

平成26年8月8日（金）

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5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
2. 挨 捶	1
3. 色彩のみからなる商標に関する審査基準について	2
4. 動き商標、ホログラム商標及び位置商標に関する資料説明	18
5. 動き商標に関する審査基準について	25
6. ホログラム商標に関する審査基準について	34
7. 位置商標に関する審査基準について	34
8. 閉 会	37

1. 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5回商標審査基準ワーキンググループを開催いたします。

皆様におかれましては御多忙の中、大変暑い中、本日もお集まりいただきまして誠にありがとうございます。

2. 挨 捂

○青木商標課長 まず、審議に入ります前に、7月11日付で審査業務部長が就任いたしました。諸岡審査業務部長から一言御挨拶がございますので、よろしくお願ひいたします。

○諸岡審査業務部長 皆様おはようございます。7月11日付で審査業務部長に就任いたしました諸岡でございます。改めまして、よろしくお願ひいたします。

前回、第4回でございますか、7月10日の際は中尾前総務部長、これは審査業務部長兼務でこの席にお邪魔したところでございますが、新しいタイプの商標、それから地域団体商標に関するこれまでの皆様の精力的な御審議に対しまして、改めまして御札を申し上げたいと思っております。

これまで、商標審査基準ワーキンググループにおいて、4月以降大変熱心に検討を重ねていただきまして、法改正に関する事項としては地域団体商標制度の登録主体についての拡充、それから現在御審議いただいております、新しいタイプの商標についての審査基準についての御審議ということでございます。特に新しいタイプの商標につきましては、私も異動の挨拶に参りますと、新しいタイプの商標ができますねと言われ、大変関心の高さが伝わってまいります。是非、よい基準づくりに皆様のお知恵と御意見をいただければと思っておるわけでございます。

秋ごろを目途に、審査の基準案を策定していきたいということを予定してございます。また、既存の審査基準についても、読みにくいが記載があるとか、明確化すべき事項といったユーザーの皆様から寄せられている御要望も多々あると聞いております。見直しの検討を予定しておりますので、引き続き御審議のほどお願いしたいと思います。どうぞよろしくお願ひいたします。

○青木商標課長 ありがとうございました。

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。

それでは委員長、お願ひします。

○小塚座長 おはようございます。よろしくお願ひいたします。

本日の議題ですけれども、1. が色彩のみからなる商標に関する審査基準、これは前回頭出しをいたしまして、これについて議論をしたいということです。2. 動き商標に関する審査基準、3. ホログラム商標に関する審査基準、4. 位置商標に関する審査基準、この2から4については今回初めて審議にかけさせていただくということです。

それでは、配布資料を事務局から確認していただけますでしょうか。

○青木商標課長 それでは配布資料について御確認させていただきます。

本日の配布資料は、「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 「色彩のみからなる商標に関する審査基準について（案）」、資料2 「動き商標に関する審査基準について（案）」、資料3 「ホログラム商標に関する審査基準について（案）」、資料4 「位置商標に関する審査基準について（案）」、それから、参考資料1 「主要国・地域における色彩のみからなる商標の登録・拒絶例」、参考資料2 「主要国・地域における色彩のみからなる商標の審査基準」、参考資料3 「主要国・地域における動き商標の審査基準」、参考資料4 「主要国・地域におけるホログラム商標の審査基準」、参考資料5 「主要国・地域における位置商標の審査基準」、参考資料6 「改訂商標審査基準〔第10版一部改正〕（平成26年8月1日施行）」、以上の10点でございます。資料の不足等ございませんでしょうか。よろしいでしょうか。

3. 色彩のみからなる商標に関する審査基準について

○小塚座長 それでは最初の、色彩のみからなる商標に関する審査基準についてです。これは前回、資料自体は既に事務局から御説明をいただいておりますが、1点宿題が出ておりまして、8ページの④の例4の白と緑の市松の事例に関連して、現行商標法の第5条第4項ただし書きの扱い、条文番号は変わりますが、これがどのような扱いになるのかということを御指摘いただいたかと思います。

それでは、事務局のほうからこれについて御説明ください。

○木村商標審査基準室長 色彩のみからなる商標の8ページ、例4、オーストラリアの登

録例でございます。このような商標を出願する場合、商標の詳細な説明への記載と現行商標法の第5条第4項ただし書きとの関係、例えば詳細な説明に「白」であることを記載する場合、現行商標法の第5条第4項ただし書きの書面が必要になるのかという点を整理すべきという御指摘をいただいております。

現行の商標法第5条第4項ただし書きで求める書面は、省令事項になっておりまして、今回新しいタイプの商標として色彩のみとなる商標を導入するといった場合に、その色彩のみとなる商標は、商標登録を受けようとする商標と商標の詳細な説明でその内容を特定していくことを想定しておりますので、基本的には商標の詳細な説明の中にその色彩の要素を書き込み、現行の商標法第5条第4項ただし書きの書面については、提出を不要とするという方向で検討を進めていきたいと考えております。

○小塙座長 それでは今の点も含めまして、この審査基準について（案）、識別力、不登録事由の類否の部分、独占に適さない例、そして出願方法ということですが、御意見をいただきたいと思います。論点がやや多岐にわたりますが、識別力のあたりからいかがでしょうか。基本的にはこれは使用による識別力ということで考えるということです。

ここは商標審査基準ワーキンググループというよりは、商標制度小委員会でもある程度詰めているところなので、商標審査基準ワーキンググループに与えられた裁量の幅は多くないかもしれません、何か御意見等ございますか。

○林委員 この部分については、まず7月10日の議事録がまだ委員のところのチェックも来てない状況なので記憶が定かでなくなっている部分がございますが、私の記憶ではこの部分は、前回は時間がないということで特に事務局から御説明もなく、これについて意見がある方はということで、先ほどの緑のチェックマークみたいなものについての御意見があつただけだと思いますので、一応構成について事務局から御説明いただいたほうがよろしいのかなと思います。

それから、この構成について事前に各委員御覧になっていると思うのですが、何条についての現行審査基準のどこをどう変えるという議論なのかという、議論の対象との関係性がはっきりしていない部分がございます。事務局の方はもちろん頭の中に、まず大前提として審査基準や現行の審査便覧というものがあつてのことだと思うのですが、実際に現行の審査基準を見ますと、必ずしも整理された形で書かれていたり、審査基準の後に審査便覧が列挙されていましたり、その審査便覧の中に審査基準の項目、例えば立体商標なんか頗著でございますが、そういうものが幾つかあつたりするということですので、今回

この審査基準をつくるに当たっては、最初の識別性の議論が商標法第3条第1項第3号、第4号、第5号、第6号のどの話であり、それで商標法第3条第2項の話であると。そして商標法第4条第1項第11号の話。商標法第4条第1項第18号はわかりやすく区別されているのですが、その上で商標法第5条の出願方法の話であることがわかるような形で議論ができればよろしいのではないかと思っております。

○小塚座長 大きなこともいろいろ御指摘いただきまして、ありがとうございます。議事録はまだできていないかもしれません、前回、資料そのものは事務局から御説明をいただきまして、ひととおり御説明いただいた上で御質問を受けたということであると記憶しております。前回御議論いただいたから時間がたっており、前回も資料説明に加えてたしか5分か10分ぐらいの質問時間であったためにちょっと御記憶が薄いかかもしれません、そういう意味で御説明は申し上げているという理解です。

林先生御指摘の、例えば識別力の話を基準のどこに書くのかということですけれども、これは何か事務局にて腹案のようなものはお持ちですか。もちろん文案はいずれまた文案の形でお出しするとして、いかがでしょう。

○木村商標審査基準室長 今、林委員御指摘の商標法3条、第4条、第5条それぞれの具体的な審査基準への書き込みという御指摘ですが、我々も審査基準の構成、策定に当たっては、当然どの号に例えば単色のみからなる色彩、あるいは組合せが該当していくのかというのを念頭に置きつつ基準を策定していく予定です。色彩について初めて商品との関係で言うと、商品の色彩をあらわすようなものであれば商標法第3条第1項第3号、それ以外であっても商標法第3条第1項第6号とか、こういった具体的な適用条文が考えられるわけですけれども、そういうことを考えております。あるいは色彩の組合せであったとしても、基本的には識別力がその状態で発揮されているとはなかなか考えにくいという整理を商標制度小委員会の報告書においてしておりますので、商標審査ワーキンググループにおいてもそういうものをもう一度、確認したいということで資料をつくっております。

林委員御指摘の点につきましては、これが一通り終わった後に、具体的なタイプ横断的な部分も含めて、方向性を具体的な条文に当てはめて御提示して、それでまた御議論いただくという形を考えております。

○小塚座長 林先生、とりあえず今の点はよろしいでしょうか。

○林委員 このペーパー自体が基準に反映するということではなさそうですが、冒頭の「2.の識別力について」の(1)の「基本的な考え方」の中に、色彩のみからなる商標の話とし

て単一の色彩と色彩を組合せの話が混在しているところがわかりにくいかなという点が1つございます。

2. の (2) の①の話は商標法第3条第2項の話であると思いますし、②は商標法第3条第2項における使用商標との同一性の話ということは読み取れます、その次の3. の不登録事由の (1) のところが商標法第4条第1項第11号の話で、(2) が商標法第4条第1項第18号であると。そして4. が商標法第5条の話であるという整理なのがと思いますが、もう少し整理した形でペーパー自体も構成を変えたほうがよいかという気がしております。

○小塚座長 ありがとうございます。今まだ省令もない状況で、文案の形で基準をお出しできないという制約の中で議論させていただいておりますので、御指摘はしっかりと受けとめて資料のつくり方を考えていただきたいと思います。

内容についてそのほかに御意見ございますか。

○池田委員 基本的な考え方については、おおむね理解できるものと考えております。ただ、2ページの (2) の②の、先ほど林先生がおっしゃった同一性のところと関係する部分ですが、7ページの例2で挙げているような、これはCTMで黒と灰色と黄緑と赤との見本と、トラクターの写真とが提出されているというところですが、仮にこの見本での出願がされ、使用証拠としてこのトラクターの写真が出てきたときに、これは本当に同一性があるのか非常に疑問を感じます。観念はできるのかもしれないですが、直感的に見て、あのトラクターにこの商標を使っていると、本当に公報などを見た方がこのトラクターまで観念できるかというと、難しいのではないか。そうすると使用証拠と出願している見本との間の同一性については、よく見てほしいところだと思います。

○小塚座長 具体的な例が出てきますと確かに疑問に思われることもあるでしょうけれども、今の池田先生の御指摘について、ほかの委員の先生方は御意見ございますか。

2ページの (2) の②との関係でおっしゃった、これは資料の書き方の問題もありますが、(2) の②は要部判断の問題が入っているところでもありますので、それはそれとして、使用証拠との関係で7ページの例2というのは、日本では使用証拠として認められるのであおろうかという問題提起だと私は理解しましたが、いかがでしょうか。

○外川委員 今の話との関連で、6ページの下のルブタンの靴の底が赤いという例がありますけれども、これは位置に限定があるというケースでここに書かれている。ただ、ルブタンが例えれば赤色そのものを単色として取りたいということで出願ってきて、証拠としてはこれが出てきたときには、位置に限定の無い色彩として識別力があるかどうかという判

断になると思います。この使用による識別力が発生しているか否かという判断において、必ずしも出願人が位置限定して出してこなかった場合に、その証拠との関係をどう見るのか。あるいはアンケート調査でもして、この赤色は確かにルブタンだというような証拠に出してこなければ、これは位置を限定した色彩のみとなる商標であるということで審査されるのか、この例を出されると常にそこに疑問があるので、御説明していただければと思います。あるいは方針が決まってなければ、何かこういう解決方法を考えていますということがあれば教えていただければと思います。

○小塚座長 それは事務局ではどう考えているのでしょうか。このような色彩の位置が特定できるような使用例が出てきている。しかし出願は単色の色彩のみとなる商標ということで、特段色彩の位置の指定がなく出願しているということですね。その場合にこの使用例をどう考えるのかということですけれども、事務局として何かお考えはありますか。

もちろんこの使用例をもって位置の商標としても出願ができる、色彩の商標としても出願できますが、どちらであるか当然出願に明記されています。そうするとこれを色彩の商標として出願してきた場合には、審査の実務としてはどのようにになりますか。

○木村商標審査基準室長 色彩の商標として出願していただく場合には、これは色彩商標としてのタイプを記載する。その上で我々が今考えていますのは、6ページを①と②どちらのパターンかというのは、出願人の方が選んでいただくことを想定していますが、①のパターンで色彩のみを、色又はその色の組合せを記載する。その場合に確かに色は特定できるのですが、具体的にどういう形で使用するのかという説明は出てこない可能性があるということは想定されます。

我々はその場合には、色については基本的に識別力のところである程度判断していくと考えていますが、その審査の中で商標法第3条第2項の主張において、実際の使用例、例えば①のパターンで商品にこの配色で使っていますという証拠が出てくれば当然それで実際の使用の態様はわかってくるので判断できると考えております。

②のパターンについても、これは具体的に商品のハイヒールの靴底に赤色を使う。これは初めから限定して出願してきますし、詳細な説明にもそのように書いてきますし、使用証拠としても出てきますので、そこで同一性を見ながら判断していくことになると思います。

○外川委員 そうすると単色の商標登録を受けようとする商標で色彩だけを出してきて、これが商標法3条第2項の証拠としてこの靴底を出してきたときには、その同一性はどう

なるのですか。

○小塙座長 今の御指摘は、出願の記載方法は①、②と二通りある。今これは靴底を②の方法で記載しているけれども、①の方法で記載して、使用証拠として靴底が出てきている。これはどうするかという話ですね。

○外川委員 まだ事務局として答えがなければそれで構いません。

○青木商標課長 外川委員の御指摘は、この赤一色の商標登録を受けようとする商標が出てきた。そして使用証拠としては、ルブタンの靴の裏が赤いものが出てきた。そういう場合には、この赤一色で指定商品「靴」で権利主張してくるような出願は、その靴全面が赤であることを意味することになりますから、靴の底が赤という意味にはならず、それは使用証拠としては不十分となると思います。それは商標の詳細な説明で靴の底の部分が赤であるといった説明が加わってくれば、また認定が違ってくると思います。要するにルブタンの赤は、靴の底が赤であるというところで識別力を発揮しているわけですから、単に「赤」、指定商品「靴」というだけですと、そこは使用の態様が違ってくることがありますので、認定は難しいのではないかと思います。

○外川委員 わかりました。

○小塙座長 そうすると先ほど池田先生の御指摘にあった、このトラクターの場合はどうなるのでしょうか。これはむしろ位置の特定のない形で出願がなされて、そして使用証拠としてトラクターが出てくる。そこまでは基準に書かないと思いますが、事務局的にはこれは使用証拠になるのでしょうか。いかがですか。

○木村商標審査基準室長 7ページの例2の場合は、特定は難しいという認定になるのかなと考えます。

○小塙座長 ということは使用証拠との同一性というあたりで、やや保守的に判断したいということですね。

今は2. の識別力のところから、出願方法にむしろ議論がいってしまっていますけれども、不登録事由、特に類否の判断の話、それから独占に適さない色彩、商標法第4条第1項第18号とか、このあたりも含めまして何か御指摘、御意見等はありますか。

○加藤委員 不登録事由の3ページ目と4ページ目に挙がっている例について質問させていただきます。例えば4ページ目は、どちらが先願先登録でどちらが後願かというのは、一応上の括弧書きを見ればわかるのですが、3ページの例は、どちらが先願か後願か、あるいは登録されているのかどうなのかというところがはっきりしなかったので、実際の審

査基準をつくられるときには、その辺がもう少しあはつきりするようにお願いしたいと思います。

それから、4ページ目の例でこれに関連しての質問なのですが、一番上の例では、単色の商標が登録されていたときに、次に「JPO」の文字が非常に小さいものが出願されてきたときに、これは類似と考えるのが相当という例でございますが、これが例えば下の段の大きな「JPO」が出願されてきたときはどうなのかという問題が残っているかと思います。これが逆になったときに、答えが変わるような場合には、それは基準の例としては見るものとして理解が難しいので、その辺はあはつきりしていただきたいと思います。例えば、4ページ目の真ん中の(b)の例で、出願と登録の順番が逆になったときは類似とされるのでしょうか、それとも非類似とされるのでしょうか。

○小塚座長 今資料に掲載されているのは、既に登録があるほうに「JPO」と入っている例ですが、逆に単色が登録されていて、大きな「JPO」を白抜きで書いた商標が出願されてきた。こういう設定ですね。いかがでしょうか。

○木村商標審査基準室長 4ページ目の一番上の(a)の例につきましては、単色が既に登録されているということで、色自体に識別力があるという前提で考えており、今出願されている商標が「JPO」という小さい文字があるにしても、この全体を見ると大きな割合を占めているのは赤色。この色が同じだとすると、色の部分を抽出して、これは類似だという判断をしております。

他方、「JPO」という文字が大きい場合は、出願商標の「JPO」の部分をどう判断するのかということで、それが4ページ目の一番上の(a)の例の左の赤の背景色の識別力が相当程度薄まると認識される場合は、当然着目するのは「JPO」の白抜きの文字ということになりますので、そういう場合には、単色の登録されている赤商標と類似というのも難しい判断なのではないかと思います。そこは「JPO」の占める割合で具体的な判断をしていくことになると思います。

○小塚座長 今の判断で、加藤先生のお考えとは合ってましたか。

○加藤委員 そうすると4ページの例は、この選考が逆になつても回答は同じということでおろしいでしょうか。

○小塚座長 結論としてはということですね。4ページの(a)、(b)ですか。

○木村商標審査基準室長 そういうことになると思います。

○加藤委員 そうするとせっかく単色の赤い商標を登録しても、その上に同じ色に違う文

字を載せれば、次の人は登録できる形になるということでしょうか。

○小塚座長 それは後願商標の何が要部かという話ですか。いかがですか。

○木村商標審査基準室長 この審査基準で単色の商標の場合には、その商標がどう使われてくるのかというところで、最終的に混同のところで判断されていくので、この例を示すのはなかなか難しいのですが、ここではあくまでも現行の結合商標の場合の要部認定を前提として、今私が申し上げた「J P O」の文字の要部抽出の認定ができるかどうかという観点から類否を申し上げたということですので、それが委員御指摘のように「J P O」の大きい文字が入っていれば、必ずしも類似しないとか、そこまで私も言い切るつもりはないのですが、あくまでも現行の枠に沿って判断するとそういうことになるのかなということとで、この例を出しております。

○小塚座長 こういう理解で正しいですか、要するに単色の商標を出願すれば当然その要部は色である。これは疑いない事実ですね。その商標によって独占できる範囲は、その色を要部とする商標が後願で出願されてきた場合には排除できるということですので、あとは後願の商標が、その色を要部とする出願商標であるかどうかということにかかるというので、「J P O」という文字が大きく書かれている等の事情によってこの色が要部であるとは見られない商標が出願されてきたら、たまたまその色がどこかに要部でない部分に使われていたとしても、単色商標によってそれは排除されない。こういうことですね。この資料の理解として私の申し上げたことは正しいですね。

それでよろしいかどうかはこの商標審査ワーキンググループで決めることですので、皆さんの御意見をいただきたいと思いますが、いかがでしょう。

○本多委員 ただいま加藤先生の御指摘とかなりずれのある意見になってしまふかと思います。4ページ及び3ページの例においても、外形的に同じく四角の枠の中に同じような色及び商標が記されているということで、パッと見は似ているような印象がございます。ただ、先ほど御説明にありましたように、例えばルブタンで「赤」で「靴」と指定した場合には、全体の赤だと。具体的に裏だけであれば、裏の使用について権利を認めていくということになります。もともと「赤」という色については、識別力が弱いということが前提であります。

そういうことを考えますと、3ページ及び4ページの例にあります文字商標の場合、イメージとしてはラベルのようなイメージを持っております。そこが「赤」の中に「J P O」という大小を問わず小さな文字で書いてあります。ラベルがそのようなラベルが

ある。例えばユニフォームについて使用している場合、例えばグレーの中に胸元に赤いラベルがパックとついている。それが図形文字と色彩の結合商標の使用ではないか。単色の商標の場合、例えば真っ赤なユニフォームである。そういう形で使用例を特定して使用する。そういう場合に実際に本当に類似するのだろうか。というのが協会のほうから意見が出ております。

このように審査基準のほうで具体的に商標法第4条第1項第11号の例とは書いていませんが、商標法第4条第1項第11号として一律にこういった形で記述していくことがいいのかどうかというのが疑問を呈されております。審査基準にこういうふうに類似すると書かれてしましますと、審査官の方もこれに縛られてしまって、一律に拒絶をしていくことになるのではないか。それを考えますと、色彩と通常の商標については具体的なクロスサーチ、商標法第4条第1項第11号については特に難しいのではないかという意見が出ております。

○外川委員 先ほどの質問との関連で、あるいは誤解なのかもしれません、4ページの上の2つの例を考えると、上の(a)の例は類似、これは色彩を要部観察した。下の(b)の例は「J P O」の文字を要部観察したら、無地とは違いますよ。左上と右下に同じ「J P O」があって、大きい文字と小さい文字。文字の大きさによって要部かどうかを決めるとなると、この理屈だけで言えば左上と右下は非類似だということになるのですけれども、当然こういう審査基準が出れば、そう判断する人がいっぱい出るのではないかと思うのですが、それはそれでいいのでしょうか。素朴な疑問として発言させていただきました。

○小塙座長 ほかの先生方、何か重ねて御意見ありますか。

○加藤委員 しつこくて申し訳ないですが、やはり外川先生と同じような疑問を持っております。例えば単色の商標として、プロ野球興行の開催という役務に「オレンジ」を読売巨人軍が例えば登録したとします。その後願商標が、オレンジに小さく「ソフトバンク」と書いてあったとします。そうした場合には類似だけれども、オレンジに大きく「ソフトバンクホークス」と書いてあるときは非類似だということになるということなのでしょうか。それだと先ほどの外川先生の御意見ではないですけれども、その大きさでその要部を認定するような形になっていって、非常にショッキングな考え方であると感じます。

○池田委員 例えばこの2つ、赤地に「J P O」の3文字がある。2つの例を考えてみると、例えば指定商品「被服」などの場合に商標として表示されるとすると、胸にワンポイントで少しだけ入る。胸に大きくその商標が付されるわけではないという場面を考えてい

くと、実は大きな「JPO」を取っていたとしても、実際の使用態様は左上の小さな「JPO」に限りなく近い態様になり得るというと、これは先生方が疑問を呈されているようにもう少しこの部分は実際の使用態様というか、商品の包装に付された状態のときにどういうふうに見えるのかというところまで例示があったほうが理解しやすいのではないかと思っています。

○田中委員 ちょっと違う観点かもしれません、先ほどどちらが先に登録されたかという問題とも絡みまして、当然ながら、単色の商標というのは非常に登録が難しいと思います。かなりハードルが高い。これが登録されたという前提に立つ以上、それは強い商標だと思われます。そうであれば、文字が多少大きかろうが小さかろうが色が要部になってしまって、全部類似ということもあり得ると思います。そういう状況も考えずに、抽象的に議論していると、どうもうまく頭が整理できないことになるのではないかと思います。

○小川委員 基本的に私も今の考え方賛成です。それから使用態様を考えるというのは、我が国は登録主義ですから、審査の段階では無理だと思います。

○小塙座長 それでは先生方から一通り御意見が出ましたので、何か事務局から反応、あるいは反論がございますか。

○木村商標審査基準室長 御指摘の点については、確かに単色に限らず色彩の商標というのは、御指摘のとおり使用態様により、類否、混同のおそれが判断されてくると思いますので、使われ方によっては商品の一部分であるとか、ユニフォーム全体といった部分もありますので、ある程度類型化するなり、色彩商標が使用態様をある程度明確化した上で、こういった場合には現行の色彩つきの商標と類似します、あるいは類似しませんとか、そういうのを定義するような形で検討させていただきたいと思います。

○小塙座長 今私が先生方の御意見を伺っていますと、恐らくこの資料の中で先生方が大体共通して、「おや」と思われたのは、4ページの（b）の1行目に書いてある、「文字と色彩の結合商標においては、色彩は付随的要素にすぎず、色彩部分のみを要部として抽出することは適切ではないことから」とあるここが、本当にそうなのか。別に審査の段階で使用が決定的であるというわけではないですが、実際の使用例を念頭において考えれば、必ずしもこうは言えないのではないか。このあたりは大分先生方に共通して疑問が持たれているところではないかと思うわけです。

他方で、本多先生が御指摘になったその次の文ですが、「単色の商標の出願との類否判断」、これ自体をクロスサーチできないのではないかという御意見ですが、ここについてはほか

の先生方はどのようにお考えですか。単色商標と色彩を含む伝統的な商標、文字商標や図形商標、このクロスサーチによる類否判断は、基本的にはすべきではないのではないかという御意見は、ほかの先生方も同じ考えでしょうか。そこはやはりクロスサーチは、したほうがいいという感覚でございましょうか。

本多先生、商標協会で非常に強い御意見だったわけですか。

○本多委員 強いというか、実際に考えてみた場合、使用例と登録になった商標との対比を比べた場合に、本当にそれをフィックスした審査基準としてこういうふうに掲載してしまうことができるのかどうか、それでその判断が正しいのかどうかということが疑問に出ました。要するにラベルと、どうやって使用されるかわからない色彩の商標との関係で、それが一律類似というふうに決めてしまっていいのかということでございます。

○小塙座長 そうするとクロスサーチを全くしなくていいという御意見というよりは、基準の中にこういうふうに明示的に書かれると非常にインパクトが大きいという御意見でしょうか。

○本多委員 決め込んでしまうのは難しいのではないかということです。

○小塙座長 なるほど。そうすると例えば4ページの(b)の赤の単色と赤色を含む文字と色彩の結合商標が類似かどうかとか、場合によっては上4ページの(a)の小さく字が入っている事例はいいかもしませんが、特に4ページの(b)の事例はあまり出さないほうがいいのではないかという雰囲気ですか。

○本多委員 この文字の大小によって判断が変わるということではないのではないかということなので、4ページの(a)と(b)についてこうやって書かれていることが本当に正しいのか、本当に類似なのかということです。

○小塙座長 わかりました。

そうすると4ページの(a)と(b)は、文章でどこまで書くかという問題はあるかもしれません、少なくともわかりやすい例を出すというのは控えたほうがいいのではないか。それはいかがでしょう。

○田中委員 先ほどからも出ていますが、例を示す場合には、抽象化すればするほど議論がでますので、こういう場合という限定を加えた詳しい説明のほうがよろしいのではないかという気がいたします。

○池田委員 これは紙に印刷する、目に見える形にする、技術上色がついているところとついていないところを分けなければいけないという制約があるのでけれども、この4ペ

ページの2つの「JPO」の例というのは、縦の高さ横の高さも含めたこの四角の中の「JPO」という商標ですね。かたや単色の商標としての赤のほうはエッジのない、とにかくどこまで行っても赤である。技術上ある四角の中に表示しているというだけですね。そうするとこの表示のさせ方で、パッと見たときに、どちらもエッジのない赤が広がっているように理解されてしまう。そうしてしまうと左上の「JPO」と右下の「JPO」というのは事実上同じなのではないかという一方で、縦の高さ横の高さ幅まで観念した上で「JPO」の位置と大きさというふうになってくると、またちょっと変わった見方になるのではないかと感じます。

○小塙座長 そうしますとこれはどうでしょうか、審査基準の文案として出していただいたときの書き方にもよりますが、色彩が要部になるかどうかということが当然類否判断の前提として重要な前提問題である。そのことは抽象論としては間違いないと思いますし、そのことを文章で書くのはよいのではないかと思いますが、この例は基準とか便覧には出さないというのが商標審査ワーキンググループとしての意見ですか。どうしても限られたスペースで審査基準も審査便覧も書きますので、そうすると田中先生御指摘のような丁寧な説明というのは限界がありますので、そういう具体的な事例は余り入れないで、ただ抽象的な考え方を述べるという感じでよろしいでしょうか。

それから、その他の点はいかがでしょう。今類否の判断の「JPO」の部分が非常に注目されていますが、前提としてその色相、彩度、明度という三要素で判断するのだということとか、それから独占に適さないというので、そもそも商標法第4条第1項第18号に該当するのかという御議論はいつもありますが、それはともかくとして、仮に商標法第4条第1項第18号の問題としてこういうことを考えたときに、「ビール瓶」に「茶色」とか、「タイヤ」に「黒」とか、そういう色については独占に適さない。このあたりはよろしいでしょうか。

○小川委員 そこの御指摘のところは私がしつこく言っていたので、今のところは括弧書きで、「下記の色彩が使用による識別力を獲得した場合の想定例」というふうに書いてあるということですから、今後基準をつくるときにその辺を少し強調して書いていただければ、それはそれで結構かと思います。

○林委員 5ページの(2)の3行ですけれども、「独占し、自由競争を不当に制限するおそれがある色彩については、商品等が当然に備える特徴であるから」という、ここは今回の改正の商標法第4条第1項第18号の文言を書いているだけですので、審査基準としては、

ではどういう場合にそれが「商品等が当然に備える特徴である」と判断するかということを今後書いていくことが必要になると思いますが、その点、例に挙げられているものを参考に、これから考えていくということなのだろうなと思っています。

その意味では、6ページに韓国の例が挙がっております。イ、ロ、ハの3つ挙がっていて、イとハについてはそれほど議論はないと思うのですが、ロの「美的効果が、製品のマーケティング等に役立つ場合」という、これを我が国として基準に入れるかどうかという点は議論の余地があると思っております。

○小塚座長 事務局は、一般的なことは書く御予定ですか。

○木村商標審査基準室長 御指摘のとおり、現行の商標法第4条第1項第4条第1項第18号の適用は立体商標でございますけれども、立体商標の商標法第4条第1項第18号の適用においては、2つの点を確認することとしております。1つは、その機能を確保できる代替的な形状がほかに存在するのか否か。2番目が、商品又は包装の形状を当該代替的な立体形状とした場合でも、同程度の費用で生産できるものであるか否かということで、コスト的な面も含めて商標法第4条第1項第4条第1項第18号は基準として書いてあります。今後商標法第4条第1項第4条第1項第18号の具体的な商標の例としては政令で定めるということになっておりますので、政令が定まってきた段階で現行の立体商標についても当然入ってくると思いますが、林委員御指摘の点、韓国のイやハも現行の立体商標の留意すべき点、今申し上げた2点とほぼ重なる部分もあるかと思いますので、そういう点を書き込むことも検討していきたいと思っております。

○小塚座長 林先生の御指摘は、韓国の例で言うイ、ハというのは、使用や用途の面での機能性、ロの美的な効果というのは、言ってみれば商品としてなくてもいい要素のように見えるのだけれども、ある状況のもとでは美的な機能性も認める。これはアメリカでしたか、一部判例でそういうことを認める国があるので韓国はこう書いているのだと思いますが、日本としては、これはどう考えるのでしょうかという御質問だと私は理解致しました。

これは先生方にお聞きしてみましょうか。ほかの先生方は、今の林先生の問題提起についてはいかがでしょうか。

○加藤委員 私も林先生の問題提起に賛成しております。2年前の調査で、私はオセアニアを担当させていただきましたけれども、オーストラリアもこのロのような基準は除外しています。商標の本質的な標識としての力を發揮する場面を考えた場合に、このロというのは重要な事項であって、ここは慎重に考えるべきではないかと思っております。

○小塚座長 ほかの先生方はいかがですか。

○池田委員 私もほぼ同じように考えます。ただ、実際のところ例えば製品に色をつける。これは原則論としては、美的効果が製品のマーケティング上必要だからというところでありながら、現実的にそれが使われていった結果商標になり得るという点においては、同じように考えています。

○小塚座長 同じように考えているとおっしゃるのは、そこは独占させてもかまわないとということですか。その使用によって。

○池田委員 結論として識別力を発揮するものとなった場合には、登録に至ったとしてもそれは受け入れられるも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。

○外川委員 ここを決めるときはイとロとハ、私もロは要らないように思いますが、もちろんこれは例示として出すだけだと考えてよろしいですか。おそらく機能的か否かを判断するというイの上にある文章が日本語でもう少し詳細に書かれて、例えばということでイとハが出てくるようなイメージであると思えば、ロについて取り立ててここで例示する必要はないと思います。

○小塚座長 ただ、「機能的」という言葉を広く取るか狭く取るかというので、このロまで書けば広く取ることができる。広く取るということは、商標法第3条第2項で識別力が認められる場合であっても登録がなお認められないという、その認められない部分が広がるわけで、これは少し大きな問題です。

先生方の方向感としては、そこは少なくとも明示的に広く書く必要はないのではないか、機能は機能ということで限定的に書いておいてよいのではないか、そういうことでしょうか。

○林委員 今回の商標法第4条第1項第18号で、「機能」と書かずに「商品等が当然に備える特徴」という文言が使われたというところからして、「不可欠」以外の独占不適応性も考えた文言であるということだと思いますので、その点は考慮に入れつつも、かといって商標法第3条第2項の範囲が不適切に狭まってしまわないようにということはあるので、ここはなかなか書きぶりが難しいところであると私自身は思っております。

○小塚座長 そうしますと大体この色彩のみからなる商標についての審査基準の考え方について一通り御議論いただいたかと思いますけれども、何かまだ尽くしていないという点がありますか。

○池田委員 6ページのルブタンの例にまた戻ってしまって申し訳ないのですが、これは位置と色をどう指定したという観点でいくと、位置の商標としての出願もあり得ると考えます。この場合、位置の商標との間のクロスサーチというのを考えているのでしょうか。

○木村商標審査基準室長 位置商標は、基本的に文字や図形が特定の位置に付される。こういう商標の構成になると思います。既存の文字や図形については既に検索タームがありますので、その検索タームを用いてクロスサーチすることになります。

○小塙座長 それでよろしいでしょうか、池田先生。

○池田委員 はい。

○小塙座長 ありがとうございます。

○本多委員 今の関係で色彩の商標と位置の商標ということで、例えばこれをルブタンの例のように色彩の商標であるとして出した場合、でも実は位置の商標を意図していたときには、何がどう違うか。商標法第70条の適用のあるなしがあるので、権利範囲に変わってくるかと思います。そういう場合に、出願してから補正する機会というのは現実には認められないと思います。ですから、そのあたりを少し緩い運用をしていただかないと、無効理由にそのままなってしまって、ずっと無効理由を含した権利が残ってしまうことにもなり得るので、要旨変更の幅を少し緩めていただくような運用をしていただけのようか。

○小塙座長 例えば位置の商標から色彩の商標への変更を要旨変更ではないとして認めてほしいということですか。

○本多委員 原則として要旨変更になると想っています。立体商標も平面商標と出してしまっても、立体商標として直せる場合が審査便覧で認められており、そういう運用をしていただけの場所だと思います、審査基準ではないかもしれません、認めていただく必要があるのではないかという印象でございます。

○木村商標審査基準室長 色彩商標で出願したのが、位置商標と間違って出願したとか、例えば詳細な説明の中に本来出すべきタイプの商標が記載されているとか、そういう場合には、当然運用として変更が認められる場合もあると想りますので、具体的な例を書き込んでいくような形で考えていきたいと思います。

○小塙座長 それは審査基準に書くのでしょうか、おそらくその話は審査基準には出ないですよね。

○木村商標審査基準室長 審査基準か審査便覧になるかと思います。

○小塚座長 わかりました。

○青木商標課長 もちろんそういった場合の、自明な場合の要旨変更になるならないは、今の立体商標の運用に基づいて柔軟に解釈することはあると思いますが、それに先立って、我々としては、こういうケースの場合は、例えば位置商標として出願するときは、こういうように商標の詳細な説明に記載してくださいとか、こういう願書の書き方にしてくださいとか、逆に色彩のみからなる商標として出願し、ルブタンの靴の裏の赤のように色彩で権利主張するときは、こういう商標の詳細な説明の記載が望ましいと。そういったところをなるべく周知するようにしていきたいと思います。

○小塚座長 そのほか御意見ございますか。

○小川委員 細かいところですが、色彩のみからなる商標はとは、いわゆる輪郭のない色彩だけの商標という意味だと理解しておりますし、実際に出願人が願書に記載して出願するときには、8cm平方の中に全部色を塗って出すということだと思います。そうするとここでいう色彩、我が国で言う色彩のみからなる商標というのは、出願商標も登録商標も表現する場合には正方形であるべきだと思います。今後基準にこういう例を出すかどうかわかりませんが、出す場合には正方形にしてほしいと思います。

○小塚座長 今の例は確かに少し長方形ですね。これは以後気をつけてください。

よろしいでしょうか。

そうしますと、この色彩のみからなる商標について確認させていただきますが、まず2.(1)の識別力については、基本的には使用による識別力、商標法第3条第2項でなければ識別力を認められることはない。これは商標制度小委員会で既に議論されていることですので、商標審査基準ワーキンググループとしては確認というところです。そして、2.(2)の使用による識別力を認めるべき場合については、論点がやや錯綜しているのではないかという御指摘がありましたが、資料に記載しているような事例案については識別力は認められていくであろうということ。

それから、先願商標との類否について御意見がありましたのは、この文字と色彩、あるいは図形と色彩との結合商標については、あまりミスリードするような事例は出さない。それから、その図を出すときには正方形で書くということです。

それから、独占に適さない色彩については、機能的というのを我が国としては少し固めに解釈するので、美的機能性というところまで広げるようなことは書かない。少なくとも明示的には書かないということです。

出願方法として、色 자체を商標登録を受けようとする商標に記載する方法と色彩を付する位置を特定した形で商標登録を受けようとする商標に記載すると二通りがあり得るというのは、これはお認めいただいたということで。ただ、出願された色彩と使用例の同一性については慎重に判断しましょうということであったと理解しておりますが、よろしいでしょうか。

ありがとうございます。それでは色彩のみからなる商標については、今述べた内容でコンセンサスを得たというふうにさせていただきたいと思います。ありがとうございました。

4. 動き商標、ホログラム商標及び位置商標に関する資料説明

○小塙座長 それではこの先の進め方ですが、動き商標、ホログラム商標、位置商標について一括して基準の御説明をいただこうと思います。その上で、時間の許す限り御議論をいただきたいと思います。まず事務局から一括して説明いただけますでしょうか。

○木村商標審査基準室長 資料2、資料3、資料4になります。

資料2は動き商標に関する審査基準についてです。動き商標につきましては、改正法の第5条第2項第1号に「変化商標」というのが今回新たに規定されております。その「変化商標」の中に「動き商標」が含まれるということで整理しております。

出願方法については、願書の記載として、商標のタイプの記載に「動き商標」というのを書いていただく。それから、「商標登録を受けようとする商標」と「商標の詳細な説明」を特定していくということを考えております。

(1) は「商標登録を受けようとする商標」の記載方法ということで、これは海外の登録例を記載しております。動き商標は、基本的に文字や図形が動いていくということですので、その動きの特徴を把握するに十分な一又は複数の図又は写真によって表現するということを考えております。ここに書いてありますのは、6図面で鳥が羽ばたいていくものですけれども、このように動きがわかるような形にしていただく。

(2) の商標の詳細な説明ですが、構成要素としての文字及び図形といった標章の説明、標章の動きの様子、特徴、順番、それから全体の所要時間について具体的かつ明確な説明を書いていただくということを考えております。

2ページ目ですが、今1ページ目に書に記載されているO H I Mの登録例の詳細な説明ですけれども、動画を表す6枚の静止画からなります。番号1は、緑色の鳥が翼を開くた

めの出発点です。以降の図において、鳥の翼は最後の番号 6 に示されている最も高い位置に徐々に開いていく。こういったことで動きを特定するということです。

次に、識別力の基本的な考え方は、文字や図形といった標章とそれが時間の経過により変化する状況を、商標登録を受けようとする商標とその詳細な説明で特定して、全体として判断する必要があるということです。一般的に動きというのは、宣伝広告において注意喚起や装飾的効果を期待し、特定の立体的形状の機能を果たすために採用されるものと考えられます。

したがって、標章そのものの識別力の有無というのは、商標全体の識別力の判断に影響を及ぼすのではないかという整理をしております。

次の（ア）と（イ）ですけれども、（ア）は標章そのものに識別力が認められない場合ですが、この場合は、原則として商標全体としても識別力が認められないのではないかということです。

その例外として、3ページの（a）と（b）ですが、（a）は商標法第3条第2項が適用される、使用により識別力を獲得した場合には登録要件を満たす。それから、（b）は標章の動き方に識別力が認められる場合、例えば、標章の動きが軌跡として線であらわされ、それが文字や図形を形成する場合等であって、当該文字や図形等が識別力を有する場合には、登録要件を満たし得るという整理をしております。

（イ）は標章そのものに識別力が認められる場合。この場合には商標全体として識別力が認められる場合が多いのではないかということです。

使用による識別力を認めるための証拠方法としては、現行の商標法第3条第2項とほぼ同様になるのではないかということです。

4ページですけれども、動きの商標の場合には同一性の判断、CMで使われているような動画が提出される場合が想定されますが、CMは10秒とか15秒とかの時間にいろいろな要素が入ってくることが想定されます。

この場合、商標登録を受けようとする商標とどの部分で一致するのかという点を判断しなければならないわけですけれども、基本的には出願されている動き商標の部分がきちんとあり、かつ、出願商標が、そのデータ中の他の要素、例えば他の俳優さんが話している部分とかいろいろな要素があるかと思いますが、そういった要素をいろいろ検討した結果、なお今出願されている商標は需要者の目につきやすい、あるいは強い印象を与えて、そこが自他商品役務の識別標識として認識されることであれば、それは同一と認めるの

が適當ではないかという整理をしております。

同一性が認められない場合ですけれども、(b)の場合には、そもそも使用商標が出願商標と異なる場合、動き方が違う、あるいは動く標章がそもそも違う場合です。

あとは使用商標中に、他の要素が含まれていて、それが出願商標と不可分一体になっている場合には認められないのではないかということです。

不登録事由（商標の類否）ですけれども、これについては、動き商標は、その動き商標を構成する、標章とその動き方が組み合わされた全体から生ずる外観、称呼及び觀念とともに類否判断を行うのではないか。あとはクロスサーチも可能な範囲で行うという整理を行っております。

5ページ目ですが、動き商標間の類否ということで、これは軌跡が残る場合と残らない場合で例示しております。(ア)は軌跡が残る場合ですけれども、これは黒四角と黒三角が動いていて、最終的に軌跡が英語の「s u n」という文字を描くような場合です。この場合、標章は黒四角と黒三角ということで異なるわけですけれども、結局その動き方が最終的に「s u n」という軌跡を描くということですので、需要者は「s u n」というところに着目して見るとことであれば、これは「s u n」の軌跡において類似という判断をしております。

(イ)は軌跡が残らない場合ですが、軌跡が残らない場合には、基本的には残像の描く軌跡が同一又は類似であっても、全体として類似しないことが多いと考えられるのではないかと整理しています。これは先ほど申し上げましたように、基本的に識別力のある動きというのは通常考え難いという前提もありますが、この上の例は、「J P O」が上下に動き最後に真ん中でとまる。下は、パテ丸くんが上下に動いて最後に真ん中でとまる。動き自体は同じですが、そもそも標章自体は異なりますし、動き自体も特殊なものではないということですので、これは非類似という整理をしております。

次の6ページですが、これは文字商標との類否の関係を主に見ていく。文字商標、図形商標ですけれども、これは先ほどの「s u n」の軌跡を描くような動きの商標、それと文字商標の「s u n」、これは「s u n」の部分で類似としています。

下の例は、「s u n」なんですけれども、動く標章それ自体が自動車の図形ということで、これが特徴のあるものだとすると、その自動車の図形商標の部分と軌跡を描いた「s u n」の部分をそれぞれ要部抽出をして、自動車の図形商標と「s u n」の文字商標とそれぞれ類似するということです。

次の7ページですが、標章に識別力が認められ、かつ、変化する場合ということで、これは5画面ですが、星がどんどん小さくなつて、最後丸になつて、爆発するような図形が最後に出てくる。このような場合どう考えるかですけれども、基本的には最初の画面と最後に残つた画面が記憶に残りやすいということが想定されますので、この場合には最初の星、最後の爆発している図形と類似すると考えていいのではないかという整理をしております。

動きの商標については、7ページ以降は海外の登録例を記載しております。

次に資料3をごらんください。資料3はホログラム商標に関する審査基準についてです。ホログラム商標についても、先ほどの動き商標と同じように、改正商標法第5条第2項第1号には「変化商標」に含まれるものとして整理しております。

出願方法につきましては、商標のタイプの記載、商標登録を受けようとする商標、それから商標の詳細な説明を記載していただきます。

「商標登録を受けようとする商標」の記載方法ですが、ここでは海外の登録例ということで韓国の登録例を記載しております。ホログラム自体は、見る角度とか光の当たり具合によって変化して見える文字とか図形を想定しておりますので、それを一又は複数の図又は写真によって表現するということを考えております。

(2) の「商標の詳細な説明」ですが、構成要素としての文字や図形等の標章の説明やホログラムの効果、例えば立体的描写となる効果、光により反射する装飾効果、角度により画像面が変化する効果といったものについて、具体的かつ明確な説明を記載していただくということを考えております。

2ページ目が、先ほどの詳細な説明の韓国のホログラムの例です。正方形の中心部に同心円図形2個が位置し、その他の図形により構成されている商標が見る角度によって図形全体の色彩がさまざまに変化する。ホログラムの商標を正面、左、右、上、下から撮影したときに見られる色彩の代表を表したものということで、それぞれの変化する状況を説明文で書いております。

それから、1つ論点がございまして、一商標一出願ですけれども、ホログラム商標の場合には、1つのホログラムに相当数の画面が含まれ得る。そうすると一商標一出願違反という論点が1つありますが、これについては現行でも、例えば文字商標を二段書きなど複数書く、あるいは文字商標と立体商標の結合というのも、現行では商標法第6条の一商標一出願違反にしていないということですので、ホログラム商標もそれ自体が1つの商標

だということであれば、ここは一商標一出願違反にはしないという整理をしております。

識別力についてですが、識別力は文字や図形といった標章とそれが変化する状況を、商標登録を受けようとする商標及び詳細な説明から特定し、それを全体として判断する必要があります。

3ページ目に、その識別力がない例ですが、例えば「おいしい」という文字が立体的に描写されている場合で、指定商品が「りんご」の場合、「おいしい」というのは特に出所をあらわしているわけではないので、こういった場合には識別力がないと考えられます。

それ以外に、出所をあらわすような会社の名前などが入っている場合には、商標全体として識別力を肯定することが多くなるのではないかと考えられます。

使用による識別力を認めるための証拠手法としては、現行商標法の第3条第2項と同様と考えております。

不登録事由ですが、主に類否の考え方について、ホログラム商標は、ホログラムの表示面に表示された文字や図形といった構成全体から生ずる外観、称呼及び観念をもとに、商標の類否判断を行いますが、ホログラムに特有の問題がございますので、それについては4ページに類否判断を示しております。

例1ですが、これは複数表示面の各要素が不可分的に結合していると考えられる場合ですが、右に、一連で見ますと「MOUN TAIN」という山という観念が生ずる英語が書いてある。それは見る角度によって、「MOUN」という文字と「TA I N」という文字がそれぞれ表される。そういう場合には、全体として見ますと、「MOUN TAIN」ということになるかと思いますので、ここであえて「MOUN」という文字商標と類否判断を行う必要はないという整理をしております。

他方、例2ですが、各構成要素が不可分的に結合していると考えられない場合として、これは「HB G」という文字と「カタニ」という文字の2つが見る角度によってそれぞれ表されます。見る角度によって文字が異なる場合、「HB G」と「カタニ」というのはそれぞれ文字の態様も違いますし、観念的にそれらが結びつくような要素もありませんので、こういった場合には「HB G」の文字商標と「カタニ」という文字商標それぞれが浮かび上がって、それぞれを要部抽出して類否を判断することを考えております。

次に5ページ目ですが、多数の表示面に標章が表示されている場合ですが、これは6画面の中に天気のマーク、太陽、月、三日月、雲、雷、スマイルマークが入っているような場合、全体としてみるとそれぞれの6分1の割合になってくるのですが、この場合には基

本的には全体を1つとして観察し、特定の部分、この例では、図形商標の部分のみを取り出して類似だというのは考え難いということで、これは非類似という扱いにしております。ただし、三日月形が相当程度知られている、周知著名であるということであれば、要部抽出して類似になる場合もあると考えられます。

6ページ以降は海外の登録例を記載しております。

次は位置商標ですけれども、資料4でございます。位置商標については、条文上、具体的な明文の記載がございません。これは改正商標法の第5条2項第5号に規定する「経済産業省省令で定める商標」というのがございますけれども、この中で位置商標が整備されていくという方向でございます。

位置商標の構成要素としては、現行の「文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合からなる商標」であって、その商標を商品又は役務の提供の用に供するもの等に付する位置によって特定されるものということで、現行の文字、図形とその付する位置によって特定されるということになります。

出願方法につきましては、これはタイプの記載と商標登録を受けようとする商標、それから商標の詳細な説明の記載ということになります。

「商標登録を受けようとする商標」の記載方法ですが、位置商標については、商標登録を受けようとする部分を実線で描き、その他の部分を破線で描くことによって商標登録を受けようとする部分、それから、それを付する位置が特定されるように表示した一又は複数の図又は写真によって記載するということを想定しております。

その下が海外の登録例で、これはCTMの登録ですが、指定商品が「ライフル銃望遠照準器」ということで、その照準器の真ん中にゴールドのリングが記載されているという例でございます。

商標の詳細な説明ですが、ここには商品全体における位置の部位の名称、形状、特徴等について具体的かつ明確な記載を求める考えております。

先ほどのライフル銃の例ですが、この標章は、図面の中で示されるような円筒状のアイテムに施された金の輪からなる、こういった記載がなされています。

識別力の基本的な考え方ですが、位置商標の識別力には、文字や図形の標章とそれが付される位置とを、商標登録を受けようとする商標及び商標の詳細な説明から特定し、商標全体として判断する必要があります。

商標登録を受けようとする商標に実線で描かれた部分に識別力が認められる場合には、そ

の位置にかかわらず識別力が認められる場合が多くなるのではないか、と考えています。

他方、実線で描かれた部分に識別力が認められない場合、その位置によって識別力が生じることは通常考えにくいため、原則として、識別力があると認めるることはできない。したがってこのような場合には、使用により識別力を獲得することによって、需要者が出所を認識することができるようになった場合に登録が認められる、そのような方向で審査基準を整備すべきではないかということです。

3ページ目ですが、使用による識別力を認めるための証拠方法については、現行商標法の第3条第2項と同じ提出書類を想定しております。

同一性の判断については、提出書類が「文字や図形等を含む標章」の場合ですが、使用商標と出願商標が同一であって、かつ、使用商標が、その標章以外の文字図形等が付されていたとしてもなお、その商標がその位置とあいまって需要者の目につきやすく、強い印象を与えるものであって、位置商標が独立して識別標識として認識され得る場合には、使用商標と出願商標は同一と認めるのが適当ではないかということです。

同一であると認められない例としては、実線で描かれた標章が異なる場合。あるいは、実線で描かれた標章の位置が異なる場合が考えられます。

不登録事由の商標の類否について、伝統的商標の類否については、外観、称呼、観念によって全体観察を行いますが、位置商標についても、これと同じような類否判断に立ちつつ、標章に加えて位置の要素を考慮した上で、判断を行うのが適切ではないかということを考えております。

あとは立体商標と平面商標で行われているようなクロスサーチも当然行うべきではないかということです。

4ページ目に具体的な例を書いております。(1)は位置商標間の類否です。標章自体に識別力が認められない場合、左が位置商標で、商品「スニーカー」の先端部分に赤色が付されているような場合、右が位置商標で、商品が「長靴」で先端部分が赤色で付されている。こういった場合には、位置それ自体は同じような先端部分に付されており、こういった場合には類似することが多い。

それから、②は標章自体に識別力が認められる場合です。パテ丸くんの位置が、左は後ろのほうにあって、右のほうは先端部分にある場合には、位置が確かに異なるわけですが、付されている標章自体が同一又は類似ということであれば、これは全体として同一又は類似という考え方をしております。

それから、異なるタイプの商標間の類否ですけれども、これは左が位置商標で商品「スニーカー」で、パテ丸くんが真ん中に付されている例です。図形商標でパテ丸くんが商品「スニーカー」で取られているという場合には、標章自体に識別力があるということで、その部分を要部抽出して類似という判断をしております。

それから5ページ目ですが、位置商標が立体形状の左上の部分に付されているものと、右が立体商標で、右下の部分にパテ丸くんが付されている例です。これは確かに立体商標、位置商標のパテ丸くんの付されている位置は異なりますが、パテ丸くん自体が同一ということで、その部分に着目して、類似ということにしております。

②ですが、右は赤い丸で、先願未登録図形商標の例です。そもそも、こういう丸自体は通常識別力がないと想定されますので、それと位置商標で同じような赤丸がスニーカーの真ん中に付されていたとしても、これをそれぞれ比べるということはなかなか難しいので、こういった場合には類否判断は行わないという整理をしております。

6ページ目以降は諸外国の登録例でございます。例3は、パソコンのキーボードに赤い色が付されたもので、こうしたものが典型的なものになるかもしれません、その赤色自体は特段識別はないと思いますが、それが同じ位置に常に付されることによって出所をあらわすということで、位置商標として捉えている例でございます。

説明は以上でございます。

○小塙座長 ありがとうございました。

5. 動き商標に関する審査基準について

○小塙座長 それでは議論のほうは一つ一つ進めていきたいと思います。そこでまず、資料2に戻りまして動き商標ですけれども、御自由に御意見をいただけましたらと思います。出願方法について、それから識別力の考え方。動き自体に識別力を認めることはないという考え方です。そして提出資料としてどういうものが認められるのか。それから類否判断について、軌跡の有無で分けるとか、それから異なるタイプの場合のクロスサーチの場合をどうするかということですが、いかがでしょうか、どの点についてでも。

○小川委員 少し確認させてください。動きの商標というのは、標章に動きがあるところに意味のある商標というふうに理解しております。それについてこのペーパーにも書いてありますが、立法者は「動きの商標」と言いながら、動きそのものは商標の構成要素では

ないというふうに整理されたということのようです。もしそうであるとすれば、識別性の判断にせよ、商標の類否の判断にせよ、動きそのものは見ないということになるはずですが、それでよろしいでしょうかということをまず確認をさせてください。

○小塚座長 重要な点ですので、事務局から確認のお返事をお願ひします。

○木村商標審査基準室長 動きそのものは保護対象、要するに商標定義の中に入っていないということで、今回は動き商標それ自体は、現行の文字、図形といったものが変化し、その変化する状態をもって「動く」という整理にしております。ですから、現実には文字とか図形とか、よくCMとか使われているかと思いますが、例えばキャラクターが時間軸に従ってAからB、あるいはCにいろいろ変化していく。こういったものを我々は保護対象としたい。ですので、基本的には何が動いていくのかというところに着目して判断していくことになると思います。

確かに動きそのものは、抽象的な月の動き等を今回の保護対象にしているわけではないのですが、変化する状況自体に 着目して見る場合も当然否定されないと思いますので、例えば同じようなものがAからB、それからC、あるいはAからC、あるいはBとかいろいろなパターン はあると思うのですが、商標自体は全体としてどういうふうに変化するかを見る必要があると思いますので、当然その部分についても、その変化の状況は見る必要がある。要するに動きそのものではないのですけれども、その標章がどう変化しているのかというところを全体として見るということです。

○小塚座長 ありがとうございます。

○小川委員 済みません、よくわかりません。動きは構成要素ではないのですよね。にもかかわらず、なぜ見るのでかという極めて素朴な質問です。まさに今おっしゃったように識別性も類否の判断も、標章そのものだけで見ていいわけではないのか。そうしないと立法者の意思に反しませんか、という確認だけです。

○小塚座長 小川先生が具体的に、この資料のどの部分が立法者の趣旨と反しているとお考えになったのかなというのを確認しようと思ったのですが、林先生、何か御発言があればどうぞ先に。

○林委員 座長にお答え頂いた方が良いかもしれません、資料の中で「動き方」と書かれているのは、1ページの2の(1)で、「動き商標は、動きの特徴を…表現する」と書かれている。つまり「動きの表現」という意味でおっしゃっていると思われ、それが具体的には、5ページ以下のところでは「動き方(軌跡)」と書かれているわけです。ですから、

動きそのものは保護しないのだけれども、動いた結果、軌跡として「表現」されたところの標章を保護するということであり、そのときに3ページの（イ）の動いている標章自体に識別力があるか、または2ページの（ア）の動いている標章自体に識別力がなくても、その標章が動いた軌跡について識別力があれば、そこで保護しますという整理をされていると思いますので、書き方としては、2ページの3(1)の「標章の動き方」というところを、もう最初から「動き方（軌跡等）」とか入れたら、わかりやすくなるのではないかという印象を持っております。

○小塚座長 ほかの先生方、何か御発言がありますか。

林先生の御指摘は、恐らく私が小川先生にお聞きしようとしたことと通じているのではないかと思いますけれども、確かに動きそのものは商標の構成要素になっていないということで、資料の表面的な表現を見ると、そこと整合的かなと小川先生はお考えだったのかもしれません、よく読んでいただくとそれは文字なり図形なりが、動く文字、動く図形というものを保護しようとしているという意味で、立法者の意思に反しているという、もちろんそういうつもりでおつくりになっていないと思いますし、私も特に反しているところはないのではないかと思ったのですが、具体的にここはちょっとという部分がありましたら、何ページのこと御指摘いただけだと、なるほどということになるかもしれません、どなたからでも。

○池田委員 その部分において1点確認ですが、9ページにO H I Mでの例というので14枚の写真の例があります。これをざっと見ると、緑のワンピースを着た女性が動いているというものかと思います。動いて変化する図形を保護するという考え方でいくと、例えば同じ動きをするスーツを着た男性であれば、これは別の商標であるという理解でよろしいですね。

○小塚座長 今のお話は5ページの（イ）のところで、事務局の原案としては表現しているつもりと。この「J P O」とパテ丸くんと同じ動きをしているのですが、そういうことです。これは非類似であると事務局としては整理しておられるということです。よろしいでしょうか。

○外川委員 今との関連でいくと、つまり軌跡が残って軌跡が文字、図形になれば、そこで保護するということであろうと。条文の書きぶりが、動きを確かに含んでいないように思います。それは最初から書いたほうが。つまりこれは相当読んでいかないと、小川先生おっしゃるように先入観として動きは保護すると最初は思っていて、動きの商標と聞いて

いるわけで。途中から、どうもそうではないのではないかと思いたして。最後になると軌跡が出てくるので、軌跡は動きを保護しているというよりは文字や図形として保護している。ただし、動いているのはかまわないよと言っているわけですから、そこをもう少し前のほうで言っていただいたほうが誤解は生じないのではないかと思います。

○小塚座長 ほかの先生方も同じようなお考えでしょうか。確かにこの資料、実はそういう感じにつくってあります。軌跡、それから動いていく図形そのもの、それからその変化の前、後に出てくる図形、そういうものについての類否を見ていくという書き方になっていますから、基本的にはそういう考え方ではないかと思います。あるいは、その考え方自体がちょっと違うのではないかという御指摘があれば、それも含めていかがございましょうか。

余り御異論はないということでよろしいでしょうか。

そうであれば今後の省令の書かれ方次第かもしれません、省令が出た上で基準の文案を書いていくことになりますので、そのときに。

○加藤委員 後出しで申し訳ありません。池田先生の御質問をもう一回確認させていただきたいと思います。9ページのこういった登録例があったときに、芸人さんがこの動きを例えばまねたときに、商標権侵害になるのかという論点も含むかと思いますけれども、例えばスーツを着た男性がこれと全く同じ動きをしたときは、侵害にはならない、非類似であるという趣旨の質問を池田委員はされたかと思うのですが、それでよろしいでしょうか。

○小塚座長 9ページの例が非常に話題になっているようですが、いかがですか。

○木村商標審査基準室長 基本的に我々は文字図形、現行の標章が動くというのを想定していますので、まずそれが同一又は類似なのかというのを判断しますので、そこがこの女性と白いスーツを着た男性が違うと、違う標章だということであれば、非類似ということになると思います。

○小塚座長 それでよろしいでしょうか。

○田中委員 基本的なことで申し訳ありません。要するに軌跡が残らないものは、動きの商標としては登録されないのでですか。

○小塚座長 その点はいかがですか。

○木村商標審査基準室長 標章自体に識別力がある場合でしょうか。

○田中委員 例えば5ページの下で、軌跡が残らない場合の類否を判断しておられますけれど、そもそも登録にならないのであれば類否の問題は生じないように思われますので、

その辺の整理がどうなっているのかよくわからなくなりましたので。

○小塚座長 ただ、登録自体はどうでしょう。5ページのパテ丸くんとか、7ページの変化とか、こういうのは登録される前提でおつくりになっているのですね。ですから登録の可否の段階で、軌跡が残るか残らないかということを議論しているわけではない。例えば5ページで言うと、それではパテ丸くんが登録されていればいいじゃないか、なぜこの軌跡のない動きを登録すると、こういう疑問は逆に出るのかもしれません。ただ、特許序として積極的に排除するということではない。改正法のもとでは、それは動く商標として登録できるということですね。

よろしいでしょうか。本多先生。

○本多委員 同じところで結局今のお話は、5ページのような商標、パテ丸くんが登録になったとしても、この図形そのものが違ってくれば、動きをとったという認識でいてはいけませんよということでございますね。同じ動きをする図形がちょっと違えば、それで他者を排除することはできませんよという理解でよろしいですか。

○小塚座長 よろしいですか。

つまり今日の資料だとそうですよね。要するにパテ丸くんならパテ丸くん、あるいは6ページの「s u n」のところに緑の車、こういうものの類否を見ているということなので、これが動こうと動くまいと図形商標で取った場合と実は余り違いがない。軌跡が残れば別ですと。

私は一委員としては、軌跡というのが必ず線がないと軌跡にならないのかという点は疑問を持ちました。そこは事務局としてはどうお考えですか。

○木村商標審査基準室長 そこはまさに審議いただきたいところですけれども、軌跡がこういうふうな形で明確になっていれば当然我々はわかるわけですけれども、それが何らかの形で認識できるかできないのかという対応によって、軌跡がなくても認識できればいいということであれば、当然そういう例も出したほうがいいと思っていますし、そのあたりをどう考えるかということになると思います。

○小塚座長 ということだそうです。

○田中委員 先ほどの質問は実はそのあたりにつながっておりまして、線や形で軌跡が残らなくても、視覚効果によって残像が残るようなものはあります。そのあたりになると、また登録のレベルの問題と類否の問題が出てくると思うのですが、どのように整理されるのかということにつながる問題でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。このワーキングでむしろ決めていただきたいというお考えのようです。

○外川委員 最初の話と整合がとれているのかどうかよくわからないですが、つまり動きは商標の要素ではないという話と、軌跡があれば確かに文字が出て、あるいは図形が出て、これは動きの商標というか普通の商標に近いということで、動いても問題が無いと。そして今度は軌跡が見えない場合も。ということは、軌跡が見えないということは動きは独特のものであるという場合に、それは改正法の解釈の枠の中に入るものなのか、審査基準において決められることなのか、法律上の問題が残らないのかということを確認してから考えたいと思います。

○小塚座長 11 ページの上のマスの商標法第5条2項第1号という法律の条文はこちらになります。結局この条文の解釈ということになります。法律の解釈権限は申し上げるまでもなく最終的には司法にありますので、そういう意味では、特許庁としては司法判断がどうなるかということを考えつつ、適切と思われる行政庁としての解釈をとるしかないわけですから、そうなると特許庁のその解釈に対してアドバイスをするワーキンググループとしては、その点の解釈についてもここで議論して、これであればこの商標法第5条第2項第1号から読み取れるであろうという範囲を決めて、審査基準の内容について意見を言うということになると思います。いかがでしょう。

○小川委員 資料2の1ページの欄外に、「動き商標は変化の前後にわたる文字、図形等から構成されるため、これらの「動きそのもの」は「商標」の構成要素とはされていない。」という立法者の考え方方が明示的に出されていますので、これを超えた審査基準等の解釈はできないのではないかと思います。

○小塚座長 小川先生、この軌跡が線として出てくる、この資料の中では3.において例が出ていますけれども、こういうような場合は、この動きそのものを構成要素として認めしたことにならない。その軌跡は保護の対象になると。

○小川委員 動いた結果、軌跡が残っているわけですから、それは先ほどほかの先生がおっしゃったように文字なり図形なりという捉え方ができますので、保護の対象になって問題ないと思います。

○小塚座長 そうすると、その軌跡が線で残らなければいけないというのが小川先生のお考えですね。この改正法を前提にすれば。

○小川委員 そうなのではないかという確認をしたかったということでございます。

○小塚座長 ありがとうございます。非常にクリアになりました。

ほかの先生方、いかがですか。同じようなお考えでしょうか。

○加藤委員 その軌跡が残るというふうに座長がおっしゃった、その「残る」ということの意味ですが、視認性というか現行法のような視覚で捉えられなければならないということになると、このように文字の形で残らなければいけないという定義が導き出されると思うのですが、今回の改正法のように、人の知覚によって認識するという文言が入った場合に、先ほどの田中委員がおっしゃったような残像として明らかに残るという場合も、その軌跡が残ったというところに入るのではないかと思います。

○林委員 私も「軌跡等」と先ほど申し上げたのは、軌跡が線で残るというのは一例に過ぎず、その動いた結果の表現が、その視覚、知覚によって認識されなければ識別性がそもそも動く、動き方についての識別性はないわけなので、それは最低限識別性のところで必要になると思います。

○小塚座長 そのほかいかがでしょう。

○池田委員 私も林先生、加藤先生と同じように、明確に線として残っていなくても、結局そのように動いたことに、例えばSという形で動いたときに、Sと動いたという認識がされるかどうかというところになっていくのではないかと考えております。

○小塚座長 たしかずっと前にこの新しい商標の議論が始まったころに研究会、小川先生と御一緒だったかもしれませんけれども、例えば扇風機の動き方みたいなものは、動き商標で保護されるのかという議論がありました。それはどんな解釈をとっても軌跡にはならないわけです。ただ、この「sun」とか、あるいは上に行って下に行ってというぐらいになると、確かに実線で残るか点線で残るか、あるいは視覚の残存効果を利用して、実際には線は残っていないのだけれども、人間の知覚としては軌跡があったと認識してしまう。このあたりまでですと、結構解釈で軌跡があったと言えそうにも思われるのですが、割とそちらの御意見が多かったように思いますけれども、小川先生、それは軌跡ではないということですか。

○小川委員 本来動きの商標をつくるのであれば、そこまでやるべきだと思いますが、今回の立法者がそうしなかったのでしょうかということだけです。

○小塚座長 ありがとうございます。1ページの欄外の注に書いてあるのは、恐らく立法時にいろいろなやりとりがなされたということであろうと思いますが、でき上がった条文はこの商標法第5条第2項第1号ですので、この条文を解釈するということでございます

ね。

1つの基準の書き方としては、例えば軌跡が明らかに残る場合についてのみ書いて、明らかに残らない5ページの（イ）については一切触れないと、裁判所の判断を待つという考え方もあり得るかと思います。

○外川委員 私も軌跡が残るというだけが保護されることには賛成ではないのですが、現行の解釈論で、変化の前後にわたる文字、図形、記号と書いてあって、出願のときもいわば中心となる文字や絵を書いていくことになると、もし動きまで見せるとすれば、それはそのほうが理想的だと思います。その動き商標の定義をきちんとしないといけないのでないかという疑問があるので、審査基準でできるところがあれば、解釈のぎりぎりのところまで、つまり軌跡が残らないものでも、こういう特徴的な動きがあるような場合にはと。マークについては、識別力がないというものについて例示していただければそれが一番いいと思うのですが、ただ特許庁としてそこまでやるおつもりがあるのかどうかがわからないので、遠慮しているところがあるのですけれども、いかがでございましょうか。

○小塙座長 この点は立法の趣旨の確認が必要でもあり、確認の一つの機会はこの施行規則がどう書かれるかということ。施行規則とおっしゃったのは、商標法第5条第4項に基づく省令ということですね。ですから、それ待って、その間に少し立法の趣旨のぎりぎりのところも確認できるものであれば確認していただいてという、そういう扱いを事務局にお願いしましょうか。

○青木商標課長 私も外川先生の御意見、全く賛同といいますか、それができるだけ具体的に示していければと思うのですけれども、5ページの下の（イ）ですが、これは軌跡が残らない場合はどう」と書いてございます。そもそも「J P O」の軌跡とパテ丸くんの軌跡は平凡な軌跡ですので、軌跡が残る残らないというよりも、その軌跡が平凡なありふれたものであれば、その要部はマークのほうになるということで、非類似というのはよろしいのかと思います。

後ろのほうのO H I MのC T Mの例で、若い女性が何か振っている商標ですが、使用している振り方が極めて特徴的で著名な場合は、背広を着た男性が同じように振っている出願がもしあったら、そこは出所の混同というか、あるいはあやかり的な使用であるということで、類似とはまた広がったような判断の要素も出てくるのではないかと思います。ですから、動きそのものをどう捉えるかという方法もあるのですが、出所の混同という視点でこの動く商標というのを見ていく局面もあるのではないかと思います。

○小塚座長 もとの考え方の整理の仕方によってその辺の対応も変わってくるかもしれませんので、それは宿題として詰めていきたいと思います。

○小川委員 軌跡が残らない残像だけの動きももし保護するとなると、出願のときに、例えば音声のときの音声ファイルのような画像ファイルを出させなければいけないはずですが、それを出させないと聞いていますので、そこは立法者の意思を十分に尊重した上で考えるべきだと思っています。

○小塚座長 その関連で私も1つ質問しようと思ったのですが、出願の仕方は、複数の図でもってするということですね。この図の枚数はどこかで制限されるのですか。

○木村商標審査基準室長 枚数については特許庁側のシステムの関係もありますが、今のところ特に10枚以内とか20枚以内とか、そういう制限は考えていないということです。

○小塚座長 ありがとうございます。

途中で提出資料として動画データが出てきた場合は、使用の状況を説明する資料としてこれが出てくるということですね。

○木村商標審査基準室長 音の商標の場合には、音声ファイルは提出物件として義務づけられる方向ですが、動き商標の場合には、動きをあらわした図面、それと詳細な説明で特定するというのを想定しておりますので、それ以外に出願人の方が任意にDVD等で動き方をあらわしたものを作成するときには、審査官のほうでそれを見ながら、参考にして審査をしていくことになると思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

○加藤委員 提出資料の話が出ましたので、4ページの（イ）の（a）のところについて質問させていただきます。これは後に出てくる位置商標のところにもあるのですけれども、同一性をかなりゆるく見るというか、そういうふうになっていると思います。これは17年前でしたか、立体商標が入りました。

○小塚座長 平成8年ですね。

○加藤委員 あのときにはほとんどの資料が、結局立体商標に文字が含まれているとかそういうことで全く認められなかったという、どれだけ涙を流したかという時代を超えてまいりまして、こういう現実に即した審査基準が生まれることはいいことだと思っているのですけれども、現行の審査基準が新たに生まれ変わったようなイメージを持たせるためにも、やはり今の審査基準に少し加えて読ませるのではなくて、新しい商標のタイプごとに少し例示や文字を加える形をしていただければと思います。

○小塙座長 ありがとうございます。

○林委員 オーストラリアの例として2ページでは、「ビデオクリップのような形で提供する必要がある」ということですが、4ページでは、動画データを出すことはあくまでも任意ということですが、それはどうしてなのでしょうか。

○小塙座長 事務局から、どうしてかという御説明ありますでしょうか。

○木村商標審査基準室長 オーストラリアの例は、ビデオクリップといった動画を出してもらうことになっていると思いますが、我々この動きの商標を導入するときには、商標制度小委員会のほうで議論いただいて、現行の商標が動くような形でまず出願していただいて、それらの商標の詳細な説明で特定していく、こういう形が大枠で決まっています。その中でDVDは特定するためには非常に有効なものではありますけれども、これがマドリッドプロトコルや国際的な流れの中で一般的に受容されているのかというと、音声ファイルもそうですけれども、意外とそうではないということもございまして、大多数の国では、冒頭でOHIMの例を出しましたが、こういった図面で出願するのが主流であるということです。おそらくオーストラリア等の先進的な国は、ビデオクリップなり動画データで判断していくことをやっていると思いますが、我が国が国際的に出願していく等のいろいろな場面を考えますと、今の図面、それから商標の詳細な説明で特定していくことになったと理解しております。

○小塙座長 ありがとうございます。

○本多委員 そもそも論になってしまいますが、その軌跡が残る残らないというところを条文から解釈して、もし残らなければ保護しないというところの根拠をもう少し御説明いただきたいということと、先ほど5ページの例で、これは動きそのものが一般的、平凡だからという御説明でございました。そうなるとまたもとに戻ってしまって、動きが特殊であったらどうなのかという質問が出てきてしまいます。その点もあわせて御検討いただければと思います。

○小塙座長 ありがとうございました。その点は省令制定の動向を見ながら、立法趣旨というのを正確にはどういうことであったのかというのを詰めていただきたいと思います。

6. ホログラム商標に関する審査基準について

7. 位置商標に関する審査基準について

○小塚座長 時間になってしまっていますが、前回と同じようにホログラム商標と位置商標についても、何か宿題として事務局にお調べいただくべきことがあれば御指摘いただくという形にさせていただけますでしょうか。そして一応今回資料の御説明はしたということで、次回はその議論をしたいと思いますので、その前提として、この点については事務局の考え方をただしておきたい。特に時間がかかるのであれば調べて、あるいは考えをまとめてほしいということがありましたら、是非御指摘いただきたいと思います。

○本多委員 位置の商標についてですが、位置の場合、色を指定、この色がここ的位置にあることが特徴であるということになることも多いかと思います。そうした場合商標法第70条との整合性ですか、商標法第3条第2項を主張するような場合に、色が変わっても、同一と見られる場合の使用証拠との兼ね合いは、どの程度柔軟性をもって見ていただけるのかという点を御説明して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。次回までに検討するということだそうです。

○林委員 動き商標についての資料2の3ページ目ですが、韓国の例が挙がっています、「動作の全体が指定商品の品質や用途、目的等の性質表示を直接的に表していると認定される場合（性質表示商標）」などの識別力を有しない例を挙げています。商標法第3条第1項各号との関係で、今度、審査基準をつくるときは、動き商標についてのそれぞれの条文での考え方を示していく必要が出てくると思いますので、もう一段階、具体的な話をさせていただければと思います。

○小塚座長 わかりました。ありがとうございました。

○加藤委員 位置商標に関する審査基準案の5ページ目で、また同じ現行商標法第5条第4項の話なのですが、この真ん中の例で赤い輪がありますが、この真ん中の白について説明がない場合は、商標の一部ではないものとみなすという現行商標法第5条第4項がいきるという考え方でよろしいかどうか。

○小塚座長 ただこの例は、赤い輪も未登録という、この赤い輪では登録できないと思いますが、そうするとこの位置商標として出したときの、この輪の真ん中という御趣旨ですか。

○加藤委員 そうです。出願の仕方として。

○小塚座長 その上のパテ丸くんの輪の中もどうなるのか等、いろいろあります。

○小川委員 資料4の位置商標なのですが、冒頭で、「位置商標の保護については改正商標法において明文化されていないが」とあります、これは商標法第2条第1項の定義の中

では、位置商標も読み込むという説明を聞いたように記憶しています。そのような理解でよいのかということと、改正商標法第5条第2項第5号に規定する「経済産業省令で定める商標」として今後整備するということでよいのかということ。手続規定がないというだけで、位置商標も保護できるような形に法改正でできているという理解でよろしいでしょうか。

○小塙座長 その点はいかがですか。

私の理解では、商標法第5条第2項というのは商標の定義規定ではないので、したがって、この省令によって保護対象の商標の範囲が広がるわけではなくて、位置商標というのは、「文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合」というものの中に読み込まれているという理解だと思います。

○金子商標制度企画室長 手続の規定が商標法第5条の中で規定されていなかったということで、別途省令で定めることになっているこのところで読んでおります。別途位置商標に関する出願手続については、省令にて規定する予定でございます。

○小塙座長 つまり定義規定の中に「位置」という言葉は出てこないけれども、概念的には含まれている。だからこそ、手続規定のところでそれが出てくるということですね。

○金子商標精度企画室長 そういうことでございます。

○小塙座長 そのほか何か宿題がありますか。

○池田委員 審査基準とは直接関係してくるところではないのですが、先ほど動きの商標絡みのところで、DVDの提出があるかもしれないというところと絡めまして、新しいタイプの商標全体にわたるところなのですが、IPDLなどで新しいタイプの商標を検索するときに、ユーザーフレンドリーなシステムを考えいただけないかと考えます。これはおそらく審査官の方にとっても検索しやすいかどうかというのは、審査のしやすさにもつながってくるところかと思います。もう一つ、もし可能であれば、こういった提出資料についても可能な限りネット上で公開いただけないか。御検討いただけすると幸いです。

○小塙座長 ありがとうございました。これは非常に一般的な宿題ということで、特許庁のほうで受けとめていただければと思います。

それではこのあたりでよろしいでしょうか。また次回までの間にこの点をと。

○加藤委員 すみません、動きの商標についてですが、一般の方の理解で、音声がありません、無音ですということが意外に知られていないのです。ですので、このあたりの周知を是非どこかで図っていただければと思います。

○小塚座長 貴重な御指摘、ありがとうございます。

次回までの間にもしこの資料の中で不明な点があるという御指摘がありましたら、直接事務局におっしゃっていただけましたら、次回会合までに御準備いただけたると思います。よろしくお願ひいたします。

8. 閉 会

○小塚座長 それでは最後になりますが、次回のスケジュールについて御説明をお願いしたいと思います。よろしくお願ひします。

○青木商標課長 本日も大変熱心な御議論いただきまして、ありがとうございました。

次回のスケジュールでございますが、次回の第6回審査基準ワーキンググループは9月17日を予定しております。詳細につきましては追って御連絡いたします。よろしくお願ひします。

○小塚座長 ありがとうございました。

それでは、以上をもちまして本日のワーキンググループを閉会とさせていただきたいと思います。