

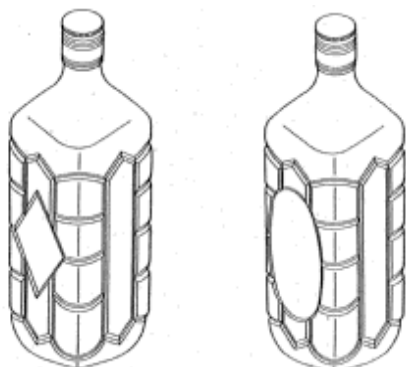
新判決例研究

「角瓶ウイスキー（立体商標）」 審決取消請求事件
（東京高裁 平成14年（行ケ）第581号 平成15年8月29日判決）

・事案

・平成9年4月1日：S社商標登録出願

本願商標：指定商品の容器の形状に係る下記目録の立体商標



指定商品：ウイスキー

- ・平成12年10月6日：拒絶査定
- ・平成12年10月26日：拒絶査定不服審判請求
- ・平成14年9月24日：請求不成立の審決
- ・平成14年11月19日：審決取消訴訟提起
- ・平成15年8月29日：請求棄却判決

・審決

1. 容器の形状の識別性の判断

・審決は、「本願商標は、目録のとおり構成よりなるものであるところ、縦長の直方体の立体的な全体形状は、液体等を収納する容器そのものを表したものである。そして、容器の四方側面に施された線と面で構成される切り欠け状の様子は、商品の機能（持ち易さ）、美感を効果的に高めるための範囲内のものにすぎないというべきである。してみると本願商標は、これをその指定商品（ウイスキー）に使用しても、取引者・需要者は、全体としてウイスキーの包装（収納容器）の形状を表示するにすぎないものと理解するに止まり、自他商品の識別標識とは認識し得ない」とし、本願商標を「商品、容器等の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であって記述的商標に該当し、商標法3条1項3号の規定により商標登録を受けることができないものである」としている。

2. 使用による顕著性の認定

・ 審決は、「商品等の形状に係る立体商標が、商標法3条2項に該当するものとして登録を認められるのは、原則として使用に係る商標が出願に係る商標と同一の場合であって、かつ、使用に係る商品と出願に係る指定商品も同一のものに限られる」という原則を示し、また一方で「出願商標と使用商標が形式的には同一でない場合においても、使用に係る商標の形状の全体を観察した場合、

その立体的形状部分と出願に係る商標とが同一であり、その立体的形状が識別標識として機能するには、そこに付された平面標章部分が不可欠であるとする理由が認められず、むしろ平面標章部分よりも立体的形状に施された変更、装飾等をもって需要者に強い印象、記憶を与えるものと認められ、かつ、需要者が何人かの業務に係る商品等であることを認識することができるに至っていることの客観的な証拠の提出があったときには、提出された証拠から、使用に係る商標の立体的形状部分のみが独立して、自他商品又は役務を識別するための出所表示としての機能を有するに至っていると認められるか否かについて判断する必要がある」としているが、本願商標の使用による顕著性の判断については「使用に係る商標は、本願商標と同一の態様からなる立体的形状部分に、請求人の取扱いに係る商品『ウイスキー』等を表示するものとして著名な『SUNTORY』の文字が大きく書され、他にそれ自体独立して自他商品の識別機能を果たし得る図形などが表示されているところ、使用に係る商標に接する取引者、需要者は、これらの文字若しくは図形又はこれらの組合せによって、自他商品を識別する標識として捉え、取引に当たる場合が多いとみるのが相当であり、立体的形状部分は、商品『ウイスキー』の包装（収納容器）そのものを表したと認識するにとどまる」とした上で、「本願商標は商標法3条2項の規定に該当しない」と認定した。

3. 審決の結論

「本願商標は、商標法3条1項3号の規定に該当するものであって、同法3条2項の要件を具備するものとも認められないから、登録することはできない」とした。

・ 判決

1. 本願商標の商標法3条1項3号への該当性

1) 商標法3条1項3号の規定の趣旨

・ 判決は、本規定の趣旨を、最高裁判決を引用して「商標法3条1項3号が、記述的商標は商標登録を受けることができない旨規定する趣旨は、記述的商標が商品の特性を表示記述する標章であって、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、特定人によるその独占的使用を認めるのを公益上適当としないものであるとともに、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得ないものであることによると解される」としている。

2) 商品、容器等の形状への適用

そして、商品等の形状より成る立体商標への適用については、「商品又は商品の包装の形状は、本来、その商品等に期待される機能をより効果的に発揮させたり、その商品等から得られる美感をより優れたものにするなどの目的で選択されるものである。したがって、商品等の形状そのものからなる立体商標は、その形状に変更又は装飾が施されても、商品等の形状を記述するものであって、原則として、取引に際し必要適切な表示として特定人によるその独占的使用を認めるのを公益上適当とせず、また、多くの場合自他商品識別力を欠くという記述的商標の特徴を具備するものであるから、商品等の用途、機能から予測し難いような特異な形態や特別な印象を与える装飾的形狀等を備えている場合を除き、同号に掲げる「商品等の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」として登録を受けることができない商標というべきである。」としている。

3) 本願商標への適用

判決では、「本願商標は、別紙目録のとおり構成よりなるものであるところ、同構成は、全体形状が、縦長の直方体の上部に首状部を、最上部に口部を設けた液体を収容する容器の形状であり、その4側面には、上面の肩部から下方にかけて表面に亀甲型を浮き彫り状に施し、4側面に表された亀甲型の各中央部分は、肩部から下方にかけては亀甲部をなくし、上部と下部を各々上下に山形状にした縦長の6角形に切り欠き、その切り欠かれた部分の中央部分に、正面に当たる部分は縦長の楕円形を表した表面模様を、背面に当たる部分は縦長のひし形を表した表面模様を施してなるものであると認められる。」として本願商標を特定し、その上で「ウイスキーの包装(収納容器)である瓶として、全体形状が、縦長の直方体の上部に首状部を、最上部に口部を設けた形状のものは多数存在し、また、包装容器の表面に浮き彫り状の模様を施したものも多数存在することが認められるところ、亀甲模様自体は、ありふれた模様であるから、本願商標を構成するウイスキー瓶の特徴は、ウイスキー瓶としての機能をより効果的に発揮させたり、美感をより優れたものにするなどの目的で同種商品が一般的に採用し得る範囲内のものであって、ウイスキー瓶として予測し難いような特異な形状や特別な印象を与える装飾的形狀であるということでは

きない。したがって、本願商標は、その指定商品であるウイスキーに使用された場合、指定商品の取引者、需要者は、ウイスキー瓶の形状そのものと認識するにとどまるというべきであるから、本願商標は、指定商品の包装の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として、記述的商標に当たるといふべきである。」と認定し、「本願商標が商標法3条1項3号に該当するとした審決の判断に誤りはない」という判断が示された。

2. 商標法3条2項への該当性

1) 商標法3条2項の規定の趣旨等

判決は、商標法3条2項の規定の趣旨について「出願に係る商標が、指定商品に係る商品等の形状を表示するものとして商標法3条1項3号の記述的商標に該当する場合に、それが同条2項に該当し、登録が認められるかどうかは、使用に係る商標及び商品等、使用開始時期及び使用期間、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、出願商標が使用をされた結果、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。」と提示した上で、取扱い上は、「その場合に、使用に係る商標及び商品は、原則として出願に係る商標及び指定商品に係る商品等と同一であることを要するものといふべきである。」としている。

2) 本願商標への適用

判決は、本規定を本願商標に適用するに当たって、まず「本願商標と使用に係る本件ウイスキー瓶を対比すると、両者の立体的形状は、同一と認められる範囲内のものであると認められる。」として、使用に係る商標のうちの立体的形状部分が本願商標の立体的形状と同一であることは認めている。しかし、「しかしながら、本願商標は、立体的形状のみからなるのに対し、使用に係る本件ウイスキー瓶には、透明なガラス瓶の表面楕円形部に表面ラベルが、肩部に肩部ラベルが、裏面ひし形部に裏面ラベルが付され、これらはいずれも黄色地の目立つものであり……表面ラベル等には、「SUNTORY」等の欧文字が表示されている。」として商標全体としての厳密な同一性を否定し、更に「本願商標を構成するウイスキー瓶の特徴は、ウイスキー瓶としての機能をより効果的に発揮させたり、美感をより優れたものにするなどの目的で同種商品が一般的に採用し得る範囲内のものであって、ウイスキー瓶として予測し難いような特異な形状や特別な印象を与える装飾的形状であるということとはできないことは上記のとおりであるから、使用に係る本件ウイスキー瓶の立体的形状それ自体は、独立して、自他商品識別力を有するものではないばかりでなく、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ものといわざるを得ない。」とし、更に平面標章部分を詳細に観察した上で、「このような平面標章部分は、上記立体的形状に比べて、看者の注意をひく程度が著しく強く、商品の自他商品識別力が強い部分であると認められる。したがって、本願商標と使用に係る本件ウイスキー瓶とは、その立体的形状は同一と認められる範囲内のものであると認められるものの、両者は、立体的形状よりも看者の注意をひく程度が著しく強く商品の自他商品識別力が強い平面標章部分の有無において異なっているから、全体的な構成を比較対照すると、同一性を有しないというべきである。」として、使用に係る商標と本願商標の実質的同一性をも否認している。

そして、結論的には、「立体的形状のみからなる本願商標の特別顕著性を認めることはできず、本願商標は、その指定商品について使用された結果、自他商品の識別力を獲得し、商標法3条2項の適用を受けることができる商標には当たらないとした審決の判断に誤りはない」という判断が示された。

・考察

本判決は、筆記用具事件（東京高裁 平成11年（行ケ）第406号 平成12年12月21日判決）、乳酸菌飲料容器事件（東京高裁 平成12年（行ケ）第474号 平成13年7月17日判決）、合成樹脂製止め具事件（東京高裁 平成13年（行ケ）第4号 平成13年11月27日判決）等続く本件商標の登録要件に係る判決で、平面商標を付さず、商品、包装、容器等の立体的形状のみから成る純立体商標の登録が認められなかった事例である。

本事案を具体例として、商品等の立体的形状のみから成る純立体商標の取り扱い等について考察してみたい。

1. 本判決

1) 本判決の内容

・本判決は、商品等の形状に係る立体商標における商標法3条1項3号の該当性について、審決及び本裁判における特許庁の主張を肯定している。即ち、「商品等の形状は、本来それ自体の持つ機能を効果的に発揮させたり、あるいはその商品等の形状の持つ美感を追求する等の目的で選択されるものであり、本来的には商品・役務の出所を表示し、自他商品・役務を識別する標識として採択されるものではない。」ことを前提に、「商品等の形状に特徴的な変更、装飾等が施されていても、それは商品等の機能又は美感をより発揮させるために施されたものであって、本来的には、自他商品を識別するための標識として採択されるのではなく、全体としてみた場合、商品等の機能、美感を発揮させ

るために必要な形状を有している場合には、これに接する取引者・需要者は当該商品等の形状を表示したものであると認識するにとどまり、このような商品等の機能又は美感と関わる形状は、多少特異なものであっても、未だ商品等の形状を普通に用いられる方法で表示するものの域を出ないと解するのが相当である。」とし、商品等の機能又は美感とは関係のない特異な形状である場合を除き、商品等の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として商標法3条1項3号に該当し、商標登録を受けることができないものと解すべきである。」としている。

・また、商標法3条2項への該当性についても、審決及び本裁判における特許庁の主張を採用し、「商品等の形状に係る立体商標が、商標法3条2項に該当するものとして登録を認められるのは、原則として使用に係る商標が出願に係る商標と同一の場合に限られると解される。したがって、出願に係る商標が立体的形状のみからなるものであるのに対し、使用に係る商標が立体的形状と平面標章より構成されている場合には、両商標の全体的構成が同一でないことから、出願に係る商標については、原則として使用により識別力を有するに至った商標ということができない。」ことを前提に、本願商標に「SUNTORY」等の平面商標を付した使用商標の使用による顕著性について、「使用された収納容器には『SUNTORY』等の平面商標が付され、係る平面商標部分に自他商品識別機能が強いので、容器の立体的形状のみから成る本願商標は、立体的形状に平面商標部分を付した使用商標とは実質に同一でない」と結論し、実質的に容器の立体的形状だけでは識別力を獲得していなかったものとしている。

2) 本判決からの疑問

・かかる判決から、商品等の立体的形状に係る立体商標の運用に次のような疑問が呈される。即ち、

「商品等の形状に特徴的な変更、装飾等が施されていても、商品等の機能又は美感をより発揮させるために施されたものであるから、結果的に、いまだ商品等の形状を普通に用いられる方法で表示するものの域を出ない。」という考え方について

(a) 審査の過程において唯一識別性の認められそうな「商品等の機能又は美感とは関係のない特異な形状」とは、具体的には一体どのようなものなのだろうか。

(b) もともと、機能又は美感を有効に具現し、かつ、他社との差別化を図るために企業が採用する商品等の形状に、上記せる特許庁のいう本来的な識別性が備わる可能性はあるのか。

「商品等の形状に係る立体商標が、商標法3条2項に該当するには、原則として使用に係る商標が出願に係る商標と同一の場合に限られる。使用に係る商標が立体的形状と平面標章より構成される場合に、出願に係る商標が立体的形状のみから成るものであれば、原則として使用による識別力を有するに至った商標ということが出来ない。」という考え方について

(c) 商品等の形状に係る立体商標が、メーカーのハウスマークやペットネームを付して使用されるのを常とする現状を考えた場合、実際的に、商品等の形状のみから成り、ハウスマーク等の平面標章を含まない立体商標が、3条2項の適用を受け得る可能性があるのだろうか。

(d) 商品等の形状に対して、使用による顕著性を得ることを前提に保護を与える法律として不正競争防止法2条1項1号が挙げられるが、商標法3条2項の適用とは事情が異なる。

等々の疑問である。

2. 純立体商標

・ 立体商標には、商品若しくは商品の包装・容器を標章の形状とする商品形状等、役務の提供の用に供する物を標章の形状とする役務提供物、商品若しくは役務に関する広告を標章の形状とする広告物が挙げられ、更にこれらに平面商標の付加されたものが加えられる。

・ 本事案は、商品の包装・容器の立体的形状のみから成る純立体商標が、その登録を拒絶された例であるが、係る純立体商標は、平面商標の三次元的展開に相当すると考えられる広告物や、平面商標が付されその平面商標に識別力の根拠を求める他の立体商標とは一応は区別して捉えられるべきものでろう。

・ 純立体商標は、商品等の立体的形状のみから成るもので、本質的には、工業製品の外観に外ならない。

工業製品の外観は、その製品の機能的な側面から外観的制約を受けるが、顧客が最初に接する当該工業製品の特性であるが故に、顧客の第一印象をもって購買意欲をそらしめんがために、できる限りの美しさが表現される。企業にあっては、その企業らしさや、独自のデザインコンセプトをその工業製品の外観の中に活かして、他社との差別化を明確にしようとする試みもあるが、工業製品の外観は、あくまでも機能側面からの制約の中にあって美しさを表現し、顧客への購買をアピールする機能を果たすもので、他社製品との差別化若しくは識別性を本来的機能とするものではない。

・ 従って、純立体商標たる商品形状等が、商標に要求される絶対的要件たる自他商品識別力を当初から備えておらないとするのは当然のことであり、格別に特異性ある形状を原因として、現実的に自他商品識別性を備えるに至った場合に

初めて、商標としての保護を発生させるべきものか、と考えられる。

3．特許庁の運用基準

特許庁は、純立体商標につき、立体商標導入の際の工業所有権審議会の答申に従い、商標審査便覧41.09において次のように運用基準を定めている。

即ち、

「1． 需要者が指定商品等の形状そのものの範囲を出ないと認識するにすぎない形状のみからなる立体商標は、識別力を有しないものとする。

この場合、指定商品との関係において、同種の「商品（その包装を含む。）が採用し得る立体的形状に特徴的な変更、装飾等が施されたものであっても、全体として指定商品等の形状を表示してなるものと認識するに止まる限りそのような立体商標は識別力を有しないものとする。」

「3． 極めて簡単で、かつ、ありふれた形状の範囲を超えないと認識される形状のみからなる立体商標は、識別力を有しないものとする。」

として、基本的には純立体商標そのものの先天的な識別力を否定する方向を規定し、その救済として、

「4． 上記1．及び3．に該当する立体商標であっても、相当長期間にわたる使用、又は短期間でも強力な広告、宣伝等による使用の結果、同種の商品等の形状から区別し得る程度に周知となり、需要者が何人かの業務にかかる商品等であることを認識することができるに至った立体商標は、識別力を有するものとする。」

と規定し、使用による顕著性に基づく後天的な識別性を認める方向を示している。

4．商品等の立体的形状の識別力の認定

・特許庁は、運用基準にある如く純立体商標につき「全体として指定商品等の形状を表示してなるものと認識するに止まる限り」先天的な識別力なしと判断する。これを逆に捉えれば、特許庁は、「全体として指定商品等の形状を表示してなるものと認識できない」純立体商標の存在を予定し、そのような場合には、純立体商標についても識別力ありと判断するということであり、文言上、商品等の立体的形状のみより成る純立体商標の識別力を完全に否定し切っている訳ではない。

・しかし、識別力ありとされる純立体商標は、本事案にあって、審決で特許庁が言う如く「商品等の機能又は美感とは関係のない特異な形状である場合」のみしか考えられず、そのような純立体商標が存在し得るかどうか大いに疑問がある。

- ・事実特許庁は、本事案の被告として「商品等の形状として、ユニーク、独特のデザイン、珍しいものであるとしても、その形状に自他商品識別機能があるとは云えない」と主張しているのであるから、なおさらの感が強い。
- ・企業にあって、商品等の形状は、まぎれもなく機能、美感の向上を図り、或いは機能、美観を損なうことなくコストダウンを図ったことの結果としてのものであり、商品の機能、美感と関係のない形状等は本来的にあり得ないのではなかろうか。
- ・一方で、特許庁は、本事案の審決において、「商品等の形状に特徴的な変更、装飾等が施されていても、それは、商品等の機能又は美感をより発揮させるために施されたものであって、本来的には、自他商品を識別するための標識として採択されるのではなく、全体としてみた場合、商品等の機能、美感を発揮させるために必要な形状を有している場合には、これに接する取引者・需要者は当該商品等の形状を表示したものであると認識するにとどまり、このような商品等の機能又は美感と関わる形状は、多少特異なものであっても、いまだ商品等の形状を普通に用いられる方法で表示するものの域を出ないと解するのが相当である。」と判断している。
- ・実際、特許庁の運用基準においても、商品若しくは商品包装・容器の形状として、一見して特徴的な装飾要素を有するにも係わらず、「それら装飾が商品若しくは商品包装・容器の外観上の美感や嗜好上の意味合いを与えているにすぎず、商品形状そのものの形状等として認識するに止まる」として先天的識別力を認めないものの例を多数掲げている。
- ・逆に、本来的に識別力を備えるとされる筈の「商品等の機能又は美感とは関係のない特異な形状」についての例示は全く存在せず、如何なる形状が「商品等の機能又は美感とは関係のない特異な形状」なのか、理解の難しい場面ではある。
- ・考えるに、美しさを目的とせず識別力を備えることのみを目的として形状的に特殊な工夫を施す場合が、特許庁の言う機能、美感に係わりなき形状の付加を意味する可能性はあろう。例えば、有名なドイツの自動車会社のエンブレムと称するものを、商品形状として認識されるものの上に施した場合等がこのケースに当たるのかもしれない。しかし、その場合は、あのエンブレムがあの自動車会社の製品たる自動車を表すものとして商標としての価値を得ているから、商品形状全体として識別力ありとされるだけのものであって、純立体商標に識別力ある平面商標を付して、立体商標の識別力を認めるケースと本質的に何の変わりもないのである。実際、あのエンブレムが識別力を有さず商標的価値を持たないと仮定した場合、あのエンブレムを付加した形状は、商品形状の美感を向上させるためだけのものであり「商品そのものの形状としての認識に止ま

る」と判断される可能性が高かろうとも考えるのである。

5. 商標法3条2項の規定の適用

1) 取扱いの実際

・3条2項の規定は、いわゆる記述商標、ありふれた氏名又は名称、簡単且つありふれた標章のみから成る商標についても、「使用をされた結果需要者が何人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については商標登録を受けることができる」というものである。

商標たるに必要不可欠の自他商品識別力を先天的に備えるものでなくても、使用によって後天的にそれを備え、所謂セカンダリーミーニングを取得したものについては、例外的に商標としての地位を認めて、商標登録を可能にしようとする規定である。

・純立体商標は、本来的に先天的な自他商品識別力を備えるものではないし、例外的に認められる「先天的に自他商品識別力を備えた商品等の立体的形状」に該当するケースを見出すのも困難な状態にある以上、純立体商標が商標登録を受けるためには、実質的にこの3条2項の規定の適用を受ける以外に道はないのである。

・従って、平面商標だけを商標とした時代にあって3条2項の規定の適用が極めて例外的であったのに対し、純立体商標について商標登録を得るためには、3条2項の規定の適用は最早例外的ではなくなるのであろう。

・しかし、一方で、特許庁は、「商標法3条2項を主張する際、使用により識別力を有するに至った商標として認められるのは、その商標と同一の商標及びその商標を使用していた商品等と同一の商品等に限られるとするのが原則である。」と言う。

即ち、3条2項の規定の適用を受けるに際しては、出願商標は使用の証拠として提出される使用商標と厳密に一致することが要求されるのである。

・これを、純立体商標を出願商標とする場合に当て嵌めてみると、使用の証拠たる使用商標は当然に商品等の立体的形状のみから成るものでなければならぬのである。

しかし、企業が商品を販売する場合、商品自体若しくはその商品の包装・容器に、ブランドであるかペットネームであるかを問わず、必ず自らの商標を付すものであるから、純立体商標について、3条2条の規定の適用を受けるべく、使用の証拠として特許庁に提出されるのは、純立体商標ではなく、純立体商標に平面商標を付した立体的形状である筈である。従って、出願に係る純立体商標と証拠として提出された使用商標とは全体的構成が同一でないので、結局は出願に係る純立体商標は3条2項の規定の適用を受けることができなくなるの

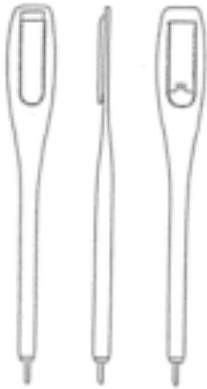
である。

・この点、特許庁は、「証拠の立体的形状部分と出願に係る商標とが同一であり、識別力確保のために平面標章部分が不可欠であるとする理由が認められず、むしろ平面標章部分よりも立体的形状に施された変更、装飾をもって需要者に強い印象、記憶を与えるものと認められ、かつ需要者が何人かの業務に係る商品等であることを認識することができるに至っているときは、直ちに商標の全体的な構成が同一ではないことを理由として商標法3条2項の主張を退けるのではなく、使用に係る商標の立体的形状部分のみが独立して、自他商品又は役務を識別するための出所表示としての機能を有するに至っていると認められるか否かについて判断することとする。（ - 2、 の要件を参照）」としており、文言上は、純立体商標の3条2項の規定の適用について十分に配慮をしているように見える。

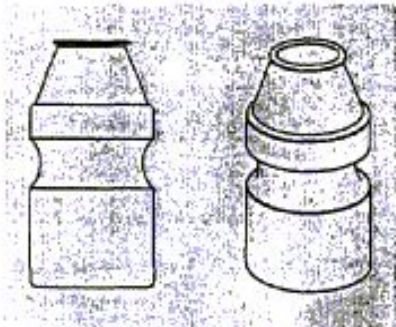
・しかし、本事案にあっても、審決では「使用に係る商標にあっては、著名な『SUNTORY』等が自他商品の識別機能を果し、立体的形状部分は商品ウイスキーの容器そのものを表わしたと認識するにとどまる」とし、判決でも、「『SUNTORY』等の平面標章部分が、立体的形状に比べて看者の注意を惹く程度が著しく強く、商品の自他商品識別力が強い部分であると認められる」として、使用商標の識別力は平面商標部分を原因として得られたもので、立体的形状部分については、使用による顕著性は獲得していないと判断しているのである。

2) 事例

・同様の事例として、本事案に先行する筆記用具事件にあっても、主としてゴルフスコアカード記入用に用いられる筆記用具の形状のみから成る純立体商標について、3条2項の規定の適用に当り、使用商標の証拠として提出された、実際に販売されていた筆記用具に気をつかない程にきわめて小さく「OKAYA」等の文字標章が付されていたことを前提に、「原告の製造販売に係る筆記用具に使用されてきた標章のうち、本願商標の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とはできない」との判断が示されている。

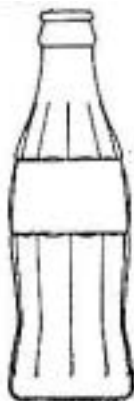


・また、乳酸菌飲料容器事件にあっても「容器に『ヤクルト』の文字商標が付されないで使用されてきたことを認めるに足る証拠がない以上、原告の商品容器の形状だけで識別力を獲得しているとは認め難い」旨の判断が示されている。



・更に、あのコカコーラの瓶ですら、純立体商標としての登録を得ていないのである。あの瓶を見れば、瓶に付された「Coca Cola」の平面商標を目にせずとも、あの瓶の中身は「ペプシコーラ」ではなく「コカコーラ」だということが認識できる筈であるにもかかわらず、あの瓶そのものの形状が、純立体商標としての登録を得ていないのである。

方式的な事情もあつたやにも推測できるけれども、いずれにしろ、コカコーラの瓶の形状のみから成る純立体商標に係る商標登録出願は拒絶されているのである。



・要するに、純立体商標につき、3条2項の規定の適用の機会、文言上或いは形式的には残るけれども、実際

に適用を受けることは極めて難しいということのようである。

6．純立体商標の保護

このように純立体商標は、その立体的形状が少々特異であったとしても需要者をして指定商品であることを認識せしめる限りにおいて、商標法3条1項3号の適用を受けることになるし、商標法3条2項の適用に際しても、使用に係る商標は、商品等の立体的形状に平面商標が付されるのが常であるので、出願に係る純立体商標とは厳密な同一性を欠き、結論的には同規定の適用は受けられないので、結局は商標登録を受けることが出来ない、というのが実情である。このように商標法上保護を受けることの出来ない純立体商標としては不正競争防止法上の保護を受けるのが最も適当で、その場合、現行の運用に係る立体商標制度は不要かとも考えるのである。

1) 不正競争防止法上の取扱い

・純立体商標は、商品形態、商品の包装・容器に係る商品等表示として、不正競争防止法上、主として2条1項1号の規定により、保護を受けることができる。

保護の要件としては「商品等表示として需要者の間に広く認識されている」ことが掲げられ、「同一・類似の商品等表示を使用して出所混同を惹起する行為」からの保護を求めることができる。

・そして、商品形態（商品形状のみならず、これに模様、色彩を施したものを含む。）、商品の包装・容器が商品等表示としていわゆる周知性を得る場合として、裁判所は、「商品の形態は、本来商品の出所表示を目的とするものではないが、特定の商品形態が他の業者の同種商品と識別しうる特別顕著性を有し、かつ、当該商品形態が、長期間継続的かつ独占的に使用され、又は短期間でも強力な宣伝が行われたような場合には、結果として、商品の形態が、商品の出所表示の機能を有するに至り、商品等表示としての形態が周知性を獲得する場合があるというべきである。」としている。

即ち、商品形態等に特異性がある場合、その商品形態を有する商品が、継続的、独占的に使用される等により、後天的に、商品形態等が出所表示機能（secondary meaning）を有するに至り、周知性を獲得する場合があるというのである。

・このように、純立体商標たる商品形態等の保護を目的として不正競争防止法2条1項1号の規定を適用するに当たっての裁判所の考え方は、特許庁における純立体商標の取扱いに似ている。商品形状等や商品形態等は原則的に、使用によって初めて識別力を得るという認識である。

ただ、特許庁においては「当該商品の機能や美感と関係のない商品形状」については先天的に識別力ありと判断される可能性があるのに対し、不正競争防止法上は、どのように特異な形態であっても、それは使用によって識別力を持ち得る適性なり資質であるにとどまり、それ自体に先天的な商標的性格を認めることはないのである。

何れにしろ、識別力を得るだけの適性を持った特異な商品形態が、使用によって初めて現実的に識別力を得て商標的性格を獲得することになるのである。

・そして不正競争防止法2条1項1号の適用に当っては、商品形態等が商品等表示として周知性を獲得する条件としては、商品等の立体的形状のみの使用が求められるのではなく、平面標章を付した通常の商品形態としての使用であっても充分で、要は、立体的形状部分が商品等表示を獲得しているか否かで、立体的形状部分の保護の可否が判断されるのである。

この観点からすれば、ヤクルトの容器、コカコーラの瓶、サントリーの角瓶に関しては、「ヤクルト」「Coca Cola」「SUNTORY」を付さない立体的形状のみを他人が使用することに対しても規制することが可能であろうと思われるのである。

・また、不正競争防止法2条1項1号における商品形態の保護の態様は、商標法のそれとは大いに異なる。

即ち、商標法による商品形状等の保護は、3条2項の規定の適用により後天的に生じた識別力を背景に登録を得た場合であっても、本来的に識別力を有する商標と同様に半権利付与という形で永久的に行われる。

・これに対し、不正競争防止法2条1項第1号では、商品形態等が商品等表示として周知性を有している限りにおける保護であり、一旦保護が発生しても、その商品形態等が商品等表示性即ち識別力若しくは周知性を喪失した場合には保護の利益を失うのである。

・このように、不正競争防止法2条1項1号において、商品等表示として周知性を得、後天的に自他商品識別力を得た商品形態等が、その後天的な自他商品識別力を失った段階で保護の利益を失うという保護の形式は、後天的自他商品識別力を失ってもなお権利を存続させる商標法の保護の形式よりも現実的で数段優れているものであるとも考えられる。

2) 立体商標制度

・特許庁は「商品等の機能又は美感とは関係のない特異な形状」については、先天的な自他商品識別力を認めるとはしているが、実際には、商品等が商品等として機能する形状を有する限り「指定商品等の形状を表示して成るものと認識される」のであるから、純立体商標は本来的に先天的識別力を備

えるものではなく、商標法3条1項3号の適用を受ける。

- ・従って、純立体商標の絶対的登録要件は、後天的識別力を備えた場合にのみ充足される。

- ・しかしそのような場合、例外的であるべき商標法3条2項の規定の適用が、純立体商標に関しては定常的なものとなり、そのような商標にも権利として半永久的な保護を認めることとなり、法制度の不都合が生ずる。

- ・一方、特許庁は、法3条2項の規定の適用に際し、後天的識別性発生の根拠たる使用商標と出願商標の一致を求める。

- ・しかし、商品等の立体的形状は、企業においては平面商標を付して使用されるのが常であり、出願商標たる純立体商標が使用商標と一致することは事実上望めない。

- ・従って、特許庁の取扱いによれば、純立体商標に後天的識別力が生ずることが認められず、結果的に純立体商標が登録を得ることはできないのである。

- ・その結果、後天的識別力を認められて然るべき純立体商標の保護を商標法上果たすことができず、立体商標制度の存在意義が問われることとなる。

- ・特許庁の取扱いでは、文言上或いは形式的に、純立体商標に法3条2項の規定の適用の可能性を残しているので、実際にも純立体商標に係る多数の出願が行われているが、その登録はことごとく拒絶されている。出願人に登録期待を抱かせながら、これをことごとく否定するが如きは、如何にも出願人に対して誠意を欠き、立体商標制度は、純立体商標に関する限り、無駄であるばかりでなく、むしろ有害と言えるのかもしれない。

- ・幸いにも、不正競争防止法、特に2条1項1号において、商品形態の特異性を前提とし、純立体商標的商品形態が、継続的に独占的使用された場合等には、商品等表示として周知であるとして保護され得るのである。

- ・従って、結論的に云えば、商品形態等のみから成る純立体商標を適正な要件でもって、適性に保護する不正競争防止法がある以上、純立体商標の保護は不正競争防止法に委ねることとし、形式的に純立体商標の登録を認める場合があるとしながら、実質的に純立体商標の登録を認めない立体商標制度は、再検討されるべき時期に来たのではなかろうか。