

登録商標「招福巻」商標権侵害差止等請求事件：大阪地裁平成19(ワ)7660・平成20年10月2日(21民部)判決 認容 / 大阪高裁平成20(ネ)2836・平成22年1月22日(8民部)判決 取消 / 請求棄却 / 最高裁平成22年10月26日(三小)上告不受理決定

【キーワード】

商標法26条1項2号・4号，商標の使用，商標の類似，商標権の効力，普通名称

【地裁の主文】

- 1 被告は、「十二単の招福巻」との標章をすしの包装に付してはならない。
- 2 被告は、「十二単の招福巻」との標章を包装に付したすしを販売又は販売のために展示してはならない。
- 3 被告は、すしに関する宣伝用のポスター，チラシ，パンフレット，ホームページに、「十二単の招福巻」との標章を付して，展示又は頒布してはならない。
- 4 被告は，原告に対し，51万4825円及びこれに対する平成19年3月1日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 5 原告のその余の金員請求を棄却する。
- 6 訴訟費用は，これを2分し，その1を原告の，その余を被告の各負担とする。
- 7 この判決の第1項ないし第4項は，仮に執行することができる。

【地裁での事実】

本件は，後記商標権を有する原告が，その包装に「十二単の招福巻」との標章を付し，同標章を付した巻きずしの販売等をする被告の行為は原告の上記商標権を侵害するものであるとして，被告に対し，商標法36条に基づき上記標章を商品の包装に付するなどその使用の差止めを求めるとともに，商標権侵害の不法行為(民法709条)に基づく損害賠償として2300万円及びこれに対する不法行為の日の後である平成19年3月1日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

1 争いのない事実

(1) 当事者

原告(株式会社小鯛雀鮨萬)は，大阪市に本店を置き，すしを主とする日本料理の提供等を業とする株式会社である。

被告(イオン株式会社)は，千葉市に本店を置き，全国にスーパーマーケット「ジャスコ」を展開する株式会社である。

(2) 原告の商標権

原告は、次の商標権（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。

登録番号	第2033007号
出願日	昭和59年1月31日
登録日	昭和63年3月30日
更新登録日	平成10年6月2日
指定商品	第32類 加工食品品，その他本類に属する商品
登録商標	「別紙」商標目録記載のとおり

(3) 被告の行為

被告は、平成18年1月から同年2月にかけて及び平成19年1月から同年2月にかけて、全国のスーパーマーケット「ジャスコ」において、節分用の巻きずしに「十二単の招福巻」との標章（以下「被告標章」という。）を付し、被告標章を付したポスター及びチラシを貼付又は頒布するなどして宣伝し、包装に被告標章を付した節分用の巻きずし（以下「被告商品」という。）を販売した。

被告の上記行為は、本件商標の指定商品につき、商標法2条3項1号、2号及び8号の態様で被告標章を使用する行為である。

2 争点

- (1) 被告標章は本件商標に類似するか
- (2) 本件商標権の効力は被告標章に及ばないか（商標法26条1項2号、4号）
- (3) 本件商標の登録は商標登録無効審判により無効にされるべきものであって、本件商標権に基づく権利行使が許されないものであるか（商標法39条、特許法104条の3第1項）
- (4) 原告の損害

【地裁の判断】

事案の性質に鑑み、争点(2)、争点(3)、争点(1)、争点(4)の順に判断する。

1 争点(2)（本件商標権の効力は被告標章に及ばないか）について

(1) 節分用巻きずしの由来

証拠（甲16、乙5～8）及び弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。

ア 「節分」とは季節の分かれ目のことで、立春、立夏、立秋、立冬のそれぞれの前日を指すが、現在行事として残っているのは、立春の前日の節分（2月3日ころ）である。古く飛鳥時代に疫病を鬼に見立てて追い払う

「追儼（ついな）」（鬼やらい）の儀式が行われたという記録があり，平安時代になって追儼の儀式が年中行事になり，さらに室町時代には鬼神が都に乱入しようとしたのを，炒り豆を投げつけて追い払ったということで，節分に豆まきの風習が行われるようになった。このように，「節分」は本来的に「鬼を追い払う」儀式であるが，これとともに「福を呼び込む」儀式としての性格も帯びるようになり，豆まきに際し「鬼は外」とともに「福は内」と呼ぶようになった。そして，起源は定かではないものの，節分の日「その年の恵方に向けて無言で壱本の巻寿司を丸かぶりすれば其年は幸運に恵まれる」（甲16）と言い伝えられ，遅くとも昭和7年ころには大阪の一部地域（大阪船場が発祥の地とも伝えられる。）において，節分に恵方を向いて巻きずしを丸かぶりする風習が行われるようになった。大阪鮭商組合後援会は，当時既に，節分に恵方を向いて巻きずしを丸かぶりすることを勧める宣伝ビラ（甲16）を発行しており，その中でこの巻きずしを「幸福巻寿司」と呼んでいた。昭和15年ころには，大阪鮭商組合後援会がこれと同様の宣伝ビラを発行していた。その後，時を経て昭和52年ころ，大阪海苔問屋協同組合が「幸運巻すし」と銘打って節分に巻きずしを丸かぶりすることを勧める宣伝活動を始め，また，関西厚焼工業組合も同じころから広範囲で同様の宣伝活動を行うようになり，昭和62年ころには，関西地方のみならず，岐阜，浜松，金沢，新潟等の各都市や九州地方にまで上記同様の宣伝ビラを送付していた。その後，スーパーマーケットなどでも宣伝を行うようになり，節分に恵方を向いて巻きずしを食する風習が関西地方を中心に次第に広い地域に広がっていった。

イ この節分用の巻きずしの名称については，大阪鮭商組合後援会が昭和7年に発行した「巻寿司と福の神節分の日丸かぶり」と題するビラに「幸運巻寿司」の記載があり（甲16），大阪鮭商組合後援会が昭和15年に発行したビラに「幸運巻寿司」の記載があり（乙5・239頁），大阪海苔問屋協同組合が昭和52年ころから始めた宣伝活動において「幸運巻すし」の名称を用いており，同組合が平成2年に発行したビラにも「幸運巻すし」の記載があり（乙5・231頁），大阪府鮭商環境衛生同業組合が平成2年に発行したビラに「幸運巻すし」の記載がある（乙5・228頁）。

(2) 「招福巻」の使用例

上記認定事実によれば，節分に恵方を向いて巻きずしを丸かぶりする風習は遅くとも昭和7年当時には少なくとも大阪の一部地域で行われていたものであり，大阪の巻きずし関連業界の宣伝活動によって次第に広がり，昭和の終わりころには，大阪以外の関西地方，さらには関西地方以外の地域にも広

がり、近年はさらに広範囲に広がりつつあるところ、この節分用の巻きずしの名称としては、昭和7年ころから平成2年ころまでの間に限れば、専ら「幸運巻寿司」あるいは「幸運巻すし」の名称が用いられ、その名称によって宣伝広告等がされていたことが認められ、「招福巻」の名称が使用された例は本件証拠上見当たらない。

これに対し、被告は、節分用の巻きずしの名称として、全国のスーパーマーケットやすし店等で「招福巻」という名称が使用されている〔乙2, 3, 16～25（枝番を含む。）〕と主張する。そこで、被告主張の「招福巻」の使用例について検討するに、証拠〔乙2, 3, 16～25（枝番を含む。）〕及び弁論の全趣旨によれば、全国のスーパーマーケットやすし店等において、節分用の巻きずしの名称として「招福巻」を含む商品名が用いられている例として、次のものがあることが認められる。

ア ダイエー

(ア) ダイエーは、株式会社ダイエーの経営に係るスーパーマーケットであり、平成19年1月時点で全国に209店舗ある。

(イ) ダイエーの平成16年の「本日節分」との記載のあるチラシ（乙2の1の2）には、「丸かぶり」「節分の日に今年の恵方『東北東』を向いて、無言で太巻寿司を丸かぶりすると一年が健康で幸せに暮らせると言われています」との記載の下に、「招福巻1本398円」の記載があり、これと並んで「極太恵方巻1本980円」等の記載がある。

また、平成17年の「本日2/3木は節分」との記載のあるチラシ（乙2の1の1）には、「丸かぶり寿司」「今年の恵方は西南西」「節分の日には太巻寿司を恵方に向かって無言で丸かぶりすると一年間健康で幸せに暮らせると言われています」との記載の下に、大きく「恵方巻1本398円」と記載され、その横に比較的小さく「節分丸かぶり中巻セット5本1パック598円」「招福巻1本398円」との記載がされている。

(ウ) 上記記載からすると、平成16年のチラシ（乙2の1の2）では、節分用の巻きずしの商品名として「招福巻」を用いているから、「招福巻」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いていると見る余地がないではない。しかし、同チラシでは、「招福巻」と並んで「極太恵方巻」も用いており、この「極太恵方巻」の「恵方」は、節分に恵方を向いて巻きずしを丸かぶりするという風習と関連のある言葉であるから、「極太恵方巻」に含まれる「恵方巻」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いていると見る余地もある。

これに対し、平成17年のチラシ（乙2の1の1）では、「丸かぶり寿司」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、

「招福巻」は、「恵方巻」とともに、「丸かぶり寿司」の中の一商品名として用いられているものと見るのが自然であり、同チラシに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。

イ 阪急オアシス

(ア) 阪急オアシスは、株式会社阪急オアシスの経営に係るスーパーマーケットであり、平成19年10月時点で京阪神に23店舗ある。

(イ) 阪急オアシスの平成17年の「2月3日は節分」との記載のあるチラシ(乙2の2の1)には、「丸かぶり寿司に...」「今年の恵方は西南西です。」との記載の下に、「招福巻1本580円」等の記載があり、これと同じ欄に「巻寿司1本294円」、「特選巻1本399円」、「田舎風野菜たっぷり巻1本399円」等が併記されている。

(ウ) 上記記載からすると、阪急オアシスの平成17年のチラシ(乙2の2の1)では、「丸かぶり寿司」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、「招福巻」は、これと併記されている「巻寿司」等とともに、「丸かぶり寿司」の中の一商品名として用いられているものと見るのが自然であり、同チラシに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。

ウ KOHYO(コーヨー)

(ア) KOHYOは、株式会社光洋の経営に係るスーパーマーケットであり、平成18年10月時点で大阪府・兵庫県内に27店舗ある。

(イ) KOHYOの平成17年の「節分2/3木限り」との記載のあるチラシ(乙2の3の1)には、「招福巻1本660円」との記載があり、これと同じ欄に並んで「焼穴子入具沢山太巻1本598円」、「国産うなぎ太巻1本980円」等の記載がある。

(ウ) 「焼穴子入具沢山太巻」や「国産うなぎ太巻」は、節分とは直接関係のない巻き寿司の種類を示すものであるから、KOHYOの上記チラシでは、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

エ 小僧寿し

(ア) 小僧寿しは、株式会社小僧寿し本部の経営に係るすし等の販売店であり、同社の直営店を含む小僧寿しフランチャイズチェーンに属する店舗は、平成18年12月時点で1034店舗ある。

(イ) 小僧寿しの平成19年の「節分の日」との記載のある2種のチラシ(乙2の4の1・2)には、「2月3日(土)はまるかぶりフェア」「今年の恵方は北北西」との記載の下に、「招福巻1本580円」の記載があり、これと並んで「縁起巻1本380円」の記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、小僧寿しの平成19年のチラシ(乙2の4の1・2)では、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

オ サンシャイン

(ア) サンシャインは、株式会社サンシャインチェーン本部の経営に係るスーパーマーケットであり、平成18年12月時点で四国内にチェーン加盟店31店舗及び直営店11店舗がある。

(イ) サンシャインでは、平成19年2月ころ、「招福巻」あるいは「招福巻き」の名称の巻きずし(乙2の5の1)を販売していた。

(ウ) 上記事実からすると、サンシャインでは、平成19年2月当時、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」あるいは「招福巻き」を用いていたと見る余地がある。

カ さとう

(ア) さとうは、株式会社さとうの経営に係るスーパーマーケットであり、北近畿内に46店舗(ただし、同社経営の他の業態の店舗を含む。)がある。

(イ) さとうの平成18年の「2月3日(金)は節分。」との記載のあるチラシ(乙2の6の1)には、「節分巻寿司ご予約承り中」との記載の下、予約の対象となっている複数の巻きずしの中の一つとして「招福巻1本580円」の記載があり、これと並んで「幸運巻1本380円」、「恵方巻1本480円」、「丸かぶり寿司1本280円2本550円」の記載がある。

また、平成19年の「2月3日(土)は節分」との記載のあるチラシ(乙2の6の2)にも、「節分巻寿司ご予約承り中」との記載の下、予約の対象となっている複数の巻きずしの中の一つとして「招福巻寿司1本580円」の記載があり、これと並んで「開運十色巻1本580円」、「幸運巻1本380円2本750円」の記載がある。

さらに、平成20年の「2月3日(日)は節分」との記載のあるチラシ(乙16)にも、「節分巻寿司ご予約承り中」との記載の下、予約の対象となっている複数の巻きずしの中の一つとして「招福巻寿司1本580円」の記載があり、これと並んで「開運七福巻寿司1本680円」、「幸運巻1本380円2本750円」の記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、さとうの平成18年、平成19年及び平成20年チラシ(乙2の6の1・2, 16)では、「節分巻寿司」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、「招福巻」あるいは「招福巻寿司」は、「幸運巻」、「恵方巻」、「丸かぶり寿司」等とともに、「節分巻寿司」の中の一商品名として用いられているものと見るのが

自然であり、同チラシに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。

キ 大丸ピーコック

(ア) 大丸ピーコックは、株式会社大丸ピーコックの経営に係るスーパーマーケットであり、関東に42店舗、関西に27店舗がある。

(イ) 大丸ピーコックでは、平成18年2月ころ、「招福巻」の名称の巻きずし(乙2の7の1)を販売していた。

(ウ) 上記事実からすると、大丸ピーコックでは、平成18年2月当時、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていたと見る余地がある。

ク サボイ

(ア) サボイは、株式会社サボイの経営に係るスーパーマーケットであり、大阪府内に19店舗ある。

(イ) サボイでは、平成18年2月ころ、「招福巻」の名称の巻きずし(乙2の8の2)を販売していた。

また、サボイの平成19年の「春を招き、福を呼ぶ『節分』」との記載のあるチラシ(乙2の8の1)には、「関西の福福々!!招福巻」との記載の下、「招福巻寿司1本698円」の記載があり、これと並んで「恵方巻寿司1本398円」の記載がある。

(ウ) 節分時に「招福巻」の名称の巻きずしを販売していたという事実からすると、サボイでは、平成18年2月当時、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていたと見る余地がある。

また、上記チラシの記載では、「招福巻」を、「招福巻寿司」と「恵方巻寿司」を総称する言葉として用いる一方、「招福巻寿司」を「恵方巻寿司」と並ぶ商品名として用いていることからすると、平成19年のチラシ(乙2の8の1)でも、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

ケ ニッショー

(ア) ニッショーは、株式会社阪急ニッショーストアの経営に係るスーパーマーケットであり、京阪神地区に22店舗ある。

(イ) ニッショーの平成15年の「節分特集」との記載のあるチラシ(乙3の5)には、「特選巻寿司揃い!」として紹介されている複数の巻きずしの中の一つとして、「太巻き招福巻2本860円」の記載がある。

また、平成18年の「2/3は節分」との記載のあるチラシ(乙2の9の1)には、「今年の恵方は南南東」「まるかぶり寿司は、恵方巻(えほうまき)とも言って関西が発祥と言われています。」との記載のある部分

に、「招福巻1本450円」との記載があり、これと並んで「恵方巻1本350円」等の記載もある。

さらに、平成18年の「2月3日(金)は節分」との記載のあるチラシ(乙2の9の2)には、「まるかぶり寿司ご予約承ります。」との記載の下、予約の対象となっている複数のすしの中の一つとして「招福巻」の記載がある(他には、「ニッショー名物特上巻」「ニッショー名物特上かに風味」「上巻寿司」「鉄火巻」「イカネギトロ巻」「豚カツ巻」「海老フライ巻」が掲載されている。)。上記チラシには、「今年の恵方は南南東」「まるかぶり寿司は、恵方巻(えほうまき)とも言って関西が発祥と言われています。」との記載もあり、また、同チラシの下部には、「まるかぶり寿司申込書」、「まるかぶり寿司引換書」との記載もある。

(ウ) 上記記載からすると、平成15年のチラシ(乙3の5)では、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がなくはないが、平成18年のチラシ(乙2の9の1・2)では、いずれも「まるかぶり寿司は、恵方巻(えほうまき)とも言って関西が発祥と言われています。」と、「まるかぶり寿司」ないし「恵方巻」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、「招福巻」は、この中の一商品名として用いられているものと見るのが自然であり、同チラシに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。

コ 平和堂

(ア) 平和堂は、株式会社平和堂の経営に係るスーパーマーケットであり、滋賀県・福井県・石川県・富山県・京都府・大阪府・兵庫県内に合計101店舗ある。

(イ) 平和堂の平成18年の「本日3日(金)は節分」の記載のあるチラシ(乙2の10の1)には、「恵方巻今年の恵方は『南南東』」との記載のある部分に紹介されている複数の巻きずしの一つとして「招福巻1本398円」の記載があり、これと並んで「幸福巻1本498円」の記載もある。

(ウ) 上記記載からすると、平和堂の平成18年のチラシ(乙2の10の1)では、「恵方巻」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、「招福巻」は、「幸福巻」とともに、「恵方巻」の中の一商品名として用いられているものと見るのが自然であり、同チラシに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。

サ 広越

(ア) 広越は、広越株式会社の経営に係る飲食店等であり、広島市に30店舗、福岡県に1店舗ある。

(イ) 広越の平成19年のウェブサイト(乙2の11の1)の「広越Res

erve 招福巻」のタイトルのある画面には、「Q 招福巻はなぜ切っていないの?」,「A 恵方に向かって大きな口を開けて招福巻をかぶりつくとその様子を鬼が見て(口を大きく開けた様に驚き)退散すると信じられていました。この事から節分の日はずらわらずにそのまま招福巻を食する習慣が定着しました。」との記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、広越の平成19年のウェブサイト(乙2の11の1)では、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

シ 柿の葉すし本舗たなか

(ア) 柿の葉すし本舗たなかは、株式会社柿の葉すし本舗たなかの経営に係るすしの販売店であり、関西を中心に直営店舗が27店舗ある。

(イ) 柿の葉すし本舗たなかの平成19年のウェブサイト(乙2の12の1・2)及び平成20年のウェブサイト(乙18)の「季節の味だより」のタイトルのある画面には、「節分招福巻494円」の記載があり、その下に、「ほおばる口に福宿る、丸かぶりすし」との記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、柿の葉すし本舗たなかの平成19年及び平成20年のウェブサイト(乙2の12の1・2,18)では、「丸かぶりすし」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、「招福巻」は、「丸かぶりすし」の商品名として用いられているものと見るのが自然であり、同ウェブサイトに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる(同ウェブサイトの別の商品紹介として、「秋日和893円」の記載があり、その下に、「秋の味覚をたっぷり、秋の定番ちらしすし」との記載があるところ、これは、「ちらしすし」(一般的な名称)に「秋日和」という商品名を付して販売していることを示すものであることが明らかであり、「招福巻」もこれと同様の商品名であると解される。)

ス 鶴羽根神社・二葉

(ア) 鶴羽根神社・二葉は、広島市所在の飲食店、割烹料理店、結婚式場、神社、日本料理店、料亭である。

(イ) 鶴羽根神社・二葉の平成19年のウェブサイト(乙2の13の1)には、「その他期間限定として...」として、「おせち料理」、「春の花見弁当」、「土用の丑の鰻弁当」等と並んで、「節分の招福巻」の記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、鶴羽根神社・二葉の平成19年のウェブサイトでは、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

セ すし割烹井津茂

(ア) すし割烹井津茂は、島根の郷土料理店である。

(イ) すし割烹井津茂の平成20年のウェブサイト(乙17)には、「今年一年間の幸せを願って恵方を向いて丸かぶりしてください」との記載とともに「招福巻」の記載があり、この下に、その「品種・品名」として、「節分丸かぶり」の記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、すし割烹井津茂の平成20年のウェブサイト(乙17)では、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

ソ なた万

(ア) なた万は、株式会社なた万の経営に係るレストラン等であり、レストランが33店舗、ショップが31店舗ある。

(イ) 東武百貨店の平成20年のウェブサイト(乙19の1)の「船橋店お薦め情報」の画面には、「2月3日は節分「恵方寿司」販売会」「名店から趣向を凝らした品々が登場。今年の恵方は南南東です」の記載の下、なた万厨房の「招福巻寿司“口福”(数の子・蟹棒肉・穴子等10種/1本)2625円」の記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、なた万では、平成20年2月時点で、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用い、その商品名を「口福」としていたと見る余地がある。

タ くら寿司

(ア) くら寿司は、株式会社くらコーポレーションの経営に係るすし店であり、平成19年11月時点で、関東、中京、関西の各エリアに合計187店舗ある。

(イ) くら寿司の平成20年の「節分の日今年の恵方南南東ご予約承り中」の記載のあるチラシ(乙20の1)には、太字で「招福太巻」の記載があり、その下に予約対象として「エビマヨ巻」及び「上福巻」が各写真とともに記載されている。

(ウ) 上記記載からすると、くら寿司の平成20年のチラシ(乙20の1)では、平成20年2月時点で、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福太巻」を用いていると見る余地がある。

チ がってん寿司

(ア) がってん寿司は、株式会社アールディーシーの経営に係るすし店であり、関東地方を中心に合計109店舗ある。

(イ) がってん寿司の平成20年の「予約限定販売お渡し日2月1日～3日の3日間」の記載のあるチラシ(乙21の1)には、予約対象として「海鮮招福巻1本1380円」、「がってん海鮮恵方巻1本480円」の各記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、がってん寿司の平成20年のチラシ(乙21の1)では、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がないではない。

ツ ウジエスーパー

(ア) ウジエスーパーは、株式会社ウジエスーパーの経営に係るスーパーマーケットであり、宮城県内に31店舗ある。

(イ) ウジエスーパーの平成20年の「2月3日は節分」の記載のあるチラシ(乙22の1)には、「恵方巻予約承ります」との記載の下、予約対象として、「極上海鮮招福巻き880円」、「海鮮サラダ招福巻き610円」、「極太鉄火招福巻き530円」、「海鮮えび・かに三昧招福巻き530円」、「大漁招福巻き440円」、「納豆彩色招福巻き440円」が列挙されている。

(ウ) 上記記載からすると、ウジエスーパーの平成20年のチラシ(乙22の1)では、「恵方巻」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、「極上海鮮招福巻き」等は、いずれも「恵方巻」の商品名として用いられているものと見るのが自然であり、同チラシに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。

テ フードオアシスあつみ

(ア) フードオアシスあつみは、株式会社渥美フーズの経営に係るスーパーマーケットであり、愛知県内に4店舗ある。

(イ) フードオアシスあつみの平成20年の「節分まるかぶり寿司ご予約承り中」の記載のあるチラシ(乙23の1)には、予約の対象となっている複数の巻きずしの一つとして「魚屋の海鮮招福巻780円」の記載があり、これと並んで「幸運巻き1280円」、「七福恵方巻680円」、「海鮮恵方巻980円」、「魚屋の開運恵方巻1580円」等の記載がある。

(ウ) フードオアシスあつみの平成20年のチラシ(乙23の1)では、「まるかぶり寿司」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、「魚屋の海鮮招福巻」は、「幸運巻き」等とともに、「まるかぶり寿司」の商品名として用いられているものと見るのが自然であり、同チラシに接した需要者も同様の認識を持つものと認められる。

ト 回転寿司・廻鮮漁港

(ア) 回転寿司・廻鮮漁港は、株式会社関西フーズの経営に係る回転寿司のチェーン店であり、兵庫県姫路市を中心に8店舗ある。

(イ) 回転寿司・廻鮮漁港の平成20年のウェブサイト(乙24の1)には、「2月3日(日)ご予約承り中」の記載の下、太字で「節分招福巻寿司」の記載があり、予約対象として、「海鮮恵方巻」、「サラダ縁起巻」、

「牛肉招福巻」等の記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、回転寿司・廻鮮漁港では、平成20年2月時点で、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていたと見る余地がある。

ナ マツヤスーパー

(ア) マツヤスーパーは、株式会社マツヤスーパー経営のスーパーマーケットであり、京都府・滋賀県に6店舗ある。

(イ) マツヤスーパーの平成19年のチラシ(乙3の4の1)には、「今日は節分」の記載の下で紹介されている複数の巻きずしの一つとして「開運招福巻698円」の記載があり、これと並んで「福寿巻498円」、「まるかぶり上巻398円」等の記載がある。

また、平成20年のチラシ(乙25)にも、「今日は節分」の記載の下で紹介されている複数の巻きずしの一つとして「開運招福巻1本698円」の記載がその説明としての「こだわりの京風の招福巻!」の記載とともにあり、これと並んで「厄除福寿巻1本500円」等の記載もある。

(ウ) 上記記載からすると、少なくとも平成20年のチラシ(乙25)では、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

ニ イズミヤ

(ア) イズミヤは、イズミヤ株式会社の経営に係るスーパーマーケットであり、全国に88店舗ある。

(イ) イズミヤの平成11年の「2月3日は節分」との記載のあるチラシ(乙3の1の1)には、「今年の恵方は『東北東』」との記載の下で紹介されている巻きずしとして「節分招福巻1本380円2本750円」、「特上太巻1本480円2本950円」の各記載がある。

上記記載から(ウ) すると、イズミヤの平成11年のチラシ(乙3の1の1)では、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地がある。

ヌ 阪急百貨店

(ア) 阪急百貨店は、株式会社阪急百貨店の経営に係る百貨店であり、関西を中心に全国に11店舗ある。

(イ) 阪急百貨店の平成18年又は平成19年の「元祖節分巻きずし図鑑」との記載のあるチラシ(乙3の2の1)には、「『大善』穴子招福巻1本840円」、「『錦味』錦の招福巻1本840円」の記載がある。

(ウ) 上記記載からすると、料亭等の店舗「大善」及び「錦味」では、平成18年又は平成19年当時、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として

「招福巻」を用いていたと見る余地がある。

ネ ひさご寿司

(ア) ひさご寿司は、京都市所在の寿司店である。

(イ) ひさご寿司は、平成18年当時、「招福巻ずし」の名称の巻きずしを販売していた(乙3の6)。

(ウ) 上記事実からすると、ひさご寿司は、平成18年時点で、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていたと見る余地がある。

(3) 「招福巻」は普通名称か

ア 上記(2)の認定事実によれば、全国のスーパーマーケットや寿司店等において、節分用の巻きずしの名称として「招福巻」という文字を含む商品名が用いられている例は少なからずあること、その中には、宣伝用チラシ等において、節分用の巻きずしを指す一般的な名称として「招福巻」を用いていると見る余地のあるものもあることが認められる。すなわち、上記(2)の使用例でいえば、ダイエーの平成16年のチラシ(ア)、KOHYO(コーヨー)の平成17年のチラシ(ウ)、小僧寿しの平成19年のチラシ(エ)、サンシャインの平成19年2月当時の販売商品(オ)、大丸ピーコックの平成18年2月当時の販売商品(キ)、サボイの平成18年2月当時の販売商品及び平成19年のチラシ(ク)、ニッショーの平成15年のチラシ(ケ)、広越の平成19年のウェブサイト(サ)、鶴羽根神社・二葉の平成19年のウェブサイト(ス)、すし割烹井津茂の平成20年のウェブサイト(セ)、なだ万の平成20年2月当時の販売商品(ソ)、くら寿司の平成20年のチラシ(タ)、がってん寿司の平成20年のチラシ(チ)、回転寿司・廻鮮漁港の平成20年のウェブサイト(ト)、マツヤスーパーの平成20年のチラシ(ナ)、イズミヤの平成11年のチラシ(ニ)、「大善」及び「錦味」の平成18年又は平成19年当時の販売商品(ヌ)、ひさご寿司の平成18年当時の販売商品(ネ)がこれに当たる。

しかし、上記の使用例は、その大半が平成17年以降のものであって、それ以前の使用例は、ダイエーの平成16年のチラシ(乙2の1の2)、ニッショーの平成15年のチラシ(乙3の5)及びイズミヤの平成11年のチラシ(乙3の1の1)の3例のみである。

そして、このうちダイエーについては、その後の平成17年のチラシ(乙2の1の1)では、「丸かぶり寿司」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いており、また、ニッショーについても、その後の平成18年のチラシ(乙2の9の1・2)では、「まるかぶり寿司」をもって節分用の巻きずしを指す一般的な名称として用いている。また、イ

ズミヤについては、平成11年の後も継続して同様のチラシが発行されているかどうかは明らかでない。

イ 以上に対し、上記(2)の認定事実によれば、宣伝用チラシ等において、節分用の巻きずしを指す名称として「招福巻」以外の名称を用いている例も少なくないことが認められる。すなわち、上記(2)の使用例でいえば、ダイエーの平成17年のチラシの「丸かぶり寿司」(ア)、阪急オアシスの平成17年のチラシの「丸かぶり寿司」(イ)、さとうの平成18年、19年及び平成20年のチラシの「節分巻寿司」(カ)、ニッショウの平成18年のチラシの「まるかぶり寿司」ないし「恵方巻」(ケ)、平和堂の平成18年のチラシの「恵方巻」(コ)、柿の葉すし本舗たなかの平成19年及び平成20年のウェブサイトの「丸かぶりすし」(シ)、ウジエスーパーの平成20年のチラシ「恵方巻」(ツ)があり、これらの使用例からすると、平成19年2月時点においては、「まるかぶりずし」との称呼をもって表記されるもの、「恵方巻」と表記されるもの、さらには「節分巻寿司」のように単なる記述的名称をもって表記されるものが相当数に上っていたことがうかがえる。

加えて、平成10年11月11日発行の広辞苑第5版(甲17)には「招福」及び「招福巻」のいずれの語も収録されておらず、また、「招福巻」は、同第5版のみならず、平成20年1月11日発行の同第6版にも収録されていないのに対し、「恵方巻」は、同第5版には収録されていなかったが、同第6版では、「節分の日には、その年の恵方を向いて食う巻きずし」との意義で登載されている(広辞苑第6版の登載内容は当裁判所に顕著な事実)。

ウ 以上の事実に加え、原告が平成19年2月に、被告をはじめ、株式会社サボイ、広越株式会社、株式会社柿の葉すし本舗たなか等、節分用巻きずしに「招福巻」を使用する業者に対して警告を行い、これらの会社から今後「招福巻」を使用した巻きずしを販売しないなどの確約を得ている(甲21ないし22の各1・2)など、本件商標権を守るために一定の対応をしていることも併せ考慮すると、全国のスーパーマーケットやすし店等において、節分用の巻きずしの名称として「招福巻」を含む商品名が用いられている例が多数あるからといって、このことから直ちに、「招福巻」が、節分用の巻きずしの普通名称(商標法26条1項2号)になったものと認めることはできず、他にこれを認めるに足りる証拠はない。

(4) 「招福巻」は慣用商標か

以上によれば、「招福巻」が節分用の巻きずしについて慣用されている商標(同項4号)ということもできない。

(5) 「招福巻」は「招福」という効能を普通に用いられる方法で表示するものか

「招福巻」との名称は、その字義からして「福を招く巻きずし」と読むことができ、節分の日に「その年の恵方に向けて無言で壱本の巻寿司を丸かぶりすれば其年は幸運に恵まれる」という前記風習と結びつけて命名されたことがうかがえる。しかし、前記風習により節分の日に恵方に向けて無言で巻きずしを丸かぶりすると「其年は幸運に恵まれる」ひいては「福を招く」と関西地方を中心とした日本の一部地域において信じられていたとしても、そのような主観的な一種の「信仰」の内容をもって商品である巻きずしの「効能」ということはできず、「招福巻」との表示が、その「効能」を普通に用いられる方法で表示したものということもできない。

(6) 小括

以上によれば、被告標章のうち「招福巻」の部分は節分用の巻きずしの普通名称、効能を普通に用いられる方法で表示する名称又は慣用商標のいずれにも当たらない。したがって、これらに当たることを前提に、商標法26条1項により本件商標権の効力が被告標章に及ばないと主張する被告の抗弁は、理由がない。

2 争点(3) (本件商標の登録は商標登録無効審判により無効にされるべきものであって、本件商標権に基づく権利行使が許されないものであるか)について

(1) 前記のとおり、「招福巻」は節分用の巻きずしとしての普通名称、効能を示す名称又は慣用商標のいずれにも当たらないから、これらに当たることを前提に本件商標登録が商標法3条1項1号、2号及び3号に該当し無効であるとの被告の主張は、理由がない。

(2) 前記のとおり、近時全国のスーパーマーケットやすし店等において、節分用の巻きずしの名称として「招福巻」を含む商品名が用いられている例が少なからず見られるとはいうものの、いまだ、「招福巻」が節分用の巻きずしの普通名称又は慣用商標になったということとはできず、また、商品の効能を普通に用いられる方法で表示する名称であるともいえないから、「招福巻」が自他識別力を喪失したということとはできない。また、「招福巻」に独占適法性がないということもできない。したがって、本件商標登録が商標法3条1項6号に該当し無効であるとの被告の主張も、理由がない。

(3) よって、被告の権利行使制限の抗弁は理由がない。

3 争点(1) (被告標章は本件商標に類似するか)について

(1) 被告標章の要部

「招福巻」は、それ自体として自他識別性に欠けることはない。また、被

告標章は、本件商標「招福巻」の前に「十二単の」という修飾語を付加したものであるところ、そこでいう「十二単の」というのは、巻きずしに12種類の具材が入っていることを示しているにすぎず（甲3参照）、その使用態様からしても「十二単」の部分に自他識別力があるものとは認められない。したがって、被告標章の要部、すなわち被告標章において自他識別力があるのは、「招福巻」の部分であって、「十二単の招福巻」の全体ではないというべきである。

(2) 被告標章と本件商標との類否

そうすると、被告標章の要部である「招福巻」と本件商標である「招福巻」は、称呼及び觀念が同一であるから、被告標章は本件商標に類似する。

4 争点(4)（原告の損害）について

(1) 損害不発生の抗弁について

以上によれば、被告による被告標章の使用は本件商標権を侵害するものであるから、被告は原告に対し、これによって原告に生じた損害を賠償すべき義務を負うところ、被告は、節分用の巻きずしの販売に当たりその包装に「十二単の招福巻」という商品名を付したことはその売上げに全く寄与していないことが明らかであるとして、原告にこれによる損害は発生していないと主張する。

そこで検討するに、確かに、証拠（乙30、31）及び弁論の全趣旨によれば、上記商品に「十二単の招福巻」という商品名を付する以前の時期である平成17年度において、被告は、被告商品と同一価格帯の予約販売品として「十二単の至福巻」という名称の商品（1本1280円）と「子宝巻」という名称の商品（1本980円）を販売しており、その売上げは、前者が204万1600円、後者が123万1860円であったこと、また、「十二単の招福巻」という商品名を別の商品名に変更した後の時期である平成20年度において、被告は、被告商品と同一価格帯の予約販売品として「13品目の開運恵方巻」という名称の商品（1本980円）を販売しており、その売上げは、337万9000円であったことが認められるところ、これによれば、被告が被告商品を販売していた平成18年度及び平成19年度の売上げ（後記(2)ア参照）は、被告商品とは異なる商品名の商品を販売していた平成17年度及び平成20年度における売上げと大差がないことが認められる。

しかし、このような異なる年度の売上げの比較に基づき被告標章を使用することによる被告商品の売上げへの寄与がないというためには、被告標章の使用の有無以外の他の条件がすべて同じであることが前提となるところ、本件全証拠によっても、他の条件がすべて同じであるか否かは明らかではない。

また、前記認定のとおり、近時全国の多数のスーパーマーケットやすし店等において、「招福巻」が節分用巻きずしの商品名として使用されるようになっていたことからすると、これらの業者は、「招福巻」の顧客吸引力を無視できないものと認識していたものというべきである。

したがって、被告標章を使用して被告商品を販売することが被告の売上げに全く寄与していないことが明らかであるとは認められないから、被告の損害不発生の抗弁は理由がない。

(2) 損害額

ア 売上金額

証拠(乙26~29)及び弁論の全趣旨によれば、被告が被告商品を販売したのは、平成18年1月から2月にかけて及び平成19年1月から2月にかけてのみであり、被告は、この間、被告商品をスーパーマーケット「ジャスコ」において、通常価格を、平成18年度は1本980円(消費税込み)で、平成19年度は1本1380円(消費税込み)で販売したこと、その売上げは、平成18年度が3514本、327万2000円(消費税抜き)であり、平成19年度が2527本、272万4673円(消費税抜き)であること、以上の事実が認められる。

上記売上数量及び売上金額は、いずれも被告の開示によるものであるところ、原告は、被告の開示売上数量は被告の企業規模に比して少なすぎる等信用できない旨主張する。しかし、証拠(乙26, 28, 32)及び弁論の全趣旨によれば、被告商品の販売方法は、平成18年度はすべて予約販売であり、平成19年度も主として予約販売であったところ、被告が節分の日に販売するすし商品全体の売上げの圧倒的部分は店頭販売に係る売上げが占めており、予約販売に係る売上げはごくわずかであったことが認められる。そうすると、被告商品に関する被告の開示売上数量及び売上金額も首肯し得るところであり、企業規模との対比等から一概に実際の売上数量及び売上金額より少ないということとはできない。他に、被告商品について上記認定額を超える売上げがあったことを認めるに足りる証拠はない。

したがって、平成18年度及び平成19年度における被告商品の売上金額(消費税込み)は、 $327万2000円 \times 1.05 + 272万4673円 \times 1.05 = 343万5600円 + 286万0907円 = 629万6507円$ (小数点以下四捨五入)となる。

イ 使用料相当額

原告は、対価を得て本件商標の使用を他に許諾する意思のないことを明らかにしていること、その他本件に顕れた一切の事情を考慮すると、本件商標の使用料相当額は、売上金額(消費税込み)の5%相当額と認めるのが相当

である。

そうすると、商標法38条3項所定の使用料相当額は、629万6507円×0.05=31万4825円（小数点以下四捨五入）となる。

ウ 代理人費用

原告代理人弁理士が被告代理人弁護士らと本件提訴前に交渉をしたが不調に終わったこと、被告が販売数量を開示しなかったこと、原告が弁護士・弁理士を訴訟代理人として本件訴訟を提起したことは、当事者間に争いが無い。以上の事実に加え、本件訴訟の難易、本判決の結論等、本件に顕れた一切の事情を考慮し、被告による本件商標権侵害の不法行為と相当因果関係のある代理人費用としては、20万円をもって相当と認める。

エ 合計

31万4825円+20万円=51万4825円

5 結論

以上によれば、原告の本件請求は、被告標章をすしの包装に付し、又は被告標章を包装に付したすしを販売又は販売のために展示することなどの使用の差止め及び商標権侵害の不法行為（民法709条）に基づく損害賠償として51万4825円及びこれに対する平成19年3月1日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度において理由があるからこれを認容し、その余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。

（別紙）

商 標 目 録

招
福
巻

【高裁の主文】

- 1 原判決中，控訴人敗訴部分を取り消す。
- 2 上記の部分につき，被控訴人の請求をいずれも棄却する。
- 3 訴訟費用は，1，2審とも被控訴人の負担とする。

【高裁での事実】

1 本件は，「招福巻」なる登録商標（本件商標）を有する被控訴人が，全国でスーパーマーケット「ジャスコ」を展開する控訴人に対し，ジャスコ各店舗で節分用に販売した巻き寿司の包装に「十二単の招福巻」なる標章（控訴人標章）を付す等した控訴人の行為が本件商標に係る被控訴人の商標権を侵害するとして，商標法（以下，単に「法」という。）36条に基づき上記行為の差止め等を求めるとともに，民法709条に基づき損害賠償（2300万円及び遅延損害金）を請求した事案である。

控訴人は，控訴人標章中「招福巻」の部分は法26条1項2号，4号の商標に該当し本件商標権の効力が及ばないなどとして争ったが，原審は，被控訴人の請求のうち差止め等の請求については全部，金銭請求については51万4825円及び遅延損害金の限度で一部認容した。

【高裁の判断】

- 1 争点(1)（控訴人標章は本件商標に類似するか）について
 - (1) 本件商標は，原判決別紙商標目録のとおり，「招福巻」の文字を筆記体で縦書きしてなるものであり，他方，控訴人標章は，後記2の(4)で見るとおり，「招福巻」の部分とこれを修飾する「十二単の」の部分から構成され，ゴシック体の文字で「十二単の」の部分小さく「招福巻」の部分大きく又は両者を同じ大きさで，横書き又は縦書きしてなるものである。
 - (2) 控訴人標章は，その構成自体から，本件商標の「招福巻」の前に「十二単の」という修飾語を付加したものにすぎないことは明らかである上，「十二単の招福巻」の語が漢字等で7文字，読みとしては更に長くなること，広告チラシにある「十二単の」の表記部分の多くは「招福巻」の文字部分よりもポイントを小さくしていること，広告チラシ中には「十二単の招福巻」とともに「瀬戸内産穴子の幸運巻」等の産地表示であることが明らかなものを並記しているものもあることを総合勘案すると，控訴人標章にいう「十二単の」の部分は，消費者等には，巻き寿司に12種類の具材が入っていることを示す記述的説明（甲3参照）が付加されたものと受け取るのが自然であって，控訴人主張のように，「十二単の招福巻」の表示をもって全体として一連一体のものともみることが困難である。

そして「十二単」の部分に独立した自他識別力がない以上、後記のとおり「招福巻」が普通名称化しているとしても、控訴人標章に接した消費者等が「招福巻」の部分に着目することは明らかというべきであり、その意味で、「招福巻」の部分が共通する本件商標と控訴人標章とは類似するものといわざるを得ない。

(3) したがって本件行為は法37条1号に該当する。

2 争点(2) (本件商標権の効力は控訴人標章に及ばないか) について

(1) 商標権者は、指定商品について登録商標の使用をする権利を専有し(法25条)、指定商品について登録商標に類似する商標の使用をする等の行為(法37条1号)を禁止する権利を有するが、法37条1号に該当する行為があっても、その使用に係る商標(他の商標の一部となっているものを含む。)が法26条1項所定の商標に該当する場合は、登録商標の禁止的効力はこれに及ばない。これは、同項所定の商標は、いずれももともと識別力がないか乏しいとともに、公益的な見地や商標保護の目的からして特定人に商標権として独占させるに適しないからであると解される。

本件において、控訴人は、仮に本件行為が法37条1号の行為に該当するとしても、控訴人標章中の「招福巻」の部分は法26条1項2号(普通名称又は記述的商標)あるいは4号(慣用商標)所定の商標に該当し、本件商標権の禁止的効力が及ばないから、控訴人に対して差止め等を求めることはできないと主張しているので、この点について検討する。

(2) 本件商品(節分用巻き寿司)の由来等について

ア 証拠(甲16,乙5~8)及び弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。

(ア) 「節分」とは季節の分かれ目のことで、立春、立夏、立秋、立冬のそれぞれの前日を指すが、現在行事として残っているのは、立春の前日の節分(2月3日ころ)である。古く飛鳥時代に疫病を鬼に見立てて追い払う「追儺(ついな)」(鬼やらい)の儀式が行われたという記録があり、平安時代になって追儺の儀式が年中行事になり、さらに室町時代には鬼神が都に乱入しようとしたのを、炒り豆を投げつけて追い払ったということで、節分に豆まきの風習が行われるようになった。このように、「節分」はもともとは「鬼を追い払う」儀式であるが、次第に「福を呼び込む」儀式としての性格も帯びるようになった。

豆まきについては、乙7(株式会社小学館2002年5月1日第1刷発行の「【ホームパル・デラックス】冠婚葬祭暮らしの便利事典改訂新版)に「豆まきは、季節の変わり目にありがちな災害や疫病を鬼に見立て、追い払って厄を祓う行事です。...家の外に向かって「鬼は外」、家の中に向

かって「福は内」と2回ずつ唱えながらまきます。まき終わったらすぐに戸締まりをして鬼を閉め出し、福が逃げないようにします。」との記載がある。

(イ) 豆まきのほか、節分の日には巻き寿司を食するようになった起源は定かではないが、甲16（昭和7年に大阪鮭商組合後援会が得意先向けに作成した「巻き寿司と福の神」と題するビラ）に花柳界で行われていた風習が一般に広まった旨の記載があるほか、乙5の書物中の大阪府すし商環境衛生同業組合平成2年発行のビラに「江戸時代の末期若しくは明治の始め頃から大阪の中心地、船場が発祥地とされております。商売繁盛、無病息災、家内円満を願ったのが事の始りです。」と記載がある。その後、大阪を中心に「節分の日にはその年の恵方に向けて無言で壱本の巻き寿司を丸かぶりすれば其年は幸運に恵まれる」と言い伝えられ、遅くとも昭和7年ころには大阪の一部地域において、節分に恵方に向けて巻き寿司を丸かぶりする風習が行われるようになった。

(ウ) 昭和7年には、大阪鮭商組合後援会が節分に恵方に向けて巻き寿司を丸かぶりすれば幸運に恵まれるとするビラ（甲16）を発行し、その中で、その由来を紹介するとともに、これに用いる「幸運巻き寿司」なる巻き寿司の販売を宣伝している。大阪鮭商組合後援会は昭和15年ころにも、これと同様の宣伝ビラを発行していた。その後、時を経て昭和52年ころ、大阪海苔問屋協同組合が「幸運巻ずし」と銘打って節分に巻き寿司を丸かぶりすることを勧める宣伝活動を始め、また、関西厚焼工業組合も同じころから広範囲で同様の宣伝活動を行うようになり、昭和62年ころには、関西地方のみならず、岐阜、浜松、金沢、新潟等の各都市や九州地方にまで上記同様の宣伝ビラを送付していた。その後、スーパーマーケットなどでも宣伝を行うようになり、節分に恵方に向けて巻き寿司を食する風習が関西地方を中心に次第に広い地域に広がっていった（乙5）。

なお、乙3の6のインターネットサイトには、「節分に巻き寿司を食べる風習は、福を巻き込むという意味と、縁を切らないという意味が込められ、恵方（えほう）に向かって巻き寿司を丸かぶりするようになった。節分に巻き寿司を食べる風習は、主に関西地方で行われていたものだが、大阪海苔問屋協同組合が道頓堀で行った「巻き寿司のまるかぶり」の行事をマスコミが取り上げ、それを見た全国の食品メーカーが便乗し全国へ広まっていった。（語源由来辞典より）」との記載がある。

(エ) 乙6（株式会社汐文社2006年2月第1刷発行の「日本の伝統文化・芸能事典」）には「節分【せつぶん】悪疫退散や招福の行事」として「太巻きを丸かじり節分の日には 福を巻きこむ 太巻き寿司を、恵方をむ

いて無言で丸かぶりすると、一年間健康で(いら)れるといわれています。」と記載され、乙8(株式会社主婦の友社編著平成13年3月1日第1刷発行の「冠婚葬祭実用大事典」)にも、節分に係る風習の一つとして、「恵方に向けて太巻きずしをかじる福を呼ぶというもの。」と紹介されている。

(オ) なお、「招福」の語については、平成11年7月10日株式会社三省堂発行の「新辞林」(乙9)及び平成18年10月27日株式会社三省堂発行の「大辞林第三版」(乙1)に「招福福を招くこと。(- の招き猫)」と記載されているほか、平成18年には広辞苑第6版(乙44)にも「しょう - ふく【招福】福を招くこと。幸運を呼び込むこと。」との記載が登載された。

イ 以上によれば、節分に恵方に向けて巻き寿司を丸かぶりする風習は遅くとも昭和7年の段階で少なくとも大阪の一部地域で行われていたものであり、大阪の巻き寿司関連業界の宣伝活動によって次第に広がり、昭和の終わりころには、大阪以外の関西地方、さらには関西地方以外の地域にも広がり、近年は、乙8のような全国の一般家庭向けの冠婚葬祭事典にも紹介される等、さらに広範囲に広がりつつあるといえることができる。

(3) 全国のスーパーマーケット等における「招福巻」の使用例原判決11頁19行目から23頁22行目記載のとおり(ただし、ア～ネの各(ウ)の部分を除く。)である。

(4) 本件行為の具体的態様

甲3, 4の1～11及び5によれば、本件行為は、具体的には、平成18年と19年のいずれも節分に向けた時期において、「2月3日(土)節分恵方巻」「予約承り中」と大書した広告ビラに「イオンの太巻で、今年も福招き。恵方に向けて、丸かぶり。」「2月3日の節分の日には、『恵方(えほう)』と呼ばれるその年の縁起の良い方角を向き、太巻きを切らずに一本がぶりと黙って食べ、福を招くという習わしがあります。今年の恵方は「北北西」です。」との一般的説明を付した上、「穴子、海老など色とりどりの12種の具材を贅沢に使った恵方巻です。」として、価格とともに控訴人標章をゴシック体文字で「十二単の」の部分小さく「招福巻」なる部分を大きく横書きし(甲3)、宮城県、山形県、福島県、富山県、石川県、長野県、静岡県、岐阜県、愛知県、三重県のジャスコ各店舗の広告チラシ中で、「1/30火までご予約承り」「2月3日は節分節分恵方巻」と大書された枠内に、価格とともに控訴人標章をゴシック体で「十二単の」の部分小さく「招福巻」なる部分を大きく横書きし(甲4の1～3)、又は、「イオンの節分」と大書した枠内に「福を呼ぶ「巻き寿司」丸かぶり今年も家族の

幸せを迎えましょう。」「その年の縁起の良い歳徳神が司る方位、つまり恵方（えほう）を向いて、無言で巻き寿司（福を巻き込む）を丸かぶり（縁を切らないために包丁を入れない）すると福を呼ぶと言われています。」との一般的説明を付した上、価格とともに控訴人標章を同じ大きさのゴシック体文字で横書き又は縦書きした控訴人標章を付し（甲4の4～11）、これを配布する等し、節分用巻き寿司を包装するパックに同じ大きさのゴシック体文字（タイプ文字）で横書きしてなる控訴人標章の記載された商品シールを貼付し（甲5）、これを展示、販売したというものである。

(5) 控訴人標章の法26条1項2号（普通名称）該当性について

「招福」はもともと「福を招く」を名詞化したもので馴染みやすい語であり、これと巻き寿司を意味する「巻」（乙10, 11）を結合させた「招福巻」なる語を一般人がみれば、節分の日に恵方を向いて巻き寿司を丸かぶりする風習の普及とも相まって、極めて容易に節分をはじめとする目出度い行事等に供される巻き寿司を意味すると理解し、被控訴人の本件商標が登録されていることを知らないで「招福巻」の文字を目にする需要者は、その商品は特定の業者が提供するものではなく、一般にそのような意味づけを持つ寿司が出回っているものと理解してしまう商品名ということができる。

現に、上記(3)によれば、遅くとも平成17年以降は極めて多くのスーパーマーケット等で「招福巻」の商品名が用いられていることが認められる上、同じ頃頒布されたと思料される阪急百貨店の広告チラシ（乙3の2の1）中では、被控訴人の商品（小鯛雀鮨「すし萬」招福巻）と並んで「京都・嵐山「錦味」錦の招福巻」や「大善」穴子招福巻」が並記されていることから、スーパーマーケット等のチラシをみて、「招福巻」と表示される巻き寿司が特定のメーカーないし販売業者の商品であると認識する需用者はいなくなるに至っていたことが窺われるというべきであるし、それより早い平成16年の時点で全国に極めて多くの店舗を展開するダイエーのチラシに「招福巻」なる名称の巻き寿司の商品広告が掲載されたことも、それ以前から「招福巻」が節分用巻き寿司の名称として一般化していたことを推認せしめるものといえる。

なお、広辞苑に「招福」の語が収録されたのは平成20年発行の第6版（乙44）からであるが、既にみたとおり、「新辞林」や「大辞林」にはそれ以前から収録されていたし、上記広辞苑への収録も、それまでの少なくとも数年間の使用実態を踏まえてのことと考えられるから、その収録の事実は平成16年当時に「招福」の語も普通名称化していたことを裏付けるものといえる。

したがって、「招福巻」は、巻き寿司の一態様を示す商品名として、遅く

とも平成17年には普通名称となっていたというべきである。

もっとも、「招福巻」が、本件商標の指定商品に含まれる巻き寿司についての登録商標であることが一般に周知されてきていれば格別であるが、被控訴人が警告をし始めたのはようやく平成19年になってからであり（甲21ないし22の各1・2）、本件全証拠によってもその時点までに本件商標が登録商標として周知されていたと認めるに足りず、かえって上記警告の時点までに「招福巻」の語は既に普通名称化していたものというべきである。

さらに、控訴人標章中「招福巻」の部分の使用は、前記認定に係るその書体、表示方法、表示場所等に照らし、商品名を普通に用いられる方法で表示するものと認めることができる。この点に関し、被控訴人は、控訴人標章は、商品の包装及びチラシにおいて本件商品の名称として自他識別機能を果たす態様で使用している「普通に表示される方法で表示したもの」に当たらない旨主張するが、被控訴人がどの点を捉えて自他識別機能を果たす態様での使用と主張しているのか不明であるし、控訴人標章の使用をもって専ら自他を識別するために使用されているものとまでは認められないから、この点の被控訴人の主張は採用することができない。

3 そうすると、控訴人標章中「招福巻」の部分は、法26条1項2号の普通名称を普通に用いられる方法で表示する商標に該当するものとして、本件商標の商標権の効力が及ばないというべきである。

第4 結論

以上によれば、被控訴人の請求はいずれも理由がないものとして棄却すべきであるから、これと結論を異にする原判決中の控訴人敗訴部分を取り消した上、主文のとおり判決する。

【論 説】

1. この商標権侵害事件は、「招福巻」という名称の巻き寿司の標章をめぐり、これは普通名称や慣用商標か否かが争われ、一審と二審とで正反対の認定・判断がなされた事案である。

1.1 しかし、本件標章の普通名称化をめぐる両審の事実認定は微妙な差異しかなかったことが、各審の次のような説示に表われている。

(1)地裁判決：

- ・「原告は、本件商標権を守るために、一定の対応をしていることも併せ考慮すると、全国のスーパーマーケットやすし店等において、節分用の巻きずしの名称として『招福巻』を含む商品名が用いられている例が多数あるからといって、このことから直ちに、『招福巻』が節分用の巻きずしの普通名称（法26条1項2号）になったと認めることはできず、他にこ

れを認めるに足りる証拠はない。」

- ・「そのような主観的な一種の『信仰』の内容をもって、商品である巻きずしの「効能」ということはできず、『招福巻』との表示が、その『効能』を普通に用いられる方法で表示したものであるということもできない。」

(2)高裁判決：

- ・「広辞苑に『招福』の語が収録されたのは平成20年発行の第6版からであるが、『新辞林』や『大辞林』にはそれ以前から収録されていたし、広辞苑への収録も、それまでの少なくとも数年間の使用実態を踏まえてのことと考えられるから、その収録の事実は平成16年当時に『招福』の語も普通名称化していたことを裏付けるものといえる。」

1.2 筆者が日頃愛用しているハンディな「岩波・国語辞典第7版」(2009年11月20日発行)には、「招福巻」なる単語は収録されていないことを付言しておく。

辞書の規模や編者の考え方の違いによって収録する単語に相違があるのはやむを得ないとしても、専門色の強い単語や外来語は、大辞典にたとえ収録されているとしても、普通名詞という観点から見ると、外れてしまう語というべきではないだろうか。

1.3 ところで、被告標章の「十二単の招福巻」は、本件登録商標の「招福巻」に類似するか否かについては、両審とも類似するとの認定では一致しているが、この認定にはやや疑問がある。

(1)地裁判決：

「被告標章は、『十二単の』という修飾語を付加したもので、その使用態様からしても『十二単』の部分に自他識別力があるとは認められないから、被告標章の要部、即ち自他識別力があるのは、『招福巻』の部分であって、『十二単の招福巻』の全体ではないというべきである。」

(2)高裁判決：

「控訴人標章にいう『十二単の』の部分は、『十二単の招福巻』の表示をもって全体として一連一体のものともみることが困難である。」

しかしながら、これに対しては、全国の消費者ないし需要者は、これをむしろ「一連一体」の標章と見るのではないだろうか。けだし、「十二単の」意味が、12種類の具材が入っている寿司のことを示す修飾語であるとしても、全体としては特別な観念をもった名称に聞こえるからである。すると、特に「十二単の」という語の有無で、自他の商品出所の混同はしないと判断することは困難ではないというべきである。

2 . この大阪高裁判決は、原告（被控訴人）によって上告されたが、最高裁 3 小廷は平成 22 年 10 月 28 日に上告不受理の決定をし、これによって大阪高裁の逆転判決が確定したとの共同通信ニュースが、ネット上に発表されていた。

なお、大阪高裁 8 民部の裁判長は塩月秀平判事であるが、同判事はこの後、知財高裁 2 部裁判長に転任された。

〔牛木 理一〕