

2003年2月6日

新しい形態の商標の保護

大阪大学大学院法学研究科
助教授 茶園成樹

1. はじめに

- ・知的財産戦略大綱（2003年7月3日）
優れたデザイン、ブランドの創造支援
デザイン、ブランドの戦略的活用

- ・保護される商標

商標法2条1項「この法律で『商標』とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合（以下『標章』という。）であって、次に掲げるものをいう。

- 一 業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの
- 二 業として役務を提供し、又は証明する者がその役務について使用をするもの（前号に掲げるものを除く。）

視覚によって認識されるものに限られる。ただし、色彩のみから成る商標は除く

↓
? 色彩商標、音響商標、匂い商標の保護の可能性

2. 欧州の動向

(1) 欧州商標制度

- ・共同体商標規則：共同体全域に及ぶ共同体商標の創設
OHIM (Office for Harmonization in the Internal Market
(Trade Marks and Designs))
審査官の査定 → 審判部の審判 → 第一審裁判所
- ・商標指令：EU加盟国の国内商標法を調和
指令の解釈問題は、欧州司法裁判所が判断
- ・商標の概念
共同体商標規則4条
「共同体商標は、写実的に表現することのできるいずれかの標識 (any sign capable of being represented graphically)、特に個人名を含む言葉、デザイン、文字、数字、商品又はその包装の形状からなることができる。但し、そのような標識は、ある企業の商品又は役務と他の企業のそれとを識別できるものであることを条件とする。」

商標指令2条

「商標は、いずれかの標識、特に個人名を含む言葉、デザイン、文字、数字、商品又はその包装の形状であって、写実的に表現することのできるものからなることができる。但し、そのような標識は、ある企業の商品又は役務と他の企業のそれとを識別できるものであることを条件とする。」

形態による限定はない
写実的表現の要件と識別性の要件

写実的表現 ← 登録制度

□保護の対象を正確に確定するために、商標を定義

□競合当局および公衆に対して開示

容易に接近でき、理解しやすく、一義的・客観的、持続的（←商標の更新）

（2）色彩商標

OHIM、ドイツ、イギリスにおいて、登録可能性を肯定

写実的表現として、色見本、色彩基準による定義

特に単一色については、識別性、自由利用の必要性が問題

Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau における Leger 法務官の意見（2002年11月12日）

形状・輪郭のない単一色について

写実的に表現できない ← その色彩が商品全体に用いられるのか一部だけに用いられるのか
等が不明

識別性ない ← その色彩の用い方が不明

（3）音響商標

OHIM：写実的表現物は、記譜法によるもの

ドイツ：写実的表現物は、記譜法によるもの、それが可能でなければソノグラム

イギリス：写実的表現物は、記譜法によるもの

（4）匂い商標

OHIM：1999年2月11日の審決（In re Venootshcap onder Firma Senta Aromatic Marketing）は、テニスボールについて「the smell of fresh cut grass」の商標登録を認めた。「fresh cut grass の匂いは、誰もが経験から即座に認識する独特の匂いである。多くの者にとって、fresh cut grass の匂い又は香りは、春や夏、手入れされた芝生や運動場、又はその他のそのような楽しい経験を思い出させるものである。審判廷は、テニスボールについて登録を受けようとする匂い商標のための記述は、適切であり、共同体商標規則4条の写実的表現の要件に合致すると考える。」

ただし、現在は、匂い商標は拒絶

イギリス：登録例”The trademark is a floral fragrance/smell reminiscent of roses as applied to tyres”, ”The mark comprises the strong smell of bitter beer applied to flights for darts”

John Lewis of Hungerford Ltd’s Trade Mark Application 事件において、”The trade mark comprises the smell, aroma or essence of cinnamon”が正確性を欠くとして、拒絶査定が支持された

2002年12月12日の欧州司法裁判所判決

（Sieckmann v. Deutsches Patent- und Markenamt）

「指令2条は、次のことを意味すると解されなければならない。商標は、それ自体は視覚的に認識できないものから成ることができる。ただし、特にイメージ、線又は図形によつ

て写實的に表現できるものであり、その表現が明確、正確、自己充足的、容易に接近しうる、理解できる、持続的そして客観的なものであることを条件とする。」

匂い商標の写實的表現として

化学的フォーミュラ：ほとんどの者が匂いを認識できない

匂いの記述：十分に明確、正確、客観的とはいえない

サンプルの寄託：十分に安定的。持続的とはいえない

これらを組み合わせても、写實的表現の要件を満たさない

3. 我が国法の検討

(1) TRIPS 協定 15 条 para.1 との関係

「ある事業に係る商品若しくはサービスを他の事業に係る商品若しくはサービスから識別することができる標識又はその組合せは、商標とすることができるものとする。その標識、特に単語（人名を含む。）、文字、数字、図形および色の組合せ並びにこれらの標識の組合せは、商標として登録することができるものとする。標識自体によっては関連する商品又はサービスを識別することができない場合には、加盟国は、使用によって獲得された識別性を商標の登録要件とすることができる。加盟国は、標識を視覚によって認識することができることを登録の条件として要求することができる。」

?色の組合せ

(2) 保護のニーズ

*不正競争防止法 2 条 1 項 1 号

「他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。以下同じ。）として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、若しくは輸入して、他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為」

大阪高判平成 9 年 3 月 27 日知的集 29 卷 1 号 368 頁 [it's 事件]

シリーズ家電製品に統一的に使用された濃紺色の出所表示性を否定

「単一の色彩であっても、特定の商品と密接に結合しその色彩を施された商品を見たりあるいはその色彩の商品である旨の表示を耳にすれば、それだけで特定の者の商品であると判断されるようになった場合には、当該商品に施された色彩が、出所表示機能（自他識別機能）を取得しその商品の商品表示となっているということができ、その可能性があることを否定できない。

しかしながら、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、単一の色彩それ自体には創作性や特異性が認められるものではないから、通常、単一の色彩の使用により出所表示機能（自他識別機能）が生じ得る場合というのはそれほど多くはないと考えられる。また、仮に、単一の色彩が出所表示機能（自他識別機能）を持つようになったと思われる場合であっても、色彩が元々自由に使用できるものである以上、色彩の自由な使用を阻害するような商品表示（単一の色彩）の保護は、公益的見地からみて容易に認容できるものではない。こうした点からすれば、単一の色彩が出所表示機能（自他識別機能）を取得したといえるかどうかを判断するにあたっては、その色彩を商品表示として保護することが、右の色彩使用の自由を阻害することにならないかどうかの点も含めて慎重に検討されなければならない。」

(3) 商標法 (=登録制度) による保護の必要性・適切性

特定

類似・混同・打ち消し表示

保護による悪影響