

平成26年6月3日（火）

於：特許庁 16階 特別会議室

産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会

第3回商標審査基準ワーキンググループ 議事録

特 許 庁

目 次

1. 開 会	1
1. 制度改正に伴う地域団体商標の登録主体の拡充に係る審査基準の改訂について··	2
1. 新しいタイプの商標の導入に伴う審査基準の改訂について	11
1. 音商標に関する審査基準について	14
1. 閉 会	38

開 会

○青木商標課長 ただいまから産業構造審議会知的財産分科会商標制度小委員会第3回商標審査基準ワーキンググループを開催いたします。

委員の皆様におかれましては、御多忙の中、お集まりいただきましてありがとうございます。

本日は、田中委員と外川委員が所用のため御欠席でございます。

それでは、以後の議事進行は小塚座長にお願いいたします。どうぞよろしくをお願いいたします。

○小塚座長 皆様、暑い中、お集まりいただきましてありがとうございます。

本日の議題ですが、議事次第にありますとおり、1. 制度改正に伴う地域団体商標の登録主体の拡充に係る審査基準の改訂について。これは前回御議論いただいて、取りまとめて思っていたのですが、事務局で検討したところいろいろ問題が出てきたので、再度これについて御意見を賜りたいということです。それから、前回から予定しておりました、新しいタイプの商標についてまずは審査基準の改訂についてという全般的なことと、それから音商標に関する審査基準について、この3点をお願いしたいということです。

それでは資料を確認していただきますので、事務局にお願いします。

○青木商標課長 配付資料の御確認をさせていただきます。本日の配付資料は、座席表、議事次第及び配付資料一覧、委員名簿のほか、資料1の「制度改正に伴う地域団体商標の登録主体の拡充に係る審査基準の改訂について(案)」、「資料2の新しいタイプの商標の導入に伴う審査基準の改訂について(案)」、資料3の「音商標に関する審査基準について(案)」、参考資料1として「新しいタイプの商標の導入に伴う審査基準の改訂項目と法令の対応表」、参考資料2として「主要国・地域における音商標の登録例」、参考資料3として「主要国・地域における音商標の審査基準」、以上6点でございます。不足等ございませんでしょうか。

よろしいですか。

もう1点お願いがございます。御発言をなさる際には、お手元のマイクのスイッチをお入れいただきマイクを近づけて御発言いただきますようお願いいたします。以上でございます。

○小塚座長 ありがとうございました。

議 題

1. 制度改正に伴う地域団体商標の登録主体の拡充に係る審査基準の改訂について

○小塚座長 それでは議題の1に入ります。先ほども申しましたように、地域団体商標の登録主体に関係しまして再度御議論いただきたい点がありますので、基準室長のほうから御説明をいただきます。よろしくお願ひします。

○木村商標審査基準室長 それでは、制度改正に伴う地域団体商標の登録主体の拡充に係る審査基準の改訂について（案）を御説明させていただきます。資料1でございます。

資料1につきましては、商標法第7条の2第1項柱書に規定する「これらに相当する外国法人」についての判断基準です。

前回第2回ワーキンググループの開催の際に、「これらに相当する外国法人」につきましては、各委員の皆様方からさまざまな意見をいただいております。それらにつきまして、今回事務局のほうで取りまとめも含めまして、考え方を整理させていただきました。

基本的な考え方でございます。最低限、次の2項目を満たす外国出願人については、「これらに相当する外国法人」として認められるのではないかと。

最初ですけれども、当該出願人が外国法における法人であること。これは当然権利行使の主体になりますので、法人であることが求められます。

それから2番目、当該外国法人が、仮に我が国において同一の組織で同一の事業を行っているとした場合に、事業協同組合その他特別の法律によって設立された法人の設立認可、特定非営利活動法人の設立認証、商工会議所又は商工会設立のための認可を得られないであろうと考えられる相当の事情が存在しないこと。要するに日本国内で設立の認可なり認証を得られるのと同じような事情があれば、これに相当するというのを法制度上認めてもいいのではないかとということです。

法人類型毎の具体的な当てはめでございます。これは、事業協同組合その他特別の法律により設立された法人の類型、特定非営利活動法人の類型、商工会議所・商工会の類型に分けてございます。

最初の事業協同組合その他特別の法律により設立された法人でございますが、中小企業等協同組合法第5条に規定する要件がございます。具体的にその下に書き起こしてございますが、目的の相互扶助性、任意加入・脱退、構成員の議決権・選挙権の平等、構成員へ

の直接奉仕、特定の政党のために利用しないこと、こういった要件でございます。

「その他特別の法律に基づく法人」についても同様の規定が定められております。

2番目は特定非営利活動法人でございますが、特定非営利活動促進法第2条及び第3条に規定する次の要件、すなわち、特定非営利活動を行うこと、目的の公益性、営利を目的としないこと、任意加入・脱退、各社員の表決権の平等、宗教からの分離、特定の政党のために利用しないことを求めています。

最後ですけれども、商工会議所・商工会につきましては、商工会議所法第4条、第6条及び第16条に規定する次の要件を満たしていない場合ということで、地区内における商工業の総合的な改善発達を目的とすること、社会一般の福祉の増進に資することを目的とすること、営利を目的としないこと、任意加入・脱退、特定の政党のために利用しないこと。

「商工会」についても、同様の規定がございます。

以上、今回追加されましたNPO法人、商工会・商工会議所、あるいはこれまでの事業協同組合その他特別の法律により設立された法人につきまして、個別にこういう類型に当てはめた上で、「これらに相当する外国法人」なのかどうかというのを具体的に判断していくような基準に改訂していきたいということでございます。

説明は以上でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

地域団体商標制度というのは、結局その地名という、そういう意味では本来特定の私的主体に独占させるにふさわしくないものを商標として登録させるということですから、こういう主体の要件というものを絞っているはずなのですが、外国法のもとで設立された主体について、どういう形で絞っていくかというので、非常に苦労されてこのような方向感を出していただいたということです。どの点についても御自由に御発言いただけましたらと思います。いかがでしょうか。

本多先生。

○本多委員 前回外国の法人につきまして、それがはっきりしない場合には証明書等を管轄官庁又はそれに準ずる機関の証明書を提出するという基準がございましたが、こちらはなくなったと考えてよろしいのでしょうか。

○小塚座長 いかがでしょうか。

○木村商標審査基準室長 証明書、設立根拠法、あるいはそれがない場合に、監督官庁の証明書を求めていくというのはやり方としては変わっていないのですが、今回は飽くまで

も類型として、こういう類型の場合にはこういう要素で判断したらどうかというところを基本に書いてございます。それが例えば法規自体に加入自由の定めがないような場合には、今までと同じように監督官庁の証明書なりに具体的に書き込んでいくというのは同じでございます。

○小塚座長 ここに書いたのは、実体的なルールの方向感を書いていたので、これを基準に落とすととなるとまたどういう形で証明するかということがあって、それについては前回と同じような記述が入ってくる、こういう理解ですね。

池田先生お願いします。

○池田委員 先ほどの本多先生のコメントに絡むところですが、外国官庁などから証明書を提出してもらおうとして、それは日本語であることが前提となるのでしょうか。

○小塚座長 実務上いかがですか。

○木村商標審査基準室長 実務上はその国の言語で出していただくのが通常なのですが、その審査のために、審査官の理解を深めるために翻訳文も提出していただいているのが現状でございます。

○池田委員 ありがとうございます。

もう一つございまして、「2. 法人類型毎の具体的当てはめ」のところ、「次のような事情がある場合には、「これらに相当する外国法人」には該当しないこととすべき。」とありますが、この「事情」というのは、下に挙げられた要件を満たさない場合という意味でいいのですね。

○木村商標審査基準室長 そういうことです。

○小塚座長 よろしいでしょうか。何々の法人というふうにした下に丸をつけて、これこれの要件を満たしていない場合と書かれた、この「場合」という読み方ですね。それでよろしいですか、池田先生。

○池田委員 はい。

○小塚座長 林先生、お願いします。

○林委員 ありがとうございます。この整理の仕方は多分文章では、基準ではもうちょっと変わっていくものだと理解しているのですが、そもそもが地域団体商標で、商標法7条の2の文言から考えますと、まずは括弧書きで書かれている「当該特別の法律において正当な理由がないのに構成員たる資格を有する者の加入を拒み又はその加入につき現在の構成員が加入の際に付されたよりも困難な条件を付してはならない旨の定めがあるも

のに限る」と、これが出発点だと思います。

これに相当する外国法人というときには、少なくとも最低限として今挙げられているうちの①は外国法の法人で、②のところでは今言ったような定めが法律上あるというのがまず一番目に来て、直接今の文言に該当する条文が法律上ない場合にはこういう場合には相当の事情というので、まずは当てはまるという場合と、今書いておられるのは、得られないであろうと考えられる相当な事情がない場合という二重否定の形での限定の仕方になっているので、これは二番目に来るのだと思います。

その上で、今個別に挙げられているところなのですが、例えば中小企業等協同組合法を挙げられているのですが、中小企業等組合法において、確かに第5条には任意加入脱退の定めというものはあるのですが、商標法7条の2で言っている、まさに正当な理由がないのに云々という文言がある条文は、中小企業等協同組合法では第14条に加入の自由という条文がありまして、そちらが来るので、まずはそこを入れていただいた上で、準じてというのでこれが来るのだと思います。

ほかも同じでして、地域団体指標の7条の2を制定するに当たってこの文言を入れたのは、ほかの各団体の法の設立においても同じ文言で加入の自由の条文がつけられているが故だと思いますので、そういった段階をつけた書き方が法律の条文とは対応しているのではないかと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。今の御指摘は事務局の基本的な理解とは合致していますか。確かにここに外国法人が仮に思考実験として、日本法に基づいて設立しようとしたら、要件を満たすかどうかというのが出てきますが、それは当該外国法人の外国における設立根拠法で、はっきり日本法と同じことが書いてあるというのはその前にまずあって、それが書いていない場合にその思考実験を始めると、こういうことであると、この理解は事務局の認識と一致していますか。

○木村商標審査基準室長 書き方の問題なのですが、我々もそういう認識を持っているのですが、当然加入自由の定めとか法律上の文言が直接書いてある部分については、これまでと同じように最初に来ると考えておりますので、書き方はこちらのほうで工夫させていただきます。

○小塚座長 もうちょっと申し上げると、加入自由なら加入自由ということが根拠法に書いてある場合と、根拠法にはないのだけれども、例えば定款などでそういうことを書いてあるのでこれは丸だという場合とがありますので、ここで当てはめの問題にしたのは後者

のほうだけなのですね。前者のほうはある意味で当てはめをするまでもなく、はっきりわかるわけですが、それははねるという趣旨ではもちろんなくて。したがって、基準には前者も一言入れたほうがいいのでしょうね。論理的にはそういう御指摘ですね、林先生。

○林委員 まさに論理的でして、今言ったように対応する法律に明文で、こういった加入の自由についての文言があるという場合はポジティブのほうの要件ですね。今書かれている要件はその次のネガティブのほうの要件で来るのだと思うのです。それをさせていただいた上で、最初に本多先生とか皆様方からあったように、法律以外に例えば定款とかバイロウだとか、又は所轄官庁の長の証明書だとか、そういう中で今言った加入の自由が保障されているとか、そういうことを書き込んだものが出てくれば、「準じて」ということが言えるのではないかと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。それはそのように書いていただくということで。これは池田先生がおっしゃったことの逆なのですが、恐らく先生方は代理人をされると、この基準を逆に外国語に訳して見せて、こうなっていると。そういうことをなさる。そういうときに、日本の特許庁としてはここが一番悩むところなのだというのだけが書いてあると、そもそもこの基準全体はどういうつくりなのだということになりますので、こちらからすると当たり前に見えることも一応書いておいて、外国人にもわかっていただけるということは大事だと思います。

加藤先生どうぞ。

○加藤委員 日本弁理士会の加藤でございます。

特定非営利活動法人の例のところの裏面に、「宗教からの分離」という文言がございます。私はヨーロッパの依頼人の仕事をするところがあるのですが、その場合に修道会などが母体となっているNPOのような形で、ワインであったり、織物であったり、クッキーであったりというものをつくっている団体がございまして、こういったものはこれで排除される形になってしまうのでしょうか。

○小塚座長 いかがでしょうか。

○木村商標審査基準室長 その「宗教からの分離」の解釈にもよると思うのですが、我が国の場合、NPO法人自体は、宗教からは一定の距離を置いているという解釈でやっているとしますので、それと同じようなことが、その団体の実情がわかるようなものであれば認められる可能性はあると思うのですが、そこはケースバイケースで、実態を見

ていかないとわからないかもしれません。

○小塚座長 加藤先生、今のようなことでよろしいですか。

実は私もちょっと同じようなことが気になっておりまして、「特定の政党のために利用しないこと」というのがその下にあるのですが、これも国によっては一政党が政府と結びついている国がありまして、まさに地方の団体みたいなものは政党と結びついているということが十分考えられます。この基準はそれを排除するという趣旨では多分ないだろうと思うのですが、その辺も少し書き方を考えたほうがいいのかもかもしれませんね。

何か案がありますか。

○木村商標審査基準室長 これは日本の法律ですので、当然民主主義というか、複数政党を前提として特定の政党のために利用しないとか、まずそういうことを言っているのだと思いますので、それと同じようなことが求められる。もちろん国によっては政党制のあり方が違うところもあるかと思うのですが、我々と同じような考え方で担保できているようなもの、これもやはり実態を見ていかないと何とも言えないところはありますが、その実態を見ながら判断していくことにならざるを得ないのかなと思います。

○小塚座長 そうですね、基準の書き方はなかなか難しいですね。考え方として、一つの考え方は多分「原則として」という言葉を入れて、柔軟にするというのが一つの書き方です。

もう一つは、当該国の事情に照らしこれらの要件を考慮すると、我が国における云々の法人に相当するとは言えない場合とか、何かそんな書き方をするか。そうすると加藤先生御指摘の修道院でワインをつくっている場合も、多分そこで宗教性があっても、それは、その国の事情のもとでは、ある種の公共性がある団体だと言えるというのが読み込めるかもしれませんね。

余り私が話してもいけませんので、委員の先生方から御意見、御提案等ありましたらおっしゃってください。あるいはその他の点も含めていかがでしょう。

小川先生、お願いします。

○小川委員 前回このところについては座長と事務局に一任しことになっているのですが、特に事務局のほうで気になっているところはどこかあるのですか。明示的に、まずそこをおっしゃっていただけると議論になるのかなと思うのです。今の特定の政党を含めてですけれども。

○小塚座長 少し御懸念を御説明ください。

○木村商標審査基準室長 特定の政党という個別の要件に着目しているというよりも、今まで審査基準の中で、こういう組合も含めてなんですが、特に今回追加されました商工会・商工会議所、それからNPO法人について、具体的なこれに相当するというところの解釈が今まで示されていなかったというのがございます。そうすると、これに相当するという要件なり団体の実質なりが、どこを見て判断すればいいのかということになってきますので、一定の指針になり得るようなもの、例えば今後審査基準の見直しをしていくに当たって、こういう団体の場合には、こういう団体の実態があれば同じような類似性でも判断してくるとか、そういったものをきちんと原則として書いていきたいというのが今回の趣旨でございます。そういう意味では、今まで書いてなかったところをきっちり見て、審査官なりあるいは外部から見ても、予見性の高いものにしていきたいというのが一番の我々の基準に書いていきたいというところでございます。

○小塚座長 そういうことだそうですね。

○小川委員 分かりました。そうであれば各根拠法が今手元にないので、ここに書いてある項目が本当にそうかどうか確認できないのですが、各根拠法規に基づいてこれに相当するというものを書き出したということであれば、これで結構かと思えますし、先ほどの特定の政党との関係では、小塚座長がおっしゃった案でうまくまとまるのではないかと思います。

以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほか何か御指摘、あるいは御提案等ありますでしょうか。

前回一応お任せいただいたのですけれども、ここを改めて書こうということになったので、今御意見を頂戴しているということです。

林先生どうぞ。

○林委員 念のためくどいようですが、商標法7条2との関係でいけば、独占の弊害との調整をとるために、この正当な理由がないのにという要件が課されているわけですので、これに相当する外国の法人という相当性を見るときに、第一に来るのはこの独占との関係で、正当な理由がないのに加入の自由が阻害されていないかという、そこを押さえるといのが基本だと思いますので、下に挙げられている条文よりも、まずはその条文が来るのだろうと私は考えています。

○小塚座長 申し訳ありません、先ほど林先生の御発言をまとめさせていただいたときに

根拠法のことを申し上げ忘れていたのですが、それもございました。つまりここは設立の場合の要件の条文を引いておりますけれども、その要件の具体的な紙は別途書き出されているところがあるということですので。これはどういうふうを書くのですか。

例えば中小企業等協同組合法であれば、5つを並べた後で、5つについては5条に規定する次の要件と書いて、5つを並べた上で、以上につき例えば14条等参照とかそういうふうを書くのですかね。14条の任意加入・脱退だけ書きますと、それは独占の弊害との関係でこういう要件を課しているというのは、大体学説上そういう考えだと思いますけれども、例えば立法の際等にそれを明示しているかということと必ずしもそうではないので、ここにはほかにもこういう趣旨があるという御議論になりますと、学説の争いになりましたなかなか難しいので、そこは設立の要件の中小企業等協同組合法で言えば5条という、この条文自体は書いておきたいということだと思っております。ですから、それに加えて14条を指摘するというのをどういう形で入れ込むかということですね。

基準には脚注というのはありましたか。

○木村商標審査基準室長 ないです。

○小塚座長 そうすると括弧を使いながら、あるいは5条の要件を書き出した後に、2条のうち任意加入団体については、14条でと規定されていることに特に留意するとか、そんなような書き方で重要な条文を指摘するというあたりですかね。そんな感じでいかがでしょう。

ちょっと違いますか、林先生。

○林委員 私の理解になってしまうかもしれませんが、商標法7条の2で、冒頭にある国内の組合については括弧書きで、加入に制限がない旨のそういう定めがあるものに限ると限定された上で、これに相当する外国の法人でございますので、飽くまでも相当の対象になっているオリジナルの部分も、この14条の加入制限というのはまずはあるのだろうと私は考えているので、脚注というよりはもうちょっと上のレベルで、はっきりそれが書いてあるものに限らないといけないのではないかと。でも、その法律がなければもちろんそれに準じて、それをどこで読み込むかということになると思うのですが、実質的に加入の自由が担保されているような法人でなければ、外国の法人としては認められませんということが、どこかで押さえられるような基準になればと思っております。

○小塚座長 ありがとうございます。もちろん私もこの括弧内は非常に大事なことだと思っていて、そういう意味で何らか強調する基準にしたいと思っておりますが、今の御指摘

で言いますと、これは別に括弧内に書いてあることだけが要件なのではなくて、事業協同組合の要件が例えばA、B、Cとある。これは当然書いてあって、プラス括弧内でこの非差別性というものがあるものに限るということで、これがいわばA、B、Cの後にDとついていると、こういうことですので、そのDだけを見ているわけではないのです。事業協同組合であることで、当然に備えているA、B、Cという属性も書かれていて、それが全てA、B、C、Dについて相当する外国の法人で受けていますので、私はこの条文は、任意加入・脱退、あるいは非差別性のところだけを取り出すわけではないのだと思います。

○林委員 並列的になっていただければ結構ですので。

○小塚座長 ありがとうございます。それではそういうことで。しかし非常に重要なところですから、この要件の肝と言ってもいい部分ですから、そこはよくわかるようにまた考えさせていただきます。

そのほかいかがでございましょうか。よろしいでしょうか。

そうしましたら、本件については次のように進めさせていただければと思います。前回にも申しあげましたようにパブリックコメントにこれをかけて、法の施行までに基準として制定しなければいけないということがありますので、本日の資料1は具体的な文言を示していないということで、そういう意味では委員の皆様には大変申し訳ないのですが、しかし、今考え方について御議論いただき、非常に重要な御指摘もいただき、それをどう受けとめるかということも一応私のほうでまとめさせていただきましたので、これに基づいて文言を書き起こす作業をとりあえず事務局のほうでやらしていただく。

それを、次回お集まりいただくのを待っているとなかなか大変なので、委員の皆様にご覧いただく機会をとりとめます。そのことを条件として、広い意味で事務局と私とのドラフティングにお任せいただけましたらと。そういう意味で委員の皆様にもお返ししますので、今日御欠席の先生方にもお返ししますので、そういう条件で一応ドラフティングについては改めてこのワーキングに諮ることをせずに進めさせていただいて、パブリックコメントにかけさせていただきたい。そういうふうをお願いしたいのですけれども、よろしいですか。

ありがとうございます。それではそのように進めさせていただきます。事務局は大変ですけれども、よろしく願いいたします。

2. 新しいタイプの商標の導入に伴う審査基準の改訂について

○小塚座長 それでは次の議題は、新しいタイプの商標の導入に伴う審査基準の改訂全般に関することです。資料2に基づいて御説明をいただきます。基準室長からお願いします。

○木村商標審査基準室長 資料2でございます。新しいタイプの商標の導入に伴う審査基準の改訂について（案）です。

制度改正の概要でございますが、今般の制度改正によりまして、商標の定義、これは第2条でございますが、色彩や音を新たに追加しております。それから、文字や図形等が変化するもの、これは動き商標やホログラム商標を想定しております。あるいは経済産業省省令で定める商標、これは位置商標を想定しておりますが、こういったものについてその出願手続の規定が整備されております。これは改正商標法の第5条になります。

具体的には、「商標の詳細な説明」を新たに記載事項として、又「経済産業省令で定める物件」の願書への添付を規定し、これらが商標の内容を明確に特定できない場合には拒絶の対象としております。これは改正商標法第5条5項、それから拒絶査定第15条になります。

それから、審査においては、「商品等が通常有する色彩及び発する音」等の識別力がないものを商品等の「特徴」として規定し、登録要件を満たさないものとして拒絶の対象としました。これは改正商標法第3条1項3号の中に、「特徴」というのは入れております。

なお、こうした商標についても、使用により識別力を獲得した場合には登録が可能となりますが、この場合においても、商品等が当然に備える特徴のみからなる商標については独占に適さないことから、その登録を排除すべく新たな拒絶理由を整備しました。これは現行法でいきますと、立体形状に関する規定が4条1項18号になっておりますが、これらを含めた形で、当然に備える特徴ということで、色、音、今後入ってくるのであろう政令で定める商標とかを対象とすべく、当然に備える特徴という文言で対応しております。

2. 商標審査基準改訂の基本的な考え方でございます。今般の制度改正に伴いまして、新しいタイプの商標、先ほど申し上げました色彩、音、動き、ホログラム、位置の5タイプですが、に係る登録要件、不登録事由及び出願方法について審査基準の改訂の検討を進める。具体的な改訂項目については、次のとおりです。

(1) は識別力に係る登録要件。これは審査基準第1、3条1項、3条1項3号、3条1項5号、3条1項6号、その他になります。

(2) 不登録事由ですけれども、これは審査基準第3、第4条1項及び3項、第4条1項

7号、11号、18号、その他になります。

(3) 出願方法ですけれども、審査基準第1、第3条第1項、第3条1項柱書、それから第5条ということになります。第5条というのは、先ほど申し上げました商標として特定できない場合には拒絶の対象になるというところです。

商標審査基準改訂の具体的な整備の方向ですけれども、審査基準の改訂については、関係する政省令の整備動向を踏まえつつ、タイプごとにその出願方法、審査等について順次検討を行っていきたいと考えております。まずは音商標について検討を行って、その後、色彩のみからなる商標、あるいは変化する商標といったその他の商標について順次検討を進めてまいりたいと思っております。今回の第3回商標審査基準ワーキンググループにおいては、特に「音商標」について以下の項目について検討を行いたいと思っております。

(1) 識別力に係る登録要件。これは一番皆様御関心のあるところだと思いますが、自他商品役務の識別力のない例、使用による識別力を認める場合についての考え方。

(2) 不登録事由。商標登録することが公序良俗に反すると考えられる公益的な音商標の取り扱い。これは4条1項7号になります。音商標における類否については、音商標の特性に応じた、類似する例、あるいは類似しない例について検討を加える。これは4条1項11号になります。それから、改正商標法第4条1項18号において新たに追加された商品等が当然に備える特徴についての具体的な例、考え方。

(3) 出願方法ですけれども、願書に記載する「商標見本」、「商標の詳細な説明」、それから「物件」、これは音声ファイルを想定しております。これらについて、商標の内容を特定するものと認められる例を中心に検討を進めていきたいと思っております。

以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは資料2について、先生方の御意見をいただきましたらと思います。前回、加藤先生に御指摘いただきましたが、どういう順序で議論を進めるのですかというそれについても一応事務局からお答えをいただいたということですので、いかがでしょうか、どの点でも御意見、御質問等お願いします。

池田先生。

○池田委員 前回もコメントしたところであるのですが、今回は音商標を検討する。次回は多分別のもの。更に次回は別のものでやっていくと考えるのですが、全体での整合性については、場合によってはどこかで確認する機会を設けていただけないかなと考えており

ます。

○小塚座長 ありがとうございます。これは日程的には可能ですか。

○木村商標審査基準室長 ある程度我々検討が進んでいった段階で、当然識別性だったら識別性のところで、全体が漏れのないような形で資料をつくってお示ししていくことを考えておりますので、それは進め方を見ながら順次提供できればと考えております。

○小塚座長 そういうことでよろしいですか。あるいは資料のつくり方として、例えば音について議論したものを、次回簡単にまとめて参考資料に出すということをするのと御議論の中で整合性がとれるかもしれませんね。

その他の点はいかがでございましょうか。加藤先生。

○加藤委員 資料2の(3)出願方法のところに出てくる文言で、かぎ括弧で「商標見本」という言葉がございます。これは新しい条文にどこかに出てくるのでしょうか。「商標登録を受けようとする商標」が正しいのではないかと思うのですが、その認識でよろしいでしょうか。

○小塚座長 いかがでしょうか。

○木村商標審査基準室長 今回、音商標を入れることによりまして、特に書き方が文章で書いたり楽譜で書いたりということも出てきますので、あるいは詳細な説明というのは登録商標の解釈の参考になり得ると、そういう解釈規定になっておりますので、そこは見本のところを切り出ささせていただいて、わかりやすさの観点から、「見本」と「説明」と「物件」という書き方にさせていただいたところです。ただ、御指摘のとおり商標登録を受けようとする商標ということは、我々はもちろんそういう認識なのですが、書き方として見本の中に何を採用していくのかという話になってきますと、いろいろなタイプがあると思いますので、そこはわかるような形で書かせていただきました。御指摘のところはそのとおりだと思います。

○小塚座長 今の御説明でよろしいですか。

基準には「商標見本」という言葉は出てくるのですか。まだそこまでは詰めておられない。今の基準でもその言葉はあるかもしれないということですか。

○木村商標審査基準室長 失礼しました。「商標見本」というのは我々通例で言っている言葉ですので、そこは「商標登録を受けようとする商標」ということにさせていただきます。

○小塚座長 資料に書く分には別に便宜のために理解しやすいのでいいと思いますが、最終的には基準をつくるときには、その言葉では出てこないということですね。

○木村商標審査基準室長 はい。

○小塚座長 分かりました。

○加藤委員 済みません、理解がしづらかったものですから。「商標見本」って何なのだろうということに頭が行ってしまったものですから、できればこれは、5条に言う商標登録を受けようとする商標だということで議論を進めさせていただきたいと思います。

○小塚座長 それはよろしいですか。

○木村商標審査基準室長 分かりました。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほかいかがでしょうか。特に御質問等ございませんか。

もし御意見がないようであれば、この紙は1. の制度改正の概要というのは、制度を改正してしまいましたので今更我々がどうすることはできません。ただ、2. の審査基準改訂の基本的な考え方と、3. のその整備の方向というか、審議の方向も含めて、これは当ワーキングとして判断しなければいけないことですので、御意見がないようであれば、この2、3の進め方についてはここで御承認をいただきたいと思いますし、逆にいいますと、その関係で御意見があるようであれば御指摘をいただきたいということでございますが、よろしいですか。

それでは、この資料2の2、3に書かれているようなことで、今後順次基準をつくっていくということで進めさせていただきたいと思います。よろしいですか。

ありがとうございます。

3. 音商標に関する審査基準について

○小塚座長 それでは、今度は音商標についてということでございますので、音商標に関する審査基準（案）について事務局から御説明をお願いしたいと思います。基準室長、お願いします。

○木村商標審査基準室長 資料3、音商標に関する審査基準について（案）でございます。

1. 概要。音商標の審査については、欧州、米国における運用も参考にしつつ、識別力や類否に関する判断基準等を、審査基準において可能な限り、明確化することが出願人にとっての予測可能性及び審査判断の適切性・公平性の確保の観点から必要と考えています。

又、当該審査基準に基づいた判断を適切に行う観点から、出願人に対して、どのような

資料の提出を求めていくのかということも、あわせて明確にしていく必要がございます。

2. 識別力について御説明させていただきます。識別力ですけれども、今後、欧米主要国における登録事例、登録拒絶事例を個別に精査していく必要があると考えておりますが、これまでの商標制度小委員会における議論を踏まえますと、例えば、識別力が認められるもの、識別力が認められないものとして、次のようなものが考えられるのではないかと整理をしております。

(1) 識別力が認められるもの。これも飽くまでも例でございます。音商標が言語的要素を含む場合(例えば、一定のリズムを背景に日本語で製品名・企業名等を読み上げる場合)、当該言語的要素が例えば企業名等を表すものとして出所を認識させる場合には、原則として、商標に識別力が認められるのではないかとことです。

(2) 原則として識別力が認められないもの。これは使用により識別力が認められる場合を除くということですが、①商品の本質的機能を発揮するために、意図的又は非意図的に生じることが通常である音。これは例えばということで例を出しておりますが、「シュワシュワ」という泡のはじけるような音が、指定商品「炭酸飲料」に使われたような場合。それから「シュー」というのはスプレーの音が、指定商品「スプレー式殺虫剤」に使われるような場合。こういった場合には識別力は認められないのではないかと。あるいは、単音であるとかこれに準ずるような極めて単純な音も、基本的には識別力がないのではないかと。あるいは楽曲は、クラシック音楽や歌謡曲を認識させるようなものについては、商標というよりは音楽そのものとして認識されるのが多いのではないかと整理でございます。

諸外国の例を見ますと、諸外国の審査実務で、アメリカですけれども、通常の用途で音を発するような商品の音。例えば、目覚まし時計、アラーム又は信号音を出す機器、電話、個人用セキュリティアラームについては、そこから出るような音、「ピピピー」とかそういった音については、使用による識別力を獲得した場合に限り登録できるものとしていっていることですので、こういったものは一義的には識別力はないということで拒絶になるということです。

それから、イギリスですけれども、イギリスは次の場合、実際に識別力があることの証明が求められるということで、例として、1音又は2音からなる簡単な音、チャイムとして普通に使用されるような音楽、娯楽サービスに関連するよく知られたポピュラーミュージック、わらべ歌、これは子供を対象にした商品又は役務との関係でございます。それから、特定の国、地域において生産される商品又は提供されるサービスと密接に関連する音

楽、これは幅広い定義になっておりますけれども、こういったものについては識別力がないものとして、拒絶の対象になります。

オーストラリアですが、次の場合、識別力がないとされておりまして、商標が「ガラスが割れる音」、例えば「ガチャーン」とかそういったものが指定役務「ガラスの修理」、それから、商標「よく知られたクラシック音楽」、指定役務「オーケストラの演奏」に使われるような場合。それから、商標が「音楽用の合成音」、指定商品が「電子音楽の合成のためのソフトウェア」、こういった場合には識別力がないという例として、審査基準に明記されております。

(3) は使用による識別力を認めるべき場合です。使用による識別力の判断については、通常商標と同様に、使用に係る商標及び商品・役務の使用開始時期であるとか使用期間、使用地域、当該商品・役務の販売数量等並びに広告宣伝の方法、回数等を総合的に考慮して、需要者が何人かの業務に係る商品・役務であることを認識することができるかどうかということ判断したらどうか。これは音商標であるが故に、特段、通常商標と別に考える必要はないのではないかとということです。

他方、音商標特有の問題としては、同一性の認定をどう判断していくのかというのがございます。例えば、言語的要素が含まれない音商標の場合、リズム、メロディー、ハーモニー、音色があると思いますけれども、こういった基本的な要素がほぼ同一であることが必要ではないかということです。

あとは使用の証明を出してくる使用証拠書類の中に、出願された音とは別の音が含まれている場合もございます。そうすると、その音だけではないので、基本的には組み合わせられた音同士で使っているという認定がなされますと、なかなか同一性の認定が難しいことになってきますけれども、そういうのは含まれていたとしても、当該出願商標の音それ自体が需要者に強い印象を与えて、独立して出所表示として認識させる場合には、同一性を認めることが適切ではないかと考えられます。

これは立体的形状の中に文字が付されている場合、立体的形状だけで識別力を獲得しているのかどうかというのは、よく争われる場合ですけれども、これはミニマグライト事件であるとかCoca-Colaのボトル事件ですけれども、これらも当然立体形状の中に一部文字が含まれている場合があるのですが、実際には同一性の判断においては、そういった文字があったとしても、立体形状の識別性の獲得の妨げにはならないという判断がなされておりますので、ここも同じように考えていけば、その他の音が含まれていたとしても出願商

標が強い印象を与えるという認定ができれば、同じように考えていっていいのではないかとのことです。

次のページは不登録事由です。不登録事由については、公序良俗に反すると考えられる公益的な音商標の取り扱い、それから類否の考え方、更に、新たに4条1項18号に追加された、商品等が当然に備える特徴について、その内容を明確にする必要があります。

(1) の公益的な音商標の取り扱い。現行4条1項7号ですけれども、公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標を拒絶の対象としております。音商標を指定商品・役務に使用することが社会公共の利益に反するような場合や、他の法律によってその使用等が禁止されている商標、特定の国若しくはその国民を侮辱する商標又は一般に国際信義に反する商標も含まれてくるところでございます。

例としては、当該音商標に含まれる言語的要素が、それ単体で出願された場合に、公序良俗に反するものと判断されるものについては、同じような判断がなされるのではないかと。例えば、特定又は不特定の者に対して侮辱的な言語的要素を含むような商標。これは4条1項7号の対象にしていいのではないかと。それから、緊急用のサイレン、国歌（外国のものも含む）等の公益的な音ないし音楽も、4条1項7号の対象になり得るのではないかと。

それから、(2) 先願に係る他人の登録商標との類否です。ここが一番難しいところなのですが、4条1項11号は、先願に係る他人の登録商標と同一又は類似する商標について拒絶の対象としております。商標の類否については、商標の外観、称呼、観念によって需要者に与える印象、記憶、連想等を総合して全体的に考察するというのが従来の考え方ですが、これを踏まえつつ、音商標の特性を考慮して判断すべきと考えられます。

具体的には、音商標の音の要素及び歌詞が含まれている言語的要素から生ずる称呼等を考慮した上で全体的に観察して商標の類否を判断すべきではないかと。

具体的な例ですが、音の要素のみからなる音商標の類否ですが、これは音商標を構成する、音楽、音声、自然音等の構成音それ自体とその変化（強弱等）から生ずる音又は称呼等を全体として総合的に観察して類否を判断するのが原則と考えられます。

音楽のみからなる音商標については、リズム、メロディー（旋律）、ハーモニー等が音全体にわたって共通した印象を与え、特にメロディー（旋律）が共通するような場合には、互いに類似するものとして取り扱うのが適切ではないかとのことです。

言語的要素を含む音商標の類否については、音の商標に含まれる言語的要素を抽出し、当該部分を音の商標の要部とする場合、音商標のリズム、メロディー、ハーモニー等の音

の要素を十分に勘案し、類否判断を行うべきではないか。

これは具体例でございますが、音商標で「ジェーピーオー」という商標、これは例えばメロディーがついていて、単なる「JPO」ではなくて、「ジェーピーオー」のメロディーが際立っているような場合。そういった場合には文字商標である「JPO」から生ずる「ジェーピーオー」とは、メロディーが付されている部分を考えると全体としては類似しないという考え方もあり得るのではないかと。あるいは「JPO」が単にメロディーがないような、音商標で単に「ジェーピーオー」と発音する場合には、文字商標の「JPO」と類似すると考えても問題ないのではないかと整理をしております。

諸外国ですけれども、アメリカについては、一般的な音商標に限らず通常の商標も含めてですが、他人の商標との抵触については、混同を生ずるおそれ(likelihood of confusion)の有無によって判断をしています。この likelihood of confusion を判断する要素ですけれども、商標の全体の外観、称呼、観念、コマーシャル・インプレッションと言われている商業的印象の類否。それから、商品・サービスの関連性、商取引経路の類否、対象となる取引者の状況、類似する商品に類似する商標の使用する数や特徴、出願人と先行商標権者との有効な合意があるのかどうか、そういった観点から混同が生ずるおそれがあるのかどうかというのを判断しております。ですから、ケースバイケースになるかと思うのですが、こういった比較要素を検討することになっております。

ヨーロッパについては、基本的には先行商標との類否判断は、異議申立てがなされたときに判断することになっております。

韓国においては、音は、音同士で類否を判断するというので、視覚的表現を基準に類否を判断する。この視覚的表現というのは、基本的には文字で書きあらわしたものとを比べていくことになっているようです。

(3) 特定の者による独占に適さない音。これは、登録によって商品又は役務の生産、販売、提供等を独占し、自由競争を不当に制限するおそれがあるものについては、その登録を認めないよう整備すべきではないかということで、今回4条1項18号に記載されております。想定例としては、「ピンの倒れる音」の「パーン」とか、指定役務が「ボウリング場の提供」、商標が「長く一定に響く『ラ』の音」で、指定商品が「音叉」、こういった場合には当然みんなその音を使っているわけですので、こういったものについては独占に適さないということで、具体例を示していく必要があるということです。

これは、諸外国においては機能的な商標という観点から判断されている例が多くなって

おります。アメリカにおいて機能的な商標と判断された例ですが、例えば、「大音量の振動する警報装置の性能は、使用や目的のために不可欠である。なぜなら、警報として大音量を用いることは重要であり、音と交互である振動や静音は、一定の音よりも、警報として音を用いるためのより効果的な方法であるとして、機能的であるとされた事例。」と。警報装置で音が出る場合に、大音量というのは警報装置に必要なものですので、こういったものは機能的なものであるという判断がなされた例です。

オーストラリアですが、オーストラリアは機能性に着目した拒絶事由がありませんので、基本的には識別力の判断の中で、この問題进行处理しているのが実務であります。救急車、パトカーのサイレンの音は機能的な音として類型に入っておりまして、基本的には識別力がないという拒絶の条文で登録は認められておりません。

韓国では、音が機能的か否かを判断するために、次の事項が考慮されます。イは商品の特性から発生する特定の音であるか。これはビールの栓を抜く「シュボン」という音です。ロは商品の仕様に必ず必要である、又はその商品に一般的に使用される音であるか。これはオートバイのエンジン音が挙げられております。ハは商品の販売増加と密接な原因となる音であるか。チャイムベルの音が挙げられていますが、こういったものが機能的かどうかというところで判断されております。

5 ページ目、出願方法です。音商標の出願については、商標のタイプの記載、商標登録を受けようとする商標、商標の詳細な説明、音声ファイルの提出が想定されております。

「見本」と書いてありますが、商標登録を受けようとする商標の記載については、楽譜又は文章による記述で音を特定することが適切ではないかということでございます。

参考資料 2 を御覧いただきますと、これは主要国・地域における音商標の登録例を書いております。アメリカの例は、アメリカは基本的には説明文と音声ファイルで提出を求めています。音楽の場合には、使用見本として楽譜の提出も求めています。商標の説明文と、音声ファイルの内容が異なる場合には、審査官の判断により、商標の説明文の補正がなされる場合があるという運用がなされているようです。

この登録例でいきますと、左のヨーデル風に「YAH00」と人間の声で叫ぶ音の商標なのですが、こういったものを全部文字で書きあらわして、The mark consists of the sound of a human voice yodeling “YAH00” とか、これは 42 類のコンピュータサービス、権利者は Yahoo! Inc. と、こういった形で登録を受けています。

もう少し細かい記載になりますと、右のほうに仮訳で書いてありますが、Bフラット 3

…の30音符からなる標章で、メリーメロディーズのテーマ音楽とか、こういった形で文章を書かせています。

それから、ヨーロッパですけれども、ヨーロッパは基本的に楽譜による方法で特定しています。ただし、自然音については、楽譜であらわしきれない部分がございますので、サウンドスペクトログラムというデジタル化されたようなものと電子ファイルを併せて提出するというので、特定が可能という判断をしております。

登録例でいきますと、これは楽譜の例ですが、こういった商標見本で、商標の種類はSound、第9類（ビデオゲーム）、第28類（ハンドビデオゲーム）、これはTetrisですけれども、こういった例で登録されております。

次のページです。これは割と詳しく書いてある楽譜でございますが、基本的には楽譜で特定していきます。

オーストラリアですけれども、商標の説明文と音声ファイルを要求しております。基本的には見本なのですが、楽譜によるもので説明文を書かせて、エンドースメントというところで、見本を見ながら、The mark is a sound 云々ということによってそれを補完するような文字で説明しており、音声ファイルをあわせて提出しているということでございます。

オーストラリアの場合には、ソノグラム、ヨーロッパのサウンドスペクトログラムに相当するものですが、こういったものは見本としては認めていないという運用をしておりますので、基本的には楽譜なり文字なりで書きあらわして提出するということになっているようです。

先ほどの5ページ目に戻りまして、そういう意味では、世界的には楽譜なり文章による方法で音を特定するのが通例であるということになります。楽譜によって音を特定する場合ですが、その楽譜にどこまで書かせるかというのが一つ論点になっておりますが、「音符・休符」、「音部記号（ト音記号等）」、「テンポ」、それから拍子記号、こういったもので音の変化を十分に記載させてはどうかということです。

文章によって音を特定する場合は、どの程度書かせると特定の音を想起できるのかという論点がございますが、考え方としては、音の種類、ここで言いますと猫の鳴き声、手をたたく音、風の吹く音、機械音等の音の種類に、音の長さ（時間）、音の回数、音の順番、音の変化、こういった音が変化するようなものを過不足なく書いていただいて特定していくことが考えられるのではないかとということです。

(2)「商標の詳細な説明」の記載及び添付物件（音声ファイル）ですけれども、詳細な説明と添付物件については、今回新たに改正され、願書に記載した商標登録を受けようとする商標の意義を解釈するための考慮事項として位置づけられております。したがって、詳細な説明に商標登録を受けようとする商標と異なる記載がなされた場合、あるいは商標登録を受けようとする商標と異なる添付物件が提出された場合の取り扱いについては、要旨の変更になるのかならないのかというところを含めて、具体的な事例を書き込んでいく必要があるということを考えております。

以上でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

音商標に関して、大体こんな方向感で基準をつくっていこうというアイデアを御説明いただきました。どの点についてでも御意見をおっしゃってください。お願いいたします。

小川先生。

○小川委員 まず識別力についてということで、識別力が認められるものの例と、認められないものの例ということが書かれています。そして、使用による識別力を認める場合という順番で並んでおりますが、今の説明を聞いていると、識別力が認められるというのは、基本的に企業名とかがその中に入っているようなものというイメージがあって、基本的には音の商標というのは識別力がないと判断するのかなと思いますし、私も新しいタイプの商標ですから、一般の取引者や事業者の認識からするとそうなのかなと思います。それがいいのかわかりませんが、もしそうだとすると、書きぶりなのですが、音の商標については、原則として使用による識別力を発揮したものについて登録をするということを目頭で書くべきではないかと思います。私の前提が合っていればですけれども。立体商標のときの反省を是非生かしてほしいというのが私の意見です。

○小塚座長 ありがとうございます。書き方についての反省は貴重なものですので、受けとめるとしまして、まず実質のところは、このペーパーをおつくりになった事務局としてはどのように考えているわけですか。小川先生と同じような理解ですか。

○木村商標審査基準室長 新しいタイプの商標の識別力の考え方については、これまでも商標制度小委員会、あるいは業界の方々のいろいろな意見をお聞きして、いろいろ検討がこれまで相当程度加えられてきております。音については、これまでの考え方としては、基本的には音は音として、特に一部サウンドロゴみたいにブランドとして使っている企業は確かにあるのですが、基本的にその音自体は、商標として使われていない状況もあって、

音に何か特異なものがあれば、直ちに識別力を認めていいのではないかという議論が今までではなかったように記憶しております。

ただし、音の商標を入れるに当たって、我々もどこまで識別力があるのかというのは、これからほかの国の例も参考にしながら網羅的に検討していかなくてはいけないのですが、ここに書いてあるのは、飽くまでも今まで我々が取りまとめた範囲で、少なくとも言葉の要素を含むものについて使っているようなものについては、これは十分音商標として機能していると考えていいのだと思います。ただし、それ以外については識別力が認められるのは難しいのではないかと考えております。ただ、具体的な類型をどういうふうな類型でそれを判断していくのかというのは、こちらのほうでも今後いろいろな事例を含めて整理していきたいと思っております。

○小塚座長 ありがとうございます。事務局案としては比較的コンサバティブに書いているようですけれども、ここは委員の先生方いかがでございましょうか。

池田先生。

○池田委員 重要なところですので、小川先生とかなり似た内容とはなるのですが、小川先生と同じように基本的に音というものは、今までも実際問題としてコマーシャル、その他いろいろな場面で使われており、ドラマにしるさういものが今まで自由に使えたものが、いきなりこの制度ができた結果、誰かの権利の支配下に入ってしまうようなものとなつては、産業界としてかえって萎縮してしまうと考えています。ということは、そもそも自然界に存在するような音。そうじゃなかったとしても、それに似せた音、人工的であれ自然界に存在するように思える音というものは、そもそも識別力はないのではないかと考えています。

逆に言うと小川先生おっしゃったとおり、実際には音だけ聞いても、そもそも何の音だかわからないというのがスタートだと思います。自然界の音ではなかったとしても。だとすると、使用して、「これはどこどこのコマーシャルでよく聞く音だよね」となったときに初めて登録性、識別力が出てくるのではないかと考えます。

同時に、この資料の中で冒頭にアメリカなどを引き合いに出されておられますが、例えば、アメリカなどはそもそも使用主義であり、使っている。それなりに識別力があるということが誰もが認める状態になってから出願、登録が認められるということを考えると、日本の場合は登録主義を取っているところではありますが、現実問題として審査段階では書面主義をとっており、商標として使用しているのかどうかを評価できないという環境も

ありますが、3条2項で、使用して初めて識別力が出るということが前提となってくるところではないかと考えております。

○小塚座長 ありがとうございます。重要なところですので、ほかの先生方も是非御意見をいただきましたらと思います。音商標の識別力についていかがでございましょうか。

本多先生、お願いします。

○本多委員 原則として音商標は識別力がないというふうに決めてしまってから始まるのかどうかというところは非常に問題なのかなと思っております。具体的に自然界にある音で、識別力がそもそもあると言えるものが何かというのははっきりわからないのですけれども、こちらの書き方で、楽曲でクラシック音楽や歌謡曲を認識させるような楽曲は原則として識別力がないということを書かれるということは、前提としてほかのものであれば、識別力があるという認識のところからスタート地点として読んでいるのですが、その点はいかがなのでしょう。

○小塚座長 事務局の原案はもうちょっとコンサバティブですよね。繰り返し申しますが、ここが基準を決めるワーキンググループですから、ここが方向感を決めるということだと思いますが、とりあえず資料3でお出しいただいた原案は、もうちょっとコンサバティブで、言語的要素を含む場合には音商標も識別力を持つ。それは結局言語部分の識別力が非常に大きく作用している状況だと思うのです。そうではない場合については、識別力が認められる場合が非常に限られているのではないかと、そんなスタンスで書いているわけですね。それについて池田先生は非常にはっきりしたスタンスでおっしゃって、小川先生は、それはそうなのかどうかというのが大事な問題ですねという御指摘だったと思いますが、まさにここがワーキングですので、ほかの委員の先生方も御意見を是非お出しただいて、ここで決める。決めたとこから従って事務局がドラフティングするということであると理解していますので、どうぞ御意見をいただければと思います。

加藤先生。

○加藤委員 私の理解が間違っていなければ、音商標が言語的要素を含む場合には、原則として識別力が認められるのではないかと、というのが事務局の御意見というか、この案のベースになっているところですね。

○木村商標審査基準室長 言語的要素を含むものであっても、その言語的要素部分が例えば、おいしいとか単純にそういうものであればちょっとどうかと思いますけれども。

○加藤委員 分かりました。

小川委員と池田委員の御指摘の部分は、音商標が言語的要素を含まない、いわゆる音から構成される商標の場合には3条2項の適用がなければ登録にはならないと、そういうことをおっしゃったのでしょうか。

○小塚座長 池田先生はそういう趣旨でおっしゃったのですよね。

○池田委員 そのとおりです。

○小川委員 私は、原則として。

○小塚座長 分かりました。小川先生は、「原則として」そうであった。少しニュアンスが違う。

○小川委員 かなり近いところでございます。

○加藤委員 分かりました。

私としては3条2項の適用がなければ、原則として音のみからなる商標の識別力が認められないという御意見には反対です。企業はいわゆるサウンドロゴと呼ばれるものについて非常に巧妙にといいますか、非常に練り上げてつくってきます。それがたとえ使用されていても使用されていなくても、それを聞いただけで、どこかの企業、どこかのある特定の出所を示すと考えられる場合は往々にしてあると私は信じております。ですので、原則として3条2項適用でない、という御意見には反対でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。池田先生は恐らく御意見があろうと思いますが、できましたら林先生、それから先ほど本多先生は問題提起だけされましたが、どういう方向感かお立場があれば、御発言いただければと思います。

○本多委員 私も原則として3条2項じゃないと取れないという出発点に立つのは違うのではないかという気がしております、まだ具体例が挙がらないのですけれども、特殊な音をいろいろ工夫された音であれば、識別力がある場合も存在しているのではないかと、ということで、原則として3条2項からというのは、ここに書くことではないのではないかと、という考えです。

○小塚座長 ありがとうございます。

林先生。

○林委員 私個人の意見として申し上げさせていただきますが、方向感についてもこの場で言うとするとは結構大きな話になるので、私としては今回の表現ぶり、書き方の順番の問題のような気もしております、順番としてはこれでよろしいのではないかと考えております。実際問題としては、もともとこの新しい商標の話が出てきたときも、3条2項で

認める場合が多くなるであろうということをございましたけれども、こうして理論的に整理するに当たっては、(1)、(2)、(3) という組立てでいいのかなと思います。ただ、自然音という言葉での例が見当たらないので、(2) の①から③のところに、①の場合分けで入るのかもしれないのですが、もう一つ、自然音というくくりの例があってもいいのかなと思います。

○小塚座長 自然音は池田先生が出された中で重要な例でしたね。それはちょっと私も気になっていました。逆の例として小委で議論した、引き合いに出されたかもしれませんが、パソコンを立ち上げる時には、あれをおつくりになるメーカーのほうで非常に工夫されて、OSが変わるたびに変わった音が出ますけれども、非常にユニークな音が使われるわけです。ああいうようなのは自然音ではないし、もちろんみんなが使うので、たちまちのうちに使用が広まるという面もあるのですが、そのOSを論地したときから、これをもって出所の表示としようという意図で恐らくメーカーはやっておられるのですよね。そういうのをどう考えるかというあたりだと思います。

先ほど池田先生が手を挙げておられました。どうぞ。

○池田委員 度々済みません。確かにいろいろな企業で音、サウンドロゴというものをくり込んでいくところは間違いなくあると思います。例えば森永さん、久光さん。久光さんは言語的要素まで入っていますけれども、あと、任天堂さんなどは、ゲーム機のスイッチを入れたときに、2音ですけれども独特の音が出てくる。小塚先生が例を挙げられたとおり、実際にそういうものはすぐ識別できる状態になるのではないかと。逆に、商標権を取得したのはいいけれど、使っていないというようなものは、結局ただの音でしょうということなのではないか、自然音かどうかにかかわらず、そもそも単なる音でしかないところから、これは商標なのではないのかと、使われていくごとにフェーズが変わっていくのではないかと私は考えておりました、そうすると何が何でも3条2項の適用がないと駄目だというわけではなく、原則論というレベルでは3条2項がスタートにあってしかるべきではないかと思っております。

○小塚座長 ありがとうございます。

加藤先生。

○加藤委員 3条2項がどうかというところを先ほどしつこいほど聞かせていただいたのは、このペーパーには、※がついて「使用により識別力が認められる場合を除く」という文章が入っています。我々実務においても、3条1項3号がかかったときに、具体的な使

用状況を説明することがあります。その結果登録になることがあります、それは必ずしも3条2項適用ではありません。そういうケースを想定しますと、3条2項適用でそこから始まるというのは、ちょっと違和感があるという意味で申し上げました。

○小塚座長 ありがとうございます。使用を問題とするということと、3条2項に行くという話はちょっと違うのではないかと、そのあたりはいかがでございますか。

池田先生。

○池田委員 その点は理解しました。納得です。そのような観点で言ったとして、ちょっと話は飛んでしまうのですが、(2)の①など例示で挙げているのですが、その指定商品を明記されているということは、逆に言うと「これ以外の指定商品の場合は、識別力を認める」というメッセージになるのではないかと感じまして、できれば指定商品の記載は、特別な意図がなければ削除いただけないかと思えます。

○小塚座長 例えば、商標「シュワシュワ（泡のはじける音）」、指定商品「食品」になっていたときにどうか、それは事務局の意図としてはどういうふうにお考えなのですか。

○木村商標審査基準室長 識別力がない例の典型的なものとして、特に指定商品が限定されている場合は、わかりやすいのではないかとすることで出させていただきました。ただ諸外国の例では、オーストラリアは、指定商品あるいは指定役務との関係で見ている国もございまして、アメリカのように、一般的に指定商品なり関係なく、ありふれた音であれば拒絶するという国もございまして。

我々は法制度としては、指定商品、指定役務との関係で識別力を見ていくのが通例だと思うのですが、音商標についてもそういう考え方に立ちつつ、一方で自然音だから全てにおいて識別がないと、そういう考え方をしているのかどうかというところも議論いただければと思います。これは飽くまでも、この商品に使った場合にはこれは明らかだと思いますので、そういう例を出させていただきましたけれども、これ以外にも当然識別がないということであれば、そこを御議論いただければと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。ここの記述は、飽くまでも商品の本質的機能との関係に必要な音ということなので、例えば泡のはじける音をサッカーボールについて使うというのは、ここの問題ではないのです。識別力があるかどうかは別として、ここの問題ではないということなのですが、ただ「指定商品」と書いてしまうと、この書き方で指定商品を出してこなければいいのかということにもなりそうなので。むしろ柱書きで言う商品として「炭酸飲料」を想定するという趣旨なのです。そのあたりは基準を書くときに

注意したほうが良いように思います。

加藤先生。

○加藤委員 私もそのように思います。①だけ指定商品の表示があつて、②、③についてはないのです。オーストラリアの例が2ページ目にありますが、2年前、特許庁商標課の外部委託調査事業に、私、参加させていただいてオーストラリアに行つてまいりました。この「よく知られたクラシック音楽」、指定役務「オーケストラの演奏」というところは、パート21という向こうの審査基準に書いてあるのですけれども、私がここで、「天国と地獄」という広く知られたクラシック音楽をピアノで演奏した場合、日本人のほとんどは「カステラ」をイメージするのだという話をしたのです。それはきっと商品「カステラ」について登録になるね、というような話をオーストラリアの審査官たちからいただいたのですが、逆に③には指定商品・役務の関係がございませんので、クラシック音楽は全て駄目なのか、という感じにも受け取られてしまうかと思ひます。よつて、ここの書き方のところは、「商品の本質的機能を發揮するために」ということが①に書いてありますが、もう少し工夫して書き加えていただければと思ひます。

○小塚座長 加藤先生、③はどういう形で書いたらいいという御提案ですか。事務局の意図は、③の場合は音楽として消費者、需要者は受けとめるので、出所の表示とは見ないのではないか。まさに長年の使用の中で、カステラならカステラの宣伝に使われるというのはあるかもしれませんがともというのが事務局の意図なので、この③の原案は商品との関係にかかわらずという話なのです。ですから、それをもう少し限定したほうがいいのではないかという御趣旨であれば、どういふふうにといふのをおっしゃっていただいたほうがありがたいのですけれども。

○加藤委員 この③は、楽曲を楽曲として聞かせる場合という御趣旨なのですか。

○小塚座長 いかがですか。

○木村商標審査基準室長 例へば音の商標で、クラシック音楽、あるいは歌謡曲そのものが出願されてきたような場合を想定しているのですが、そういったものは基本的に商標というよりも音楽そのものという認識がされると思ひますので、その点から識別力はなかなか難しいのではないかという観点です。

○小塚座長 本多先生。

○本多委員 通常、長さの問題もあるかと思ひますが、アメリカなどでも、3分ぐらいのもので商標と認めるかどうかということが問題になったと伺つております。そういったと

ころはまた別の問題として判断されるかと思いますが、楽曲という場合に、大概商標として出される場合は、そのワンフレーズとか一部分を何か商品との関係で出されていくかと思いますが。そういった場合も、この楽曲という関連の中に含めて考えられているのでしょうか。

○小塚座長 それはいかがですか、例えば、よく知られた歌の一節、数秒分とかそういうことですね。そういうものはここに入るのかどうか。いかがですか。

○木村商標審査基準室長 その部分については我々も、例えばいろいろな楽曲のこの部分だけ切り出して、2秒とか3秒サビの部分だけ出してくるとか、いろいろなパターンがあると思いますけれども、そこも含めて、切り出した部分で本当に識別があるのかというところが、需要者が本当にそれを認識するのか、飽くまでも楽曲の一部として見るのか、我々も基準としてどこまで書くのかというのはありますので、その判断はまだしていませんが、我々も具体例を集めて明らかにしていきたいと思っております。

○小塚座長 事務局的にはまだ完全に固め切れていないこともあるようですが、原則として識別力が認められないものに挙げていいかどうかという問題提起ですね。このあたりはほかの先生方はいかがでございましょうか。

小川先生どうぞ。

○小川委員 繰り返しになりますが、この議論の火付け役になったので、もう一言だけ。偶然だと思いますが、私の左側に座っている方は皆さん、代理人の方です。こちらの方は企業の方です。恐らくこの代理人の3人の方以外でも、弁理士さんに聞けば、認めるのが前提だというふうに必ずおっしゃると思うのです。ただ基準というのは、最初に広げるとあとは厳しくできないのです。最初は厳しくあるべきだと思います。立体商標のときも、制度をつくったのになぜ登録してくれないのだという、これも弁理士さんから大変な批判をいただいたのですが、長い年月かけてやっとここまで落ち着いてきたのです。代理人さん、企業ユーザーも含めて、過大な期待は持たせるべきではないというのが私の考え方です。

以上です。

○小塚座長 確かに一方では、非常に有名なベートーベンの「運命」の最初の部分を、全類指定で出してくるということがあっていいかということも気になるので、原案の趣旨は、わかるところもあるのですけれども、そのあたりはどうですか。繰り返しますが、これはワーキンググループで1つの方向感を出すということですから、ここが決める主体ですか

ら、私も議論が途切れると事務局に振りますけれども、どうぞ先生方の間で御議論いただいてまとめさせていただければと思いますので、いかがでしょうか。

場合によっては、原則として識別力を認められないという、これははねますということになりますので、楽曲については何も書かないというのも一つのやり方ではあると思います。他方で、一応こう書いておいて事案が挙がってくるのを待って、判決が出て、こういうのを認めなさいという判決が出れば、その段階で初めて記述を削る。これも一つの考え方だと思います。ですから、基準はどういうものであるべきかということにもかかわりますので、それは企業であれ代理人であれ、広い意味でのユーザーの皆さんから見て、こういう書き方であるのが望ましいというのを決めていただければと思います。いかがでしょう。

商標課長。

○青木商標課長 事務局として資料の作成の中でも注意すべきことかと思ったのですけれども、商標小委の報告書で、この新商標一般についての識別力について書いているページは当然ございまして、そこでは、例えばクラシック音楽や歌謡曲として認識されているものについては、原則として識別のないものとするとか、そういった基本的な考え方も小委においては基本的なところは示されてございますので、その点も踏まえた上で、この辺のところはもっと深掘りしていくべきかと思っております。

例えば、「シュワシュワ」、指定商品「炭酸飲料」のような事例も、幾つかの類型に分けて、その商標、指定商品との関係で必須なような音の場合には、当然識別力がない。次に、それが必須ではないけれども、市場においては通常使用されるようなものであれば、それも識別力が基本的にはないのではないか。そういった議論を小委においてもしていただいた上で、ある程度のまとめをいただいておりますので、それらも踏まえながら、ここを深掘りしていければと思っております。

○小塚座長 ありがとうございます。実は私も今日、ここに来る前に小委の報告書を読んできたのです。ただ、この基準等小委の報告書も微妙に書き方が違っているところもあるのです。ですから、小委から任されているわけですから、ワーキングの場で決めていければと思います。

あるいは識別力の話が一巡しているということでしたら、少し先に進ませていただいて。また戻ることも可能です。

池田先生どうぞ。

○池田委員 今までの議論がほとんど(1)、(2)に絡むところだと思ったので、最後にと
思ったのですが、(3)に係るところで、②でリズム、メロディー、ハーモニー及び音色と
いった基本的要素がほぼ同一であることが必要ではないか。「ほぼ」というところがかなり
微妙な表現でして、現状の3条2項の運用、3条2項というよりも使用による識別力の認
定と言ったほうがいいでしょうか、に関しては比較的厳密な同一性を要求しているのでは
ないかと理解しております、そうするとこの「ほぼ」というのが、現状のものと同レ
ベルの同一性なのか、実はもっと広い同一性なのかというところで、どうも広い同一性で
いいよとも読めてしまうのが気になるところでございます。

○小塚座長 ありがとうございます。これは、「ほぼ」という表現がいいかどうかという問
題は別として、意図としてはどうなのでしょう、大体現状と同じというか、同じというの
も変な言い方ですが、文字図形で同じと言えるものと同程度のことを音でも考えるとい
うことなのですか。又、音の世界は少し違うという意図でつくられましたか。

○木村商標審査基準室長 実際に音を使っている場合に、全く同じような音を再現する
というのは結構難しいのかなと思ってまして、この3条2項の適用のところでも、例えば
書体が変わるような場合には同一性を認めないと言いつつ、ゴシック体と明朝体であれば
一定程度で認めるとか、割と幅があると考えています。全く同じような音の再現性がど
う程度可能なのかというのはあるかと思いますが、それとほぼ同じような音が出てくれば、
それは同一性を認定する妨げにはならないのではないかという考え方から、この表現にし
ております。

○小塚座長 そういう意味で言うと、扱いは現状と変わるものではないという認識でいら
っしゃるということですね。今の点はいかがでしょう。

池田先生、何かありますか。

○池田委員 考え方として、現状と変わるものではない。技術的なレベルで再現できない
もの。汎用レベルでのフォントの違いとか、縦書きが横書きとか、それと同レベルの考
え方ということであれば特にございません。

○小塚座長 ありがとうございます。(3)の使用による識別力の問題については、ほかの
先生方はいかがでしょう。

本多先生。

○本多委員 使用による同一性についてですが、立体商標の事例なども拝見しますと、以
前はかなり厳しく見ていただいていたものが、若干実際の取引のものと合った御判断いた

だいているように思います。ですから、これはこのような形で若干そういったニュアンスを出していただけると、ほかの部分においても実際の証拠として準備しやすいのではないかという認識でおります。

○小塚座長 ありがとうございます。

林先生。

○林委員 質問なのですが、2ページの(3)の③のところ、「使用証拠書類に出願商標とは別の使用する音等が含まれている場合、当該出願商標の音それ自体が」という場合の、「当該出願商標の音」というのは、音源サンプルのほうなのでしょうか。

○木村商標審査基準室長 音源サンプルを想定しています。出願商標の音源サンプルが1個あります。それとは別に使用証拠書類として、この音を出願書類として出願の音として出しました。そういった場合で、その出願の音として使っているものに別の音が実際使っているところに含まれている場合、ちょっと書きぶりの問題はありますが、そういう複合的な音になっている場合にどう判断するのかということです。基本的に例えば出願商標に使っているような音が、使用証拠書類の中で例えば3秒流れて、その後に2秒ぐらい別の音が出てきているような場合、全体としてみれば5秒ぐらいなのですが、その3秒のところでは実際の人たちは認識するというのであれば、それは独立して認識されると判断してもいいのではないかと。そういった趣旨で書いております。

○小塚座長 どうぞ。

○林委員 関連の質問なのですが、特定を楽譜でされた場合に、サンプルがその楽譜を例えばピアノで弾いたサンプルが出ていますと。実際の使用はオーケストラですという場合は、どのように解釈されるのでしょうか。

○木村商標審査基準室長 権利の基本になるのは楽譜、我々のそのメインは楽譜と考えておりますので、楽譜の中に何が書いてあるのかということになるかと思うのですが、そこに例えば楽器の種類が書いてあれば、当然添付して出してくるものも同じようなものにならないと得ませんし、実際使っているものもそれと同じような楽譜に明記されている楽器の種類になると思います。

○林委員 楽譜だけで楽器の特定がない場合もあるかと思うのですが、その場合、その音源サンプルと実際の使用するものの演奏する楽器が違うとか、あとは旋律だけの音源が出されたものがオーケストラで実際に使われていることはよくあるかと思うのですが、そういうところは総合的に考えて、トータルで同一と考えられるかどうかという判断になって

いくのでしょうか。

○木村商標審査基準室長 楽譜に書いてない場合は、当然添付ファイルで何を使っているのか、どういう楽器を使っているのかというのはわかってくると思いますので、それで全体の解釈はなされると思います。したがって、それに従ってその同一性も判断していくようになると思います。

○小塚座長 5ページに出てきますが、添付物件（音声ファイル）によって登録を受けようとする商標の意義を解釈するところということですから、例えば、登録を受けようとする商標は楽譜だけで出てきている。詳細な説明で特に楽器を指定していない。そういう状況で特定の楽器で弾いた音声ファイルが添付物件で出ていたら、原則としてその楽器でそのメロディーを弾いたものを音商標として申請したと認めよう。したがって、楽器を問わずそういうメロディーを全て音商標で取ろうとすれば、詳細な説明のところで、いかなる楽器によるかを問わずということを書いておかないといけない。そういうことになりますか。

説明的には、それはいろいろな楽器で、オーケストラでやろうとしていることを考えているのだけれども、今はオーケストラでまだ演奏したものがなくて、いわゆるデモテープのような感じで、とりあえずピアノで弾いて出願します。一般論としてはあり得るわけですね。そこは詳細な説明と添付物件の両方で解釈していくという考え方でどうかということですね。

○小川委員 今の確認なのですが、商標見本には五線譜だけ。詳細な説明にはそれらしい楽器の特定がなく、音声ファイルはピアノの演奏であったというときには、登録商標の範囲はピアノに限定されているのですか、いないのですか。確認だけです。

○木村商標審査基準室長 添付ファイルにピアノが入っていれば、当然それに限定されるのではないのでしょうか。

○小川委員 この27条の新しい3項の「考慮する」というのは、そういう読み方をするのですか。飽くまで商標見本が主であるのではないのですか。

○小塚座長 事務局いかがでしょうか。ただ、登録を受けようとする商標として出てきている、その楽譜が出てきているというのが、全ての考え得る楽器で演奏したこのメロディーという趣旨であるかどうかという、恐らくその解釈問題だと思うのです。飽くまでも添付物件は解釈の資料にすぎない。解釈される対象である商標の範囲を決めるのは登録を受けようとする商標で、いわゆる括弧つきの商標見本であって、これはそうだと思うのですが、それが楽譜で出てきているということは、「楽器を問わず」と書いたのと同じだと解釈するのか

どうかという問題だと思うのですが、事務局はもうちょっと狭くしようとしているのですか。

○木村商標審査基準室長 そこは確認させていただきます。多分商標見本の中に楽器が特定されてなければ、それはそれでいろいろな楽器で演奏され得るのは間違いないと思います。ただ、提出された音声ファイルが、どの程度考慮するのかということの問題については、我々のほうで確認させていただければと思います。

○小川委員 解釈上とても大事なところだと思います。商標見本とほかの説明や物件が主と従の関係なのか、両方とも対等な関係にあるのか、それも大事だと思いますので、よろしくをお願いします。

○小塚座長 一言申し上げておきますと、主と従の関係については明らかだと思います。登録を受けようとする商標が主である、添付物件は飽くまで従である、このことは疑いがないと思います。問題は楽譜だけで、何のそれ以上に特定もない商標見本が出されたときに、それは楽器を問わないという出願として読むのかどうかという、その解釈問題。主の部分についての解釈問題だと私は理解しています。

池田先生、お願いします。

○池田委員 2の識別力についてのほうで、使用により識別力が認められる場合を除くとか、そういったくもりもあるというところまで考慮して考えたときに、楽器、つまり音色の指定がない場合と、音色の指定がある場合で、権利の範囲がケースバイケースになってしまうことはありませんでしょうか。

更に言うと、先ほどの使用による識別力が認められるようになったときに、使用はピアノでやっていました。でも出願はピアノの演奏で、どうも識別力があるらしいとなった。ところが楽譜は楽器の指定がない。いかなる楽器であっても権利にしたいのだとなると、少しおかしなことになるのではないか。

例えば、最近テレビ、ラジオなどで聞かれる例でいくと、スターウォーズの「ダースベーダーのテーマ」という曲がありますが、原曲はオーケストラです。ところが最近ちょっとそれをパロディー化して、リコーダーで演奏している人がいる。かなり雰囲気が違う。それでもメロディーとしては全く一緒です。もし「ダースベーダーのテーマ」が権利化されたとしたときに、オーケストラで識別力を得たものがリコーダーでも識別力が得られて、権利範囲だと言えるのかということも考えていく必要があるかと思っています。

○小塚座長 ありがとうございます。少し投げかけ調の御発言でしたが、加藤先生どうぞ。

○加藤委員 先ほどの楽器の指定があるかないかというところで、楽器の指定のない楽譜が商標登録を受けようとする商標であった場合に、小塚座長のほうから、音声ファイルとしてピアノで演奏されたものが出てきた場合には、ピアノになるのでしょうかという御発言とともに、もし楽器の指定がない商標登録を受けようとする商標の場合に、あらゆる楽器での演奏を考慮したいということであれば、詳細な説明のところにその文言を書かなければいけないという御発言がありましたが、それについても再度御検討いただけるということによろしいのでしょうか。

○小塚座長 事務局には御検討いただきますが、端的にそういう扱いについて、加藤先生どう思われるかというのをおっしゃっていただいたほうが有益だと思います。

○加藤委員 私は小川委員が御指摘のとおり、商標登録を受けようとする商標に楽器の指定がなかった場合は、全ての楽器での再現が可能になる権利になるのだらうと思っております。例えばオーストラリアのエンドースメントのように、専用権の範囲を何と何で確定させるのかという問題とも絡むので、このところは是非御教示いただきたくお願いいたします。

○小塚座長 ありがとうございます。少し広めといいますか。

池田先生。

○池田委員 先ほどは投げかけ調になってしまったので、自分の結論としてまとめたものをお話しさせていただきます。使用による識別力が認められたところであるならば、原則的にはその範囲がスタートになるのではないかと。商標見本に楽器の指定があれば、そこになってしまうかもしれませんが、楽器の指定がないとしても、実際に使用により識別力を得たと認められる領域が、その権利の範囲であるということになるのではないかと考えます。

○小塚座長 ありがとうございます。これは結局最初のところで使用実績に伴わない音商標、今後これは各種の商標について出てくるわけですが、どの程度広く認めるべきかという基本的な考え方が実はこういうところにも反映されているということです。

それともう一つ、従来の商標とこれは違う点は、従来の商標の場合のずれといいますか、見本と権利範囲のずれのような話は、例えばフォントの違いということであれば、それは商標見本の図の中で比較的わかる。出願したフォントはこれである。そこからどれだけずればいいのかということは、見ればわかる。音商標の場合は、登録を受けようとする商標として書かれるもの、楽譜だというふうに今御提案がありました。それ自体私は悪い提案

だとは思いますが、そのことによって、それと実際に人間が知覚する音との間にもうワンステップある。これは従来の商標と、今回広げた新しい商標との違いなのですね。そのところをどこまで、あるいはどれぐらいゆとりを持った解釈をしているのか。まさにワーキングで考えていく話だと思いますので、非常に大事なところだと思います。

事務局に御検討いただければと投げるにしても、本日先生方の間でやや両面のお立場がありましたので、場合によっては2案つくって、A案、B案と出てきたところで、どちらがいいように見えますか、という進め方のほうがよろしいかもしれません。

ところで、ほとんど時間なのですが、私が資料を拝見して今のお立場の話が余りかわらないのではないかと思ったのが、3.の(1)の公益的な音商標、例えば他国の国歌とかについては登録させない。これは4条1項7号の関係です。それから、議論があり得るかもしれませんが、3.の(3)の立体商標の記述を広げまして、特徴という形で今度条文が書かれています、これについて例えばボウリング場の役務について、これは指定役務と書くかどうか別として、「ピンの倒れる音」というようなものについては、18号で登録を認めない。このあたりは比較的御異論が少ないのではないかと私は思ったのですが、その認識は正しいでしょうか。

小川先生。

○小川委員 直感的に思っただけなのですが、特定の者による独占に適さない音ということで書いてある想定例で、「ボウリング場の提供」や「音叉」についての音とか、その下の韓国の例もそうですが、これは3条ではないのですか。何で4条1項18号なのです。

○小塚座長 3条と4条の関係は学說的にも大問題ですが、一応18号という規定をつくったので、18号ではねることもできるということですね。

○木村商標審査基準室長 3条と4条との関係は、当然このタイプのものについては特徴と捉えて3条1項3号で認定していくというのも当然あり得るのですが、それで3条2項的に識別力を有したとしても、同業者が使わないといけないような音については4条1項18号で手当てするという事ですので、3条と4条1項18号というのは、そういう意味では3条に入るようなものも想定されると思います。

○小川委員 3条2項で登録できるようなものも、18号に該当したら駄目よというのが18号なのですが、それ以前に、3条に該当するものは全て3条ですよ。少なくともここに書いている例は全部3条ですよ。違いますか。先ほどの3条の説明との関係で申し上げているのですけど。

○小塚座長 確かにそういう面はありますが、他方で、不可欠な特徴についてわかりやすい例を出さないといけないという事務局のお立場もあったのだと思います。

○青木商標課長 例えば立体商標でも、4条1項18号の例を出してみろというとなかなか難しい。更に新商標、音とかについて挙げると一段と難しい。我々は立法の過程でも事例を挙げるのは非常に苦労したところなのですが、ちょっとこじつけかもしれませんが、例えば「ピンの倒れる音」でも、通常我々がボウリングすると、ピンが倒れる音というのは大体想定できるのですが、特殊なピンの加工がしてあって、その倒れる音が特殊であって、あのボウリング場に行くとピンの倒れ方がこうだとか、倒れる音はこうだという特徴がすごくあって、それが3条2項で認められるような特殊性があった場合でも、それはピンが倒れば音がするとか、ピンの中に何か入れればそういう音になるのだということであれば、それは「機能性」という視点で独占にはなじまないということで、拒絶すべきだというストーリーで挙げたと理解していただけないか、というものです。

○小塚座長 非常に長いストーリーが裏にあると。そうすると(3)もちょっと議論があり得るかもしれませんね。(1)のほうはよろしいですか。大体公益的なのというところの感じかなと思いますけれども。

林先生どうぞ。

○林委員 (1)はよろしいと思います。(2)について確認ですが、②の言語的要素を含む音商標の類否についてのところで、比較として、音商標と文字商標が比較で挙がっていますが、これが例えば音商標と音商標で、例の上のほうの音商標「ジェーピーオー」でメロディー等が特種な場合に、「ジェーピーオー」と言わずに同じメロディーのみの音商標が登録されている場合には、これは非類似になるのでしょうか。この文字商標との非類似というのと平行に言うと、そうになってしまうのでしょうか。

○小塚座長 簡単にそこは何か。あるいは、それは原案の中では空白ですか。

○木村商標審査基準室長 ここは音商標が言語的要素を含む場合には、文字商標とクロスサーチをしましょうというのがあったと思いますので、その考え方を示したものです。したがって、単純に言うと「ジェーピーオー」と「ジェーピーオー」であれば、クロスして類似になると思うのですが、その場合に音商標にメロディーがかなり入っていて相当印象が変わるような場合には、文字商標の権利範囲が急に拡大しているわけではないと思いますので、基本的にはメロディーが特殊であれば、非類似と考えてもいいのではないかと。

○小塚座長 それは原案にある部分の説明ですね。今、林先生がお聞きになったのは、言語的要素を含む例えば音商標と、言語的要素を含まない音商標があった。これの比較。したがって、①でもない。②で言っている文字商標との比較でもない。ただ、音のメロディー自体は共通であるという場合についてどう考えるか。あるいは、そもそもそこは基準に書かずに裁判例等を待つかというのも一つの選択ではありますけれども。

○林委員 テレビCMで既に何かそういう準備をされているようなCMも拝見しているので、決めておかないといけないのかなと思っております。

○小塚座長 池田先生、何か御発言ありますか。

○池田委員 この部分、今例に出ているケースだと、言語的要素の部分の識別力があるというのが前提に、強さ次第かなというところも考えています。「ジェーピーオー」というのが強いのかどうかさておき、仮にこれがものすごく強いものであったのであれば、メロディーの同一性というか類似性というのはかき消されてしまう可能性も現実にはあるのではないかと考えています。逆にかなり弱いぎりぎりのものであった場合には、メロディーの要素は実はかなり強く出てくるのではないかと考えています。

○小塚座長 ありがとうございます。このあたりも実は音商標の識別性をどこで見ていくかという根本問題がお立場にかかわってくるのですね。

池田先生どうぞ。

○池田委員 もう一つですが、②の最後の部分で、「当該部分を音の商標の要部とする場合」と。これで下にある「ジェーピーオー」というのが音商標の要部であるとする、要部であるならば文字商標はどんな場合であっても、文字商標「JPO」と類似なのではないですか。

○小塚座長 御指摘ありがとうございます。これも事務局によく考えていただきましょう。

いろいろ議論があるのではないかと私実はこの原案を見たときに思っていたのですが、予想どおりになりました。そのあたりは宿題をいろいろいただきまして、それから次回は、できれば音商標の次も少し問題提起をしていきたいということですので、お願いしたいと思います。やや延長しまして、申し訳ありませんでした。

それでは、次回の日程について事務局から御案内をお願いします。

○青木商標課長 本日は活発な御議論、ありがとうございました。次回でございますけれども、次回第4回審査基準ワーキンググループにつきましては、現在日程調整中でございますので、追って事務局より御連絡させていただきます。

○小塚座長 それでは、以上をもちまして本日の商標審査基準ワーキンググループを閉会とさせていただきます。時間を延長しまして失礼しました。御議論いただきまして、ありがとうございました。

閉 会