

商標「ケンちゃん餃子」先使用権確認請求事件：大阪地裁平成19(ワ)3083・平成21年3月26日（民26部）判決 認容

【キーワード】

商標法32条1項，先使用権の確認，商標の使用態様，商標の使用地域

【主 文】

- 1 原告が，別紙商標目録記載の商標に関し，別紙標章目録1ないし5記載の態様及び別紙地域目録記載の地域において，「ぎょうざ」について，先使用による商標の使用をする権利を有することを確認する。
- 2 訴訟費用は，被告の負担とする。

【事案の概要】

- 1 前提事実（証拠等の掲記のない事実は当事者間に争いがない。）
 - (1) 当事者（原告）

原告（ケンちゃん餃子株式会社）は，食品製造及び販売等を業とする株式会社であるが，主に餃子を製造販売している（甲139，弁論の全趣旨）。
 - (2) 本件商標

被告P1は，別紙商標目録記載の商標権（以下「本件商標権」といい，その登録商標を「本件商標」という。）を有している。
 - (3) 原告の標章の使用

原告は，餃子（以下，原告の製造販売する餃子を「原告商品」という。）を製造し，別紙標章目録記載の各標章（以下，別紙に記載された順に「原告標章1」ないし「原告標章5」といい，併せて「原告各標章」という。）を使用して販売している。
 - (4) 紛争の発生（確認の利益）

平成14年ころ，原告が原告各標章を使用することについて，被告が異議を述べたことから，原告は，被告に対し，協議を申し入れた。しかし，被告は，原告の申し入れに対応しなかった。このため，原告は，被告を相手方として，大阪簡易裁判所に調停を申し立てたが（平成18年(メ)第200号），平成19年3月6日，不成立に終わった。
- 2 原告の請求（訴訟物）

原告は，本件商標権に類似する原告各標章を使用しており，本件商標登録出願の際，別紙地域目録記載の地域（以下「本件地域」という。）において，原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たとして，本件商標につき，同地域において，先使用による商標の使用をする権利

を有することの確認を求めている（なお，請求の趣旨変更申立書の請求の趣旨には「先使用权を有することを確認する」と記載されているが，先使用による商標の使用をする権利を有することの確認を求める趣旨であると理解すべきである。）。

3 争点

本件の争点は，原告の原告各標章の使用が，商標法32条1項の先使用の要件を備えているか否かという点と，その要件を備えた地域の範囲である。

【判 断】

1 原告各標章の使用状況

前提事実，証拠（甲6，7，139，そのほか，この項において引用する証拠）及び弁論の全趣旨によると，次の事実を認めることができる。

(1) 原告商品の製造販売の開始

原告の創業者であるP2（現在の原告代表者の夫）は，昭和43年10月ころ，中華料理店を開店し，昭和44年ころより，地元のスーパーマーケットに惣菜店を出店し，餃子を製造販売していた。この餃子が好評であったため，築地市場の卸売店に販売するようになった。そして，昭和45年11月，有限会社ケンちゃんを設立し，昭和50年11月，株式会社に組織変更するとともに，商号を「ケンちゃん餃子株式会社」に変更した（甲3，5）。

原告は，昭和45年11月の設立時から，「ケンちゃん餃子」の商品名で餃子を製造販売し，昭和50年11月には，上記商品名を社名とした。

(2) 販売実績

原告は，昭和45年11月の設立後，昭和47年には，新たな工場（東京第1工場）を開設，稼働させていたが，製造が追いつかなくなり，昭和53年11月，ケンちゃん餃子新潟株式会社を設立し（甲83，84），新潟工場を開設した。さらに，平成5年には，東京第2工場を開設した。

原告の売上は，昭和49年11月決算期には1億2000万円余であったが，年々売上をのばし，その後，平成5年をピークにその後，増減を繰り返しながらも，ほぼ7億円以上の売上を計上している（甲13～42）。

一方，新潟工場では，当初，東京方面に販売していたが，新潟県内の小売業者に対しても販売するようになり，さらには，その近隣の県の小売業者に対しても販売するようになった（甲131～133，甲134の1・2）。その売上は，第9期（昭和61年11月1日～昭和62年10月31日）で9761万9410円，第10期（昭和62年11月1日～昭和63年10月31日）で1億1343万0239円，第11期（昭和63年11月1日～平成元年10月31日）で1億2652万8960円であった。

また、平成元年2月には、新潟工場と合わせて、年間7000万個の餃子を作り、国内200社の中で5番目のシェアを有していた旨の記事が新聞に掲載された(甲79)。

なお、原告は、設立当初から、一貫して、餃子の製造販売に絞って事業を展開しており(甲4~8)、原告が、餃子以外の商品を扱っていることを窺わせる証拠はない。したがって、上記売上はいずれも原告商品を販売したことによるものであることが認められる。

(3) 原告各標章の使用

原告の前身(昭和44年ころから昭和45年11月まで)に引き続き、原告(昭和45年11月以降)は、設立当初から、原告商品に「ケンちゃん餃子」の表示を使用するとともに、原告標章1(甲4~9, 85~87, 89, 90, 92~127, 130)と原告標章3(甲9, 10)を使用してきた。

また、原告は、設立のころから原告標章2(甲4, 5, 8, 130)と原告標章4(甲5, 8, 91)とを、昭和61年ころから原告標章5(甲85~87, 89, 90, 92~127)を、それぞれ原告商品に使用してきた。

(4) 宣伝活動

原告は、昭和51年ころ、ラジオCMを放送し、平成2年から平成5年の間にも、ラジオCMを放送した(甲11, 12, 43~77, 135~138, 140〔枝番を含む〕)。

上記CM放送の受信地域は、関東地方1都6県(神奈川県, 埼玉県, 千葉県, 栃木県, 茨城県)と山梨県を完全にカバーし、さらに、福島県, 長野県, 静岡県, 新潟県の一部を含むものである(甲80)。

また、平成12年、原告のホームページを開設した。

2 先使用による商標の使用をする権利の発生の有無

(1) 本件商標と原告各標章との類似

原告各標章を使用した原告商品は、餃子であり、本件商標の指定商品と同一であるところ、次のとおり、原告各標章は、いずれも本件商標に類似する。

ア 原告標章1

原告標章1は、「ケンちゃん餃子」という文字を横一列に記載した表示であり、本件商標と対比すると、外観では、「ぎょうざ」と「餃子」という、平仮名か漢字かという相違点があるが、その他は、同一である。

また、称呼も同一である。観念は、いずれも「ケン」のつく人名の愛称であると推認される(このことは、原告の創業者の名が「P2」であり、被告の名が「P1」であることから窺える。)

したがって、原告標章1と本件商標は類似する。

イ 原告標章2

原告標章2は、皿の上に「ケンちゃん餃子」という文字を「ケンちゃん」と「餃子」と二段にして記載した表示であり（なお、「ケンちゃん」のうち「ちゃん」が「餃子」の左肩から左端にかかるように記載されている。）、その要部は、「ケンちゃん餃子」にあるといえる。

そうすると、上記アのとおり、原告標章2と本件商標は類似する。

ウ 原告標章3

原告標章3は、原告標章1とマーク（ にKを入れたものを山形に3つ重ねたもの）を組み合わせたものであるが、マークに具体的な称呼、観念はなく、その要部は、「ケンちゃん餃子」にあるといえる。

そうすると、上記アのとおり、原告標章3と本件商標は類似する。

エ 原告標章4

原告標章4は、原告標章2とマーク（上記ウと同じ）を組み合わせたものであるが、マークに具体的な称呼、観念はなく、その要部は、「ケンちゃん餃子」にあるといえる（前記イ参照）。

そうすると、上記アのとおり、原告標章4と本件商標は類似する。

オ 原告標章5

原告標章5は、男児の笑顔の図柄の下に「ケンちゃん」という文字を横一列に記載した表示であるが、男児の笑顔に特段の特徴がないことに比べ、「ケンちゃん」は、上記男児の名前であることが想起されることから、「ケンちゃん」により強い自他商品識別力があるといえる。一方、本件商標である「ケンちゃんギョーザ」のうち、「ギョーザ」は商品を表す普通名称であり、自他商品識別力は「ケンちゃん」にあるといえる。

原告標章5と本件商標は、上記「ケンちゃん」において、外観、称呼、観念において同一である（前記ア参照）。

したがって、原告標章5と本件商標は類似する。

(2) 本件地域における需用者の認識

ア 前記1(2)、(3)によると、原告各標章を付した原告商品の売上は、少なくとも、本件地域を中心に7億円前後というものであり、新潟工場による製造、販売も合わせると、これを相当程度上回る。

また、前記1(4)のとおり、本件地域において、ラジオCMを放送したことも考慮すると、遅くとも、本件商標の出願（平成8年12月6日）の際には、原告各標章は、原告商品の商品表示として、本件地域を中心に、需用者の間に広く認識されるに至ったと認めることができる。

イ 被告は、原告商品のうち、業務用商品と市販用商品との販売実績が不明であると主張する。たしかに、その内訳は必ずしも明らかではないが、上記売上高によると、相当長期にわたり、店舗等において消費者の目に触れ

たことが窺え、また、前記1(4)のとおり、ラジオによるCM放送などを通じ、本件地域内では、業者間だけでなく、一般消費者間でも、原告各標章が、原告商品の商品表示として広く認識されるに至ったと認定して差し支えないと考える。

ウ また、被告は、仮に、原告各標章に周知性が認められたとしても、その場所的範囲は、全国ではなく、地域を限定すべきであると主張し、特に、新潟県における周知性を争っている。しかし、前記1(2)のとおり、新潟工場で製造したもののうち、新潟県内や近隣の県の小売業者に対しても販売していることが認められ、上記認定を左右するに足りる事情は窺えない。

(3) まとめ

以上によると、少なくとも本件地域においては、本件商標の出願の際、原告各標章が、需用者の間で周知であったということができ、原告は、本件商標につき、本件地域において、先使用による商標の使用をする権利を取得したといえることができる。

なお、商標法32条1項により、商標の使用権が認められる以上、その使用権の内容は、先使用時における使用態様に限定されるわけではないが、原告は、本件商標の使用権の確認を求めるにあたり、原告各標章の態様の使用に限定した使用権の確認を求めており、その限度で認容することとする。

【論 説】

1. 判決文には、商標目録として、被告が有する本件登録商標の掲示は見られても、原告が先使用を主張する原告標章1ないし5の掲示はないから、ここには本件登録商標のみの掲示しかできないが、原告標章は、現在の商号ケンちゃん餃子株式会社の名称と判決の記述から、「ケンちゃん餃子」という表示であるといえる。

2. 被告の本件商標は、平成8年(1996)12月6日に出願し、平成10年(1998)12月18日に設定登録されているものであるが、原告が確認を求めた「ケンちゃん餃子」の標章は、会社設立の昭和45年(1970)11月から使用しており、前記本件商標の出願時には、1都11県の地域では周知になっていたものと認定された。

この餃子は東京の築地市場をはじめ、前記地域の卸売店、小売店において販売されていたが、ラジオでもCM放送されていた。

したがって、原告の各標章は原告商品の商品表示として、前記地域を中心に、需要者間に広く認識されるに至った、と認定された。

そうすると、原告は、本件商標に対し、「本件地域において、先使用による

商標の使用をする権利を取得したとすることができる。」と、判決は認定した。

3．なお、判決は、原告主張の商標法32条1項による先使用権の成立取得を認めるにあたり、「その使用権の内容は、先使用時における使用態様に限定されるわけではないが、原告は、本件商標の使用権の確認を求めると、原告各標章の態様の使用に限定した使用権の確認を求めており、その限度で認容することとする。」と説示するが、これは正に民事訴訟の弱点といえる原告による「請求の趣旨」の限定された記載のまずさを指摘しているものである。

原告が求めた本裁判の「請求の趣旨」は、主文と同旨であるということであるから、使用標章の態様の限定のみならず、使用地域の限定もある制限的先使用権の取得となった次第である。

4．商標権の効力は日本全国に及ぶのであるが、先使用権の取得を主張する者は、事実上は限られた地域からの発信であっても、当該商標の周知性が立証できた場合は、商標法32条1項による先使用権の取得は可能であることから、その使用権は全国一円に及ぶと解することができるし、また使用標章の態様も社会的通念上同一と認められる範囲の標章であれば、全国に及ぶ先使用権の主張は失われないと解することができる。

ただ、無駄な争いを避けるためには、前記のような場合の先使用権の範囲又は効力については、立法をもって明確に対処するようにすべきであろう。

〔牛木 理一〕

商 標 目 録

登録番号 第4222852号
出願日 平成8年12月6日
登録日 平成10年12月18日
更新登録日 平成20年12月24日
商品の区分 第30類
指定商品 ぎょうざ
登録商標 ケンちゃんギョーザ

地 域 目 録

東京都，埼玉県，神奈川県，千葉県，茨城県，栃木県，群馬県，山梨県，福島県，長野県，静岡県，新潟県