

外国国旗の商業的なデザイン使用時における不正競争防止法第16条第1項該当性に関する検討

石居天平 (株式会社フェリシモ 法務知財部 部長代理 / 一級知的財産管理技能士〔コンテンツ専門業務〕)

A Study of Commercial Use of Foreign National Flag as a Design for Goods under Article 16(1) of the Japanese Unfair Competition Prevention Act

Tempei Isbii

*Acting General Manager, Department of Legal and Intercultural Property, FELISSIMO CORPORATION,
1st grade Certified Specialist of Intellectual Property Management (media contents)*

【要旨】 不正競争防止法 16 条 1 項の規定では、外国国旗と同一又は類似するデザインを商標として使用する行為が禁止されている。すなわち、外国国旗をモチーフとした商品等のデザインについて、外国国旗と類似しないデザインであれば、商標的使用であるか否かにかかわらず商用使用が可能となる。他方、外国国旗と類似するデザインの場合でも、商標的使用ではない使用態様ならば商用使用が可能である。しかし、外国国旗との類否は紋章学的な視点を要するとされており、その判断は容易とは言えない。また商標としての使用にあたるのか否かも、事案毎にケースバイケースとなりがちであり、その判断には不確実性を伴う。本稿では、外国国旗デザインの紋章学的なアプローチによる類否判断について整理・検討し、国の象徴としての周知性を有している外国国旗の機能に着目した商標的使用の判断について考察を試みた。

【キーワード】 外国国旗 不正競争防止法 紋章学 商標的使用

【受領日】 2019 年 6 月 19 日 【採択日】 2019 年 10 月 9 日

【Abstract】 It is prohibited to use a design identical, or similar to a foreign national flag as a trademark under article 16(1) of the Japanese unfair competition prevention act. The dissimilar design from a foreign national flag shall be allowed the commercial use as a trademark or non-trademark use. On the other hand, the similar design from a foreign national flag shall be allowed the commercial use as a non-trademark use. But the judgment of similarity of foreign national flag is not easy because the judgment has to be evaluated on the issue of heraldic point in appearance. In addition, there are many uncertainties for the judgment of trademark use because the judgment is usually decided on a case by case on the use situation. In this paper, the author discusses the similarity by the method of the heraldic point in appearance between the design of an original foreign national flag and the design adapted from the foreign national flag. As a conclusion, the author performs some considerations of the trademark use under article 16(1) of the Japanese unfair competition prevention act.

【Key words】 Foreign National Flag Unfair Competition Prevention Act Heraldry Use as a Trademark

【Date of receipt】 2019.6.19 【Date of approval】 2019.10.9

1. はじめに

外国の国旗デザインが、アパレル、スマートフォンケース、布製品身の回り品等の商品本体や容器包装、又は広告ちらしや商品カタログ等の媒体物に使用されているケースはしばしば見受けられる。原産地等を表示する目的で付されている場合もあるが、国旗が有する美観や異国情緒等のデザイン的な価値を活用している場合も多い（以降、本稿では、国旗が有するデザイン的な価値の活用を主目的とした商品等への使用を「国旗のデザイン使用」と呼ぶ）。特に、オリンピック・パラリンピックやワールドカップ、万国博覧会等の国際的なイベント開催時には、需要者層も世界各国に対して関心を高めるため、企業の事業活動においても、各国の国旗をデザインとして採用した商品や、容器包装、媒体物の企画立案が増加する傾向にある。

しかしながら、国旗のデザイン使用に関しては、複数の法制度によって規制がなされている。例えば、原産地以外の国旗が表示されている場合、まず製造国から我が国への輸入に関して、原産地については関税法 71 条 1 項により輸入が禁止され¹、不正競争防止法（以降、本稿では「不競法」と略称で表記する）2 条 1 項 20 号でも原産地等につき誤認を生じさせるような表示をした商品の輸入行為を不正競争と定義している²。輸入後においても不競法 2 条 1 項 20 号の原産地等誤認惹起行為³や、不当景品類及び不当表示防止法 5 条 3 項の不当表示⁴に該当するおそれがある。ただし、以上の通関から国内流通の各段階において、正しい原産地名が視認可能な位置に表示される等、打ち消し表示が付加されていれば、これらの法的問題は回避される⁵。

上記以外に関わる法規制として、不競法 16 条 1 項では「何人も、外国の国旗若しくは国の紋章その他の記章であって経済産業省令で定めるもの（以下「外国国旗等」という。）と同一若しくは類似のもの（以下「外国国旗等類似記章」という。）を商標として使用し、又は外国国旗等類似記章を商標として使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡

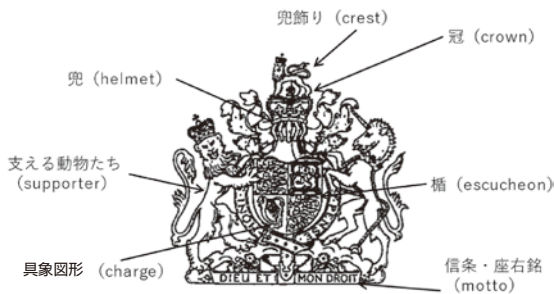
しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電気通信回線を通じて提供し、若しくは外国国旗等類似記章を商標として使用して役務を提供してはならない。ただし、その外国国旗等の使用の許可（許可に類する行政処分を含む。以下同じ。）を行う権限を有する外国の官庁の許可を受けたときは、この限りでない」と規定し、外国国旗の商業上の使用を規制している。しかし、不競法 16 条 1 項は、国旗と同一又は類似のデザインを商標として使用する各行為を禁止するものであり、同項を反対解釈すれば、一定の範囲で商業上の国旗のデザイン使用が可能である。そのため、実務においては、国旗に依拠して創作されたデザインが「外国の国旗と類似」するの否か、またそのデザインの使用が「商標として使用」にあたるの否かの判断が求められることがあろう。しかしながら、その点を判断した先例や学説は乏しく、実務上はその判断に困難を伴うことが多く、コンプライアンスを重視した安定的な事業活動に影響を及ぼす。そこで、本稿では国旗のデザイン使用における不競法 16 条 1 項該当性、すなわち「外国国旗との類似」と「商標としての使用」について整理し、考察を試みた。

2. 国旗デザインの類否

2.1. 類否の判断基準の整理

不競法 16 条 1 項における外国国旗との類否判断については、称呼類似や観念類似まで含めた判断は必要なく、外形的な類似のみが対象とされ、その際は外観の考察を紋章学的に行うものとされている⁶。これは国の記章が「ライオン、熊、太陽などのそれ自体ありふれており、記章の模倣が記章を相互に識別する紋章学的特徴に関するものでないかぎり、商標中に自由に使わせなければならないような表象を含むことが多い⁷」ためである。なお、記章の意味としては、最も広い意味のもので「国旗」「紋章」を含むものであり、1つの思念を表す象徴的図形である⁸とされている。しかし、我が国において、紋章学に対する知見は一般的に高いとは言い難い。そのため、国旗のデザイン使用における国旗との類否判断に際しては、紋章学上の識別手法を整理し、実

図1 紋章の基本的な構成



なお、本図は、「不正競争防止法第16条第1項及び第3項並びに第17条に規定する外国の国旗又は国の紋章その他の記章及び外国の政府若しくは地方公共団体の監督用若しくは証明用の印章又は記号並びに国際機関及び国際機関を表示する標章を定める省令」に掲載の英国の外国紋章（エリザベス二世の紋章）をもとに筆者が加筆作成。

際の判断において検討していく必要がある。

西欧の紋章の定義としては、「中世ヨーロッパのキリスト教支配の貴族社会に始まり、楯にそれぞれ個人を識別できるシンボルを描いた世襲的制度⁹⁾とされている。紋章の構図については、「初期には戦闘、あるいは騎乗槍試合における必需品として楯だけであった紋章は、時代とともに紋章使用者の地位・身分を示す“誇示的性格”、あるいは“装飾的性格”を併せ持つようになって各種のアクセサリを順次加えるよう¹⁰⁾に進化していった。すなわち、紋章の起源は騎士個人を瞬時に識別する必要性から生じたものであり、貴族社会が爛熟して発展しても、単なる美観のみで紋章のデザインが決められているわけではない。その紋章を使用する者の地位や身分、同一家系においてどのように相続されたのか等、識別するために必要なルールに従って、楯 (escutcheon)、楯に描かれる具象図形 (charge)、楯を両側から支える動物たち (supporter)、楯の上には兜 (helmet) や冠 (crown)、兜飾り (crest) などが配置され、紋章の構図が決定されている (図1)。

そして、紋章の最大の特徴として、「同一国内、あるいは同一主権領内にあっては、2以上の同一紋章があってはならない¹¹⁾」という基本原則がある。親や兄弟においても同一の紋章の使用は許されず、相続や婚姻などの際に紋章の重複を避けるために構図の変更が繰り返されてきたため、極度に紋章の多様化が進化した。そのような状況でも識別ができる

ように、多くの複雑かつ合理的なルールが長年にわたり発展して来た。なお、そのような紋章は現在でも西欧で見られるが、特に英国（イングランド、ウェールズ及び北アイルランド）¹²⁾ やスコットランド¹³⁾ では、中世以来の紋章院での紋章の登録や相続等の手続きが現在でも行われている。

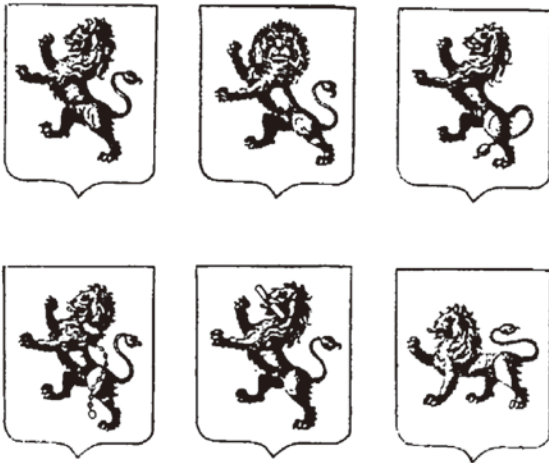
長年維持されてきた多数の難解な紋章学のルールにおいて、以下の4点は最も基本的な理論ながら、不競法16条1項における類否判断で重要な役割を果たし、欠くことができないと考えられる。なお、西欧の紋章に関しては国ごとにルールや専門用語が異なるが、本稿では現在も紋章制度が維持されている英国のルールや専門用語に従って述べている。

(A) 色彩 (tincture) の相違

色彩に関してはいくつもの原則があるとされているが、大原則としてまず色は金属色、原色、毛皮模様の3グループに分かれており、何色を使っても良いというわけではない。使用可能な色と、使用可能な色の組み合わせについての約束事が設けられており、使用がタブーとなる彩色が存在している。その約束事の遵守が、色彩における最大のルールとなっている。このルールは「戦場において騎士個人を即座に識別するためであるが、特に視界の悪いヘルメットのなかから望見しても判別が可能であることを前提とした¹⁴⁾」ものとされており、色彩は類否判断にとって重要な識別機能であると考えられる。

(B) 具象図形の外観上の相違

紋章においては、具象図形は charge と呼ばれる。人気のある charge は採用されることが多くなり、同一の観念を有する charge で識別可能とするために様々な工夫が必要となり、細かな約束事が設けられた。例えば、「ライオン」「鷲」「フラ・ダ・リ (fleur-de-lis)」は紋章の三大シンボルとして非常に多く採用されているが、人気が集中する charge は外観も同一・類似になり識別できなくなるおそれが高まる。例えば、ライオン図形では「各人が勝手な姿勢のライオン像を使ったのでは、著しく識別性を欠くことになり、そこで考え出されたのがライオンの姿勢のパターンであり、その姿勢以外のライオン

図 2 ライオンの図例の一部 (森, 1998 より引用)¹⁵

上段左側より 1 番目の図が「左片脚立ち」、同 2 番目の図が「顔が正面向きで左片脚立ち」、同 3 番目の図が「両脚の間に尾を入れて左片脚立ち」、下段左側より 1 番目の図が「首輪に鎖がつけられて左片脚立ち」、同 2 番目の図が「口に棒を咥えて左片脚立ち」、同 3 番目の図が「歩き姿」。

を紋章図にすることが禁止された¹⁶」ように、一定のルールの下で、姿勢と頭の向きによる外観上の差異のパターン化による高度な区別がされた (図 2)。

このように、観念は考慮に入られていないが、「左片脚立ちで正面を向くライオン」や、「左片脚立ちで後方を向くライオン」といったように、charge における外観上の識別すべき点が決められている。このように、charge の外観上の相違が類否を判断する重要な機能となっている。

(C) 具象図形以外の図形要素の相違

楯の上半分を赤色、下半分を銀色に分けて彩色した図形のような、分割図形 (partie) と呼ばれる紋章が存在する。このような分割図形は、「きわめて単純な図形であるところから識別性に優れ、後に船舶通信用に制定された信号旗のほとんどが、この分割図形の中から採用されている理由でもある¹⁷」と言われてるように、分割図形の相違は識別機能として重要である。

また、十字 (cross) や斜め帯 (bend)、縦帯 (pale)、横帯 (fess) などの図形を置いた紋章が多く発達し ordinaries と呼ばれている。ordinaries は幾何学的図形と呼ばれ、紋章のなかで最も基本的な、しかも多用される図形である。例えば十字は ordinaries の中

でも最も種類が多く、500 種類以上が存在する。「十字が好まれたのは信仰を理由とするだけでなく、十字の上にバランスよく他の図形を加えて他の紋章との混同が避けられたこと、さらに十字が占めた余白の 4 か所にも図形が加えられることなど、他の ordinaries では不可能な作画構成を容易にしている¹⁸」ためであると考えられている。このように、作画構成の親和性という面と共に、識別性という面でも ordinaries の外観上の特徴は重視されており、識別機能として重要なものである。

国旗においては、具象図形も採用されることは多いが、分割図形や ordinaries を採用している国が多く、識別する上で枢要になってくるものと考えられる。

(D) 紋章の組み合わせ (marshalling)

marshalling は、「1 つ楯に 2 つ以上の紋章を組み合わせることをいい、組み合わせの理由は個人にあっては結婚、主権者などにあっては領土の併合、あるいは同君連合¹⁹」等からなされるものとされている。例えば、男兄弟のいない娘と婚姻する場合には、夫は妻の実家の紋章を自分の紋章と組み合わせる必要があり、その場合においては楯が二分割されて、夫の紋章と妻の実家の紋章を左右に組み合わせる 1 つの紋章とするような marshalling がなされていた。複数繰り返されれば、2 つに限らず複数の紋章が取り込まれることとなり、紋章の複雑化が進むことになる。なお、この場合には、自他の識別という本来の役割だけではなく、紋章から類縁関係も判読することが可能となる。

以上のように、西欧における紋章は、「個人を識別する」という機能を最も重要な命題として、その理論が発展して来たものである。また、識別するために単に外観に差異があれば良いというものではなく、西欧貴族社会の秩序を保つために、様々なルールと美意識が紋章デザインに反映し、維持されて来たものと言える。

2.2. 具体的な類否判断の整理

不競法 16 条 1 項の外国国旗等類似記章の類否に

関する裁判例の蓄積は進んでおらず、具体的な事案での類否判断には不確実性を伴う。ところで、不競法16条1項が制定された背景には、パリ条約6条の3第1項(a)の要請がある²⁰。パリ条約上の第一義的な目的とその背景は「国の記章 (state emblem) と同一又はある類似性を示す商標の登録または使用を排除しようとするもの²¹」であり、「そのような登録又は使用が、主権の象徴の使用を管理する国家の権利を侵す²²」ことになるためである。不競法16条1項の保護法益は「外国の国の威信、外国の国民の名誉感情²³」の保護とされているが、パリ条約は使用と共に登録の防止も要請している。そのため、国旗と同一又は類似の商標を不登録事由として定める商標法4条1項1号と、不競法16条1項の保護法益は共通している。商標法4条1項1号では、「国家等の尊厳を保持するという公益保護の観点から、商標全体がこれら国旗等と紛らわしいか否かにより判断する。例えば、出願商標が、その一部に国旗等を顕著に有する場合は、商標全体として本号に該当するものと判断する²⁴」とされ、「国旗等と類似するか否かも、国旗等と紛らわしいため国旗等の権威を損じ、国家等の尊厳性を害する程度のものであるか否かを判断の基準としなければならない。すなわち、たとえば国旗等が商品の識別標識として使用され、これらの商品が市場に流通した場合において、これら国旗等を使用する商品が、国旗等が表彰するものと出所の混同を生ずるおそれがあるかどうかというような出所標識としての角度から、両者の類否を判断すべきではない。一中略—国旗等と類似するか否かはもっぱら外観のみから判断すれば足りる²⁵」ものとされているが、不競法16条1項の判断基準も同様と考えられる。そのため、次に、商標法4条1項1号が争点となった審決例を整理し、国旗デザインの類否判断について紋章学的な理論との比較検討を試みる。

(A) 国旗の輪郭形状等における部分的・僅かな変更

スウェーデン王国の国旗に対して長方形の国旗の形状を五角形状に変形した図形 (図3) では、「青色と黄色の配色、十字の交差部が中心よりやや左側

図3 スウェーデン王国国旗との類似審決例 (不服2002-12117より)²⁶



によって表されていることから、スウェーデン国の国旗と外観において類似する²⁶」と判断されている。紋章学上、各国ごとに好んで用いられる楯の形状 (輪郭) には違いがあるが、英国でよく用いられる形状がフランスの紋章で用いられていることもある。「現代流に考えれば、楯のタイプはファッションのようなもので、本来はドイツのタイプであったものを珍重してイギリスに持ち込んだり、あるいはフランス・タイプがロシアで好まれたりして、楯のタイプだけでその紋章使用者の国籍を断定することは危険である²⁷」とされており、聖職者のみが用いる楯の形状や、婦人のみが用いる楯の形状など、特定の楯の形状を除いて、楯の形状で完全に紋章が識別できるわけではない²⁸。このように、国旗の輪郭形状等に多少の変更が加えられていたとしても、主要な紋章学上の要素である配色 (2.1. (A) の tincture 参照) や構成する図形 (2.1. (C) の ordinaries 参照) が維持されていれば、不競法16条1項においても外国国旗と類似するデザインとの判断が妥当と考えられる。

(B) 色彩の変更

スイス国旗に対して、黒色と灰色で十字を表した図形 (図4) では、「外国の国旗における三色旗の場合には、色彩の違いにより、別の国の国旗を表すことになるから、国旗における色彩は、国旗を表示

図 4 スイス国旗と非類似審決例（異議 2016-900195 より）²⁹



する重要な要素というべきである」「特徴のある二つの台形を組み合わせた図形内に、十字図形を、黒色と灰色で表されてなる当該図形は、具体的に何を表したのか直ちに認識し得ないものであり、国旗における色彩の重要性をあわせ鑑みれば、これから、スイス国の国旗を連想、想起するものとはいえないものである²⁹」と判断されている。この判断は紋章学的にも重要な配色（2.1. (A) の tincture）の違いを重視した判断である。構成する図形（2.1. (C) の ordinaries）等が維持されていても、色の違いが非類似の判断基準となり得ることを示すものである。

しかし、商標審査便覧では、英国国旗をモノクロで描いて輪郭等を変形した図形が国旗との類似例として示されている（図 5）³⁰。実際にモノクロの英国国旗について、「商標を構成する図形と国旗に配色の違いがあるとしても、構成上の特徴を共通にするなどにより、離隔的に観察した場合において、互いに相紛れる虞があるときは両者は類似するものと解するのが相当である³¹」と判断されている（図 6）。英国国旗は「セント・ジョージ・クロス」と呼ばれる十字の ordinaries から構成されるイングランドの聖ジョージ旗、「ソールタイア（saltire）」と呼ばれる X 型十字のスコットランドの聖アンドリュース旗と、アイルランドの聖パトリック旗が組み合わされた、比較的複雑かつ特徴的な構成の国旗である。

図 5 審判便覧における商標法 4 条 1 項 1 号該当例（特許庁編，2018 より）³⁰



図 6 英国国旗との類似審決例（平成 5 年審判第 23746 号より）³¹



紋章学的には分割図形に分類される三色旗のように、比較的単純な構成ならば色彩の相違が非類似の大きな要因となり得るが、特徴的な ordinaries や charge から構成された国旗と基本的構成を同じくする場合には、色彩をモノクロにするだけでは類似するおそれがあると言えよう。紋章学的には色が異なれば原則として別種の紋章となり得るが、そもそもカラー印刷技術が確立されていなかった過去の多くの時代では、紙や皮にモノクロでしか紋章が再現できなかった。しかし、モノクロでも紋章が識別されていた長い歴史があり³²、特に特徴的な図柄の場合には、モノクロに変更した程度では、類似すると判断されるおそれが高いように思われる。

一方、星条旗をモチーフにしたと思われる図形では、赤色の縞を他の色へ変更し、星の数や縞の本数も変更された図形商標が登録されている（図 7）³³。この事例では構成要素について文字等の他の図形要素も加えて一体不可分のものと看取される図形が創作されていることも影響していると考えられるが、明らかに異なる色彩とすることで、非類似の判断が得られやすくなるものと考えられる。

図7 商標登録事例（国際登録第1140935号国際商標公報より）³³



(C) 構成要素の配置などの変更

星条旗をモチーフにしているものの、左上の星が整列している部分について、配置をU字状の星に修正した場合（図8）³⁴、顕著な差異を有するとして星条旗とは非類似と判断され、商標登録が認められている。紋章学的には、星の図形は charge の一種であり、同じ星の觀念の charge であっても、どのような態様で描かれるのが重要であり、外観上の相違（2.1. (B) の charge 参照）があれば、別種の紋章としての識別機能が働くことになる。そのため、不競法16条1項においても、外国国旗と同じモチーフの charge を用いている場合であったとしても、charge の具体的な描き方や数と配置に相違が生じれば、非類似のデザインであると判断される可能性が高まるものと考えられる。

図8 米国国旗との非類似審決例（不服2000-7371より）³⁴



(D) 国旗と同一又は類似の図形を内包する結合図形

「国の紋章等及び紋章学上それらの模倣と認められるものを、「商標又はその構成部分」として使用することが禁止されている。したがって、「類似」は、外国国旗等と同一のもの又はその紋章学上の模倣が、その一部に含まれているにすぎない標章も包含されるように解されなければならない³⁵」とされている。商標法4条1項1号の審査基準においても同様に、「その一部に国旗等を顕著に有する場合は、商標全体として本号に該当するものと判断する³⁶」とされている。実際に図形全体としては国旗と非類似と考えられる図形であっても、国旗と同一又は類似するデザインが図形の構成要素として内含されている場合、国旗に類似すると判断されている。キャラクターのヘルメット部分に星条旗と類似の図形が配された事例では「当該国家の威信に係わり、尊厳性を害するおそれがあるものとみるのが相当というべきである³⁷」として商標登録が認められていない（図9）。

紋章学的には、紋章の組み合わせ（2.1. (D) の marshalling 参照）は非常に多く採用される手法であり、他の紋章が含まれているとしても、通常は当該組み込まれた紋章とは類似する紋章とは判断されない。それは、marshalling という手法が、紋章を

図9 米国国旗に類似する図形を内包しているとして商標登録が認められなかった事例（不服2007-2079）³⁷



識別する機能として活用されているためである。そのため、外国国旗等と同一又は類似するデザインが、図形の構成要素として含まれている標章の使用を不適切とする判断は、一見すると紋章学的な制度には反するように思われる。しかしながら、marshallingは結婚など一定の事情に応じて、複数の紋章を1つの紋章に納める手法である。何ら関係のない紋章を取り入れる行為はタブーであろう。そのような紋章学上のmarshallingの意義から考えれば、何ら関係のない他国の国旗を自らの標章として取り入れることは、紋章学的にも違反行為である³⁸。

しかし、建物と共にスウェーデン国の国旗が掲揚されている様子が描かれた図形に関して、「該旗部分が建物部分に比べて特別大きく描かれているという程のものではなく、加えて、該旗図形の黄色と青色の色彩は、屋根および窓の色彩と同一であることから、本願商標の図形部分は、旗を掲げる建物図形を描いた一体的な図形として看取されるというのが相当であって、該図形より旗部分のみを抽出して認識されるとはいい難いものである³⁹」と非類似の判断が示されている（図10）。このように、国旗と同一又は国旗と類似したデザインが含まれている場合であっても、埋没し、国旗が独立して看取されず、一種のアクセサリとして判断される態様ならば、不競法16条1項においても使用が認められる可能

性がある。

2.3. 国旗デザインの類否判断のまとめ

商標法4条1項11号における類否は、「同一又は類似の商品又は役務に使用された商標が、商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがあるか否かにより決すべきである。そして、その外観、観念、称呼等によって取引者、需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して、その商品又は役務に係る取引の実情を踏まえつつ全体的に考察するべきもの⁴⁰」とされており、外観上の部分的な相違が存在していたとしても、誤認混同のおそれがあれば類似と判断される⁴¹。一方、商標法4条1項1号の審決例の先行研究においては、「外観類似に重きを置き、国旗の尊厳を害するか否かをポイントに判断されている。審査基準と同様の判断手法である⁴²」と分析されているが、商標法4条1項1号の審決は紋章学的な判断基準にも沿っているものと考えられた。不競法16条1項における類否についても、保護法益が同視される商標法4条1項1号の類否判断の蓄積を援用し、かつ紋章学的な知見により妥当性の高い判断を行うことができるものと考えられる。具体的には上記2.2. (A) で整理したように、紋章学上識別機能の無い輪郭のみを修正するような変更は、依拠した国旗に類似すると判断されるであろう。一方、国旗デザインを構成する要素であり、かつ識別機能として重要な色彩、具象図形、その他図形（partieやordinaries）のいずれかで、もしくは複数で、外観上異なる国旗と識別される程度の差異が生じるようなデザイン創作がされれば、国旗デザインとは非類似との判断になる可能性が高いものと考えられる。この判断の妥当性は、そのような異同が国旗の識別として現に有効に機能しており⁴³、以上のような国旗の識別で、外国の国の威信、外国の国民の名誉感情を害しているとの事例は顕著に認められていないことから首肯されるものと考えられる。

なお、国旗を含む商標については、商標法4条1項7号が拒絶理由とされる場合があり得る。同号の商標審査基準では、公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標として「特定の国若しくはその国民を侮辱し、又は一般に国際信義に反する場合」

図10 スウェーデン王国の国旗が内包されているが同一又は類似の商標に該当しないと判断された事例（不服2005-2961より）³⁹



を例示し、該当例として「国旗（外国のものを含む）の尊厳を害するような方法で表示した図形を有する場合⁴⁴」を挙げている。より具体的には「例えば、外国の国旗を燃やしているような図形や「ジャップ」などのように、特定の国若しくはその国民を侮辱する商標も本号に該当する。国際信義に反するものと位置づけられよう」と解されている⁴⁵。該当する審決としては「KENNEDY」の文字とアメリカ合衆国の国旗である星条旗をややデザイン化し、その青色の部分の中央に鷲の様な図形と「K」の文字を配してなるもの（図11）について、「本願商標は、その図形部分が星条旗をデザイン化したものであると容易に理解されるものであって、かつ、その「KENNEDY」の文字部分が該図形部分との関係から、アメリカ合衆国第35代大統領故 John Fitzgerald Kennedy 氏を想起せしめるものというのが相当である。してみると、本願商標を一人である請求人が私的独占使用を目的として採択することは、アメリカ合衆国の尊厳、ひいては国際間の信義則を保つ観点から、妥当ではないものと言わざるを得ない」としている⁴⁶。鷲の具象図形が新たに組み合わせられているほか、フィールドを斜めに二分する分割図形（このような楯の背後から見て左方から斜めに分割する紋

章は per bend sinister と呼ばれる）へと変更されており、紋章学的にはアメリカ合衆国の国旗とは非類似と考えられる。そのため、拒絶理由として商標法4条1項1号は該当しないが、我が国でもよく知られる故 Kennedy 氏を想起せしめることもあり、国旗としては非類似の場合においてもなお国際信義に反すると判断されている。一方、不競法16条1項では、国旗とデザインが非類似ならば商業上の使用について規制対象とはなっていない。これは、不競法16条1項が制定された背景には、パリ条約6条の3第1項(a)の要請があるが、パリ条約では国旗と非類似のデザインに対する規制は求められていないことが理由となろう。加えて、独占権を付与する商標法と異なり、独占権を伴わない使用行為にまで規制を広げるのが妥当と言えるのかが問題になるものと考えられる。国旗と非類似のデザインに対しては、表現の自由との関係もあり強い規制を加えることは難しいのではないと思われる⁴⁷。

3. 国旗デザインの商標としての使用

3.1. 商標として使用が制限される意義

不競法16条1項の規定によれば、国旗と同一又は類似するデザインであったとしても、「商標として使用」（以降、「商標の使用」とも呼ぶ）されていなければ、国旗のデザイン使用は規制を受けない。商標の使用は、過去の商標権侵害訴訟の裁判例の蓄積から確立してきた考えであるが、形式的に商標法2条3項各号の使用の定義に該当しても、自他商品・役務を識別するために、商品又は出所を表示する機能（以降、自他商品識別機能および出所表示機能と呼ぶ）を発揮する態様で使用されていなければ、商標的使用にあたらない⁴⁸。なお、平成26年改正では、商標権の効力が及ばない範囲として「前各号に掲げるもののほか、需要者が何人かの業務に係る商品または役務であることを認識することができる態様により使用されていない商標」（商標法26条1項6号）が新設されたが、その後の裁判例の検証では「商標法26条1項6号の判断内容等は実質的には従前の商標の使用論と同様⁴⁹」とされており、商標的使用に関する解釈に関しては、法改正前の議論も踏まえ

図11 米国国旗とは類似しないが公序良俗違反と判断された事例（不服2002-15736より）⁴⁶



た検討が妥当だと考えられる。

ところで、なぜ自他商品識別機能及び出所表示機能が発揮される使用態様ならば、国旗のデザイン使用が禁止されるのであろうか。まず、国旗の図柄には建国の精神や国家の理念、目標や願いが込められていることが多く、国民の間で重要視され、国家の象徴とされているものである。このような国家の象徴を、私人または私企業の都合により標章という営業物件として私する行為は、言わば当該国又は当該国民の意に反する使用と考えられる（なお、外国の官庁の許可を受けた場合には、意に反していない使用にあたる可言えよう）。このように、私人又は私企業の自他商品識別機能及び出所表示機能が発揮される使用態様による国旗デザインの使用は、国家の威信や権威、国民の名誉感情が損なわれるおそれが高いため、規制が求められるに至っているものと考えられる。

3.2. 商標的使用が否定される使用態様

国旗のデザイン使用では意匠的な使用となる場合が多いが、「商標と意匠とは排他的、択一的な関係にあるものではなくして、意匠となりうる模様等であつても、それが自他識別機能を有する標章として使用されている限り、商標としての使用がなされているものというべき⁵⁰」と判じられている。意匠的な使用と商標的使用が両立することは学説でも理解されており、その上で「意匠的装飾の効果と識別機能の強弱・軽重の判断基準は、表示者の主観的意図と一般消費者が識別標識と認識するか否かで判断すべきである。この「一般消費者の認識」については、個々の事例によって、様々な要素を総合的に考慮すべきである⁵¹」とされている。また、「需要者の認識からして、当該標章が自他商品識別機能を発揮しているか否かを判断するしかない⁵²」と考えられている。そのため、デザイン創作者の意図が意匠的使用を目的としているとしても、逆に商標の使用であるとの判断に至るケースも多いと考えられる。実務上はデザイン創作時に不競法 16 条 1 項該当性が否定される使用態様を検討することが多いため、国旗のデザイン使用が商標的使用には該当しないと考えられる場合について整理し、次いで整理から外

れた類型について考察を試みる。

(A) 商品の必要な構成要素として用いられている場合

F1 レース用プラスチックモデルカーに用いる転写紙（デカール）に、実車と同様の「Marlboro」がプリントされていた「Marlboro 事件」では、モデルカーに再現表示するために他の多くの有名企業名や標章等のシールと並列的に配置されたものであるが、「Marlboro」の商品の出所を表示し、品質を保証する商標として使用されているものではないと判断されている⁵³。また、将棋の駒型に形成され、頂部付近に穴があけられて吊り下げ可能とした商品の中央部に「通行手形」の文字が縦書きに大書きされていた「通行手形事件」では、その「通行手形」の表記は実際に用いられた通行手形を模したものであることを表現し、説明するため、記述的に用いられているものであり、自他商品識別機能を果たす態様で用いられているものではないと判断されている⁵⁴。

このように実物を模した商品等で、再現目的で国旗のデザインが用いられている場合、商標的使用ではないと判断されるであろう。例えば、船舶には、所属する国の国旗が掲揚されている。そのため、実物を再現する要請が高い模型という商品の性質から、船舶のプラスチックモデルの商品には、商品の構成要素として国旗が含まれているが、商標的使用とは言えないであろう。

また、学習時に使用する下敷きに、各国の国旗を編集して掲載するような場合が考えられる。この場合、国旗は小学生等に対する学習効果を目的として付された装飾であり、商品の出所を表示する使用態様ではない。直接的な裁判例ではないが、正月用祝い箸の箸袋に十二支に属する個々の動物の絵を 1 つずつ表示していた十二支箸事件で、正月用の祝い箸という用途に対応して付された習俗的装飾であり、専らその装飾の効果ないし意匠的效果を目的として用いられるものであり、自他商品識別機能を果たす態様で使用されているものではないと判示されている⁵⁵。

国旗のデザインが、実物に付されている表示の再現目的、習俗的な目的、学習効果を目的とした場合

等、目的を考慮して施され、かつその国旗デザインを受容する需要者もデザインの施された用途の利用が想定される場合には、国旗デザインは商品の必要な構成要素として用いられていると言えよう。この場合、自他商品識別機能及び出所表示機能が発揮される使用態様とは言えないとの判断が妥当と考えられる。

(B) 風景等に描かれている場合

商品に船舶が航行する風景を描いたイラストを使用する場合には、船籍国の国旗が掲揚されていることから、当該イラストには国旗が含まれる。このような描かれた風景に国旗が含まれる場合、言わば風景写真における写り込みのような使用態様となっており、自他商品識別機能及び出所表示機能が発揮されるとは言えず、不競法16条1項の判断においても問題性は無いであろう。なお、国旗を表した意匠は国の尊厳を害するおそれがあることから意匠法5条1号において不登録事由となっているが、風景等に描かれた万国旗のような国旗のデザイン使用については意匠登録が認められている⁵⁶。

(C) 記述的表記等と判断される場合

商品の内容等の表示であると認められた場合には商標権を侵害しないとの判断⁵⁷や、商標法26条1項2号の原材料の説明であって商品の出所表示のための使用ではない⁵⁸との判断も存在する。国旗のデザイン使用においても、商品の内容を示す使用態様となっている場合、自他商品識別機能及び出所表示機能を果たしておらず、商標的使用ではないと判断できる可能性が高まるように考えられる。

国旗が原産地表示であるか否かが争われた裁判例ではあるが、商標「KANGOLE」のライセンシーが、靴の下げ札に許諾ブランドに近接して英国国旗等を表示していた問題(図12)で、当該下げ札の裏面に「この商品は、イギリス、カンゴール社との提携により製造したものです」等の記載が表示されていた。そのため、KANGOLE ライセンサーとは別の者によって製造されたと認識でき、英国国旗等の表示はブランド主体であるKANGOLEの所在地を示す記載であり、需要者が英国を原産地と認識するお

図12 下げ札における英国国旗の表示事例(大阪地判平成13年2月27日裁判所HPより)⁵⁹



それは無いと判断されている⁵⁹。すなわち、原産地やライセンサー所在地等、何らかの国旗との関係性を示す併記が存在し、国旗デザインと結びつく場合には、その国旗のデザインは商品の内容等を表記する記述的なものであり、商標的使用ではないと判断される可能性があり得るのではないかと考えられる。

(D) 上記以外のデザイン使用

数多くの商標の使用に関する議論がされているが、「どのような使用態様が「商標的使用」に該当するか判断する基準を見出すのは、困難であり、予見可能性も十分ではないように思われる。むしろ、どのような使用態様であれば、出所表示機能を果たしていないかを考えるべきではないか⁶⁰」と指摘されている。本稿においても、上記(A)ないし(C)のように商標的使用とは考えられないケースについて整理を行ったが、上記の整理には含まれないケースが多く存在し、それらについて検討しないわけにはいかない。例えば、「Admiral 事件」⁶¹においては、シュータン(靴ペロ)の中央部に英国国旗が表示されていた(図13)。このようなワンポイントマーク的な使用について、ポパイマフラー事件第一審ではワンポイントマークの有する装飾的、意匠的な美感に訴える面は無視できないものの、外観、呼称、觀念に表されるブランド機能などが存在していると、商標的機能について肯定している⁶²。「自他商品役務識別標識か否かは、表示の大きさによって決まるのではなく、表示の大きさは判断の一要素に過ぎない⁶³」と述べられているように、必ずしも表示されている位置やサイズによって商標の使用であるか否かが決せられるものではないが、ワンポイン

図 13 シュータン（靴べろ）におけるワンポイントマーク的な英国国旗の使用事例（知財高判平成 27 年 5 月 13 日裁判所 HP より）⁶¹



トマークについては出所表示機能を発揮している使用態様と看取される場合が多いことには変わりがないであろう。また、近年の裁判例では衣類の前身頃や後ろ身頃に、大きく標章が表示されている場合でも、直ちに商標の使用は否定されない傾向にある⁶⁴。すなわち、商品本体に国旗デザインが意匠的に使用されていたとしても、意匠的機能と自他商品識別機能及び出所表示機能の両者を具備している可能性が否定できないように考えられる。すなわち、国旗のデザイン使用が明確に不競法 16 条 1 項に該当しないとの判断は困難であり、今後もおお検討課題として残ることになる。

4. 未解決課題に対する考察

以上のように、判断に困難が伴う場合が多いと考えられるが、国の象徴という機能を有する国旗特有の事情を斟酌した判断の妥当性について、最後に検討を試みる。

商品に模樣的に使用されている図柄の商標の使用が争われた事例として、SHIPS 事件では錨マークの上下に「SINCE1981」「SHIPS」の組み合わせが表示され、5 種類の郵便スタンプマークや、錨マークと “Anchors can either be temporary or permanent” 等の文字の組み合わせが配された布地において、SHIPS の表記が商品の自他を識別し、出所を表示

する態様で用いられていると判断されている。SHIPS の文字列が一単語のみで独立し、全て大文字で、他の文字列よりも文字サイズが大きいこと、SHIPS の語が意味する船ではなく錨マークと共に配置されていること、更に SHIPS ブランドが服飾品のブランドとして広く一般消費者に認識され強い識別力を有すること等が総合的に判断されている⁶⁵。

一方、商標の使用が否定された裁判例としてピースマーク事件では、被服に付されたピースマークの図形について、商品の出所表示機能・出所識別機能を果たす態様で用いられているものということとはできないと判断された⁶⁶。この裁判例では、前身頃の中心部分に猿のキャラクターや鳩のイラスト等が描かれ、その背景としてピースマークが模樣的に描かれており、ピースマークは猿の図形等と重複しているものも多く存在した。また、猿のキャラクターのうち「BABY MILO」のキャラクターと、「*A BATHING APE」のブランドは、ファッションに関心のある若者層で周知であり、需要者は「BABY MILO」のキャラクター等を商品の出所識別標識として強く支配的な印象を受けると認められた。一方、ピースマークについては平和の象徴として周知な図形であり、「ピースマーク」の称呼が普通に生じると認められている。その結果、取引者および需要者は前身頃に付されたピースマークからは、平和を表現しているものと認識し、商品の出所を想起するものではないと判じられた。

SHIPS 事件では、いわゆるマリン風の雰囲気演出の目的で海洋関係の図柄を意匠的に用いられていたものと考えられるが、「SHIPS」が「周知性を有することや、本件布地の「SHIPS」文字の表示の態様それ自体から見て、客観的に自他商品識別標識と受け取られる余地がないとまでは言い切れない」ことから商標的使用を認めることは妥当な範囲内の結論と考えられている⁶⁷。商標の使用の判断において、「SHIPS」が「著名であり、強い識別力を有していたことが重要なポイントであったと思われる⁶⁸」と考えられているのに対し、ピースマークは平和の象徴としては周知であっても、ブランドの出所として周知ではない点が大きく異なる。ピースマークは、使用されている商品・役務においてありふれた標章

の使用として整理される学説も存在するように⁶⁹、周知であっても使用商品・役務において特定のブランドの出所としての結びつきが薄弱な場合には、商品の出所表示機能・出所識別機能を発揮しているとは言えず、商標の使用が否定される方向になるものと考えられる。

一方、国旗の場合については、デザイン自体は周知であり、星条旗や英国国旗などの場合には極めて著名である。この国旗については、国の象徴として浸透している実情があり、そのため一般的には原産地等を示す機能が働きやすい。すなわち、ピースマークと同様に、国名が即座に想起されるように強い周知性が備わっていても、特定の商品の出所表示機能・出所識別機能は一般的には働きにくいように考えられる。このような実情を斟酌すれば、国旗デザインがアパレルの前身頃に装飾目的で使用されているような事例において、国旗は特定のブランドの出所としての結びつきは薄弱であり、商標の使用を否定する判断が妥当なケースが多くなるのではないかと考えられる。その場合に、国旗のデザイン使用は、国家の象徴を、私人または私企業の都合により標章という営業物件として私する行為には該当せず、国家の尊厳や国民感情を害するという問題にも結びつきにくいと言い得るのではないだろうか。

ただし、ピースマーク事件においては、「A. 商品の出所の識別標識として強く支配的な印象を受ける要素が他に存在する」「B. 独立して商品の自他を識別し、出所を表示する態様で表示されているとは言えない」「C. 他の要素の背後となり、一部が欠落している、また背景として描かれていると看取されるように描かれている」などの事情が総合的に検討されている。学説上も、意匠的使用における商標的使用該当性の判断に関しては「①原告商標の著名性の程度、特に被告商品のデザインを構成する他の要素（とりわけ、被告側の著名な商標やキャラクター等の有無）との相関関係、②被告商品における被告標章の具体的な使用態様（被告標章が大きさや配色などの点で目立つ態様で表示されているか、襟ネームやタグ等、通常、出所を表示する場所に記載されているか否か）、が重要な基準⁷⁰」（下線は筆者）である旨整理されている。商品の出所が一般的に想起さ

れない国旗が意匠的に使用されているとしても、これら追加的なデザイン上の態様について検討することが妥当と考えられる。

ただし、国旗をモチーフとして創作されたデザインが商標の使用にあたらないと判断されても、事後に商標の使用となる場合があるように思われる。例えば、国旗と類似したデザインから構成される地模様の生地からなるファッション商品が、好評を博して定番デザインとして定着し、特定のブランドの出所を表示するようになる場合が考えられ得る。また、そのような国旗デザインを用いていたケースで、他に強く支配的な印象を有する商品の出所識別標識となる要素が存在していた場合に、当該要素の削除やサイズ縮小等の変更が加えられると、国旗デザインが主体的なものになる。実務上デザインのマイナーチェンジはしばしば見受けられるが、国旗デザインが中心のかつ独立したものに変更された後、当該ブランドの定番デザインとして引き続き認識されることになるのではないかと予想される。国旗自体は一般的に商品の出所が想起されにくいと考えられる。しかし、「ある形象が商品に使用され意匠に属するから、商標に属しないと、商標であるから意匠に属しないということはなく、その形象が有名となって出所指示力をもつに至っているか否かで判断するべきである⁷¹」と指摘されているように、国旗の意匠的な使用がデザインの定着や動態により、後発的に商標の使用と判断されるケースがあるように考えられる。国家の尊厳や国民感情の保護という不競法16条1項の保護法益に立ち戻れば、後発的に商標的使用となった国旗のデザイン使用についても、不競法16条1項該当性についての事後の検討は許容されるべきではないかと考えられる。

しかし、国旗デザインの商標的な使用は、民事上の救済ではなく、不競法21条2項7号に規定の刑事罰を科すものである。該当性に関しては、犯罪事実の認識についての慎重な判断が求められる。例えば、デザイン創作当初から何らデザイン修正をしていないにもかかわらず、特定ブランドの出所を表示する定番デザインとして需要者によって認識されるに至った場合と、デザイン創作時以降にマイナーチェンジを主体的に繰り返して国旗デザインが中心

的な構成となったにもかかわらず使用継続している
 場合では、判断は異なってくるものと思われる。また、
 同法では過失犯を罰する明文規定はなく故意犯
 のみが対象となるため、上記例の後者のパターンで
 事後に商標の使用であると判断される場合であって
 も、それが故意でなければ犯罪は構成しない。ただ
 し、故意の認定に関しては、確定的であることを必要
 とせず、いわゆる未必の故意でも十分故意に含ま
 れると解されている⁷²。そのため、不競法 16 条 1
 項該当性について安易に軽信して自ら商標的な使用
 態様を後発的に招いた場合には、故意を問われるお
 それがあるように考えられる。

※本稿は筆者個人の見解であり所属する組織や団体の公
 式見解ではない。

注

- 1 日本関税協会 (2018), pp. 407-408 では、誤認を生じさせる表示とは「虚偽の原産地が必ずしも明白に表示されてはいないが、一般的、客観的にみて原産地の誤認を生じさせるような表示」であり、「貨物の原産地以外の国の国旗若しくはその図案又はそのような国旗若しくはその図案を用いた商標その他の図柄が表示されているとき」が該当するとしている。
- 2 不競法による輸入行為の差止請求について、「侵害品の輸入行為に対して訴訟で差止め請求をすることは時間的に困難であり、多くの場合、実効性のある救済とはならないと考えられる。」(茶園, 2015, p. 156) と述べられている。通関実務では関税法により税関長の決定により輸入を停止させ、その表示の抹消や訂正、または当該貨物の積みもどしが命ぜられる実務となっている。しかしながら、関税法上輸入の定義に関しては、関税法 2 条 1 項 1 号において通関説がとられている。通関説では、通関されていない保税倉庫内に存在する時点では我が国へ輸入はされておらず、国外品となる。一方、不正競争防止法に関する政府答弁では「領海上をただ通過するにすぎないような商品は輸入と解されないが、陸揚げあるいは荷揚げ時をもって輸入と解される」とされており「輸入の意義は領海説が陸揚げ説のいずれかによるべきで、通関説によるべきではない。そうでないと税関を通らない密輸入の場合には輸入がなくなる」(小野・松村, 2015, p. 98) と解されている。通関では関税法による実務となっているが、輸入行為の差止について不競法による検討の余地もあるものと考えられる。
- 3 該当例として、大阪地判平成 8 年 9 月 26 日裁判所 HP 参照 (平成 7 年 (ワ) 501 号) [世界のヘビリン事件] がある。
- 4 不当表示の該当例として、公取委排除命令平成 20 年 6 月 5 日公取委 HP 参照 (平成 20 年 (排) 38 号) がある。
- 5 例えば、田村 (2003), p. 423; 日本関税協会 (2018), p. 408 等参照。
- 6 山本 (2006), p. 351; 茶園 (2012), p. 1208; 小野・松村 (2015), p. 685 参照。
- 7 Bodenhausen (1976), p. 89.
- 8 茶園 (2012), p. 1206; 小野・松村 (2015), p. 684 参照。
- 9 森 (1982), p. 30.
- 10 森 (1996), p. 37.
- 11 森 (1982), p. 31.
- 12 英国の紋章院は College of Arms と呼ばれ、紋章官が所属している。1484 年にリチャード三世により創設された。以降現在まで存続中の機関であり、現在の紋章院は 1670 年代に建造された建物にある (<https://www.college-of-arms.gov.uk/> 2019 年 6 月 2 日確認)。
- 13 スコットランドでは紋章院は The Court of the Lord Lyon と呼

- ばれ、紋章官が所属している。この紋章院については、数々の議会制定法で定められているが、大きくは 1672 年議会制定法と 1867 年改正法に基づいており、現在も存続中の機関である (<https://www.courtofthelordlyon.scot/index.htm> 2019 年 6 月 2 日確認)。
- 14 森 (1982), p. 64.
 - 15 森 (1998), p. 166.
 - 16 森 (1998), pp. x-xi.
 - 17 森 (1998), p. x.
 - 18 森 (1998), p. 79.
 - 19 森 (1998), p. 170.
 - 20 パリ条約 6 条の 3 第 1 項 (a) では「同盟国は、同盟国の国の紋章、旗章その他の記章、同盟国が採用する監督用及び証明用の公の記号及び印章並びに紋章学上それらの模倣と認められるものの商標又はその構成部分としての登録を拒絶し又は無効とし、また、権限のある官庁の許可を受けずにこれらを商標又はその構成部分として使用することを適当な方法によつて禁止する」と規定されている。
 - 21 Bodenhausen (1976), pp. 88-89.
 - 22 同上。
 - 23 経済産業省知的財産政策室編 (2016), p. 177.
 - 24 特許庁編 (2019a), 第 4 条第 1 項第 1 号 (国旗、菊花紋章等) 5. (1) 参照。
 - 25 網野 (2002), p. 317.
 - 26 特許庁審決平成 16 年 1 月 21 日 (不服 2002-12117) 参照。
 - 27 森 (1982), p. 56.
 - 28 楯の輪郭が異なっても同一の紋章を示す代表事例として、オックスフォード大学の紋章がある。楯の輪郭がアイロンを裏返した際に見られるヒーター・アイロン・タイプ以外にも 2 種類の輪郭を持つ楯がオックスフォード大学の紋章とされている (森, 1982, pp. 90-91 参照)。
 - 29 特許庁審決平成 29 年 1 月 10 日 (異議 2016-900195) 参照。なお、異議申立人は、スイス国旗の商業上の使用であるとして不競法 16 条 1 項違反も併せて主張していたが、異議の決定では不競法 16 条 1 項違反に関しては言及されていない。
 - 30 特許庁編 (2018), 42.101.01 (外国の国旗の取り扱い 1.) 参照。
 - 31 特許庁審決平成 11 年 7 月 13 日 (平成 5 年審判第 23746 号) 参照。
 - 32 紋章について正確に理解するために解説された文章のことを blazon と呼ぶ。「正確な紋章図や色彩を知り得る手段が blazon であり、blazon を解読できることが紋章研究や調査に必須とされるところである」(森, 1998, p. 36 参照) と言われており、紋章学の研究上はモノクロであっても blazon によって正確に色彩の把握がなされている。なお、モノクロでも色彩を表現する方法がイタリアの聖職者ベトゥラ・サンクタによって 1638 年に編み出されている。このベトゥラ・サンクタの方法では金色は点、銀色は無地、赤は縦直線、青は横直線…というように直線や点の表記ルールによって色彩を表現しており、紋章学上の専門書に限らず、紋章の色彩表現に広く活用されている。
 - 33 国際登録第 1140935 号 (国内登録済)。なお、同国際登録の審査では 4 条 1 項 1 号を根拠として暫定拒絶は通報されていない。また、外国の国旗に関する判断ではないため不競法 16 条 1 項の直接的な検討の対象とはならないが、日本国の国旗と類否が示された事例として特許庁審決平成 28 年 9 月 14 日 (不服 2016-5415) がある。正方形輪郭で朱色の円図形を配し文字と結合した商標について、文字が結合していることに加え、日章旗の寸法と色彩の違いが認められることから日本国旗とは類似しないと判断されている。紋章学的には国旗の輪郭は重要な識別機能とはならないため、この判断には違和感を抱くが、円図形の色彩が異なるため、外国の国旗における三色旗の場合と同様に、色彩の違いを重視し、文字が結合していることを考慮に加えたと考えれば、妥当な判断と思われる。
 - 34 特許庁審決平成 13 年 12 月 4 日 (不服 2000-7371) 参照。なお文字と結合した図形商標であるが、図形部分と文字部分とは、「常に一体不可分のものとしてみなければならぬ」特段の理由も見当たらないものであるから、図形部分も独立して自他商品の識別標識としての機能を果たし得るものと判断するのが相当である」

- と判断され、文字との結合の影響は捨象した類否判断がなされている。
- 35 茶園 (2012), p. 1209.
- 36 特許庁編 (2019a), 第4条第1項第1号 (国旗、菊花紋章等) 5, (1) 参照。
- 37 特許庁審決平成19年11月13日 (不服2007-2079) 参照。
- 38 実際に、英連邦 (Commonwealth realm) を構成するオーストラリア、ニュージーランド、ツバルでは国旗に英国国旗を取り込んでデザインされており、他の国旗を取り込んで1つの国旗とする手法は、二国間の関係性を示すことになると考えられる。そのため、紋章学的には国旗が図形デザインの一部として内包されていることから国旗と「類似する」という表現は最適ではないように思われるが、当該国の許可なしに国旗が取り込まれたデザインを商標として使用するということについては、不適切であることに変わりないと考えられる。
- 39 特許庁平成18年9月22日 (不服2005-2961) 参照。
- 40 高部 (2015), p. 51.
- 41 正面を向いた頭蓋骨とその下に扁平に交差させた2本の骨を組み合わせた黒塗りの図形と、正面を向いた頭蓋骨とその背後に扁平に交差させた2本の骨を組み合わせた黒塗りの図形との類否に関しては、頭蓋骨と扁平に交差させた2本の骨が頭蓋骨の下に重なっているか否か等の点で差異が存在したが、「頭蓋骨と骨片の位置関係が異なる差異があるとしても、離隔的観察の下においては、微差の範囲にとどまるというべき」であり、「同一又は類似の商品に使用した場合には、需要者がその出所について誤認混同するおそれがある」と類似が肯定されている (知財高判平成25年6月27日裁判所HP参照 [平成25年 (行ケ) 10008])。頭蓋骨は紋章上 charge として用いられる具象図形であるが、商標法4条1項11号に関しては商標の類否判断は消費者が混同するか否かという観点でなされ (寛, 2015)、商標法4条1項1号や不競法16条1項とは判断基準が異なる。
- 42 青木 (2009), pp. 23-24.
- 43 実際の国旗でも、例えばアメリカ合衆国の星条旗は、横縞模様、星模様の組み合わせを構成要素とし、赤と白の縞、または青地に白色の星という色彩や配色を伴っている。一方、リベリア国やマレーシア国の国旗も赤と白の縞模様、青地に星や月模様という組み合わせで高い共通性が認められるが、縞の本数や星模様等の差異が、国旗の識別として機能している。
- 44 特許庁編 (2019a), 第4条第1項第7号 (公序良俗違反) 2. 参照。
- 45 小野・小松 (2016), p. 304 参照。
- 46 特許庁審決平成16年9月1日 (不服2002-15736) 参照。
- 47 しかし、外国の国旗を燃やしているような図形の使用行為に対しては、表現の自由等を不当に侵害しない形で規制を求める意見は、今後有り得るかもしれないと思われる。例えば、平成28年には本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律 (ヘイトスピーチ解消法) が制定された。外国の国旗を燃やしているような図形の使用が同法2条に定める「本邦外出身者に対する不当な差別的言動」に該当するかは個別の事案によると思われるが、一つの規制の方向性として考えられる。ただし、同法には罰則規定は設けられておらず、理念法と考えられている。また、この規制が表現の自由の保証との関係でどのような課題や問題点があるのかに関しては、議論や検討がなされている。
- 48 榎戸 (2001), pp. 397-410; 高部 (2015), pp. 68-69; 田倉・高田 (2016), p. 823 参照。
- 49 金子 (2017), p. 69.
- 50 大阪地判昭和62年3月18日無体裁集19巻1号, p. 66.
- 51 外川 (2009), p. 39.
- 52 中村 (2014), p. 71.
- 53 東京地判平成5年11月19日判タ844号, p. 247.
- 54 東京地判昭和62年8月28日裁判所HP参照 (昭和60年 (ワ) 2064) [通行手形事件]。
- 55 東京地判平成10年7月16日判タ983号, p. 264.
- 56 意匠審査基準 (第4部 意匠登録を受けることができない意匠41.1.1) では、国旗を表した意匠は国に対する尊厳を害するおそれが多く、5条1号に該当するとしているが、「模様として表された運動会風景中の万国旗等のように公の秩序を害するおそれがないと認められる場合は含まれない」とする (特許庁編, 2019b)。
- 57 東京地判昭和55年7月11日裁判所HP (昭和53年 (ワ) 255) [テレビまんが事件] では、カルタの容器上の「テレビまんが」表記は、テレビ漫画一休さんに由来するという内容表示であり、自他商品識別標識としての機能は果たしていないと判断された。前掲注54) [通行手形事件] でも、通行手形という内容を説明するために記述的に用いられているものと判断されている。
- 58 東京地判平成13年1月22日裁判所HP (平成10 (ワ) 10438) [タカラバみりん入り事件] では、商品の容器に「タカラバみりん入り」という表示を付した行為については、「だし」、「つゆ」に「タカラバみりん」が原材料として入っていることを示す表示であり、自他商品の識別機能を果たす態様では使用されていないと判断した。
- 59 大阪地判平成13年2月27日裁判所HP (平成12 (ワ) 8380) 参照。ライセンス商品であることを示す記載があることで、需要者がライセンサー自身により製造したものではないと理解すると認定したが、「このような理解は通常の日本人の知識に基づくものとは思われない」ものであり、「消費者が一見だまされそうな下げ札に対しては厳しく判断すべき」 (牛木, 2003) との意見もある。
- 60 足立 (2016), p. 97.
- 61 知財高判平成27年5月13日裁判所HP (平成26 (行ケ) 10170, 同10171, 同10172, 同10173, 同10174) 参照。なお、国旗デザインが商標として使用されているのか否かについては言及されていない。
- 62 大阪地判昭和59年2月28日裁判所HP (昭和58年 (ワ) 27) 参照。
- 63 外川 (2009), p. 39.
- 64 東京地判平成18年12月22日裁判所HP (平成17年 (ワ) 18156) 参照。この [LOVEBERRY 事件] では、「商標が織りネームやタグだけでなく、Tシャツの胸元やサンダル等の足を乗せる部分に付された商品が多く存在することは、当裁判所において顕著である」とされ、「単なる装飾的あるいは意匠的效果を有するか、出所識別機能をも有するかは、当該標章の具体的使用態様に即して判断せざるを得ない」と判じている。
- 65 東京地判平成26年11月14日裁判所HP (平成25年 (ワ) 27442, 同34269)。
- 66 東京地判平成22年9月30日判タ1354号, p. 223.
- 67 生田・森本 (2015), p. 49.
- 68 泉 (2016), p. 67.
- 69 足立 (2016), p. 98.
- 70 泉 (2016), p. 67.
- 71 小野・三山 (2013), p. 52.
- 72 小野・松村 (2015), p. 712; 佐久間 (2012), p. 1337 参照。

参考文献

- 青木博通 (2009) 「国旗と知的財産法—国旗の商標登録・使用はどこまで可能か?—」『CIPIC ジャーナル』192号, pp. 21-36.
- 足立勝 (2016) 「商標の使用と意匠的使用」『パテント』Vol. 69 No. 4号 (別冊 No. 14), pp. 84-100.
- 網野誠 (2002) 『商標 (第6版)』有斐閣。
- 生田哲郎・森本晋 (2015) 「布地にプリントされた『SHIPS』の文字列が商標の使用に該当すると判断された事例」『発明』112巻3号, pp. 47-49.
- 泉克幸 (2016) 「判例研究 SHIPS 事件 意匠的使用の商標の使用該当性」[東京地裁平成26.11.14判決]『Law & technology: L&T』(71) 2016.4, pp. 57-67.
- 牛木理一 (2003) 「タグに記載された情報の誤認性が争われた事例 紛らわしい原産地表示と下げ札」, 牛木理一監修『実例から学ぶ最新・デザイン』の紛争と判例』日経BP, pp. 168-171.
- 榎戸道也 (2001) 「商標としての使用」, 牧野利秋・飯村敏明編『知的財産関係訴訟法 (新・裁判実務体系; 4)』青林書院, pp. 397-410.
- 小野昌延・小松陽一郎 (2016) 「第2章 商標登録及び商標登録出願」, 小野昌延・三山峻司編著『新・注解商標法・上巻』青林書院, p. 304.
- 小野昌延・松村信夫 (2015) 『新・不正競争防止法概説 (第2版)』青林書院。
- 小野昌延・三山峻司 (2013) 『新・商標法概説 (第2版)』青林書院。

- 寛圭 (2015)「判例読解ナビゲーション 知財高裁平成 26 年 12 月 17 日判決 (どくろ商標差止等請求事件)」『発明』112 巻 3 号, pp. 50-53.
- 金子敏哉 (2017)「商標の使用と商標法 26 条 1 項 6 号一法改正の経緯と平成 26 年改正後の裁判例の検討を中心に」『『パテント』Vol. 70 No. 11 (別冊 No. 17), pp. 54-71.
- 経済産業省知的財産政策室編 (2016)『逐条解説 不正競争防止法』商事法務.
- 佐久間修 (2012)「第 5 章 罰則」, 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法・下巻 (第 3 版)』青林書院, p. 1337.
- 高部眞規子 (2015)『実務詳説商標関係訴訟』きんざい.
- 田倉整・高田修治 (2016)「第 25 条 (商標権の効力)」, 小野昌延・三山峻司編『新・注解商標法・上巻』青林書院, pp. 813-847.
- 田村善之 (2003)『不正競争防止法 (第 2 版)』有斐閣.
- 茶園成樹 (2012)「第 3 章 国際約束に基づく禁止行為」, 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法・下巻 (第 3 版)』青林書院, pp. 1203-1212.
- 茶園成樹 (2015)『不正競争防止法』有斐閣.
- 外川英明 (2009)「商標の意匠的使用と商標の侵害」『『パテント』Vol. 62 No. 4 (別冊 No. 1), pp. 34-43.
- 特許庁編 (2018)『商標審査便覧』特許庁 HP (https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/binran/document/index/42_101_01.pdf). 最終閲覧日 2019 年 6 月 4 日).
- 特許庁編 (2019a)『商標審査基準 (改訂第 14 版)』特許庁 HP (https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/trademark/kijun-kaitei/document/14th_kaitei_h31/14han.pdf). 最終閲覧日 2019 年 6 月 1 日).
- 特許庁編 (2019b)『意匠審査基準』特許庁 HP (https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/guideline/design/shinsa_kijun/index.html). (最終閲覧日 2019 年 6 月 5 日).
- 中村仁 (2014)「商標の使用と意匠的使用の判断基準」『『パテント』Vol. 67 No. 4 (別冊 No. 11), pp. 64-71.
- 日本関税協会 (2018)『関税関係基本通達集 (上巻) 平成 30 年度版』日本関税協会.
- Bodenhause, G. H. C. (1976) *Guide to the application of the Paris convention for the protection of industrial property*, AIPPI 日本部会 (橋本良郎・後藤晴男訳『注解パリ条約』AIPPI 日本部会, 1976 年).
- 森護 (1982)『西洋の紋章とデザイン』ダヴィッド社.
- 森護 (1996)『ヨーロッパの紋章ー紋章学入門ー』河出書房新社.
- 森護 (1998)『紋章学辞典』大修館書店.
- 山本庸幸 (2006)『要説不正競争防止法 (第 4 版)』発明協会.