

非伝統的商標審査基準（草案）

2004年6月10日経済部経授智字
第09320030610号令により制定・発布
2022年〇月〇〇日経済部経授智字第〇〇〇号令
により改正・発布。2012年7月1日発効

目次

| | |
|----------------------------------|----|
| 1. はじめに..... | 1 |
| 2. 非伝統的商標..... | 2 |
| 2.1 商標図案、記述および見本..... | 3 |
| 2.1.1 商標図案..... | 3 |
| 2.1.2 商標の記述..... | 5 |
| 2.1.3 商標見本..... | 6 |
| 2.2 識別性..... | 6 |
| 2.3 機能性..... | 7 |
| 3. 立体商標..... | 9 |
| 3.1 定義..... | 9 |
| 3.2 立体商標の審査..... | 9 |
| 3.2.1 商標図案..... | 9 |
| 3.2.2 商標の記述..... | 10 |
| 3.2.3 識別性..... | 13 |
| 3.2.3.1 説明的な立体的形状..... | 15 |
| 3.2.3.2 慣用されている立体的形状..... | 16 |
| 3.2.3.3 その他、識別性を具えていない立体的形状..... | 16 |
| 3.2.4 機能性..... | 16 |
| 4. 色彩商標..... | 19 |
| 4.1 定義..... | 19 |
| 4.2 色彩商標の審査..... | 19 |
| 4.2.1 商標図案..... | 19 |
| 4.2.2 商標の記述..... | 19 |
| 4.2.3 識別性..... | 20 |
| 4.2.3.1 説明的な色彩..... | 21 |
| 4.2.3.2 慣用されている色彩..... | 22 |

| | | |
|------------|------------------------------------|-----------|
| 4.2.3.3 | その他、識別性を具えていない色彩..... | 22 |
| 4.2.4 | 機能性 | 23 |
| 5. | 音の商標..... | 23 |
| 5.1 | 定義 | 23 |
| 5.2 | 音の商標の審査 | 24 |
| 5.2.1 | 商標図案 | 24 |
| 5.2.2 | 商標の記述および商標見本 | 24 |
| 5.2.3 | 識別性 | 25 |
| 5.2.3.1 | 説明的な音声..... | 26 |
| 5.2.3.2 | 慣用されている音声..... | 26 |
| 5.2.3.3 | その他、識別性を具えていない音声..... | 27 |
| 5.2.4 | 機能性 | 27 |
| 6. | 動きの商標..... | 28 |
| 6.1 | 定義 | 28 |
| 6.2 | 動きの商標の審査 | 28 |
| 6.2.1 | 商標図案 | 28 |
| 6.2.2 | 商標の記述および商標見本 | 29 |
| 6.2.3 | 識別性 | 30 |
| 6.2.4 | 機能性 | 32 |
| 7. | ホログラム商標..... | 32 |
| 7.1 | 定義 | 32 |
| 7.2 | ホログラム商標の審査 | 33 |
| 7.2.1 | 商標図案 | 33 |
| 7.2.2 | 商標の記述および商標見本 | 33 |
| 7.2.3 | 識別性 | 34 |
| 7.2.4 | 機能性 | 35 |
| 8. | その他の非伝統的商標..... | 35 |
| 9. | 結合による非伝統的商標..... | 37 |
| 10. | 非伝統的商標と意匠権および著作権との競合関係..... | 38 |
| 10.1 | 意匠権との競合関係 | 38 |
| 10.2 | 著作権との競合関係 | 39 |

1. はじめに

近年、商業活動の発展は多様化し、マスメディアおよび広告デザインが目覚ましい進歩を遂げ、それに伴い、伝統的な商標の形態は実際の取引市場の需要に答えられなくなってきた。そこで、商標の権益を保障し、不公平な競争が生じることのないよう、2003年11月28日に施行した商標法では、立体、単一色および音の商標の保護に係る規定を増訂し、「立体、色彩および音の商標審査基準」を制定した。その後、世界各国は新たなタイプの商標登録に対して開放を進めて、さらに多くの新形態の商標を受理するようになった。この国際的な趨勢に対応し、業者の営業上の努力と成果を保護するため、2011年6月29日に改正・公布した商標法（以下、本法という）では、商品または役務の出所を識別できるいかなる標識に対しても開放し、全て本法に基づく登録の保護対象とすることができるとした。また、商標は文字、図形、記号、色彩、立体的形状、動き、ホログラム、音など、またはそれらの結合したものからなると例示したが(商 18)、商標保護の対象は、今後は列挙されたものに限定するとはしなかった。そして、「立体、色彩および音の商標審査基準」の名称を「非伝統的商標審査基準」（以下、本基準という）に改めて、その内容を増訂、修正して適用するとした。

商品または役務の出所を識別できるいかなる標識も全て、本法が保護する対象となり得るので、非伝統的商標は当然ながら、条項に例示された色彩、立体的形状、動き、ホログラム、音の商標に限定はされない。その他、臭覚、触覚、味覚などによって感知できる標識は、本法の識別性に係る規定に符合するならば、全て商標登録を出願して、本法による保護を受けることができる。しかしながら、匂い、触感、味などは視認できる商標ではない。その商標図案については、いかにして明確かつ正確なものとし、完全で客観性、持久性があり、分かりやすい方法で表示することができるか、または文字による説明もしくは商標見本の助けによって、いかにして商標権の範囲を確定できるか、また、第三者（特に同業の競争相手）が登

録公告によって、その登録商標およびその権利範囲を明確に認識できるようにするかについては、現在のところ、なおも解決を要する技術的問題がある。しかも、世界でも登録され保護を受けている案件は極めて少ないので、本基準では本法で例示している非伝統的商標の形態についてのみ説明を加えた。本法で例示していないその他の非伝統的商標については、別途に節を設けて、その出願事項について概括的に説明する。

本基準において引用する事例にはわが国および国外の商標登録案件が含まれているが、本基準の叙述に合わせるため、関連する事例は商標の記述内容におさめるので、実際の登録状況とは必ずしも一致しないことを予め述べておく。

2. 非伝統的商標

商標発展の歴史に目を向けると、初期の商標の構成要素は文字や図形、記号またはそれらを結合させたもののみであり、出願の際に商標図案をもって、商標を明確かつ完全に表示できればよかった。しかし、商業活動が大いに発展し、市場競争が日増しに激化していくと、消費者を引きつけ、買わせるため、商品や役務の販売方法を新たに次々と生み出した。業者は商品の形態や包装容器に特殊な外観、音、色彩などを用いて消費者を引きつけ、その製品を認識させて購入を促していった。こうして、立体、音、色彩の商標へと発展を遂げ、今日では動的映像とホログラムもまた、商品や役務を識別する標識とすることが可能になった。これらは、この数年の間に現れた新たなタイプの商標である。伝統的な商標とは形態が異なるだけでなく、出願時には商標図案のほかに、通常は助けとして商標の記述および商標見本を添付しなければならない。そうしてこそはじめて、消費者が実際に接する商標を真に表示することができる。各国では、この種の商標をいかに出願すべきかという問題を討論する際、これらを非伝統的商標（non-traditional marks）と称して、伝統的商標と区別することが多い。そこで、本基準もまたこれを援

用する。

非伝統的商標の審査の重点には、商標の表現方式、識別性および非機能性などの分野を含むので、以下ではその基本概念について、それぞれ説明する。

2.1 商標図案、記述および見本

商標図案、商標の記述および商標見本は全て、商標を表示する方法に属する。そのうち、商標図案は商標を図形や文字によって表示するものである。その働きは商標を明確かつ完全なものとし、客観的なイメージを付与することにより、商標出願に係る権利範囲の主体を決定する。したがって、本法では、商標図案は明確かつ正確なものとし、完全で客観性、持久性のある分かりやすい方法で表示しなければならないと定める（商 19Ⅲ）。商標図案は平面の静止した図案で商標を表示するが、非伝統的商標ではこの制約条件によって、出願人がたとえ、力を尽くして商標図案を本法が規定する表示方法に符合させようとしても、その商標図案と実際の商標の間にはなおも隔たりがあるのは避けられない。例えば、音楽の性質を有する音の商標は五線譜を商標図案とするので、明確かつ完全で客観的な表示方法という規定に符合するが、聴覚で聞き分ける音の商標本体とはなおも隔たりがあるので、助けとして商標に関する説明（商標の記述）、およびその音声を記憶させた電子媒体（商標見本）を必要とする。したがって、非伝統的商標の出願では商標図案のほかに、出願人は通常、商標の記述および商標見本を添付する必要がある。それらによって、その商標を真に表示して、商標の権利範囲を確定する助けとし、審査に役立てる（商施 14～18）。商標の記述および商標見本の性質は商標図案の補充であり、その目的は商標図案の審査を助けることである。そのため、商標の記述および商標見本は商標図案と一致し、相互に参照できるものでなければならない。

2.1.1 商標図案

商標図案は商標の文字・図形による表示方法であり、願書の記載

事項である。同時に、出願日取得の必須事項でもある（商 19 I、II）。伝統的な商標の出願では通常、一個の商標図案のみで商標を明確、完全に表示することができる。非伝統的商標の場合、例えば見る角度によって顕著な差異が生じる立体的形状や、連続的に変化する画像による動きの商標、異なる視角によって異なる画像が生じ変化するホログラムなどは、全て 2 枚以上の透視図または画像を提出しなければ、前述の要件を満たすことができない可能性がある。このとき、その商標図案は幾つかの透視図または幾つかの静止した画像によって共同で構成される。

商標図案は商標本体を表示できるほか、商標の内容をより明確かつ正確なものにするために、商標を商品または役務に使用する方
法、位置および様態なども商標図案に表記することができる。また、破線
で表示する（商施 13 II）ものとしては、例えば、商標を商品に
使用する際の位置（本基準 8. の事例を参照）、または色彩を商品に
使用する際の方法（本基準 2. 1. 2 及び 4. 2. 2 の事例を参照）など
がある。そのほか、商標で機能性を具えている部分もまた、商標図案
に破線の方式で表示することができる。靴用クリーニングスポンジ
ボックスを例にとると、ボックス型の端にあるフックおよびボック
ス本体の弧状のくぼみはそれぞれ掛けやすい、つかみやすい機能と
なっており、出願人は商標図案でこれらの機能性の部分を破線で表
示することができる。

商標図案において破線を用いて、商標を商品または役務に使用す
る方法、位置および様態、商標が具えている機能性の部分を表示す
るときには、その破線の部分は商標の一部とはならない。そのため、
商標が消費者に混同誤認させるおそれがあるか否かを判断する際
には考慮する必要がなく、権利不要求の声明に関する規定も適用し
ない。

商標図案に含まれている、識別性または機能性を具えていない部
分に破線を使用せず実線で表示して、商標全体が識別性を具えてい
るときには、これら、識別性または機能性を具えていない部分につ

いては商標権の範囲に疑義が生じるおそれがあると判断すべきであり、そのときには、権利不要求を表記するか、破線に改めて表示する必要がある。例を挙げると、実線を用いて、業者が通常使用する立体的形状を表示し(商標図案には、細首、丸瓶で、ワイン製品に使用すると指定することを含む)、商標全体が識別性を具えているとき、その識別性を具えていない立体的形状も商標権の範囲に対して疑義が生じるおそれがある状況に該当すると判断されるので、権利不要求を表記するか、破線で表示しなければならない。

2.1.2 商標の記述

商標の記述は、商標本体およびそれを商品または役務に使用する際の状況についてなされる関連説明である(商施13Ⅲ)。商標の記述の働きは、商標図案が商標を真に表示するのを助けることにある。例えば、連続した図案から構成される商標は商標の記述を通じて、その商標が指定商品に使用されるところまで説明する。動きの商標は、商標が動的映像だが、商標図案は静止画像なので、商標の記述は商標の動的変化の過程について説明して、商標図案が表示できない連続的動作を補充しなければならない。

商標の記述は主に、文字をもって商標本体を明確かつ詳細に説明することなので、非伝統的商標の場合はその商標が属する形態を説明しなければならない。例えば、「本件は立体商標であり、……」「本件は音の商標であり、……」とする。もし、商標を商品または役務に使用する状況の説明で、商標の内容をさらに明確かつ正確に表示できるのであれば、商標の記述において商標の使用方法を併せて説明するのが望ましい。

事例：



商標の記述：「本件は色彩の商標であり、赤、黄、赤がそれぞれ、三分の一の面積を占める色の組み合わせである。商品容器の表面を上から下に向かって密接して配置されており、破線部分の容器の形状は商標の一部とはならない」とする。

2.1.3 商品見本

商標見本は商標本体のサンプルで、ホログラム商標のときは、商標見本はレーザー技術で製作されたホログラムである。音の商標または動きの商標の場合は、その商標を記憶した CD または DVD などの電子媒体となる（商施 13IV）。商標見本の働きは、商標図案および商標の記述を助け、商標を真に表示することにある。特に、動きの商標および音の商標では、実際の商標を再現して、商標を構成する全ての細部を明確にするために、出願人は商標見本を添付して審査に利するようしなければならない。その他の形態の非伝統的商標については審査上、必要と認めるときに、出願人に通知して商標見本を提出させることができる。例えば、ホログラムが視覚の差異によって画像の変化が生じるならば、商品見本を添付して、審査の助けとするのが望ましい。

2.2 識別性

商標は、商品または役務の出所を示す機能をもたなければならない。具備していなければ登録による保護を受けることができない。非伝統的商標も例外ではなく、商標の形態のいかんによらず、識別性の判断基準に相違点はない（商 18、29 I）。但し、色彩、立体的形状、動き、ホログラムおよび音などの非伝統的商標では、関連する消費者は通常、それを装飾用の色彩や商品本体、その包装、商品の実用的な機能または装飾形状の提供、ラベル偽造防止またはその他、商品または役務を売りさばくための方法などとみなし、それを目にしたとき直ちに商品または役務の出所を示す標識だと判断することはあまりない。当局は「商標の識別性審査基準」を定めているが、非伝統的商標の審査においてもその識別性の判断では原則として、本基準を優先して適用する。

2.3 機能性

機能性を具えた商品の形状または包装は産業全体の技術をアップさせ、また、社会に利便をもたらすことができる。その機能性の設計が一人の人物の所有に帰属するならば、市場を永続的に独占することになり、市場の公平な競争と技術進歩に不利益をもたらす。しかしながら、保護を全く与えないならば、技術革新しようとする動機を損ずることもあり得る。そこで、技術革新の奨励と公共利益の保護との衡平をはかるため、専利法は機能性の商品に限定した保護期間を付与する。期間が経過すると、その発明は公共財となり、何人も自由に利用できるようになる。商標法の主たる目的は、商品または役務の出所を示す機能性を具えた標識を保護することであり、その標識は更新によって永続的に保護を得ることができ、期間の制限を受けない。但し、機能性を具えた商品の設計または特徴が商標として登録することができるならば、その永続的な保護は同業者との公平な競争および社会の進歩を阻害する。よって、このような状況が発生するのを避けるため、商標が商品または役務の機能を発揮させるためにのみ必要ならば、登録することはできないとする(商30 I ①)。

機能性とは、特定の商品または役務の設計または特徴（例えば、商品の形状、商品の包装、音、色彩または匂いなど）を指し、商品または役務の用途または使用目的にとって欠くべからざるもの、あるいは商品や役務のコストまたは品質に影響するものである。機能性には実用的な機能性と美的な機能性がある。前者には商品の使用目的を達成する、または技術効果をあげるのに必要な特徴が含まれ、また、比較的安価に、もしくはより簡単な製造方法で製品を生産できるのが特徴である。後者は、実用的な機能性を具えておらず、商品または役務の機能を高めたり、そのコストを低減することはできないが、競争に有利なその他の特徴を明らかに具えている。そのため、競争に有利なその特徴は同業者にも使用させるべきであり、一人が独占するのは望ましくない。例えば、黒く塗装した船尾外付け

モーターがある。黒色はモーターの機能を高めるものではないが、どのような船舶とも組み合わせが容易である。同時にモーターを多少小さく見せることができるので、機能性も具えている。また、オレンジ味の薬は病気治療にさらなる効果をあげることはないが、薬本来の味を隠すことができるので、美的機能性に該当する。

美的機能性の概念はよく、商品または役務の装飾と混同されるが、実際のところ、両者の概念は異なるので、区別する必要がある。前者では、その設計の特徴を使用するのは、一定の機能を果たすのが目的である。後者では、純粹に装飾・美化のためにのみ用いるのであり、その他の働きはない。前者では、その商標は商品または役務の機能を発揮するのに必要である（商 30 I）ことをもって、その登録を拒絶する。後者では、その商標は識別性を具えていないその他の標識のみで構成されている（商 29 I ③）ことをもって、登録を拒絶する。前者では同時に公益に基づいて考慮するので、出願人が取引で使用し、しかもすでにその識別標識になっているからといって、後天的な識別性の適用を主張できるというものではない。たとえば、その登録がすでに5年を超えていても、商品または役務の機能を発揮するために確かに必要であるならば、やはり、登録を取り消される可能性がある。後者では、使用することによって後天的識別性を獲得できるので、登録を許可する（商 29 III）。

識別性と機能性は個別に判断を要する二つの事柄である。機能性を具えた商品の設計または特徴は、特許による保護を受けることによって市場で独占的に使用し、さらには後天的識別性を獲得したとしても、機能性を具えているので、やはり、商標として登録許可することはできない。商品の設計または特徴については機能性を具えていないが、先天的な識別性が欠けているので、後天的識別性を獲得したことを証明しなければならず、そうしてはじめて商標登録することができる。したがって、審査時にはこの二つの事柄に対してそれぞれ判断を下さなければならず、もし、個別案件でその二つの事柄を構成する疑いがあるときには、併せて出願人に通知して説明

させなければならない。

以下では本法で例示した各種の非伝統的商標の審査事項について説明する。

3. 立体商標

3.1 定義

立体商標とは、三次元の空間で長さ、幅、高さによって形成された立体的な形状を指し、関連する消費者が異なる商品または役務の出所を区別できるようにする標識である。立体商標として出願可能な様態には以下が含まれる。

- (1) 商品本体の形状。
- (2) 商品の包装容器の形状。
- (3) 立体的形状の標識（商品または商品の包装容器以外の立体的形状）。
- (4) 役務場所のインテリア設計。

3.2 立体商標の審査

3.2.1 商標図案

立体商標の商標図案は立体的形状を表した透視図であり、立体的形状は六面体とする。簡単な立体的形状では、一つの角度からの透視図によって立体的形状の全ての特徴を表示することが可能である。このとき、商標図案はその単一の透視図となる。各角度によって外観の特徴が異なるときは、商標図案がその立体商標を完全に表示できるように、商標図案は角度の異なる何枚かの透視図となる可能性があるが、多くとも6枚までとする。出願後に、商標審査官が必要と判断したときは、出願人に通知して、その他の角度からの透視図を補充させることができる。出願人もまた、自発的に補充することができるが、補充後の商標図案の透視図は6枚を超えてはならない。しかも、本来の立体的形状の保護範囲を拡大することはできない。

もし、補充したその他の角度からの透視図が本来の商標図案にない商標の特徴を表示しているならば、それは前に提出した商標図案とは同一の商標ではないので、商標図案は出願後、実質的な変更を行うことができないという規定に違反することになる（商 23）。

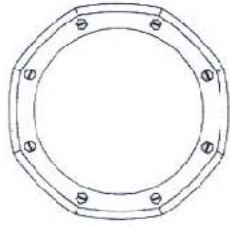
立体商標の内容をさらに明確かつ正確に表示するため、立体的形状を商品または役務に使用する方法、位置および内容などもまた、商標図案のなかに破線で表示することができる（商施 15Ⅱ）。例えば、車両用水タンクカバーの立体商標の場合、商標図案では破線を用いて車体の外観を描いて、その立体商標を商品に使用する際の位置を表示することができる（本基準 3.2.2 の事例を参照）。そのほか、商標において機能性を具えている部分は、商標権を取得できないので、商標図案のなかに破線の方式で表示することもできる。それら破線の部分は商標の一部とはならず、混同誤認のおそれを考慮に入れる必要はない。また、その際、その部分に対する権利不要求を表記する必要もない。

商標図案中に含まれる識別性または機能性を具えていない部分を破線ではなく実線で表示して、商標全体が識別性を具えているとき、これら識別性または機能性を具えていない部分は、商標権の範囲に疑義が生じるおそれのある状況と判断しなければならないので、権利不要求の表記、または破線での表示が必要となる。例えば、実線で業者が通常使用している円筒形のジャム用瓶を表示して、ジャム製品に使用すると指定し、商標全体が識別性を具えているとき、識別性を具えていないその立体的形状もまた、商標権の範囲に疑義が生じるおそれのある状況と判断される。それゆえ、権利不要求を表記するか、破線に改めて表示しなければならない。

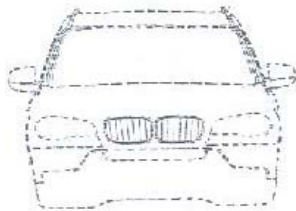
3.2.2 商標の記述

出願人は商標の記述を提出して、立体的形状を説明しなければならない（商施 15Ⅲ）。破線を用いて商標を商品または役務に使用する方法、位置または内容などを表示するときにも、説明を加えなければならない（商施 13Ⅱ）。

事例：



商標の記述：「本件は立体商標であり、商標図案に示すように、その外側全体は一つの八角形をなし、その八角形の外側は角を取り除き、わずかに丸みを帯びるようにしてある。内部は空洞になっており、内側は丸みを帯びている。上部先端は扁平になっており、八角形の8個の角には六角形のネジが8個配置されている。六角形のネジには全て、真ん中に一本の溝がある。」



商標の記述：「本件は立体商標であり、商標図案に示すように自動車のフロントキドニーグリル型水タンクのカバー一つである。破線部分は車両の形状であり、商標の一部とはならない。」

出願の立体商標に、文字、図形、記号などの組み合わせ部分が含まれている場合、併せて説明しなければならない(商施 15Ⅲ)。



事例：

商標の記述：「本件は立体商標であり、商標図案に示すように、上部に細い筋が波形に入っている曲線状の設計である。また、デザイン化された『D』という文字一つの組み合わせである。」



商標の記述：「本件は立体商標であり、商標図案に示すように、香水またはオーデコロン用の瓶とキャップから構成されている。瓶本体は透明で、内部にポピーの花がデザインされており、色は赤、黒、緑の組み合わせ。瓶口に『KENZO』の文字が押圧されている。」

立体商標図案中の識別性または機能性を具えていない部分を実線で表示した場合、商標権の範囲に疑義が生じるおそれがあると判断しなければならないので、権利不要求を表記していない場合は登録することができない(商 29Ⅲ、30Ⅳ)。したがって、立体商標を出願するときは、権利不要求の表記については文字で明確に記述しなければならない。例えば、商標の記述では、「本件は立体商標であり、商標図案に示すように、雄鶏の立体的形状を自動車の頂部に使用して構成する。そのうち、自動車の形状の部分は商標権を主張しない」と記載し、また、「本件の商標は自動車の形状部分に対する商標権を主張しない」と表明する。しかし、前述の権利不要求を表記しなければならない立体的形状を破線で表示するのであれば、権利不要求を表記する必要はない。出願人が破線で表示した商標図案を補充するのは、商標図案の実質的変更にあたらぬので、その出願日には影響しない(商施 24 I ④)。

商標の記述と各透視図によって構成される商標図案は一致しなければならない。しかも、相互に参照できるものでなければならない。商標の記述と商標図案に表示した立体的形状が一致しないときは、商標図案を基準とし、出願人に通知して、期限までに補正させなければならない。

3.2.3 識別性

立体商標を登録できるようにするには、他の形態の商標と同じく、立体商標が商品または役務の出所を示せるもので、消費者が他人の商品または役務と区別できるようにしなければならない。

立体的形状は従来 of 平面商標と比べると、識別性を具えるのは容易ではない。特に、立体的形状が商品本体の形状または商品の包装容器の形状の場合、立体的形状が商品と不可分であるか緊密な関連があるので、消費者の認識では通常、これを商品の機能を提供する形状または装飾性を具えた設計とみなし、その形状を商品の出所を伝える情報とは判断しない。そのため、立体的形状の識別性を証明するのは平面商標より難しい。

消費者の認識のほかに、商品の特性も考慮しなければならない。商品の特性により、その多様化した設計が本来、常態化したものであれば、例えば、おもちゃの人形、照明器具、衣服などの商品に関しては、消費者は通常、それを装飾的な造型であり、出所を区別する標識ではないと判断する。商品の特性が消費者のその種の商品の選択に影響するときにも、商標に対する注意度は一般的には、高価格、専門的または耐久財の商品であればあるほど、例えばハイテク、医薬品などに対しては注意度が高まる。したがって、これらの製品の立体的形状に対する注意度もまた、相対的に高まるので、商標が出所を区別する際の標識となる可能性はより高くなる。それに反し、消費者は低価格、日用品または非耐久財の商品、例えば、石鹸などの商品に対する注意度はわりあい低い。これらの商品の立体的形状が極めて独特なもので注目を集め、消費者の記憶に残りやすく、消費者の認識により、それがすでに商品または役務の出所を区別する標識になっているのであれば、識別性を具えてはいない。

このほか、業界が使用する状況もまた、重要な検討要素となる。その立体的形状が関連する業者によって通常採用されているならば、出所を区別する機能を具えていないので、識別性を具えていないことになる。

(1) 商品本体の形状


一般に、商品本体の形状は商品の機能性を果たす設計になっているが、特殊な商品形状は往々にして、商品への吸引力を高めるための装飾設計にすぎないことがある。そのため、消費者は通常、それを商品の出所識別標識とはみなさないのので、先天的識別性を具えていない。そこで、その商標が使用されることによって、すでに後天的識別性を獲得しているということを証明しなければならず、証明されてはじめて登録を許可することができる。

但し、商品の形状が非常に特殊で、業界が通常採用している形状との相違が極めて顕著であり、消費者の予想を超えるほどその印象が強く、消費者にその顕著な差異が機能的または装飾的な設計ではないと判断させることができ、しかもその形状のみで商品または役務の出所を識別できるならば、その形状は商品の出所を示す機能を具えており、先天的識別性を具えていることになる。何らかの商品の区分において、多様化した商品の形状設計が本来常態化している場合、例えば、商品分類第 28 類の玩具商品、第 14 類の宝飾品および第 11 類の照明器具などの商品に関しては、消費者は一般に、その商品の形状設計を商品本体の形状の変化したもの、または装飾とみなして、商品の出所を識別する標識ではないと判断する。その商品の形状設計が業界の通常採用している形状と異なっているとしても、それが先天的識別性を具えていると判断するのは容易ではない。

(2) 商品の包装容器の形状

商品本体の形状と比べると、商品の包装容器の形状のほうが先天的識別性を具えている可能性がある。但し、その包装容器の形状がよく見かける形状と差異が顕著で、消費者に強い印象を残すほどでなければならず、消費者がこれを出所識別の標識とみなすことで、はじめて識別性を具えることになる。商標が、関連する消費市場で通常採用している商品の包装容器の形状のみで構成されているならば、商品の出所を識別する標識とすることができないので、識別性を具えていないことになる。

(3) 立体的形状による標識（商品または商品の包装容器以外の立体的形状）

商品または商品の包装容器以外の立体的形状による標識とは、商品または商品の包装容器と関連のない立体的形状の設計を指す。これらの立体的形状が、商品または役務の提供と密接な関連があるもの、例えば、ベンツのフロントに付けられたエンブレムの「」、マクドナルドの入口に置いてあるマスコットのドナルド・マクドナルド、または鼎泰豊の店先に置いてある小籠包型のマスコットキャラクターの場合、その識別性の判断基準は原則として、平面商標と同じく、消費者に商品または役務の出所を識別させることができさえすれば、識別性を具えていることになる。立体的形状と商品または役務の提供が緊密に関連していないもの、例えば、商品または役務の販促に単純に用いられる立体の人形やフィギュアは、そのデザインが多種多様で次々と新たな製品が作り出されている。この場合、指定する商品または役務の属性によって、消費者は通常、それを出所の識別標識とはしないので、後天的な識別性を獲得したことを挙証しなければならず、証明してはじめて登録することができる。

(4) 役務場所のインテリア設計

役務場所のインテリア設計とは、営業場所の全体的な外観と装飾のことである。その識別性の判断基準は商品の包装容器の形状と同じであり、平凡で新奇性のないインテリア設計で出願しても、識別性がなければ登録することはできない（商 29 I ③）。

3.2.3.1 説明的な立体的形状

立体的形状が、使用を指定する商品または役務の品質、用途、原料または関連する特性を説明するもので、関連する消費者にそれが商品または役務の識別標識であることを認識させることができなければ、登録することはできない（商 29 I ①）。例えば、立体的な歯または目の形をした形状を歯科医院または眼科医院の看板に使用して、その医院が歯または目の治療役務を提供することを説明す

るものとしても、登録することはできない。

3.2.3.2 慣用されている立体的形状

慣用されている立体的形状とは、業者が特定の商品または役務について広く使用している立体的形状で、すでに一般大衆がしばしば目にし、周知となっているものを指す。業界でも慣用され、広く知られているので、消費者が出所を識別できないということはなく、そればかりか、一人の人間が独占排他権を取得して、公平な競争に影響を及ぼすことは回避しなければならないので、その登録は許可しない(商 29 I ②)。例えば、よく見かける、ワイン類に使用する首の部分が細く、本体が丸みを帯びている瓶の形状、ジャムや漬物に使用する円筒型の瓶の形状、タバコに使用する長方形の箱の形状、チョコレートやキャンディ類に使用するハート形は全て、業界で通常使用する立体的形状である。

慣用している立体的形状が一人によって専用されるならば、公平な競争に深刻な影響を与える。よって、後天的識別性を証明する方式で登録することはできない(商 29 II)。

3.2.3.3 その他、識別性を具えていない立体的形状

簡単な幾何学的形状、営業場所の内装設計またはよく目にするディスプレイなどは、消費者の認識では通常、商品または役務の出所を区別する機能を具えていない。例えば、一般的なインテリア設計をレストランの役務に使用すると指定しても、また、営業場所によく見かける富をもたらすという意味を具えた招き猫をさまざまな小売役務に使用すると指定しても、これらは識別性を具えていない。

3.2.4 機能性

立体的形状が商品または役務の用途もしくは使用目的にとって不可欠である場合、あるいは商品または役務のコスト、品質に影響を及ぼすのであれば、機能性を具えている。立体的形状が機能性を具えており、同種の商品または役務の競合で優位を占めるのであれ

ば、全ての一般業者に自由に使用させて、公平な競争を促進する助けとすることが可能である。創始者が専利法によって一定期間、保護を受けることができるのを除き、特定の人物が商標登録することによって長期間にわたり専用することはできない。それゆえ、機能性を具えた立体的形状はたとえ、専利存続期間の独占使用によって、商品の出所を示す機能が生じても、やはり登録することはできない(商 30 I ①)。

機能性の具体的な検討要素は以下の通りである。

- (1) その形状がその商品の使用または目的を果たすために必須か否か

「その形状がその商品の使用または目的を果たすために必須である」とは、その形状に代替できるその他の形状がなく、その商品の使用目的を発揮するために必要であることを指し、他の競争相手に供して選択させることができる。例えば、円形はタイヤの設計において唯一の選択である。それゆえ、円形の外観はタイヤの商標として登録して、特定の人物が独占使用することはできない。また、縫い針は一方の先端が尖っていなければならない、もう一方の先端は糸を通すことができる楕円形の穴からなるものでなければ、衣服を縫うという使用目的を果たすことができない。その形状は衣服の縫製または補修という目的を達成するために必須のものなので、その形状を出願して、特定の人物が独占使用したならば、公平な競争に深刻な影響を与えることになる。これは、その機能を発揮させるために必要なものなので、登録を許可しない。

- (2) その形状がある種の技術効果をあげるのに必要か否か

立体的形状がある種の技術効果をあげるのに必要であるとは、その形状の主な機能の特徴がそれを用いて特定の技術効果をあげるのみであることを指す。例えば、扇風機の羽根の形状は、特定の空気の流れを起こす効果をあげるために必要な形状である。それゆえ、扇風機の羽根の形状は扇風機製品に使用すると指定して出願する

ことはできない。そのほか、もし、特定の技術効果をあげることができる立体的形状の商標権を取得することで、競合する同業者がその形状を技術面での解決法として選択する自由を制限し、公平な競争を妨害しようとするならば、同じ技術効果をあげることが可能なその他の代替形状があるとしても、その形状が機能性を具えているという拒絶事由に対抗することができない。

立体的形状がある種の技術効果をあげるのに必要か否かについては、その形状がすでに特許権または実用新案権を取得しているか否かを判断基準の一つとする。特許権または実用新案権が存在することによって、その形状の実用的機能を明確に示すことができる。そのため、その形状がある種の技術効果をあげるのに必要とする表面的な証拠となる。たとえ、特許権または実用新案権の存続期間が過ぎていても、その形状が機能性を具えていることを認定する妨げにはならない。もし、出願人が広告または販促キャンペーン中に、その立体的形状が特定の機能を具えている、またはその形状がある種の技術効果をあげることができると明確に強調し、しかも、その説明が広告効果をあげるためだけに誇大に述べたのではないのなら、この事実をその立体的形状がある種の技術効果をあげるために必要か否かを判断する証拠とすることができる。このほか、競合する業者または業界の刊行物における、その特定の形状または技術の特徴と同一または類似に関する広告および報道なども、機能性を判断する際の参考とすることができる。

(3) その形状の製作コストまたは方法はより簡単、安価またはより良好か否か

その形状の製作コストまたは方法が比較的簡単、安価または比較的良好で、いったん、その形状を立体商標として登録することを許可したならば、商標の専用使用権を取得後、他の業者はその商標の侵害を避けるために、製造コストが増加し、より難しい、またはより劣る製造方法でその他の形状を製造しなければならなくなり、社会経済資源の浪費を招くことになる。このように、不公平な競争を

もたらすことは明らかであり、公益にも深刻な影響を及ぼすので、その形状は機能性を具えており、登録することはできない。例えば、クッキー製造の過程における、簡単な押し切り用の円形または長方形の形状が挙げられる。

4. 色彩商標

4.1 定義

色彩商標は単純に色彩自体を標識とすることを指し、単一色または複数の色彩を組み合わせることができる。しかもその単一色の色彩または色彩の組み合わせ自体はすでに、商品または役務の出所を示す機能を具えている。文字や図形、記号と色彩が結合した商標は、単純に色彩をもって商品または役務の出所を識別するのではなく、図形商標または文字商標に属し、色彩商標ではない。

4.2 色彩商標の審査

4.2.1 商標図案

色彩商標の商標図案は商標の色彩を表示していなければならない、また、破線をもって、その色彩を指定商品または役務に使用方法、位置または内容を表示することができる（商施14Ⅰ）。その際、破線部分は色彩商標の一部にはならず、これについては商標の記述において説明しなければならない（商施13Ⅱ）。

4.2.2 商標の記述

出願人が提出する商標の記述では、一般大衆が呼称している色彩の名称を用いて、指定商品または役務に使用する状況を説明しなければならない（商施14Ⅱ）。

事例：



商標の記述：「本件は色彩商標であり、商標図案に示すように、紫色はナットの非金属の内円部分に使用する。破線部分は商品の形状を表示するもので、商標の一部ではない。」



商標の記述：「本件は色彩商標であり、商標図案に示す色彩は、二種類の色調の緑色および三種類の色調の青色による帯状の組み合わせである。左から右へ順に浅緑、緑、濃い青、薄い青、青などの五種類の色によって構成されており、その比率は 20%、10%、15%、5%、50%となっている。固定した順序と比率を保つため、商品のサイズおよび使用スペースによって、図案の大きさが変動する。」

厳密な定義で色彩の登録保護を希望するならば、出願人はさらに、商標の記述のなかで、特別に国際的に通用する色見本コードをもってその色彩を定義して、出願した色彩商標が識別性およびその主張する権利の範囲を具えているか否かを具体的に認定してもらうことができる。例えば、「本件は色彩商標であり、商標図案に示すように、緑色は色番号 Pantone 348C で、指定商品の小箱の蓋に使用する。破線部分の箱の形状は商標の一部ではない」とする。

4.2.3 識別性

色彩商標を登録できるようにするには、他の形態の商標と同じく、その色彩商標が商品または役務の出所を示して、消費者が他人の商品または役務と区別できるようにしなければならない。

色彩商標、特に単一色の色彩は消費者の認識では多くが装飾的な性質のものなので、通常は先天的識別性を具えていない。色彩を組み合わせた商標は、二種類以上の色彩の組み合わせなので、色彩の選択または比率の配分などに独自性があるならば、先天的識別性を具えている可能性は単一色の色彩より高くなる。そのため、色彩の組み合わせに先天的識別性があり、消費者に商品または役務の出所を識別させることができるならば、後天的識別性を獲得したことを挙証するまでもなく、登録することができる。但し、あえて言えば、色彩を組み合わせた商標は図形によってデザインされた一般の商標に比べて、先天的識別性を具えるのは容易でない。通常は後天的識別性を獲得したことを挙証しなければならず、証明してはじめて登録することができる。

後天的識別性の証明については、出願人が広告または販促のときに、特に特定の色彩を強調した場合、例えば、「この特別な色を見分けてください」「この素敵な色を探してください」「オレンジ色の小箱を探してください」「特別な色」などにより、消費者にその特定の色彩が商品または役務の出所を示す標識であると教え込むのであれば、商標の識別性を証明するのは、より容易になる。このほか、色彩を指定商品または役務に使用する際の使用量、使用期間の長短、販売状況、広告に対する支出、消費者調査レポートなどもまた、色彩が識別性を具えているか否かを判断する際の検討要素となる。通常、単一色が使用によって後天的識別性を獲得するのは、色彩の組み合わせより難しい。そのため、出願人は、その単一色を特定の商品または役務に用いるのは極めて例外である、または尋常な状況ではないことを証明するほかはない。

4.2.3.1 説明的な色彩

色彩が、使用を指定する商品または役務の品質や用途、原料、関連する特性を説明するもので、関連する消費者にそれが商品または役務の識別標識であると認識させることができないならば、登録することはできない(商 29 I ①)。例えば、色彩が商品の味を説明する

ものとして、赤色はトマト味またはイチゴ味を代表し、黄色がレモン味、緑がペパーミント味などを代表することが可能ならば、赤色、黄色、緑色などをそれぞれ、トマトまたはイチゴ、レモン、ペパーミントの味に関連する商品に使用すると指定しても、当然ながら登録することはできない。また、例えば、色彩をヘアカラー製品に使用する場合、通常はヘアカラーリング後の髪の色について説明するものなので、黒色、褐色、金色をヘアカラー製品において登録することはできない。

4.2.3.2 慣用されている色彩

慣用されている色には、業者が特定の商品または役務に対して広く使用している色彩が含まれている。一般大衆が周知している色および商品本体の自然色は全て登録することができない(商 29 I ②)。例えば、「赤色」は消火器に慣用されている色彩であり、消火器製品に使用すると指定されている。白色は牛乳製品本体の自然色であり、牛乳製品に使用すると指定されている。薄褐色は麻縄やゴザの自然色であり、縄やゴザ製品に使用すると指定されている。

慣用されている色の商標が一人の人物によって専用されたなら、公平な競争に深刻な影響を及ぼすので、後天的識別性を証明する方式で登録することはできない(商 29 II)。

4.2.3.3 その他、識別性を具えていない色彩

色彩は往々にして、文字や記号、図形などと結合して、提供する商品または役務に使用されるが、消費者は文字や記号、図形を抜き出して、単独で色彩を商品または役務の出所を示す識別標識とみなすことはあまりない。しかし、商品自体またはその包装の外観の色彩は通常、装飾的な美観を目的としており、業者が通常、あまり使用しない色が識別性を具えているというわけではない。例えば、デンタルフロス製品は清潔でさわやかなイメージを重視する。そのため、白色はこの種類の商品でよく使用される色彩である。黒色はたとえ、業者があまり使用しない、またはあまり目にする色でないと

しても、これをデンタルフロス製品に使用するとして出願した場合、その黒色は商品自体の色なので、消費者は単独で、その色を商品の出所の識別標識とすることはなく、商標の先天的識別性を具えてはいない(商 29 I ③)。

4.2.4 機能性

機能性を具えている色とは、使用を指定した商品または役務において、その使用目的や技術効果を達成するのに必要な色、商品または役務のコストや品質に影響を及ぼす色を指す。例えば、黒色を太陽エネルギー収集装置製品に使用すると指定したり、銀色を建築用断熱材製品に使用すると指定するのは、黒色は熱を吸収しやすく、銀色は太陽光を反射して物体自体のエネルギー吸収率を低めるからである。それぞれは太陽エネルギーの収集装置製品または建築用断熱材製品が機能を発揮するために必要な色なので、公益性を考慮して、登録できないとすべきである。そのほか、色彩は社会の一般通念によって、特定の意味を表し、機能性を具えていることがある。例えば、赤色やオレンジ色は一般に、危険または警告のメッセージを表すとされている。そのため、交通信号機製品などでは機能性を具えているので、登録を許可しない(商 30 I ①)。

5. 音の商標

5.1 定義

音の商標は、単純に音自体を標識とするもので、聴覚をもって商品または役務の出所を区別する方法である。音の商標では、音楽的な性質のものを商標とすることができる。例えば、曲の一節や歌の一節などがある。非音楽的な性質の音、例えば、人のせりふやライオンが吠える音声も可能である。しかも、その音自体はすでに商品または役務の出所を示す機能を具えている。

5.2 音の商標の審査

5.2.1 商標図案

音楽的な性質からなる音の商標は、商標図案では五線譜または数字譜で表示しなければならない。非音楽的な性質の商標は、五線譜や数字譜で表示することができないので、文字をもってその音を明確かつ完全に説明しなければならない。それには音の商標が有する特徴を含み、また、これを商標図案とする（商施 18 I）。例えば、「本件は音の商標であり、人が台湾語で大声でいう『福氣啦（おめでたい又は幸運を共有するに近い意味）』によって構成される」又は「本件は音の商標であり、牛が石畳の道を歩くひづめの音が二つと、その後に牛の鳴き声の一声（clip, clop, moo）から構成される」となる。音楽的性質と非音楽的な性質を具えた音の商標については、商標図案で音楽的な性質の部分を表示し、商標の記述ではその間にはさまれるせりふやその他の非音楽的な性質の部分の説明しなければならない。

5.2.2 商標の記述および商標見本

音の商標を五線譜または数字譜で表示する場合、出願人は商標の記述を提出し、文字で音に関する説明を行わなければならない（商施 18 II）。商標が単純な楽音の場合、例えば、「Nokia Tune」という商標では、商標図案自体で明確かつ完全に商標を表示しているので、商標の記述では、「本件は音の商標であり、その音は商標図案に示す楽譜によって構成される」と簡単に説明するだけである。しかし、商標が楽音および歌詞以外に、せりふやその他の特徴がある場合は説明しなければならない。「Enrich your life 国泰世華銀行」という商標を例にとると、商標図案は楽譜からなる。商標の記述は「本件は音の商標であり、男声の重唱形式をもって共鳴感および豊かなイメージを表現する。商標図案に示す音符に沿って『ENRICH YOUR LIFE』と歌う」とある。また、「万応白花油の歌」の商標図案は楽譜からなり、商標の記述は「本件は音の商標であり、児童の声で願書に添付した音符のとおり歌い、それに合わせて唱えること

から構成されている。本件の音の商標の歌詞は『僕には仲良しの友達がいる。いつでもどこでも僕のことを思っているよ。ララララ、万応白花油。元気をつけ、頭をすっきりさせ、頭痛もなくなる。(せりふ：白花油！ 蚊や虫にかまれても腫れないよ、イエー!)、ララララ、万応白花油』である」となっている。

五線譜または数字譜で表示できない音の商標で、出願人が商標についてすでに文字で説明しており、その性質が商標の記述に類似しているときは、別途に商標の記述を提出する必要はない。

音の商標は聴覚を利用して認知するものなので、音楽的な性質の商標がたとえ、楽譜または数字譜で明確かつ完全に商標を表示できるとしても、審査においては直接にその音を聴くほうが容易である。非音楽的性質の商標においては、音見本による補充に頼ることになる。それゆえ、出願人は音を記憶させた電子媒体を添付しなければならない。その形式は商標の主務官庁の公告に符合させて（商施18Ⅲ）、審査に利するようにならなければならない。

商標図案は商標の権利範囲を決定する主体であり、商標の記述（音楽的性質の商標の場合）と商標見本は商標図案を助けて、商標の権利範囲を確定するものである。したがって、商標の記述および見本は商標図案と一致しなければならない。出願人は出願時に、その商標図案と商標の記述の正確性に注意を払って、保護を得ようとする商標の内容を間違いなく表示することが望ましい。

5.2.3 識別性

音の商標を登録できるようにするには、他の形態の商標と同じく、その音自体が商品または役務の出所を示して、消費者が他人の商品または役務と区別できるようにしなければならない。音の商標は普通、業者の経営理念や商品、役務の特色を表示し、または広告に流される背景音楽として、消費者の注意を引きつける。したがって、常日頃使用することで、消費者はその音を特定の出所と結びつけることになる。このとき、その音にはじめて、出所を示すという商標

の機能が生まれるので、登録することができる。但し、音の商標が先天的識別性を具えている可能性を排除しない。通常は単純なメロディー、キャッチフレーズやスローガンを読み上げる方法で出願するが、往々にして使用により後天的識別性を獲得しなければならず、そうしてはじめて、登録許可を得ることができる。例えば、簡単な音符にのせた「通信のよき隣人」というフレーズを携帯電話に使用すると指定したり、または一般的な歌や長すぎる曲などは原則として、後天的識別性を証明しなければならず、証明してはじめて登録を許可される（商 29 II）。但し、高度な識別性を有する商標の簡潔で短い音声は先天的識別性を具えていると判断される可能性がある。例えば、ソプラノで歌う「Hi life、Hi life 萊爾富」（コンビニエンスストア）、男声で歌う「YAHOO」などでは、「Hi life」、「萊爾富」および「YAHOO」が高度の識別性を具えている言葉なので、消費者はこの声を聴けば、すぐさま、その音声が特定の出所を伝えていると意識する。したがって、商品または役務の出所を示す機能があり、先天的識別性を具えている。

5.2.3.1 説明的な音声

音声の使用を指定した商品または役務の品質や用途、原料または関連する特性を説明するもので、関連する消費者にそれが商品または役務の識別標識であると認識させることができないときには、登録することができない（商 29 I ①）。例えば、有名なクラシック音楽の一節を音楽演奏に使用する役務や、ありふれた犬や猫の鳴き声をペット用品やペット医療に用いる役務などである。

5.2.3.2 慣用されている音声

慣用されている音声とは、業者が特定の商品または役務に対して広く使用している音声で、すでに一般大衆が周知しているものを指す。消費者はこれによって出所を識別することができないばかりでなく、一人の人物が排他的な専用使用権を取得して公平な競争に影響を及ぼすことを避けなければならないので、その登録を許可すべきではない（商 29 I ②）。例えば、デパートがしばしば、歌手の費

玉清が歌う「晩安曲」で顧客に営業時間がまもなく終了するのを知らせるが、これはデパートの役務で慣用されている音声である。「乙女の祈り」はゴミ収集車が流して、ゴミ収集中であることを告げる曲で、清掃業務の役務で慣用されている音声である。「結婚行進曲」は婚礼の際に流される曲で、結婚式場での役務で使用されたり、婚約時に招待客に配る菓子の「喜餅」にも利用されており、慣用されている音声となる。

慣用されている音声が一人の人物によって専用されたならば、公平な競争に深刻な影響を及ぼすので、後天的識別性を証明する方式で登録することはできない。

5.2.3.3 その他、識別性を具えていない音声

機械の操作に合わせて設定した音、例えば、小売役務でのレジスターの精算処理時のチンという音、電子レンジで調理完了時のチンという合図音、携帯電話のベル音は原則として、全て先天的識別性を具えていない（商 30 I ③）。このほか、幼稚園に係る役務での子供の笑い声や、教育の場で、または娯楽や競技の際の歓呼の声や拍手の音など、消費者が出所を識別する標識とすることができないものも、先天的識別性を具えていない。一般の歌や長すぎる曲については原則として、商標が出所を示す機能を具えておらず、後天的識別性を獲得したことを証明する必要がある、証明後にはじめて登録することができる。

5.2.4 機能性

音声の商品または役務の用途や使用目的にとって不可欠である、または商品または役務のコストや品質に影響する場合は機能性を具えているので、登録することができない（商 30 I ①）。機能性に係る音声には、機械設備が正常に操作されているとき、自然に発する音が含まれる。例えば、バイクやバイク用エンジンにおけるエンジンの音、カメラにおけるシャッターのカシャという音は全て、機能性を具えている。このほか、救急車が発するサイレンは救急車に

よる搬送や救難支援の搬送に係る役務においては、警告の機能を具えている。車両をバックさせる際に運転手に注意を促すために発する周波数の異なるピッピッという音もまた、車両輸送製品では機能性を具えた音となる。

6. 動きの商標

6.1 定義

動きの商標とは連続して変化する動的映像を指し、しかも、その動的画像自体はすでに商品または役務の出所を示す機能を具えている。動きの商標が保護しようとするものは、その動的映像が生み出す商業上のイメージ全体である。そこで、その動的映像全体に対して商標権を取得することになるが、その変化過程において現れる文字、図形、記号などの部分は単独で商標権を取得していない。もし、その文字や図形などの要素の商標権を取得しようとするならば、別途に一般的な文字や図形の商標を出願しなければならない。

6.2 動きの商標の審査

6.2.1 商標図案

動きの商標は連続的な映像から構成されるので、商標図案は動的映像の変化過程を表示した静止画像となる。その映像変化の複雑度によって、その動的映像を明確かつ完全に表す静止画像の枚数が異なる。単純な動的映像は2枚ないし4枚の静止画像で完全に表すことができる。変化が複雑な動きの商標はさらに多くの静止画像を必要とし、そうしてはじめて完全に表現することができる。出願人は当局のデータシステムに合わせ、また審査面での利便のために、6枚を上限として静止画像を商標図案として提出し、その映像の変化過程を表示しなければならない。

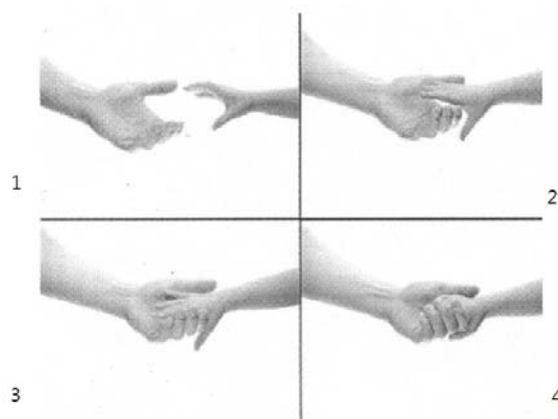
動きの商標の重要な特徴については、出願時に添付する商標図案中で明確かつ完全に表示しなければならない、その後、出願人が補充

するその他の静止画像は、出願時に提出した商標図案に包括されるので、その補充は出願日に影響しない。もし、その後に提出したその他の静止画像が原商標図案にない商標の特徴を表示しているならば、前に添付した商標図案とは同一の商標ではないので、商標図案を提出後に実質的変更を行うことはできないという規定に違反することになる（商 23）。

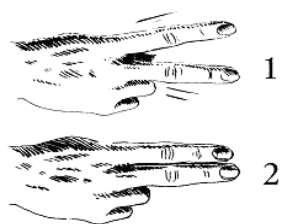
6.2.2 商標の記述および商標見本

出願人は商標の記述を提出して、順序に沿って動的映像の連続的な変化過程を説明しなければならない(商施 16Ⅱ)。その記述は明確かつ詳細でなければならず、これらをもって商標図案で表すことのできなかつた連続的動作を補充する。このほか、その動的映像を構成する静止画像の枚数を明示する必要がある。

事例：



商標の記述：「本件は動きの商標であり、商標図案に示すように、大人の片手および子供の片手の動的映像から構成される。画像は4枚からなり、一枚目、二枚目の画像では、大人の手と子供の手が徐々に近づき、三枚目、四枚目の画像では大人の手と子供の手がふれあい、握り合う。」



商標の記述：「本件は動きの商標であり、商標図案に示すように、2枚の画像からなり、人差し指と中指をハサミのように連続的に開閉させる動作で構成される。」

動きの商標は連続して変化する動的映像であり、商標見本の助けによって、動的映像の全細部を真に表示することができる。それゆえ、出願人は動的映像を記憶させた電子媒体を添付し、そのファイル形式は商標の主務官庁の公告に符合させて（商施16Ⅱ）、審査に利するようにならなければならない。

6.2.3 識別性

動きの商標を登録できるようにするには、その他の形態の商標と同じく、その動きの商標が商品または役務の出所を示して、消費者が他人の商品または役務と区別することができるようにしなければならない。

動きの商標や、電子製品の特定のソフトまたは機能を起動し、開くとき、待ち時間に現れる動的画面、またはマルチメディアを利用した動画広告については、消費者は通常、それらの動的映像を商品または役務の出所を直接示す標識とみなすことはないので、原則として先天的識別性を具えてはいない。但し、使用することによって、消費者がその動的映像を特定の商品または役務の出所と結びつけることはあり得る。そのときにはその動的映像にはじめて出所を示す機能が生じるので、後天的識別性を獲得することになる。動きの商標で高度な識別性を具える図形又は文字商標を含むものについては、消費者が始めて当該動的映像に接触した際に、当該動的映像が特定の商業の出所に関するものと意識できるだけでなく、当該動的映像を特定商品又は役務の出所を指示する標識とする場合には、先天的識別性を有する。

事例：



マイクロソフトの図形商標として、当該商標は該会社のコンピューター関連商品に広く使用され、高度な識別性を具えている。マイクロソフトが動的方法で該図形商標をコンピューターソフト商品の起動時に表示される短い動的画面とし、消費者がそれに接触した際に、該動的映像が特定の出所を表現していると直接意識し、且つそれを商品又は役務を指示する標識と見なすことができるため、先天的識別性を有する。

伝統的商標においては、単純な幾何学的図案または装飾的図案は通常、識別性を具えていないという理由で登録を拒絶される（商29 I ③）。但し、動きの商標においては、その動的変化の過程自体が一定の商業的イメージを伝えており、かつ、すでに消費者がそれを商標と認識したものでありさえすれば、識別性を具えていると認定することができる。例えば、動きの商標が一つの光環の動的変化の過程によって構成されるもので、その光環の出現とともに、その輝度が暗いものから明るくなり、光環が完全に姿を現した後、また徐々に暗くなってゆく。その光環は一つの単純な環だが、動的変化の過程を消費者が目にして出所を識別する標識であると認識したときには、登録することができる。

動きの商標の識別性の判断に関しては、動的映像の時間の長さおよびその複雑度などを考慮することができる。一般に、時間が長すぎるか、商業効果や内容が多すぎるフィルムは、商標の識別性を具えていると認定するのは難しい。このほか、使用を指定した商品または役務の関連業者が動的映像を運用して、商標として推進している状況もまた、消費者がそれを商標と認識しているか否かの検討要素とすることができる。

動的映像が、指定した商品または役務の品質や用途、原料、産地の描写または関連する特性の説明からのみ構成されている場合、例

えば、商品の洗浄効果を展示するフィルム、商品の組み立てに係る動的フィルム、運動や技術・工芸に係る指導フィルムなど、あるいは業者が特定の商品または役務について共同で使用する動的映像、例えば、ミルクパウダーを熱湯に溶かすのを撮影したフィルム、単純に茶園やコーヒー園を表したフィルムなどは、関連する消費者にそれが商品または役務の識別標識であると認識させることができないので、登録することはできない（商 29 I ①）。

6.2.4 機能性

動的映像が表現する内容が、商品または役務の用途や使用目的に不可欠である、または商品または役務のコストや品質に影響を及ぼすものならば、機能性を具えている。例えば、時を告げる時計における振り子の往復動作、自動車製品における車のドアの垂直開閉動作などである。これらの動的映像は公益に基いて考慮し、後天的識別性の獲得による登録を許可することはできない。

7. ホログラム商標

7.1 定義

ホログラム商標とは、ホログラムを標識とするもので、しかも、そのホログラム自体がすでに、商品または役務の出所を示す機能を具えているものを指す。ホログラムは1枚のネガフィルムに同時に数枚の映像を収める技術（ホログラフィー）を利用したものであるため、立体的な映像を表現することができる。幾つかの画面または一つの画面でもよく、しかも、見る角度の違いによって虹彩の変化が見られる。ホログラムは普通、紙幣やクレジットカード、その他、価値のある製品の安全、偽造防止に使用され、また、商品の包装や装飾にも利用される。

ホログラムには二種類の状況があり得る。一つは視角に合わせて変化するものではなく、単一の画像のみである。この画像は視角が変わると光と影が生じる。もう一つは視角の差異によって、画像が

変化していくもので、これは複数の画像が生じる。

7.2 ホログラム商標の審査

7.2.1 商標図案

ホログラム商標の図案とは、ホログラムを表示する透視図である。ホログラムが単一の画像の場合、1枚の透視図を添付する。ホログラムが視角の差異に伴って、異なる画像が生じ変化するときには、画像の変化を表示する4枚以下の透視図を提出して、そのホログラム商標を完全に表示しなければならない。ホログラム商標が視角の差異によって異なる画像が生じる場合、これらの画像は単一の商業的イメージを生み出すものでなければならない。もし、その後に提出した、その他の角度からの透視図が原商標図案にない商標の特徴を表す場合は、前に添付した商標図案とは同一の商標ではないので、その際、商標図案を提出後は実質的な変更を行ってはならないという規定に違反することになる（商23）。

7.2.2 商標の記述および商標見本

ホログラム商標の図案はホログラムの画像の特徴のみを表示するので、往々にしてそのホログラム効果を完全に表示することができない。それゆえ、出願人は商標の記述を提出して、そのホログラムを説明しなければならない。ホログラムが視角の差異によって画像に変化が生じるのであれば、それぞれの透視図の変化状況を説明して、出願したホログラム商標が主張する権利範囲を明確に認定できるようにしなければならない。例えばホログラムの商標図案が、見る角度のみによりホログラム効果である虹の変化が現れる場合、商標の記述は、「本件はホログラム商標であり、その画像は商標図案に示すように、見る角度の変化に伴い、ホログラム効果である虹彩の変化が現れる。」とすることができる。商標図案が立体的効果を具える又は見る角度により差異が生じ画像がつぎつぎと変化する場合には、詳細な商標の記述を提供し、該立体的効果又は各透視図の変化の状況を説明しなければならない。

事例：



商標の記述：「本件はホログラム商標であり、黒を背景に青色の VIDEO FUTURE という外国文字がある。また、青色の球体が 3 個浮かび上がり、その球体には白色を使った VF という文字が表示されている。球体同士は青色の波状の筋で相互に結びついている。」

審査において必要と判断したときには、出願人に通知して、商標見本を提出させることができる。特にホログラムが視角の差異によって異なる画像が生じ変化する場合は、商標見本を提出して審査に利するようにするのが望ましい。

7.2.3 識別性

ホログラムはホログラム効果を具えた標識であり、伝統的な平面商標と異なるところは主に、ホログラムはホログラフィーによって色彩の変化が生じる、または立体的画像を生み出すということである。さらには、視角の違いによって、異なる画像を表示することが可能である。しかし、原則として、ホログラム審査の重点は伝統的な平面商標と異ならない。その識別性の判断では「商標の識別性審査基準」を適用して、図案中の識別性を具えていない事柄が商標権の範囲に疑義を生じさせるおそれがあるか否かを判断しなければならない。しかも、権利不要求を必要とするならば、「権利不要求の審査基準」を適用して判断を下さなければならない。ところで、ホログラムは多くが偽造防止安全機能に用いられており、消費者の認識もまた、同様である。したがって、ホログラムを商標として登録するには、消費者がこれを商品または役務の出所とみなしているのであって、偽造防止機能を具えたラベルまたは商品の装飾にすぎな

いと見ているのではないことを証明しなければならない。

7.2.4 機能性

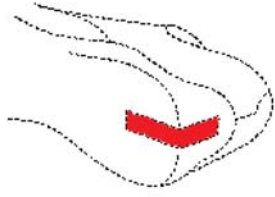
ホログラムはホログラフィー効果を具えた標識であり、その審査の重点は原則として、伝統的な平面商標と同じであることはすでに述べたとおりである。したがって、機能性はホログラムの審査の重点にはならない。もし、個別案件において機能性に関する疑義があるときには、機能性の定義によって判断しなければならない(本基準 2.3 を参照)。

8. その他の非伝統的商標

本法に例示していない非伝統的商標を出願するには、出願人は商標図案を添付しなければならない。商標図案が商標を明確かつ完全に表示することができないならば、商標の記述、さらには商標見本を提出して審査の際にその権利範囲を明確に特定させ、また、第三者が登録公告によって登録商標およびその権利範囲を確認できるようにしなければならない。

位置商標を例にとると、伝統的な平面の文字や図形の商標、新たなタイプの色彩や立体の商標は全て、商品または役務の特定位置に使用することが可能である。もし、その位置が商標識別の重要な特徴であり、その文字や図形、色彩、立体的形状をその特定位置に用いないと、商品または役務の出所を示す機能を喪失する可能性があるならば、位置商標の性質を具えていることになる。例を挙げると、靴のかかとの中央の位置から靴底に向かって表示された赤色の帯状の場合、その赤色の帯状のものはその特定の位置から離れると、その識別性を失う。位置商標を出願する際、商標図案では破線を用いて商標を使用する商品または役務での位置を表示し、また、商標の記述では商標本体およびその使用方法、位置などを詳しく説明しなければならない。

事例：



商標の記述：「本件は位置商標であり、靴のかかとの中央の位置から靴底に向かって表示された赤色の帯状のものによって構成される。破線部分は靴の形状を表し、商標の一部ではない。」

匂い、触覚、味などは視認できる商標ではない。その商標図案をいかにして明確かつ正確なものとし、完全で客観性、持久性のある分かりやすい方法で表示できるか、あるいは、文字による説明、商標見本の補充を助けとして、いかにして商標を明確かつ完全に表示できるかについては、単純に文字による描写をもって商標図案とするフィージビリティを排除しないにしても、審査および公告の作業技術面でもなおも困難がある。ところで、これら匂いや味、触覚など認知可能な標識をもって商品または役務の出所を区別するとしても、審査時にはいかにして、商標見本の添付を要求して、それと商標図案との間で相互参照できるようにし、それによって保護を求めらる対象を確認するか。当局にあつては審理手続きの細かい規則を公告するまで、審査時には個別案件において提出された商標図案、商標の記述および商標見本などの関連資料について、本基準の関連規定を準用して審査を行わなければならない。

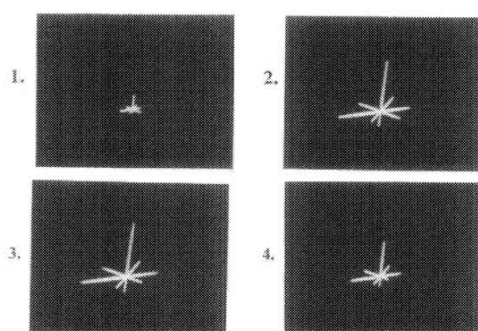
その識別性と機能性の審査については、本基準の規定を準用しなければならない(本基準 2.2 ; 2.3 を参照)。匂いを例にとると、商品自体の匂いとしては、香水製品に使用を指定する花の香り、調味料またはフラワーティーに使用を指定するハーブの香り、そのほか、商品の香り付けによく使用するものとして、食器洗剤や衣服洗剤に添加されるレモンやかんきつ類の香りがあるが、全て識別性を具えていない。商品自体の嫌な匂いや鼻を刺す臭いを隠すために用いるものについては、例えば、漂白剤の鼻を刺す臭いを隠すレモンやラ

ベンダーの香りは機能性を具えており、全て商標として登録することはできない。

9. 結合による非伝統的商標

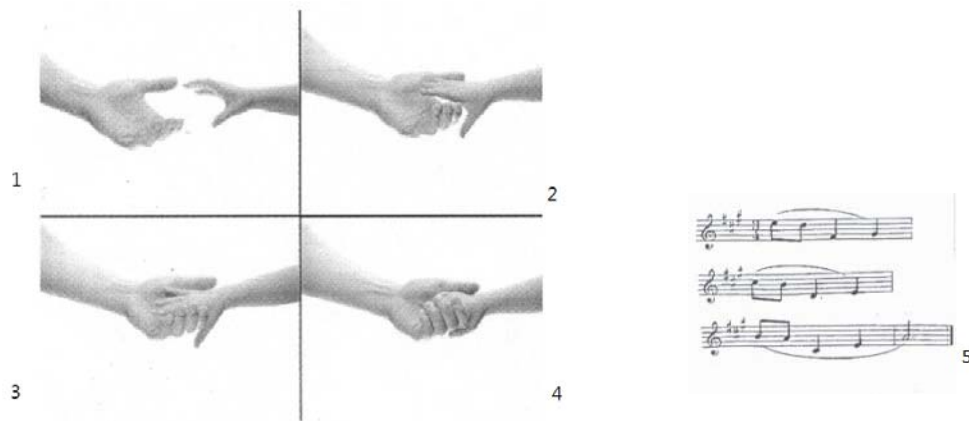
非伝統的商標には、結合という方式で出願される状況もある。商標の表示方法は原則として、視認できる部分は商標図案に表示し、視認できない部分は商標の記述によって説明を加えることになっている。但し、視認できない部分が音楽的性質の音の商標のときには、五線譜または数字譜の商標図案でその音を表示しなければならない。そのほか、その商標の形態によっては商標見本を添付しなければならない。審査の際、参考とする見本を必要とすると判断するときには、出願人に通知して、商標見本を提出させることができる（商施 13 I）。よく目にする、音と動きの商標が結合された商標を例にとると、商標図案ではその動きの連続した静止画像を表示し、音の部分はその動的映像を構成する静止画像の個数およびその画像の変化過程などの細部を併せて、商標の記述において説明しなければならない。

事例：



商標の記述：「本件は音と動きの結合商標であり、音は約 2 秒間続く激しい爆発音、それに伴う動的映像は一つの星の光である。商標図案は 4 枚の画像からなり、画像 1 から画像 4 まで、その星の光が小さいものから徐々に大きくなり、その後、徐々に小さくなって

いく。」



商標の記述：「本件は音と動きの結合商標である。動的映像は大人の手と子供の手から構成され、それは4枚の画像からなり、画像1から画像2までは大人の手と子供の手が次第に接近し、画像3から画像4で、大人の手と子供の手が接触し握り合う。動的映像に伴う音は五番目の図が示す楽譜によって構成される。」

結合式非伝統的商標の識別性および機能性に関しては、その組み合わせの部分には本基準の判断原則によって審査を行うことができる。その結合商標全体が識別性を具えている場合は、商品または役務の出所を示す機能を具えている。しかしながら、その組み合わせの部分または構成要素が識別性を具えておらず、しかも商標権の権利範囲に疑義が生じる状況、もしくは機能性を具えている状況に該当するならば、権利不要求を表示するか、商標図案に破線で表示しなければならない、そうしてはじめて登録を許可することができる。

10. 非伝統的商標と意匠権および著作権との競合関係

10.1 意匠権との競合関係

商標がその機能を発揮するために必要な場合は、登録することができない。主に、技術性および機能性を具えた創作においては専利制度によって保護しなければならない、特許権の存続期間が満了後は、

何人であれ、その技術を自由に利用して、技術の発展を促進させることができる。一方、意匠権とは、物品の形状、模様、色彩またはそれらの組み合わせに関して、視覚を通して訴える創作を指し、技術や機能の創作には該当しない。市場の公平な競争に影響する可能性はあるが、実用新案権と特許権が具えている実用的な機能性と比べると、その影響力は低い。そのため、非伝統的商標、特に立体的形状は同時に、商標法と専利法の保護を得ることが可能である。但し、重要なことはその外観のデザインが商標による保護を受けるには、商品の出所を示す機能を具えていなければならないことである。このほか、意匠権を取得した立体的形状の設計は、その権利期間中は排他的に使用することができるが、その立体的形状が識別性を具えていないならば、その排他的使用によって、本来、識別性を具えていない立体的形状の設計が識別性を獲得することはない。そもそも、立体的形状の設計が識別性を具えているか否かは意匠権を取得する要件ではない。すなわち、識別性を具えていない一つの立体的形状の設計は、その設計上の創意によって意匠権を取得できにすぎず、これによってさらに識別性および商標権を取得するのは不可能である。但し、以下の場合はこの限りではない。その意匠権者が挙証して、その先天的識別性を具えていない製品の形状設計を出願人が使用し、しかも、取引においてすでに出願人の商品を示す標識となって、他人の商品と区別できることを証明した場合、商標取得の第二層の意義に基づいて、後天的識別性を具えているものは、その登録を許可する(商 29 II)。

10.2 著作権との競合関係

わが国の著作権法の立法目的は著作者の著作に係る権益を保障し、社会の公共利益を調和させて、国の文化的発展を促すことである(著 1)。これは商標法の立法目的とは異なる。著作の使用は極めて広く、商品または役務の出所を識別する商標として使用する可能性がある。そのため、立体的形状や動的映像、ホログラムなどが同時に商標法と著作権法の保護要件に符合するならば、商標権と著

作権を同時に取得することができる。