

平成22年2月17日判決言渡 同日原本領収 裁判所書記官

平成21年(行ケ)第10318号 商標登録取消決定取消請求事件

口頭弁論終結日 平成22年2月3日

判 決

原 告	有限会社ニコニコヤみやげ店
同訴訟代理人弁理士	富 田 光 風
被 告	特許庁長官
同 指 定 代 理 人	内 山 進
	安 達 輝 幸

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 請求

特許庁が異議2008-900457号事件について平成21年8月31日にした決定を取り消す。

第2 事案の概要

本件は、原告が、下記1のとおりの手続において、原告が有する本件商標に係る登録異議の申立てについて、特許庁が登録を取り消した別紙異議の決定書(写し)の本件決定(その理由の要旨は下記2のとおり)には、下記3の取消事由があると主張して、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(甲1の1~3)

商 標 登 録 番 号 : 第 5 1 5 9 3 0 3 号

商 標 の 構 成 : 「ももいちごの里」の文字を標準文字で表して成る。

指 定 商 品 : 第 3 0 類 「菓子, パン」

商標登録出願日：平成20年2月21日

登録査定日：平成20年7月10日

設定登録日：平成20年8月15日

商標掲載公報発行日：平成20年9月16日

## (2) 本件決定

有限会社福屋（以下「福屋」という。）、徳島市農業協同組合（以下「JA徳島市」という。）及びAは、平成20年11月17日、本件商標について登録異議の申立てをした。

特許庁は、同申立てを異議2008-900457事件として審理し、平成21年8月31日に「登録第5159303号商標の商標登録を取り消す。」とする本件決定をし、同年9月18日、その謄本は原告に送達された。

### 2 本件決定の理由の要旨

本件決定の理由は、要するに、福屋が大福に付した「ももいちごの里」の商標（以下「引用商標」という。）は周知であるところ、本件商標は、引用商標と同一の商標であり、かつ、その指定商品は引用商標が使用されている商品「大福」と同一又は類似の商品であるから、商標法4条1項10号に該当し、登録を受けることができない、というものである。

### 3 取消事由

引用商標が周知であるとした認定判断の誤り

## 第3 当事者の主張

〔原告の主張〕

### (1) 引用商標の使用時期の立証に不備があること

ア 仮にそれまで引用商標に周知性があったとしても、本件商標の出願日以前の一定期間において引用商標の使用を証明できない期間があれば、長期間不使用の状態が続き、本件商標の出願日には引用商標が周知性を喪失し、商標法4条1項10号の適用が困難となる（同条3項）。

イ すなわち，出願日以前の直近の証拠である甲 2 2 の発行日（平成 1 9 年 3 月 1 0 日）から出願日（平成 2 0 年 2 月 2 1 日）までに約 1 年の期間があり，この期間の使用が立証されなければ，引用商標の周知性が喪失している可能性があり，同条 1 項 1 0 号の規定の適用ができないはずである。

ウ 引用商標の使用開始時期は不明であるところ，その使用開始日が甲 2 2 の発行日（平成 1 9 年 3 月 1 0 日）から出願日（平成 2 0 年 2 月 2 1 日）までの期間内であっても，その日が出願日に近ければ使用されていない期間が長くなり，当初周知であっても周知性を喪失することがある。仮に使用開始日が出願日から遠ければ，周知性が喪失する可能性は小さいが，その使用開始日は決まっているわけではないので，周知性が喪失しているかどうか不明である。

エ このように，周知性が喪失しているかどうか不明な引用商標を根拠に，商標法 4 条 1 項 1 0 号の規定を適用して商標登録を取り消すべきではない。これに反してされた本件決定は違法であり，取り消されるべきである。上記規定は，未登録の商標でも商標法の保護対象である業務上の信用を発生している場合に，公平の原則に基づき登録主義の例外として認められたものであるから，厳格に解すべきであり，単に商標の周知の可能性では足りず，必ず周知であることが必要である。

(2) 採用すべきでなかった証拠を採用したこと

ア 本件決定が讀賣新聞の徳島版の記事を大阪本社版の記事と誤って拡大して採用したこと

本件決定が商標の周知性の認定に採用した讀賣新聞の徳島版の記事（甲 2 4 ）は，徳島県の地元読者を対象とするもので他の地方版には掲載されない。また，徳島版の普及率（購読数 / 徳島県下の総世帯数）は 3 . 1 8 % で，地元の徳島新聞の普及率の 2 5 分の 1 である。購読部数は 1 万 0 0 0 6 部で，大阪本社版の約 2 5 2 分の 1 であるから，讀賣新聞の徳島版に記載されても，徳島ではほとんど知り得ないので，商標の周知化には役立たない。

また，上記記事（甲 2 4 ）には，福屋商標「ももいちごの里」の記載がないから，

周知性の認定から除外すべきである。

イ 自他商品識別標識となり得ない書証を周知性認定の証拠としたこと

(ア) 商標の使用とされるためには、単に商標の文字列が記載されているだけでは足りず、自他商品識別標識としての存在が認識される必要がある。そして、商標の本質は自他商品識別標識たることにあるから、その存在が一目して分かる程度に目立つ必要がある。したがって、虫メガネが必要なほど文字が小さかったり、文字が文中にはめ込まれ、同じ大きさの文字で挟まれたり、文字に連なって記載されたりする等、文字列が文中に同書体、同サイズ、同間隔に混在されると、一目してその独立した存在を認識することができず、商標の使用とはいえない。よって、このような使用態様では、いくら数を集めても商標の周知性を立証することにはならない。

(イ) 新聞や雑誌の記事に掲載された事実は、その商標が他の文字と区別のない表示であっても、周知性認定の証拠となり得るとした本件決定は、商標法4条1項10号の規定を設けた趣旨からみても、心理学上からみても、また取引の経験則からみても、認められない。本件決定は、証拠に記載の商品の表示について、新聞、雑誌等で採り上げられたものか、広告としての商品の記載（記事広告）であるかの判断を誤ったものである。

ペイドパブリシティ（paid publicity）とは、新聞社や雑誌社に広告料を支払って、通常の記事のような形をとって読者へ情報を発信する方法であり、記事広告、記事風広告ともいわれる。記事広告は編集記事のように見せかけるために、商標の文字列は目立たないように説明文の中に混在させたり、商標自体を明確にさせないなど、留意しているから、消費者は、記事広告における商標（文字列）が、いわゆる自他商品識別機能のある本来の商標であるとは認識し難い。本件商標は新聞記事の文中に目立たないように混在されているので、自他商品識別機能を有する本来の商標とは認められないものと解される。したがって、会社の主力商品でブランドの周知化を図るのは、従来の商標を前面に出した広告、宣伝によらなければならない、

記事広告ではブランドの周知化には役立たない。

また、タウン情報誌とは、基本的には1つの都市に重点をおいて、その都市の最新情報を扱う情報誌のことである。福屋の宣伝が記載されている証拠として引用されたタウン情報誌（甲6，13，15，16，18，20，22），一般雑誌（甲9，11）があるが、これらの福屋の商品の掲示は、広告として記載されたものであり、有名だから雑誌に取り上げられ、記載されたものではない。

（ウ） 「ももいちごの里」の文字列が説明文の中に混然一体に配置されているもの（甲6，9，15，16）は、消費者にとっては自他商品識別力ある商標とは認識できないから、周知性認定の証拠とすべきでない。

雑誌ではなく新聞に掲載されたもので、商標として認められない証拠（甲4の1・2，26の1）は、商標法4条1項10号の適用に当たって、除外すべきである。

さらに、商標と認められない可能性のあるもの（甲11，13，20，22）も、同様に除外すべきである。

ウ 本件商標の出願後に作成又は採取した資料を証拠としたこと

商標の周知性は出願時において判断される（商標法4条3項）から、本件商標の出願後に発行又は採取された証拠（甲3，4の2・3，5，18，30）は、除外されるべきである。

過去の事実を、後に作成した資料で証明するには、その資料は客観的に公平で正しいことが証明されていなければならないはずである。本件商標の出願後に、自己のホームページから採取された書証は信頼性に乏しい。特に異議申立てが可能であることを知ったと考えられるその後に採取した書証については要注意である。

エ その他、商標の周知性認定の判断資料として情報量が不足するもの（甲27～29），商標法4条1項10号の適用時に必要な日付の記載がないもの（甲2）等も、採用すべきでない。

（3） 引用商標の使用商品が季節商品であることを見逃して周知性を判断したと

ア 商標法4条1項10号の適用に当たっては、商標の周知性の立証等について、商標の使用期間や使用した商品の数量等を総合勘案して判断すべきである。

本件決定は、季節商品の販売期間、販売数量等について納品書、請求書等で確認し、商標の周知性の影響等について考慮すべきであったのに、これを怠って引用商標が周知性を獲得したと判断を誤った。

イ 本件決定は、商品の話題性が商標の周知性を獲得することがあり得るというが、商品の話題性があれば商標の周知性を獲得する理由は何か等について何ら説明していないし、心理学上からみても、取引の経験則からみても、納得できない。商品に話題性があれば、取引者、需要者は商品に注目するようになるが、その分、商標への注意がそがれ、かえって周知化が難しくなるはずである。また、仮に商品の話題性があるとしても、商品「ももいちご大福」は福屋以外の菓子店も販売している（甲11）のに、引用商標だけが周知性を獲得する理由がない。

#### (4) 小括

上記(2)のとおり、採用すべきでない書証を除くと、引用商標の使用例が少なくなり、正当な書証は、甲4の2・3のみとなり、結局、引用商標「ももいちごの里」は、周知性が認められないことになる。

なお、原告をはじめ、福屋と同じ市内の菓子業者の多くは、本件商標の出願後においても、引用商標の存在を知らないとの聞き取り結果がある。

このように、引用商標に周知性はなく、商標法4条1項10号に該当しないから、本件決定は、取り消されるべきである。

#### 〔被告の主張〕

##### (1) 引用商標の使用時期の立証に不備があるとの主張について

引用商標の周知著名性は、十分に認められるものである（甲2～6，8，9，11，13，15，16，20，22，24，26の1，28～31）。

商標の周知性及びその使用の事実を示す証拠が使用期間の全日にわたって、日々連続していないとしても、その証拠の内容及び期間の前後の使用の事実により、実

際に使用してきたことが十分に証明される。

なお、「ももいちごの里」は、「ももいちご」の収穫時期に製造される季節商品であるから、収穫されない時期については、引用商標を使用した商品の販売はされない。しかし、そのような季節商品であっても、周知著名性を獲得したら、季節外の時期においても「ももいちごの里」の商標が使用された場合には、引用商標が想起されるのであり、その商標が使用されない期間があるとしても、その周知著名性は継続している。

(2) 採用すべきでなかった証拠を採用したとの主張について

ア 本件決定が讀賣新聞の徳島版の記事を大阪本社版の記事と誤って拡大して採用したとの主張について

本件決定は、甲24について、徳島版の記事の証拠として採用し、判断したものである。

イ 自他商品識別標識となり得ない書証を周知性認定の証拠としたとの主張について

使用の事実の証明においては、その使用態様が重要な要件となり得ることは当然であるが、本件決定においては、引用商標が周知性を獲得したかどうかの問題である。雑誌や新聞等において、商標を記載してその商標に係る商品の紹介がなされている場合には、たとえ、文中に記載されている場合であっても、一定の興味を持って注意深く読まれることから、当該商標について何ら需要者の記憶に残らないとはいえない。よって、このような態様による雑誌等への掲載の事実も、周知性を獲得する証拠となり得る。

原告が、引用商標の使用かどうかということではなく、引用商標の周知性立証における表示態様について論じているとしたら、その解釈を全く誤っているものといわざるを得ず、失当である。

記事広告も通常の記事も需要者が目にするものであるから、雑誌等に掲載されることにより、より周知となるものである。原告が指摘する証拠のうち、例えば、甲

6の記載中、「ももいちごの里」の部分が自他商品の識別標識としての機能を有することは明らかである。「ももいちごの里」を商品の普通名称として認識している需要者は皆無であって、原告が挙げる証拠の記載に接する需要者は、いずれもその商品に名付けられた名称、つまり商標として理解し、記憶されるというべきである。

商標法4条1項10号については、他人の表示の周知性の程度をもとに判断するのは当然であり、本件決定が「周知の可能性」をもって認定したものではないことは明らかである。

ウ 本件商標の出願後に作成又は採取した資料を証拠としたとの主張について

当該証拠に記載された内容が本件商標の出願時における周知性の証拠になるならば、当該証拠の作成日等が仮に出願日以降であったとしても証拠となり得る。証拠方法の作成日を基準とする原告の形式的な主張は、全く根拠がないものである。

(3) 引用商標の使用商品が季節商品であることを見逃して周知性を判断したとの主張について

周知性は、商標の使用開始時期、使用期間、生産譲渡の数量、その他、広告宣伝の回数や一般紙、雑誌における記事掲載の回数及び内容等を把握し、その事実を総合勘案して判断することとされており（商標審査基準）、確かに生産譲渡の数量も周知性の判断における一つの要素ではあるが、様々な事実を総合的に判断するのであって、すべての要素について正確に把握できなければならないものではない。生産譲渡の数量が少ない場合でも、雑誌や新聞などに掲載されることが多ければ周知性を獲得することも十分にあり得る。

引用商標に係る福屋の商品の販売数量が正確には把握できなかったとしても、また、商品の販売期間が季節的であるとしても、本件の場合、雑誌、新聞、テレビ放映等の事実を総合勘案した結果、周知性を獲得したものと判断できるのである。なお、本件決定は、福屋の使用商品が徳島県佐那河内村の特定農家の生産する「ももいちご」の収穫時期に合わせて製造される季節商品であることを十分認識し、判断したものである。

#### (4) 小括

引用商標の周知性に係る書証についての原告の主張は、いずれも当を得ていないものであり、当該証拠により引用商標が本件商標の出願時及び登録査定時において周知であることは十分に認められ、原告の主張はいずれも失当である。

よって、本件商標は、商標法4条1項10号に該当するものであるから、その登録を取り消すとした本件決定に何ら違法な点はなく、取り消されるべき理由はない。

#### 第4 当裁判所の判断

##### 1 引用商標の周知性について

##### (1) 認定事実

##### ア 「ももいちご」について

「ももいちご」は、平成4年に大阪中央青果市場と異議申立人であるJA徳島市の佐那河内支所とが共同開発し、JA徳島市と栽培協定を結んだ徳島県佐那河内村の特定の農家において生産されているイチゴのブランド名である。「ももいちご」は、普通のイチゴの3倍以上はある180gの大きさとジューシーで甘くて柔らかい香りを特徴とする。12個から24個入りで、8000円ないし9000円の価格を付けることもある(甲4の1～3, 甲19, 32)。

異議申立人Aは、「ももいちご」及び「百舌五」の文字を二段に併記した商標について、第31類「いちご」を指定商品として、平成11年10月8日に、商標登録第4323578号の設定登録を受けた(弁論の全趣旨)。

##### イ 大福「ももいちごの里」について

福屋は、「ももいちご」をそのまま使用した大福を開発し、平成14年から、「ももいちごの里」との商標(引用商標)を使用し販売を開始した。福屋では、引用商標「ももいちごの里」をいちご大福(引用商標を付した福屋のいちご大福を、以下「使用商品」ということがある。)の個別包装及び包装箱に付して使用しているほか、インターネットを介する通信販売も行っている。福屋のホームページには、「ももいちごの里通信販売」の表題の下に、「ももいちごの里」と表示された使用

商品の写真が掲載されている。また、福屋のNETショッピングサイトでは、「ももいちごの里」の写真が掲載され、使用商品の説明がされている。使用商品は、1個480円ないし630円、3個化粧箱入り1箱2100円、6個化粧箱入り1箱4095円で、毎年12月初旬から翌年4月上旬までの期間限定で、1日の販売も当初は限定販売で、販売されている（甲3、4の1～3、甲5、6、25）。

#### ウ 新聞・雑誌等への掲載

(ア) 平成14年12月12日付け徳島新聞（甲25）

「ミニミニ情報」として、福屋の「ももいちごの里」が販売される旨の記事が、写真入りで紹介されている。

(イ) 平成16年1月6日付け讀賣新聞（甲4の1）

徳島版の「四国食紀行」の欄に、「甘～い果汁たっぷり」、「ももいちご 徳島県佐那河内村」の見出しの下に、「ももいちご」が紹介され、「ももいちごを使って徳島市内の和菓子店『福屋』は2002年から、イチゴ大福『ももいちごの里』を売り出している。…発売初日、480円という値段にもかかわらず、開店から4時間で120個を完売。」等の記述がされ、上記イチゴ「ももいちご」及びイチゴ大福「ももいちごの里」の写真が掲載された。なお、同新聞の販売部数は、徳島県において約1万部である（弁論の全趣旨）。

(ウ) 「神戸ウォーカー」平成17年2月16日号（角川書店発行。甲15）

「まだある！全国から見つけてきた編集部セレクトの激ウマイイチゴフード」のタイトルにおいて、「和菓子処 福屋のももいちごの里」について、カラーの写真入りで紹介されている。なお、上記雑誌は、隔週に発行されるいわゆるタウン情報誌である（弁論の全趣旨）。

(エ) 「関西ウォーカー」平成18年2月15日号（角川書店発行。甲13）

「めっちゃ売れイチゴものをお取り寄せ」のページにおいて、「『和菓子処福屋』のももいちごの里」として、カラーの写真入りで紹介されている。なお、上記雑誌は、隔週に発行されるいわゆるタウン情報誌である（弁論の全趣旨）。

(オ) 「中国・四国じゃらん」平成18年3月号(リクルート発行。甲16)

「春先取り!新作スイーツ」のページにおいて、「福屋」として紹介され、カラーの写真と共に、「ももいちごの里」の記載がされている。なお、上記雑誌は、月1回発行される旅の情報誌である(弁論の全趣旨)。

(カ) 「月刊タウン情報トクシマ」平成18年3月号(株式会社メディコム発行。甲20)

「グルメニュース」のページにおいて、「季節限定『ももいちごの里』大福はほぼ毎日完売!」の見出しの下に、カラーの写真と共に「季節限定のももいちごの大福『ももいちごの里』525円。人気商品で夕方には売り切れてしまうこともあるので、予約が確実」等の記述がされている。なお、上記雑誌は、徳島の月刊タウン情報誌である。

(キ) 平成18年4月1日付け徳島新聞夕刊(甲26の1)

「トレンド」として福屋の店舗が取り上げられ、店舗内の写真や商品の写真等と共に、「『福屋』共通の看板メニューは、期間限定のももいちごの里(1個525円)。」等の記述がされている。なお、同新聞の販売部数は、約25万部であり、徳島県内の世帯数約30万世帯の約82%を占めている(弁論の全趣旨)。

(ク) 「月刊タウン情報CU」平成19年2月15日号(株式会社メディコム発行。甲6)

「大正創業の老舗が全国に誇る!キング・オブ・いちご大福」の表題の下に、1ページ全体を使って、「ももいちごの里」が紹介されている。カラーの写真と共に、「福屋のももいちごの里1個550円 12月初旬~4月上旬までの期間限定(ももいちごの出荷による)」と記載されている。なお、上記雑誌は、徳島の月刊タウン情報誌であり、実売部数は月6000ないし8000部前後である。

(ケ) 「女性自身」平成19年2月27日号(光文社発行。甲11)

「華麗なる『いちご』族」の表題の下に、「和菓子処福屋」「ももいちごの里」としてカラーの写真入りで紹介されている。なお、上記雑誌は、創刊以来2294

号を数える女性週刊誌である。

(コ) 「ASA」平成19年4月号(株式会社あわわ発行。甲22)

「人気カフェのいちご情報」の特集記事において、「福屋のももいちごの里 550円」として写真入りで紹介されている。なお、上記雑誌は、昭和63年から発行されている月刊誌である。

(サ) 「STORY」平成19年6月号(光文社発行。甲8,9)

「富田リカさんのスイーツめぐり」と題するページにおいて、「大粒のいちごを丸ごと真っ白い餅で包んだ大福」として、カラーの写真入りで使用商品が紹介され、「佐那河内産のももいちごは普通のより倍以上の大きさ。」ももいちごの里”1個¥550」と説明されている。なお、上記雑誌は、月刊誌であり、平成20年4月から6月の発行部数は、約26万部である。

エ テレビ・ラジオでの放送

(ア) ABC朝日放送のテレビ番組「おはよう朝日です」(甲28,29)

平成18年1月9日放送の上記番組の全国取り寄せグルメコーナーで使用商品が取り上げられ、「こんな大福見たことない!絶品!!激ウまいちご大福」として「ももいちごの里 化粧箱6個入り」「3,465円(送料別)」のテロップ表示と共に、使用商品及び出演者が試食している様子が放映された。

また、平成17年3月25日放送でも、「和菓子処福屋」及び「ももいちごの里」のテロップ表示と共に使用商品及び出演者がこれを試食している様子が放映された。

(イ) FMラジオ放送(甲30)

関東地域を放送エリアとする「J-WAVE」(平成16年12月10日放送)、徳島近辺を放送エリアとする「FM徳島」(平成17年2月25日放送)等で使用商品が紹介されたことが、福屋のホームページに記載されている。

オ 出願日以降における引用商標の掲載状況等

(ア) 徳島バスホームページ(平成20年3月5日。甲32)

「とくしま応援プロジェクト」として、ももいちごの関連商品として、使用商品の紹介がされている。

(イ) マップルマガジン徳島2009(平成20年5月1日発行。甲18)

「トクシマスーツ」として、福屋の「ももいちごの里」が写真入りで紹介されている。同誌に掲載されているデータは、平成19年10月から平成20年1月に取材したものであるとの記載がある。

(ウ) インターネットによる検索(甲31)

検索サイトGoogleで「ももいちごの里」を検索した結果、平成20年8月9日現在、2500件余がヒットし、上位20位までがすべて福屋の使用商品に関するものであり、いずれも使用商品及び引用商標に言及している。

(エ) 「YOMIURI ONLINE」サイト(平成20年8月9日プリントアウト。甲4の2・3)

「四国食紀行」として、前記(1)ウ(イ)と同一の記事が掲載された。

(2) 周知性の有無

前記(1)ウ・エ認定の事実のとおり、福屋のいちご大福「ももいちごの里」は、平成14年に発売が開始されてそれが地元徳島県の新聞で報道されて以降、平成16年1月から平成19年6月にかけて、徳島県の新聞やタウン情報誌等に掲載されたほか、全国で発売されているグルメ雑誌や旅行雑誌を含む雑誌等にもたびたび紹介され、テレビやラジオ放送でも取り上げられたものである。よって、引用商標は、遅くとも、平成19年6月ころまでに、徳島県のみならず少なくとも関西地方における取引者、需要者に、徳島県佐那河内村の特定の農家において生産されている「ももいちご」を使用した福屋のいちご大福を表示するものとして、広く認識されていたものといえることができ、前記(1)エ認定の事実にも照らしても、その後、本件商標登録出願の時及び商標登録査定時まで、その周知性が継続していたというべきである。

(3) 原告の主張について

ア 原告は、平成19年3月以降出願日である平成20年2月までの立証がないと主張する。

しかし、まず、平成19年6月発行の月刊誌に引用商標を使用した商品が掲載された記事があることは、前記(1)ウ認定のとおりである。また、上記記事の発行日から出願日まで、約8か月の期間があるが、前記(1)イ認定のとおり、引用商標に係る福屋の「ももいちごの里」がももいちごの収穫時期にあわせて販売される季節商品であることに照らすと、一定の周知性を獲得した商品についての宣伝広告がされたことの証拠が約8か月途切れているからといって、直ちに周知性を喪失したということはできない。加えて、そもそも、宣伝広告等、周知性の立証を日々途切れることない形で行うことは容易ではないところ、前記(1)オ認定の出願日以降の引用商標の掲載状況等も併せ考慮すると、引用商標は、その後も引き続き周知性を有しているというべきである。

イ 原告は、採用すべきでなかった証拠を採用したと主張する。

(ア) まず、本件決定が、讀賣新聞徳島版(甲24)の記事を大阪本社版の記事として採用したということとはできず、その点に関する原告の主張は失当である。

(イ) また、前記(1)ウに認定した雑誌や新聞への掲載は、いずれも、福屋が販売する「ももいちごの里」の名称のいちご大福を、写真とともに紹介するなど、自他商品識別機能を発揮する態様で使用されている。よって、これらの記事への掲載が、商標としての使用に当たらず、周知性の認定の基礎とならないということとはできない。なお、引用商標に係る福屋の「ももいちごの里」の記事が、仮に記事広告として掲載されたものであったとしても、一定の販売部数のある新聞や雑誌に掲載された以上、その読者において引用商標を認識し、その結果広く知られることになるのであるから、この点に関する原告の主張も失当である。

(ウ) さらに、商標登録出願の時及び商標登録査定又は拒絶査定の時(拒絶査定に対する審判が請求された場合には、これに対する審決の時)において商標法4条1項10号に該当する商標は、商標登録を受けることができないところ(商標法4

条3項参照) , 前記(1)ウ・エのとおり , 出願日以前に発行された証拠により , 本件商標登録出願の時の引用商標の周知性が認められ , 前記(1)オのとおり , その後も周知性が継続していると認められるのであって , 原告の主張は採用できない。

ウ 原告は , 商標を付した商品の販売期間や販売数量等を認定することなく周知性を認めたことが誤りであるとも主張する。

商品の販売数量は , 周知性認定の1つの要素となることは原告主張のとおりであるとしても , 宣伝広告により広く知られる数量限定の商品も存在することに照らし , 販売数量を認定しなかったことから直ちに周知性の判断が誤りであるということはいできない。なお , 使用商品の販売期間は , 前記(1)イ認定のとおりである。

エ 原告は , その他るる主張するが , いずれも , 採用することができない。

#### (4) 小括

以上のとおり , 引用商標が周知であるとした本件決定の認定に , 誤りはない。そして , 本件商標と引用商標とは同一であり , 本件商標の指定商品の中には引用商標に係る大福が含まれるから , 本件商標が商標法4条1項10号に該当することは明らかである。これと同旨の本件決定の判断に誤りはない。

したがって , 原告主張の取消事由は理由がない。

## 2 結論

以上の次第であるから , 原告主張の取消事由は理由がなく , 原告の請求は棄却されるべきものである。

知的財産高等裁判所第4部

裁判長裁判官 滝 澤 孝 臣

裁判官 高 部 眞 規 子

裁判官 杜 下 弘 記