

出願商標「天地返し仕込」拒絶審決取消請求事件：知財高裁令和1(行ケ)10145・令和2年6月4日(3部)判決<請求棄却>

【キーワード】

文字書体，商品の品質表示（法3条1項3号），本願商標の広告宣伝，一般需要者への認識

【事案の概要】

1 特許庁における手続の経緯等（後掲証拠及び弁論の全趣旨により容易に認められる事実）

(1) 原告（株式会社ベストワン）は，次の商標（以下「本願商標」という。）につき，指定商品を第30類「みそ」として，平成29年6月15日に商標登録出願をしたが（乙1），平成30年9月5日付けの拒絶査定を受けたため（甲21），平成30年12月14日，これに対する不服審判請求をした。

天地返し仕込

(2) 特許庁は，上記請求を不服2018-16711号事件として審理した上，令和元年9月3日，「本件審判の請求は，成り立たない。」との審決（以下「審決」という。）をし，その謄本は，同月30日に原告に送達された。

(3) 原告は，令和元年10月30日，審決の取消しを求めて本件訴訟を提起した。

2 審決の理由の要旨

審決の理由は，別紙「審決」（写し）のとおりであり，要するに，本願商標は，商品の品質を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標であり，商標法3条1項3号に該当するから，登録することができないというものである。

【判断】

1 商標法3条1項3号該当性について

(1) 「天地返し」「仕込」について

ア 本願商標は，「天地返し仕込」との文字を縦書きし，同書同大等間隔で，

江戸文字風の書体で記載したものであり、「天地返し」と「仕込」との語を組み合わせたものであるといえる。

イ 「天地返し」とは、「田畑を深く耕して、土の表層と下層とを入れ替えること」を意味し（甲20の2，乙2の1），「仕込」は、「酒や味噌・醤油などの醸造で、原料を混ぜて桶などにつめること」を意味する「仕込み」と同義であると解される（乙2の2，弁論の全趣旨）。

ウ さらに、「天地返し」及び「仕込（み）」について、味噌を取り扱う業界では次のとおり使用されている。

(ア) 「天地返し」について、味噌の製造販売会社のウェブサイト等において、①「『発酵・熟成』部門の一大イベントが<天地返し>（味噌の位置の入れかえ）。大型熟成タンクに収めてから数週間後、専用の機械を使用し、仕込み中の味噌をタンクの底から、別のタンクへ移し替えます。

この際、タンク内での味噌の位置（上下＝天地）が入れ替わります。」の記載（乙3），②「仕込み蔵・・・「天地返し」が行われます。天地返しは味噌の外側と中心や上下で熟成にムラが出てしまうので、全体を均一に熟成させるためや、乳酸菌や酵母に酸素を送る等の効果があります。」の記載

（甲27），③「天地返し タンクをひっくり返して中身を攪拌し、全体の品質を均一に、発酵熟成を促進させます。」の記載（甲33），④「熟成中にタンク内のみそをひっくり返して自然発酵を促す『天地返し』など・・・今でも大半を手作業で仕込む。」の記載（乙4）がある。

また、味噌の製造工程において「天地返し」を行ったことをそのラベルに記載した味噌が販売されている。すなわち、⑤「木樽仕込み 天地返し味噌」とのラベルと「国産の大豆と、米麴を使い、2回の天地返し（楷を入れる）をすべて手仕事で仕込んでおります。天然の風味をご堪能ください。」との商品説明（甲28，乙5），⑥「二度の天地返しによる奥深い味わい」とのラベルと「二度の天地返しと低温熟成で香り高く仕上げています。」との商品説明（甲34，乙8），⑦「杉樽仕込 天地返し」とのラベルと「100年の杉樽で熟成させ天地返しをする事により味噌全体の発酵を促進させたお味噌です。」との商品説明（甲35），⑧「天地返し一年熟成 とんぼら 生みそ」とのラベルと「こだわりの天地返し熟成製法によりじっくり作りました。」との商品説明（乙10）が記載された味噌が販売されている。

(イ) 味噌の原材料を木桶や杉樽などに入れて醸造した味噌について、「木桶仕込」，「木樽仕込」，「樽仕込」，「杉樽仕込」（甲28，35，乙11～19）などとして販売され、また、原材料等に着目して「〇〇大豆仕込」（乙20，21）や「粳発芽玄米仕込」（乙22），「全麴仕込」（乙24，25），「二倍麴仕込」（乙26），「四十麴仕込」（乙27），「黄麴仕込」（乙28），「国産米仕込」（乙29），「新潟米仕込」（乙30），「岡山酒米仕込」（乙31）と、醸造期間に着目して「参年仕込」（乙23）などと称した味噌が販売されている（以上について、「仕込」と

「仕込み」の別は捨象した。)

エ 上記ウ(ア)によれば、味噌の製造工程においては、「天地返し」とは、味噌の発酵・熟成の過程で味噌の上下方向の位置を入れ替えることを意味し、味噌の熟成ムラを防いで全体の品質を均一にするなどの効果があることが理解でき、同⑤～⑧のとおり、「天地返し」を商品の品質を示すものとして表示した味噌が複数販売されている。

また、上記ウ(ア)①④⑤及び(イ)に照らせば、味噌を取り扱う業界においては、「仕込(み)」の語は、必ずしも、前記イ記載の辞書的意味である「酒や味噌・醤油などの醸造で、原料を混ぜて桶などにつめること。」として使用されているものではなく、味噌の製造工程における作業や手間等を表示するものとしても使用され、また、「仕込(み)」の語の前に、味噌の品質等に関する文字や原材料等を表示する文字が結合された場合には、「仕込(み)」の部分は、「醸造された商品(味噌)」と同旨の意味合いでも使用されているといえる。

そうすると、「天地返し仕込」の文字を指定商品である味噌に使用した場合、取引者、需要者をして、「製造工程において上下方向の位置の入れ替えがされた味噌」という商品の品質を表したものと認識されるものであると認められる。

(2) 以上に加え、上記(1)アのとおりの本願商標の構成に照らせば、本願商標は、商品の品質を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標であり、商標法3条1項3号に該当するということができる。

(3) 原告の主張について

原告は、味噌の製造工程において、天地返しをして仕込むという工程は存在しないから、「天地返し仕込」は一種の造語であり、自他識別性を有しているから、品質を表したものと認識されないと主張する。しかし、「仕込」の語が味噌を取り扱う業界において、必ずしも「原料を混ぜて桶などにつめること。」の意味で使用されているものではないのは上記(1)エに説示したとおりである。また、本願商標の指定商品である味噌の需要者には一般消費者が含まれるところ、一般消費者が、味噌の製造工程において、天地返しをする対象が醸造された味噌なのかその原料なのかといった点に着目するとは解し得ない。これによれば、味噌の製造工程において、天地返しをして仕込むという工程が存在するか否かは、上記判断を左右するものではない。

以上によれば、「天地返し仕込」について、取引者、需要者をして商品の品質を表したものと認識されるというべきであり、原告の主張は採用できない。

2 商標法3条2項について

(1) 商標法3条2項について

商標法3条2項所定の「使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」に該当するか否かについては、当該商標が使用された期間及び地域、商品の販売数量及び営業規模、広告

宣伝がされた期間及び規模等の使用の事情を総合して判断すべきである。

(2) 商標の使用について

原告は、平成29年9月5日から、信州味噌株式会社が本願商標と同一の標章を付した味噌の商品（本件商品）を生産し、この商品が原告の親会社である株式会社山愛フーズに納品され、オーケー株式会社の店舗で販売されたとして、本願商標は、商標法3条2項に該当すると主張する。

しかし、原告の主張を前提としても、本件商品の販売期間は3年未満であり、その販売地域は1都4県と限定されている（乙32、弁論の全趣旨）。そして、本件商品の生産数量は発売当初は月間約4800個であったもののその後は減少しており、原告の主張から推計される全国シェアは生産量ベースで平成30年9月及び令和元年9月において0.005%に満たないことがうかがわれ（乙33、弁論の全趣旨）、他に本件商品のシェアを示す的確な証拠もない。また、本件商品の広告宣伝が広く行われたことを認めるに足りる証拠もない。

以上によれば、本願商標が商標法3条2項所定の「使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」に該当するという事はできない。

3 以上のとおり、本願商標は商標法3条1項3号に該当し、同条2項に該当するという事はできない。したがって、本願商標について登録できないものとした審決の判断に誤りはなく、原告の主張する取消事由は理由がない。

よって、原告の請求は理由がないから、これを棄却することとして、主文のとおり判決する。

【論 評】

1. 本件商標にあつては、法3条1項3号に規定する出願商標が、当該商品の品質を表示するにすぎない標章のみから成るものであるから、「使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品であることを認識することができるのであれば、商標登録を受けることができたものであるところ、出願人にあつては、その事実を証明することができなかつたのである。

したがって、出願人や代理人にあつては、出願商標が法3条1項の規定に該当するだろうことを事前に推測していれば、出願前から十分に対応する準備をしておくべきであつたのである。

また、対策の一法としては、出願人固有の表示を付記することである。

2. ところで、本判決文の判断を読んで不可解なことは、法3条2項の規定においては「需要者」という主体のみが登場しているのに、判断の中では「取引者、需要者」が併記されて登場しているのである。

裁判所としては、この2つの主体を区別することなく、混同して使用しているとしか思えない。しかし、これでは、判断する人的基準について混乱していると

しか言いようがなく、裁判所としては結局、両者を区別することなく同じレベルの者であるとしか解していないというべきである。

しかしながら、これでは判決としての価値はなく、反省の余地のある問題であるというべきである。

3. なお、標章の表示体が通常の明朝体ではなく、書き文字体であったとしても、通常日本人が読める文字書体から成る態様であれば、書体自体の著作物性による著作権保護は別問題として起こるであろう。

すると、商標権は取得できなくても、それと同じ表示体を、他人が営業用に使用すれば、他人が著作権者の許諾なく、同一書体の標章を無断使用することになるから、著作権侵害の恐れがあるのであり、十分注意すべきである。

[牛木 理一]