

# パブリック・ドメインと商標権に関する一考察

## (A Study on Public Domain and Trademark Rights)

引地 麻由子

### 第1 はじめに

絵画・彫刻・音楽等の芸術作品は著作権により保護されるが、著作権の存続期間が満了した後は、誰でも自由に利用することができる公有財産、すなわち「パブリック・ドメイン」となる。パブリック・ドメインとなった作品は、個人または企業が自己の商品やサービスを識別するための商標として用いることもできる。

しかし、そのような商標が商標登録を受けた場合には、排他的な私権としての商標権が発生し、パブリック・ドメインとしての性格と衝突を生じることになる。特に、近年では、立体商標や音商標等、新しいタイプの商標が登録を受けられるようになっており<sup>1</sup>、今後、パブリック・ドメインとなった芸術作品を利用して商標登録を受けようとする者が増える可能性がある。

そこで、本稿では、すでに著作権の存続期間が満了した芸術作品を商標権によって保護することが認められるか、という問題点について検討を試みる。

また、この問題が議論された欧州の事例を紹介しつつ、日本における現行の運用とその課題について考察することとしたい。

### 第2 問題の所在

#### 1. 著作権と商標権による二重保護

著作権と商標権は、それぞれ目的や権利の発生要件が異なる。著作権法の目的は文化の発展に寄与することであり（著作権法 1 条）、著作物の創作と同時に著作権が発生する（著作権法 17 条 2 項、ベルヌ条約 5 条 2 項）<sup>2</sup>。

これに対し、商標法の目的は、商標使用者の業務上の信用維持を図ることにより（商標法 1

条）、権利を取得するには商標登録出願（以下、単に「商標出願」という。）を行って特許庁の審査官による実体的な審査を経る必要がある（商標法 14 条）。そして、審査官から登録すべき旨の査定を受け、設定登録が行われると商標権が発生する（商標法 16 条、18 条）。

そのため、絵画・彫刻・音楽等の芸術作品（以下、単に「作品」ともいう。）について商標登録が行われた場合には、1 つの作品について著作権と商標権の両方が発生するケースがある。

この場合、商標権は、作品の著作者ではなく商標を出願した者に帰属するため、著作権と商標権がそれぞれ別の者に帰属する場合もある。

例えば、A 氏が描いたイラストを、B 社が自社のロゴマークとして商標出願を行い、商標権が発生した場合には、イラストの著作権は A 氏に帰属するが、ロゴマークの商標権は B 社に帰属するという状況が起こり得る。

もっとも、商標権者は、他人の著作権と抵触する部分については登録商標を使用することができない（商標法 29 条）<sup>3</sup>。

そのため、商標権者である B 社が登録商標を自社の商品や役務に付して使用するためには、著作権者である A 氏から商標の使用に必要な範囲で著作権の許諾を得る必要がある。

#### 2. 著作権が先に消滅した場合

ところで、著作権の存続期間は有限であり、日本では原則として著作者の死後 50 年で消滅する（著作権法 51 条 2 項）<sup>4</sup>。

これに対し、商標権は 10 年ごとに何回でも更新することができ、半永久的に存続させることが可能である（商標法 19 条、20 条）。

そのため、作品の著作権が消滅した後でも、商標権だけが残存する場合があります。

著作権の消滅後は、商標法 29 条は適用され

ないので、商標権者は著作権との抵触を気にすることなく商標を使用できるようになる。

### 3. 著作権が消滅した作品に関する商標登録

それでは、すでに著作権の保護期間が満了し、著作権が消滅した作品について商標出願を行った場合、何ら制限なく商標登録が認められるのだろうか。

一般に、ある作品について、著作権の存続期間が満了すると、その作品は誰でも自由に利用できる「パブリック・ドメイン」となる<sup>5</sup>。

パブリック・ドメインの中には、レオナルド・ダ・ヴィンチの絵画や、ベートーベンの楽曲等のように、著名であり文化的な価値を有する作品も多く存在する。このような著名な作品について自由に商標登録が認められた場合、以下のような影響が懸念される。

#### ①作品の管理者への影響

先述したように、ある作品の著作権が消滅すると、その作品について商標権を取得した者は、商標権を自由に行使できるようになるため、商標権を取得しようとするインセンティブが働くものと考えられる。

そのような作品について、誰でも商標権を取得できるとすれば、人気の高い作品を狙って大量に出願を行い、商標権の売却やライセンスによって利益を得ようとする者が現れるであろう。

その結果、作品の管理団体や著作者の親族は、第三者に商標権を先取りされることを防ぐために、自ら出願を行い、商標権を維持管理する必要に迫られることとなる。

このように、作品と何ら関係のない第三者が、著名な作品の商標権を剽窃的に取得し、その名声にただ乗り（フリーライド）することを許容した場合、作品の管理者らに過大な負担を生じさせるおそれがある。

#### ②作品の利用者への影響

著作権が消滅した作品は、自由に利用可能なフリー素材として、様々な形で商品化されたり、テレビ番組や広告等の分野で利用されたりしている。このような作品について誰かが商標権を独占できるとすれば、それまで作品を無償で利用していた者が、ある日を境に商標権侵害で訴

えられる危険にさらされることとなる。

もともと、商標権の範囲は商標としての使用に限定されるため、利用行為の全てが妨げられるわけではない。しかし、一般市民にとって商標権の範囲を正確に把握することは困難であるから、結果として、作品の利用行為そのものを委縮させることにもなりかねない。

このように、著作権が消滅してパブリック・ドメインとなった作品について商標権による保護を認めると、公益に反し、社会的相当性を欠く結果となる可能性があるように思われる。

そこで、そのような商標出願に対して、商標法上の公序良俗規定に違反することを理由に登録を拒絶することができるか、という疑問が生ずる。次項では、この問題に関する欧州の事例を紹介する。

## 第3 欧州自由貿易連合(EFTA)裁判所<sup>6</sup>・「Vigeland (ヴィーゲラン)」判決<sup>7</sup>

### 1. 商標出願の経緯

グスタフ・ヴィーゲラン (Gustav Vigeland、1869-1943) はノルウェー出身の著名な彫刻家であり、オスロ市を拠点に活動していた。

オスロ市は、ヴィーゲランが死去した際に彼の作品の著作権を譲り受け、以降は市が中心となり作品の展示と管理を行ってきた<sup>8</sup>。

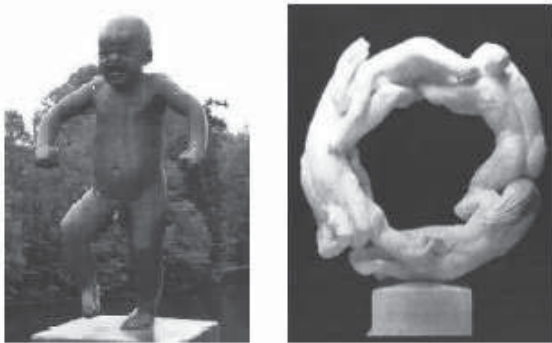
ヴィーゲランの作品の著作権による保護期間が2014年1月に満了したので<sup>9</sup>、オスロ市は、引き続き知的財産権による保護を受けるため、数十点の彫刻作品等についてノルウェー産業財産庁に商標出願を行った。

なお、オスロ市は、市による商標権の取得が認められるべき理由として、長年にわたりヴィーゲランの作品の管理とプロモーションに努め、作品の著名性と価値の向上に貢献したことを挙げている<sup>10</sup>。また、過去には同市の関連施設が「Gustav Vigeland」という文字商標について商標権を取得している<sup>11</sup>。

これらの点を考慮すれば、オスロ市による商標出願を、悪意に基づく剽窃的なものと評価すべきではないと思われる。

なお、オスロ市が出願した商標のうち2点を図1(判決文より引用)に示す。

図1 オスロ市が出願した商標



## 2. 欧州自由貿易連合裁判所(以下「EFTA 裁判所」)への意見照会

オスロ市の出願に対し、ノルウェー産業財産庁の上級審にあたるノルウェー産業財産権審判部<sup>12</sup>は、商標に「識別性(自他商品識別力)」がないこと等を理由に登録を拒絶したが、同時に、著作権の存続期間が満了した作品に商標登録を認めることは、商標法上の公序良俗規定に抵触するのではないかとの疑いを持った<sup>13</sup>。

そこで、同審判部は、著作権の消滅後の作品に商標登録を認めることが、欧州連合商標指令2008/95/EC(以下「EU商標指令」という。)<sup>14</sup>上の公序良俗規定に違反するか等の問題について、EFTA裁判所に質問書を提出して意見照会を行った<sup>15</sup>。本判決は、EFTA裁判所がこれに回答する形で出されたものである。

以下に、ノルウェー産業財産権審判部からの質問事項と、それに対するEFTA裁判所の回答のうち、公序良俗規定に関する部分を抜粋して紹介する。

**【問1】** 著作権による保護の期間が満了した作品について商標登録を認めることは、EU商標指令3条(1)(f)の公序良俗規定<sup>16</sup>に抵触する可能性があるか?

・EFTA裁判所の回答: 著作権による保護の期間が満了した作品から構成される商標について商標登録を認めることは、それ自体、必ずしもEU商標指令3条(1)(f)の意味における「公序良

俗」に反しない。

**【問2】** 作品が著名で文化的な価値が高いものである場合、判断に影響を与えるか?

・EFTA裁判所の回答: 芸術作品から構成されている表示(sign)に商標登録を認めることが、「良俗(accepted principles of morality)」に違反するかどうかは、当該加盟国におけるその作品の地位や評価等によって決まる。

作品を不正に使用したり冒流したりするおそれがあれば、そのことも判断に影響する。

**【問3】** 問2で例示した要素以外に、どのような要素が判断に影響を与えるか?

・EFTA裁判所の回答: その表示(sign)がパブリック・ドメインに属する作品のみから構成されており、それについて商標登録を認めることが社会の基本的な公益に対して重大な脅威となるような場合には、EU商標指令3条(1)(f)の「公序(public policy)」違反を理由として登録を拒絶し得る。

以上が、パブリック・ドメインと商標登録に関するEFTA裁判所の見解である。

そこで、次項では、従来の運用と比較して、この見解がどのような意味を持つのか述べる。

## 3. 欧州における従前の運用

### (1) 従来の運用と「モナ・リザ」事件

従来、ドイツをはじめとする欧州諸国では、著作権と商標権は保護の目的を異にしている点に鑑み、原則として著作権と商標権による二重保護を許容する立場が取られてきた<sup>17</sup>。

一方で、著作権の存続期間が満了した芸術作品に関する商標登録の可否が争われた事例は過去にもあった。

例えば、ドイツ連邦特許裁判所は、著名な絵画「モナ・リザ」からなる商標の登録の可否が争われた事件において、「モナ・リザの絵は様々な広告において頻りに利用されているので、一般公衆はモナ・リザを見たとき、出所の表示としてではなく、単なる広告の道具として捉えるだろう。」と指摘し、識別性(自他商品識別力)がないことを理由に登録を拒絶した<sup>18</sup>。

このように、欧州諸国では、著名な芸術作品

を利用した商標出願に対し、「公序良俗違反」ではなく「識別性の欠如」を理由に登録を拒絶するという運用がとられている<sup>19</sup>。

## (2) 従来への運用の問題点

しかし、商標の識別性は指定商品・役務との関係で相対的に評価されるものであり、使用状況によっても変化し得る。たとえ著名な絵であっても、特定の商品のマークとして使用し続けることにより、事後的に識別性を備えるようになる可能性は否定できない<sup>20</sup>。

そのため、芸術作品を利用した商標を「識別性の欠如」を理由として拒絶する運用については、「使用を継続すれば拒絶理由を回避できる可能性があるため、パブリック・ドメインに関する商標権の発生を完全には阻止できない」との批判があった<sup>21</sup>。また、文化的な価値の高い著名な芸術作品については、特定の者に商標を独占させることを不安視する声もあった<sup>22</sup>。

## 4. EFTA 裁判所の見解<sup>23</sup>

### (1) パブリック・ドメインの原則

EFTA 裁判所は、本判決の中で、著作権による保護期間が有限である理由について、「創作物の自由な利用を促して芸術の自由を確保するため」であるが、他方で「創作物を商業的な欲望から保護する意味もある」と述べた。

また、「パブリック・ドメインとは、作品について個々の保護や排他的な権利がない状態をいう。いったん公表された創作物は、パブリック・ドメインに帰属するのが原則である。言い換えれば、作品がパブリック・ドメインとなるのは著作権の保護期間が経過したからではない。保護はパブリック・ドメインの原則に対する例外である。」とも述べ、パブリック・ドメインの定義と原則を確認した。

### (2) 公序良俗違反に関する判断

EFTA 裁判所は、EU 商標指令の公序良俗規定の「良俗」について、「平均的な感性と寛容性を備えた合理的な消費者の立場からみて不快に感じるかどうか」という従前からの判断基準を用いるべきと判示した。

その上で、「芸術作品の中には、国の文化遺産の重要な部分や、主権の象徴、国の基盤と価

値観の象徴として特別な地位に位置づけられるものもある。作者の価値観や作品に込められたメッセージと矛盾するような商品又は役務について商標登録された場合には、その商標登録自体が、作品の不正使用や冒涇とみなされるおそれがある。そのため、芸術作品の商標登録が、その国の平均的な消費者からみて不快に感じられ、結果として『良俗』に反する可能性があることは否定できない。(下線筆者)」と述べた。

また、公序良俗違反に関する判断は個別具体的にを行うべきであり、商標自体の構成だけでなく、「その国における作品の認知度や指定商品・指定役務との関係等を考慮に入れるべき」であるとも述べている。

一方、「公序」の解釈については、「パブリック・ドメインに商標登録を認めることが社会の公益にとって重大な脅威となる場合」には、「公序」に反し、登録を拒絶し得ると判示した(下線筆者)。

### (3) 本判決に対する評価

EFTA 裁判所が示した見解は、「パブリック・ドメインとなった芸術作品に商標登録を認めることは、原則として公序良俗違反に該当しないものの、例外的に公序良俗違反となる場合があり得る」というものであり、例外を認めた点が画期的である。また、公序良俗違反の検討にあたり、作品の社会的評価や指定商品・役務との関係を考慮すべきと述べた点も興味深い。

なお、EFTA 裁判所は、オスロ市の「市が作品の維持管理を行ってきた以上、市による商標登録を認めるべき」という主張については特に意見を述べていないことから、本件においては、出願人が誰であるかという点はさほど重要視されなかったものと推測される。

従来への「識別性の欠如」に基づく拒絶理由は、使用の継続により克服される可能性があるのに対し、公序良俗違反は、使用を継続しても克服することのできない絶対的な拒絶理由である。

その意味において、本判決は、パブリック・ドメインの保護という公益上の要請を重視したものであり、実務家からも好意的に受け止められている<sup>24</sup>。

本判決を受け、今後、ノルウェー産業財産権審判部がどのような判断を下すのかが注目される。また、本判決は欧州諸国にも影響を与える可能性があり、今後の動向を注視したい。

## 第4 日本におけるパブリック・ドメインの取り扱い

### 1. 特許庁における運用

#### (1) 近年の取り組み

特許庁では、実体審査の指針を示す商標審査基準<sup>25</sup>と、より詳細な運用を示す商標審査便覧<sup>26</sup>を作成して一般に公表している。

商標審査基準は、平成27年から平成28年にかけて産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会に設置された「商標審査基準ワーキンググループ」（以下「商標審査基準WG」という。）における審議を経て、平成29年3月に全体的な改訂が行われた。

現行の商標審査基準において、パブリック・ドメインに直接言及している部分は見当たらないが、平成29年3月に開催された第24回商標審査基準WGにおいて「歴史的・文化的・伝統的価値のある標章についての取扱い（案）」<sup>27</sup>が配布され、以下の方針が確認されたことは注目に値する。

①「建造物、絵画、彫刻、工芸品など」及び「古くから親しまれている楽曲や俳句のフレーズなど」を「文化財等」と位置づけ、今後、文化財等を表した標章については、自他識別標識として機能するか、また、登録となった場合、他人の業務遂行を阻害しないか等の観点から、包括的かつ網羅的に検討を行い、審査の公正性、透明性、予見可能性を高めるため、可能な限り客体について類型化を行った上で、取扱いを明記すること。

②当該取扱いについては、商標審査基準を補足する位置づけのものとなることから、商標審査基準の改訂は行わず、商標審査便覧として記載すること。

#### (2) 商標審査便覧

商標審査基準WGでの審議の結果を受け、平

成29年8月に、商標審査便覧の新たな項目として「42.107.07 著名な絵画等からなる商標登録出願の取扱い」が作成され、公表された。

以下にその一部を抜粋して紹介する<sup>28</sup>。

#### ①公序良俗規定（商標法4条1項7号）

「著名な絵画等」に関する公序良俗規定の運用については、以下の記載がある（下線筆者）。

「(前略)このような著名な絵画等からなる商標について、何ら関係のない者に登録を認めることは、著名な絵画等の名声、顧客吸引力を無償で利用する結果を招来し、客観的に、公正な商品又はサービスに関する取引秩序の維持に反するものである。

また、著名な絵画等としての評価や名声等を保護、維持することが国際信義上特に要請される場合や、商標登録に対し国民や地域住民の心情を害し、社会公共の利益や社会の一般的道徳観念に反する場合、当該絵画等と何ら関係のない者が行った商標登録出願は、公の秩序または善良の風俗を害するおそれがあるものと認められるため、商第4条第1項第7号に該当すると判断する。なお、上記判断に当たっては、既に著作権が消滅しているか否かは問わない。」

#### ②識別性の要件（商標法3条1項6号）

次に、識別性要件の運用については以下の記載がある（下線筆者）。

「著名な絵画等は、様々な者によりデザインや装飾として商品等（例えば、『マグカップ』、『被服』、『スマートフォンケース』等）に利用されることがある実情から、需要者が商品等に付された著名な絵画等に接した場合、単に商品等の美感や魅力の向上のために用いられるデザインや装飾の一種として選択されたものと認識するにとどまり、自他商品役務の識別標識としては認識しない場合がある。

したがって、出願された商標が、著名な絵画等のみを表してなり、指定商品又は指定役務との関係から、出所識別標識として認識されるというよりも、デザインや装飾の一種として認識されるにとどまる場合は、『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』（商第3条第1項第6号）

に該当すると判断する。」

### (3) 特許庁における運用の特徴

本稿の執筆時点では、絵画等以外の芸術作品に関する商標審査便覧は公表されていないが、彫刻や音楽等についても同様のアプローチが採られると想定した場合、特許庁における公序良俗規定の運用には以下の3つの特徴がある。

①作品の著名性を考慮する。

②出願人が作品と関係のある者であるかどうかを考慮する。

③著作権が消滅しているかどうか（パブリック・ドメインであるかどうか）を問わない。

そうすると、パブリック・ドメインのうち「著名な」作品については、商標登録が拒絶される可能性がある一方で、著名でない作品については商標登録が認められる余地があるといえる。

また、作品が著名であっても、先に紹介したオスロ市のケースのように、作品の管理を行っている者が出願した場合には、商標登録が認められる可能性もあるように思われる。

一方で、識別性要件の運用は、先に紹介したドイツの「モナ・リザ」事件の考え方と類似するものである。著名な作品をそのまま商標として出願した場合、装飾の一種と認識され、識別性がないと判断される可能性が高いであろう。

### (4) パブリック・ドメインの商標登録の例

パブリック・ドメインを利用した商標登録が認められた例としては、安藤広重の版画（同第5794753号）、菩薩半跏像の写真（同第5116429号）、姫路城の写真（同第1824883号）、神社の写真（同第4012102号）等があり、作品と関係のない者が出願しているケースもある。

但し、これらの登録例は、先に紹介した「著名な絵画等」に関する商標審査便覧が作成される前に登録されたものである。新しい商標審査便覧の下で、今後どのような商標に登録が認められるのかが注目される。

## 2. 裁判所における判断 ～「赤毛のアン」事件（知財高裁平成18年9月20日判決）

パブリック・ドメインのうち、絵画・彫刻・音楽等の芸術作品に関する商標登録が問題となった事例は見当たらないが、小説のタイトルに

関する商標登録が争われた事例として、「赤毛のアン」事件<sup>29</sup>を以下に紹介する。

本件は、カナダの作家モンゴメリによる小説「赤毛のアン」の原題「Anne of Green Gables」について、原告が原作者の遺産相続人である被告らの承諾を得ることなく商標出願したことが、公序良俗規定に違反するか否かが争われた事案である。なお、出願の時点で原作の著作権の存続期間はすでに満了していた。

知財高裁は、商標法4条1項7号の「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標」の解釈について、「①その構成自体が非道徳的、卑わい、差別的、矯激若しくは他人に不快な印象を与えるような文字又は図形である場合、②当該商標の構成自体がそのようなものでなくとも、指定商品又は指定役務について使用することが社会公共の利益に反し、社会の一般的道徳観念に反する場合、③他の法律によって、当該商標の使用等が禁止されている場合、④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、⑤当該商標の登録出願の経緯に社会的相当性を欠くものがあり、登録を認めることが商標法の予定する秩序に反するものとして到底容認し得ないような場合、などが含まれる」と述べた<sup>30</sup>。

また、「本件著作物のように世界的に著名で、大きな経済的な価値を有し、かつ、著作物としての評価や名声等を保護、維持することが国際信義上特に要請される場合には、当該著作物と何ら関係のない者が行った当該著作物の題号からなる商標の登録は、『公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標』に該当すると解することが相当である。」と述べた上で、「赤毛のアン」がカナダの重要な文化的遺産であり、日本とカナダの友好関係に重要な役割を担ってきたこと、カナダでは原題が公的標章として保護され、私的な利用が禁じられていること、本件著作物が大きな顧客吸引力を持ち、何ら関係のない民間企業に商標登録を認めて使用を独占させることは相当ではないこと等を総合的に考慮し、公序良俗規定に反すると判断した。

本判決で問題となったのは小説のタイトルで

あるが、著作物という点では共通するため、絵画・彫刻・音楽等の芸術作品についても参考になる部分があると思われる。

### 3. 今後の課題

#### (1) 公序良俗違反の判断基準

現行の商標審査基準及び商標審査便覧には「赤毛のアン」事件で示された判断基準が盛り込まれており、公序良俗違反の判断に際しては、商標自体の構成だけでなく、指定商品・役務との関係や出願経緯等が総合的に考慮される。

そうすると、「赤毛のアン」事件のように、他に正当な権利者となるべき者が存在する状況で別の者が出願を行った場合には、公序良俗違反と判断される可能性が高いと考えられる。

これに対し、正当な権利者となるべき者が不明である場合や、作品の管理者自身が出願を行った場合には、どのような判断がなされるのか予測困難な部分が多いため、今後の事例の蓄積が待たれる。

#### (2) 商標審査便覧の細分化

特許庁は、商標審査便覧の中で、文化財等に関する項目を細分化している。例えば、先に紹介した「著名な絵画等」に関する項目は、「絵画及びイラストレーション」のみを対象としており、彫刻は対象から除かれている<sup>31</sup>。

商標審査便覧を細分化することにより、審査官ごとの判断が統一化されるというメリットはあるものの、その一方で、個々の事案に即した柔軟な判断がしにくくなるおそれもある。

芸術作品は、表現形式を問わず、創作性や社会に与える影響等の面で共通していることから、審査手法はできるだけ共通化し、審査官が法の趣旨に沿って柔軟に判断できるようにすることが望ましいと思われる。

#### (3) 出願人と作品の関係

日本では、「作品と関係のない者に商標登録

を認めるべきでない」という点が強調されているため、反対に、作品と関係のある者であれば商標登録が認められやすいような印象を受ける。

しかし、モナ・リザのような著名な作品の場合は、広範囲に利用者が存在しており、特定の者に商標権の独占を認めると社会に与える影響が大きい。また、神聖なイメージを持つ作品を娯楽商品の商標として登録する場合のように、商標登録が作品の価値を損なうケースもある。

そのため、筆者は、たとえ出願人が作品と関係のある者であっても、商標登録を無制限に認めるべきではないと考えている。

## 第5 総括

著作権法は、著作権が消滅した後の著作物について、社会全体の共有財産として自由な利用を認め、それにより新しい著作物が展開することを期待している<sup>32</sup>。パブリック・ドメインに帰属した作品について商標登録を認めた場合、かかる法の趣旨に抵触するおそれがあるため、商標登録の可否は慎重に判断する必要があると思われる。

筆者は、パブリック・ドメインに関する商標登録は公序良俗違反と評価できる場合があるとした EFTA 裁判所の見解には賛成である。

一方で、国際調和の観点から見ると、個々の作品の著名性や評価は国によって異なるため、国ごとの判断にばらつきが生じることはやむを得ない。とはいえ、その作品が他国において高い名声を得ている文化的遺産である場合には、日本もそれを尊重し、安易に商標登録を認めるべきではないと思われる。

本稿が、パブリック・ドメインと商標権に関する今後の議論の一助となれば幸いである。

- 1 日本では、立体商標は平成9年4月から、音商標は平成27年4月から登録が可能となった。
- 2 紋谷暢夫『知的財産権法概論』、87頁（有斐閣、2006）
- 3 商標法29条「商標権者、専用使用権者又は通常使用権者は、指定商品又は指定役務についての登録商標の使用がその使用の態様によりその商標登録出願の日前の出願に係る他人の特許権、実用新案権若しくは意匠権又はその商標登録出願の日前に生じた他人の著作権若しくは著作隣接権と抵触するときは、指定商品又は指定役務のうち抵触する部分についてその態様により登録商標の使用をすることができない。」
- 4 著作権の存続期間は国ごとに異なる。例えば、米国、欧州連合（EU）加盟国では著作者の死後70年である。
- 5 パブリック・ドメインには、①保護期間の満了により公有化された著作物、②承継者不在により公有化された著作物、③権利放棄により公有化された著作物の3つの類型がある。なお、[http://www.jcea.info/Q&A\\_1.html#Q3](http://www.jcea.info/Q&A_1.html#Q3)を参照。
- 6 欧州自由貿易連合（EFTA）の現加盟国はアイスランド、ノルウェー、リヒテンシュタイン、スイスであり、いずれもEUには加盟していない。また、EFTA裁判所は、EFTA加盟国のうち欧州経済領域（EEA）にも加盟している国（現在はスイスを除く3か国である）を管轄する国際的な司法機関である。
- 7 EFTA Court, 6 April 2017, Case E-5/16
- 8 <http://www.vigeland.museum.no/en/museum/history> オスロ市が管理するヴィーゲラン彫刻公園には彼の多数の作品が展示されており、観光名所となっている。
- 9 ノルウェーにおける著作権の存続期間は、著作者の死後70年である。
- 10 Report for the Hearing, Judge Baudenbacher, 5 Oct 2016, case E-5/16
- 11 ノルウェー商標登録第276034号等。
- 12 ノルウェー産業財産審判部は、ノルウェー産業財産庁とは独立した組織である。
- 13 ノルウェー商標法の下では、識別性を欠如している商標、公序良俗に反する商標はいずれも登録を受けることができない。
- 14 EU商標指令は2016年に改定されたが、本稿では改正前の条項を引用している。
- 15 ノルウェーはEU非加盟国であるが、EEA協定によりEU商標指令の適用を受ける。
- 16 EU商標指令3条(1)(f)は「公序」(public policy)又は「良俗」(accepted principles of morality)に反する商標登録を認めていない。
- 17 Martin Senftleben, “Vigeland and the Status of Cultural Concerns in Trade Mark Law – The EFTA Court Develops More Effective Tools for the Preservation of the Public Domain” (2017)  
<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s40319-017-0621-y.pdf>
- 18 German Federal Patent Court, 25 November 1997, Case 24 W (pat)188/96  
また、日本語による解説として、茶園成樹「著作権と商標権との関係」、コピーライト、2011年8月号、11頁（2011）がある。
- 19 Senftleben、前掲17
- 20 EU商標指令3条(3)には、使用によって識別性を備えるに至った商標は、識別性がないことを理由に登録を拒絶されない旨の規定がある。
- 21 Senftleben、前掲17
- 22 欧州司法裁判所のColomer法務官は、著名な楽曲「エリーゼのために」の音商標の登録が問題となった事（C-283/01, EU:C:2003:197, Shield Mark BV v. Josst）において、「普遍的な文化遺産となっている創作物が、特定の個人によって、市場の商品や役務を識別する目的で、著作者自身も享受し得ない独占性をもって無期限に利用されることは、受け入れがたいことであると思う。」との意見を述べた。
- 23 前掲7 パラグラフ66, 92-100
- 24 Senftleben、前掲17
- 25 特許庁・商標審査基準 [https://www.jpo.go.jp/shiryu/kijun/kijun2/syouhyou\\_kijun.htm](https://www.jpo.go.jp/shiryu/kijun/kijun2/syouhyou_kijun.htm)
- 26 特許庁・商標審査便覧 <https://www.jpo.go.jp/shiryu/kijun/kijun2/syouhyoubin.htm>
- 27 第24回商標審査基準WG資料  
[https://www.jpo.go.jp/shiryu/toushin/shingikai/pdf/t\\_mark\\_wg\\_new24shiryu/05.pdf](https://www.jpo.go.jp/shiryu/toushin/shingikai/pdf/t_mark_wg_new24shiryu/05.pdf)
- 28 この他、絵画等に関する出願が商標法4条1項10号、15号、19号、同3条1項3号に該当する場合もあると説明されている。
- 29 平成17年（行ケ）第10349号・知財高裁平成18年9月20日判決
- 30 この判断基準は、現行の商標審査基準（改訂第13版）にも採り入れられている。
- 31 この他に、「家紋」「建造物の名称」「歴史上の人物名」等の項目が存在する。
- 32 著作権情報センター『実務者のための著作権ハンドブック』41頁（2014）  
（URL参照日：2017年11月6日）