

平成１９年（行ケ）第１００９２号 審決取消請求事件

平成１９年９月１３日判決言渡，平成１９年７月１９日口頭弁論終結

判 決

原 告 X

訴訟代理人弁理士 森治

被 告 株式会社海の恵み

訴訟代理人弁理士 前田弘，竹内宏，嶋田高久，竹内祐二，今江克実

主 文

原告の請求を棄却する。

訴訟費用は原告の負担とする。

事実及び理由

第１ 原告の求めた裁判

「特許庁が無効２００６－８９０６１号事件について，平成１９年２月１４日にした審決を取り消す。」との判決

第２ 事案の概要

本件は，原告及びAの共有に係る後記１(１)記載の商標（以下「本件商標」という。）の登録について，被告が同１(２)記載のとおり無効審判請求をしたところ，特許庁は本件商標の登録を無効とする旨の審決をしたため，原告が，その取消しを求める事案である。

１ 特許庁における手続の経緯

(１) 本件商標の登録

出願人：原告及びA

指定商品：第３０類「鯖寿司」

出願日：平成１６年９月２４日（商願２００４－８７４７１号）

登録査定日：平成１７年８月２４日

登録日：平成１７年１１月１１日

商標登録番号：第４９０６９８７号

(2) 無効審判手続

無効審判請求日：平成１８年５月１６日（無効２００６－８９０６０号）

審決日：平成１９年２月１４日

審決の結論：「登録第４９０６９８７号の登録を無効とする。」

審決謄本送達日：平成１９年２月２６日

２ 前提となる事実（当事者間に争いがない。）

(1) 本件商標の構成は次のとおりである。

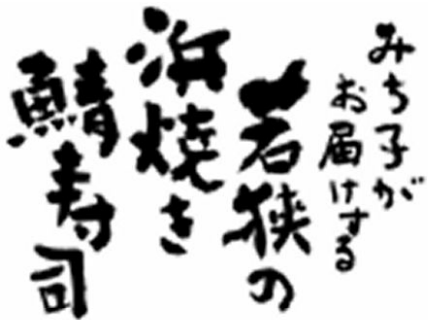
「



」

(2) 引用商標は、被告が「焼き鯖寿司」の製造販売を行うに際し、その「巻き紙」及び「しおり」に表示して使用しているものであり、その構成は次のとおりである。

「



」

(3) 本件商標と引用商標は類似するものであり、本件商標登録出願における指定商品（第３０類「鯖寿司」）は被告の製造販売する「焼き鯖寿司」と同一又は類似の商品である。

３ 審決の理由の要旨

審決の理由は以下のとおりであるが、その内容は、要するに、引用商標は、無効審判請求人（被告）の業務に係る商品を表示するものとして、本件商標の登録出願前から需用者の間において広く認識されているところ、本件商標は引用商標と類似の商標であり、両商標に係る指定商品は同一又は類似するものであるから、本件商標の登録は商標法４条１項１０号に違反してされたものであり、同法４６条１項１号により無効とすべきであるというものである。なお、審決における甲号証の証拠番号は、本訴における証拠番号と共通である。また、章の番号及び記号について、本判決で指定するものに改めた部分がある。

「・・・ 当審の判断

請求人は、本件商標が商標法第４条第１項第１０号に該当する旨主張しているので、この点について判断する。

(1) 引用商標の周知性について

請求人の提出に係る甲各号証によれば、以下の事実を認めることができる。

ア 請求人の業務及び引用商標に係る焼き鯖寿司開発の経緯に関して

(ア) 甲第１号証（履歴事項全部証明書）によれば、請求人は、平成１４年９月２０日に設立され、鮮魚及び水産加工品の販売業、飲食店業、寿司の製造販売業等を目的とする会社であること。

(イ) 甲第１１号証（日刊県民福井２００６年１月６日号）及び甲第１３号証の４（小学館発行「ＤＩＭＥ」２００３年１０月１６日号）等によれば、焼き鯖寿司は、福井県若狭地方の伝統料理「浜焼き鯖」と寿司とを組み合わせで作られたのが始まりであって、歴史の浅い商品であり、「若狭の浜焼き鯖寿司」は、福井県で鮮魚商を営んでいたＡが郷土料理の「焼き鯖」を使った創作寿司として物産展に出品していたものであること。

(ロ) 甲第１０号証（日経ウーマン２００５年１月号）には、「空港で販売される弁当 - 通称『空弁（そらべん）』。国内線の機内食廃止の影響で需要が高まり、年を追うごとに種類も豊富になってきている。そんな“空弁ブーム”を牽引するのが『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』（製造元・海の恵み）０２年１２月の発売以降じわじわと売り上げを伸ばし、今は羽

田空港だけで１日約１０００食を売る。他の空港も含めると、１日の販売数量は３０００食。

『みち子～』の発売以前、空港で販売される弁当は『１日４０食でヒット』といわれていたそうだから、その反響の大きさがうかがえる。・・・鯖寿司のヒット以降、空港の弁当に注目が集まり、“空弁”という呼び名が生まれた。空港弁当の市場全体の拡充にも貢献した象徴的な商品だ。企画・開発を行ったのが日本航空（ＪＡＬ）グループの商社で空港内の販売店『ＢＬＵＥ　ＳＫＹ』も運営するＪＡＬＵＸ（ジャルックス）のＢさん。福井県で食品加工業社『海の恵み』を経営するＡさんが、・・・商談を持ち込んだのが０２年１０月のこと。・・・Ｂさんが引きつけられたのはＡさんがお土産にと持参した手作りの『鯖寿司』だった。・・・上司の許可も得て開発がスタート。鯖寿司のレシピについては、Ａさん手製のものを踏襲。・・・ネーミングではブランドを意識して、製作者であるＡさんの名前を前面に出した。・・・」旨記載されていること。

イ 請求人商品の販売地域及び販売実績に関して

(ア) 甲第７号証の１ないし同号証の２４によれば、請求人は、０４年５月から８月にかけて、株式会社ＪＡＬＵＸの羽田空港支店、羽田食品企画販売、成田空港支店、関西空港支店、大阪空港支店、名古屋空港支店、大分空港支店、ジェイアール西日本商事株式会社金沢支店、株式会社明治屋（東京都）、株式会社ジャパンフーズシステム（東京都）、国分株式会社（東京都）、国分フードクリエイイト株式会社（東京）、株式会社みくら東京営業本部、西野商事株式会社（東京都）、株式会社三越多摩センター店（千葉県）、株式会社沼津西部（判決注：「西武」の誤記であると認められる。）百貨店（静岡県）、株式会社西武百貨店岡崎店（愛知県）、株式会社ヤスサキ（福井県）、福井県漁業協同組合連合会、福井ワシントンホテル、財団法人福井県産業支援センター、福井中央魚市株式会社、株式会社しゃりー（福井県）及びだるまや西武（福井県）に請求人商品を販売していたこと。

(イ) 甲第８号証（株式会社大鹿印刷所から請求人に宛てられた焼き鯖寿司ケースの出荷履歴書）によれば、０２年１１月２１日から本件商標の出願日（平成１６年９月２４日）の前月までに、ケースの大小合わせて、約９８万ケースが株式会社大鹿印刷所から請求人に宛てて出荷されており、その後、本件商標の登録査定日（平成１７年８月２４日）の前月までに、ケース

の大小合わせて、約１５３万ケースが出荷されていたこと。

(ウ) 甲第９号証(株式会社多田商店から請求人に宛てられた巻き紙及びしおりの出荷履歴書)によれば、巻き紙については、平成１５年から本件商標の出願日の前月までに、汎用の巻き紙「浜焼き鯖寿司」、株式会社ＪＡＬＵＸ用の巻き紙「ＪＡＬ空弁」、株式会社明治屋用の巻き紙「明治屋」及び株式会社ヤスサキ用の巻き紙「ブルー(ヤスサキ)」を合わせて、約８６万枚出荷されており、その後、本件商標の登録査定日の前月までに、約１９６万枚出荷されていたこと、また、しおりについても、鯖寿司のしおりは、平成１５年から本件商標の出願日の前月までに、６７万枚出荷されており、その後、本件商標の登録査定日の前月までに、約１８２万枚出荷されていたこと。

ウ 新聞・雑誌による紹介記事に関して

前記した甲第１０号証(日経ウーマン２００５年１月号)をはじめ、甲第１１号証(日刊県民福井２００６年１月６日号)には「３年前の登場以来、羽田空港など国内主要空港で売られ、『空弁』という言葉さえ生んだ全国区のヒット商品だ。・・・空弁を考案したのは『海の恵み』のＡ社長。『福井のサバ』を一気に全国に知らしめた。・・・」とあり、甲第１２号証の２(日本経済新聞２００３年１２月６日)には「『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』を販売したところ、あっさりしてておいしいと人気爆発・・・」とあり、甲第１２号証の４(日経流通新聞ＭＪ２００４年１月１７日)には、「羽田空港の売店に並ぶ空弁の売れ筋を販売額でランキングした・・・ＪＵＬＵＸは上位１０商品中・・・６商品が自主企画のオリジナル商品。１位の『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』は２００２年１２月に発売され、空弁ブームの火付け役になった。・・・『１日１０個売ればいいと思って売り始めたが、今では１日４００個売れる人気商品に育った。・・・』・・・浜焼き鯖は福井県の名物で、開いて串に刺して焼いて食べる。海の恵み(福井市)とＪＡＬＵＸが押し寿司として共同開発し、・・・」とあり、甲第１２号証の７(夕刊フジ２００４年１月３０日)には、「空弁／飛ぶようにサバけています」の表題のもとに、請求人商品の写真が「驚異的な売り上げのみち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の文言が付けられて表示されており、文中には、「・・・『これまではどんなアイテムでも１日に５０個売れば大ヒットだった』・・・ところが『焼き鯖寿司は実に１日に３

50～400個。1ヶ月で1万2000個も売れているのです。』というから、まさにオバケ商品だ。・・・」とあり、甲第12号証の12（日経流通新聞MJ2004年上期ヒット商品番付）には、東前頭11枚目に「空弁（そらべん）」がランクされ、その寸評として「空港で売る弁当。土産としても人気。『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』が火付け役」とあり、その他にも、同趣旨の記事が読売新聞、朝日新聞、東京新聞、琉球新報、毎日新聞、日刊工業新聞、中国新聞、産経新聞等々に掲載されており（甲第12号各証）、また、JALグループ機内誌winds、ダカーポ、DIME、Yomiuri Weekly、週間朝日、女性自身、Tokyo Walker、日経トレンディ等々の雑誌（甲第13号各証）において掲載されていること。

エ 上記において認定した甲各号証によれば、請求人は、平成14年9月20日に設立され、焼き鯖寿司を主力商品として製造販売している会社であり、「焼き鯖寿司」は、福井県若狭地方の伝統料理「浜焼き鯖」と「寿司」とを組み合わせで作られたのが始まりであって、歴史の浅い商品であることが認められる。また、「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」は、平成14年（2002年）12月に発売が開始されたものであり、その開発の経緯は、請求人会社の取締役であったAが日本航空（JAL）グループの商社JALUX（ジャルックス）へ商談を持ち込んだことに始まり、JALUX（ジャルックス）の担当者と共同して企画・開発を行い、鯖寿司のレシピについては、A手製のものを踏襲し、ネーミングについては、ブランドを意識して、製作者であるAの名前を前面に出して命名されたものと認められる。

そして、請求人は、巻き紙及びしおりに引用商標を付して請求人商品を株式会社JALUXの羽田空港支店、羽田食品企画販売、成田空港支店、関西空港支店、大阪空港支店、名古屋空港支店、大分空港支店の外、上記において認定した各社に販売しており、株式会社大鹿印刷所及び株式会社多田商店から請求人に納められた浜焼き鯖寿司ケース（甲第8号証）、巻き紙及びしおり（甲第9号証）の出荷履歴からみれば、請求人商品は、その販売開始から本件商標の出願日（平成16年9月24日）までに、少なく見積もっても70万食（平成15年及び平成16年1月から8月27日までのしおり枚数が約70万枚）は販売されていたものと推測され、また、平成16年度のケース出荷数が大小合わせて約130万ケースであり、平成17年度の

ケース出荷数が大小合わせて約 155 万ケースであることからみれば、本件商標の出願日以降も請求人商品の販売数量は引き続き伸張していたものといえることができる。

そして、このことを裏付けるように、「3 年前の登場以来、羽田空港で売られ、『空弁』という言葉さえ生んだ全国区のヒット商品だ。・・・空弁を考案したのは『海の恵み』の A 社長。『福井のサバ』を一気に全国に知らしめた。・・・」(甲第 11 号証外)、「羽田空港の売店に並ぶ空弁の売れ筋を販売額でランキング・・・1 位の『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』は 2002 年 12 月に発売され、空弁ブームの火付け役になった。」(甲第 12 号証の 4) 等々のように、請求人の商品である「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の好調振りが各種新聞雑誌において紹介されている（なお、甲号証の中には、本件商標の出願日以降に発行された新聞・雑誌も含まれているが、それらにも本件商標の出願日以前における引用商標に係る「浜焼き鯖寿司」についての事情が記載されており、その内容は、引用商標の周知性を把握するに十分役立つものである。）。

以上の事実を総合してみれば、引用商標は、請求人の業務に係る商品「浜焼き鯖寿司」を表す商標として、本件商標の登録出願時（平成 16 年 9 月 24 日）においては既に、我が国におけるこの種商品（弁当、中でも、「空弁」と呼ばれている主に空港で販売される弁当）の取引者・需要者の間において広く知られていたものといえることができる。そして、その周知性は、その後、本件商標の登録査定時（平成 17 年 8 月 24 日）まで継続していたものと認められる。

(2) 商標及び商品の類否について

本件商標は、・・・「みち子が」、「お届けする」、「若狭の」、「昆布メ」、「鯖寿司」の文字を筆書き風の文字をもって 5 行に縦書きした構成からなるものであるのに対して、引用商標は、・・・「みち子が」、「お届けする」、「若狭の」、「浜焼き」、「鯖寿司」の文字を筆書き風の文字をもって、5 行に縦書きした構成からなるものであるところ、両商標は、1 行目から 3 行目及び 5 行目の各文字を書体を含めて同じくし、わずかに 4 行目の文字を異にするのみであり、しかも、商標を構成する文字を段差を設けて複数行に表した点でも一致していることから、両商標は、外観から受ける印象において相紛らわしいものといえることができる。

また、両商標にあって、構成を異にする 4 行目の「昆布メ」と「浜焼き」の文字部分にして

も、鯖寿司の作り方の差異を表しているにすぎないものであって、全体から看取される「みち子がお届けする若狭の鯖寿司」の観念においては、互いに共通しており、出所を同じくする姉妹商品として理解されるものといえることができる。

してみれば、本件商標と引用商標とは、その構成の中であって、看者の注意を最も強く惹き、出所表示力を最も強く発揮するものと認められる「みち子(が)」の文字を共通にし、しかも、全体の外観から受ける印象及び全体の構成から把握される観念を共通にするものであるから、両商標は、互いに彼此相紛らわしい類似の商標といわなければならない。

そして、本件商標の指定商品は「鯖寿司」であり、引用商標の使用に係る商品は「浜焼き鯖寿司」であるから、両者は、同一又は類似の商品について使用するものである。

(3) 被請求人の主な主張について

ア 本件商標及び「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の商標は、本件商標権者の X が独自に創作したものである旨の主張について

確かに、「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の商標に係る商品が開発された当時、X は、請求人が「有限会社海の恵み」に商号を変更する前の「有限会社ボース・クリエーション」の代表取締役であったことは認められる。

しかしながら、前記したとおり、例えば、甲第10号証（日経ウーマン2005年1月号）によれば、「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」は、平成14年（2002年）10月に、食品加工業社「海の恵み」を経営するAが日本航空（JAL）グループの商社JALUX（ジャルックス）へ商談を持ち込んだことに始まり、JALUX（ジャルックス）の担当者と共同して企画・開発を行い、ネーミングについては、ブランドを意識して製作者であるAの名前を前面に出して命名されたものである旨記載されている。このような記事からみれば、該商品の企画・開発を直接担当したのは、取締役のAであったといえることができるが、それとて、あくまでも有限会社ボース・クリエーション（後の有限会社海の恵み）としての行為とみるべきであり、その成果が個人としてのAに帰属するものでもなければ、代表取締役であったXに帰属するものでもない。そして、甲号証及び乙号証のいずれをみても、本件商標及び「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」なる商標をXが創作したものである旨の記載は見当たらない。

い。

してみれば、この点についての被請求人の主張は採用できない。

イ 被請求人であるXが創作した「みち子がお届けする若狭の昆布〆鯖寿司」の商標及び「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の商標中の「浜焼き鯖寿司」の文字部分について、Xは平成14年10月22日に商標登録出願（商願2002-89254）をしており、本件商標は、実質的には、上記出願の出願時に商標登録出願されていたものとみなすことができるものであるから、引用商標の周知性は、平成14年10月22日の時点において判断されるべきである旨の主張について

上記のとおり、「みち子がお届けする若狭の昆布〆鯖寿司」の商標及び「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の商標をXが創作したものであることを認めるに足る証拠はなく、しかも、Xが平成14年10月22日に出願したのは、あくまでも「浜焼き鯖寿司」の文字からなる商標であるから、形式的にも実質的にも、本件商標の登録要件の判断時点を「浜焼き鯖寿司」の文字からなる商標の出願日に遡及させる理由は存しない。

ウ 引用商標の周知性についての判断時期を本件商標の現実の出願日である平成16年9月24日においたとしても、請求人の業務に係る「浜焼き鯖寿司」は、空港の売店等極めて限られた場所でしか販売されておらず、販売数量も決して多くはなく、商品の性格上、その場で消費されることが多く、需要者の間に商標が浸透しにくいことから、引用商標が請求人の業務に係る商品を表示するものとして需要者の間に広く認識されていたとはいえない旨の主張について

前記したとおり、請求人商品は、その販売開始から本件商標の出願日（平成16年9月24日）までに、少なく見積もっても70万食が販売されたものと推測されるものである。そして、請求人商品は、日本全国の空港と結ばれている株式会社JALUX羽田空港支店を始めとする多くの空港支店において販売されているばかりでなく、全国各地で全国駅弁大会、全国物産展等を開催している株式会社ジャパンフーズシステム（東京都）、全国各地の食料品店に請求人商品を卸している西野商事株式会社（東京都）や秋田県、新潟県、東京都、長野県、石川県、愛知県、京都府、大阪府、広島県、島根県、高知県等々のサティ店に請求人商品を卸している

福井県漁業協同組合連合会等々にも販売されており，請求人商品の需要者は，全国に及んでいるものといえる。そして，例えば，前出の甲第１２号証の７（タ刊フジ２００４年１月３０日）には，「・・・『これよ，これこれ』。羽田空港のゲート内にあるＪＡＬグループのＪＡＬＵＸが展開するショップ『ＢＬＵＥ　ＳＫＹ』を訪れる人から，しばしばこんな声が聞かれている。お目当ての商品は『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』。・・・『職場や家族のお土産に，出張前に１０個ぐらいまとめてとりおきを頼んで，戻ってきてから買っていくお客さんも多い』というから，その人気ぶりもうなずける。・・・」旨記載されており，また，甲第１３号証の１０（女性自身２００４年４月２７日号）には，「『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』一昨年の発売開始以来，空前の大ヒット。現在，１日千個を売り上げる。なかには飛行機に乗る用もないのにわざわざタクシーで買いに来る人も（羽田空港）」と記載されている。

これらの事実からみれば，引用商標が本件商標の出願日において，請求人の業務に係る商品を表示するものとして，需要者の間に広く認識されていたとはいえない旨の被請求人の主張は採用できない。

エ　請求人が引用している「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」なる商標は，本件商標権者のＸによって創作された登録第４９０６９８６号商標「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」そのものであって，他人の未登録商標には該当しないから，商標法第４条第１項第１０号違反を理由とする本件審判請求は，その前提において失当である旨の主張について

前記のとおり，「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の商標をＸが創作したものであることを認めるに足る証拠はないから，この点についての被請求人の主張も採用できない。

（４）　むすび

以上を総合してみれば，本件商標は，他人の業務に係る商品を表示するものとして需要者の間において広く認識されている商標と類似する商標であって，その商品又はこれに類似する商品について使用をするものといわなければならない。

したがって，本件商標の登録は，商標法第４条第１項第１０号に違反してされたものであるから，同法第４６条第１項の規定により，無効とすべきである。」

第3 審決取消事由の要点

1 取消事由 1

引用商標は原告が創作した商標であるから、商標法4条1項10号にいう「『他人の』業務に係る・・・商標」とはいえない。

原告は、平成14年9月に「焼き鯖寿司」の商品化を企画するに際し、当該商品に付する商標として本件商標を創作したのであるが、本件商標を創作するに当たって、飲食店の店名として料理人の名前が多用され、特に、男性の名前が多い傾向があることに鑑みて、新たに商品化する「焼き鯖寿司」を、既存の「焼き鯖寿司」と差別化するため、商標に、「浜焼き鯖寿司」という文字とともに、この種の商品で使用されていない女性の名前を冠すること、具体的には、「みち子」の名前を含めることとした。

このようにして創作されたのが、本件商標及び引用商標であり、原告は、これらの商標を創作して間もない平成14年10月22日に、原告が創作した商標「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」中の「浜焼き鯖寿司」の文字部分について商標登録出願（商願2002-89254号）を行ったが、商標法3条1項3号及び4条1項16号に該当するとして、平成15年12月10日付で拒絶された。

そのため、原告は、平成16年9月24日に「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」の商標登録出願（商願2004-87470号）を行ったが、その際、出願人にAを加えた。Aに本件商標について商標登録を受ける明確な意志があったことは、商願2004-87470号の平成17年5月18日付意見書の内容からも明らかである。

以上のとおり、引用商標は、被告によって「焼き鯖寿司」の販売が開始される平成14年12月より前に、原告による商品の企画・開発・拡販戦略に基づいて創作された原告の商標であり、被告は引用商標の単なる使用者（通常使用権者）に過ぎない。

この点に関し、審決は、「鯖寿司のレシピについては、A手製のものを踏襲し、

ネーミングについては、ブランドを意識して、製作者であるAの名前を前面に出して命名されたものと認められる。」とし、また、「商品の企画・開発を直接担当したのは、取締役のAであったということができるが、それとて、あくまでも有限会社ボース・クリエーション（後の有限会社海の恵み）としての行為とみるべきであり、その成果が個人としてのAに帰属するものでもなければ、代表取締役であったXに帰属するものでもない。そして、甲号証及び乙号証のいずれをみても、本件商標及び「みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司」なる商標をXが創作したものである旨の記載は見当たらない。」としているが、被告の「焼き鯖寿司」の企画・開発・拡販は、まだ会社としての体裁が全く整っていない中で、実質上、原告が一人で行い、商品の差別化のために、商標に「浜焼き鯖寿司」という文字とともに女性の名前を冠するに当たり、「みち子」の名前を含めることとしたため、Aが広告塔的な意味合いで前面に出たにすぎない。また、平成14年12月より販売を開始した被告の「焼き鯖寿司」は、有限会社西川水産から供給を受けたものであるが、この商品は、当該会社のC氏（当時専務取締役）のアイデアに基づいて創出されたもので、審決が推認した内容は、明らかに誤っている。なお、引用商標が、原告の創作に係るものであることについては、被告も争っていない。

被告は、原告の創作に係る引用商標の使用者として、「焼き鯖寿司」の販売を開始したものであることから、仮に、引用商標が、被告の「焼き鯖寿司」を表す商標として、本件商標の登録出願時（平成16年9月24日）において、周知になっていたとしても、これは、原告の創作に係る引用商標の使用者（通常使用権者）としての被告の行為によるものであることから、被告の引用商標は、商標法4条1項10号の規定による保護を受けることはできない。

2 取消事由2

引用商標は、本件商標登録出願時において、商標法4条1項10号にいう「需用者の間に広く認識されている商標」ではなかった。

上記1のとおり、引用商標と類似する本件商標は、被告の「焼き鯖寿司」の販売

が開始される平成14年12月より前に原告によって創作され、商願2002-89254号の出願日である平成14年10月22日に実質的に商標登録出願されていたものとみなすことができるものである。

この点に関し、審決は、「Xが平成14年10月22日に出願したのは、あくまでも『浜焼き鯖寿司』の文字からなる商標であるから、形式的にも実質的にも、本件商標の登録要件の判断時点を『浜焼き鯖寿司』の文字からなる商標の出願日に遡及させる理由は存しない。」としているが、上記のとおり、この商標登録出願は、本件商標と類似する商標であり、原告が創作した引用商標中の「浜焼き鯖寿司」の文字部分について使用する権利を占有することを目的とし、引用商標から当該文字部分を抽出して出願したものであること（このことは、被告の「焼き鯖寿司」の販売開始時期が平成14年12月であることとも符合する。）から、少なくとも被告との関係においては、本件商標は、商願2002-89254号の出願日である平成14年10月22日に商標登録出願されていたといえることができる。

そうすると、引用商標は、商願2002-89254号の商標登録出願時において、被告の「焼き鯖寿司」を表示するものとして需要者の間に広く認識されていたとはいえず、本件商標の登録出願時においても同様に考えるべきである。

仮に、引用商標の周知性についての基準時を、本件商標の登録出願日である平成16年9月24日においたとしても、当該時点において、被告の「焼き鯖寿司」は、空港の売店等極めて限られた場所でしか販売されておらず、販売数量自体この種の商品（弁当）としては決して多い量とはいえないこと、さらに、商品の性格上、その場で消費されることが多く、需要者の間に商標が浸透しにくいこと等の点を勘案すると、引用商標が需要者の間に被告の「焼き鯖寿司」を表示するものとして広く認識されていたとは到底いえない。

3 以上のとおり、引用商標が被告の業務に係る商品を表示するものとして需用者の間に広く認識されている商標であるとして、本件商標登録を無効と判断した審決は、商標法4条1項10号及び46条1項1号に違反したものであり、取り消され

るべきである。

第4 被告の反論

1 取消事由1に対し

原告は、引用商標は原告が独自に創作したものであると主張するが、その立証はされていない。

原告は、被告の「焼き鯖寿司」の企画・開発・拡販は被告会社の体裁が全く整っていない中で原告一人が行なった、被告商品は有限会社西川水産のCのアイデアに基いて創出された、と主張する。

しかし、被告の「焼き鯖寿司」及び引用商標に関し、甲第10号証（日経WOMAN，2005年1月号）には、JALUX（ジャルックス）空港業務部業務チーム課長補佐のB氏の紹介記事「...引きつけられたのはむしろAさんが「お土産に」と持参した手作りの「鯖寿司」であった。「販売店で20代の女性スタッフと一緒に食べてみたら、みんな鯖と気づかずパクパク食べて。本当においしかったので、ぜひ商品化したいと思いました。」上司の許可も得て開発がスタート。鯖寿司のレシピについては、Aさん手製のものを踏襲。パッケージにも気を配った。筆文字と墨絵風の鯖のイラストを採用し、鯖が苦手な人にも配慮して青色は使わないようにしたという。ネーミングではブランドを意識して、製作者であるAさんの名前を前面に出した。」が掲載されている。

これによれば、被告の「焼き鯖寿司」は、AとJALUX（ジャルックス）の担当者との共同で企画・開発が行なわれ、その過程で、ネーミングもブランドを意識して製作者であるAの名前を前面に出して行なわれたことがわかる。

仮に被告の「焼き鯖寿司」のネーミングに原告が何らかの形で関与したとしても、原告は、被告会社が「有限会社ボース・クリエーション」として設立された時から本件商標の商標登録出願後の平成17年9月27日まで、被告会社の役員として、当該商品の販売を含む会社業務の遂行に携わっていたのであるから、被告には、原告との関係において、引用商標の使用に悪意がないことは明らかである。

そして、引用商標を付した被告の「焼き鯖寿司」は、被告会社の業務に係る商品であって、原告の業務に係る商品ではないから、その販売によって得られた成果（引用商標に化体した業務上の信用）は被告に帰属しなければならない。

したがって、引用商標が商標法４条１項１０号の規定により、被告の周知商標として保護されることには何の問題もない。

２ 取消事由２に対し

原告は、商願２００２－８９２５４号の商標登録出願は、本件商標と類似し、原告が創作した引用商標中の「浜焼き鯖寿司」の文字部分について使用する権利を占有することを目的とし、当該文字部分を抽出して出願したものであるから、本件商標は商願２００２－８９２５４号の出願日である平成１４年１０月２２日に実質的に商標登録出願されていたものとみなすことができると主張する。

しかし、本件商標と商願２００２－８９２５４号の商標登録出願に係る「浜焼き鯖寿司」とは相異なる商標であり、原告の主張には法的根拠がない。

したがって、本件商標の出願日を商願２００２－８９２５４号の出願日である平成１４年１０月２２日として、当該出願時における引用商標の周知性を否定する原告の主張は失当である。

原告は、甲第１９号証に基づき、引用商標の周知性についての基準時を本件商標の出願日である平成１６年９月２４日においたとしても、その周知性は否定されると主張し、その根拠の一つとして、被告の「焼き鯖寿司」の販売場所が限定されていることを挙げている。

しかし、被告の「焼き鯖寿司」の販売場所には、羽田空港、成田空港、関西空港、大阪空港、名古屋空港、大分空港といった日本全国の空港と結ばれている空港売店が含まれている。それら空港売店は全国各地から訪れる旅行者等が利用することから、被告の当該商品の需要者は全国に及ぶということができ、販売場所が限定されていること自体は引用商標の周知性を否定する根拠にはならない。

しかも、被告の「焼き鯖寿司」は、全国各地で全国駅弁大会、全国物産展等を開

催している株式会社ジャパンフーズシステム（東京都）、全国各地の食料品店に被告商品を卸している西野商事株式会社（東京都）や秋田県、新潟県、東京都、長野県、石川県、愛知県、京都府、大阪府、広島県、島根県、高知県等々のサティ店に被告商品を卸している福井県漁業協同組合連合会等々にも販売されており、被告の「焼き鯖寿司」の需要者は、全国に及んでいるものといえることができる。

また、原告は周知性否定の根拠の一つとして、被告の「焼き鯖寿司」の販売数量が多くないことを挙げている。

しかし、「焼き鯖寿司」自体は平成１４年頃に生まれた新しい商品であり、しかも、鯖という嗜好性の強い食材を使用する商品であるにもかかわらず、被告の「焼き鯖寿司」の販売数は、その販売開始（平成１４年１２月）から本件商標登録の出願日（平成１６年９月２４日）までの僅か２０か月程度の期間で１００万食弱、少なく見積もっても７０万食に達しているものであり、引用商標が被告の業務に係る商品を表示するものとしての周知性を獲得する販売数量として、販売数量が少ないということとはできない。

さらに、原告は周知性否定の根拠の一つとして、この種の商品はその場で消費されることが多く、需要者間に商標が浸透しにくいことを挙げている。

しかし、国民一般の食品に対する嗜好性が強くなっている今日においては、仮にその場で消費されることがあるとしても、その商品「焼き鯖寿司」に付されている商標が需要者に浸透しにくいとはいえない。甲第１２号証の７（夕刊フジ２００４年１月３０日）には、「・・・『これよ、これこれ』。羽田空港のゲート内にあるＪＡＬグループのＪＡＬＵＸが展開するショップ『ＢＬＵＥ　ＳＫＹ』を訪れる人から、しばしばこんな声が聞かれている。お目当ての商品は『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』。・・・『職場や家族のお土産に、出張前に１０個ぐらいまとめてとりおきを頼んで、戻ってきてから買っていくお客さんも多い』というから、その人気ぶりもうなずける。・・・」旨記載されており、また、甲第１３号証の１０（女性自身２００４年４月２７日号）には、「『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖

寿司』一昨年の発売開始以来、空前の大ヒット。現在、1日千個を売り上げる。なかには飛行機に乗る用もないのにわざわざタクシーで買いに来る人も(羽田空港)」と記載されている。

これらの事実からみれば、引用商標は、本件商標の出願日において、被告の業務に係る商品を表示するものとして、需要者の間に広く認識されていたというべきであり、原告の主張には理由がない。

3 以上のとおり、原告の主張はいずれも理由がなく、原告の請求は棄却されるべきである。

第5 当裁判所の判断

1 取消事由1について

原告は、引用商標は、原告が独自に創作したものであり、被告は単なる通常使用権者にすぎないから、同商標は、商標法4条1項10号の「他人の業務に係る商品・・・を表示するものとして需用者の間に広く認識されている商標」に該当しないと主張するので、以下において検討する。

商標法4条1項10号は、「他人の業務に係る商品若しくは役務を表示するものとして需用者の間に広く認識されている商標又はこれに類似する商標であって、その商品若しくは役務又はこれらに類似する商品若しくは役務について使用をするもの」については商標登録を受けることができないと定めている。

上記規定の趣旨は、特定人の業務等に係る商品等を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標(以下「周知商標」という。)について、同一又は類似の商品等につき、同一又は類似の商標の登録を上記特定人以外の者に認めたのでは商品等の出所を識別することが困難となり、商品流通秩序が損なわれるため、後者の商標登録を許さないとする点にある。そうすると、上記規定の「他人」とは出願者以外の者を広く指称するものと解するのが相当であるところ、引用商標が被告の商品に使用されていることは原告も認めるところであるから、これが上記規定にいう「他人の商標」に当たることは明らかである。

以上の説示から明らかなように，上記規定の適用においては，周知商標の創作者が誰であるかは何ら関係を有するものではないから，仮に，引用商標が原告の創作に係るものであり，原告の許諾を得て被告が使用するものであるとしても，上記の他人性を肯定することに何ら影響するものでないことは明らかであって，引用商標が「被告の商品である焼き鯖寿司」を表すものとして需要者の間に広く認識されているとするならば（この点は次項において認定判断する。），引用商標は被告の商品の出所を示すものとして，商標法４条１項１０号にいう「他人の業務に係る商品・・・・を表示するものとして需用者の間に広く認識されている商標」というべきである。

したがって，この点に関する原告の主張は，失当であり，採用することができない。

２ 取消事由２について

(1) 原告は，上記第３の２のとおり，「本件商標は，被告の『焼き鯖寿司』の販売が開始される平成１４年１２月より前に原告によって創作され，商願２００２－８９２５４号の出願日である平成１４年１０月２２日に実質的に商標登録出願されていたものとみなすことができるものである」とし，引用商標の周知性の具備の有無について，被告の「焼き鯖寿司」の販売開始よりも前である商願２００２－８９２５４号の出願日を基準として判断すべきである旨主張する。

しかしながら，原告の出願に係る商願２００２－８９２５４号に係る商標の構成は，「浜焼き鯖寿司」であるところ，これが本件商標と構成を異にすることは明らかであるし，上記出願は原告も自認するとおり，拒絶査定を受けたものであるから，上記出願を本件商標の出願と同視する余地はない。

したがって，商願２００２－８９２５４号に係る出願時を基準として引用商標の周知性の具備の有無を論ずる意味はないから，この点に関する原告の主張は失当であり，採用することができない。

(2) 原告は，引用商標の周知性についての判断の基準時を本件商標の登録出願時

である平成16年9月24日としたとしても、引用商標は「需用者の間に広く認識されている」ものとはいえないと主張するので、この点について以下検討する。

ア 甲第1, 第18, 第20号証によると、被告は、平成14年9月20日、鮮魚及び水産加工品販売業、飲食店業、寿司の製造販売業などを目的として、「有限会社ボーズ・クリエーション」との商号で設立され、同15年8月29日、「有限会社海の恵み」へと商号変更した後、株式会社へと組織変更して現在に至っていることが認められる。

イ 甲第10, 第11, 第12号証の1～22, 甲第13号証の1～18によると、被告が、平成14年12月、羽田空港ターミナルビル内の売店で、引用商標を表示した巻き紙及びしおりを使用した「焼き鯖寿司」(以下「被告商品」という。)の販売を開始したこと、被告商品は徐々にその売上げを伸ばし、本件商標登録出願前の平成16年9月までには、羽田空港で1日平均1000食以上、全国の主要空港売店で1日3000食以上を売り上げるまでになったこと、被告商品が、「空弁(そらべん)」(空港で販売される弁当)ブームの火付け役となったと評価されていることがそれぞれ認められる。

被告商品についての新聞や雑誌の記事を一部挙げると次のとおりである。

「『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司(さばずし)』・・・三年前の登場以来、羽田空港など国内主要空港で売られ、『空弁』という言葉さえ生んだ全国区のヒット商品だ。・・・空弁を考案したのは『海の恵み』のA社長。『福井のサバ』を一気に全国に知らしめた。・・・」(甲第11号証：日刊県民福井，2006年1月6日号)

「『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司(さばずし)』(大九百円，小六百円)を販売したところ『あっさりしてておいしい』と人気爆発。今年十月の月間売り上げは一万二百三十一個を数えた。」(甲第12号証の2：日本経済新聞，2003年12月6日朝刊)

「羽田空港の売店に並ぶ空弁の売れ筋を販売額でランキングした。・・・1位の

『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』は2002年12月に発売され、空弁ブームの火付け役になった。」(甲第12号証の4：日経流通新聞MJ(日経テレコン21), 2004年1月17日朝刊)

「羽田空港のターミナルビル2階。搭乗口近くの売店は昼時になると、人気の弁当を目当てに訪れる客でごった返す。その弁当は、空弁ブームの火付け役『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』・・・1日50個売ればヒットの弁当市場で、400個が午後7時には売り切れる。」(甲第12号証の5：朝日新聞, 2004年1月21日朝刊)

「驚異的な売り上げの『みち子がお届けする若狭の浜焼き鯖寿司』」(甲第12号証の7：夕刊フジ, 平成16年1月30日)

ウ 甲第7号証の1～24によると、被告商品は、本件商標の登録出願日前である平成16年5月から8月には、株式会社JALUXの羽田空港支店、羽田食品企画販売、成田空港支店、関西空港支店、大阪空港支店、名古屋空港支店、大分空港支店、ジェイアール西日本商事株式会社金沢支店、株式会社明治屋(東京都)、株式会社ジャパンフーズシステム(東京都)、国分株式会社(東京都)、国分フードクリエイト株式会社(東京都)、株式会社みくら東京営業本部、西野商事株式会社(東京都)、株式会社三越多摩センター店(東京都)、財団法人福井県産業支援センター(東京都)、株式会社沼津西武百貨店(静岡県)、株式会社西武百貨店岡崎店(愛知県)、株式会社ヤスサキ(福井県)、福井県漁業協同組合連合会、福井ワシントンホテル、福井中央魚市株式会社、株式会社しゃりー(福井県)及びだるまや西武(福井県)などで販売されていたことが認められる。

エ 甲第8号証によると、平成14年11月から同16年8月までの22か月間に株式会社大鹿印刷所から被告に向けて出荷された被告商品のケース(「浜焼き鯖寿司ケース」)の数量は合計98万0610個(大が70万0270個, 小が28万0440個)であること、同年9月から平成17年7月まで11か月間の同数量は合計153万3284個(大が117万9164個, 小が35万4120個)で

あることが認められ、甲第9号証によると、平成15年10月から同16年8月までの11か月間に株式会社多田商店から被告に向けて出荷された被告商品の「巻き紙」の数量は74万7000枚であること、同年9月から平成17年7月までの11か月間の同数量は155万4000枚であることが認められる。

これらの事実からすると、被告商品は、本件商標登録出願日前の1年以上の期間において、1日平均1400食以上販売されていたと認められ、同出願日前後から同査定日前後までの間の1年足らずの期間において、1日平均4500食以上販売されていたと認められる。

(3) 上記(2)で認定した各事実によると、平成14年12月の被告による被告商品の販売開始以来、被告商品は徐々に売上げを伸ばしていたが、主要空港や百貨店など全国で販売されるようになってから一気に販売数量を伸ばし、その後「空弁」ブームの火付け役として被告商品が取り上げられて知名度を高めたという経過が認められ、このような経過を経て、本件商標の登録出願時（平成16年9月24日）及び同査定时（平成17年8月24日）の各時点において、引用商標は、被告の業務に係る商品を表示するものとして、需用者の間に広く認識されている商標となっていたものと認められる。

(4) 上記(3)で認定したところに加え、上記第2の2(3)のとおり、本件商標は、引用商標と構成が類似しており、本件商標登録出願における指定商品（第30類「鯖寿司」）が被告商品（「焼き鯖寿司」）と同一又は類似の商品であることについて当事者間に争いがないことからすると、本件商標は、周知商標である引用商標と類似するものであり、被告商品と同一又は類似する商品について使用するものであるというべきである。

(5) したがって、本件商標登録は商標法4条1項10号に違反してされたものであるというべきであるから、同法46条1項1号により無効とすべきである。

3 結論

以上のとおりであるから、本件商標登録を無効とした審決に誤りはなく、原告の

請求は理由がない。

よって、主文のとおり判決する。

知的財産高等裁判所第 4 部

裁判長裁判官

田 中 信 義

裁判官

石 原 直 樹

裁判官

杜 下 弘 記