

## 主 文

本件控訴を棄却する。  
控訴費用は控訴人の負担とする。

## 事 実

### 第一 当事者の求めた裁判

#### 一 控訴人

「1 原判決を取り消す。2 被控訴人は「株式会社天一」の商号及び「天一」の営業表示を使用してはならない。3 被控訴人は、「株式会社天一」の商号登記の抹消登記手続をせよ。4 被控訴人は、サービスマッチ・価格表・パンフレット・箸袋・のれん等及び看板中の「天一」又は「株式会社天一」の表示を抹消せよ。5 被控訴人は、天ぷら及び折詰料理に、別紙標章目録（1）ないし（4）記載の各標章（以下、「被控訴人標章（1）ないし（4）」といい、これらを総称するときは「被控訴人標章」という。）を附し、又はこれを附した天ぷら及び折詰料理を販売し、若しくは販売のため展示してはならない。6 被控訴人は、被控訴人標章を附した天ぷら及び折詰料理の容器、包装紙、箸袋及び広告を廃棄せよ。7 被控訴人は、控訴人に対し金一三〇〇万円及びこれに対する昭和五九年六月二十八日から支払い済みまで年五分の割合による金員を支払え。8 訴訟費用は被控訴人の負担とする。」との判決並びに6、7項につき仮執行の宣言。

#### 二 被控訴人

#### 主文同旨の判決

### 第二 主張及び証拠

当事者双方の主張及び証拠関係は、次のとおり付加、訂正するほか、原判決事実摘示と同一であるから、ここにこれを引用する。

一 1 原判決「別紙広告媒体一覧表」及び「別紙記事目録」を本判決「別紙広告媒体一覧表」及び「別紙記事目録」のとおり改める。

2 原判決四枚目裏三行目ないし五行目の「昭和五一年三月株式会社に組織変更し、同年五月に商号を現商号である「株式会社天一」に変更した会社である」を「昭和五一年三月三十一日株式会社に組織変更し、その旨の登記手続を同年四月二三日に了し、同年五月二四日に商号を現商号である「株式会社天一」に変更し、その旨の登記手続を同年五月二十八日に了した会社である」と改める。

3 原判決六枚目表三行目ないし九行目までを次のとおり改める。

「（二）被控訴人は、昭和五一年五月より本訴提起の日（昭和五九年六月一三日）まで右天ぷら料理店の営業により少なくとも年間一億二〇〇〇万円、折詰料理の有償頒布により少なくとも年間二〇〇〇万円、合計一億四〇〇〇万円の売上げがあり、右売上げの少なくとも一割は純利益であるから年間一四〇〇万円の利益を上げているもので、被控訴人の右期間における利益は合計一億一二〇〇万円を下らず、これが被控訴人の右営業により控訴人が被った損害である。」

4 原判決六枚目裏四行目の「八四〇〇万円」を「一億一二〇〇万円」に改める。

5 原判決九枚目表二行目の次に、「五 控訴人の補足主張」として、次の主張を付加する。

「原判決は、「控訴人が天ぷら料理専門店として国賓をはじめ、内外の著名人に利用される程に一流であるとしても、（中略）その周知性の地域的範囲は控訴人の店舗所在地とかけ離れた地域には及ばないというべきである。」としている。

しかしながら、原判決が控訴人を一流店と位置づける根拠事実は内外の著名人に利用されているという事実であり、「内外の」という修飾語によつても明確なように控訴人店舗を利用する著名人の居住地域は控訴人店舗設置地域に限られないことが当然の前提である。そうであれば、控訴人店舗の一流性を内外著名人の利用という事実によつて認定する以上その周知性を利用者である内外著名人の居住地域と無関係な店舗設置地域に限定することは明らかな矛盾である。

また、原判決は、「被控訴人が「天一」の営業表示の使用を開始した（中略）昭和四五年一〇月当時はもとより、同五一年五月当時においても、控訴人の商号及び営業表示に右の周知性を肯認するのは到底困難というべきである。」としている。

しかしながら、控訴人本店が現在の並木通り六丁目に移転したのは昭和三九年九月であつて、これを契機として控訴人は積極的な広告宣伝活動を行つており、昭和四七年には全国紙による控訴人の紹介広告が群馬県太田市を含む関東一円に頒布さ

れていたから、その頃には控訴人の商号及び「天一」の表示は広く知られるに至つたというべきである。」

6 原判決九枚目裏九行目の次に、次の主張を付加する。

「商法二〇条、二一条は営業表示の差止めを直接認めていないが、本件商号は控訴人、被控訴人ともに全く同一の「株式会社天一」であり、会社の種類を示す「株式会社」自体には一般名称と同様に特別顕著性を認める余地がないので、特徴部分となつている「天一」部分のみが商号として略称される蓋然性が極めて強く、このような場合「天一」の部分だけの略称（営業表示）も、社会通念として商法二〇条、二一条が差止めを認める商号に含まれる。」

7 原判決一二枚目裏一行目ないし五行目までを次のとおり改める。

「5（一）被控訴人は、昭和五一年五月より本訴提起の日（昭和五九年六月一三日）まで右天ぷら料理店の営業により少なくとも年間一億二〇〇〇万円、折詰料理の有償頒布により少なくとも年間二〇〇〇万円、合計一億四〇〇〇万円の売上げがあり、右売上げの少なくとも一割は純利益であるから年間一四〇〇万円の利益を上げているもので、被控訴人の右期間における利益は合計一億一二〇〇万円を下らず、これが被控訴人の右商標権侵害行為により控訴人が被つた損害である。

（二）仮に控訴人の右損害が商標法三八条二項の規定による登録商標の使用に対し通常受けるべき金銭の額相当であるとしても、被控訴人の前記期間における売上金額は合計一億二〇〇〇万円を下らず、登録商標の使用に対し通常支払われるべき金額は売上金額の二%以下であり得ないから、右によつても控訴人の被つた損害額は二、二四〇万円を下らない。」

8 原判決一二枚目裏九行目の「前記損害金一四〇〇万円（商標法三八条一項）」を「前記5（一）又は（二）の損害金」と改める。

9 原判決一五枚目表四行目の次に（三）として、次の主張を付加する。

「（三）原判決は、「和食料理店又はその宴会場において有償で提供される料理及び同料理店で顧客の注文により持帰り用に有償で提供される料理の折詰、更に宴会料理の残り物を入れた折詰は（中略）商標法にいう商品には当らない。」としている。

しかしながら、有償で提供される料理の折詰が商品に該当することは、昭和三十一年一月、同三二年十一月改訂の特許庁類似商品例集旧第四五類記号五総括名称「寿司弁当」の項に「料理の折詰を含む」と明記されているところからも明らかである。飲食店営業がサービス業とされるのは店舗内で飲食して持帰り等がなされず、商品としての流通性がないためと解されるが、被控訴人の場合店舗外での飲食を予想して個別に販売されるものであつて、商品としての流通性がある。

また、最高裁判所第一小法廷は、昭和六二年六月一八日同裁判所昭和六一年

（オ）第一〇八五号事件について、食堂における飲食物の提供のように、店舗において消費されるものについても商標法上の商品に当たるとした原審広島高等裁判所岡山支部の判断を正当として是認する判決をしており、この点に関する原判決の判断は最高裁判所の右判例と相反するものである。」

二 証拠関係（省略）

## 理 由

一 当裁判所も、控訴人の被控訴人に対する請求は、いずれも失当としてこれを棄却すべきものと判断するものであるが、その理由は、後記二の1ないし3のとおり付加するほか、原判決理由説示と同一である（ただし、原判決一六枚目表八行目（編注、一九巻一号一二七頁一六行目）の「第九ないし第二五号証」を「第九ないし第二一号証、第二二号証の一、二、第二三、第二四号証」と訂正し、同一〇行目（同上、一二七頁一七行目）の「第三六ないし第五一号証」を「第三六ないし第三九号証、第四〇号証の一、二、第四一ないし第四三号証、第四四、第四五号証の各一、二、第四六号証、第四七号証の一、二、第四八ないし第五一号証」と訂正し、同一〇行目（同上、一二七頁一七行目）の「第五五号証」の次に「、昭和五九年六月中旬頃控訴人代理人が撮影したTBSテレビ「料理天国」の映像の写真であることが当事者間に争いのない甲第二五号証」と付加し、原判決一八枚目裏九行目（同上、一二九頁九行目）の、「甲第一、第二号証、乙第一号証の一、二」を「甲第一号証、乙第一号証の一、二、昭和五九年三月二五日控訴人代理人が撮影した被控訴人会社店舗外部の写真であることが当事者間に争いがない甲第二号証」と訂正する。）から、ここにこれを引用する。

二 1 控訴人は、控訴人を一流店と位置づける根拠事実として内外の著名人に利用されている事実を認定しながら、その周知性を利用者である内外著名人の居住地域と無関係な店舗設置区域に限定することは明らかな矛盾である旨主張する。

しかしながら、被控訴人による「天一」の営業表示及び現商号の使用が不正競争防止法一条一項二号に規定する行為に該当すると認められるためには、控訴人の商号又は「天一」の表示が被控訴人の営業が行われている群馬県太田市及びその近隣地域の居住者に広く知られていることを必要とするのであつて、内外の著名人に利用されているからといつて、当然右居住者に広く知られていることにはならない。控訴人の営業形態、広告、宣伝の態様は前記一認定のとおり（原判決一六枚目裏二行目ないし一八枚目裏五行目）であつて、控訴人が当審において提出した、成立に争いのない甲第六〇号証の二ないし三、第六三、第六四号証の各一、二、第六五ないし第六七号証、第六八号証の二ないし三、及び第七〇、第七一号証及び昭和四〇年頃控訴人会社員【A】が撮影した控訴人本店店舗入口附近の写真であること、昭和四六年十一月頃右【A】が撮影した控訴人自由ヶ丘店店舗入口附近の写真であること、昭和四五年頃控訴人会社員【B】が撮影した三笠宮殿下夫妻控訴人店舗来店時の折の写真であることが当事者間に争いのない甲第六九号証によつても右認定を左右するに足りない。そして、右認定事実を照らすと、控訴人の商号又は「天一」の表示が控訴人の営業を示すものとして、群馬県太田市及びその近隣地域の居住者に広く知られていると認めることはできないというべきである。

また、控訴人は、被控訴人が「天一」の営業表示の使用を開始した昭和四五年一〇月当時控訴人による積極的な広告宣伝活動が行われていたから、控訴人の商号及び「天一」の表示は広く知られていた旨主張するが、前掲甲第六三、第六四号証の各一、二、第六五ないし第六七号証によつても、控訴人による広告、宣伝活動の結果、控訴人の商号又は「天一」の表示が被控訴人による「天一」の営業表示及び現商号の使用前に群馬県太田市及びその近隣区域の居住者に広く知られていたとは認められないから、控訴人の右主張は採用できない。

したがって、控訴人の不正競争防止法に基づく請求は理由がない。

2 控訴人は、商法二〇条、二一条の規定に基づいて被控訴人の商号のみならず、「天一」の営業表示の使用の差止めを請求することができる旨主張する。

しかしながら、被控訴人が「不正の競争の目的」又は「不正の目的」をもつて現在商号又は「天一」の営業表示を使用していると認められないことは、前記一認定（原判決二一枚目裏八行目ないし二二枚目表八行目）のとおりであり、また、商法二〇条の規定は「不正ノ競争ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商号」を、同法二一条の規定は「不正ノ目的ヲ以テ他人ノ営業ナリト誤認セシムベキ商号」をそれぞれ使用することを禁ずるものであつて、右における「商号」には、商号ではない「営業表示」又は「営業名称」を含まないことは、右各規定の文理上明白であるから、いずれにしても控訴人の前記主張は理由がない。

3 控訴人は、有償で提供される料理の折詰が商品に該当するものであることは、特許庁類似商品例集旧第四五類記号五、総括名称「寿司弁当」の項に「料理の折詰を含む」と明記されていることから明らかであり、被控訴人が有償で提供している料理の折詰は店舗外での飲食を予想して個別に販売されるものであつて、商品としての流通性がある、また、食堂における飲食物の提供のように店舗において消費されるものについて商標法上の商品に当たらないとすることは、最高裁判所第一小法廷が同裁判所昭和六一年（オ）第一〇八五号事件について昭和六二年六月一八日にした判決に相反する旨主張する。

しかしながら、商標法において「商標」とは、標章（文字、図形若しくは記号、若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合）であつて、業として商品を生産し加工し証明し又は譲渡する者がその商品について使用をするものであり（商標法二条一項）、使用される自己の特定の商品に他の商品から識別するためのものである。そして、商標法は、この商標を保護することによつて、商標を使用する者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発展に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする（同法一条）ものであるから、商標法における「商品」は、商取引の目的物として流通性のあるもの、すなわち、一般市場で流通に供されることを目的として生産される有体物であると解すべきである。そうであれば、前記一認定（原判決二二枚目裏一行目ないし二三枚目表八行目）の、被控訴人店舗で提供され、その場で消費されるものはもとより、被控訴人店舗において飲食した顧客からの注文で例外的に一人前ないし数人前の和食料理を折り箱に詰めて持帰り用として有償で提供する場合の料理物の折詰や、右顧客が料理の残り物を折り箱に入れ

て持ち帰る場合の右残り物を入れた折詰は、店頭において料理物の折詰を継続的又は反復的に販売し営業する場合と異なり、いわばその場で消費されるものに準ずるものであつて、一般市場で流通に供されることを目的として生産された有体物ということとはできないから、商標法における商品には当たらないというべきである。被控訴人がその店舗の看板には被控訴人標章（２）及び同標章（３）中の「天一」を縦書きに墨書した部分を、その箸袋には同標章（４）を、サービスマッチには同標章（３）を、前記折詰の折り箱には同標章（１）、（２）を、紙袋には同標章（３）を附していることは前記認定のとおりであるが、これらは被控訴人の営業表示としての使用というべきであり、この使用によつて控訴人の商標権を侵害したものであるということとはできない。

控訴人主張のように、特許庁類似商品例集旧第四五類記号五、総括名称「寿司、弁当」の項に商品名として、「寿司、弁当（料理の折詰を含む）」と記載されていることは、右判断に何ら影響するものではない。また、成立に争いのない甲第六一、第六二号証及び第七二号証によれば、控訴人引用の最高裁判所第一小法廷判決は、商品区分第三二類「うどんめん、そうめん、そばめん、中華そばめん」を指定商品とする特定の商標登録がなされている場合において、自社工場で「中華そば」を製造し、直営店において、のれん、看板、箸袋、定価表等に右登録商標と類似した標章を使用して右「中華そば」を顧客に提供したのみならず、フランチャイズ加盟契約を締結した相当数のチェーン店に対し、継続的に右「中華そば」を販売し、かつ右標章の使用を推奨した事案について、商標権の侵害行為を認めた原審の判断を正当として是認したにすぎないものであつて、本件のような事案について商標法における商品に該当するか否かについてまで触れて判断しているわけではないから、本件事案に適切でなく、控訴人の前記主張は理由がない。

三 以上のとおりであるから、原判決は相当であつて、本件控訴は理由がないからこれを棄却することとし、訴訟費用の負担については、民事訴訟法九五条、八九条の各規定を適用して、主文のとおり判決する。

（裁判官 藤井俊彦 竹田稔 塩月秀平）

#### 広告媒体一覧表

（一）（１）リーダーズダイジェスト 昭和四〇年代まで定期的に広告掲載  
ミセス 昭和四〇年代まで適時に広告掲載  
婦人画報 昭和五九年四月号まで  
文藝春秋 定期的に広告掲載、月刊全国誌（毎号掲載）  
日本交通公社大型時刻表 国際観光日本レストラン協会メンバーとして掲載  
東京新聞 定期的に広告掲載（日刊）（題字下月５～６回社会面月２回）  
日本経済新聞 右同社会面（月一回朝）  
日経ビジネス 右同（年一三回）  
国民政治協会 全国自民党員向機関紙  
日本経済夕刊（映画案内欄） 月７～３回案内欄の中に広告を掲載  
報知新聞 定期的に広告を掲載  
（２）NHKラジオ「女性教室」 昭和三三年七月一日より三一日・毎日  
毎日放送「奥様手帖」 昭和四一年七月  
TBSテレビ「料理天国」 昭和五九年六月九日  
（二）Tour Companion 週刊外人観光客向け英文新聞として定評あり 毎回広告と紹介記事  
邦楽の友 邦楽関係全国誌月刊  
味の手帖 【C】主宰の月刊誌  
銀座百点 銀座の有名店の月刊ミニコミ誌・毎回  
Escort Tokyo 外人観光客向けガイドマップ・毎回  
JAPAN・PICTORIAL 右同季刊  
味の新地図 年刊（昭和五二年）  
東京食べあるき地図 情報マップ誌・昭和五〇年一二月  
リクルートブック８１ 転職情報誌・年間  
リクルート１９８０ 右同  
東京経済産業・文化・観光案内 （アラブ諸国向け、一九七九年版）  
紹介記事掲載  
マイラ・ワルドの旅行ガイド （一九七八年版）紹介記事掲載

東京食べ歩きと美味のコツ 講談社発行・シリーズ紹介記事  
わたしが好きなこの店この一品 週刊朝日パブリシティ (昭和五三年)  
昭和五五年再編  
インペリアル・夏 季刊情報誌 (昭和五九年)  
郷土料理とおいしい旅 朝日新聞社編 (昭和五九年六月)  
専門料理 月刊業界技術誌  
月刊食堂 特集的に必ず取材を受け、参考側として掲載  
近代食堂 月刊誌 (業界専門誌)  
銀座の本 講談社発行・銀座百店会協賛  
昭和五九年一〇月発行  
JOTV 有線放送TV・一流ホテルで放映  
TV神奈川 コマーシャルフィルム放映  
エスコート東京 全国観光客向け情報誌月刊  
アサヒブニング 日刊英文紙  
朝日新聞 アサヒブニングニュースによる愛読者コーナーで連載 (昭和四七年)  
記事目録  
主婦の友 昭和一〇年一二月発行  
実業之日本 昭和二七年三月一五日発行  
日本経済新聞 昭和三〇年九月一八日発行  
リーダーズダイジェスト 昭和四〇年三月一日発行  
月刊食堂別冊天ぷら 昭和五一年七月五日発行  
財界 昭和五九年二月二一日発行  
潮 昭和六二年九月一日発行