地模様からなる商標



辻本法律特許事務所 弁護士 松田 さとみ

1 はじめに

今般、株式会社集英社が本年6月24日に第9類(スマートフォン等)、第14類(時計等)、第16類(紙類等)、第18類(かばん類等)、第25類(被服等)、第28類(おもちゃ等)にて下記6件の商標を出願し、本年7月7日にこれらの出願が公開された。いずれの出願商標も人気アニメ鬼滅の刃の登場人物が着用している着物の模様となっており、いわゆる地模様にあたるが、これらの商標が登録されるか、にわかに感心が高まっている。

地模様からなる商標とは、模様的に連続反復する図形等により構成された商標を指すが、商標審査基準では、単なる地模様として認識される場合には、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ない商標として、商標法(以下、「法」という)3条1項6号に該当するされる。ただし、地模様と認識される場合であっても、その構成において特徴的な形態が見いだされる等の事情があれば、同号の判断において考慮され(商標審査基準〔改訂第15版〕八. 第3条第1項第6号 7.)、また、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に至っているものについては、同号に該当しないと判断される(同12.)。

このように商標審査基準においては、法3条1項6号の該当性の問題として地模様の登録可能性については判断されているが、具体的にはどのように審査基準が適用されているか、以下、裁

判例を参照の上、審決例を分析し、検討する。

2 商標審査基準の変遷

商標審査基準改訂第11版(平成27年4月1日適用)では、第3条第1項第6号の項において「1. 地模様(例えば、模様的なものの連続反復するもの)のみからなるものは、本号の規定に該当するものとする。」と規定されていたが、同改訂第12版(平成28年4月1日適用)では、現行の改訂第15版(令和2年4月1日適用)と同様、「商標が、模様的に連続反復する図形等により構成されているため、単なる地模様として認識される場合には、本号に該当すると判断する。ただし、地模様と認識される場合であっても、その構成において特徴的な形態が見いだされる等の事情があれば、本号の判断において考慮する。」と規定が変更された。

このように、改訂第11版までは、地模様のみからなる場合は3条1項6号に該当するとされてきたが、改訂第12版では、「単なる」地模様として「認識される」場合には同号に該当すると「判断する」とされており、評価を含む基準へと変更され、さらに地模様であってもその構成によっては同号に該当しない余地があり、登録可能性を認める基準になった。

この点について、改訂第11版では、法3条1項6号の該当性判断の総論部分がなく、本号に該当する例示のみが記載されており、地模様は例示の筆頭として記載されていたが、例示に当たるかどうかの入り口論にならないような規定に修正され 1 、また、黒字に白い格子模様を描いたトランプの模様に関する東京高裁平成12年1月18日判決(後述3 $\langle 4 \rangle$)にて特徴的な形態が見いだされた場合の登録の可能性について言及している点及び伊勢丹のチェック模様に関する審判(後述4(0)0 において、長期間にわたり本願商標を付したショッピングバッグを商品の購入者に手渡してきた事実が認められるとのことで自他商品・役務識別機能あるという判断がなされた点を考慮した修正とされている 2 。

なお、改訂第11版、改訂第12版いずれも「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に至っているものについては、本号の規定に該当し ないものとする。」と規定されている。

3 裁判例

地模様の商標登録可能性が問題となった裁判例は多くない。

〈1〉地模様と判断した昭和29年公告審判第290号事件を取消し、いわゆる市松模様を構成する商標につき永年の使用による特別顕著性を認めた東京高裁昭和32年12月10日判決(昭和31年(行ナ)第17号)³、〈2〉唐草模様と花模様を組み合わせた商標につき、化粧品の容器等のデザインに花や唐草等が地模様として一般的に採択されているからといって、そのことから直ちに、まして、特に注意(あるいは)注目をひく部分がないなどということを捉えて、自他商品識別機能の有無を論ずるなど甚だしく誤った見方である旨、判示した東京高裁昭和49年9月18日判決⁴、

¹ 産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会第14回商標審査基準ワーキンググループ議事録 (平成27年12月24日) 37頁。

² 産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会第13回商標審査基準ワーキンググループ議事録 (平成27年11月5日) 24頁。

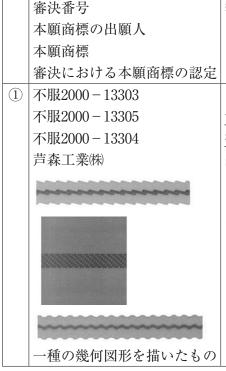
³ 行政事件裁判例集8巻12号2199頁。

⁴ 無体財産権関係民事・行政裁判例集6巻2号291頁。

〈3〉図案化した草花の図柄を帯状に連続反復させ円形上に表してなる商標につき、細部には工夫が見られるとしても、全体として看者に与える印象からみると、普通に使用されている装飾的な輪郭以上に出、これを指定商品に使用しても必ずしも入念な観察のみを期待し得ない実際の取引においては、自他商品識別の機能を果たすものと認められないとした東京高裁昭和55年9月18日判決5、〈4〉上記2で挙げた「地模様であっても、特徴的な形態が見いだされれば自他商品の識別機能を有する場合もあり得る」と判示した黒字に白い格子模様を描いたトランプにつき文字商標も付されていることを捉えて地模様自体から自他商品識別機能が果たされてきたことを認めることはできないとした東京高裁平成12年1月18日判決、〈5〉ルイ・ヴィトン社による横縞の型押し模様であるエピ・ラインの模様からなる出願商標につき、「商品の地模様であっても、そこに特徴的な形態ないし特異性が見いだされれば自他商品の識別機能を有する場合もあり得る」と判示しつつも、商品の地模様として普通に使用されているとして法3条1項3号に該当するとし、アンケート結果を考慮し、使用の結果、本願商標のみの表示によって本願商標の出所識別力が生じているとして同条2項の該当性を認めた東京高裁平成12年8月10日判決6がある。

4 審決例

以下、平成12(2000)年以降の審決例を列挙するが、本願商標の登録を認めた件は黒文字の数字(例①)で、登録を認めなかった件は白抜き数字(例②)でそれぞれ表記する。なお、文中のアンダーラインは筆者が付したものである。



審決の判断

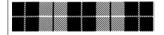
3件とも、本願商標を<u>一種の幾何図形を描いたものとするの</u>が相当であり、単に地模様を表したに過ぎないものとは言い <u>得ない</u>とし、そうとすると、本願商標は、これをその指定商品に使用した場合、自他商品の識別標識としての機能を有するものであって、需要者が何人かの業務に係る商品であるかを十分に認識することができるものと認められると判断した。

⁵ 無体財産権関係民事·行政裁判例集12卷2号506頁。

⁶ 判例時報1730号128頁。

❷ 不服2002-4273

ドマニュファクチャリング カンパニー



黒地の正方形を破線で十字に 括ったような図形と斜線から 形とを、単に横一列に交互にいと判断した。 連続的に表してなるもの

たとえ細部には工夫が見られるとしても、地模様としての形 ミネソタ マイニング アン 態を越えて自他商品識別機能を果たすことができるような特 徴的な部分をみいだすことはできず、その外周部には特段の 囲み線等、全体が1つの標識としてまとめられているとも認 められないから、結局、本願商標は、同じ模様が連続して表 現されてなる地模様からなっているものと判断するのが相当 であるとして、そうすると、本願商標をその指定商品につい て使用した場合には、これに接する取引者・需要者は、本願 |商標が単に商品又はその包装容器等に表されている地模様を 成る正方形を白の横線と黒の表したにすぎないものと認識するに止まり、自他商品の識別 縦線で十字に括ったような図 標識としての機能を果たし得ないものといわなければならな

3 | 不服2003 - 22975 株式会社ハウスオブローゼ

淡い緋色を施してなる横長の 帯状の矩形内に緑色の花、茎 及び葉の図形を連続的に配し た構成

この帯状の矩形と花等の図形は、全体として、それらの配 置、組み合わせ、色彩等により、一般世人に親しまれた特定 の事物を表したとみるべき格別の事情を見出し得ないもので あるとした上で、本願商標は、これを仔細に観察すれば、や や大振りの花を左下に表し、これと茎及び葉により連なった 3つの花を一つの纏まりとして、これらを横に連続して繰り 返した構成からなる工夫がみられるとしても、これを全体と して見た場合、花、茎及び葉をモチーフとした装飾的な模様 の類という印象を看取させるに止まり、草花等をモチーフと したデザインは、商品又は商品の包装等に普通に採択、使用 されている実情をも考慮すれば、これよりは、直ちにその取 引者、需要者が、自他商品又は自他役務を識別するための標 識としては認識し得ないというのが相当である。

④ | 不服2005-4887



大小6個の円輪郭、太線とも 見える縦長の長方形、一の角 を欠いた正方形、そして多数 の円形状及び矩形状の図形を 敷き詰め、全体として正方形 を形成するように表した構成 よりなる図形

構成中、例えば、右下段に配した大きな円輪郭とその左側に ケイト スペード リミテッ|配した縦長の長方形(太線とも見える)等を組み合わされて ド ライアビリティ カンパ なる構成部分、また、中央に配した一の角を欠いた正方形及 び円図形を組み合わせ恰も欧文字の「K」を表したもののよ うにも見える構成部分は、その構成中にあって特徴的な形態 を有する部分といい得るばかりでなく、全体としてみても、 前記した円輪郭、太線とも見える縦長の長方形、一の角を欠 いた正方形等の図形を配置よく敷き詰めてなる該図形は、最 早、前記の特徴を有するまとまった他に類例のない図形とし て、これに接する者をして、認識し、把握させるというのが 相当であり、そうすると、本願商標は、これをその指定商品 について使用した場合、十分自他商品の識別標識としての機 能を果たし得るといえると判断した。

6 不服2005 - 010334 (株)伊藤園



黄緑色の長方形内に、濃淡に し、また、縦に広めの線を2 箇所に配した構成よりなるも

6 不服2005-065170 Philip Morris Products S.A.



模様を連続反覆し表してなる から、規則的な地模様からな るもの

⑦ 不服2006-65097 GUCCIO GUCCI S.P.A.



字を模したとおぼしき図形|判断した。 を、その始点を中心に180度 回転させて結合した2つの 「G」を一組として、その終 点どうしをさらに結合した4 つの「G」をモチーフとして これらを組合せ、斜めに数行 配してなる構成よりなるもの

全体を子細に観察し、たとえ、細部には工夫が見られるとし ても、黄緑色に彩色された縦長の長方形の上段と下段に各2 本の細線を引き、その右側面の上下にかけて濃淡のある太線 を引いた模様的形状の繰り返しであって、自他商品識別機能 を果たすような特徴的な部分を見いだすことができないこと から、一般的には、これに接する取引者、需要者に、単なる 地模様(模様的なものが連続反復するもの)と認識され得る ものであると認められるものであり、そうすると、本願商標 よって、上段部及び下段部に一をその指定商品について使用した場合には、これに接する取 細めの2本線を横方向に配 引者・需要者は、本願商標が単に商品又はその包装容器等に 表されている地模様を表したにすぎないものと認識するに止 まり、自他商品の識別標識としての機能を果たし得ないもの といわなければならないと判断した。

該地模様を構成する網目模様は、これを詳細に観察すれば陰 影の如き模様が施されているが、該陰影の如き模様が本願商 標全体より印象付けられる地模様の形態を超えて、自他商品 の識別機能を果たし得る程の特徴的な部分とみることは出来 ないものであり、そうとすると、本願商標をその指定商品に 薄茶色の横長長方形内に網目 | 使用するときには、これに接する取引者、需要者は、本願商 標が単に商品又はラベル、包装紙等の地模様を表したものと |認識するにすぎないから、自他商品の識別標識としての機能 を有しないものであって、何人かの業務に係る商品であるか を認識し得ないものといわなければならないと判断した。

「商品の地模様であっても、そこに特徴的な形態ないし特異 性が見出せれば、自他商品の識別機能を有する場合もあり得 る」と判示した東京高等裁判所平成12年8月10日判決(平成 11年(行ケ)第80号)) を引用した上で、単にありふれた連続 模様とはいえず、その構成は特徴的なものであるというのが 相当であるとして、本願商標は、これをその指定商品につい て使用したときは、自他商品の識別標識としての機能を果た し得るものであって、需要者が何人かの業務に係る商品であ アルファベットの「G | の文 |ることを十分認識することができるとみるのが相当であると

⑧ | 不服2007 - 650045 GUCCIO GUCCI S.P.A.



形を配し、その図形を中心と 形を配してなるもの

本願商標は、種類の異なる花柄図形を四角形枠内にまとまり よく配されており、構成全体として、一体感のある図形とし て認識しうるものであり、花柄図形が規則的に配されている ものではなく、かつ、連続反復してなるものともいえないと 判断した。

また、本願商標につき、一般的に「フローラパターン」と称 され、商品の地模様の一種として使用されるものであるが、 請求人が、本願商標を、その取り扱いに係る商品に使用した 四角形枠内の中心に、花柄図 ことにより、その商品を「グッチのフローラシリーズ」と称 して、取引されている事実が見受けられ、してみれば、本願 し、八方にそれぞれ種類の異一商標は、単に地模様のみからなるものとはいえず、また、本 なる花柄図形あるいは植物図 願商標をその指定商品について使用した場合は、これに接す る取引者・需要者は、その商品が請求人の業務に係るもので あることを認識するものであると判断するのが相当であると

9 | 不服2007 - 650094 CARTIER INTERNATIONAL AG



アルファベットの「C」の文|判断した。 字を模したとおぼしき図形 と、当該図形を180度回転さ せた図形とを、一部が重なる ように表してなる図形を一組 の図形とし、当該一組の図形 を斜めに数行配してなる構成 よりなるもの

「商品の地模様であっても、そこに特徴的な形態ないし特異 性が見出せれば、自他商品の識別機能を有する場合もあり得 る | と判示した東京高等裁判所平成12年8月10日判決 (平成 11年(行ケ)第80号)) を引用した上で、単にありふれた連続 模様とはいえず、その構成は特徴的なものであるというのが 相当であるとして、本願商標は、これをその指定商品につい て使用したときは、自他商品の識別標識としての機能を果た し得るものであって、需要者が何人かの業務に係る商品であ ることを十分認識することができるとみるのが相当であると

⑩ 不服2008-26580 (株)三越伊勢丹



る格子縞の文様を規則的に配 してなる図形よりなるもの

本願商標の構成態様においては、その商標自体に特徴的な形 態ないし特異性を見いだすことはできず、商品「マフラー」 や「スカート」等のデザインとして一般に使用されているこ とが認められ、してみれば、本願商標は、一般的に、単なる 地模様(模様的なものが連続反復するもの)からなるものと 認識され得るものであるとした上で、本願商標を付したショ ッピングバッグを作成し、現在に至るまで、長期間にわた り、その紙袋を商品の購入者に手渡してきた事実が認められ 赤色と緑色と黄色で構成されることから、本願商標は、これをその指定商品について使用 したときは、これに接する取引者・需要者は、単に商品の地 模様として認識するよりも、その商品が請求人の業務に係る ものであることを認識するものであり、十分に自他商品の識 別標識としての機能を果たし得るものであって、需要者が何 人の業務に係る商品であるかを認識することができないもの とはいえないと判断した。

● 不服2009-8044 ユニ・チャーム(株)



地模様であっても、特徴的な形態を見いだせれば、自他商品 の識別機能を有する場合もあり得るが、本願の態様の地模様 においては、地模様の形態を超えて自他商品識別機能を果た すことができるような特徴的な部分を見いだすことはでき ず、これよりは、何らの特定の称呼及び観念を認識させるも のでなく、全体的に統一感のある図形と言うべき理由を見い だすことはできないとし、本願商標は、その指定商品(生理 用ナプキン等)との関係においては、商品又は商品の販売用 の包装パッケージ等に一般的に使用されている背景図形とし ての地模様、又は商品に付される地模様のみからなるもので 形状の異なる多数の花及び草 あると認識されるに止まるものと認められ、本願商標をその と思しき図形からなる模様を | 指定商品に使用しても、これに接する取引者、需要者をし 透過色の柳色で特別の規則性して、前記のとおり構成散漫な背景図形等としての地模様と認 を持たせずに配してなるもの|識させるに止まるために、商標全体として需要者が何人かの 業務に係る商品であることを認識することはできず、結果と して、自他商品の識別標識としての機能を有しないものと認 められると判断した。

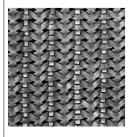
② 不服2009-025622 (株)伊勢丹



緑と黒の配色による格子縞のした。 文様を規則的に配した図形よ りなるもの

本願商標につき、ある種独特な色彩と模様を組み合わせた構 成からなるものというべきであるとした上で、昭和43年に伊 勢丹百貨店の男の新館を開店した際、いわゆる「ブラックウ ォッチ | と呼ばれるチェック柄である本願商標を付したショ ッピングバッグの使用を開始し、以来、現在に至るまで長期 間に亘り継続して使用していることが認められ、本願商標 は、十分に自他役務の識別標識としての機能を果たし得るも のであって、需要者が何人かの業務に係る役務であることを 全体的に暗い色彩で、青地に | 認識することができない商標とはいえないものであると判断

■ 不服2009-650170 CHRISTIAN DIOR COUTURE



皮ひも状のものを編み込んだ と思しき編目が連続的に表さ れたものであって、規則的な 網目模様の地模様からなるも

本願商標は、これをその指定商品に使用したときは、これに 接する需要者をして、全体として、商品そのものに施した装 飾的な編み目をもった生地を表したものと理解し、認識する ものであって、自他商品の識別標識としての機能を果し得な いとみるのが相当であるから、需要者が何人かの業務に係る 商品であるかを認識することができない商標というべきであ り、提出されている限りの証拠では、本願商標がわが国の需 要者間に、請求人の業務に係る商品を表す商標として周知・ 著名であるとはいい難いと判断した。

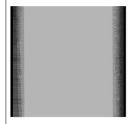
④ | 不服2011 - 22992 コーポレーテッド



方形を作り、それを組み合わ 図形

本願商標の構成態様においては、その商標自体に特徴的な形 ポール スチュアート イン 態ないし特異性を見いだすことはできず、本願商標は、一般 的に、単なる地模様(模様的なものが連続反復するもの)か らなるものと認識され得るものであるとしながらも、請求人 のブランドである「Paul Stuart (ポール・スチ ュアート) | の「パケ柄 | として知られ、人気を博している ことが認められるとし、してみれば、本願商標は、これをそ 灰色の細長い長方形4本と黒 の指定商品について使用したときは、これに接する取引者・ 色の細長い長方形3本とで正 | 需要者は、単に商品の地模様として認識するよりも、その商 品が請求人の業務に係るものであることを認識するものであ せて寄木細工のように配した り、十分に自他商品の識別標識としての機能を果たし得るも のであって、需要者が何人の業務に係る商品であるかを認識 することができるものであると判断した。

⑤ 不服2012-20604 (有) 星野商店



ハーフトーンに塗り込められ た長方形の左右に太い黒線を 有し、そこから内側に向かっ て先端が細くなっているよう に見えるくしの歯状の多数の 短い線がほぼ同じ長さで表さ れており、左右が対の形状と なって、一種の特徴的な形態 を有する幾何図形を表したも

本願商標は、原審説示の如き連続した地模様よりなるものと はいい得ないものであり、してみれば、本願商標は、これを その指定商品に使用しても、自他商品の識別標識としての機 能を有するものであって、需要者が何人かの業務に係る商品 であることを認識することができないとはいえないと判断し た。

16 不服2014-25971 クチュール



椅子の背などに施される藤張しことはできないと判断した。 りの柄を革にエンボス加工し たような模様が連続反復する \$0

本願商標について、全体として特徴的な形態ないし特異性を クリスチャンディオール見いだすことはできず、単なる地模様からなるものといえる としつつ、その指定商品との関係において、「請求人の商品 を表すカナージュ模様」として需要者に広く知られているも のと認めることができるとして、本願商標は、これをその指 定商品について使用したときは、これに接する取引者、需要 者は、その商品が請求人の業務に係るものであることを認識 するものというのが相当であるから、自他商品の識別標識と しての機能を果たし得るものであり、需要者が何人かの業務 に係る商品であることを認識することができない商標という

① 不服2015-4869 ルイ ヴィトン マルチェ



いてなるもの

3〈5〉東京高裁平成12年8 月10日判決あり

18 | 不服2017 - 8629

カルチュア・コンビニエン ス・クラブ株式会社外1名



も、同様の図形を敷き詰め、 左右の両端には小さな長方形 を、底辺には「凹」の字状の 図形を敷き詰めて表した構成 からなる図形

本願商標につき、特徴的な形態ないし特異性も見いだすこと はできないものであるとし、その指定商品について使用した 場合、これに接する取引者、需要者に、商品の装飾的な地模 様と認識され得るものであるから、一般的には自他商品の出 所識別標識としての機能を果たし得ないものであるとしつつ も、1985年から、かばん類について、本願商標の使用を開始 し、その後、遅くとも本願商標の出願前から、袋物、ベル ト、靴、アクセサリー等、本願商標の指定商品を含む多様な 灰色の濃淡によって、横方向|商品についても使用し、現在に至るまで継続して使用してい の緩やかな波形が緊密に連続ること、また、本願商標を使用した前記商品は、いずれもフ 的に表され、全体として灰色 アッション性が重視される商品であることから、その需要者 の横縞風の模様を正方形に描しを共通にする場合が多いこと、本願商標を使用した前記商品 は、ファッション関連雑誌等において、本願商標の創作に由 来する「エピ」、「エピ・ライン」等の名称を有する出願人の ※青色の地模様に関して上記|業務に係る商品として頻繁に、かつ、継続的に紹介、宣伝さ れていることを総合して判断すると、本願商標は、その指定 商品について請求人により使用をされた結果、請求人の業務 に係る商品を表示するものとして広く認識されているものと 認めることができるものであるから、本願商標は、自他商品 識別機能を具備するものというべきであると判断した。

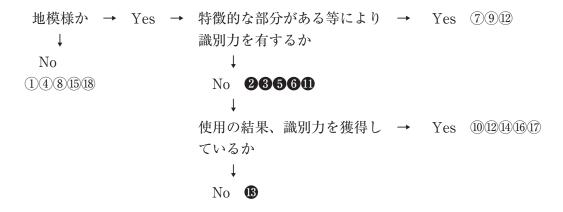
該図形は、指定商品及び指定役務との関係において、商品、 役務の提供の用に供する物及び小売等役務の取扱商品の、表 面や包装等に用いられる単なる地模様や連続的な装飾模様を 表すものとして認識されるというよりは、むしろ、T型の形 状をモチーフとした図形を並べて長方形を構成した特徴的な 図形として認識、理解されるものというのが相当であり、ま た、当審において、職権をもって調査するも、本願商標を構 成する図形が、その指定商品及び指定役務の分野において、 商品、役務の提供の用に供する物及び取扱商品の一部あるい 黒い枠線の内側に、小さなT は包装等に、取引上普通に使用されている事実を発見するこ 型の図形を、横に11列、縦に とはできず、そうすると、本願商標を、その指定商品及び指 19段配し、その各列の間に 定役務に使用しても、自他商品役務の識別標識としての機能 を果たし得るものであると判断した。

5 分 析

(1) 判断の手法

地模様からなる商標と思しき出願商標については、審査の段階において、まずは当該出願商標が地模様にあたるかどうかが判断されている。

この点、上記2のとおり、平成28年4月1日以前の審査基準改訂第11版によると、事実として模様的なものの連続反復するものであれば地模様として法3条1項6号に該当し、使用の結果、自他商品役務識別力を獲得しているものについては同号に該当しないと判断されるような規定がされているが、上記4の審決例をみると必ずしもそのような判断手法をとらず、以下のとおり、上記3で挙げた平成12年に出された2件の裁判例で示された「商品の地模様であっても、そこに特徴的な形態ないし特異性が見いだされれば自他商品の識別機能を有する場合もあり得る」ことを前提に、審査基準改訂第12版と同じ基準にしたがい、地模様として認識されるかどうか、地模様として認識されるとしてもその構成において特徴的な形態が見いだされる等の事情があるかが検討されていることが分かる。



(2) 地模様にあたるかどうかの判断

上述2のとおり、地模様は「模様的に連続反復する図形等により構成された商標」であれば地模様に該当すると考えられるが、①については「一種の幾何図形を描いたもの」、④については「まとまった他に類例のない図形」、⑧については「一体感のある図形」、「花柄図形が規則的に配されているものではなく、かつ、連続反復してなるものといえない」、⑤については「一種の特徴的な形態を有する幾何図形を表したもの」、⑱については「T型の形状をモチーフとした図形を並べて長方形を構成した特徴的な図形として認識、理解されるもの」との理由により、地模様であることが否定されている。

④や⑧については一体感のある図形として連続反復性が欠け、地模様であることが否定されても然るべきと思われるが、それ以外の①⑤⑱については、定義からすれば地模様にあたると判断した上で、構成が特徴的か等識別性の判断として検討されて然るべきではないかと考える。

(3) 取引の実情、指定商品・指定役務との関係の考慮

③では草花等をモチーフとしたデザインは、商品又は商品の包装等に普通に採択、使用されている実情をも考慮し識別標識としては認識し得ないと判断され、⑩では本願商標がマフラーやスカート等のデザインとして一般に使用されていることが認められていることから地模様であると判断されている。また、⑪では指定商品との関係において、商品又は商品の販売用の包装パッケ

ージ等に一般的に使用されている背景図形としての地模様であると認識されるに留まると判断され、一方、®では指定商品及び指定役務の分野において、本願商標が包装等に取引上普通に使用されている事実がない旨が認定されている。このように、審決では取引の実情や指定商品・指定役務との関係においても地模様と認識されるかどうかを判断していることが伺える。

この点、審査基準改訂第12版作成の際、当初、「商標が、その全体の構成・態様及び指定商品又は指定役務との関係から、地模様(例えば、模様的なものの連続反復するもの)と認識される場合には、本号に該当する。」との基準が産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会商標審査基準ワーキンググループの事務局案として示されたが⁷、特段、「その全体の構成・態様及び指定商品又は指定役務との関係から」の箇所に着目してというわけではないものの、地模様かどうかという入り口論にならないようにとの意見が出され、再度、表現ぶりを事務局にて検討することになり⁸、「その全体の構成・態様及び指定商品又は指定役務との関係から」の部分が削除され、「模様的に連続反復する図形等により構成されているため、単なる地模様として認識される場合には」との表現に修正された⁹。かかる経緯からすると、当該出願商標が地模様に当たるか否かを検討するにあたっては取引の実情や指定商品又は指定役務との関係の考慮は不要かとも思われる。

しかしながら、地模様が法3条1項6号により登録を受けることができないのは、自他商品識別力がなく、商標としての機能を果たし得ないからであり、取引の実情や指定商品又は指定役務との関係を考慮すれば地模様であっても識別力を獲得していると評価できる場合もあると考えられ、地模様にあたると判断された場合であっても、取引の実情や指定商品又は指定役務との関係から自他商品識別機能が備わっている場合には法3条1項6号には該当せず、登録を認めるべきである。但し、地模様であるかどうかの判断の中で取引の実情や指定商品又は指定役務との関係を考慮するのではなく、あくまで地模様であるかどうかについては当該出願商標の構成のみに着目して判断し、識別力を有するかどうかの判断の点、すなわち左記(1)の表の「特徴的な部分がある『等』により識別力を有するか」の判断の際に検討すべきであると考える。

6 結 語

以上、地模様からなる商標の審決等につき、検討してきたが、審決の傾向としては登録を広く 認める方向に進んでいるように見受けられるため、冒頭1で触れた鬼滅の刃の登場人物が着用し ている着物の模様に関する商標出願についても、上段3件については登録が認められない可能性 が高いと思われるが、下段3件については特徴的な部分がある等により識別力があるとして登録 が認められる可能性があるのはないか、と推測する。

もっとも、平成27年4月1日の商標法改正により導入された色彩のみからなる商標については、その登録が認められるためには法3条2項により識別力が獲得されている必要があるとされていることとの均衡や、特定人による独占使用を認めることを公益上適当としないとする観点からしても、地模様にあたるかどうか、識別力を有するか否かの判断についてはもっと厳格になさ

⁷ 産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会第13回商標審査基準ワーキンググループ資料 2-2・4 頁。

⁸ 前掲2·36頁。

⁹ 産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会第14回商標審査基準ワーキンググループ参考資料 3-2・47頁。

れても然るべきではないかと考える¹⁰。鬼滅の刃に関する商標出願に対する特許庁の判断に注目したい。

¹⁰ なお、鳥羽みさを「いわゆる『地模様』の商標登録性と『商標』の定義—エピライン東京高裁判決に見るトレード・ドレスの保護—」パテント2002 Vol.55 No.3 51頁では、「商標概念を拡大する国際的潮流の中で、わが国においても立体商標制度を導入する改正が行われている現在、依然として地模様を登録の対象から除外する審査基準が置かれていることに問題はないのか。」と問題提起されている。