

新しいタイプの商標の識別性について

1. 新商標WGにおける検討の方向性

現行では、出願された商標のうち識別力を有するものに限って商標登録が認められている。新しいタイプの商標についても、識別力を有するものに限って登録を認めることが適切と考えられる。また、使用により識別力を獲得したものについても登録を認めることが適切と考えられる。なお、新しいタイプの商標については、全体として第3条第2項（使用による識別力の獲得）に該当しない限り識別力が認められないものが多くなると予想される。

そこで、新しいタイプの商標についても、識別力がないものや、公益上の理由等から独占が適当でないものは登録を認めないようにする必要がある。また、識別力のないものであっても、使用された結果、識別力が認められるに至ったものについては、その登録が認められるようにする必要がある。

（1）動きの商標

動きの商標の識別性については、標章の定義に標章の形状等が変化するものが含まれることを条文上明確化することから、識別力がない動きの商標には現行の第3条第1項各号の規定が適用されることとなると考えられる。

（2）ホログラムの商標

ホログラムの商標の識別性については、標章の定義に標章の形状等が変化するものが含まれることを条文上明確化することから、識別力がないホログラムの商標には現行の第3条第1項各号の規定が適用されることとなると考えられる。

（3）輪郭のない色彩の商標

輪郭のない色彩の識別性については、本来、色彩は商品等の美観を高めるためなどに使用されるものであり、輪郭のない色彩の商標を指定商品・役務において普通に用いられる方法で使用する場合には識別力がないと考えられることから、識別力の要件に関する第3条の規定を整備することが適切と考えられる。なお、輪郭のない色彩の商標については、複数の色彩を組み合わせたものと、単一の色彩によるものがある。このうち、特に単一の色彩によるものについては、第3条第2項（使用による識別力の獲得）に該当しない限り識別力が認められないものが多くなると予想される。

（４）位置商標

位置商標の識別性については、標章がそれ自体では識別力を発揮しない場合であっても、当該標章を商品等の特定の位置に付すことで識別力を獲得する場合があることから、識別力の要件に関する第３条の規定を整備することが適切と考えられる。また、識別力のない標章であって、位置によっても識別力が認められない場合においても、商品等の特定の位置に使用をされた結果識別力が認められるものについては、登録が認められるよう併せて規定を整備することが適切と考えられる。

（５）音の商標

音の商標の識別性については、その指定商品・役務において当該商品・役務から普通に生ずる音響は、識別力がないと考えられることから、識別力の要件に関する第３条の規定を整備することが適切と考えられる。

２．現行制度

（１）商標法第３条第１項各号

商標法第３条第１項各号は識別性に着目した拒絶理由を規定している。同項第１号は普通名称、第２号は慣用商標、第３号は品質表示など、第４号はありふれた氏又は名称を表示する標章、第５号は極めて簡単かつありふれた標章、第６号は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できない商標を拒絶理由としている。識別性の判断にあたっては、自他商品・役務の識別機能とともに独占適応性も問題とされる^１。

同項各号の識別性は、商標全体として識別性があるか否かで判断されるものであり、識別性のない文字・図形などのみで構成されている商標は、拒絶の理由に該当する。

地模様（例えば模様のなものの連続反復するもの^２）や標語（例えばキャッ

^１ 最三小昭和５４年４月１０日判時９２７号２３３頁「ワイキキ事件」（商標法第３条第１項第３号に掲げる商標が商標登録の要件を欠くとされているのは、このような商標は、商品の産地、販売地その他の特性を表示記述する標章であって、取引に際し必要適切な表示としてなんびともその使用を欲するものであるから、特定人によるその独占使用を認めるのを公益上適当としないものであるとともに、一般的に使用される標章であって、多くの場合自他商品識別力を欠き、商標としての機能を果たし得ないものであることによるものと解すべきである。）

^２ 東京高判平成１２年１月１８日（平成１１年（行ケ）１５６号）「トランプ模様事件」（トランプ札の格子状の規則的な地模様について、裁判所は地模様であっても特徴的な形態が見いだされれば自他商品識別機能を有する場合もあることを言及しつつも、本件では特徴的な部分を見いだ

チフリーズ³⁾も、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ない商標として登録できない。

（２）商標法第３条第２項

商標法第３条第１項第３～５号に該当する標章であっても、特定の者が長年その業務に係る商品又は役務について使用した結果、その商標がその商品又は役務と密接に結びついて出所表示機能を持つに至った場合、商標法第３条第２項の規定に基づき商標登録をすることができる。その判断にあたっては、使用に係る商標及び商品・役務、使用開始時期及び使用期間、使用地域、当該商品・役務の販売数量等並びに広告宣伝の方法及び回数等を総合考慮して、出願商標が使用をされた結果、需要者がなんぴとかの業務に係る商品・役務であることを認識することができるものと認められるかどうかによって決すべきものとされる⁴⁾。

使用に係る商標において出願に係る商標には表示されていない文字や図形などが表示されて使用されている場合に、両商標の同一性の判断にあたって問題が生じる。立体商標に関する判例によると、使用に係る立体的形状に文字等が付されていたという事情のみによって直ちに使用による識別力の獲得を否定することは適切ではないとされ、文字等の外観等を考慮し、それが付されていたとしてもなお立体的形状が需要者の目に付きやすく強い印象を与えるものであったか等を勘案した上で、立体的形状が独立した自他商品・役務識別機能を獲得するに至っているかを判断すべきものとされる⁵⁾。

すことができないとした。そして、仔細に観察すれば格子模様は楕円と角形を直線上に配列しているものの、全体的印象からすれば地模様を詳細に観察しなければわからない程度のものであり、これをもって特徴的な部分と認めることはできないとした。)

³⁾ 東京高判平成１３年６月２８日（平成１３年（行ケ）４５号）「習う楽しさ事件」（「習う楽しさ 教える喜び」が現に一般にキャッチフレーズとして使用されているかはさておき、取引者・需要者がこれを教育に関する役務の理想方針等を表示する宣伝文句ないしキャッチフレーズであると認識、理解するにとどまり、自他役務の識別標識とは認識しないとして拒絶審決を支持。)

⁴⁾ 東京高判平成１４年１月３０日（平成１２（行ケ）２６５号）「角瓶文字商標事件」

⁵⁾ 知財高判平成１９年６月２７日（平成１９年（行ケ）１０２１５号）「ミニマグライト事件」（懐中電灯のデザインの優秀性などを強調する大規模な広告によりその形状をして出所識別標識と認識されるに至っているものであり、商品に添えられた文字も目立たず周知著名性も認められないことなどすれば識別性獲得の妨げとはならないとした。); 知財高判平成２０年５月２９日判事２００６・３６（平１９（行ケ）１０２１５号）「コカコーラボトル事件」（同一のリターナブル瓶の長期使用、販売実績、アンケート結果などに基づき形状が識別機能を有するに至ったとし、実際の使用の際に Coca-Cola の表示などが付されているとしてもリターナブル瓶の立体的形状に蓄積された識別力は極めて強く、識別力機能を獲得していると認める上で障害とはならないとした。)

3. 諸外国の制度

米国、欧州（C T M（欧州共同体商標）、英国、ドイツ、フランス）いずれにおいても、商標の登録には識別性が要求されるが、この判断基準は原則として商標のタイプに応じて異なるものではないと考えられている⁶。

ただし、色彩そのものからなる商標について、米国では本来的に識別力を有することはないとされ、使用による識別力を獲得した場合に限り登録が認められる⁷。欧州でも米国と同様に事前の使用なく識別性が認められることは考えにくいものとされているが、これは事実上の問題であり、現在の商慣習では必ずしも出所を特定する目的では通常使用されておらず、需要者は商品やその包装の色彩から出所を推定することには慣れていないということに起因するものとされる⁸。

音の商標について、米国では通常の用途で音を発するような商品における音（例えば、目覚まし時計、アラーム又は信号音を出す機器、電話、及び個人用セキュリティアラーム）については、使用による識別力を獲得した場合に限り登録できるものとしている⁹。英国においてはクラシック曲の一部の登録も認められるものの、数小節以上の楽曲が商標として機能することは考えにくいことから、クラシック曲の全体又は大部からなる商標は、商標と認識されないとの理由により拒絶理由に該当するとされることがあるとされる¹⁰。

4. 検討

（1）動きの商標の識別性

動きの商標の識別性は、そこに表示された図形等とそれが時間の経過により変化して見える様子を勘案した上で、全体として判断する必要がある。

①図形等に識別性が認められる動く商標

図形等に識別性が認められる商標については、商標全体として識別性を肯定することが多くなるものと考えられる。例えばブランド名や商品名を表示

⁶ 「新しいタイプの商標に関する調査研究報告書」（平成 20 年 3 月 財団法人知的財産研究所）； ECJ decision of 13.4.2000, Case C-53/01 – Linde, para. 42.

⁷ Trademark Manual of Examining Procedure (TMPEP) 6th Ed., 米国特許商標庁, 1202.05(a) (citing *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara bros.*, 514 U.S. 159 162-163 (1995); *In re Thrifty, Inc.*, 274 F.3d 1349, 1353 (Fed. Cir. 2001)).

⁸ 参照：ECJ, decision of 6.5.2003, Case C-104/01- Libertel, para.65-67

⁹ Trademark Manual of Examining Procedure (TMPEP) 6th Ed., 米国特許商標庁, 1202.15

¹⁰ Manual of Trade Mark Practice, 英国知的財産庁, The Examination Guide, Practice (In alphabetical order), Unconventional Trade Marks 4.2

するロゴが動く商標や、特徴のある広告物が動く商標は、商標全体として識別力があるといえるのではないか。

動きの商標は時間的要素を有するところ、静止画と異なりそこに表示された要素の全てを直ちに需要者・取引者が正確に記憶することは考えがたいことから、需要者・取引者が着目する範囲も自ずと限定的であると考えられる。そのため、動きの商標の構成中に、わずかな図形等に識別性が認められるものを含むものについては、当該部分の映像全体に占める割合、表示される文脈等の種々の構成要素を勘案し、それが動きの商標全体に埋没して認識されるときは、当該わずかな特徴的要素があったとしても、動きの商標全体としては需要者・取引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ない商標ということができないか。例えば動く商標として表示される客体に一瞬だけ特定の商標名が表示されるとしても、需要者・取引者は、その一瞬表示された当該文字を識別標識として認識することはないのではないか。

②図形等に識別性が認められないものが動く商標

図形等に識別性が認められないものが動く商標については、商標全体として識別性を否定することが多くなるものと思われる。一般に動きは、宣伝広告などにおいて注意喚起や装飾的效果を期待し、また特定の立体物の機能を果たすために採用されるものである。このような動きの要素が識別性のない客体に与えられているとしても、需要者・取引者は当該客体を表示するために普通に採用される範疇において特徴を有するものにすぎないと認識するものであって、またこのようなものを特定人に独占させることは、同様の動きの特徴の採択を欲する競業者の自由を制限し公益を害するおそれがあることから、商品の品質又は役務の質を表示するもの又は需要者・取引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ない商標といえるのではないか。例えば、「△」からなる平面商標が左右に移動、回転、点滅する動きの商標、タコ焼き店の店頭のタコ焼きのオブジェなどの立体商標がクルクル回る動きの商標、携帯電話が折りたたまれる動きの商標、車のドアの開閉する動きの商標などは識別性がないものと考えられるのではないか。

ただし、動き方それ自体が非常に特殊なものであり、残像として特定の識別性のある特徴を残す場合には、その動き方に着目して動きの商標全体としての識別性を肯定できることも考えられる。しかし、その場合でも動きの軌跡のみに着目するのではなく、全体を観察したときに視覚上特定の特徴が残

存して見える場合に、例外的にその動きの軌跡に着目して識別性を肯定できることがあるにすぎず、仔細な観察によってその特徴が認められるにすぎない場合には、動きの商標としての識別性を肯定し難いのではないか。

（２）ホログラムの商標の識別性

ホログラムとは、物体にレーザー光などにより干渉パターンを記録したもので、立体的に見えるように記録されたものをいう¹¹。この技術を用いることで、立体的に描写される商標、光の反射により輝いて見える商標、角度により別の画像が見える商標などをフィルム上に描くことができる。ホログラムの商標の識別性を判断する際は、そこに表示された標章とその変化して見える様子を勘案した上で、全体として判断する必要がある。

まず、ホログラムが図形等の装飾目的で施されているときは、識別性の判断は主としてその平面上に表現された要素に着目してなされることが多いといえる。例えば指定商品りんごについてりんごの図形をホログラムにより立体的に描いた商標や「おいしい」を反射して輝く文字で表示する商標については、商品の品質を普通に用いられる方法で表示するにすぎないものといえるのではないか。

ホログラムが平面上に複数の表示面を与えるために使用されているときは、識別性の判断はそれぞれの表示面に描かれた要素に着目して全体の識別性を判断することになる。例えば指定商品りんごについて「おいしい」の文字と「りんご」の文字を別々の表示面に有する商標は、商品の品質を普通に用いられる方法で表示するにすぎないものといえるのではないか。ただし、複数の表示面を含むホログラムは、実際の商取引において需要者・取引者がホログラムの各表示面を仔細に観察することを期待することはできないことよりすれば、その中に識別性が肯定されうる部分があるだけで全体の識別性を肯定することはないのではないか。具体的には、特定の識別性のある表示面が商標全体に占める割合、表示される文脈、他の表示面との関連性などを総合的に勘案して、ホログラムの商標全体に埋没して認識されるときは、わずかな特徴的要素があったとしても、ホログラムの商標全体としては、需要者・取引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ない商標といえるのではないか。

¹¹ 新村出編「広辞苑第6版」（岩波書店 2008）、大島邦夫・堀本勝久「最新パソコン用語辞典」（技術評論社）

（３）輪郭のない色彩の商標の識別性

輪郭のない色彩の商標の識別性は、そこに表示された色彩及び商標の説明文の記述を勘案した上で、全体として判断する必要がある。

他方、商品又はその包装の色彩やその組合せは、本来的には商品の出所を表示する目的を有するものではなく、それが商品と結合して特定の出所を表示するに至る場合があるにすぎないものである。また、色彩の使用は何人も自由に行うことができるものであり、その独占を認めることは本来自由に使用できる色彩の独占を認める結果となることを留意する必要がある。これを踏まえると、色彩の商標を保護するには、少なくともその色彩が他の同種商品と異なるような特徴を有するような特異性があることが必要であり、加えて当該色彩又はその組合せの使用継続の程度、需要者が識別標識として着目する程度なども考慮して検討される必要がある¹²。

商品の色彩や役務の提供の用に供する物の色彩と認識される輪郭のない色彩の商標は、商品又は役務の提供の用に供される物の色彩を普通に用いられる方法で表示するものであり、原則として識別性が認められないのではないか。例えば携帯電話に赤色や、テニスラケットに黄色などは、単に商品の外装色を表示するにすぎないのではないか。

単一の色彩については、色彩は古来存在し何人も自由に選択して使用できるものであり、その色彩自体に特異性が認められるものではないため、通常色彩の使用により出所識別機能が生じる場合はそれほど多くないと考えられる¹³。そこで、特に図形的要素との結合のない単一の色彩については、原則として極めて簡単かつありふれた標章のみからなる商標ということはできないか。例えばショッキングピンクからなる単一の色彩の商標について、「バナナ」を指定商品とした場合であっても、極めて簡単かつありふれた商標といえるのではないか。

色彩を組み合わせる商標については、それが商品や広告などにおいて図形的要素と組み合わせられることなく使用される場合は、一般に商品や広告において使用される色模様や背景色を表示したものとの印象を与えるにすぎないことから、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ない商標ということができるのではないか。例えばトマトに

¹² 知財高判平成18年9月28日（平成18(ネ)10012号、10021号、10022号）「PTPシート事件」

¹³ 大阪高判平成9年3月27日知的裁集29巻1号368頁（平成7(ネ)1518号）「it'sシリーズ事件」

黄色、青色及び緑色を組み合わせた色彩の商標であっても、使用による識別性の獲得なしには識別標識としては認識されないのではないか。

なお、上記に該当する商標であっても、使用による識別性を獲得するに至った場合には商標登録の対象となることが考えられるが、その場合、これまでの使用による識別性の獲得の判断に必要とされる要件に加えて、当該色彩が他の同種商品と異なるような特徴を有する特異性や、その特徴を需要者・取引者が識別標識として着目する程度も重視する必要があるのではないか。

（４）位置商標の識別性

位置商標の識別性の判断は、実線で描写された標章及び破線と位置に関する事項の記述により特定された位置を要素として、商標全体としての識別性を検討する必要がある。

実線で描写された部分に識別性が認められる場合、位置の要素を勘案したとしても識別性が認められる場合が多くなるものと考えられる。

実線で描写された部分に識別性が認められない場合、位置の要素のみを勘案して識別性を獲得したと直ちに判断することは非常に困難である。商標や産地、販売地、品質表示等は表示位置に定型的ルールはなく、それらの表示がどの位置にあるかによって識別性が左右されることは考えにくい。例えばペットボトルのキャップ部分が赤色からなる位置商標や、「ジュース」の文字が商品の側面に大きく表示されている位置商標であっても、いずれも未だ商品の形状の一部や品質を表示するものといえるのではないかな。

なお、破線で描かれた形状は、実線で描かれた標章の位置を特定するために用いられるものであり、破線部分の形状が識別性の判断に影響を与えないようにすべきではないかな。

（５）音の商標の識別性

音の商標の識別性の判断は、音楽、音声又は自然音等の音の商標を構成する要素を勘案して、商標全体としての識別性を検討する必要がある。

①取引上普通に用いられる音

商品又は役務と関連した広告などにおいて取引上普通に用いられている音は、これに接する需要者・取引者はこれを識別標識として認識するものとはいえないばかりでなく、当業者が使用を欲するような音を特定の者に独占させることを公益上適当としないことから、識別性がないものということがで

きるのではないか。例えば、石焼き芋や夜泣きそばのチャルメラの音、クリスマスシーズンになると流れる「ジングルベル」の曲や店の閉店時に流れる「蛍の光」などは、その業界や多くの事業で取引上普通に用いられているものといえないか。また、目覚まし時計のアラーム音、オートバイのエンジン音やレストランサービスにおける食材を炒める音などのような商品又は役務から通常生じる音についても、当該業界で使用することは避けようがなく、また需要者・取引者も当該音から出所を識別することは難しいといえるのではないか。

音が取引の対象となるような特定の商品又は役務においては、当該取引の対象物であると認識されるような音の商標の識別性は特に厳格に判断する必要があるのではないか。例えば音そのものが取引の対象となる録音済みのコンパクトディスク、音楽配信サービスなどとの関係では、多くの音が取引の対象と解されるため、商品の品質や役務の質を表示するものといえるのではないか。

②単音のみからなる音

音の商標の中でも、一つの音階だけよりなる音については、一般に普通に使用されるものであり、特定人に独占させることは適切ではないことから、極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなるものといえるのではないか。例えば「ド」の音のみからなるもの、「ミ」の音のみからなるものなどは、識別性が認められないのではないか。

③歌詞

歌詞が言語として表されている楽曲については、その歌詞部分の言語的要素を勘案した上で、全体として識別性の検討を行う必要があると考えられる。そのため、言語的要素が識別性を有するかどうかによって音の商標全体としての識別性の判断をすることが多くなるものと考えられる。

歌詞に相当する部分が商品の普通名称や商品の品質、宣伝文句などを表すときは、当該部分に抑揚やリズム、メロディが付随しているとしても、それらの音楽的要素は当該宣伝文句を彩るための付随的な特徴として理解されるのであり、音の商標全体としては未だ商品の品質又は役務の質を普通に用いられる方法で表示するにすぎないといえるのではないか。例えば、指定商品りんごについて「おいしいりんご。食べてみて。」とメロディーに乗せて表すものは、原則として識別性が否定されるのではないか。

歌詞部分に識別性のあり得る単語が含まれているとしても、そのわずかな部分が直ちに音の商標全体としての識別性を肯定することは適切ではないのではないか。当該部分の楽曲全体に占める割合、全体の文脈等の種々の要素を勘案しても音の商標全体に埋没して認識されるものであるときは、当該わずかな特徴的要素があつたとしても、音の商標全体としては需要者・取引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ない商標ということができないか。例えば歌詞の中には個別にみれば識別性が認められる単語が多数入っているとしても、需要者・取引者は個別の文字相当部分をもって当該音の商標全体を識別標識と認識することはないのではないか。

④楽曲

クラシック音楽や歌謡曲などは、通常芸術や娯楽のために販売、配信されるものである。商取引と関連して使用されるにしても、一般的には効果音やBGMなどとして使用されるにすぎず、許諾を得てCMなどにおいて使用したとしても、依然として音楽作品であるとの認識は変え難く、通常は商取引において出所を認識させることは考えにくい。そのため、クラシック音楽や歌謡曲と認識されるような楽曲は、それが音楽作品ではなく特定の出所を識別するものであると一般的な需要者・取引者の認識を変えるに至る特段の理由がない限り、原則として需要者・取引者が何人かの業務に係る商品又は役務として認識することはないのではないか。

（６）使用による識別性

新しいタイプの商標の使用による識別性の判断をする際の要件は、通常の商標と同様と考えられる。使用に係る商標が、出願商標では特定されていない文字、図形等の追加的要素と共に使用されている場合には、それだけをもって直ちに出願商標との同一性を否定することは適切ではなく、当該使用されている文字、図形、位置等の外観等を考慮し、それが付されていたとしてもなお需要者・取引者に対して強い印象を与えるものであつたか等を勘案した上で、その出願商標に相当する部分が独立した自他商品識別機能を獲得するに至っているかを判断すべきものと考えられる。