき。

四 その商標登録がその商標登録出願により生じた権利を承継しない者の商標登録出願に対してされたとき。

五 商標登録がされた後において、その商標権者が第七十七条第三項において準用する特許法第二十五条の規定により商標権を享有することができない者になったとき、又はその商標登録が条約に違反することとなったとき。

六 商標登録がされた後において、その登録商標が第四条第一項第一号から第三号まで、第五号、第七号又は第十六号に掲げる商標に該当するものとなつており、
（以下略）

4 工業所有権法の解説〈平成8年改正〉（甲71）

上記商標法46条が規定する後発的な公益的不登録事由に基づく商標登録無効審

判について、次の記載がある。

(2) 後発的な公益的不登録事由に基づく商標登録無効審判

更新時に実体審査をしないこととしたことに伴い、後発的に公益的不登録事由（第4条第1項第1号～第3号、第5号、第7号、第16号違反）に該当することとなった商標については、登録無効審判による無効の対象とすることとした。

商標登録される前に既に登録され得ない商標となっていた場合はもちろんのこと、商標登録の際には無効事由に該当していなかったが、その後に無効事由に該当することとなった場合も無効の対象となる。

なお、この第5号において、「該当することとなつたとき」とせずに「該当するものとなつており」としたのは、該当する時期について、過去に該当するだけでなく審判請求時においても継続して該当することを審判請求の要件としていることを明確にしたものである。

以上のとおり、存続期間の更新時における公益的不登録事由についての実体審査（旧二一条一項一号）を行わないこととし、更新登録の無効審判制度（旧四八条）を廃止したことに伴い、後発的に公益的不登録事由に該当することとなった商標については、登録無効審判の対象としたものである。

5 被告に対する著作権侵害訴訟（乙1、乙2）

被告は「キューピー人形に係る著作権を譲り受けたとする者から、被告等のキューピー人形に係る絵図を使用する会社に対し、著作権侵害、不正競争防止法違反を理由として、使用差止、損害賠償等を請求する訴訟が提起された。」として、平成10年（ワ）第13236号著作権侵害差止等請求事件判決（乙1）、平成11年（ネ）第6345号著作権侵害差止等請求控訴事件判決（乙2）を証拠提出するので、原告は乙1、乙2について反論する。

乙1は著作者が【D】と伏せ字になっており判然としないため、乙2によると、著作権侵害の争点は下記のとおりであったことが記載されている。

「3 本案の争点及び当事者の主張

(1) 本件著作物の創作及び発行

(控訴人の主張)

ローズ・オニールは、1874年6月25日、アメリカ合衆国ペンシルバニア州で出生し、本件著作物を創作した上、1913年11月20日、同国内において本件著作物を発行したことにより、我が国における本件著作権の著作権者となった。

アメリカ合衆国著作権局登録記録(甲57)及びアメリカ合衆国著作権局著作権追加登録証(甲1)には、本件著作権の著作権者として、ローズ・オニールの名前が記載されている。また、ローズ・オニール自身、キューピーの小さな彫像を彫ったところ、キューピー人形を製造したいという玩具工場が現れたので、ドイツにおいてキューピー人形の原型を制作したと述べている。被控訴人主張のジョゼフ・カラスは、本件人形の制作に際し、ローズ・オニールの助手を務めた者である。

日本において大流行したキューピー人形のうち、ローズ・オニールの許諾を得て複製されたものには、著作権者がローズ・オニールである旨の著作権表示のほか、アメリカ合衆国連邦特許商標庁に意匠特許の登録がされている旨の表示が付されていた。また、ローズ・オニールは、アメリカ合衆国著作権局に本件著作権の著作権登録を行っている。」

平成10年(ワ)第13236号著作権侵害差止等請求事件判決(乙1)(原審)の争点に対する判断は次のとおりである。

「第三 争点に対する判断

一 争点10(類似性)について

1 まず、被告イラスト及び被告人形が、本件人形に係る本件著作権を侵害する複製物等であるか否か(著作権の成否、著作権の帰属、保護期間の満了による著作権の消滅の有無の点はさておき)について検討する。

本件人形に関しては、【D】(ローズ・オニール)によって創作された先行著作物があること、その一例として一九〇三年作品②及び一九〇五年作品が存在すること、右各作品は、いずれも日米著作権条約の効力発生前に発行され、我が国におい

てその著作権は保護されないことは、いずれも当事者間に争いが無い。」

以上のとおり、キューピー人形がローズ・オニールによって創作されたことを認定するものである。

平成11年（ネ）第6345号著作権侵害差止等請求控訴事件判決（乙2）の本件著作物に対する判断は次のとおりである。

「2 本件著作物の創作及び発行について

（1）証拠によれば、以下の事実を認定することができる。

ローズ・オニールは、1874年6月25日、アメリカ合衆国ペンシルバニア州で出生し、1889年ころから雑誌にイラストを寄稿するなどしてその画才が注目されていたところ、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。ローズ・オニールは、1903年以降、従来西欧神話の天使であり双翼を有する幼児の姿をしたキューピッドのイラストに若干の修飾を加えた、Two Valentines イラスト、1903年作品、1905年作品、1906年作品等を発表した後、「Ladies' Home Journal」1909年12月号に、従来のキューピッドのイラストと異なり、新たな空想上の存在を感得させる独創的なキューピーイラストが描写された本件イラスト著作物を発表した（略）。

ローズオニールは、そのころ、キューピーの人形を作ってほしいとの子供たちの手紙を受け取ったことから、戯れにキューピーイラストを立体的に表現して本件人形と同一の形態を有するキューピーの小さな彫像を彫ったところ、そのことを知った複数の玩具工場からキューピー人形を製造したいとの申出を受け、人形の複製を許諾する工場を選定した。1912年、ドイツでビスク製のキューピー人形が試作されることとなり、ローズ・オニールも渡独し、玩具工場において助言及び指導をした。また、ローズ・オニールは、当時イタリアで美術を学んでいた妹のカリスタにキューピー人形の制作につき助力を依頼し、カリスタは助手を務めるようになった。ドイツで制作された本件人形は、1913年、アメリカ合衆国において販売され、爆発的な人気を博した（略）。」

被告が提示する乙1，乙2は、著作権侵害訴訟の判決であって、控訴審の弁論終結期日において、被告らが著作権を侵害するかどうかの判示に過ぎない。

本訴は、もとより著作権侵害訴訟ではなく、本件商標が旧商標法第2条第1項第4号「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」に該当するか、あるいは、同第11号「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」に該当するかどうか争点である。

乙1，乙2のいずれの判決も、キューピーのキャラクターやその名称がローズ・オニールの創作にかかるものであることを否定するものではなく、明確に肯定するものである。そうすると、キューピーのキャラクターやその名称がローズ・オニールの創作にかかるものであることを明確に認める乙1，乙2は、本件商標の公序良俗違反、あるいは、商品の混同の虞れを根拠づけるものに他ならない。

6 被告に対する著作権侵害訴訟（乙1）の新聞報道（その1）

朝日新聞は平成10年6月17日の社会面にて次のとおり報道した（甲72）。

「キューピー使うな」提訴

「キューピーちゃん」は、商標登録したといひ、だれのもの——大阪市の愛「七十数年間何も問題はない」好家が十六日、キューピー「かっただのに、何を今さらど」の著作権を取得したと主張「いち感した」と当惑していして、マヨネーズなどの食「る」。

断えたのは、大阪市企「品製造会社「キューピー」」を相手に総額十億円の損害「両会社を経営する男性。今」賠償とイラストや商標の使「年五月、キューピー生みの」用禁止を求める訴えを東京「朝のロース・オニールの遺」地裁に起こした。キューピ「率を管理する米国の「ロー」側は一九二二年にマーク「ズ・オニール遺産財団」か

大阪の愛好家
「私に著作権」

「キューピー側」「1922年に商標登録した」

一方のキューピー側はこ「出で、愛と幸せを運ぶと言」われていることから自社の「れに反発。田養雅文広福密」マヨネーズの売り出しにび「部長は「国内はもちろん、」に無断で商標登録した」とし「米国の六五年に商標登録」主張。商標の年間の使用料「キューピーはすでに広く一」は「一億円は下らないとし」般に知られた人形になっ「て、十年分にあたる十億円」いるろえ、著作権はすでに「は、アメリカからやつてき」切れており、世態に欠ける「たキューピー人形が人気が「不当な提訴だ」と話す。

朝日新聞 平成10年6月17日

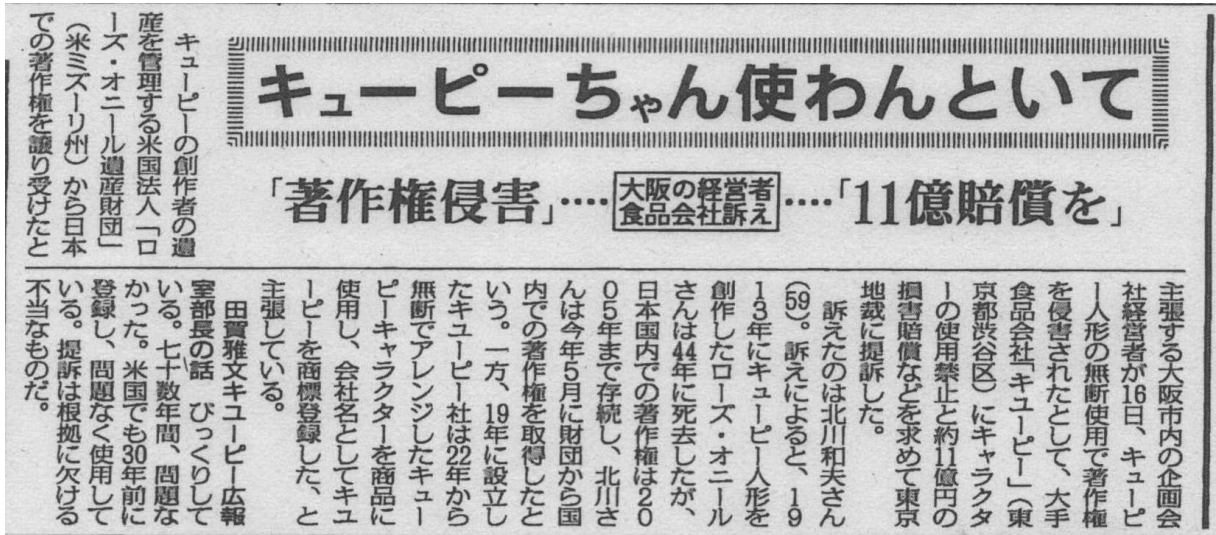
左の記事には「キューピー使うな」、「キューピーの生みの親のローズ・オニールの遺産を管理する米国の「ローズ・オニール遺産財団」から日本の著作権を譲り受けたという。」と記述されている。

「キューピー側「1922年に商標登録した」との見出しは、1922年（大正11年）に登録された本件商標を指すものと思われる。

キューピーの生みの親がローズ・オニールであると原告が主張したこと、被告に対して使用禁止を求めたことが全国紙の紙面で報道され、世上広く知られるに至った。

7 被告に対する著作権侵害訴訟（乙1）の新聞報道（その2）

毎日新聞は平成10年6月17日の社会面にて次のとおり報道した（甲73）。



上の記事には「キューピーの作者の遺産を管理する米国法人」、「1913年にキューピー人形を創作したローズ・オニールさん」、「19年に設立したキューピー社は22年から無断でアレンジしたキューピーキャラクターを商品に使用し、会社名としてキューピーを商標登録した」と記述されている。

キューピー人形を創作したのがローズ・オニールであると原告が主張したこと、被告に対して使用禁止を求めたことが全国紙の紙面で報道され、世上広く知られるに至った。

8 被告に対する著作権侵害訴訟（乙1）の新聞報道（その3）

日本経済新聞は平成10年6月17日社会面で次のとおり報道した（甲74）。



上の記事には「日本でのキューピー人形の著作権を譲り受けた大阪市の男性がマ

ヨネーズ製造最大手の「キューピー」(東京)に(中略)訴訟を十六日東京地裁に起こした。」と記述されている。

被告が無断で商品にキューピーの絵を使用したと原告が主張したこと、被告に対して使用禁止を求めたことが全国紙の紙面で報道され世上広く知られるに至った。

9 2001年7月18日当時の被告ウェブページ(甲27の1)には、

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。

キューピーはアメリカのローズ・オニールさんが発表したイラストであること、キューピー・キャラクターが全米で大ヒットし商品コマーシャルに使用されたこと、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、「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、(中略)人気者のキューピーを商標にしました。」と記載されている。

10 旧商標法の無効事由の該当性

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下においては「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の

公序を形成するものである。ローズ・オニールの創作にかかる著名・周知なキューピーのキャラクターを「自分のものとして商標登録すること」は、他人の知的創作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公序良俗違反に他ならない。この点の詳細については、審決「第2 請求人の主張 1 無効事由」に記載されているとおり、ローズ・オニールの著作である人形と類似する図形及びローズ・オニールの創作に係る「KEWPIE」又は「キューピー」からなる商標は、旧商標法第2条第1項第4号の「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」に該当する。

「キューピー人形の図形」及びその名称からなる本件商標は、周知・著名標章である「キューピー人形」の図形、「KEWPIE」の名称と関係があるとの混同を生じさせるおそれがあることは明らかであり、旧商標法第2条第1項第11号の「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。

1 1 後発的な公益的不登録事由について

被告は仮に「本件商標の出願時、中島董一郎はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを知らなかった」としても、遅くとも、平成10年（1998年）6月17日付の訴状が送達されたと見込まれる同月末日、あるいは、平成10年（ワ）第13236号著作権侵害差止等請求事件判決（乙1）では被告はキューピーがローズ・オニールの創作物であることを争ってないからその弁論終結日である平成11年7月11日、あるいは、2001年7月18日（甲27の1）を公表した日においては、キューピーがローズ・オニールの創作物であることを知ったものであり、その時点において商標法46条が定める後発的な公益的不登録事由に該当する。

平成8年法律第68号（平成9年4月1日施行）は、商標法4条1項7号の公序良俗違反を後発的な公益的不登録事由を商標登録無効事由とし、商標法施行法（昭和34年法律第128号）は「旧法によりした商標登録（中略）についての新法第四十六条第一項の審判（中略）においては、旧法第十六条第一項の規定は、新法の

施行後も、なおその効力を有し、同項に規定する場合に限り、その商標登録を無効にすることができる。」（第10条第1項）と定めるものであるから、商標法46条1項6号の後発的不登録事由は、旧商標法（大正10年4月30日法律第99号）第2条第1項第4号の無効事由に該当する。

後発的な公益的不登録事由においても、原告は被告に対し、審判請求書と同一の適用法条、すなわち、商標法施行法第10条第1項、旧商標法第16条第1項、同法第2条第1項第4号、同第11号に基づき、本件商標登録を無効とする審判を請求することができるものである。 以 上