

非伝統的商標と独占適応性

Should Nontraditional Trademarks Have Strong Monopoly Powers?

大友 信 秀*
OTOMO Nobuhide

〔抄録〕

非伝統的商標は、使用による自他識別力の獲得により保護が認められている。立体商標や色彩のみによる商標等が、使用により形や色といった意味を超えて自他識別力を発揮する二次的意味を獲得したかどうか、すなわち、そのような商標の周知性が審査されることになる。立体商標の場合は、形が果たしていたもとの機能や用途、美的外観と二次的意味を示すという役割の区別が極めて重要になる。機能や用途については、特許制度の目的を害さないような考慮が必要になり、また、形が持つ美的外観については、意匠や著作権との関係が問題となる。商標として保護されるのは、このような他の法で保護が予定される要素を除いた、出所を表示するという役割の部分だからである。また、色のよう、赤色や青色の濃淡の微妙な差を見分けることが通常難しいことを考慮すれば、単色の色彩のみによる商標を出所表示として認めるためには、これを特定する特別な条件が求められよう。

このように、非伝統的商標に関しては、二次的意味を獲得したという事実状態を法的にどのように評価して、どの程度の保護を認めるべきかが問題となる。

本稿では、上記のような、非伝統的商標の保護範囲をどこまで認めるべきか、という独占適応性について、色彩のみによる商標の審査段階や立体商標やトレード・ドレスの侵害段階が問題となった具体例を分析して、検討する。

はじめに

文字や図形、またはその結合からなる伝統的商標とは異なる、非伝統的商標として、立体商標に加え、音商標や色彩のみによる商標等も平成 27 年（2015 年）から保護の対象となった。非伝統的商標は、伝統的商標と異なり、生来的な自他識別力を有していない。このような商標が使用により自他識別力を獲得したとはどのような状態をいうのか。また、市場における事実上の識別力はそのまま法的に保護の対象になると考えていいのか。審査や侵害の実例を参考に、非伝統的商標に独占力

を与えることの意味、すなわち、独占適応性について検討する。

1. 非伝統的商標保護の必要性

(1) 非伝統的商標とは何か

伝統的商標とは、文字や図形、またはそれらの組み合わせにより、商品やサービスの出所を示す商標である。これに対して、非伝統的商標とは、これら伝統的商標以外で、商品やサービスの出所を示す商標である。

我が国では、他の非伝統的商標に先駆け、立体

* 金沢大学法学系 教授
Professors of Law, Kanazawa University

商標が平成 5 年（1997 年）から登録が認められるようになり¹⁾、平成 26 年商標法改正により、動き商標、ホログラム商標、音の商標、色彩のみからなる商標、音商標という、その他の非伝統的商標も登録が認められることになった²⁾。

このように、立体商標が先行して、登録が認められることになったのは、立体商標の保護は、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定）との関係でも導入が必要とされていたが、音や香り等のその他の非伝統的商標については、15 条（1）により、保護対象から除外することが加盟国に認められていたため、市場ニーズや各国の立法状況を考慮する時間を要したためである³⁾。

なお、平成 26 年改正で新しい商標として加えられなかった、におい、味、触感、トレードドレスについては、今後の実務状況の変化により迅速に対応できる措置がとられた⁴⁾。

（2）伝統的商標との違い

伝統的商標は、文字や図形といった、視覚によって特定することが容易な対象の登録を認める。これに対して、非伝統的商標は、音の商標のように視覚による特定を必要としないものや、色彩のみによる商標や位置商標のように、視覚による特定が必ずしも容易ではないが、使用により、生来的な自他識別力の欠如を克服した場合に、登録が認められる。

たとえば、すでに登録されている、コカ・コーラの瓶の立体商標⁵⁾ やヤクルトの容器の立体商標⁶⁾ は、それらの商標権者の商品として長年使用されることで、その形がそれぞれの商品の出所を示すものとして周知（ある商標が出所表示として「需要者の間に広く認識されている」こと）になり、登録が認められた。したがって、非伝統的商標の場合は、審査時には、商標が自他識別力を獲得す

るほどに周知になったか、が審査される。

また、侵害時には、非伝統的商標が保護される範囲が問題となる。商標の保護範囲は、商標自体と使用される商品もしくはサービスと同一の範囲のみならず、それぞれに類似する範囲までが対象になる。しかし、ヤクルトの容器やコカ・コーラの瓶というものは、もともとの液体を保持するという機能があり、そのような用途に応じて、不可避免的に類似する範囲というものが存在することになる。このような場合、商標に接する者は、そのような類似範囲があっても、登録商標と被疑侵害対象の違いを識別できる場合もあり、したがって、そのような範囲は、類似範囲として保護の対象にすべきでない（権利者に独占させるべきではない）ということにもなる。

非伝統的商標の審査では、上述のように、周知性の獲得が審査の対象になるが、その際、独占適応性の観点から、登録のために必要な周知性のレベルを変えることも考えられる。そうだとすれば、非伝統的商標については、審査時及び侵害時の双方で、独占適応性が問題となることになり、逆に言えば、非伝統的商標を考える上では、独占適応性が最重要な論点になるものとも言える。

このような問題を具体的に検討するために、以下、これまでに独占適応性が問題となった非伝統的商標に関する事件を紹介する。

2. 非伝統的商標の独占適応性が問題となった事例

（1）立体商標（エルメス・バーキン）⁷⁾

①事件の概要

著名なブランドであるエルメスが自社のハンドバックの立体形状に対して取得した商標⁸⁾ の侵害に対する判決が下された⁹⁾。同事件は、立体商標の侵害訴訟として初めてのものであり、保護範囲

の確定方法を示すものとして注目された¹⁰⁾。同事件により、立体商標の保護範囲の問題が侵害時の保護範囲の確定のみではなく審査時の識別力の判断とも関係することが明らかになった。

本件で問題となったのは、原告エルメスが「バーキン」の名称で世界的に広く知られるハンドバッグの形状に対する立体商標であった。被告は、香港発ユニークブランド「GINGERBAG（ジンジャーバッグ）」公式販売店としてバーキンの特徴的な部分を構成する蓋部やベルト等につき、質感を表現した写真を貼付し、バーキンと類似する形態の被告各商品を輸入しインターネット上で販売していた¹¹⁾。

原告は、被告による原告の商標権の侵害及び不正競争防止法2条1項1号、2号に該当する不正競争行為を理由に差止め及び損害賠償を求めて訴えを提起した。

東京地裁（以下、裁判所という。）は、立体商標と他の標章との類否判断においても通常の基準が妥当することを確認した上で¹²⁾、平面標章を含む被告標章と立体商標である原告商標の類否判断方法を示した。その方法は、立体商標の「一又は二以上の特定の方向（所定方向）を想定し、所定方向からこれを見たときに看者の視覚に映る姿の特徴によって商品又は役務の出所を識別することができるものとするのが通常」であることを前提に「所定方向から見たときに視覚に映る姿が特定の平面商標と同一又は近似する場合には、原則として、当該立体商標と当該平面商標との間に外観類似の関係があるというべき」とするものである。このように立体商標と平面商標の類否判断では「所定方向」からの視覚イメージが極めて重要であるため、「所定方向」の特定が類否判断を左右することになる。裁判所は、この「所定方向」の決定は、「当該立体商標の構成態様に基づき、

個別的、客観的に判断されるべき事柄である」とし、本件における所定方向については、装飾が施された正面部であるとした¹³⁾。

被告標章との類否においては、正面部の共通する視覚的特徴を確認し、他方、その他の方向から観察した場合に、原告標章においては立体的に表現された蓋部等が被告標章では立体的でないが、これら上部及び側面部は所定方向に該当しないため所定方向から観察した外観の類否判断に影響を与えないとした。

被告は、「被告各商品につき、そのデザインは写真として似ているかもしれないが、素材や価格などで明確に区別できる」と主張していたが、裁判所は、外観が類似しているとの「判断を覆すに足る事実は何ら認めることができないし、商品の出所の誤認混同をきたすおそれがないものとも認められない。」として、被告の侵害を認めた。

②独占適応性に関する点

本件では、立体商標に関しても、平面の商標と同じように、一方向からの観察により、類否を判断することが認められた。しかし、このような観察方法によっては、立体という対象を正確に把握することはできず、とりわけ、本件のように、高級バッグとして、質感に特徴があり周知になっている立体商標の場合、これと明らかに異なり、需要者が違いを識別できる場合にも、類似とされる可能性が高くなる。

本件被告も、素材や価格などで、原告商品と被告商品を明確に区別できると主張していたが、認められなかった。本件原告商品に関しては、本件被告商品以上に、質感の異なる類似商品が販売されていたが¹⁴⁾、本件で裁判所が示した基準を当てはめれば、これも侵害になるものと思われる（少なくとも、本件被告商品よりも、一方向からの類

似度は高い。))。

本件は、被告が商標的使用に関して争っていない等、各論点に関する十分な反論が行われていないため、立体商標に関する先例とすることには慎重でなければならないが、少なくとも、登録された立体商標の保護範囲の確定について、需要者の出所に対する誤認混同ではなく、外観の形式的類似性が優先する可能性を示した点で注意が必要である。

需要者の出所に対する誤認混同がない、すなわち、商標の保護範囲として機能させる必要のない範囲にまで独占を認めることは、市場の公平な競争を阻害する危険性があるといえる。

(2) 色彩のみからなる商標(日立建機)¹⁵⁾

① 事案の概要

本件は、原告である日立建機が出願した単一の色彩の商標¹⁶⁾に対する拒絶査定不服審判に対する審決に対して、取消訴訟を求めた事案である¹⁷⁾。商標法の改正により色彩のみからなる商標も認められることになったが、これまで、色彩を組み合わせたものに対する登録は認められているが¹⁸⁾、単一の色彩の商標に対する登録査定はいまだ認められていない¹⁹⁾。本件は、単一の色彩の商標としての識別力の証明に何が必要なのかが具体的に問題となった事案である。

特許庁は、令和元年9月19日、本願商標²⁰⁾が商標法3条1項3号に該当し、同条2項に該当しないことから、商標登録を受けることができないとし、審判請求不成立の審決を下したため、原告は、審決の取消を求める本件訴訟を提起した。

原告は、独占適応性に関する主張部分で、審査便覧の商取引の実情について触れている。また、社名やロゴ等が付された状態で使用されていた本願商標の自他商品識別力に関するアンケートに関

しても、審査便覧が示している基準に対応する主張を行っている。

これに対して、裁判所は、本願商標の使用が著名な原告の社名を伴っていたことを理由に本願商標自体の自他識別力を否定し、原告による広告に関して、油圧ショベルに関連付けずにオレンジ色を使用された例を理由に、「コーポレートカラーであると印象付け、本願商標の色彩を一定程度認知させるものとはいっても、色彩と商品の結びつきは弱く、このことから直ちに、本願商標の色彩が、Xの油圧ショベルの出所識別標識として、広く認識されたとまで認めることは困難である。」としている。

しかしながら、前者の社名を伴った使用については、アンケートの結果により覆すことができ、また、後者のオレンジ色をコーポレートカラーであると印象付ける使用例については、色彩のみからなる商標が商品の形から独立して輪郭を有しないものであることを前提とすれば、まさに、自他識別力獲得を肯定する理由となるものと言え、裁判所の判断は誤っていると評価できる。

そして、前者の判断を覆すためのアンケートの結果に対する評価として、裁判所は、アンケートの回答者数から示された認知率(95.9%)ではなく、全対象者数を母数とする認知率(36.8%)を認定している。アンケートにおいて、調査対象の割合を示す母数を非回答者を含む全対象者数で測るという手法は一般的には採用されておらず、仮に回収率等が問題となる場合は、その理由やそのことによる誤差を計算することが通常であり、全対象者数を母数にするという乱暴な手法は通常認められないであろう。

裁判所は、また、取引の実情に対する原告の主張に対して、「建設機械等の取引においては、製品の機能や信頼性を検討し、どのメーカーの商品

であるかを慎重に確認した上で商品を購入するのが通常であると考えられることも踏まえると、需要者が、「HITACHI」又は「日立」の文字を考慮することなく、商品の車体色であるオレンジ色のみに着目してその出所を識別するとまではいえない。」としているが、慎重に購入するために、商品の色彩以外にも注意を向けることが、商品の色彩の自他識別力を否定することには直接つながらない。商品の色彩の識別力は、需要者が商品を識別し購入に至るまでを左右する要素の、重要ではあるが、しかしながら重要なものの中の一つではないのである。

②独占適応性に関する点

本件で、裁判所は、直接独占適応性を問題とするのではなく、原告商標の周知性が認められないことを理由にして原告の請求を棄却した。しかしながら、上述のように、原告商標の周知性自体は十分に認められると考えられ、これを否定した結論は、独占適応性を意識したものであったと考えられる。

裁判所は、「本願商標の色彩であるオレンジ色は、……ありふれた色である。そして、本願商標の色彩と類似した色彩である橙（マンセル値 5YR 6.5/14）は、……JIS 安全色にも採用され、……建設工事の現売において、一般的に使用される色彩である。」と認定した。

このように、業界の標準企画や推奨企画として色彩が定められている場合には、これと識別が難しい色彩に独占力を付与する商標登録は認められるべきではないといえる。

したがって、本願商標がこのような企画と比較される場合には、出願人により、非類似性ないしは識別可能性を主張・立証することが求められる。

本件では、この点を直接示す証拠が原告から示

されておらず、裁判所の結論もこのことを重視した結果であると考えられる。

(3)トレード・ドレス(コメダ珈琲)²¹⁾

①事件の概要

現在はまだ商標登録の対象として認められていないが、非伝統的商標として、登録対象とすることの可否が検討されているものにトレード・ドレスがある。本件は、トレード・ドレスに該当する店舗外観の不正競争防止法上の保護が問題となった事案である。

コメダ珈琲店として喫茶店事業を展開する株式会社コメダ（以下、債権者という。）が、株式会社ミノスケ（以下、債務者という。）を相手に求めていた店舗外観等の使用差止めを求める仮処分²²⁾の申立が認められた（以下、本件命令という。）。債権者は、店舗外観に対して立体商標も取得しており²²⁾、ブランド表示としての立体商標の活用といわゆるトレードドレスの関係が注目された。

東京地方裁判所（以下、裁判所という。）は、「店舗の外観（店舗の外装、店内構造及び内装）は、通常それ自体は営業主体を識別させること（営業の出所の表示）を目的として選択されるものではないが、場合によっては営業主体の店舗イメージを具現することを一つの目的として選択されることがある上、①店舗の外観が客観的に他の同種店舗の外観とは異なる顕著な特徴を有しており、②当該外観が特定の事業者（その包括承継人を含む。）によって継続的・独占的に使用された期間の長さや、当該外観を含む営業の態様等に関する宣伝の状況などに照らし、需要者において当該外観を有する店舗における営業が特定の事業者の出所を表示するものとして広く認識されるに至ったと認められる場合には、店舗の外観全体が特定の営業主体を識別する（出所を表示する）営業表示

性を獲得し、不競法2条1項1号及び2号にいう『商品等表示』に該当するというべきである。」とした。このような判断は、そのまま立体商標の審査基準にも当てはまる内容である。

このような判断を示したうえで、裁判所は、債権者表示の周知性、債権者表示と債務者表示の類似性、実際に混同が引き起こされていることから、不正競争防止法2条1項1号該当性を認めた。

②独占適応性に関する点

裁判所は、以下のように、機能性に係る弊害がないことを条件に、店舗外観の商品表示性、すなわち独占適応性を認めた。

「本件において債権者が「商品等表示」に当たると主張する債権者表示1は、別紙債権者表示目録記載……の外装・店内構造・内装を全て兼ね備えて初めて営業表示とするというものに絞られている。債権者表示1は、単に建築技術上の機能や効用を発揮するための形態というよりは前記店舗イメージを具現するための装飾的な要素を多分に含んだ表示であり、かつ、前示のとおり需要者に広く認識されていたといえることに加えて、本件では上記のような限定が付され条件が幾重にも絞られていること（したがって、これに類似するとして禁止されるのは、建築に当たっての必要性も低いのに殊更外観を模倣した場合に限られるものとみられること）を考慮すると、殊に本件の債権者表示1については、店舗外観の独占による弊害は極めて小さいというべきであり、債権者表示1を（他の要件を満たす限り）不競法2条1項1号・2号による保護の対象とすることが相当でないということとはできない。」

3. 非伝統的商標の独占適応性をどう考えるか

(1) 保護目的(独占範囲)を逸脱させないこと (機能やデザイン保護が目的ではないこと)

立体商標やトレード・ドレスは、もともとの形態に、用途に応じた機能やデザインとしての美的特徴が備わっているが、商標として法的に保護されるのは、出所を示す機能についてのみであり、機能や美的特徴に関する部分を独占するためには、特許や意匠、著作権等による保護を求める必要がある。

したがって、商標やトレード・ドレスに類似するとされる他者の形態やデザインが出所表示機能を害しない場合には、「商標的使用」に該当しない等の判断により、侵害としない結論が求められる。

立体商標には、ペコちゃんのように、キャラクターを立体化したものも存在する。このようなキャラクターを使用することは、それが著作権等の知的財産権の対象になっていない場合、原則自由である。これらキャラクターが立体商標として登録を認められるのは、キャラクターを使用する他人の行為が自己の商品や役務の出所を誤認させる行為となるからである。すなわち、立体商標の侵害は、侵害者が自己の商品や役務に対して商標的使用をしている場合に限られるのである。

著作権の対象になっているキャラクターに対して商標を取得し、これを長年にわたって使用していれば、当然、自他商品識別力を獲得することになる。このことにより著作権の保護期間が切れた後にもキャラクターの使用を独占することができることになれば、著作権法の趣旨を没却することになる（このことは意匠法との関係にも同様に当てはまる。）。そのためには、キャラクターの使用が商標的使用でない場合には、商標権侵害を認

めないことが必要になる。上述のエルメス・バーキン事件を改めて眺めてみると、原告立体商標の対象であるバーキンはハンドバックであることから通常は著作物と認められないものであり、1984年の販売から30年以上経過しているため意匠法及びそれを補完する役割を担う不正競争防止法2条1項3号の保護も及ばないことになる²³⁾。

判決は、原告商標と被告標章の類否判断から誤認混同の可能性を認め、被告行為が商標的使用に該当するかどうかは全く判断しておらず、このことは不正競争防止法の判断においても同様である²⁴⁾。このように、同判決によれば、立体商標は、他人がその商標と類似する標章を使用した場合、その目的や態様を問わず、したがって出所の誤認・混同が生じていない場合であっても侵害が認められる強力な権利であることになってしまう。

知的財産法がそれぞれの法目的の範囲で独占を認めていることは、逆に言えば、法目的に反する場合には独占を認めるべきではないことになる。したがって、非伝統的商標の侵害判断においては、単純な外観の類似判断だけではなく、需要者の誤認混同を引き起こすかどうか、という点での考慮も必要になるといえる。

(2)市場における公平な競争を阻害しないこと (事実上の周知性を法的に保護すべきかどうかの判断)

色彩のみによる商標が問題となった日立建機事件では、JIS安全色との関係で、原告の色彩のみからなる商標の登録が認められなかった。

商品の形状と関係なく色彩として認められる商標は、企業や商品・役務のブランド戦略全体に応用可能であり、色に関係する限り、競合他社を完全に排除できるため、極めて強力な武器となる。また、商標は、更新により半永久的に使用でき、

特許や意匠のように保護期間が切れることがないため、継続した戦略の遂行を可能にする。

逆に言えば、とりわけ単一の色彩のみからなる商標を認めることは、当該市場から同色に関わるすべての商品や役務に関わる競争を排除することになるため、それでも市場における競争環境(商品や役務に対する色の使用)が不当に制限されないと言えるものでなければならないことになる。

競争市場では、より訴求力の高い色や認識されやすい色を使用して市場における存在感を高める戦略がとられる。赤色というのは人の注意を惹く色であるため、この色で市場において認知されることは、競争で極めて優位な立場に立つことを意味する。よく知られているものとしては、コーラ飲料業界におけるコカ・コーラのコーポレートカラーがある。

これに対して、すでに業界トップ企業が赤色を使用して認知されている状況で、2番手を狙う者が選択する色は青色になることが通常である。これは、赤色が暖色を代表する色であり、青色が寒色を代表する色であるため、赤色との違いを最も示すことができ、先行者との差別化を強烈に示すことができるためである²⁵⁾。上述のコカ・コーラに対して、ライバル企業であるペプシ・コーラがコーポレートカラーとして青色(ただし、赤色との組み合わせ)を使用しているのもこのような理由によるものと考えられる。

このような業界トップ2社のコーポレートカラーが赤色や青色になることは、たとえば、日本の航空会社であるJAL(赤色)とANA(青色)や、PC周辺機器メーカーであるバッファロー(赤色)とエレコム(青色)、アイ・オー・データ(青色)というようなところにも見られる²⁶⁾。

それでは、これらトップ2社の関係に割って入ろうとする場合、赤色や青色は使用できないので

あろうか。上記の例では、たとえば、PC 周辺機器メーカーでは、エレコムとアイ・オー・データが同業種とともに青色をロゴ等に使用している。PC 関係機器では、正確性やスピードといった寒色系のイメージにつながる要素が重視されるため、青色の選択は妥当である。これに対して、バッファローはあえて差別化を図るために赤色を選択したものである。このように、業種によっては、多くの者が選択を欲する色というものがあり、このような色を先行者に独占させることは適当ではない。

したがって、赤色や青色というものは、多くの業種で色彩のみからなる商標として登録を認めるべき色ではないと考えられる²⁷⁾。たとえば、コーラ飲料業界では、赤色と言えば、コカ・コーラと答える需要者(消費者)が圧倒的と考えられるが、コカ・コーラに赤色のみからなる商標を認めることは否定すべきであろう。実際、市場には、商品の目立つ部分に赤色を使用したコカ・コーラ以外のコーラ飲料が多く見られる。

市場において、赤色や青色による識別力を獲得したブランドは、さらなる広告・宣伝費の投入及び商品の販売により、その独占力を強化することが可能となる。しかしながら、この独占力は、事実上のものであり、法的に保護に値するかどうかはまた別の話になる。そもそも、色彩のみでは、図形や文字と比較して、その識別力は格段に低い。そのため、識別力を獲得したと言えるためには、実質的には位置商標といえるような限定要素が加わっているか、色彩の組み合わせになっており、単一の色彩よりも識別力が高いか等の事情がない場合は、極めて特殊な事情が備わっている必要があると言える。

たとえば、我が国ですでに登録が認められた色彩のみからなる商標はすべて色彩の組み合わせに

よるものであり²⁸⁾、米国で商標登録されているクリスチャン・ルプタンの赤色はソール部分に限定されており²⁹⁾、注 27 で言及したティファニー・ブルーの場合はこれを特定する色彩番号は存在するが、非公開であり一般には使用できないこととされ、それぞれ色彩に何らかの限定要素が加えられている。

単一の色彩のみからなる商標に対する判示では、識別力獲得の問題と独占適応性の問題が併せて認定されており、出願人が何をどのように主張・立証すれば良いのか不明確になっていると言わざるを得ない。このことは審査基準にも言えることであるが、色彩のみからなる商標の特殊性に注目した識別力獲得の証明と独占適応性の証明を峻別して、より利用しやすい基準を策定すべきと考える³⁰⁾。

いずれにしても、この問題については、市場における色彩を利用して取引をする者への色彩選択の自由確保と需要者が色彩を目印に商品・役務選択を行える状態の確保という二つの公益のバランスに基づいて、具体的に判断することが求められることになる。

(3) 非伝統的商標に求められる対応

以上のように、非伝統的商標に関しては、単なる商標の類似性だけでなく、現実の誤認混同の存在や、市場全体の公平な競争環境への影響を考慮する必要があることが明らかになった。

審査段階で、非伝統的商標自体、すなわち、それと同一の範囲に対する審査はなされているが、類似の範囲については、どの程度認めるかを含め、明確な審査は十分になされているとは言えない。したがって、審査段階では、機能(用途やデザインとしての美的観点)に関する部分を排除することや、市場における位置づけを分析し、商標とし

での登録が市場の公平な競争を阻害しないか、という点に特に注意して対応すべきであるが、具体的な判断は侵害時に任せることになる。侵害判断では、被告の態様が商標的使用と言えるかについて厳格な判断が求められ、また、非伝統的商標の性質に合わせて、類似範囲を誤認混同が生じない範囲にまで広げない対応が求められる。

このように、非伝統的商標の保護に関しては、

これまでの、自他識別能力、周知性、被疑侵害対象と登録商標の類似性という形式だけでは独占範囲を不適當に広げる危険性がある。

本稿は、JSPS 科研費 20K01418「著名な標識の保護範囲の限界確定に関する研究」の助成を受けたものである。

注)

- 1) 平成 6 年法律第 68 号。
- 2) 平成 26 年法律第 36 号。
- 3) 「商標制度の見直しに係る検討課題について」(第 19 回商標制度小委員会資料) 1, 3-4 頁 at http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/shingikai/pdf/t_mark20/08sankou2.pdf 参照。
- 4) 商標法 2 条 1 項柱書の商標の定義が、「人の知覚によって認識することができるもののうち、文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合、音その他政令で定めるもの」とされ、保護対象が国会審議を待たず、政令委任により拡大できるようになった。
- 5) 商標登録第 5225619 号 (2009 年 4 月 24 日登録)。



- 6) 商標登録第 5384525 号 (2011 年 1 月 21 日登録)。



- 7) 大友信秀「Has Hermès got the AIGIS? (エルメスはイーギスを手に入れたのか?) ~ 立体商標は「商標の使用」概念を無効化するのか? ~」WLJ 判例コラム第 29 号 at https://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20140714.pdf (2014 年 7 月 14 日掲載), 大友信秀「非伝統的商標と著名商標の関係——エルメス・バーキン事件を契

機に——」特許研究 61 号 35 頁 (2016) 参照。

- 8) 商標登録第 5438059 号 (2011 年 9 月 9 日登録)。



- 9) 東京地判平成 26 年 5 月 21 日最高裁 HP。
- 10) 大友信秀「Has Hermès got the AIGIS? (エルメスはイーギスを手に入れたのか?) ~ 立体商標は「商標の使用」概念を無効化するのか? ~」前掲注 7, 泉克幸「判批」新・判例解説 Watch 知的財産法 No.98 (TKC ローライブラリ, 2015 年 8 月 7 日) at https://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-110981255_tkc.pdf 等参照。
- 11) 本件被告商品が表示されたネット上のサイト画像 (現在はすでに削除されている)。



- 12) 「商標と標章の類否は、対比される標章が同一又は類似の商品・役務に使用された場合に、商品・役務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すべきであるが、それには、そのような商品・役務に使用された標章がその外観、観念、称呼等によって取引者、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べく、しかもその商品・役務の取引の実情を明らかにし得る限り、その具体的な取引状況に基づいて判断すべきものである。そして、商標と標章の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品・役務につき出所の誤認混同のおそれを推測させる一応の基

準にすぎず、したがって、これら 3 点のうち類似する点があるとしても、他の点において著しく相違することその他取引の実情等によって、何ら商品・役務の出所の誤認混同をきたすおそれの認め難いものについては、これを類似の標章と解することはできないというべきである（最高裁昭和 39 年（行ツ）第 110 号同 43 年 2 月 27 日第三小法廷判決・民集 22 卷 2 号 399 頁、最高裁平成 6 年（オ）第 1102 号同 9 年 3 月 11 日第三小法廷判決・民集 51 卷 3 号 1055 頁参照）。」

- 13) 「正面部には、その対面側に相当する背面部とは異なり、装飾的要素を備えた蓋部、ベルト、固定具が表示されており、ハンドルを持って携帯した際に携帯者側に向かって隠れる背面部とは異なって外部に向き、他者の注意を惹くものであるから、この正面部は、少なくとも所定方向の一つに該当するものと解される。」
- 14) BANANE TAIPEI のホームページで紹介されていた同社商品であるが現在は販売・宣伝されていない。同商品は、平面で構成されたキャンバス生地にパーキンに類似する横方向から見たデザインをプリントしていた。このようなバッグは形状において明らかにパーキンとは異なるが、正面一方向から見た場合にはそこに見えるデザインは類似しているとされるだろう。



- 15) 大友信秀「自分色って何色？」WLJ 判例コラム第 217 号 at http://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20201026.pdf (2020 年 10 月 26 日掲載) 参照。
- 16) 商願 2015-29999 号。平成 27 年 4 月 1 日、第 7 類「油圧ショベル、積込み機、車輪により走行するロード、ホイールロード、ロードローラ」及び第 12 類「鉱山用ダンプトラック」を指定商品とする色彩のみからなる商標について商標登録出願をした。
- 17) 知財高判令和 2 年 6 月 23 日。商願 2015-29999 号に対して、平成 28 年 11 月 17 日付けで拒絶査定を受けたため、平成 29 年 2 月 21 日、不服審判（不服 2017-2498 号）を請求し、指定商品を第 7 類「油圧ショベル」に補正する手続補正を行った。本件の先行評釈として、企業法務戦士の雑感「司法判断第 2 弾、それでも残るモヤモヤ」（<https://k-houmu-sensi2005.hatenablog.com/entry/2020/07/17/233000>）参照。

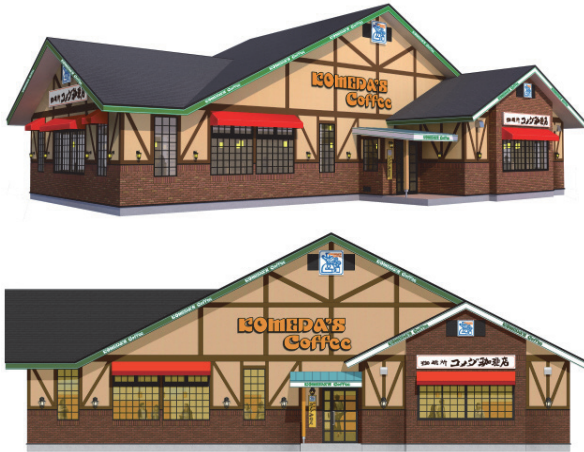
- 18) 以下のような登録例がある。

商願 2015-29914 ・ 商標登録 5930334 (トンボの消しゴム)	
商願 2015-30037 ・ 商標登録 5933289 (セブンイレブン・ジャパンの 35 類該当役務)	
商願 2015-030413 ・ 商標登録 60210307 (三井住友フィナンシャルグループの各役務)	
商願 2015-029865 ・ 商標登録 6078470 (三菱鉛筆)	
商願 2015-54537 ・ 商標登録 6085064 (ファミリーマートの各役務)	
商願 2015-047686 ・ 商標登録 6201646 (ユーシーシー上島珈琲)	

- 19) 色彩のみからなる商標に対する初めての審決取消訴訟判決は、知財高裁令和 2 年 3 月 11 日である。同事件は、インターネットにおける不動産総合ポータルサイトの色彩に係るものだった。なお、同事件については、詳細な実務的評価（企業法務戦士の雑感「遂に出た「司法判断」～色彩商標制度創設から 5 年、初めての審決取消訴訟判決に接して」<https://k-houmu-sensi2005.hatenablog.com/entry/2020/04/04/233000>）がある。
- 20) 商標登録を受けようとする商標は、オレンジ色（マンセル値：0.5YR5.6/11.2）のみからなるものである（商標の詳細な説明）。



- 21) 大友信秀「コメダはこれだ！～コメダ珈琲仮処分事件とブランド表示としての店舗外観の保護～東京地裁平成 28 年 12 月 19 日決定～」WLJ 判例コラム第 99 号 at https://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20170227.pdf (2017 年 2 月 27 日掲載) 参照。
- 22) 商標登録第 5851632 号（平成 28 年 5 月 20 日登録）。



- ²³⁾ 意匠法 21 条, 不正競争防止法 19 条 1 項 5 号イ参照。
- ²⁴⁾ 「……被告各商品の形態である被告標章は, ……その全体的形状は……原告標章と類似するものというべきであるから, 被告は原告標章を自己の商品等表示としてこれを使用したものといえる(不競法 2 条 1 項 3 号)。」。なお, 商標法における「商標的使用」と不正競争防止法における「商品等表示としての使用」を総合的に考察するものとして, 青木博通『知的財産権としてのブランドとデザイン』(有斐閣, 2007) 227 頁(商標権侵害の基準「商標的使用態様」)参照。
- ²⁵⁾ 色には反対色があり, 赤色の反対色は緑, 青色の反対色は黄色である。反対色(補色)は, それぞれの反対の色を引き立たせる性質があり, 市場における差別化には適していないと言える(反対色という言葉とは裏腹に反対というよりは, 関係性を示してしまう。)
- ²⁶⁾ イタリアのセリエ A でミラノに本拠地を置く, AC ミラン(赤色と黒)とインテルミラノ(青色と黒), イン

ランド・プレミアリーグでマンチェスターに本拠地を置く, ユナイテッド(赤色)とシティ(青色:ただし, 水色)のような, 同一地域内におけるスポーツチームの関係にも, 赤色と青色の対比が見られる。

- ²⁷⁾ これらの色に近いとされる色でも, たとえば, ティファニー・ブルー(PANTONE1837, ただし, 非公開・利用不可)のように他の青色から識別できる一定の特徴を有している場合は, その色に近似する範囲までの独占は認めても, 他者の利益を損なうことはないであろう。なお, ティファニー・ブルーは, 米国では色彩のみからなる商標として登録されている(米国商標登録 24 16795 号)。また, ティファニー・ブルーのブランドとしての確立に関する戦略について, PANTONE の HP (“CRAZY ABOUT TIFFANY’S The story behind an iconic brand color” at https://www.pantone.com/color-intelligence/articles/case-studies/crazy-about-tiffanys-the-story-behind-an-iconic-brand-color?utm_medium=email&utm_source=eb20160315) 参照。

²⁸⁾ 前掲注 18 参照。

²⁹⁾ 米国商標登録 3361597 号。



なお, 同社は, 日本でも色彩のみからなる商標を出願済みである(商願 2015-29921)。

- ³⁰⁾ 基準作成を特許庁が行うか裁判所が判決で示すかという点は問題となるが, 仮に後者だとすると, 裁判所によって立つ学説を示すための研究の増加にも努めなければならず, 学者の責任も問われることとなる。