

新しいタイプの商標の類似について

1. 新商標WGにおける検討の方向性

新しいタイプの商標における類似については、従来の類否の考え方を踏まえ、さらに、タイプごとの特性を考慮しつつ判断することが適切であり、また、離隔的観察、全体観察と要部観察等の手法も、タイプ毎の特性を考慮しつつ用いることが適切と考えられる。

また、現行制度の下でもタイプが異なる商標同士の類否判断も行っていることから、新しいタイプの商標を追加する場合においても、あえて法律上新しいタイプの商標に特有の事情を定めることはせず、これまでと同様に、新しいタイプの商標も含めタイプ横断的に商標の類否を判断することが適切と考えられる。

(1) 位置商標

位置商標については、商品等に付す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ものであり、位置が標章と一体不可分に要部を構成する要素と位置付けられることから、商標の類否判断を行う際、位置の要素も含めて類否判断を行うよう規定を整備することが適切と考えられる。

(2) 色彩のみが異なる商標

一般には多少の色彩の相違は同一のものとして取り扱われていることから、現行の第70条では、登録商標に類似する商標であることを前提に、色彩を除く要素が同一である商標は登録商標と同一であるとみなすこととしている。これは、色彩に関する商標に当てはまるものと考えられるため、新しいタイプの商標についてもおよそ色彩に関するものについて、現行の第70条の規定が適用されることが適切と考えられる。

2. 現行制度

現行商標法は、商標の類似について、登録要件（商標法第4条第1項第10、11、19号の適用など）として、また、商標権侵害における権利範囲（同法第37条第1号）を画するという側面からそれぞれ規定する。

とりわけ、他人の先行既登録商標と出願商標との類否の判断は、審査において重要であり、商標が類似するか否かの判断手法として、これまで、「対比

される両商標が同一又は類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かによって決せられ、商品に使用された商標がその外観、観念、称呼等によって、取引者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察」すべきもの¹とされ、出願商標に係る指定商品の取引者、需要者において、商品の出所の混同を生ずるか否かという観点から商標の類似を捉えている。

また、類否の観察手法としては、原則として、対比する両商標から生ずる外観、観念、称呼等により、商標全体を比較する全体観察の手法が用いられるが、「商標の各構成部分がそれを分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているものと認められない商標は、常に必ずしもその構成部分全体の名称によつて称呼、観念されず、しばしば、その一部だけによつて簡略に称呼、観念され、一個の商標から二個以上の称呼、観念の生ずることがある」²とされ、全体観察を原則としつつも、各構成部分が不可分的に結合しているとまでいえない商標については、構成中の一部に出所識別標識として機能する部分があれば、それを要部として抽出する要部観察の手法も併せて採用されている³。

さらに、対比する両商標が、常に近接した場所で使用されるとは限らないことから、時と所を異にして離隔的に観察する場合に、出所の混同を生ずるか否かという観点から観察する手法も採用されている。

3. 諸外国の制度

新しいタイプの商標の類否判断について、米国、欧州（C TM）、英国、フランス、ドイツのいずれにおいても、従来の商標と特別に異なる類否判断の手法は採用されていない⁴。

米国においては、一般の商標と同様に、出所の混同（Likelihood of confusion）を生ずるか否かを判断基準とするが、審査手続においては、商標の外観、称呼、観念及び商業的印象から全体として類似するかどうか、商品・役務の関連性などを考慮して行われる⁵。

¹ 最小三昭和43年2月27日民集22巻2号399頁「冰山・しょうざん事件」

² 最小一昭38年12月5日民集17巻12号1621頁「リラ宝塚事件」

³ 小野昌延・三山峻司「新・商標法概説」（青林書院、2009）233頁「要部観察は全体観察を補う方法であつて（引用略）、要部観察と全体観察を併用するのが商標の最も丁寧な類否判断の方法である。」

⁴ 「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）

⁵ 参照：Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP) 6th Ed., 米国特許商標庁, 1207.01

欧州においては、先行既登録商標と混同を生ずるおそれがある商標を、異議申立による相対的拒絶理由中に位置づけ（欧州共同体商標理事会規則第8条）、標章の類似性、商品及びサービスの類似性、標章の周知性を考慮して判断される。そして、対比する各標章に、視覚的、聴覚的又は概念的な類似性があれば、標章の類似性の構成要件が満たされ⁶、これらの一般原則は、新しいタイプの商標にも適用可能とされている。

英国、フランスともに、従来の商標の類否と異なる判断手法は採用されていない。

4. 検討

新しいタイプの商標の類否については、従来の文字商標等における類否の判断手法と殊更に異なるものではなく、対比される両商標が同一又は類似の商品に使用された場合に、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かを判断基準とし、当該商標から生ずる外観、観念及び称呼等により、商品や役務の主たる取引者、需要者に与える印象等を総合して全体的に観察（要部がある場合には、要部観察の手法も採用できる）し、また、新しい商標のみならず、従来の文字商標等と横断的に類否の判断を行うことが適当と考えられる⁷。

（1）動く商標

動く商標は、文字、図形、記号、立体的形状及びこれらが結合した「動くもの」とそれらの標章が時間により変化する「動き方」とを構成要素とするものである。

商標の類否の判断にあたっては、動く商標を構成する、動くものとその動き方が組み合わされた商標全体から生ずる外観、観念及び称呼等に基づき、取引者・需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察するのが原則である。

各構成部分が不可分的に結合しているとまでいえない商標については、構成中の一部に出所識別標識として機能する部分があれば、要部観察をすることも考えられる。例えば、会社のロゴマークが回転する動きからなる商標の場合は、

⁶ ECJ, decision of 23.3.2006, Case C-206/04P - Mülhens

⁷ 文字商標と立体商標の異なるタイプ間の商標の類否について判断したものとして、東京高判平成13年1月31日（平成12年（行ケ）234号）がある。（擬人化された蛸の立体商標と平面商標との類否に関し、立体商標の最も消費者に訴えかける側面の外観が類似すれば、平面商標との類似の判断ができる旨判示した。）

その動きの商標全体の外観だけでなく、ロゴマークそれ自体から生ずる外観、観念及び称呼をも考慮した上で商標の類否を判断することができるものと考えられる。

動く商標を構成する動き方それ自体が出所識別機能を果たし得る場合、例えば点が特定のブランド名の軌跡を描くように動くことで、その文字を残像として見る者が記憶できるものであるときは、その動き方（例えば、特定のブランド名）を要部と捉えることもできると考えられる。

なお、動く商標とのタイプ横断的な商標の類否については、従来の文字・図形商標等やホログラムの商標、位置商標、言語からなる音の商標との間では対比が可能と考えられる。他方、輪郭のない色彩の商標や音楽的要素のみからなる音の商標は、図形的要素や動き方、言語的要素などを有するものではないことから、動く商標とは共通する要素が乏しく類似とは判断されにくいのではないか。

（２）ホログラムの商標

ホログラムの商標は、ホログラムに映し出される文字や図形（立体図形を含む）が、異なる角度によって変化して見える商標である。

商標の類否判断にあたっては、ホログラムの表示面に示された文字や図形などの構成全体から生ずる外観、観念及び称呼等をもとに、商標の類否を判断するのが原則と考えられる。

ホログラムの商標は、見る角度によって視覚に写る文字等が異なるという特殊性を有するものであるが、現実の取引においては構成全体を一つの商標として把握されるものであるから、特定の角度から見たときの文字等のみを取り出して観察することが、取引上不自然とまではいえない等の正当化できる事情がない限り、原則として許されないものと考えられる。例えば一つの角度からみた文字が「ＡＢ」、他の角度からみた文字が「ＸＹ」からなるホログラムの商標の場合、構成文字全体に相応して「ＡＢＸＹ」又は「ＸＹＡＢ」の外観、「エービーエックスワイ」又は「エックスワイエービー」の称呼が生ずるものと考えられる。

各構成部分が不可分的に結合しているとまでいえない商標については、構成中の一部に出所識別標識として機能する部分があれば、要部観察をすることも考えられる。ただし、ホログラムの商標が複数の表示面より構成される場合などは、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からすれば、その

中の特徴のある部分を要部とするには、そこが全体に占める割合、表示される文脈、他の表示面との関連性などを総合的に考慮する必要があるものと考えられないか。

なお、ホログラムの商標のタイプ横断的な商標の類否については、従来の文字・図形商標等や、動く商標、位置商標、言語からなる音の商標との間では対比が可能と考えられる。他方、輪郭のない色彩の商標や音楽的要素のみからなる音の商標は、図形的要素や言語的要素を有するものではないため、ホログラムの商標とは共通する要素が乏しく類似とは判断されにくいのではないか。

（３）輪郭のない色彩の商標

輪郭のない色彩の商標とは、図形等と色彩が結合したものではなく、色彩のみからなる商標であり、複数の色彩を組み合わせたものと、単一の色彩からなるものがある。文字や図形等から生じる外観や観念はないことから主として色彩の外観が重要な判断要素になるものと考えられる⁸。そのため、商標の類否の判断にあたっては、当該色彩が有する色相、彩度、明度⁹等より構成される全体の外観をもとに、商標の類否の判断を行うことが原則と考えられる。また色彩から生じるような漠然とした色彩名の観念などは商標の類否に当たり考慮するには抽象化がすぎるものと考えられる。例えば、一般的に赤といえるような単一の輪郭のない色彩の商標についても、そこから生じる「赤」などの漠然とした観念に基づき比較することは、外観で特定された範囲を拡大するおそれがあることから、出願で表示された色彩の具体的外観に基づき類否を判断することが適切と考えられる。

複数の色彩の組み合わせからなる商標の場合には、各色彩を一体不可分に結合した商標と考えられることから、原則として、構成中の一部の単色のみが出所識別標識として機能するとはいい難く、該部分のみを抽出して要部観察することはできないと考えられる。例えば、赤色、青色及び黄色の各色彩を組み合わせた商標の場合、当該商標からは、上記の３色を組み合わせ一体的に構成されたものとして認識、把握されるとみるのが自然であるから、

⁸ 色彩商標に関して、フランスでは、「Pantone212のピンク」と「Pantone219のピンク」の２つの色彩が類似しており、消費者がそれらを混同するおそれがあるとの裁判例がある（2001年1月30日付破毀院判決 No.99-10399）。

⁹ 千々岩英彰『色彩学概説』（東京大学出版会 2001）14頁 なお、色相、彩度、明度の三要素は、三属性による色の表示方法として日本工業規格に定められている（JIS Z 8721）。

構成中の「赤色」部分のみを抽出して、該部分から生ずる外観を比較して商標の類否を判断することは原則としてできないと考えられる。

なお、輪郭のない色彩の商標のタイプ横断的な商標の類否については、その図形的要素や言語的要素と結合したものではないという性質上、図形的又は文字的要素が多分に全体の印象に影響する他のタイプの商標との間では共通する要素が乏しく類似とは判断されにくいのではないかと考えられる。

（４）位置商標

位置商標は、実線で表された標章と破線及び位置に関する事項の記載により特定された位置を構成要素とするものである。

位置商標の類否の判断にあたっては、標章に加えて位置の要素を考慮した上で、全体から生ずる外観、観念及び称呼等を総合的に勘案した上で類否の判断を行うことが原則と考えられる。例えば運動靴のつま先部分にラインを有する位置商標の場合、ラインがつま先部分にあることが商標全体の特徴であり、そこにある標章及び位置の両方を勘案した上で類否の判断を行うべきではないかと考えられる。

標章及び位置が不可分に結合しているとまでいえない位置商標については、構成中の一部に出所識別標識として機能する部分があれば、それを要部として抽出することも考えられる。例えば、特定のロゴマークを、運動靴のつま先部分に付する位置商標の場合、当該ロゴマーク部分を要部と認定できることもあろう。ただし、位置は標章とは別の概念ではあるものの、標章とあいまって商標の権利を特定するものであり、それ自体が独立したものとは認識できないことから、位置だけを要部として抽出することは考えにくいのではないかと考えられる。

なお、位置商標のタイプ横断的な商標の類否については、従来の文字・図形商標等、動く商標、ホログラムの商標、言語からなる音等との間では対比が可能と考えられる。他方、輪郭のない色彩の商標や音楽的要素のみからなる音の商標は、図形的要素や言語的要素を有するものではないため、位置商標とは共通する要素が乏しく類似とは判断されにくいのではないかと考えられる。

（５）音の商標

音の商標は、音楽、音声、自然音等からなる聴覚によって認識される商標である。

音それ自体は外観によって視認できないことから、商標の類否の判断にあ

たっては、音の商標を構成する、音楽、音声、自然音等の構成音それ自体とその変化（強弱等）等から生ずる音又は称呼等を全体として総合的に観察して商標の類否を判断するのが原則と考えられる。

音楽のみからなる音の商標については、リズム、メロディ（旋律）、ハーモニー等の音楽的要素から構成されており、これらの音楽的要素から生ずる音を総合的に勘案した上で、類否の判断を行うことになると考えられる。なお、それぞれの要素はその曲の音楽的な印象を左右するものではあるが、それが商標として使用された場合、主としてメロディ（旋律）が需要者、取引者の印象に残り全体の印象を決めるものと考えられないか。

音の商標を構成する歌詞や音声などが不可分に結合しているとまでいえない商標については、構成中の一部に出所識別標識として機能する部分があればそれを要部として抽出することも考えられる。例えば構成中に、「ABC」を含む音の商標の場合、その音声部分が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、全体の中で要部と把握できる場合に限り、「ABC」から生ずる観念及び称呼等を観察し、類否判断を行うことが可能と考えられる。

なお、音の商標のタイプ横断的な商標の類否については、言語的要素を有する音の商標の場合、従来の文字・図形商標等や、動く商標、位置商標、ホログラムの商標などとの間では対比が可能と考えられる。他方、言語的要素を有さない音の商標の場合は、図形的要素や言語的要素を有するものではないため、視覚で認識できる他のタイプの商標とは共通する要素が乏しく類似とは判断されにくいのではないか。