

第2 第3条第2項

(使用による識別性)

前項第三号から第五号までに該当する商標であつても、使用をされた結果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るものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる。

1. 商標の「使用」について

(1) 商標について





出願商標と使用商標とが外観において異なる場合は、出願商標を使用しているとは認めない。

ただし、出願商標と使用商標とが外観上厳密には一致しない場合であっても、外観上の差異の程度や指定商品又は指定役務における取引の実情を考慮して、商標としての同一性を損なわないものと認められるときは出願商標を使用しているものと認める。

(例1) 同一性が認められる場合

- ① 出願商標と使用商標が文字の表記方法として縦書きと横書きの違いがあるに過ぎない場合
- ② 出願商標と使用商標が共に一般的に用いられる字体であり、取引者又は需要者の注意をひく特徴を有せず、両者の字体が近似している場合
- ③ 出願商標と使用商標の立体的形状の特徴的部分が同一であり、その他の部分にわずかな違いが見られるに過ぎない場合

(例2) 同一性が認められない場合

- ① 出願商標が草書体の漢字であるのに対し、使用商標が楷書体又は行書体の漢字である場合
- ② 出願商標が平仮名であるのに対し、使用商標が片仮名、漢字又はローマ字である場合
- ③ 出願商標がアラビア数字であるのに対し、使用商標が漢数字である場合
- ④ 出願商標が  のような態様であるのに対し、使用商標が 、、 である場合
- ⑤ 出願商標が立体商標であるのに対し使用商標が平面商標である場合、又は出願商標が平面商標であるのに対し使用商標が立体商標である場合

(2) 商品又は役務について

出願商標の指定商品又は指定役務と使用商標の使用商品又は役務とが異なる場合には、指定商品又は指定役務について出願商標を使用しているとは認めない。

ただし、指定商品又は指定役務と使用する商品又は役務とが厳密には一致しない場合であっても、取引の実情を考慮して、指定商品又は指定役務と使用する商品又は役務の同一性が損なわれないと認められるときは、指定商品又は指定役務について出願商標を使用しているものと認める。

2. 「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るもの」について

(1) 需要者の認識について

「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るもの」とは、何人かの出所表示として、その商品又は役務の需要者の間で全国的に認識されているものをいう。

(2) 考慮事由について

本項に該当するか否かは、例えば、次のような事実を総合勘案して判断する。

なお、商標の使用状況に関する事実については、その性質等を実質的に把握し、それによってその商標の需要者の認識の程度を推定する。

- ① 出願商標の構成及び態様
- ② 商標の使用態様、使用数量(生産数、販売数等)、使用期間及び使用地域
- ③ 広告宣伝の方法、期間、地域及び規模
- ④ 出願人以外(団体商標の商標登録出願の場合は「出願人又はその構成員以外」とする。)の者による出願商標と同一又は類似する標章の使用の有無及び使用状況
- ⑤ 商品又は役務の性質その他の取引の実情
- ⑥ 需要者の商標の認識度を調査したアンケートの結果

(3) 証拠方法について

本項に該当するか否かの事実は、例えば、次のような証拠により立証する。

- ① 商標の実際の使用状況を写した写真又は動画等
- ② 取引書類(注文伝票(発注書)、出荷伝票、納入伝票(納品書及び受領書)、請求書、領収書又は商業帳簿等)
- ③ 出願人による広告物(新聞、雑誌、カタログ、ちらし、テレビCM等)及びその実績が分かる証拠物
- ④ 出願商標に関する出願人以外の者による紹介記事(一般紙、業界紙、雑誌又はイ

ンターネットの記事等)

- ⑤ 需要者を対象とした出願商標の認識度調査(アンケート)の結果報告書(ただし、実施者、実施方法、対象者等作成における公平性及び中立性について十分に考慮する。)
- (4) 商標を他の商標と組み合わせている場合について
出願商標を他の商標と組み合わせて使用している場合は、出願商標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。
- (5) 団体商標について
団体商標については、特に、その構成員の使用に関する2.(2)の事実を勘案する。なお、構成員の使用事実に関する立証については、その者が構成員であることを立証されているか否かを含めて判断する。
- (6) 小売等役務の商標について
小売等役務の商標については、商標が商品や商品の包装、商品の価格表、取引書類、広告自体に表示されている場合には、その表示態様に応じて、商標が個別具体的な商品の出所を表示しているのか、又は、取扱商品に係る小売等役務の出所を表示しているのかを考察し、小売等役務についての使用であるか否かを判断する。

3. 動き商標について

(1) 本項の適用が認められる例

使用商標中に、出願商標の構成要素以外の要素が含まれているが、出願商標部分のみが独立して自他商品・役務の識別標識として認識されると認められる場合。

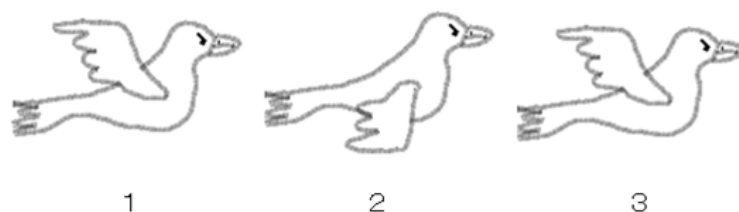
(例) 使用商標として動き商標がテレビCM全体の一部についてのみで使用されている動画が提出されたが、出願商標と同一の部分が需要者に強い印象を与え、独立して自他商品・役務の識別標識として認識される場合。

(2) 本項の適用が認められない例

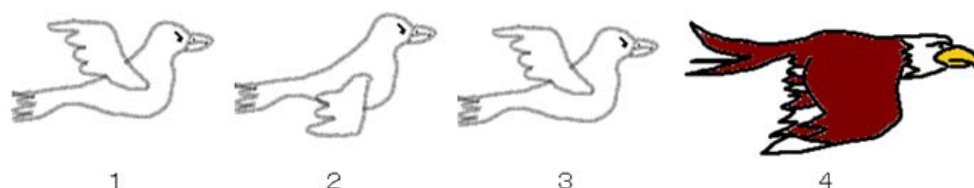
- ① 使用商標が、出願商標と相違する場合(標章の相違、時間の経過に伴う標章の変化の状態の相違等)。
- ② 使用商標中に、出願商標の構成要素以外の要素が含まれている場合であって、出願商標部分のみが、自他商品・役務の識別標識として認識されることはない認められる場合。

(例)

・出願商標



・使用商標



4. ホログラム商標について

(1) 本項の適用が認められる例

使用商標中に、出願商標以外の標章が含まれているが、出願商標部分のみが独立して自他商品・役務の識別標識として認識されると認められる場合。

(例) 使用商標としてホログラム商標が一部に付されたクレジットカードが提出されたが、出願商標と同一の部分が需要者に強い印象を与え、独立して自他商品・役務の識別標識として認識される場合。

(2) 本項の適用が認められない例

使用商標が、出願商標と相違する場合(標章の相違、ホログラフィーその他の方法による標章の変化の状態(視覚効果)の相違等)。

5. 色彩のみからなる商標について

(1) 本項の適用が認められる例

使用商標中に、出願商標以外の標章が含まれているが、出願商標部分のみが独立して自他商品・役務の識別標識として認識されると認められる場合。

(例) 使用商標として筆箱の全面が青色であり、その蓋に一つの小さな丸の図形が記載された証拠資料が提出されたが、出願商標と同一の色彩である青色が需要者に強い印象を与え、独立して自他商品の識別標識として認識される場合。

(2) 本項の適用が認められない例

① 使用商標と出願商標の色相(色合い)、彩度(色の鮮やかさ)や明度(色の明るさ)

が全部又は一部異なる場合。

- ② 色彩を組み合わせてなる出願商標と使用商標の配色の割合が異なる場合。
- ③ 出願商標と使用商標の商品における色彩の位置が異なる場合。

6. 音商標について

(1) 同一の音商標であると需要者が認識する場合

出願商標が音商標であって、出願商標と使用商標が厳密には同一ではない場合であっても、同一の音商標であると需要者が認識し得るときには、出願商標と使用商標は同一のものと判断する。

同一の音商標であると需要者が認識し得るか否かの判断にあたっては、以下について考慮する。

- ① 音商標を構成する音の要素が同一か否か。音の要素とは、音楽的要素(メロディー、ハーモニー、リズム又はテンポ、音色等)及び自然音等をいう。

音楽的要素からなる音商標について同一のものであると需要者が認識し得ると判断するためには、少なくともメロディーが同一であることを要する。なお、メロディーが同一であっても、リズム、テンポ又はハーモニーが異なる場合には、需要者の受ける印象が異なる場合が多いため、十分に考慮する。

また、音色が違う場合、例えば、演奏楽器が違う場合であっても、音色が近似するときには、同一の音商標であると需要者が認識することが多いと考えられるため、十分に考慮する。

(例) 出願商標がバイオリンで演奏されたものであり、使用商標がビオラで演奏されたものである場合は、双方の楽器の音色は近似すると考えられることから、同一の音商標であると需要者が認識し得ると判断する。

- ② 音商標を構成する言語的要素(歌詞等)が同一か否か。

(2) 本項の適用が認められる例

出願商標が使用商標の一部に含まれている場合(使用商標中に、出願商標以外の標章が含まれている場合)であって、出願商標が独立して自他商品・役務の識別標識として認識するものと認められるとき。

(例) 出願商標が数秒のサウンドロゴであり、使用商標としてCM全体を収録した動画が提出されたが、当該サウンドロゴがCMの最後に流れることにより、需要者に強い印象を与え、独立して自他商品・役務の識別標識として認識される場合。

(3) 本項の適用が認められない例

- ① メロディーが同一であっても、リズム、テンポ又はハーモニーが異なることによ

り、商標全体から需要者の受ける印象が大きく異なる場合。

- ② 出願商標がバイオリンで演奏されたものであり、使用商標がピアノやオーケストラで演奏されたものである場合等、音色や商標全体から受ける印象が大きく異なる場合。
- ③ 使用商標として提出された資料において、出願商標の音以外の要素(文字、図形、他の音等)を含むことから出願商標の音が独立して自他商品・役務の識別標識として認識されない場合。

7. 位置商標について

(1) 本項の適用が認められる例

使用商標中に、出願商標以外の標章が含まれているが、出願商標部分のみが独立して自他商品・役務の識別標識として認識されると認められる場合。

(2) 本項の適用が認められない例

使用商標が、出願商標と相違する場合(標章の相違、標章の位置の相違)。

(注) 以下をクリックすると、商標審査便覧又は審判決要約集をご覧になれます。

○商標審査便覧

27.02 地域団体商標の取扱いについて

27.71 国際商標登録出願において「Collective mark、certification mark、or guarantee mark」の記載がある場合の取扱い

41.103.04 立体商標の識別力に関する審査の具体的な取扱いについて

42.110.01 地域団体商標を包含する通常商標の出願に関する商標法第4条第1項第10号等の適用について

42.118.01 商品又は商品の包装の機能を確保するために不可欠な立体的形状(商標法第4条第1項第18号)に関する取扱い

54.06 色彩のみからなる商標における使用による識別力の獲得の証明に関する取扱い

54.07 色彩のみからなる商標の出願における使用による識別力の立証方法(色彩の同一性の判断)について

○審判決要約集（第3条第2項）