

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（3）

令和2年8月31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（2）に反論するとともに審決取消の理由を準備する。

1 誤記の訂正

準備書面（2）の24頁13行、同頁18行、29頁11行、31頁8行、同頁15行、38頁21行の「民族的伝承」は「民俗的伝承」の誤記であるので、そのように訂正する。

2 「2 米国におけるキューピーの認知状況について」（証拠の信用性を争う主張への反論）

被告は「甲67は1900年代（1900～1909年）にキューピーのキャラクターについて商業的大流行があったかのように読めるが、これらは原告の主張するキューピーの創作時（1909年12月号の雑誌に発表）よりも前になってしまい、甲77の1、甲67の記載の信用性には疑義を呈さざるを得ない。」（3頁）と主張するが、これら証拠の信用性を争う被告の主張は成り立たない。

（1）甲67について

審決は「キューピー」の由来について次のとおり認定する。

「(1)「キューピー」の由来

ア 米国ペンシルバニア州生まれのローズ・オニール（1874年～1944年）は、米国の雑誌「Ladies' Home Journal」（1909年12月号）に、詩とともに、キューピッドをヒントにした裸体の幼児のイラストを發表し、そのイラストに描かれたキャラクターに「KEWPIE」（キューピー）と名付けた。そして、当該雑誌における「KEWPIE」（キューピー）のページは、翌1910年にも連載された（甲6～甲9）。」（審決56頁）

キューピー人形のキャラクター及びその名称は「Ladies' Home Journal」（1909年12月号）に發表されたものである。同誌の発売日は不明であるが、定期刊行誌の発売時期は題号が示す時期以前に発売されるのが通例であり、遅くとも同年11月末までには発売されたものと考えられる。

また、「キューピー村物語」76頁（甲7の2）には「キューピーの雑誌連載はまたたくまに人気が高まり（中略）、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。（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。」と記載されている（下線は代理人による）。すなわち、発売直後から瞬く間に人気が高まり、さらに人気に拍車がかかって「キューピー狂時代」と呼ばれる米国史上最初の商業的大流行に至ったものである。「1900年代のアメリカ（20世紀の各10年のアメリカ）」（甲67）は2010年に發表された文献であり、過去を振り返って回顧的に書かれたものであるから、1909年11月までに登場したキューピーが「キューピー狂時代」に至った社会的事象を、1900年から1909年の事象として記載することに矛盾はなく、信用性に疑いはない。

(2) 甲77について

被告は「甲77の1は、1904年のジェロのレシピブックにキューピーのキャラクターを採用していたかのようにも読める」（3頁）とする。同号証には「1904年にキューピーキャラクターを採用した」と記載されておらず、甲77の1の

信用性に疑いはない。

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。

3 「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」について（中島董一郎が米国滞在中にキューピーを見聞したことがないとの主張に対する反論）

（1）被告は「中島董一郎が米国滞在中にキューピーを見聞したことを示す資料も、話も何ら存在しない。」「当時の中島董一郎がキューピーについて見聞することはなかった、あるいは、認識するに至らなかったとしても何ら不思議では無い。」「中島董一郎が、米国でキューピーに接する機会があったとしても、それが他人のもの（所有物）であるなどと認識する余裕があったとも思えず」（5頁）と主張するが、いずれも成り立たない。

原告準備書面（2）8頁にて指摘したとおり、1909年以来、米国においては「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）という、「**キューピー狂時代**」に中島董一郎は米国に居住していたものである。新聞、定期刊行物に限らず、日用雑貨である「食器」、子供用の書籍、高級品である「宝飾品」にまで、「キューピーの姿を追い求めた」という商業的大流行の当時、米国に居住していた中島董一郎がキューピー・キャラクターの商業的使用に接する機会がなかったことはありえない。中島董一郎譜（甲35）には、いかにして中島董一郎がキューピー・キャラクターに接することなく過ごすことができたかについて記載されていない。かかる記載がないという事実こそ、中島董一郎が米国居住当時、キューピー・キャラクターの商業的使用に接したという事実を物語るものである。

また、1909年に突然出現して「米国最初の商業的大流行」に至ったキャラク

ターは、何人かが創作したものであることは、それに接した誰の目にも明らかである。「他人のもの（所有物）であるなどと認識する」ことは通常認知能力があれば十分可能である。中島董一郎が「他人のもの（所有物）であるなどと認識する」ことができなかつたとすれば、認識できなかつたことについて、故意と同視すべき重大な過失がある。なお、不正の目的の認定に创作者の氏名の認知を要しないことは、「ターザン」知財高裁判決（甲32）判示のとおりである。

以上のとおり、中島董一郎が米国滞在中にキューピーを見聞したことがないとする被告の主張は成り立たない。

（2）被告は「原告の主張は、客観的証拠に基づかず、憶測で故人を盗人呼ばわりするものであり、このような主張をされることは誠に遺憾である。」（5頁）とする。原告は故中島董一郎を「盗人」と呼んだ事実はない。以下、説明する。

本訴では「本件商標が不正の目的をもって出願、登録されたものであることは、第1に本件商標はローズ・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」のみからなる構成であること、第2に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こと、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こと、第4に被告は盗用を自認することから明らかであり、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「KEWP I E」「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。」（準備書面（1）79頁、同補充1頁）と、全て客観的事実に基づく主張である。

念のため、審判における原告主張も併せて当審で主張することとし、被告の非難

はあたらないことを明らかにする。すなわち、

審判では「本件商標は、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・オニールの創作に係るキューピー人形の図形と類似し、ローズ・オニールの創作に係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」の创作者の母国であり、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、キューピー人形及び「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、我が国においては、キューピー関連商標を470件出願し、登録し、又は譲り受けて、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正当性は見だし得ず、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。被告による「キューピー人形の図案」、「キューピーの名称」からなる「キューピー関連商標」の使用は、創業者である中島董一郎による不正の目的による本件商標の出願、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ほかならない。この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、又は、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、本件審決が被告を名宛てにしてなされるものであるから、被告による登録商標の利用状況も審決時に考慮されなければならない。」

(審決38頁)(審判における「被請求人」は「被告」に読み替えた。)と、すべて客観的事実に基づいた主張をしたものである。

「原告の主張は、客観的証拠に基づかず、憶測で故人を盗人呼ばわりする」との被告の原告に対する非難は成り立たないばかりか、かかる非難こそ事実に基づかない。

4 「(4)「被告は本件商標を一度も使用した事実がない」について」

原告準備書面(2)における「【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。」(13頁)との主張に対し、被告は「本件商標の使用証拠は本件審決の結論に関係がなく、提出する必要が無い。」(6頁)と提出を拒絶し、結局、被告は本件商標の使用証拠を提出しないものであるであって、被告は今日まで本件商標使用の実績がないものと考えられる。

本件商標は、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「KEWPIE」の双方を商標権の権利範囲に含める構成をとるものであって、出願人はキューピーのキャラクターの図絵と、「KEWPIE」の名称をともに、自らの権利下に収めようとするものである。本件商標を使用したことがないという事実は、本件商標が使用目的ではなく、商標法の根幹である使用主義の原則に違反するのみならず、かかる不使用証拠の登録を維持することは、他人の知的創作である「キューピー人形の図絵」、「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り、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するものであって、商標制度の悪用に他ならず、公序良俗に違反する。

審決は、出願以来審決に至るまで被告は本件商標を使用していないという事実を認定しておらず、取り消されなければならない。

5 「(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・・・」について」

原告準備書面(2)14頁以下における原告の主張・立証は次のとおりである。

「出願人中島董一郎は「宣伝は資本である」の信念の下に、「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」、莫大な宣伝費を使ったことを立証し、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。」ことを立証し、これらの事実から、出願人中島董一郎は「宣伝は資本である」との信念を持っており、商品の宣伝広告を極めて重視していたことを立証したものであって、その結果、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。」と主張・立証したものである。

ところが、被告は「原告は、出願人中島董一郎が商品の宣伝広告を極めて重視していたことをもって、「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」などと主張する。」(7頁)とする。原告の主張は前述のとおりであって、被告が摘示するものではない。被告は原告の主張をねじ曲げて立論するものであって、許されない訴訟態度である。

次に、被告は「仮に、中島董一郎にキューピー・キャラクターを使用することが不正なことであるとの認識があれば、その宣伝広告を大々的に行うことを公に誇るはずがなく、このことから出願人中島董一郎に不正の意図など無かったことは明らかである。」(7頁)と主張する。およそ成り立つ余地がない猛々しい主張である。被告の主張を前提にすれば、公序良俗違反で登録無効とされる商標であっても、厚かましくも宣伝広告を大々的に行っておれば、不正目的がないことになる。かかる立論は成り立つ余地がない。かかる成り立つ余地のない猛々しい主張をしたり、原告主張をねじ曲げて立論することは、公正な訴訟の場において許されない訴訟態度である。

6 「(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」・・・ことはありえない」について」

被告は「原告は、甲27の1及び2(2001年、2005年当時の被告ウェブページ)、甲68の1(2005年当時の被告従業員へのインタビュー記事)の記載をもって、キューピーがアメリカのローズ・オニールの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等の事実を「中島董一郎が認識した上で」人気者のキューピーを1922年に商標にした旨を被告が自認していると無理矢理主張する。」(7頁)とするが、成り立たない。

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(中略) 人気者のキューピーを1922年に商標にしました。」(下線は代理人による)と記載されている。一方、「中島董一郎はキューピーが米国で大流行した当時米国に居住していましたが、キューピーが誰のものであるか、何人のものであるかも知りませんでした。」という注釈はどこにも記載されていない。

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。

これら被告のウェブページの記載や被告広報室の吉岡の記述(甲68の1)から、「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。」と解することになんらの不自然はなく、「無理矢理」の解釈でない。

原告の主張は、被告は自らのウェブページなどにおいて、ローズ・オニールの創作の盗用を認めるものであるとするものであって、原告の指摘に不自然なところは一点もないところ、被告は敢えて「無理矢理主張する。」などとするものであって、誠実な訴訟態度といえない。

7 「(7) 「被告による権利行使」について」

被告は「「キューピー」のキャラクターが被告の使用に係る著名な商標であることは、厳然たる事実である。」、「被告が有する商標登録第595694号（キューピー人形の図）、同第832283号「キューピー」は、その著名性が認められ、多数の防護標章登録が認められている（乙5乃至乙8）。」、「被告は、令和2年度知的財産権制度活用優良企業等表彰において、知財功労賞 特許庁長官表彰（知財活用企業（商標））を受けている（乙9）。」（8頁）などと主張する。

キューピーのキャラクターの絵図、「KEWP I E」は1909年に米国人ローズ・オニールが創作・発表したものであって、出願人中島董一郎はローズ・オニールの創作にかかるキューピー・キャラクターを剽窃し、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のもと、商標出願したものであって、本件商標、防御商標等はすべて公序良俗に反するものである。

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。」、「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。」と判示した。

本件商標は他人の知的財産を剽窃して出願したものであるから、公正な商品またはサービスに関する取引秩序を維持するという商標法の目的に一致しないものであつて、「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」ことは明らかである。被告が、知財功労賞 特許庁長官表彰(知財活用企業(商標))を受けたということであれば、本件商標の登録無効と共に、同表彰も取り消されなければならない。

かかる顛末は、大正11年4月1日に中島董一郎が他人の創作にかかるキューピー・キャラクター、すなわち、他人の財産的価値ある創作を創作者の承諾を得ることなく、抜け駆け商標出願したことに由来するものである。

8 「7 「被告の「キューピー人形が民俗的伝承であるとする試み」に対する反論」について」

(1) 被告は「当時のキューピーに関連する資料において、キューピー(人形)がローズ・オニール、あるいは、特定の誰かのものであると世間一般において認識されていたことを窺わせるものはなく、多数の者がローズ・オニールの許諾を得たりすることもなく、無邪気にキューピー(人形)を使用してきたことが認められることからすれば、キューピーのキャラクターが周知著名であっても特定の誰かのものであるとは世間一般において認識されていなかったとするのが合理的認定である。」(11頁)とする。

被告の主張は成り立たない。以下、説明する。

被告は「多数の者が(中略)無邪気にキューピー(人形)を使用してきたこと」と「創作者の許諾を得ず商標出願して自らのものと独占する企て」を同列に論じようと試みている。しかしながら、前者「多数の者が(中略)無邪気にキューピー

（人形）を使用してきたこと」は、一時的、趣味的、非商業的、個人的な使用に過ぎない。一方、後者のキューピー人形のキャラクターの絵図とその名称とからなる商標を出願することは、それらを自らの支配下において独占して商業的に使用し、かつ、他者の使用を排斥する企てである。「無邪気にキューピー（人形）を使用すること」と「創作者の許諾を得ず商標出願して自らのものとする企て」は、「無邪気」と「食欲・剽窃・狡猾」ほどの評価の違いがあるものであって、被告の試みは到底成り立たないものである。

（２）被告は「原告は、キューピーが「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」との被告主張に根拠が無く、どのようなキャラクターも特定の誰かが創作した創作物であるから誤りである旨の主張をする。被告主張の表現が誤解を生じたと思われるため、上記被告主張を換言すると、被告は、キューピーが「特定の誰かのもの（所有物）としても認識されていなかった」、さらに換言すれば、キューピーが「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できるものと認識されていた」と主張するものである。」（１４頁）

被告の主張に対して、反論する。

第１に、「キューピーのキャラクターが周知著名であつても特定の誰かのものであるとは世間一般において認識されていなかった」という事実はない。

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」は創作者の氏名は認識されずとも、特定の誰かが創作したことは明らかであるから、「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」（準備書面（２）１４頁）との被告主張が成り立つ余地はない。キューピーのキャラクターがいかに広く人々に愛されていても、それによって創作性が否定されたり、あるいは、特定の誰かが創作したという認識が消え去るものではない。キューピーのキャラクターの図絵あるいは名称は人が創作し

た知的創作であることは誰の目にも明らかである。すなわち、創作者の氏名の認識は不要であって、他人の財産的価値ある創作であることの認識で足りる。

第2に、被告は「自由に使用できるものと認識されていた」との主張に過ぎない。「自由に使用できる」ことと、「商標権を得る」こと即ち「自らの支配下において商業的使用を独占すること」は同義ではない。

商標出願する以前に、我が国において、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（甲6～21）ものである。

中島董一郎は、キューピー人形のキャラクターとその名称を、自らの支配下において商業的使用を独占するため、商標出願したものである。

キューピーと何らの関わりを持たない中島董一郎が、他者の創作にかかる著名キャラクターを商標出願登録すること、すなわち、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名称を中島董一郎が自らの支配下において商業的使用を独占することが、公序良俗に違反するかどうか問われているものである。

（被告に反論するとともに、旧商標法第2条第1項第4号について審決取消事由を主張する。）

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（甲6～21）キューピー人形のキャラクターについて、中島董一郎が主観的に「自由に使用できるもの」と認識したものであるとか、あるいは、世間一般の認識が「自由に使用できるもの」であれば、中島董一郎がキューピー・キャラクターを抜け駆け的に先願し、商標権を設定して私的独占することは許されないことに帰結するものである。すなわち、本件商標が、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絵と、そのカタカナと英文字の名称から構成されるものであり、それを出願することは、出願前に著名であったキューピー・キャラクターの

知的創作を自己のものとして権利化を図る「不正な目的」を見出すことができるものであるから、旧商標法2条1項4号の「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」、すなわち、公序良俗に違反することに帰結するものである。審決は「そうすると、仮に、本件商標の構成中、図形部分がローズ・オニールの創作に係るキューピー人形と類似し、「KEWP I E」及び「キューピー」の各文字部分がローズ・オニールの創作に係るキャラクターの名前又はその名前の片仮名表記と同一であるとしても、中島董一郎が、本件商標を出願するに当たり、他人の標章の著名性にただ乗りする、あるいは、他人の知的財産を自己のものとして出願し、権利化を図るなどといった不正の目的をもってそれをなしたとはいえない。」(62頁)とするが、旧商標法第2条第1項第4号の該当性判断は上述のとおりであり、審決は旧商標法第2条第1項第4号の該当性判断を誤るものであるから、取り消されなければならない。

(被告に反論するとともに、旧商標法第2条第1項第11号について審決取消事由を主張する。)

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(甲6～21)キューピー人形のキャラクターについて、中島董一郎が主観的に「自由に使用できるもの」と認識したものであるとか、あるいは、世間一般の認識が「自由に使用できるもの」であれば、中島董一郎がキューピー・キャラクターを抜け駆け的に先願し、商標権を設定して私的独占することは許されないことに帰結するものである。本件商標が旧商標法2条1項11号の「商品ノ誤認又ハ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」、すなわち、商品の誤認混同を生じさせるおそれがあるかどうかは、本件商標が、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絵と、そのカタカナと英文字の名称から構成されるものであり、それを出願することは、出願前に著名であったキューピー・キャラクターと関係ある商品であると、商品の需要者は商品を誤認するおそれがある。審決は「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頁)とするが、「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」との判断は誤りである。

すなわち、本件商標の構成中の図形部分はキューピー・キャラクターの絵図であり、文字部分はキューピー・キャラクターの名称とそのカタカナであるから、キューピー・キャラクターを認識するものであって、キューピー・キャラクターと関連がある商品であるという「出所」を認識するものである。

また、旧商標法第2条第1項第11号の「商品ノ混同」は「出所の誤認」に限定されなければならない解釈上の法的根拠はなく、商品が特定の著名キャラクターとの関連あるかどうかという商品の属性、特徴についての誤認する場合も「商品ノ誤認」であるから、「特定の出所を認識することはない」から旧商標法第2条第1項第11号に該当しないとする審決は、旧商標法第2条第1項第11号の該当性判断を誤るものであり、取り消されなければならない。

第3に、「キューピーのキャラクターが周知著名であっても特定の誰かのものであるとは世間一般において認識されていなかった」という事実がないことは、「第1に」において述べたとおりである。仮に、「キューピーのキャラクターが周知著名であっても特定の誰かのものであるとは世間一般において認識されていなかった」としても、本件商標が、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絵と、そのカタカナと英文字の名称から構成されるものであり、それを出願することは、出願前に著名であったキューピー・キャラクターを自己のものとして権利化を図る「不正な目的」を見出すことができるものであるから、旧商標法2条1項4号の「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」、すなわち、公序良俗に違反する

ことに帰結するものである。

すなわち、被告が主張する「キューピーのキャラクターが周知著名であっても特定の誰かのものであるとは世間一般において認識されていなかった」かどうかは、出願前に著名であったキューピー・キャラクターを自己のものとして権利化を図る、出願人中島董一郎の「不正な目的」の認定に影響を与えないことに帰結する。

第4に、被告の「キューピーのキャラクターが周知著名であっても特定の誰かのものであるとは世間一般において認識されていなかった」ことに関する主張は先行する審決、判決とも相違するものであって、成り立たない。以下、説明する。

(ア) 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。」と判示した。

商標が客観的に他者の漫画に依拠することだけで、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と判示したものである。審判は漫画「ポパイ」のキャラクターが「特定の誰かのものであるとの認識」を要求するものではない。

(イ) 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(Tarzan)」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、(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することができる。(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。」と判示した(下線は代理人による)。

上記判決は、著名な小説の主人公の名前である「T a r z a n」を商標登録することが公正な取引秩序を乱し、公序良俗を害する行為であると判断したものであって、「T a r z a n」が「特定の誰かのものであるとの認識」を要求するものではない。

(ウ) 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)(甲42)は、

商 標

The image shows a stylized, cursive logo for 'Anne of Green Gables'. The word 'Anne' is written in a large, elegant script, with 'of Green Gables' written in a smaller, similar script below it.

(ANNE OF GREEN GABLES) に

ついて、「〔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。」と判示した。

すなわち、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者に認め、その使用を独占させることは相当ではないなどとし、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」に該当すると判断したものであって、「ANNE OF GREEN GABLES」が「特定の誰かのものであるとの認識」を要求するものではない。

(エ) 以上のとおり、これらの特許庁審決及び高裁判決は、著名キャラクターを冒用する出願の不正の目的あるいは公序良俗違反の認定において、著名キャラクターが誰の創作であるか、創作者の氏名の認知を求めているだけでなく、当該キャラクターが「特定の誰かのものであるとの認識」を要するものではない。出願前に著名なキャラクターを、何ら関係のない者にその使用を独占を許すことは相当ではないから、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であると判断したものである。

(3) 被告は「原告は「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とするが、これらのキャラクターの存在は顕著な事実として認定できる程度に著名であり、これらのキャラクターをどれも知らないというのは俄には信じがたく、不誠実な訴訟遂行態度と言わざるを得ない。」(11頁)と、原告を非難するが全くの筋違いである。

顕著な事実であれば証拠を出して立証をする必要がないところ、被告は乙10～

17号証を提出して立証を試みたものであるから、顕著な事実ではないことは被告が自認するところである。そもそも、本訴の争点はキューピー・キャラクターであるところ、全く関係のないキャラクターを登場させ、争点を拡散させようとする試み自体、不誠実な訴訟態度である。訴訟の争点と無関係のキャラクターを登場させるのであれば、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してしかるべきである。被告は、かかる主張立証を怠ったものであるのに、それを指摘した原告を非難するとは、誠に不誠実な訴訟態度である。

9 「イ」「イ 高崎達之助が創立した東洋製缶…」について

被告は、原告主張を正確に引用せず、原告の主張をねじ曲げて反論を試みようとするが、いずれも成り立たない。

(1) 原告は「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。」

(33頁)と、類似商品・役務審査基準(国際分類第11-2020版対応)(甲75の4)を引用して指摘したものであるところ、被告はそれに対して「(i) 特許庁における書換登録申請の審査においては、書換後の指定商品が旧商品区分の指定商品に含まれるかを実質的に判断しており、机上の概念法則によって定めているものではない」(17頁)と反論するに過ぎず、1925年と1992年では生きた「経済」が変わっているとの原告の指摘になんら答えていない。

(2) 原告は「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。」と最高裁判所昭和36年6月27日判決を引用して主張したところ、「(ii) 侵害の場面における指定商品の範囲の確定は裁判所の専権事項ではあるが、特許庁の審査基準や判断は重要な考

慮要素の1つとされ、原則的に尊重されていること」(17頁)と反論するに過ぎず、指定商品の範囲かどうかは裁判所の専権事項であって「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」との原告の指摘になんら答えていない。

(3) 原告は「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。」と指摘したところ、被告は「(i i i) 本件商標登録出願を旧第41類に行っていることからしても、中島董一郎が旧第45類の商標登録第84209号との抵触を気にしたことを窺わせる理由が無いこと」(17頁)と述べるだけで、全くの反論になっていない。

(4) 原告は「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」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。」と述べており、「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。」と主張した。被告は「(i v) 約100年前の、出来事の内容については、複数の人の記憶や伝聞を重ねて現代に伝えられるうちに、事実関係や時系列に実際とのズレが生じたり、多少の脚色やニュアンスの変化が生じたりすることを完全に排除すること

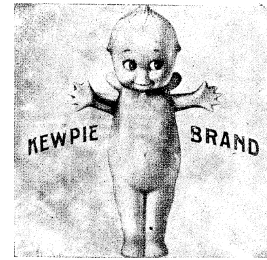
は難しく、記憶や伝聞を差し挟む余地の無い客観的証拠を一定程度重視して認定すべきであることから、原告主張はやはり失当である。」(17頁)とする。

甲76の1についての被告の認否の趣旨は不明であり、(a)中島周キューピー会長は「事実関係や時系列に実際とのズレが生じたり、多少の脚色やニュアンスの変化」させた虚偽の事実を述べたとするのか、あるいは、(b)「記憶や伝聞を差し挟む余地の無い客観的証拠を一定程度重視して認定すべきである」ところ同会長は記憶や認知機能が正常でないため「記憶や伝聞」に変容が生じたとするのか不明である。

審決は「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。」(61頁)(下線は代理人による)と認定するものである。

中島周は、この間の経緯について、「「キューピーというブランドにしてみても」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。」と公表するものである。

中島董一郎、被告、日魯漁業株式会社、高碓達之助等をめぐる商標の出願、登録、使用、許諾の関係は、原告準備書面(1)30頁「イ 中島董一郎、被告、日魯漁業株式会社、高碓達之助等をめぐる商標の出願、登録、使用、許諾・・・」において主張・立証したとおりである。そして、その当時、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、当該商標の譲り受けを希望していたことを、中島周は公表するものである。(以下、余白)



登録第175069号商標（甲59） 登録第84209号商標（甲55）

出願 大正14年3月9日 大正11年5月26日 日魯漁業株式会社へ移転

出願人 中島董一郎（甲61） 昭和26年2月8日株式会社中島董商店へ移転（甲57）

そうすると、「高碓達之助の承認」は、登録第175069号商標をマヨネーズに使用するにあたって、中島董一郎が抵触すると認識していた第84209号商標の商標権者日魯漁業株式会社の高碓達之助からの使用許諾であると考えられる。中島董一郎が高碓達之助から許諾を受けた大正14年3月（甲25）には、既に本件商標は出願されていたものであるから、この点においても本件商標出願の承認を得たものではなく、審決の認定は誤りであり、取り消されなければならない。

甲76の1について、被告の認否は（a）中島周キューピー会長は虚偽の事実を述べたとするのか、あるいは、（b）同会長は認知機能が正常でないため「記憶や伝聞」に変容が生じたとするのか不明である。そこで、審決が認定した事実が誤りであったことを立証するため、甲76の1を公表した中島周の証人尋問を求める。

10 「カ 被請求人は、2017年（平成29年）・・・」について

被告は「第三者が同一又は類似商標につき商標登録を取得し、被告による商標の使用が制約されないよう、「KEWPIE (kewpie)」の文字、「キューピー」のカタカナ、「キューピーの絵図」からなる商標登録を保有する必要がある、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。」（18頁）とする。「第三者が同一又は類似商標につき商標登録を取得し、被告による商標の使用が制約されないよう、「KEWPIE (kewpie)」の文字、「キューピー」のカタカナ、「キューピーの絵図」からなる商標登録を保有する」ことは、「もっ

ばら、権利を独占するために商標登録を保有する」と同義であるから、被告は「もっぱら、権利を独占するために商標登録を保有する」ことを自認するものである。

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、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」であって、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。

審決はかかる事実を認定しておらず、取り消されなければならない。

11 「キ 「キ 上記アないしカによれば」について」

(1) 被告は「原告主張の無効原因である出願人の悪意（不正の目的）、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る。この点、原告が被告主張を正しく理解しないようであるので、これを換言すれば、原告主張の無効原因である出願人の悪意（不正の目的）、商品の誤認混同を基礎付けるためには、少なくとも、本件商標登録出願当時の世間一般においてキューピーのキャラクターが特定の誰かのもの（所有物）であるとして認識されていた、あるいは、キューピーを使用するには特定の誰かの許可を得る必要があると認識されていたことが必要である。」(19頁)と主張する。

「キューピーが「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できるものと認識されていた」と主張するものである。」(14頁)との被告主張が成り立たないことについては、本書面の「7 「被告の「キューピー人形が民俗的伝承であるとする試み」に対する反論」について」において反論済みである。

「キューピーを使用するには特定の誰かの許可を得る必要があると認識されていたことが必要である。」(19頁)との被告主張も、「自由に使用できるものと認識されていた」の主張に、「自由に」とほぼ同義の「特定の誰かの許可を得ることなく」という条件を追加したに過ぎない。「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できるものと認識されていた」ことは、その認識が世間一般であろうとも、中島董一郎であろうとも、中島董一郎が自らの支配下において商業的使用の独占を正当できるものではない。「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できるものと認識されていた」ことは、キューピー・キャラクターを抜け駆け的に先願し、商標権を設定して私的独占することは許されないことに帰結するものである。なぜなら、「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できる」状況であったものが、商標登録によって、中島董一郎の許可を得なければ、自由に使用できないという結果をもたらすものであって、ここに商標出願における、自己のものとして権利化を図る「不正な目的」がある。

(2) 被告は「例えば、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ようなキャラクター」を例に出し、「(中略)当該キャラクターを商標として使用し、商標登録を取得することが、「他人のもの(所有物)を勝手に使用する(剽窃する)」といった悪意(不正の目的)を表しているとは到底いえないし、当該キャラクターが特定の出所を表示しておりそれとの誤認混同が生じるとも到底いえない。」(20頁)と主張するが、主張自体失当である。

被告は、またぞろ「民俗的伝承に由来するようなキャラクター」を登場させて立論する。「例えば、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ようなキャラクター」のどのキャラクターも「〇〇狂時代」と呼ばれるような米国史上の商業的大流行に至ったものであるか、あるいは、年賀状の題材として広く使われたキャラクターではない。

原告の主張は、本件商標の構成が、出願以前に、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ローズ・オニールの創作にかかるキューピー人形の図絵と、そのカタカナと英文字の名称からなるものであって、

出願前に著名であったキューピー・キャラクターの知的創作を出願し、自己のものとして権利化を図ることが「不正な目的」に他ならないとするものである。

被告は、キューピー・キャラクターについてなんらの反論することなく、本件とは関わりのない「例えば、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ようなキャラクター」について立論を試み、その結果、「当該キャラクターが特定の出所を表示しておりそれとの誤認混同が生じるとも到底いえない。原告の主張は失当である。」(20頁)とする。

被告主張の「当該キャラクター」は「例えば、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ようなキャラクター」であって、キューピー・キャラクターではない。結局の所、被告は「例えば、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ようなキャラクター」について立論し、その結果「原告の主張は失当である。」と断じるものであって、主張や反論の体をなさないものである。

なお、被告主張の「当該キャラクター」である、「キューピッド(クピードー)」は、乙10によれば、「ローマ神話の愛の神」とされ、作者や作成された時期は記載されていない。「サンタクロース」は、乙11によれば「キリスト教圏における伝説の人物」とされ、作者や作成された時期は記載されていない。「福助人形」は、乙12によれば「幸福を招くとされる縁起人形」、「一説に(中略)撰津国西成群安部里の佐太郎がモデルである」とされるも、作者や作成された時期は記載されていない。「金太郎」は、乙13によれば「坂田金時(さかたのきんとき)の幼名」とされるも、作者や作成された時期は記載されていない。

以上のとおり、被告主張の「当該キャラクター」は、全て作者不明、作成時期不明の民俗的伝承のキャラクターである。一方、キューピー・キャラクターは、1909年に米国において、ローズ・オニールが発表したものであって、創作者、公表時期は特定されている。さらに言えば、被告主張の「当該キャラクター」、「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ようなキャラクター」のいずれのキャラクターも、米国において「商業的大流行」をもたら

したり、あるいは、日本において多くの年賀状に登場したり（甲 9，甲 15～17）、新聞の付録として配布される（甲 13）ほどの人気を持つものではなく、その顧客吸引力はキューピー・キャラクターの足元に及ぶものではない。

原告は、キューピー・キャラクターを「キューピッド、サンタクロース、福助人形、金太郎などの民俗的伝承のキャラクターの 1 つ程度のものとして印象づけようと試みているが、被告摘示の民俗的伝承のキャラクターは作者も作成時期も不明であって、キューピー・キャラクターとは出自が全く異なり、かつ、その顧客吸引力は比べようもないものであるから、キューピー・キャラクターを民俗的伝承のキャラクターの 1 つに過ぎないとする被告の企てが成り立つ余地はない。

なお、前述のとおり、「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できるものと認識されていた」ことは、キューピー・キャラクターを抜け駆け的に先願し、商標権を設定して私的独占することは許されないことに帰結するものである。なぜなら、「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できる」状況であったものが、商標出願によって中島董一郎の許可を得なければ、自由に使用できないという結果をもたらすものであって、ここに商標出願における、自己のものとして権利化を図る「不正な目的」が存するのである。

また、米国において「商業的大流行」をもたらしたり、あるいは、日本において多くの年賀状に登場したり（甲 9、甲 15～17）、新聞の付録として配布される（甲 13）ほどの人気を持つキューピー・キャラクターの商業的使用を独占することは、当該商品がキューピー・キャラクターと関連性があると誤認させるものであるから「商品ノ誤認又ハ混同ヲ生セシムルノ虞アルモノ」に該当するものである。

（3）被告は「被告準備書面（1）でも説明した通り、中島董一郎に、キューピー（人形）が誰か特定の他人のもの（所有物）であるとの認識があったとは認められず、そのような認識無く、キューピー（人形）を採択したことをもって、「冒用」とはいいい得ない。「中島董一郎が、本件商標を出願するに当たり、他人の標章の著名性にただ乗りする、あるいは、他人の知的財産を自己のものとして出願し、権利

化を図るなどといった不正の目的をもってそれをなしたとはいいい難い。」との本件審決に誤りは無い。」(20頁)と主張する。

(被告に反論するとともに、審決取消事由を主張する。)

第1に、「中島董一郎に、キューピー(人形)が誰か特定の他人のもの(所有物)であるとの認識があったとは認められず」という点は、否認する。中島董一郎は、米国史上最初の商業的大流行である「キューピー狂時代」に米国に居住していたものであるから、キューピー・キャラクターが特定の誰かの創作であるとの認識は存在したものである。

第2に、出願の審査において、審査官が出願人の内面的心理状況を把握することはできず、「中島董一郎に、キューピー(人形)が誰か特定の他人のもの(所有物)であるとの認識があったとは認められず」という事実を審査官が認定することは不能である。審査官は、出願された商標登録願書に記載された本件商標が、商標出願以前において、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キューピー人形の絵図とその名称である「KEWPIE」「キューピー」のみからなる構成であることを認識できるものである。

出願前に「特定の誰かの許可を得ることなく、自由に使用できる」状況であったとすれば、創作者の許諾を得ることなく、商標出願して自らのものとする企て、その結果、中島董一郎の許可を得なければ自由に使用できないという結果をもたらすことに、自己のものとして権利化を図る「不正な目的」が存するのである。

審決は「本件商標の構成中、図形部分がローズ・オニールの創作に係るキューピー人形と類似し、「KEWPIE」及び「キューピー」の各文字部分がローズ・オニールの創作に係るキャラクターの名前又はその名前の片仮名表記と同一であるとしても、中島董一郎が、本件商標を出願するに当たり、他人の標章の著名性にただ乗りする、あるいは、他人の知的財産を自己のものとして出願し、権利化を図るなどといった不正の目的をもってそれをなしたとはいいい難い。」(62頁)とするが、出願前にキューピー・キャラクターは、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6~21)。本件商標

が、客観的にキューピー・キャラクターの図絵と、そのカタカナと英文字の名称から構成されるものであり、それを出願することは、出願前に著名であったキューピー・キャラクターの知的創作を自己のものとして権利化を図る「不正な目的」を見出すことができるものであるから、旧商標法2条1項4号の「秩序又ハ風俗ヲ紊ルノ虞アルモノ」、すなわち、公序良俗に違反することに帰結するものである。

12 「(ケ) 原告は、「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・・・」について

被告は「中島董一郎がキューピー人形及びその人形を「冒用」したとの前提が誤りである」(25頁)と主張するが、中島董一郎による冒用の事実、不正目的の存在について、既に主張・立証済みである。

被告は「マヨネーズにキューピー関連商標を使用さえすれば何でも売れて成功したかの如く主張する原告主張が認められない」とするが、仮にそうであれば、大正11年当時からローズ・オニールの創作にかかるキューピー・キャラクターを冒用しなければよかつただけのことである。

被告は「被告が使用するキューピーブランドは、被告が何の努力もせずに当然に消費者から支持されているものではなく、約100年にわたる被告によるブランド価値向上のための不断の努力によって、そのブランド価値を維持していることも改めて指摘させていただく。」と主張する。被告のブランドは、ローズ・オニールの創作にかかるキューピー・キャラクターを冒用したものに他ならない。登録の無効を争う審決取消訴訟の審理において、冒用した商標を維持したというだけの主張に過ぎず、訴訟物とはなんら関係の無い、誠に情けない指摘である。

13 「3 旧商標法第2条第1項第11号該当性について」

被告は「原告準備書面(2)によっても、「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」以外に、どのような場合に「商品ノ混同ヲ生セシムルノ虞」に該当するのか、そして本件商標がそ

の場合にどうして該当するのかが全く明らかにされておらず、原告の主張は依然として趣旨が不明瞭である。」とするが、旧商標法第2条第1項第11号該当性については、本書面13頁に述べたとおりである。

14 「第3 「商標登録後の後発的不登録事由について」

被告は「被告準備書面（1）及び本準備書面において繰り返し詳述しているように、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っていたことを窺わせるものは全く見当たらない。」とするが、中島董一郎が米国居住当時の認知については、本書面3頁において述べたとおりである。商標登録の不正目的の認定において、キャラクター創作者の氏名の認知が不要であることも既に述べたとおりである。

15 「11 「11 後発的な公益的不登録事由について」

被告は「「後発的な公益的不登録理由」は、原告（請求人）が本件審判事件において主張しておらず、本件審決がこれを判断していないことは何ら誤りでは無く、本件審決の取消事由を構成し得ない。また原告（請求人）は、審判請求書の要旨を変更することができず（商標法56条によって準用される特許法131条の2第1項）、新たな無効理由を主張することは認められない。」（27頁）、「この「後発的な公益的不登録理由」は、原告（請求人）が本件審判事件において主張しておらず、本件審決がこれを判断していないことは何ら誤りでは無く、本件審決の取消事由を構成し得ない。」「原告（請求人）は、審判請求書の要旨を変更することができず（商標法56条によって準用される特許法131条の2第1項）、審決取消請求事件の係属中はもちろん、審判事件係属中であっても、新たな無効理由を主張することは認められない。」（29頁）と主張するが、いずれも成り立たない。

準備書面（2）48頁に述べたとおり、「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)との主張は、審決「第3 被請求人の主張」には記載がない。被告は本訴に至り、令和2年5月27日付被告準備書面(1)で初めてかかる主張をしたものである。

およそ、審判の審理において主張せず、審決取消訴訟において初めて主張した被告の防御方法に対しては、原告は審判段階において反論する余地がない。被告が審決取消訴訟において初めて主張した防御方法に対して、審決取消訴訟においてその反論をすることは、当事者間の公平、訴訟の公正、不意打ちの防止等を図る民事訴訟法の法の趣旨・目的に適うものである。

被告は審決取消訴訟において初めて「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」、「その後数十年が経過し(中略)知られるようになり」と主張するものである。原告の「後発的な公益的不登録理由」は審決取消訴訟における上記被告主張に対する反論であるから、「この「後発的な公益的不登録理由」は、原告(請求人)が本件審判事件において主張しておらず」との被告主張は成り立たない。審決取消訴訟において初めて主張した被告の防御方法への反論であるからこそ、原告は審決取消訴訟において主張できるものである。

なお、被告は「原告(請求人)は、審判請求書の要旨を変更することができず(商標法56条によって準用される特許法131条の2第1項)、審決取消請求事件の係属中はもちろん、審判事件係属中であっても、新たな無効理由を主張することは認められない。」とするが成り立たない。

審決の「1 無効事由(1)本件商標は、商標法(大正10年4月30日法律第99号)(以下「旧商標法」という場合がある。)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」に該当し、同法第16条第1項第1号により、無効にすべきものである。(2)本件商標は、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」に該当し、同法第16条第1項第1号により、無効にすべきものである。」における、審判請求書の適用法条はもとより要旨を変更するものではなく「新たな無効理由」の主張ではない。さらには、審判請求書の「2 無効原因」に記載された事実の一片も変更するものではない。以上