

商品等の立体的形状にかかる商標の登録要件について

弁護士 遠山 光貴

1. はじめに

立体商標は、平成8年商標法（以下「法」という。）改正により登録が認められるようになった制度である。

立体商標とは、立体的形状または立体的形状と平面商標との結合により構成される商標であり、①立体的形状と文字・図形等の他の平面商標が結合した商標、②立体的形状のみからなる商標であるが、サインポスト（案内標識）として使用されることが明らかな商標、③立体的形状のみからなる商標であり、指定商品自体の形状、商品の包装の形状等にかかる商標（以下「商品等の立体的形状にかかる商標」という。）に分類することができる⁽¹⁾。

このうち、①については、その文字・図形等に識別力が認められる限り、登録が認められやすい。ただし、①で登録が認められるとしても、多くの場合、文字・図表部分に識別力が認められるからであり、これにより立体的形状部分についても識別力を具備するものではないから、立体的形状部分については、法26条1項2号により商標権の禁止的効力が及ばないものと考えられる。

また、②についても、サインポスト自体は商品そのものではないから、登録が認められる可能性が高く、現に、ケンタッキーフライドチキンの店頭のカーネルサンダース人形など多数のものが登録されている。

これに対して、③については、現在までに登録が認められた例は極めて少ない。

③について、登録が拒絶され、裁判所に不服申し立てをしたが認められなかった例として、洋酒の瓶(図1)（「角瓶」事件判決（東京高判平成15年8月29日）（平成14（行ケ）581））、かばん類の留め具(図2)（「フェラガモ・ガンチーニ」事件判決（東京高判平成14年7月18日）（平成13（行ケ）446））、筆記具(図3)（「ゴルフスコアカード記入用筆記具」事件（東京高判平成12年12月21日判時1769号129頁））、釣竿

用導糸環(図4)（「釣竿用導糸環」事件（東京高判平成13年12月28日判時1808号96頁））、乳酸菌飲料の瓶(図5)（「ヤクルト瓶」事件（東京高判平成13年7月17日判時1769号98頁））がある。

また、鳥形状の菓子(図6)については、いったんは立体商標として登録が認められたものの、近時、特許庁における無効審判請求不成立の審決が取り消された（「ひよ子」事件（知財高判平成18年11月29日判時1950号3頁）⁽²⁾）。

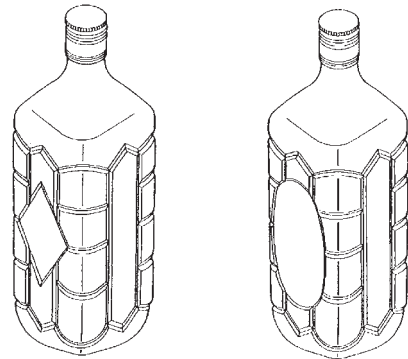


図1

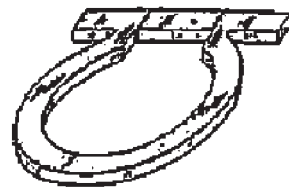


図2

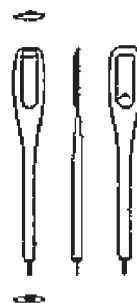


図3

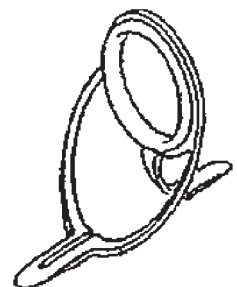


図4



図 5

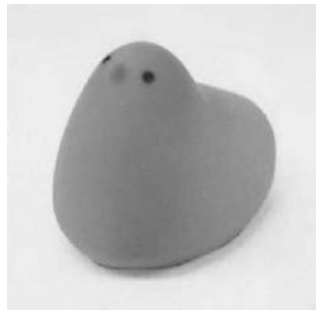


図 6

このような商品等の立体的形状にかかる商標について、商標の登録要件を満たすかが争われた裁判例においては、法3条1項3号及び法3条2項該当性が争点となったものが極めて多い。

そこで、本稿においては、商品等の立体的形状にかかる商標に関する裁判例を中心として、商品等の立体的形状にかかる商標における法3条1項3号及び法3条2項の適用の際の判断基準及びその立証方法について論ずることとする。

2. 法3条1項3号について

(1) 法3条1項3号の意義

商標は、事業者が自己の商品を他人の商品と区別させるために用いるものである点で自他商品識別機能を有するものであるところ、法3条は、商標登録出願された商標のうち、自他商品識別力を発揮し得ない商標を排除するためのものであり、法3条の要件を満たすものだけが法4条の審査を受けることができるという意味で、商標登録要件の積極的要件であるといわれる。

出願された商標について法3条1項を理由として登録が拒絶される場面としては、平面商標、立体商標を問わず、法3条1項3号による拒絶査定がもっとも適用例が多く^③、立体商標に係る商標登録の効力が争われた事案においても、まず法3条1項3号該当性が争われる場合が多い。

この点、法3条1項3号は、「その商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状（包装の形状を含む。）、価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期またはその役務の提供の場所、質、提供の用に供する物、効能、用途、数量、態様、価格若しくは提供の方法若しくは時期を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標」（記述的商標）については、商標登録を受けることはできないとす

る。

法3条1項3号がこのような記述的商標について商標登録することができないとする趣旨は、これらの表示が商品の産地、販売地、その他の特性を表示する標章であって、取引に際し必要適切な表示として何人もその使用を欲するものであるから、特定人による独占を認めるのを公益上適当としないものであると共に、これらは一般的に使用される標章であって、多くの場合、自他商品識別力を欠き、商標としての機能を果たしえないことによる（最判昭和54年4月10日判時927号233頁参照）。

立体商標にも法3条1項3号の適用があるため、その商品の形状のみを普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる立体商標は、法3条1項3号により、商標登録を受けられないことになる。

(2) 特許庁の審査基準について

特許庁の「改正商標審査基準」（平成18年4月1日適用）は、法3条1項3号に関して、「指定商品の形状（指定商品の包装の形状を含む。）または指定役務の提供の用に供する物の形状そのものの範囲を出ないと認識されるに過ぎない商標は、本号の規定に該当するものとする。」とし、又、「建築、不動産業等の建築物を取り扱う役務を指定商品とする立体商標であって、それが当該建築物の形状を普通に用いられる方法で表示するに過ぎないものであるときは、役務の提供の用に供するものを普通に用いられる方法で表示するものとして、本号の規定を適用することとする。」としている（第1五）。

この「改正商標審査基準」によれば、商品等の立体的形状にかかる商標も、商品の形状そのものの範囲を出ないと認識されるに過ぎない商標であれば、法3条1項3号に該当し、原則として商標登録されないことになる。

(3) 裁判例における法3条1項3号の判断基準について

特許庁の商標審査基準は、審査事務の便宜と統一のために定められた内規に過ぎない（東京高判昭和46年11月25日判タ272号249頁）ため、裁判所がこれと異なる解釈をすることも可能ではあるものの、過去の裁判例は、少なくとも商品等の立体的形状にかかる商標に関しては概ね特許庁の商標審査基準に沿った判

断をし、法3条1項3号の適用について、多少特徴を有する形状であっても、その形状が商品の用途や機能から予想しがたいような特異な形態や特別の印象を与える装飾的形状を備えているものではなく、一般的に採用し得る機能や美観を得るものであれば、形状を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標に過ぎないとしている。

たとえば、「角瓶」事件においては、第33類ウイスキーを指定商品とするウイスキーの瓶を示す本願商標の亀甲模様自体はありふれた模様であって、同種商品が一般的に採用し得る範囲のものであり、その範囲を超えるような特異な形状や特別な印象を与える装飾的形状のものではないとし、法3条1項3号に該当すると判断された。

また、「フェラガモ・ガンチーニ」事件も、「角瓶」事件判決と同様に、本件立体商標の形状は極めて簡単な形状であり、一定の美観を有するとはいえ、格別特異なものであるとは認められない等として、その形状は機能や美観と関係のない特異な形状ではないと認めことができ、法3条1項3号に該当するとした。

その他、「ゴルフスコアカード記入用筆記具」事件も、本件立体商標は、後部が平たいクリップ状をした筆記用具の形状を表わしてなるから、これを指定商品である「鉛筆、ボールペン、その他の筆記用具」に使用しても、取引者、需要者は単に指定商品の一形態を表示したものと認識するに過ぎないとし、「釣竿用導糸環」事件も、本願商標が、その指定商品である釣竿用導糸環の形状そのものを表示するものであるとし、「ヤクルト瓶」事件も、本願商標は、多少デザインが施されてはいるが特異性があるものとは認められず、通常採用し得る形状の範囲を超えているとは認識し得ないとして、それぞれ法3条1項3号該当性を肯定した。

なお、以上の裁判例は、すべて拒絶不服審判に対する棄却審決の取消を求めた審決取消訴訟である。

これに対して、「ひよ子」事件は、立体商標「ひよ子」の登録につき原告が無効審判請求をしたところ、特許庁が請求不成立の審決をしたことから、原告がその取消しを求めたものであるところ、当事者双方は、立体商標「ひよ子」が法3条1項3号に該当する旨の審決の判断を争わなかったことから、法3条1項3号については判断していない。

(4) 私見

上記裁判例に共通していえることは、商品等の立体的形状にかかる商標については多少特徴を有する形状であったとしても、一般的に採用し得る機能や美観を得るものであれば、形状を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標に該当するという点である。

この点、「通常採用し得る形状」とは、市場において採用され得る範囲内であれば足りるという意味であり、過去又は現在において市場で用いられている必要はない。

この点については、「角瓶」事件において、本願商標に係る形状と同一または類似の形状を採用したウイスキー製品が日本国内において過去においても現在においても存在しないとしても、法3条1項3号の記述的商標に該当すると判断するにあたっては、指定商品に係る商品等に用いられるであろうと一般的に認識されることをもって足りるとしており、現に他の業者が採用している必要はないことを明示している。

そして、上記の結論は、知的財産権相互の整合性の見地からも支持し得る。

すなわち、商品等の立体的形状にかかる商標が多少特徴を有する形状であったとしても、一般的に採用し得る機能や美観を得るものであれば、意匠法による保護を図れば足り、商標法による保護を認める必要はない。

なぜなら、実用品の用途や機能に即したデザインは、もともと、立体的形状のデザインとして意匠法の保護対象として保護を図るのが適当であるにもかかわらず、商標法による登録を認め、当該商標の不使用取消などが無い限り、永久権として日本全国に及ぶ絶対的な独占権を認め、形状についてのデザインの開放を認めないことは妥当ではないからである⁽⁴⁾。

このように考えると、商品等の立体的形状にかかる商標は、商品の用途、機能から予測しがたいような特異な形状や特別な印象を与える装飾的形状等であれば、法3条1項3号には該当しないことになるが、そうでない限り、法3条1項3号に該当することになり、実際問題として、商品等の立体的形状にかかる商標が法3条1項3号に該当する範囲はきわめて広いといえる。

なぜなら、大量生産を前提とする工業デザインにおいては、通常、製品としての機能を無視した形状を採

用するのではなく、あくまでその商品の用法・機能に沿ったデザインとなる以上、類似の機能を有する商品であればその形状も類似することになるため、事業者が商品の用途、機能から予測しがたいような特異な形状や特別な印象を与える装飾的形状を採用することは通常あり得ないからである⁽⁵⁾。

したがって、商品等の立体的形状にかかる商標が法3条1項3号に該当しない場合は理論上考えられるものの、実際に事業者において採用しうる商品の形状を考慮するときは、現実問題としてはほとんど考えられないことになる。

3. 法3条2項について

(1) 法3条2項の意義

法3条2項は、法3条1項3号から5号までに該当する商標であっても、使用された結果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るものについては、商標登録を受けることができるものであり、使用による顕著性といわれているものである。

この趣旨は、法3条1項各号に挙げられている商標のように、本来は自他商品識別性を有しないものであっても、特定の商品形態が長期間継続的且つ独占的に使用され宣伝もされてきたような場合には、結果としてその商品形態が自他商品識別機能や出所表示機能を有し、周知性を獲得することになるので、いわゆる特別顕著性を取得したものとして、例外的にその登録を認めようとしたものである。

そして、法3条2項は例外的規定であり、法3条2項の規定は真にやむを得ないときのみその適用を認めるよう努めるべきである⁽⁶⁾とされており、特許庁の審査及び裁判所における判断も厳格になされる傾向にある。

(2) 特許庁の審査基準について

「改正商標審査基準」(平成18年4月1日適用)は、法3条2項に関して、「商標が使用により識別力を有するに至ったかどうかは、たとえば、次のような事実を総合勘案して判断するものとする。」として、「①実際に使用している商標並びに商品又は役務、②使用開始時期、使用期間、使用地域、③生産、証明もしくは譲渡の数量又は営業の規模(店舗数、営業地域、売上高等)、④広告宣伝の方法、回数及び内容、⑤一般紙、

業界紙、雑誌又はインターネット等における記事掲載の回数及び内容、⑥需要者の商標の認識度を調査したアンケートの結果」をあげている(第23.(1))。

(3) 裁判所における法3条2項の判断基準について

上記裁判例も、法3条2項の適用に当たって、特許庁審査基準と同様に、使用に係る商標及び商品等、使用開始時期及び使用期間、使用地域、当該商品等の販売数量等並びに広告宣伝の方法及び回数を判断の基礎としている。

しかしながら、商品等の立体的形状にかかる商標において、各裁判例は、上記のような実質的判断に加えて、実際の使用にかかる立体的形状に文字商標が付されているか否かを極めて重視しているといえる。

また、類似商品の存在、立体商標自体の形状について触れた裁判例もある。

そこで、以下、①文字商標が付されているか否かの観点、②使用開始時期、使用期間、販売数量等の実質的検討、③立体商標自体の形状、といった観点から、各裁判例における法3条2項該当性の判断基準について検討する。

ア 文字商標が付されているか否かの観点について

裁判例は、商品等の立体的形状にかかる商標における法3条2項の適用に当たっては、立体的形状が単独で使用されていたか、それとも、文字商標など立体的形状以外の情報が付されていたかを極めて重視している。

まず、登録しようとした立体的形状には文字商標が付されていないものの、実際の使用形態としては、立体的形状自体に文字商標が付されていた場合においては、取引者は立体的形状と併せ使用された文字商標に着目して自他商品の識別を行っているとして、立体的形状自体に特別顕著性は認められないとしている。

たとえば、「角瓶」事件は、本願商標は立体的形状のみからなるのに対し、実際に販売されているウイスキー瓶には、透明なガラス瓶の表面にラベルが付され、これらはいずれも黄色地の目立つものであること等から、表面ラベルの平面標章部分を含む全体的な構成の中において、立体的形状の識別力は相対的に小さいとして、法3条2項の適用を否定した。

「ゴルフスコアカード記入用筆記具」事件も、立体的形状の実際の使用形態として、その立体的形状に

「OKAYA」という文字商標が付されているもののみが販売されており、立体的形状のみが独立して自他商品識別力を有しているものということはできないとした。

また、「ヤクルト瓶」事件も、使用にかかる立体的形状には「ヤクルト」という文字商標が付されて使用されてきたことから、本願商標がその形状だけで識別力を獲得していたと認めるのは困難であるとして、法3条2項に該当しないとしている。

これに対して、「ひよ子」事件は、実際の販売形態において、立体的形状である菓子「ひよ子」自体には文字商標「ひよ子」が記載されていたわけではないため、上記の各裁判例と比較すると、立体的形状自体に特別顕著性が認められやすい事案であり、実際に、「ひよ子」事件無効審判においては、かかる理由により、法3条2項の適用が認められた（平成15年7月24日審決（平成17年7月28日審決（無効2004年89076号）））。

しかしながら、知財高裁においては、上記審決を取り消し、立体的形状である菓子「ひよ子」の包装紙に文字標章が付されていること等の理由により、立体的形状である「ひよ子」自体には出所識別機能が認められないとした。

すなわち、①菓子「ひよ子」の一つ一つが「ひよ子」と記載された包装紙に包まれ、「ひよ子」と記載された箱に詰められて販売されていること、②展示品も、一箱のうち1、2個、上記包装紙に包まれていないものが展示されてはいるが、そのすぐ近辺を含む展示スペースの各所に多数の「ひよ子」の文字が存在すること、③多数のテレビCMの中でも、必ずその画面に「名菓ひよ子」、「ひよ子」の文字も大きく写り、それに合わせて「ひよ子」との音声が入っていることから、たとえ商品自体には文字が刻印・刻字等されていなくても、需要者は、文字商標「ひよ子」に注目して出所識別機能を行う状態におかれているとして、立体商標「ひよ子」自体には識別力を有しないとされた。

なお、「フェラガモ・ガンチーニ」事件も、立体的形状または商品自体に「Ferragamo」等の文字が刻印されていることが多く、需要者が、本願商標と同一ないしこれと類似した金具・飾り等のみに着目して、原告製品を識別すると認めることはできないとして、法3条2項の適用を否定しており、立体的形状ではなく商品自体に文字商標が付されている場合も立体的形状

の識別力の判断の際の考慮事由としている点では、「ひよ子」事件と共通する事案であるといえる。

このように、「ひよ子」事件あるいは「フェラガモ・ガンチーニ」事件は、立体的形状自体には文字商標が付されていない点で従来の裁判例とは若干事案を異にするものの、実際の販売態様において、立体的形状の付近に文字商標が存在し、また、宣伝の際にも、文字や音声といった立体的形状以外の情報が需要者に与えられている場合には、立体商標自体に識別力は無いとしたものであり、注目に値するものである。

しかしながら、いずれにしる、裁判例の傾向は、立体的形状の使用の際に、需要者に立体的形状以外の情報が与えられていたか否かは、法3条2項の識別力の判断に当たってきわめて重要な要素となる。

なお、立体的形状に付された平面商標は、これが目立たないものであったとしても、その製品自体が著名であれば、立体的形状自体に特別顕著性は認められないことになる。

すなわち、「フェラガモ・ガンチーニ」事件では、原告製品は、そのデザイン、素材の良さ、造りの丁寧さ等から、高級ブランドとして高い人気を誇っており、需要者はその細部にまで注意を払って製品を選択するものと推認されるから、それが多少小さいからといって注意を引かないとは認められないとして、立体的形状である金具に刻印された文字は小さく、注意を引かないものであるとの原告の主張を排斥している。

イ 使用開始時期、使用期間、販売数量等の実質的検討

立体商標に特別顕著性が認められるかを判断する際に次に問題となるのが、使用に係る商標及び商品等、使用開始時期及び使用期間、使用地域、当該商品等の販売数量等並びに広告宣伝の方法及び回数等である。

これは、法3条2項が、記述的商標についても、特別顕著性を理由として例外的に商標登録を認めるものである以上、当該立体商標がどの程度需要者に対して認識され、商品の出所表示機能を有しているかを検討しなければならないからである。

この点は、裁判例においても、検討がなされているものが多い。

まず、「角瓶」事件は、法3条2項該当性の有無についての一般的基準として、使用に係る商標及び商品等、使用開始時期及び使用期間、使用地域、当該商品

等の販売数量等並びに広告宣伝の方法及び回数等を総合考慮して、出願商標が使用された結果、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るものと認められるかどうかによって決すべきものであるとしている。

また、「ゴルフスコアカード記入用筆記具」事件も、実際の商品の販売量等を法3条2項の判断の際に認定している。

さらに、「ひよ子」事件においては、菓子「ひよ子」について、大正元年から販売し、年間売上高、広告宣伝費が多額であること、新聞、テレビCMを通じて頻繁に広告宣伝を行っていることを詳細に認定している。

これに対し、「ヤクルト瓶」事件、「フェラガモ・ガンチャーニ」事件においては、使用に係る商標及び商品等、使用開始時期及び使用期間や当該商品等の販売数量等は、法3条2項の判断に当たり考慮されていないが、これは、原告が使用開始時期、使用期間等を詳細に主張していなかったからであり、特別顕著性の判断にあたりこれらの要素を検討しなくともよいとしているわけではない。

なお、法3条2項の特別顕著性については、地域的なもので足りるのか、全国的なものであることを要するかも問題となるが、「ひよ子」事件は、商標法は全国一律に適用されるものであることから、特別顕著性を獲得したか否かは日本全国を基準として判断すべきであると明示した上、立体商標「ひよ子」の商標権者の直営店舗の多くは九州北部、関東地方等に所在し、必ずしも日本全国にあまねく店舗が存在するものではないとして、特別顕著性を否定している。

この点については、商品の品質、効用、形状等について、特定人が独占的に使用し得るとすれば、そのことだけで競争上、有利に立てる可能性がある以上、一定地域のみで出所識別力を有するに至っただけで、その者に商標登録を許すことは妥当とは言えず、全国的な周知性を有していることが必要であると解すべきである⁷⁾。

したがって、特別顕著性が認められるためには、一部地域のみを使用開始時期及び使用期間、販売数量並びに広告宣伝の方法及び回数等を立証するだけでは不十分であり、全国的なそれを立証すべきことになる。

ウ 立体商標自体の形状について

当該立体的形状がありふれたものであれば、法3条2項の適用を否定する要素となり得る。

まず、「釣竿用導糸環」事件は、機能上最も適した形状、これと類似した形状及び釣竿用ガイドにおいてありふれた形状であることばかりではなく、これらの各部材を組み合わせた全体的形状もありふれたものであることを理由として、法3条2項の適用を否定した。

さらに、「ゴルフスコアカード記入用筆記具」事件も、本願商標にかかる立体的形状は、簡便な鉛筆またはボールペンという筆記用具の用途、機能から予測しがたいような特異な形態や特別な印象を与える装飾的形状等を備えているものとは認められず、本願商標が使用により自体商品識別機能を有するに至ったとはいえないとして、法3条2項の適用を否定した。

また、出願（登録）商標と類似する商品が多数存在することも、その結果当該立体的形状がありふれたものと判断されるので、法3条2項の適用を否定する要素となり得る。

まず、「ヤクルト」事件は、本願商標の立体的形状と同様に「くびれ」のある収納容器が原告以外の業者の乳酸菌飲料等の製品に多数使用されていたことが推認されるとして、法3条2項の適用を否定した。

また、「ひよ子」事件においては、①被告以外の鳥の形状の焼き菓子は、全国の各地において、23もの業者が製造販売しており、しかも、これらの菓子は、菓子「ひよ子」と、離隔的に観察する際にはその見分けが直ちにはつきにくいほど類似していること、また、②それぞれの菓子は、その商品名の文字商標の商標登録出願日頃から販売されていたと推認でき、それぞれの菓子が、数年間から数十年間の販売期間を有することから、特別顕著性の獲得がなされたとはいえないとした。

ただし、類似商品が全く存在しないとしても、それだけで、特別顕著性を認めるにあたって積極的に考慮されるものではない。

なぜなら、多少特徴を有し、市場において現に採用されていない形状であっても、一般的に採用し得る機能や美観を得るものであれば、形状を普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる商標に該当するのであり、自他製品識別力が減少するから、法3条2項の適用の際にも、形状としてもありふれたものと判断

されるからである。

このように考えると、立体的形状がありふれたものであるか否かは、第1次的には法3条1項3号の記述の商標に該当するか否かにおいて判断されるものであるが、第2次的には、法3条2項の適用の際にも考慮されることになる。

(4) 私見

上記に述べた裁判例からすれば、実際の使用形態において立体的形状あるいはその包装紙等に文字商標が記載されていた場合には、そのような商品が、たとえ、使用開始時期、使用期間、販売数量等、類似商品の存在等を検討した上で、全国的に著名であったとしても、立体的形状自体の特別顕著性は認められないことになり、商品等の立体的形状にかかる商標について法3条2項が適用される事例は存在しないかに見える。

しかしながら、これらの裁判例も、立体的形状に文字商標が付された上で販売されていたという事実が存在すれば、どのような場合でも立体的形状自体の識別力が否定されるという趣旨ではなく、一定の場合には、立体的形状に文字商標が付されていた場合であっても、立体的形状自体に識別力が認められる場合もあると解することができる⁽⁸⁾。

このことは、文字商標「角瓶」の登録の可否が争われた東京高判平成14年1月30日判時1782号109頁と、立体商標についての「角瓶」事件を対比すればより明らかとなる。

すなわち、文字商標「角瓶」事件判決は、文字商標「角瓶」の実際の使用形態は、「角瓶」の文字が特段「サントリー」等の文字と連続して表されているものであっても「角瓶」の文字部分が四角形の枠で囲まれ、また「角瓶」の文字と「サントリー」または「サントリーウキスキー」の文字部分とを区分し、一体化することを妨げるような表示態様とされていること、出願人自身ハウスマークと一体化したものととして扱う積極的行為に及んでいないことといった事情が考慮され、「角瓶」の文字商標は、それ自体独立して自他商品識別力を備えるに至ったものであるとしている。

かかる文字商標「角瓶」事件判決からすれば、立体的形状とともに文字商標が使用されていた場合であっても、①立体的形状と文字商標が一体化することを防止する形で使用される等の事情により、立体的形状が単独で使用されていると評価しうること、②当該商標

の使用者が、立体的形状と文字商標とを結合して一体化した1個の商標として取り扱う積極的な行為に及んでいないことを立証することができれば、実際の使用において立体的形状とともに文字商標が使用されている場合があるとしても、立体的形状自体について特別顕著性が認められる場合があると考えべきである。

問題は、上記①、②の事実をどのように証明するかである。

「改正商標審査基準」(平成18年4月1日適用)は、法3条2項の特別顕著性の証拠方法の例として「①広告宣伝が掲載された印刷物(新聞、雑誌、カタログ、ちらし等)」、「③商標が使用されていることを明示する写真」、「⑦一般紙、業界紙、雑誌又はインターネット等の記事」をあげている。(第2 3.(2))。

また、実際に、法3条2項の適用が問題となった訴訟においても、多くの場合、特別顕著性の立証のために、その商品を宣伝した商品パンフレット、テレビCM等が証拠として提出されている。

しかしながら、これらの商品パンフレットには必ずといっていいほど、立体的形状と結合したその他の文字・図形等が表示されている。

「ひよ子」事件判決においても、展示品1箱のうち1, 2個の「ひよ子」や合成樹脂模型は上記包装紙に包まれていないという事情や新聞広告等に「日本のおいしいかたち。」等のキャッチコピーと共に菓子「ひよ子」の形状が掲載されているという事実が認定されており、かかる事情は、立体的形状である「ひよ子」が文字商標とは別に、単独で使用されていると評価し得る。しかしながら、同判決は、結局、展示品の周辺に「ひよ子」の文字が多数存在し、又、新聞広告等にも「ひよ子」等の文字が存在するという事情が考慮された結果、立体的形状自体には、特別顕著性は認められないと判断された。

したがって、商品パンフレットやテレビCM等は、ほとんどの場合、上記①、②の事実を証明する証拠とはなり得ないことになる。

そこで、上記①、②の事実の証明が困難である場合には、より端的に、需要者が立体的形状のみで特定の商品の出所を識別していることの証明がなされた場合には、実際の使用において立体的形状とともに文字商標が使用されている場合があるとしても、立体的形状自体についての特別顕著性を認めるべきである。

そのための証拠としては、その表面に付された文字

等の要素を捨象して、立体的形状のアウトラインやシルエットのみで表現するなどして、立体的形状のみの認知性を問う形式の市場調査が考えられる。

しかしながら、裁判例は、商品等の立体的形状にかかる商標に関する法3条2項該当性の判断において市場調査の証拠価値を肯定したものは見当たらない。

たとえば、「角瓶」事件においては、通行人200名を対象とした市場調査について、当該調査は回答者が熟考した上で回答したことが推測されるにもかかわらず、調査対象者の26%が原告を想起しなかったこと、実際の店頭等では需要者が短期間で購入商品を決定する場合もまれではないとして、当該調査は、本願商標の特別顕著性を認めるには十分ではないとしている。

また、「ゴルフスコアカード記入用筆記具」事件においても、市場調査に類似するものとして、本願商標は原告の製造販売にかかる商品であることが広く一般に知られていたといった事実評価を証明する旨の記載のある書面が提出されたが、裁判所は、かかる書面は原告が記載したものに「上記のとおりであることを証明する。」との形式となっており、直ちにこれを採用することはできないとしている。

ただし、市場調査の証拠価値について判断した裁判例は、すでに、他の証拠により、特別顕著性についての結論が出ている場合に、傍論的にその証拠価値を判断したものに過ぎず、市場調査の証拠価値を正面から論じることにより、立体的形状自体の特別顕著性を否定したものは見受けられない。

また、文字商標「角瓶」事件においては、市場調査の証拠価値を肯定しており、その他、不正競争防止法上の知名度調査や商標の混同調査において、市場調査が採用された例も相当数存在する（たとえば、商標の類似性に関して市場調査が採用されたものとして、東京地判平成9年3月31日判時1600号137頁）のであ

るから、商品等の立体的形状にかかる商標における特別顕著性の証明の際にも、市場調査を積極的に行い、特別顕著性を立証する必要があるというべきである。

ただし、「改正商標審査基準」（平成18年4月1日適用）に、「需要者の認識度調査（アンケート）は、実施者、実施方法、対象者等その客観性について十分に考慮するものとする。」とされているように、市場調査が誘導的・作為的にならないよう注意すべきことはいうまでもない⁹⁾。

以上

注

- (1) 足立 泉著「立体商標の現状と課題」紋谷暢男教授古稀記念「知的財産権法と競争法の現代的展開」529頁
- (2) 本稿脱稿後の平成19年4月12日、最高裁は、被告からの上告を棄却する判決を下し、特許庁の審決取消が確定した。
- (3) 「注解 商標法〔新版〕上巻」185頁（小野昌延編）
- (4) 判例時報1761号判例評釈514号「立体商標の登録要件の充足」（三山峻司著）
- (5) 「立体商標の登録要件の充足性」判例時報1761号判例評論514号37頁（三山峻司著）
- (6) 「注解 商標法〔新版〕上巻」189頁（小野昌延編）
- (7) 「商標法概説（第2版）」189頁（田村善之著）
- (8) 「立体商標に関する判例」（知的財産権 その形成と保護－秋吉稔弘先生喜寿記念論文集－）199頁（永井紀昭著）
- (9) 市場調査を行う際の注意点については、「商標事件におけるアンケート調査」知的財産法と現代社会—牧野利秋判事退官記念—432頁（小野昌延著）が詳細に論じている。

（原稿受領2007.4.2）