

色彩のみからなる商標の出願と権利化

——拒絶理由をどう回避するか？——

青 木 博 通*

抄 録 新商標が2015年4月1日から商標出願の対象となり、色彩のみからなる商標も500件以上出願されているが、登録されたのは、色彩の組み合わせからなる商標が7件しかなく、単色の商標は1件もない。本稿では、色彩のみからなる商標の登録率の低い要因を探るとともに、拒絶理由の回避の手法などについても、拒絶理由を受けて登録になったケースを参考に検討した。立体商標の裁判例や商標審査基準を参考に、丹念に証拠を積み上げ、色彩を商品等の出所標識として需要者が認識していることを立証できれば、登録は可能である。特に審査段階では、圧倒的な市場独占がない場合、「色彩のみで商品等の出所が識別できるとする需要者の生の声」が、最終的な決め手となる。

目 次

1. はじめに
2. 色彩商標の種類
3. 色彩商標の登録要件と拒絶理由
4. 使用による商品等の出所識別力獲得の立証
 4. 1 裁判例
 4. 2 商標審査基準
 4. 3 拒絶理由を回避した登録例
 4. 4 小 括
5. 色彩商標と位置商標の違い
6. おわりに

別紙（カラー）：図1～図9

1. はじめに

色彩、動き、ホログラム、位置、音からなる新しい商標（新商標）の出願受付が、2015年4月1日に開始されてから、約3年半が経過した。

2018年11月15日にインフォソナー社のデータベースを利用して、新商標の出願及び登録件数から登録率を算出すると表1のような結果になった。

色彩のみからなる商標（以下、「色彩商標」という）の出願件数は526件と、音商標の642件

に続いて2番目に多いが、登録件数は7件しかなく、登録率は1%と極めて低くなっている。

色彩商標は、何故このように登録率が低いのか、拒絶理由通知書を受けて登録になった色彩商標を分析することにより、その要因を探るとともに、拒絶理由への対応策について検討することとしたい。

表1 新商標の出願件数等

	新商標の種類	出願件数	登録件数	登録率
1	色彩	526	7	1%
2	位置	423	69	16%
3	音	642	251	39%
4	ホログラム	19	12	63%
5	動き	149	100	67%
合 計		1,759	439	25%

2. 色彩商標の種類

色彩商標は、輪郭のない色彩のみからなる商標である。輪郭がなく、生来的に出所識別力の

* ユアサハラ法律特許事務所 弁理士
Hiromichi AOKI

ある文字や図形を構成要素に含めることができず、色彩一本で勝負しないといけないことが、色彩商標の登録率の低い大きな要因になっている。

色彩商標は、単色の商標（図1及び図5）と色彩の組み合わせからなる商標（図2乃至図4）に分類できる（表2）。色彩の組み合わせからなる商標は、単色の商標より、色彩の構成要素が多いので、単色の商標に比べ登録しやすくなる¹⁾。

また、単色の商標と色彩の組み合わせからなる商標は、位置を特定しない色彩商標（図1）と位置を特定する（形状は特定しない）色彩商標（図5）に分類できる（表3）。位置を特定する色彩商標は、商標の位置が構成要素に入ってくるので、位置を特定しない色彩商標に比べ登録しやすくなる。

現在登録が認められている色彩商標は7件のみであり、いずれも色彩の組み合わせからなる商標で、位置を特定しない色彩商標である（図2乃至図4²⁾）。

表2 色彩商標の種類1（色彩の数）

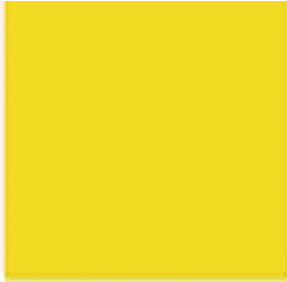
1	単色の商標
2	色彩の組み合わせからなる商標

表3 色彩商標の種類2（色彩の付される位置）

1	位置を特定しない色彩商標
2	位置を特定する色彩商標

図1 色彩商標（位置を特定しない色彩商標）

商標：



商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標は黄色「マンセル値 5Y8/14」のみからなるものである。

指定商品：
7類 塗装用ロボット等


出願番号：2015-037921
出願日：2015年4月17日

現状：商標法3条1項3号違反拒絶査定，審判係属中（審判段階でアンケート実施）。

審判番号：2017-002203
出願人：F社

図2 色彩商標（色彩の組み合わせからなる商標）

商標：



商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、色彩の組合せからなる色彩のみからなる商標である。色彩の組合せとしては、青色（Pantone 293C）、白色（プロセスカラーの組合せ：C = 0, M = 0, Y = 0, K = 0）、黒色（プロセスカラーの組合せ：C = 0, M = 0, Y = 0, K = 100）であり、配色は、上から順に、青色、白色、黒色が商標の縦幅を3等分している。

指定商品：
16類 消しゴム


登録番号：5930334
登録日：2017年3月10日
出願日：2015年4月1日

登録理由：商標法3条2項適用により、商標法3条1項3号に該当しない（アンケートなし）。

登録権者：T社

図3 色彩商標（色彩の組み合わせからなる商標）

商標：




商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、色彩の組合せのみからなるものである。色彩の組合せとしては、白色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 0, M 0, Y 0, K 0）、オレンジ色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 0, M 60, Y 100, K 0）、緑色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 100, M 0, Y 100, K 0）、赤色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 0, M 100, Y 100, K 0）であり、配色は、上から順に、白色が商標の13.125パーセント、同じくオレンジ色12.5パーセント、白色13.125パーセント、緑色22.5パーセント、白色13.125パーセント、赤色12.5パーセント、白色13.125パーセントとなっている。

指定役務：
35類 飲食料品の小売又は卸売の業務において行われる顧客に対する便益の提供等
登録番号：5933289
登録日：2017年3月17日
出願日：2015年4月1日
登録理由：使用による識別力獲得により、商標法3条1項6号に該当しない（アンケート実施）。
登録権者：株式会社セブン-イレブン・ジャパン

図4 色彩商標（色彩の組み合わせからなる商標）

商標：



商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、色彩の組合せのみからなるものである。色彩の組合せとしては、緑色（HSBの組合せ：H161, S100, B28）、黄緑色（HSBの組合せ：H65, S100, B84）であり、配色は、上から順に、緑色が商標の75%、黄緑色が25%となっている。

指定役務：
35類 経営の診断又は経営に関する助言
36類 資金の貸付け及び手形の割引等
41類 セミナーの企画・運営又は開催
45類 公的年金に関する助言及び指導等
登録番号：6021307
登録日：2018年2月23日
出願日：2015年4月1日
登録理由：使用による識別力獲得により、商標法3条1項6号に該当しない（アンケートなし）。
登録権者：株式会社三井住友フィナンシャルグループ

図5 色彩商標（位置を特定する色彩商標³⁾）

商標：



商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、女性用ハイヒール靴の靴底部分に付した赤色（PANTONE 18-1663TP）で構成される。なお、破線は、商標がどのように使用されるかの一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。

指定商品：
25類 女性用ハイヒール靴
出願番号：2015-029921
出願日：2015年4月1日
現状：商標法3条1項3号違反の拒絶理由通知⁴⁾を受けて出願係属中。
出願人：クリスチャン ルブタン

3. 色彩商標の登録要件と拒絶理由

色彩商標の登録要件としては、①商標法3条1項柱書（商標の定義、使用意思）、②商標法3条1項3号（記述的商標）、③商標法3条1項6号（識別力のない商標）、④商標法4条1項11号、⑤商標法5条5項（商標の記載要件）、⑥商標法3条2項（使用による識別力獲得）、⑦商標法9条（先願主義）があり⁵⁾、色彩商標は、最終的に②または③の理由により拒絶される場合が多い。

①は、商標が不鮮明で色彩が明確に判別できない場合や使用意思の認められない商品・役務を指定商品・役務に含んでいる場合に適用される。

②は、商標が商品又は役務の特徴に該当する色彩のみからなる商標に該当する場合に適用される。

商標登録第5930334号（図2）のケースでは、以下の内容の拒絶理由となっている。

「商品や商品の包装に使用される色彩は、多くの場合、商品の魅力向上等のために選択されるものであって、商品の出所を表示し、自他商品を識別するための標識として認識し得ないものです。そして、本願商標の指定商品を取り扱う業界において、色彩の組み合わせが使用されている実情が認められます。そうしますと、本願商標をその指定商品に使用しても、これに接する取引者、需要者は、商品や商品の包装に通常使用される又は使用され得る色彩を表したものと認識するにとどまり、本願商標は、単に商品の特徴を普通に用いられる方法で表示するにすぎないものと認めます。したがって、本願商標は商標法3条第1項第3号に該当します。ただし、使用により識別力を獲得したことを証明する資料を提出し、それが認められた場合には、この限りではありません。」

③は、商標法3条1項2号、3号に該当する

もの以外に、原則適用される。例えば、色彩商標が役務の提供の用に供される物が通常有する色彩の場合に適用される。

商標登録第5933289号（図3）のケースでは、以下の内容の拒絶理由となっている。

「役務の提供の用に供する物又は役務の広告の装飾等に使用される色彩は、様々な色彩の組み合わせたものも含め、多くの場合、それらの魅力向上等のために選択されるものであって、役務の出所を表示し、自他役務を識別するための標識として認識し得ないものです。そして、本願の指定役務を取り扱う業界においては、白色、オレンジ色、緑色及び赤色と同系色の色彩の組み合わせが、役務の提供の用に供する物又は役務の広告の装飾等として使用されることが、以下に挙げるような使用例より確認することができます（参考情報参照）。そうしますと、本願商標をその指定役務の提供の用に供する物や広告に使用しても、これに接する取引者、需要者は、役務の提供の用に供する物又は役務の広告に通常使用される又は使用され得る色彩を表したものと認識するにとどまり、何人かの業務に係る役務であることを認識することができない商標と判断するのが相当です。したがって、本願商標は、商標法第3条第1項第6号に該当します。ただし、使用により識別力を獲得したことを証明する資料を提出し、それが認められた場合には、この限りではありません。」

商標登録第6021307号（図4）のケースでは、以下の内容の拒絶理由となっており、商標登録第5933289号（図3）と同じフォーマットを利用した拒絶理由の内容となっている。

「（中略）本願の指定役務を取り扱う業界においては、本願商標のような緑色及び黄緑色と同系色の色彩が、役務の提供の用に供する物又は役務の広告の装飾等として使用されていることが、以下に挙げるような使用例により確認することができます（参考情報参照）。（中略）」

④は、出願商標が先行する登録商標に類似する場合に適用される。特許庁編『商標審査基準(改訂第13版)』86頁には、「単色の商標」と「文字と色彩の結合商標」、「単色の商標(赤色)」と文字商標「赤」は、原則として類似しないと記載されている。

一方、色彩の組み合わせからなる商標が色彩商標として登録されている場合に、後から、色彩の配置や割合が同じ色彩の組み合わせからなる図形商標が出願された場合には、原則類似すると記載されている。

⑤は、商標見本と商標の詳細な説明の記載とは一致しない場合や色彩の組み合わせからなる色彩商標で色彩の割合が正確に記載されていない場合に適用される。

⑥は、商標法3条1項3号に違反しても、使用により商品等の出所識別力を獲得したときに、例外的に登録を認める規定である。

⑦は、類似する色彩商標の出願が競合した場合に適用される。赤色、青色、黄色の色彩商標の出願が同日出願(2015年4月1日)されたケースが多く、協議が整わない場合には、くじ⁶⁾が実施される。くじによって順番が決まるが、色彩商標には生来的な出所識別力欠如の拒絶理由が出されるので、くじの優先順位が1番でも、拒絶理由を回避できない場合には、拒絶査定となり、拒絶が確定した場合には次の順番の出願人が優先順位を得ることになる。

②の商標法3条1項3号は、独占適応性のない商標及び識別性のない商標を排除するために設けられた規定であるのに対して、③の商標法3条1項6号は識別性のない商標を排除するために設けられた規定であり、独占適応性のない商標を排除する趣旨は含まれていない⁷⁾。よって、商標法3条1項6号違反の場合には現在識別性があることを立証すれば登録できることになり、商標法3条1項3号違反の場合より、拒絶理由を回避するのが容易となる。

商品や商品の包装に使用される色彩については、商標法3条1項3号が適用され、役務の提供の用に供する物又は役務の広告の装飾等に使用される色彩については、商標法3条1項6号が適用される。商品の包装の色彩については、商標法3条1項6号が適用された時期もあったが(例えば、図6、図9の案件)、現在は、3号で拒絶する運用となっている。

日本の商標法は、米国と異なり⁸⁾、色彩商標に生来的に出所識別力がある場合があることを否定していない⁹⁾。

しかしながら、需要者は、文字、図形からなる商標は商品等の出所識別標識として一般に認識するが、色彩については、多種類の色彩が様々な商品・包装・広告媒体に使用されていることから、需要者は、商品等の出所識別標識として一般に認識しないこと、また、選択の幅が限られている色彩(有限)を半永久的に保護して競争制限にならないかとの考えに基づいて、色彩商標を積極的に拒絶しているものと考えられる。

その結果、色彩商標の登録率が1%と極めて低くなっており、単一色の色彩商標は、まだ、1件も登録になっていない¹⁰⁾。

4. 使用による商品等の出所識別力獲得の立証

多くの色彩商標が、生来的に出所識別力がないとして、商標法3条1項3号または6号違反の拒絶理由を受けている。

この拒絶理由を回避するには、使用により、色彩のみで商品等の出所識別力を獲得したことを立証する必要がある(商標法3条1項3号違反については、商標法3条2項適用)。

以下、裁判例、商標審査基準、色彩商標で拒絶理由を回避した登録例を参考に、使用による商品等の出所識別力獲得の立証方法について検討する。

4. 1 裁判例

色彩商標についての裁判例はまだないが、文字、図形以外の商標として立体商標の裁判例がある¹¹⁾。

懐中電灯に関する立体商標について、知財高判平成19年6月27日・平成18(行ケ)10555号[マグライト立体商標]は、次のように判示している。

「商品等の立体形状よりなる商標が使用により自他商品識別力を獲得したかどうかは、当該商標ないし商品の形状、使用開始時期及び使用期間、使用地域、商品の販売数量、広告宣伝のされた期間・地域及び規模、当該形状に類似した他の商品の存否などの事情を総合考慮して判断するのが相当である。

そして、使用に係る商標ないし商品等の形状は、原則として、出願に係る商標と実質的に同一であり、指定商品に属する商品であることを要する。もっとも、商品等は、その販売等に当たって、その出所たる企業等の名称や記号・文字等からなる標章などが付されるのが通常であることに照らせば、使用に係る立体形状に、これらが付されていたという事情のみによって直ちに使用による識別力の獲得を否定することは適切ではなく、使用に係る商標ないし商品等の形状に付されていた名称・標章について、その外観、大きさ、付されていた位置、周知・著名性の程度等の点を考慮し、当該名称・標章が付されていたとしてもなお、立体形状が需要者の目につき易く、強い印象を与えるものであったか等を勘案した上で、立体形状が独立して自他商品識別機能を獲得するに至っているか否かを判断すべきである。」

この裁判例によると、商標法3条2項の適用を受けるためには、①商品等の関係における色彩のユニーク性、②使用開始時期及び使用期間、③使用地域、④商品の販売数量、⑤広告宣伝の

された期間・地域・数量、⑥出願された色彩商標の色彩に類似する色彩に係る他の商品の存否(市場における唯一性)について立証する必要がある。

また、実際の商品・包装・広告媒体には、色彩商標以外に、文字商標や図形商標といった他の商標と一緒に使用されているが、そのような他の商標と一緒に使用されている場合でも、他の商標の外観、大きさ、付されていた位置、周知・著名性の程度等の点を考慮し、他の商標が付されていたとしてもなお、色彩が需要者の目につき易く、強い印象を与えるものであったか等を勘案した上で、色彩が独立して自他商品識別機能を獲得するに至っているか否かが判断されることになる。

4. 2 商標審査基準

商標法3条2項の適用について、商標審査基準は、まず、需要者認識について次のように述べている。この基準によると、色彩商標が商品等の出所識別表示として全国的に認識されていることを立証する必要がある。

「(1) 需要者の認識について
「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もの」とは、何人かの出所表示として、その商品又は役務の需要者の間で全国的に認識されているものをいう。」

考慮事情については、次のように述べている。この基準は、裁判例(知財高判平成19年6月27日・平成18(行ケ)10555号[マグライト立体商標]等)にならったものであり、アンケート結果も斟酌することになっている。

「(2) 考慮事由について
本項に該当するか否かは、例えば、次のような事実を総合勘案して判断する。
なお、商標の使用状況に関する事実については、その性質等を実質的に把握し、それによってそ

の商標の需要者の認識の程度を推定する。

- ① 出願商標の構成及び態様
- ② 商標の使用態様，使用数量（生産数，販売数等），使用期間及び使用地域
- ③ 広告宣伝の方法，期間，地域及び規模
- ④ 出願人以外（団体商標の商標登録出願の場合は「出願人又はその構成員以外」とする。）の者による出願商標と同一又は類似する標章の使用の有無及び使用状況
- ⑤ 商品又は役務の性質その他の取引の実情
- ⑥ 需要者の商標の認識度を調査したアンケートの結果」

証拠方法については，次のように述べている。この記載は裁判例にならったものであり，アンケートについても言及している。

①乃至③の証拠が提出されても，これらの証拠には，生来的に出所識別力のある文字や図形が使用されているため，審査官は，本当に需要者が色彩のみで商品等の出所を認識しているのか疑念をもつ場合が多い。そのような疑念を払拭する方法として，客観的な需要者の認識「色彩のみで商品等の出所が識別できるとする需要者の生の声」を示す証拠として④又は⑤が有効である。但し，⑤のアンケートは費用が高額となることや後述するように50%以上の認知率を要求されるため，⑤の実施が難しい場合には，④の証拠を提出することになる。

「(3) 証拠方法について

本項に該当するか否かの事実，例えば，次のような証拠により立証する。

- ① 商標の実際の使用状況を写した写真又は動画等
- ② 取引書類（注文伝票（発注書），出荷伝票，納入伝票（納品書及び受領書），請求書，領収書又は商業帳簿等）
- ③ 出願人による広告物（新聞，雑誌，カタログ，ちらし，テレビCM等）及びその実績が分かる証拠物

④ 出願商標に関する出願人以外の者による紹介記事（一般紙，業界紙，雑誌又はインターネットの記事等）

⑤ 需要者を対象とした出願商標の認識度調査（アンケート）の結果報告書（ただし，実施者，実施方法，対象者等作成における公平性及び中立性について十分に考慮する。）」

他の商標と一緒に出願商標が使用されている場合については，以下の通り述べている。上述の知財高判平成19年6月27日・平成18(行ケ)10555号「マグライト立体商標」判決を受けたものである。

「(4) 商標を他の商標と組み合わせている場合
出願商標を他の商標と組み合わせて使用している場合は，出願商標部分のみで独立して識別力を有するに至っているかを判断する。」

色彩商標について，商標法3条2項が適用される例として次のように述べている。出願商標部分のみが独立して商品等の出所識別標識として認識される場合に商標法3条2項が適用される。

「5. 色彩のみからなる商標について

(1) 本項の適用が認められる例

使用商標中に，出願商標以外の標章が含まれているが，出願商標部分のみが独立して自他商品・役務の識別標識として認識されると認められる場合。

(例) 使用商標として筆箱の全面が青色であり，その蓋に一つの小さな丸の図形が記載された証拠資料が提出されたが，出願商標と同一の色彩である青色が需要者に強い印象を与え，独立して自他商品の識別標識として認識される場合。」

一方，商標法3条2項が適用されない例として次のように述べている。出願商標と使用商標の同一性が認められない場合や位置が異なる場合には，商標法3条2項の適用が否定される。

「(2) 本項の適用が認められない例

① 使用商標と出願商標の色相（色合い），彩度（色の鮮やかさ）や明度（色の明るさ）が全

部又は一部異なる場合。

- ② 色彩を組み合わせてなる出願商標と使用商標の配色の割合が異なる場合。
- ③ 出願商標と使用商標の商品における色彩の位置が異なる場合。」

4. 3 拒絶理由を回避した登録例

拒絶理由を回避して登録になった図2乃至図4の商標について、登録のポイントと提出した証拠について検討する。

(1) 商標登録5930334号 (図2)

1) 登録のポイント

当初の出願では、「修正テープ、鉛筆、シャープペンシル」等も含まれていたが、使用実績があり、出願商標と使用商標の同一性が認められる「消しゴム」に指定商品を補正した。また、使用証拠から遅くとも1980年から37年間、出願商標が使用されており、2005年から消しゴムのシェアが1位であることが認定され、商標法3条2項適用により登録となった。2012年2月20日に開催された第25回産業構造審議会知的財産部会商標制度小委員会における参考資料5（日本企業の海外登録例）として本件商標の米国の登録例（米国商標登録第3252941号）が紹介されたことも本件商標の登録に寄与したものと考えられる。

2) 証拠

出願商標が役務の出所識別力を獲得したことを立証するために、商標の唯一性（消しゴムについて青、白、黒の3色を使用するのは出願人のみ）、使用地域（全国）、使用開始時期（1969年）、カタログ（1974年～）、消しゴムのシェア1位（2005年12%、2014年30%）、グッドデザイン・ロングライフデザイン賞（2011年）、年間出荷額15億円（2013年発行の雑誌による）、新聞広告（読売新聞及び朝日新聞の全国版）、セブンイレブンの全店舗（19,045店舗）で2016

年10月6日から販売している事実等を示す証拠を提出している。

出願商標が商品等の出所標識として需要者に認識されていることを立証する証拠として、「消しゴムと聞いて思い浮かぶのが、青、白、黒のストライプ柄にMONOの4文字」、「青・白・黒のデザインは消費者に認識されていた」、「青、白、黒のMONOカラーでおなじみの消しゴム」、「消しゴムと言えば『青、白、黒』」、「青白黒のストライプは消しゴムのスタンダード」を記載した新聞・雑誌記事を提出した。

(2) 商標登録第5933289号 (図3)

1) 登録のポイント

30年以上の使用、18,000を超える全国の店舗での使用、4兆円を超える売上高、アンケートによる88.8%の需要者の認知率より、使用による識別力獲得が認定されている。オーストラリアにおける出願商標と同じ商標の登録例が特許庁の出版物（「とっきょ」（2015年3月25日）で紹介されていたことも本件商標の登録に寄与したものと考えられる。

2) 証拠

出願商標が役務の出所識別力を獲得したことを立証するために、店舗看板の写真、文字を伴わない色彩のみの使用例、ライセンスでの使用例、使用地域（全国）、使用開始時期（1986年）、店舗数（18,316店舗）、売上高（4兆82億円）、テレビCM、文字のない看板のみの雑誌の表紙等を証拠として提出している。

出願商標が商品等の出所標識として需要者に認識されていることを立証する証拠として、アンケート結果を提出している。

3) アンケート

アンケートは、いずれもインターネットを利用して2回行われている¹²⁾。

1回目は、(株)スコープが行ったもので、出願商標と同じ正方形の商標を300人に見せて、

とある小売店のコーポレートカラーであることを提示した上で、回答者が思い浮かべたものを自由回答欄に回答してもらう方法により、認知率は48%であった。しかしながら、審査官は48%の認知率では、商標3条2項の要件を満たさないと判断している。

そこで、米国のコンサルティング会社であるNERAエコノミックコンサルティングの経済学博士金子直也氏の指導の下、マイボスコム株式会社のインターネット調査パネルを使って、2回目のアンケートを行っている。出願商標の実例の使用例である長方形（白、オレンジ、白、緑、白、赤、白）の商標を500人に見せて、「あなたは具体的に何と言う小売店を思い浮かべましたか。」との質問をして90.6%の認知率があった。また、対照実験として、出願商標の色違いの長方形の商標（白、青、白、紫、白、黄、白）を500人にみせて同じ質問をして、こちらは1.8%の認知率があった。この対照実験により、色彩ではなく図柄から出所を認知している人が1.8%いることになる。そこで、出願商標の認知率は、90.6%マイナス1.8%で、88.8%の認知率であると結論づけている。

アンケートを想定して、実際に使用している長方形の商標で出願した方が、出願商標とアンケート対象の商標の同一性についてクレームが付きにくいと言えよう。

(3) 商標登録第6021307号 (図4)

1) 登録のポイント

日本における3大メガバンクの一つであり、銀行口座数が2,600万以上、店舗数がATMも入れると全国に2,441店舗あり、出願人のグループ企業の使用例、色彩商標の使用マニュアルも提出することにより、幅広い役務について、使用による識別力獲得の立証に成功している。

権利者のホームページをみると、権利者と紛らわしい名称を使用する金融業者が多く存在す

ることがわかる。これらの金融業者は、色彩の組み合わせも類似のものを使用することが予想されるので、色彩の組み合わせを色彩商標として登録できたメリットは大きい。

2) 証拠

出願商標が役務の出所識別力を獲得したことを立証するために、出願商標の使用された通帳、使用地域（全国）、使用開始時期（2001年）、銀行口座数（2013年に2,600万以上）、全国2,441の店舗数（本店、支店、ATM）、新聞広告、テレビCM、色彩商標の使用マニュアルに該当する「三井住友フィナンシャルグループ広告表示デザイン基準（2007年）」、「三井住友VISA太平洋マスターズ（ゴルフトーナメント）」における使用例¹³⁾、グループ企業による使用例等を証拠として提出している。

4.4 小 括

色彩商標の場合、使用による出所識別力獲得を立証する必要がある。

まず、①商品等との関係における色彩のユニーク性、②使用開始時期及び使用期間、③使用地域、④商品の販売数量、⑤広告宣伝のされた期間・地域・数量、⑥出願された色彩商標の色彩に類似する他の商品の存否について立証する必要がある。

次に、需要者が色彩のみを商品等出所識別標識として認識していることを立証する必要がある。その場合、①需要者が商標として認識していることを示す新聞・雑誌記事又はブログの記事や②アンケート結果が有効である。

色彩商標の出願にあたっては、アンケートを想定した商標の構成も考える必要がある。

5. 色彩商標と位置商標の違い

色彩商標と混同されることのある位置商標の違いについて説明する。

(1) 位置商標とは

位置商標とは、商標に係る標章（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に限る。）を付する位置が特定される商標をいう（商標法施行規則4条の6）。

位置商標には、図形からなるもの（図6）と立体的形状からなるもの（図7）がある（表4）。図形が立体的形状かは、商標と商標の詳細な説明から判断される。現在の審査実務では、図形からなるものは、生来的に出所識別力が認容されるケースが多いが¹⁴⁾、立体的形状からなるものは原則商標法3条2項適用が必要となる。

表4 位置商標の種類

1	図形からなる位置商標
2	立体的形状からなる位置商標

図6 位置商標（図形からなるもの）

商標：



商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、標章を付する位置が特定された位置商標であり、商品包装の上方部の周縁に付された図形と、商品包装の下方部の周縁に付された図形とを組み合わせた図形からなる。なお、包装の破線は、商品の形状の一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。

指定商品：

30類 カップ入りの具およびスープ付きの即席麺
 登録番号：6034112
 登録日：2018年4月6日
 出願日：2015年4月1日
 登録理由：使用による識別力獲得により、商標法3条1項6号に該当しない（アンケート実施¹⁵⁾）。
 登録権者：N社

図7 位置商標（立体的形状からなるもの）

商標：



商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標」という。）は、標章を付する位置が特定された位置商標であり、ゲームプログラムの操作作用コントローラーの右上部に付されたボタン部分の立体的形状からなる。なお、コントローラーの破線は、商品の形状の一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。

指定商品：

9類 コンピュータ用ゲームのコントローラー
 28類 ゲーム機用コントローラー等
 登録番号：5858802
 登録日：2016年6月17日
 出願日：2015年4月1日
 登録理由：商標法3条2項適用により、商標法3条1項3号に該当しない（アンケートなし）。
 登録権者：S社

(2) 色彩商標と位置商標の違い

色彩商標と位置商標を比較すると表5のように整理される。

商標の構成については、色彩商標については輪郭がないが、位置商標は文字、図形、記号、立体的形状により構成されているので輪郭がある。

表5 色彩商標と位置商標の比較

項目	色彩商標	位置商標
1 タイトル	・色彩のみからなる商標	・位置商標
2 商標の構成	・輪郭のない単色又は複数の色彩の組合せのみからなる商標 ・上記色彩商標で位置を特定したものとし ないもの	・商標に係る標章（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に限る。）を付する 位置が特定される商標
3 商標の記載方法	・色彩を表示した図又は写真 ・商標登録を受けようとする色彩を当該 色彩のみで描き，その他の部分を破線で 描く等により当該色彩及びそれを付する 位置が特定されるように表示した1又は 異なる2以上の図又は写真	・標章を実線で描き，その他の部分を破線 で描く等により標章及びそれを付する位置 を特定されるようにした1又は異なる2 以上の図又は写真
4 商標の詳細な説明	・色彩のみからなる商標を構成する色彩 を特定するための色彩名，三原色（RGB） の配合率，色見本帳の番号，色彩の組み 合わせ方（色彩を組合せた場合の各色の 配置や割合等）等についての具体的かつ 明確な説明	・位置商標を構成する標章及びこの標章を 付する商品等における位置（部位の名称等） についての具体的かつ明確な説明
5 専用権の範囲	・特定の輪郭のない色彩	・特定の輪郭を有する図形又は立体的形状
6 色彩の特例 （商標法70条）	・適用なし	・適用あり

商標の詳細な説明については、色彩商標は三原色（RGB）又は色見本帳の番号を記載する必要があるが、位置商標については要求されていない。

専用権の範囲については、色彩商標は輪郭が異なっても専用権の範囲に属するが、位置商標については輪郭が異なると専用権の範囲に含まれず、その程度によっては禁止権の範囲にも含まれない可能性もある。色彩を保護するという意味では、色彩商標の方が位置商標より権利範囲が広い。

商標法70条（登録商標に類似する商標等についての特則）は、色彩商標については、登録商標の範囲が過度に広がることのないように、本条は適用されない（商標法70条4項）。一方、位置商標については、輪郭も構成要素となるため、本条の適用がある。

図8と図9の商標は、色彩商標と位置商標の双方で出願されているが、位置商標は輪郭も商

標の構成要素となるため、輪郭のない色彩商標より登録しやすいと言える。

図8 色彩商標

商標：




商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標という。」）は、色彩のみからなるものであり、即席うどんの容器外側側面の周縁を赤色（PANTONE 186C）とする構成からなる。なお、即席うどんの容器の破線部分は、商品の形状の一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。
 指定商品：30類 カップ入り即席うどんの麵
 出願番号：2015-030703
 出願日：2015年4月1日
 現状：商標法3条1項6号違反の拒絶査定¹⁶⁾，審判係属中。

審判番号：2017-008901
登録権者：東洋水産株式会社

図9 位置商標

商標：



商標の詳細な説明：商標登録を受けようとする商標（以下「商標という。」）は、標章を付する位置が特定された位置商標であり、即席うどんの容器外側側面の周縁に付された赤色帯状の図形からなる。なお、即席うどんの容器の破線部分は、商品の形状の一例を示したものであり、商標を構成する要素ではない。
指定商品：30類 カップ入り即席うどんの麺
出願番号：2015-030699
出願日：2015年4月1日
現状：商標法3条1項6号の拒絶査定¹⁷⁾、審判係属中。
審判番号：2017-002741
登録権者：東洋水産株式会社

6. おわりに

色彩商標は、輪郭がなく、生来的に出所識別力のある文字や図形を構成要素に含めることができず、また、商品等の魅力向上のために使用されるもので、商品等の出所識別標識と認識されにくいいため、登録が容易ではない。

しかしながら、本稿で検討したように、立体商標に関する裁判例や審査基準を参考に、丹念に証拠を積み上げ、色彩を商品等の出所標識として需要者が認識していることを立証できれば、登録は可能である。特に審査段階では、図4のような圧倒的な市場独占がない場合、「色彩のみで商品等の出所が識別できるとする需要者の生の声」が、最終的な決め手となる。

本稿が、色彩商標の登録の一助になれば幸いである。

注記

- 1) 色彩の数が多すぎると需要者の記憶が困難になり、識別性が弱まることになる。高坂美紀『売れる色・売れるデザイン』（BNN新社、2003年）65頁参照。
- 2) 7件の内の他の4件は、商標登録第6021308号（36類）、同第6078470号（16類）、同第6078471号（16類）及び同第6085064号（35類等）である。
- 3) 米国での商標権侵害事件の内容については、拙著「色彩のみからなる商標」『新しい商標と商標権侵害』（青林書院、2015年）所収367頁及び368頁参照。
- 4) 2010年から日本の主要都市11の直営店で販売されている靴の色彩商標である。拒絶理由の内容は、「商品に使用される色彩は、商品の特定の位置に付された色彩も含め、多くの場合、商品の魅力向上等のために選択されるものであって、商品の出所を表示し、自他商品を識別するための標識として認識し得ないものです。そして、本願商標の指定商品を取り扱う業界において、本願商標の赤色を女性用ハイヒール靴の靴底部分の位置に付したものが、下記のように使用されている実情が認められます。そうしますと、本願商標をその指定商品に使用しても、これに接する取引者、需要者は、商品や商品の包装に通常使用される又は使用され得る色彩を表したものと認識するにとどまり、本願商標は、単に商品の特徴を普通に用いられる方法で表示するにすぎないものと認めます。したがって、本願商標は商標法3条第1項第3号に該当します。」となっている。また、本願商標は、ヤフー！インコーポレーテッドの出願商標（商願2015-030689）と類似するため、商標法8条4項に基づく協議指示書がだされている。
- 5) 前掲注3）「改正商標法の概要」及び「色彩のみからなる商標」所収325頁乃至332頁、341頁乃至343頁参照。
- 6) くじは、じゃんけんでサイコロを振る順番を決め→2つのサイコロを振り→サイコロの目の多い人からくじ引き器（ガラボン）に入れる球（色別）を選び→最初にでた球の色で順番を決めるといった手順でなされる。文字商標について、筆者も2回ほど経験があるが、いずれも商標課長が席の真ん中に座り、くじを監督されていた。
- 7) 最判昭和54年4月10・判タ395号51頁〔ワイキ

キ], 田村善之『商標法概説 [第2版]』(弘文堂, 2000年) 172頁, 拙著「キャッチフレーズの構成からなる商標の保護」『知的財産権としてのブランドとデザイン』(有斐閣, 2007年) 所収150頁, 151頁参照。

- 8) 米国では, Qualitex事件判決及びWal-Mart事件判決を受けて, 色彩商標を主登録簿に登録するには必ず使用による識別力獲得の立証(米国商標法2条(f))が要求される(TMEP1202.05(a)). 前掲注3) 所収357頁参照。
- 9) 特許庁編『商標審査基準(改訂第13版)』(発明推進協会, 2017年) 33頁にも「商品等が通常有する色彩のみからなる商標については, 原則として, 本号に該当すると判断する。」と述べており, 例外的に, 色彩商標が生来的に出所識別力を有することを否定していない。
- 10) 韓国では, HARIBO社のグミについての金色が, 商標登録第4011837770000号として, 商品「菓子」について, 使用による識別力獲得を立証することにより2016年6月10日に登録されている。中国では, 色彩の組み合わせの商標は登録できるが, 単一色の商標は登録できない(中国商標法8条)。
- 11) 前掲注3)「立体商標制度の基本構造とその解釈」所収222頁乃至257頁参照。
- 12) アンケートについては, 井上由里子「混同のおそれの立証とアンケート調査」『知的財産研究所設立五周年記念・知的財産の潮流』34~65頁(知的財産研究所, 1995年), 田村善之「裁判例にみる不正競争防止法2条1項1号における規範的判断の浸食」『知的財産法の理論と現代的課題』(中山信弘選集・2005年・弘文堂) 402~416頁, 前掲注7) 拙著「商標・不正競争事件における証拠としてのアンケート調査」所収250頁乃至281頁, 井上由里子「普通名称の立証とアンケート調査—アメリカでの議論を素材に一」知的財

産法政策学研究20号(2008年) 235頁乃至263頁, 前掲注3)「アンケート調査」所収147頁乃至165頁, 金子直也「知財紛争におけるアンケート調査の利用と証拠価値の評価」特許ニュース14690号(2018年5月18日) 参照。

- 13) インドの高裁判事に, 競技会での商標の広告使用は周知・著名性を立証する有効な証拠であると伺ったことがある。
- 14) 商標審査便覧(2018年4月改訂) 56.03「位置商標における識別力の考え方について」3. ア) 参照。
- 15) アンケート結果は, 1,880人のサンプル数で, 保守的に見積もって83.30%, 多少緩和して85%前後の認知率が示されている。こちらのアンケートもNERAエコノミックコンサルティングの経済学博士金子直也氏が行っている。
- 16) 拒絶理由の内容は, 「本願商標をその指定商品の包装や広告に使用しても, これに接する取引者, 需要者は, 商品の包装又は商品の広告に通常使用される色彩又は使用され得る色彩を表したものと認識するにとどまり, 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ものと認めます。したがって, 本願商標は, 商標法第3条第1項第6号に該当します。」となっている。
- 17) 拒絶理由の内容は, 「本願商標を構成する図形は, 商品の包装用容器の外側側面の周縁に付された赤色帯状の図形であるところ, 前記の実情よりすれば, 本願商標を指定商品に使用しても, 単に美観を発揮する等のために装飾, 模様等が施された商品の包装の一形態を表示するにすぎないものと認められます。そうすると, 本願商標は, 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判断するのが相当です。したがって, 本願商標は, 商標法第3条第1項第6号に該当します。」となっている。

別紙 〈図1～図9（商標および商標の詳細な説明の抜粋）〉

図1 色彩商標（位置を特定しない色彩商標）

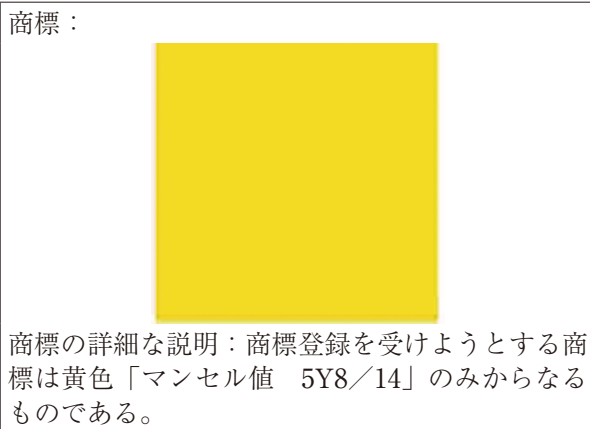


図2 色彩商標（色彩の組み合わせからなる商標）

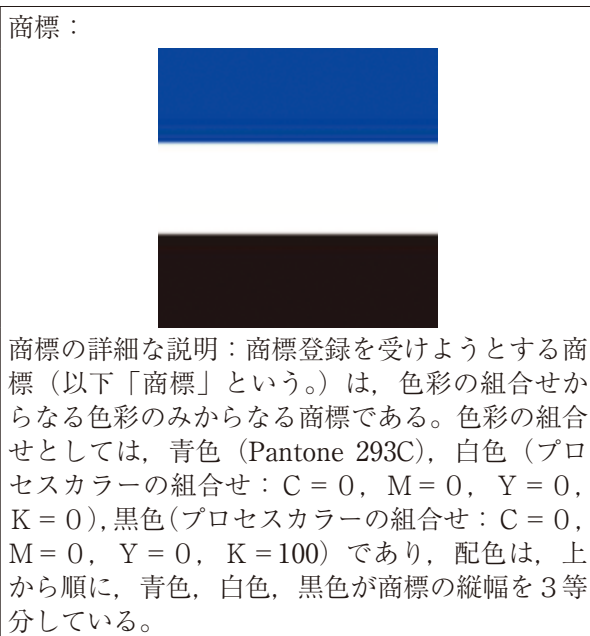
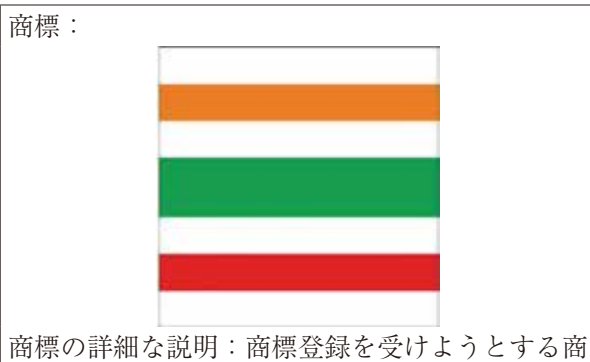


図3 色彩商標（色彩の組み合わせからなる商標）



標（以下「商標」という。）は、色彩の組合せのみからなるものである。色彩の組合せとしては、白色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 0, M 0, Y 0, K 0）、オレンジ色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 0, M 60, Y 100, K 0）、緑色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 100, M 0, Y 100, K 0）、赤色（プロセスカラーCMYKの組み合わせ：C 0, M 100, Y 100, K 0）であり、配色は、上から順に、白色が商標の13.125パーセント、同じくオレンジ色12.5パーセント、白色13.125パーセント、緑色22.5パーセント、白色13.125パーセント、赤色12.5パーセント、白色13.125パーセントとなっている。

図4 色彩商標（色彩の組み合わせからなる商標）

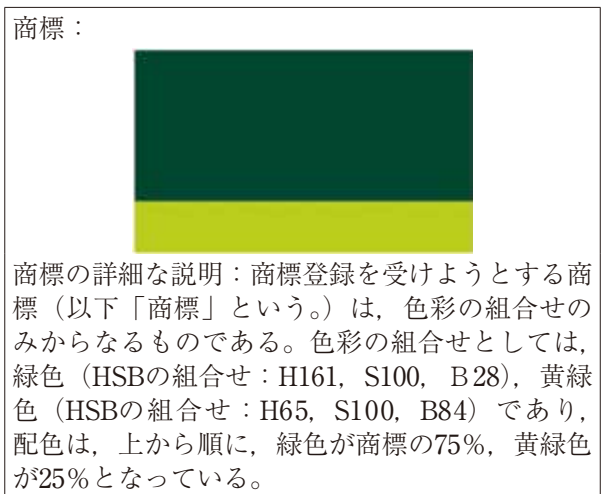


図5 色彩商標（位置を特定する色彩商標）



図6 位置商標（図形からなるもの）



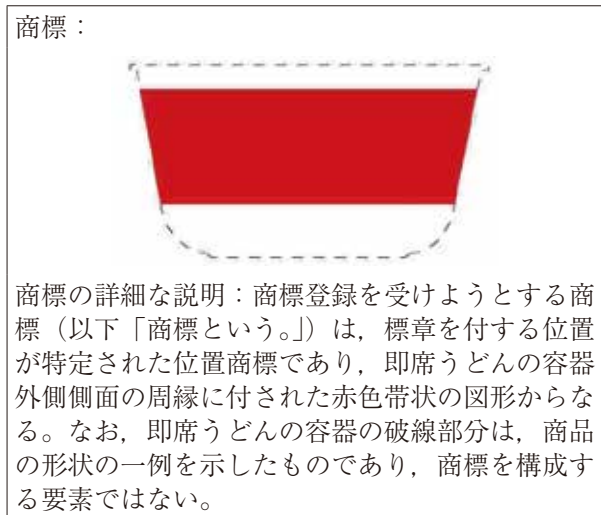
図7 位置商標（立体的形状からなるもの）



図8 色彩商標



図9 位置商標



（原稿受領日 2018年9月14日）