

非伝統的商標審査基準

2014年6月10日経済部経授智字
第09320030610号令改訂発布
2012年5月31日経済部経授智字
第10120030950号令改訂発布, 2012年7月1日発効
2017年9月12日経済部経授智字
第10620033011号令改訂発布, 即日発効

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	4
2.1.2 商標の記述	5
2.1.3 商品見本	6
2.2 識別性	7
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	10
3.2.1 商標図案	10
3.2.2 商標の記述	11
3.2.3 識別性	14
3.2.3.1 説明的な立体的形状	19
3.2.3.2 慣用されている立体的形状	19
3.2.3.3 その他、識別性を具えない立体的形状	20
3.2.4 機能性	20
4. 色彩商標	22
4.1 定義	22
4.2 色彩商標の審査	23
4.2.1 商標図案	23
4.2.2 商標の記述	23

4.2.3 識別性.....	24
4.2.3.1 説明的な色彩.....	25
4.2.3.2 慣用されている色彩.....	26
4.2.3.3 その他、識別性を具えない色彩.....	26
4.2.4 機能性.....	27
5. 音の商標.....	27
5.1 定義.....	27
5.2 音の商標の審査.....	28
5.2.1 商標図案.....	28
5.2.2 商標の記述および商標見本.....	28
5.2.3 識別性.....	30
5.2.3.1 説明的な音声.....	31
5.2.3.2 慣用されている音声.....	32
5.2.3.3 その他、識別性を具えない音声.....	32
5.2.4 機能性.....	32
6. 動きの商標.....	33
6.1 定義.....	33
6.2 動きの商標の審査.....	33
6.2.1 商標図案.....	33
6.2.2 商標の記述および商標見本.....	34
6.2.3 識別性.....	35
6.2.4 機能性.....	37
7. ホログラム商標.....	37
7.1 定義.....	37
7.2 ホログラム商標の審査.....	38
7.2.1 商標図案.....	38
7.2.2 商標の記述および商標見本.....	38
7.2.3 識別性.....	39
7.2.4 機能性.....	40
8.連続図案商標.....	40
8.1 定義.....	40
8.2 連続図案商標の審査.....	40
8.2.1 商標図案.....	40

8.2.2 商標の記述.....	43
8.2.3 識別性.....	44
8.2.4 機能性.....	47
9. 匂い商標	47
9.1 定義.....	47
9.2 匂い商標の審査.....	48
9.2.1 商標図案と商標の描写	48
9.2.1.1.自然界に存在する匂いによる記述.....	49
9.2.1.2 市場における特有の名称又は呼称による匂いの記述	51
9.2.2 商標サンプル（見本）	51
9.2.3 識別性.....	52
9.2.4 機能性.....	53
10. その他の非伝統的商標.....	55
11. 結合による非伝統的商標	57
12.非伝統的商標と意匠権および著作権との競合関係.....	59
12.1 意匠権との競合関係	59
12.2 著作権との競合関係.....	60

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、商標の權益を保障し、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せず、「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、商標審査の実務上、異なるタイプの非伝統的商標が登録査定を獲得する難易度と機会については、相当な差異がある。例えば、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説明し、また、実務上よく見受けられる連続図案の商標、及び比較的議論となっている匂い商標について、さらに本基準の中に専門の節を設けて説明する。その他の商標登録出願できる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台湾および他国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、事例の商標の記述内容に関しては、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 trademarks）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 10.の事例を参照）、または色彩、連続した図案を商品に使用する際の方法（本基準 2.1.2、4.2.2 及び 8.2.1 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。注意すべきは、音の商標において五線譜又は数字譜で当該音を表現することができない場合、商標図案は当該音の文言による説明とする(商施 18)。同じ理由で、匂い商標のような視覚的に感知することのできない非伝統的商標の商標図案もその商標を描写する文言による説明とすることである。

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、商標図案における破線部分の形状は図案の一部には属さない。本件の図案で使用する実際の色彩は、銅、黒の二色を組み合わせ、円柱体に配置したもので、銅色が上で、黒色がその下になる。」

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、審査に利するよう出願人は商標見本を添付しなければならない（商施 16Ⅱ、18Ⅲ）。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、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場合であり、実際に商品又はその包装容器に表現され、役務と関する物品の匂い等について、審査に寄与するよう、商標見本を添付することが好ましい。

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つて始めて登録による保護を受けることができる。非伝統的商標も同じである。ゆえに、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、商品または役務のマーケティング方法などとみなし、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」を定めてはいるが、非伝統的商標の審査においてその識別性の判断は原則として、本基準を優先して適用する。非伝統的商標がすでに使用により識別性を取得していることを証明する立証について、その証拠方法と認定については、「商標の識別性の審査基準」（「商標の識別性の審査基準 5.」を参照）を参照すること。

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をもつ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ものである場合、登録することはできないとする(商 30 I ㉑)。

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、または技術効果を達成するのに必要な特徴、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特徴が含まれる。後者には、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、オレンジ味の菓は病気治療にさらなる効果をあげることはないが、菓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。また、前者では公益に基づいて考慮するので、出願人

が使用し、しかも取引で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。さらに、たとえその登録がすでに5年を超えていても、確かに、商品または役務の機能を発揮するために必要なものであるならば、やはり、登録を取り消される可能性がある。一方、後者では、使用することによって後天的識別性を獲得した場合、登録を許可することができる（商 29Ⅱ）。美感機能性と商品又は役務の装飾との違いを鑑み、個別案件において商標が美感機能性を有するか否かを判断する際には、装飾性のみの標識を誤って美感機能性とするのではなく、下した判断が機能性の原則に適切に基づくものになるよう、当該商標の使用が特定の競争優位をもたらすか否かに注意しなければならない。

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もの及び実務上の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（商施 15 I）。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、位置および内容態様などもまた、商標図案のなかに破線で表示することができる（商施 15 II）。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

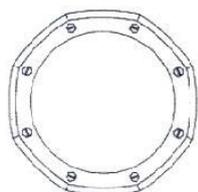
線を用いて車体の外観を描いて、その立体商標を商品に使用する際の位置を表示することができる（本基準 3.2.2 の事例を参照）。そのほか、商標において機能性を具えている部分は、商標権を取得できないので、商標図案のなかに破線の方式で表示することもできる。それら破線の部分は商標の一部とはならず、混同誤認のおそれを考慮に入れる必要はない。また、その際、その部分に対する専用権放棄の声明をする必要もない。

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をもたらすものに属すると認めなければならないので、専用権放棄の声明、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は、商標権の範囲に疑義を生じるおそれのある部分として当然、専用権放棄の声明をするか、或いは破線による表示に改めなければならない。

3.2.2 商標の記述

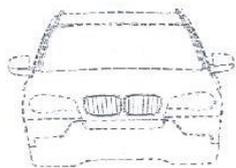
出願人は商標の記述を提出して、立体的形状を説明しなければならない(商施 15Ⅲ)。破線を用いて商標を商品または役務に使用する方法、位置または内容などを表示する場合、それもまた説明を加えなければならない(商施 13Ⅱ)。

事例：

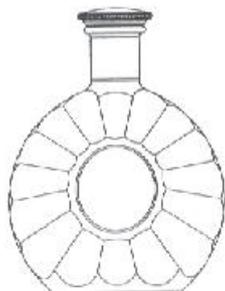


商標の記述：「本件は立体商標であり、商標図案に示すように、その外側全体は一つの八角形をなし、その八角形の外側は角を取り除

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。」



商標の記述：「本件は立体商標であり、楕円形の酒瓶の正面と背面の中央に楕円形の窪みがあり、且つ正面と背面の縁にはいずれも貝殻のデザインが施されており、平らな楕円形の底部があり、酒瓶の頭部から円形の瓶口と首が伸びている。」

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』という文字からなるものである。」



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。」



商標の記述：「本件は立体商標であり、模様が刻まれた蓋とひょうたん型のガラス酒瓶の立体形状を組み合わせた商標で、その正面には HENNESSY、XO の文字と独特のデザインの花柄が刻まれている。」

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、専用権放棄の声明をし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、専用権放棄の声明についても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」と声明する。しかし、前述の専用権放棄を声明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、専用権放棄の声明をする必要はない。出願人が破線で表示した商標図案を補充することは、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)。

事例：



商標の記述：「本件は立体と色を組み合わせた商標であり、紫色の四角柱の包装容器で、容器の頭頂部の蓋は黒色、容器の瓶は特殊な曲線デザインになっており、瓶の上下四分の一は、中央の二分の一の部分より突出しており、瓶本体の正面上部の四分の一と中央の二分の一の箇所にはそれぞれ銀色のラベルがあり、瓶本体中央のラベル上部には黒色で縁取りデザインされた「LISTERINE」のスペルがある。破線部分で表示された瓶のデザイン形状は、商標の一部には属さない。」

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すに足りるもので、消費者がこれにて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。

立体的形状は従来の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。商品の特性は消費者がその種の商品を選択するときの商標に対する注意度にもまた影響する。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、それ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比較的低い。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、その認識により、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なければ、識別性を具えないとする。

このほか、業界が使用する状況もまた、重要な考慮要素となる。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ものであれば、出所を区別する機能を具えず、識別性を具えないとする。

(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、単に商品の魅力をより高めるための装飾設計にすぎないもので、ゆえに、消費者は通常、それが商品の出所を識別する標識とはみなさないのが、先天的識別性を具えない。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が証明されて、はじめて登録を許可することができる。

事例：



商標の記述：「本件は立体商標であり、出願人が製造した特殊な造形の自動車の立体図案からなる。」

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ものであれば、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。ある一部の商品の区分において、多様化した商品の形状設計が一般常態である場合、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等は、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、商品の出所を識別する標識ではないと判断する。たとえ、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るものでも、それが先天的識別性を具えていると認めがたい。

(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はやはりよく見かける形状と明らかな差異があり、消費者に強い印象を残し、それを出所識別の標識とみなすものであって、はじめて識別性を具える。商標が、単に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で構成され、商品の出所を識別する標識とすることができないものであれば、識別性を具えていないものとすべきで、登録されるには後天的識別性を証明しなければならない（商29Ⅱ）。

事例：



商標の記述：「本件は立体商標であり、瓶本体の中間は立体で、下半分は12の矩形の形状によるデザインからなることで、その瓶の形状を各角度からみるとより豊かな曲線に見えるようにし、瓶の底部は弦月型の模様で囲繞されている。」

(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、現在の産業界における一般的なマーケティングモデル及び

実務により、消費者がすでに商品又は役務に使用する立体的形状による標識を商品または役務の出所を指示する標識と見なし、単なる装飾或いは背景的立体図案とするのではなく、客観的に商品又は役務の関連する消費者にそれが商品または役務の出所を指示するものと認識させ、且つ他人の商品または役務と区別することができるものでさえあれば、識別性を具える。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装飾性の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立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る。平凡で新奇性やスタイルのないインテリア設計の出願は、通常消費者に装飾的性質の印象を与えるのみであり、登録することはできず、(商 29 I ③)後天的識別性を取得済みであることを証明して初めて登録することができる(商 29 II)。ただし役務場所の外観又はインテリア設計が独特で、強く印象を人に与え、且つ出願時にすでに特定商業の出所と結び付けられ商品又は役務の出所を指示する機能を有する時には、商標の識別性を有する。

事例：



商標の記述：「本件は立体商標であり、本商標は世界一高い超高層

タワービルと付属ビルからなる構造で、その中の超高層タワービルは第 27 層から第 90 層まで 8 層ごとに 1 つの節、合計 8 つの節があり、各節の最上階は 7 度外側に傾斜し、花卉が上向きに開く造形になっており、ビルの外観全体は竹の節に似た形状となっている。各節の 4 つの角には『吉祥雲』の形状をした金属突起物の装飾があり、各節の 4 つの面の中間には『如意』の装飾が施されている。『金融センター』というテーマに沿うよう、第 24 層～第 27 層の位置には直径 4 層の『方孔古銭幣』（中国の古銭）の装飾がビルの 4 つの面を装飾している。付属ビルの最上階にある採光フィルタの外観は中国の『如意』になっている。」

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するものは、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で、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、消費者がそれにより出所を識別することができなだけでなく、且つ一人が独占排他権を取得することによって、公平な競争に影響を及ぼすことを防ぐべく、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ないとすべきである。

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り、あるいは商品または役務のコスト、品質に影響を及ぼすものであれば、機能性を具える。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ものであれば、一般業者に自由に使用させ、公平な競争を促進することに資するため、創始者が専利法によって一定期間の保護を受けることができるほか、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ば、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、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、その形状に他の競争相手が選択できる、その他の代替形状がなく、その商品の使用目的を発揮するために必要であること

を指す。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、特定の人物の独占使用に登録させてはならない。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。その形状で出願した場合、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、もし特定の人物に独占使用させるならば、公平な競争に深刻な影響を与えるため、その機能を発揮させるために必要なものである場合は、その登録を許可しない。

(2) その形状がある種の技術効果を達するのに必要であるものか

立体的形状がある種の技術効果を達す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達す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達するために必要な形状であるため、扇風機の羽根の形状を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、特定の技術効果を達することができる立体的形状について商標権を取得させる（付与する）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、公平な競争を妨害する場合、たとえ同じ技術効果を達す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を克服することはできない。

ある立体的形状がある種の技術効果に達するのに必要であるものかについては、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達す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達することができる」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達するために必要であるものなの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的特徴と同一または類似するもの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

その形状は、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ある場合、もし、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、商標の専用使用権及び排他権が取得され、他の業者はその商標の侵害を避けるために、製造コストが増加せざるを得ない、またはより難しい、より劣る製造方法でその他の形状を製造せざるを得なくなり、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、且つその単一色の色彩または色彩の組み合わせ自体がすでに、商品または役務の出所を示す機能を具える。文字、図形または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ものではなく、
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する方
法、位置または内容態様を表示することができる（商施 14 I）。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 13 II)。

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 14 II)。

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な紫
色で、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。」

登録保護を受けようとする色彩をさらに厳密に定義するため、また、第三者（特に競争同業者）が登録公告により、当該登録商標及びその権利範囲を明確に認識することができるよう、特に単一の色で出願された登録出願の場合、色の商標がスキャン、ファイル転換等の手続き作業により色彩に違いが生じることのないよう、出願人に、国際的に通用する色見本コードの補充送付を通知することができ、それで出願する色彩を明確にすることができる。さらに、出願する色彩商標が識別性を具えるか否かおよびその主張する権利の範囲を具体的に認定する際に資するよう、出願人は商標の記述のなかで、国際的に通用する色見本コード（色彩識別システム）をもってその色彩を定義することができる。例：「本件は色彩商標であり、商標図案に示すような緑色で、色番号 Pantone 348C で、指定商品の箱の蓋に使用する。破線部分の箱の形状は商標の一部ではない」。

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ない。色彩を組み合わせた商標の場合は、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特性があるならば、単一色の色彩より、先天的識別性を具える可能性が高くなる。ゆえに、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

識別させるに足るのであれば、後天的識別性を獲得したことを立証するまでもなく、登録することができる。但し、言わざるを得ないが、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立証して、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、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」などで、特に特定の色彩を強調した場合、それはすなわち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ことであり、商標の識別性をより証明しやすくなる。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。出願人が、その単一色が特定の商品または役務に用いることが極めて例外であり、または非常に尋常でない状況であることを証明できる場合に限って、認める。

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ある場合、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に足りるものではないため、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表し、黄色がレモン味、緑がペパーミント味などを表す可能性があり、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た場合、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の

説明となるので、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。一般大衆に知れ渡っている色および商品本体の自然色については、全て登録することができない(商 29 I ②)。例えば、消火器に慣用されている色彩である「赤色」を消火器製品に使用すると指定する場合、牛乳製品本体の自然色である「白色」を、牛乳製品に使用すると指定する場合、麻縄やゴザの自然色である「薄褐色」を、縄やゴザ製品に使用すると指定する場合である。

慣用されている色の商標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及ぼすので、後天的識別性を証明することによって登録を許可することはできない(商 29 II)。

4.2.3.3 その他、識別性を具えない色彩

色彩は往々にして、文字、記号または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、記号または図形を抜き出して、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を使ったからといって識別性を具え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で、或いは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したりする場合、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ことから、それぞれ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、特定の意味を表す場合も、機能性を具えることに属する。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おり、交通警告用器具製品等において機能性を具えるので、登録を許可しない。また、花き産業において、色彩にもその重要性があり、典雅、大往生、ハロウィン等の特定の商業的雰囲気とメッセージを伝えることができ、且つこれらの機能は商品の包装又は役務に関する物品にも延長して使用される。(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、文字をもって音の商標が有する特徴をすべて含むよう、その音を明確かつ完全に説明しなければならない。また、その文字(それ)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」、「本件は音の商標であり、口語の『你累了嗎(疲れたの?の意味)』によって構成される」又は、「本件は音の商標であり、著名なターザンの雄叫びであり、約 10 個の連続音から構成され、地声(胸腔共鳴)及び裏声の変換は次のようになる。(1) 一拍半の地声、(2) 次に前の音より 13 音高い短音、(3) 次に前の音より 3 音低い短音、(4) 次に、前の音より 3 音高い短音、(5) 次に前の音より 11 音低い長音、(6) 次に前の音より 8 音高い短音、(7) 次に前の音より 3 音高い短音、(8) 次に前の音より 3 音低い短音、(9) 次に前の音より 3 音高い短音、(10) 前の音より 13 音低い長音。」音楽的な性質と非音楽的な性質を両方備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

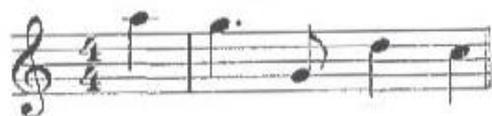
音の商標を五線譜または数字譜で表示する場合、出願人は商標の記述を提出し、文字で音に関する説明を行わなければならない(商施 18 II)。商標が単純な楽音の場合、例えば、「INTEL Sound Mark」という商標では、商標図案自体で明確かつ完全に商標を表示しているので、商標の記述では、「本件は音の商標であり、5 つの連続した音調 D (フラット)、D (フラット)、G、D (フラット)、A (フラット) の組み合わせからなる。」と簡単に説明するだけでよい。し

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によりて歌い、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。

事例：



商標の記述：「本件商標は音の商標であり、5つの連続した音調 D (フラット)、D (フラット)、G、D (フラット)、A (フラット) の組み合わせからなる。」



好 湯 在 康 寶

商標の記述：「本件商標は音の商標であり、音符ラ（1拍）、ソ（1拍）、ソ（半拍）、レ（1拍）、ド（1拍）の5つの音符から構成される旋律で、歌詞は『好湯在康寶（好いスープはクノールにあり）』である。」

4/4 3 6 5 4 3 1 | 2 7 1—||
 新 一 點 靈 B 1 2

商標の記述：「本件商標は音の商標であり、願書に添付した光ディスクの中の音のように、本件音の商標は、音符ミ、ラ、ソ、ファ、ミ、ド、レ、シ、ド等の旋律の組み合わせからなり、歌詞は『新一点靈 B12』である。」

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。出願人は商標願書の「商標図案」について、特に電子出願においては、「本件の図案は音の記述の説明及び音のファイルを参考にしてください」等の文字を商標図案の欄に記載することができる。

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、直接その音を聴くほうが審査に資する。非音楽的性質の商標においては、さらに音見本による補足に頼ることになるため、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。審査に利するよう、その形式は商標主務官庁が公告にて定めた形式に符合（商施 18Ⅲ）、しなければならない。

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補足し、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、通常は使用することにより、消費者がその音を特定の出所と結びつけ、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る可能性を排除しない。通常、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場合、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い曲は原則として、後天的識別性を証明してはじめて登録が許可される（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」又は4つの音符を利用したC調で歌う「特力屋」などでは、「Hi life」、「萊爾富」および「YAHOO」、「特力屋」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、その音声が特定の出所を伝えるものであると意識する。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、デパートではしばしば、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、婚約時に招待客に菓子の「喜餅」を配る時にも利用されており、慣用されている音声となる。

5.2.3.3 その他、識別性を具えない音声

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 29 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。一般の歌や長い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。すなわち、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。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、出願人が提

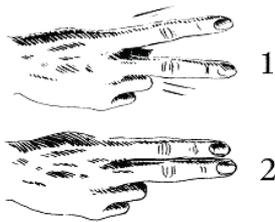
出するその映像の変化過程を表示する静止画像は、6枚を上限とする。を。

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ず、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ものでなければならず、その補充は出願日に影響しない。もし、その後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してはならないという規定に違反することになる（商 23）。

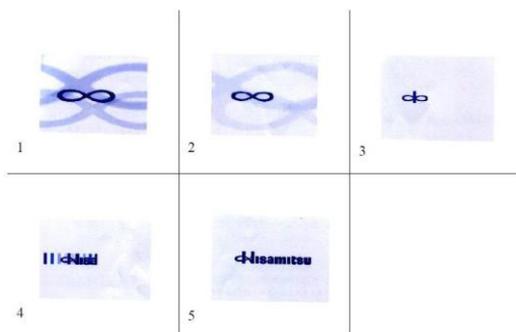
6.2.2 商標の記述および商標見本

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、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。」



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、5枚の画像からなり、文字及び図形の一部は青色である。1つの“無限大マーク(∞)”が図1から図2のように、連続的に流動する画像が見る者の視覚に現れることから始まり、その後、青色の直立した長方体が“無限大マーク”の中間から現れ、“無限大マーク”の左右両方に快速移動し、“無限大マーク”が素早く「HISAMITSU」のロゴに転換し、同時に背景の比較的大きな“無限大マーク”が遊離している映像も移動して消失する。図3～図5に示すとおりである。灰色の部分は背景を示したに過ぎず、商標の一部には属さない。」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審査に利するよう、商標の主務官庁の公告に符合しなければならない(商施16Ⅱ)。

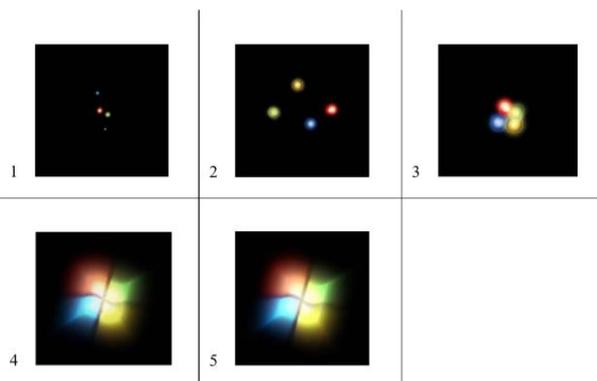
6.2.3 識別性

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。

動きの商標は電子製品の起動、特定のソフトまたは機能を起動するときの待ち時間に現れる動的画面だったり、またはマルチメディアを利用した動画広告だったりであるもので、消費者は通常、直接それらの動的映像を商品または役務の出所を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ず、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ができる、そうしてはじめてその動的映像が出所を示す機能を生じ、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

商業の出所に係るものと認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ことができるため、先天的識別性を有する。

事例：



例：マイクロソフト社は、当該会社のコンピューター関連商品にすでに広く使用され、高度な識別性を具えている図形を動的方法で表している。該図形商標をコンピューターソフトウェア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、単純な幾何学的図案または装飾的図案では通常、識別性を具えないとして登録を拒絶されるが（商 29 I ③）、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して認識したものであれば、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、商標の宣伝とした状況もまた、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づいて考慮し、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）を利用したものなので、

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。

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。さもなければ「一商標一出願」の規定に反することになる（商19IV）。もし、その後提出した、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、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、それぞれの透視図の変化状況を説明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きつき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、審査に利するよう、商標見本を提出することが好ましい。

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。ゆえに、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る。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り、権利放棄の声明を必要とするか否かについては、「権利放棄の声明の審査基準」を適用して

判断すべきである。ただし、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。ゆえに、機能性はホログラムの審査の重点ではなく、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.連続図案商標

8.1 定義

連続図案商標とは、繰り返し出現する連続性のある図案で、商品又はその包装容器に使用され、役務に関する物品又は役務の場所等の客体の全て又は一部の表面に施され、且つ当該連続図案自体が商品又は役務の出所を区別する機能を有するものを指す。連続図案商標は、単一構図の要素のみで組成することもでき、図案、数字、アルファベットをデザインしたもの、若しくはその他の文字等の要素を共に組成したものともできる。

8.2 連続図案商標の審査

8.2.1 商標図案

連続図案商標の商標図案は連続図案の構図パターンと連続配列

の方法で表現することができ、商標を指定商品又は役務に使用する
方法、位置又は内容の態様を破線で表現することもできる。特に連
続図案を商品の一部特定の位置に使用する状況については、商標の
実際の使用態様を明確に表現し、また、これらの破線部分が商標の
一部に属さないことを商標の記述において詳細に説明することも
できる（商施 13Ⅱ）。

事例：



商標の記述：「本件は連続図案商標であり、靴の甲部分及び踵部分
の布に市松模様を配した図案から組成される。破線で構成された靴
の外形は、市松模様図案の位置を表現するために用いるのみで、商
標の一部ではない。」

連続図案を指定商品又は役務に使用する特定の方法、位置又は内
容の態様を破線で表現することは、審査の際に当該連続図案が識別
性を有するか否かを判断する助けとなる。出願人は性質の近い商品
又は物品上に、連続図案を使用する方法、位置又は態様がほぼ同じ
である時は、その中の1つの商品をもって当該商標の使用状況を表
示することができる。例えば、連続図案がナイフ、スプーン、フォ
ーク等の性質の近い商品の柄の位置に使用される時、商標図案はそ
の中の1つの商品の外形と連続図案の表示方法又は位置を破線で
表現し、商標の記述において当該連続図案のその他関連商品におけ
る類似の使用状況について明確に説明すればよい。ただし、注意す
べきは、本来の連続図案が柄の位置に表示されている場合、ナイフ
の刃面、スプーンの腹等の異なる態様に表現が変更された場合、商
標図案の実質的な変更にあたり、これは許可してはならない（商
23）。

事例：



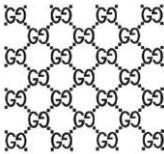
商標の記述：「本件は連続図案商標であり、願書の図案が示すとおり、菱形パターンが真ん中の緑、赤、緑のストライプの線で分けられているもので、商品に関係する全て又は一部に使用され、固定的な方位又は位置への使用に限るものではない。」

出願しようとする連続図案が数種の異なる形式により使用され、且つ数種類の異なる商品又は役務に使用されるが、客観的事実・証明によりその使用方法がすでに消費者に認識されており、且つ出所を同じくする商業的イメージをすでに生じていることを証明するに足りれば、出願人は長方形のブロック状（例えば上図）の形式で連続図案の一部を掲載し、当該連続図案の構図パターンとレイアウト方法を表現し、商標の記述において詳しく説明して表現することができる。ただし、注意すべきは、本来連続図案を指定商品又は役務に使用方法を破線で表現した商標図案の場合、その後長方形のブロック状の連続図案方式の表現に変更してはならない。なぜならこの種類の商標図案は、使用方法、サイズ、又は位置の制限を特定しておらず、各種異なる商品又は役務に使用される可能性があるため、商標図案の実質的な変更にあたり、これはしてはならない（商23）。ただし、本来長方形のブロック状で出願した商標図案を、出願後に実際の商標使用の態様に基づき、商標を使用する特定の商品又は役務の方法、位置又は内容態様を破線で表現する商標図案に補正することはでき、商標の実質的な変更にはあたらない。

8.2.2 商標の記述

連続図案商標にとって、連続且つ繰り返し出願する構図パターンがこの商標の特徴であり、商標の記述において、当該商標は連続図案により構成されることを明確に記載しなければならない。

事例：



商標の記述：「本件は連続図案商標であり、商標図案は願書の図案が示すとおり、商品に関する全部又は一部に使用され、固定的な方位又は位置への使用に限るものではない。」

商標図案の表現方法は商標の記述と相互に一致し、且つ相互に参照できるものでなければならない。商標図案が特定商品への使用方法、サイズ又は位置を破線で表現している場合、商標の記述と商標図案が表現する形式は、性質が近い商品又は役務に属するか否か、使用態様がほぼ同じか否か等、その一致性を審査しなければならない。出願人が使用を指定する商品及び役務が、商標図案と商標の記述が表現する登録出願商標の権利の内容に対応することができない場合、商標図案及び商標の記述において完全には表現することのできない商品又は役務を減縮するよう出願人に通知しなければならない。出願人は補正する際には、商標が請求する権利範囲を拡大して商標図案の実質的変更という状況になることを避けなければならない（商 23）。

8.2.3 識別性

連続図案の使用態様は、通常、消費者にそれは装飾の用途のためであると認識されがちであることから、この連続図案を商品又は役務の出所を指示する標識とはせず、先天的識別性を有しないものとなる。出願人は立証することで、当該連続図案商標はその実際の使用を経て、取引上すでに出願人が指定する商品又は役務の出所の識別標識となっており、後天的な識別性を有するものであることを証明して初めて登録査定とすることができる。

しかし、連続図案を商標とする登録出願について、先天的識別性を有する可能性があり、個別案件ごとに以下の判断要素を考慮する。

- (1) 当該連続図案は普遍的によく見られるものであるか、又は指定商品又は役務に関する範疇ですでに広く使用されているものであるか。

客観的証拠で登録出願に係る連続図案商標が、普遍的によく見られるもの、又は関連する商品又は役務に広く使用される図案に類似していると示すことができる場合、当該連続図案は先天的識別性を有しないと認定できる。一方、登録出願に係る連続図案の組み合わせが独特で普通ではない特質を有する場合は、先天的識別性を有する可能性がある。ただし、特に注意すべきは、出願人が特定の連続図案の唯一の利用者であるという事実自体は、当該連続図案が先天的識別性を有することの決定的要素とするには足りないことである。

- (2) 連続図案の構図パターンの本質

連続図案に含まれる構図パターンは、単独で表現される際、既に先天的識別性を有している。例えば、独創性又は任意性のある文字を組み合わせた連続図案、若しくは連続図案の構図パターンに顕著な特徴を有する要素が含まれている等の状況から、関連する消費者が

これらの連続図案から商品又は役務の出所を認識し区別することができれば、先天的識別性を有する。

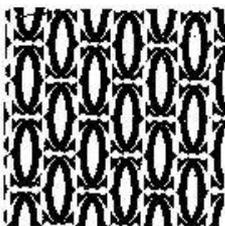
(3) 産業実務と習慣

連続図案が先天的識別性を有するか否かの考慮は、指定商品又は役務に関する産業の運用実務を考慮に入れるべきである。例：ある産業の実務上、連続図案を装飾的方法で商品又は役務に使用することが習慣になっているが、関連する消費者は通常それを商品又は役務の出所を指示する標識としていない場合、先天的識別性を有しないはずである。一方、一部その他の産業において普遍的な運用実務では、関連する消費者がすでに商品又は役務に使用されている連続図案を商品又は役務の出所を指示する標識であり、普通の背景図案ではないと見なしている場合、連続図案は先天的識別性を有すると認定することは、適切なやり方である。

(4) 使用を指定する商品又は役務の種類

使用を指定する商品又は役務の種類も、連続図案が先天的識別性を有するか否かの判断の際、考慮する要素の一つである。例えば、衣服、寝具、家具、文具、カーテン等の商品に使用する連続図案は、消費者がこれらの商品を購入及び使用する際に、ほとんどが一定程度の美感を考慮しているため、装飾的図案であると認識されがちである。しかし、指定する商品又は役務が、例えば、工業機械又は手術設備のような、消費者が通常その装飾性という特徴で商品又は役務を選択購入しないものである場合は、連続図案は先天的識別性を有すると認められる機会が比較的大きくなる。

事例：



本件の商標図案は、無限に続く連続図案のみで構成されており、「カフスボタン、ネクタイピン、指輪、ブレスレット、イヤリング、ネックレス、ブローチ、時計、タイマー、時計、時計ベルト、時計チェーンベルト、貴金属の時計ボックス及びジュエリーボックス」等の商品に使用を指定されており、人々に装飾的図案であると認知され、関連する消費者にそれが商品を示す標識であると認識させるには足りないことから、先天的識別性を有しない。ただし、出願人が実際の使用証拠を挙げて後天的識別性を取得したことを立証すれば、商標法第 29 条第 2 項の規定により登録査定とする。



本件商標に含まれる連続図案の要素は普遍的によく見られるものではなく、また、広く使用されている図案でもなく、デザインされた「Dior」の文字を構図パターンとするもので、当該「Dior」の文字は「石鹸、香水、香料、アロマオイル、化粧品、美髪水」等の商品に使用され、説明的意味を持たない任意性のある文字であり、商品又は役務に単独で使用され、関連する消費者はそれが商品又は役務の出所の違いを指示する標識と見なしていることから、連続図案の形式で商品に使用するものであっても、やはり商品又は役務の出所を指示する機能があり、先天的識別性を有すると認定すべきである。

8.2.4 機能性

連続図案が指定する商品又は役務について、商品又は役務の用途又は使用目的が不可欠である、若しくは商品又は役務の成分又は品質に影響する場合には、機能性を有する。例：特定の構図パターンからなる連続図案は、偽装、暗示するのに都合がよい効果を有する可能性があり、衣服等の商品への使用は、機能性を有すると認定しうる。たとえ実用的機能を有しなくても、「その他の競争上の優位」がある状況であれば、例えば当該連続図案が商品又は役務に重要な価値を付与し、関連する消費者が商品又は役務の選択・購買する時の主な決定要素になり、且つ、競争において実際に、明らかに競争上優位である時は、美感機能性を有するはずであり、登録してはならない（商 30 I ①）。

9. 匂い商標

9.1 定義

匂い商標の意味としては、特定の匂いを商標とし、且つ当該匂い自体がすでに商品又は役務を指示する機能を有していることを指す。匂い商標は使用を指定した商品又はその包装容器、提供する役務に関する物品又は役務の場所等の形式で表現される可能性があり、匂い自体に機能性を有しなければ、登録される機会があるはずである。

9.2 匂い商標の審査

9.2.1 商標図案と商標の描写

匂い商標と音の商標は、同じくいずれも視覚的に感知できない商標形態に属する。しかし、依然としてはっきり、明確、完全、客観的、持久性及び分かりやすい方式で表現しなければならないとする商標図案の要件（商 19Ⅲ）に符合しなければならない。しかし、匂い商標は音商標が電子媒体に保存でき、審査の補助とすることができ、また明確にその権利に含まれるものを公告することができることとは異なり、非伝統的商標が商標図案の規定に符合するための最も困難な客体の一つであると言える。

商標法施行細則第 18 条第 1 項の規定を参照し、匂い商標図案は当該匂いの文言による説明とすることができ、即ち、商標の描写を商標図案としなければならない。商標図案のはっきり、明確、完全、客観的、持久性及び分かりやすい方式で表現しなければならないとする要求（商標 19Ⅲ）を満足させるため、商標の描写の文言による説明を匂い商標図案とする時、商標の描写の内容が伝達する情報について、文字によりはっきり、明確及び客観的に出願登録する匂いについて説明しなければならず、且つ普通の知識・経験を有する消費者が容易に理解できるよう注意すべきである。商標の描写には、「本商標は匂い商標である」と明示する以外に、その内容にも関連する消費者が直接且つ記憶の中の匂いとリンクして、登録出願に係る匂いが人に与える感知はどのようなものかはっきりと認識、理解できるようにしなければならない。よって、赤外分光分析、クロマトグラフィー、真空分留、核磁気共鳴（NMR）、又は匂いセンサー（人工電子鼻）等の技術又は設備を運用して得た分析結果は、匂い物質自体の分析情報に過ぎず、発する匂いが人に与える感知印象ではなく、この分析結果のみを商標の描写の文言的説明とすることは、

前掲規定の要件に符合することはできない。

匂い商標は一般の視覚的に感知できる商標又は音の商標とは異なり、第三者は商標公報、商標登録簿、又は商標主務官庁のサイトから、直接身体的感覚器官を通して登録出願の匂いを理解することはできない。よって、商標の描写の文言による説明をとおして、いかに第三者にはっきり、明確に当該匂いの内容を理解させるか、ひいては商標法第 19 条第 3 項規定の要求を満たすことができるかは、相当困難である。登録出願する匂いが消費者に与える認知により、以下 2 種類の表現方法に分けることができる。

9.2.1.1.自然界に存在する匂いによる記述

商標出願人が登録出願する匂いが、自然界に存在し、且つ、普通の知識を有する関連する消費者が知悉しており、類似する共通の印象を有するものであれば、例えば、柑橘の香り、ラベンダーの香り又はミントの香り等であれば、当該文言による説明を通して関連する消費者に、記憶の中の特定の匂いと直接、はっきりとリンクさせることができ、さらに商標サンプルを審査し、感覚器官上の認知が相互に一致する時は、出願人が保護を取得しようとする匂い商標の内容を表現するに足りているものであるはずで、商標法第 19 条第 3 項の規定に符合する。例：「本件は匂い商標であり、バラの花の匂いを家庭用プラスチック容器に使用したものである。」

注意すべきは、出願人の匂いについての描写が、消費者の主観又は生活経験の認知と異なるため、異なる匂いとして理解される可能性がある場合には、商標法第 19 条第 3 項の規定には符合しない。例：商標の描写の文言が「本件商標は匂い商標であり、フーセンガムの匂いからなる。」とされているが、一般の社会通念及び市場取引状況において「フーセンガム」は消費者の認知によると、フレーバーの違いにより各種異なる匂いを発する可能性があり、特定され

ていない匂いであることから、当然、商標法第 19 条第 3 項の規定の要求を満たすことができない。

登録出願する匂いが、複数の自然界にすでに存在する匂いを混合したものからなるが、混合成分及び比率の違いにより、生じる匂いも異なる可能性がある場合、匂い商標の権利の内容と範囲をはっきり、明確又は理解することが難しくなる。たとえ出願人が混合の匂いの各種成分と比率をはっきりと説明し、詳しく化学式配列まで記載して説明し、第三者が同じ成分と比率で再現し、当該匂いの内容を理解することができるよう記載したとしても、最終的には、依然として商標の描写の文言による説明が、客観的に人が感知する匂いがどのようなものかを表現するに足りるか否かで判断しなければならない。例えば、描写内容がこれらの匂いの組み合わせ、匂いの成分の配合、成分の比率、化学式等で表現されているのみで、人に直接記憶の中の匂いとリンクさせることができず、ひいては当該登録出願に係る匂いをおおまかに識別、理解することができない場合には、商標図案ははっきり、明確、完全、客観的、持久性及び分かりやすい方式で表現しなければならないとする要求を満たすことができない。

例を挙げて言うと、商標の記述が「本商標は匂い商標である。高濃縮のサリチル酸メチル（10 重量パーセント）とミント（3 重量パーセント）を混合した後のミントの香りから構成される」の場合。この匂い商標は高濃縮のサリチル酸メチル（ウインターグリーンオイル）とミントを混合したものであるが、主に表現される匂いは既に周知の「ミントの香り」であり、普通の知識・経験を有する大部分の消費者にとって、記憶の中で直接結び付けることができ、ひいては当該登録出願された匂いが人に与える感覚と印象をはっきりと識別、理解できるはずである。出願人は当該ミントの香りの成分と比率の調和を説明し、同業者が当該匂いの内容を再現し理解することに資することができ、且つ商標サンプルも補助、参照に値するものであるため、商標法第 19 条第 3 項規定の要求を満たしている

と認めることができる。しかし、個別案件において全ての成分と比率を表現する記述が必要とされない。匂い自体の文言による説明が、商標法第 19 条第 3 項規定の要求を満たすか否かは、やはり主に普通の知識経験を有する消費者に登録出願に係る匂いをはっきり且つ理解させるに足るか否かである。

9.2.1.2 市場における特有の名称又は呼称による匂いの記述

登録出願に係る匂い商標について、自然界に存在する匂いをもってはっきり、明確に表現することができない時、もし、すでに市場に存在し且つ普遍的な関連する消費者が知悉している特有の名称又は呼称と結び付けることができ、多数の消費者が類似する共通の印象及び経験を有することを証明するに足る具体的な証拠がある場合、市場における特有の名称又は呼称をもって記述することができる。このとき、出願人は市場で実際に使用されている相当程度の広告又はマーケティングの証拠を添付して、市場での当該特定の名称又は呼称が、登録出願した匂いとすでに密接な結び付きを生じていることを証明しなければならない、且つ、普通の知識を有する関連する消費者が知悉しているものとして、当該匂いの特有の名称又は呼称をもってそれが商品又は役務に使用される等の状況の記述を匂い商標の文言による説明とし、また商標サンプル（見本）を補充して、商標法第 19 条第 3 項規定の要求を満たすことができる。

9.2.2 商標サンプル（見本）

商標サンプルは商標図案の審査の補助に用いられ、商標図案及び商標の記述の記載にとって変わることはできないが、匂い商標の実際の使用は、嗅覚を利用して感知するもので、文言による説明を通して商標を表現しても、さらに商標サンプルを補充して始めて商標

法第 19 条第 3 項規定の要求を満たすことができる。出願人は出願時に匂いサンプルを提出する必要はないが、審査段階において、審査に利するよう出願人に商標サンプルの提出（補正）を通知することができる。（商施 13 I）

匂い商標は、商標の記述の文言による説明を商標図案とすべきであることから、商標サンプルは商標の記述と相互に一致しなければならない。具体的に言えば、出願人は登録出願に係る匂い商標を実際に使用した商品の実物、商品パッケージ又は提供する役務に関する物品等を匂い商標のサンプルとして送付することができる。実際に匂いを使用した物品が比較的大きい体積の場合、若しくはその他送付困難な場合、当該匂いを実際に表現した試験紙又はシール等を商標サンプルとして審査のために送付することもできる。

9.2.3 識別性

匂い商標はその他のタイプの商標と同じく識別性を有して初めて登録することができる。しかしながら、登録出願に係る匂いが、使用を指定する商品自体又はその本質からくるものである場合、当該匂いが消費者に与える認知は、使用する商品自体となり、特定の商品の出所を指示する標識とはならない。例：チョコレート又はバニラの匂いをベーキング商品に指定すると、チョコレート又はバニラはベーキングのケーキ、パン等の商品に通常使用される原料であるため、これらの商品の原料、成分、味等の特性に関する説明となり、識別性を有しない（商 29 I ①）。また、ゴムの匂いをタイヤ商品に指定する場合、タイヤの多くはゴム製であることからゴムの匂いはタイヤ商品自体から発せられる匂いであり、当該商品の本質によるもので、タイヤ商品の一般的な匂いに属し、識別性を有せず（商 29 I ②）、且つ後天的識別性を獲得したと立証して登録査定とすることはできない（商 29 II）。匂い商標の使用を役務に指定する時も類似の状況がおこる可能性があり、コーヒーの匂いをカフェに指定

する場合、同様に識別性を有しない。

このほか、商品自体、商品パッケージ又は提供する役務に関する物品等の客体が発する匂いは、いずれも消費者に当該特定物品の特徴であると認識させやすいものであり、直接商品又は役務の出所を指示する標識にはならない。出願人は当該匂いが出願人による使用を通して、取引上すでに出願人の商品又は役務を指示する識別標識となっていることを立証し、後天的識別性（商 29Ⅱ）を有することを立証することができない場合、商標法第 29 条第 1 項第 3 号の規定により拒絶査定としなければならない。

匂いが単独で商品又は役務の出所を指示する商標機能を有するには、一般的に商品又は役務の本質又は期待される商品又は役務の特徴から独立し、特別な匂いを付加する必要がある。例えば、インドソケイの香りの刺繍用糸、チェリーの香りのオイル、苦味のあるビールの香りのダーツ（ゲーム用品）は、どれも国外で登録査定となった事例である。これらの事例の匂いは指定商品が自然に有する匂い又は期待される匂いではなく、余分に商品又は役務に使用し、競争同業者の類似商品又は役務と区別する一種の標識としたものである。

9.2.4 機能性

登録出願に係る匂いの指定商品又は役務に対する用途又は使用目的が、不可欠である、若しくは商品又は役務のコスト又は品質に影響するものは、機能性を有し、登録することはできない（商 30 I ①）。匂い商標が機能性を有するか否かの判断において、商標が使用を指定する商品又は役務の類別は、重要な影響要素の一つである。例えば、香水、アロマオイル、エアリフレッシュナー、リフレッシュオイル等、その本質的機能は使用者に異なる匂いを提供して、使用者が自身で好きな匂い、リラックスした愉快的な気持ちを発する

ことができるよう、又は脳のリフレッシュ効果を得るものである。よって、匂いはこの種の商品にとって、実用目的があり、機能性を有するため登録してはならない（商 30 I ①）。

指定商品又は役務の産業に関する運用実務もまた機能性を有するか否かを判断する重要な要素である。即ち、匂いが商品又は役務の競争上の重要な影響に対し、密接な関連性を有するか否かである。指定した商品又は役務に使用される匂いが、市場取引の実務上普遍的でよく見られるものである場合、このような匂いは識別性を有していないだけでなく、機能性を有していると認定されるべきであり、登録してはならない。取引上普遍的に使用されている匂いは、通常、商品をよりよく魅力的に感じさせる。例えば、食器洗剤、洗剤等の人体用ではない洗剤のレモンの香りは、これらの商品の清潔機能及び商品製造コストについては実質的な利はないものの、関連商品業者にはすでに普遍的でよく使われるものであり、このような匂いが一人に独占された場合、機能とコスト以外のその他の競争上の優勢を有することは明らかであり、合理的な競争を抑制する結果を生じることとなるため、特定商品又は役務の業者に普遍的でよく使われる匂いについては、美感機能性があると認定すべきで、登録してはならない（商 30 I ①）。

これらをまとめると、個別案件において登録出願された匂いが機能性を有するか否かを判断する際には、先ず当該匂いの使用が指定される商品又は役務の用途又は使用目的が、不可欠であるか否か、若しくは商品又は役務のコスト又は品質に影響するか否かを判断しなければならない。前掲した事情を具えない場合には、当該匂いがその他の真に明らかな競争優位を提供しており、公共の領域に保留すべきであるか否かをさらに一歩進んで判断する。当該匂いが個人により独占的排他権を取得された場合、ライバルを明らかに名誉上ではない劣勢に陥れることになると考えられる場合には、当該匂いは機能性を有すると認定されるべきである。

市場の業者が商品、商品パッケージ又は提供する役務と関する物

品、役務を提供する場所に特定の匂いを使用することは、物品又は場所の嫌な、又は鼻を突く匂いを遮るため、若しくは好ましい匂いを添加して、商品又は役務の吸引力を高めて消費者にさらに消費意欲を持たせるためである。この種の匂いは、遮る機能があるが、からなずしも当該匂いが商標法の範疇の「機能性」を有するとは限らない。例えば、チェリー又はその他のフルーツの香りを自動車用燃料オイル商品への使用を指定する場合、フルーツの香りはオイル自体が有する鼻を突く匂いを低減させることができるが、オイルの運用機能は向上せず、又はコストの減少の助けにもならず、オイル業者に普遍的によく用いられるやり方でもない。出願人が、当該匂いがすでに後天的識別性を取得しており、且つ、当該匂い商標の登録は、市場競争秩序に不利な影響をもたらさず、そのライバルを明らかに名誉上ではない劣勢に陥れることにならないと立証することができれば、機能性を有する状況には属しない。

10. その他の非伝統的商標

本法に例示していないその他の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、審査の際にその権利範囲を明確に特定でき、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、商標の記述、さらには商標見本を提出しなければならない。

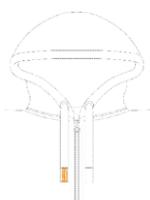
位置商標を例にとると、伝統的な平面の文字や図形の商標、新たなタイプの色彩や立体の商標は全て、商品または役務の特定位置に使用することが可能である。もし、その位置が商標識別の重要な特徴であり、その文字や図形、色彩、立体的形状をその特定位置に用いないと、商品または役務の出所を示す機能を喪失する可能性があるならば、位置商標の性質を具えていることになる。例を挙げると、靴のかかとの中央の位置から靴底に向かって表示された赤色の帯状の場合、その赤色の帯状のものはその特定の位置から離れると、

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、商標の記述において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。

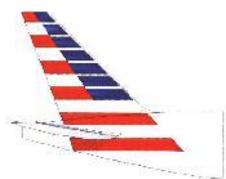
事例：



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。」



商標の記述：「本件は位置商標であり、衣服のパーカー紐の端に『Superdry 極度乾燥しなさい』の文字を表示させたオレンジのタグから構成される。破線部分は商標の一部ではない。」



商標の記述：「本件は位置商標であり、飛行機の尾翼と機体後部に一定の方法で表示させた赤色、白色及び青色のボーダーの組み合わせから構成されるもので、破線部分は尾翼と機体後部の形状を示し、商標の一部ではない。」

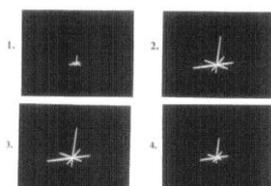
触覚、味覚などその他の視認できる商標ではないものについて、その商標図案をいかにして明確かつ正確なものとし、完全で客観性、持久性のある分かりやすい方法で表示できるか、あるいは、文字による説明、商標見本の補充を助けとして、いかにして商標を明確かつ完全に表示できるかについては、審査および公告の作業技術面においてなおも困難が残る。たとえ単純に文字による記述をもって商標図案とするフィージビリティを排除しないにしても、これら味又は触覚で認知できる標識をもって商品または役務の出所の区別とするものは、審査時にはいかにして、商標見本の添付を要求し、それと商標図案との間で相互参照できるようにし、それによって保護を求める対象を確認するかについては、当局による審理手続きの詳細規定を公告するまで、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をもって、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)。

11. 結合による非伝統的商標

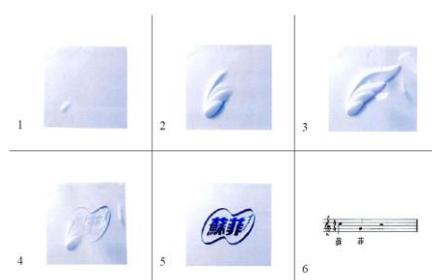
非伝統的商標には、結合という方式で出願される状況もある。商標の表示方法は原則として、視認できる部分は商標図案に表示し、視認できない部分は商標の記述によって説明を加えることになっている。但し、視認できない部分が音楽的性質の音の商標のときには、五線譜または数字譜の商標図案でその音を表示しなければならない。そのほか、その商標の形態によっては商標見本を添付しなければならない。審査の際、見本を参考する必要があると判断するとき、出願人に通知して、商標見本を提出させることができる(商施

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、音の部分について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詳細を、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り、5 つの画像と 1 つの楽譜を含む。動的映像は一枚の白い羽が徐々に翼に変化し、最後にはデザインされた「蘇菲 (ソフィ)」の図に変化するよう構成されており、図 1～図 2 の画像は、一枚の白い羽が三枚の白い羽に変化し、図 3～図 4 の画像は、はっきりとした翼が徐々にぼやけた

翼になり「蘇菲」という中国語の画像に変化し、最終的にはっきりとした「蘇菲」の中国語と翼がデザインされた図が、図6の楽譜の女性の声による「蘇菲」の音声と共に現れるものである。」

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ついて本基準の判断原則にも基づき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、専用権放棄を声明するか、商標図案に破線で表示してはじめて登録を許可することができる。

12.非伝統的商標と意匠権および著作権との競合関係

12.1 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が、技術の発展を促進させるため、専利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することができる。一方、意匠権とは、物品の全て又は一部の形状、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、それが市場の公平な競争に影響する可能性は実用的機能性を有する特許及び実用新案権より低い。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

的形狀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、その設計上の創意のみによって意匠権を取得できるが、これによってさらに識別性および商標権を取得できるものではない。但し、その意匠権者が立証して、その先天的識別性を具えていない製品の形状設計がすでに出願人の使用により、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できる場合に限って、商標の第二層の意義を取得し、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 29Ⅱ)。

12.2 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り（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。