

平成26年9月17日（水）

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6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、議 事	
1. 動き商標、ホログラム商標、位置商標に関する審査基準について	3
1、閉 会	39

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6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まことにありがとうございます。

なお、本日は、林いづみ委員と田中昌利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、小塚座長をお願いいたします。よろしくをお願いいたします。

○小塚座長 それでは本日の議題ですが、まず、1として「動き商標、ホログラム商標、位置商標に関する審査基準について」、これは前回事務局から御説明のみいただき、審議が残っていたというものでございます。第2に「国際商標登録出願における新しいタイプの商標の取扱いについて」、これは本日初めて資料もお出しして御議論いただくというものでございます。3つ目は「商標審査基準たたき台案について」、これは事前にメールで先生方に御意見等を伺うということで、先にお送りしておりますが、当ワーキンググループとしては初めて出てくるというものです。

それでは配布資料の確認をしていただけますでしょうか。

○青木商標課長 それでは配布資料の御確認をさせていただきます。

本日の配布資料は、座席表、議事次第及び配布資料一覧、委員名簿のほか、資料1は動き商標に関する審査基準について（案）、資料2はホログラム商標に関する審査基準について（案）、資料3は位置商標に関する審査基準について（案）、資料4は第5回ワーキンググループにおける指摘事項等について、資料5は国際商標登録出願における新しいタイプの商標の取扱いについて（案）、資料6は「商標審査基準」たたき台案、以上の6点でございます。資料に不足等はございませんでしょうか。

もう一点、いつもどおりですが、お願いがございます。御発言をいただく場合にはお手元のマイクのスイッチを押していただいた上で、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。

議 事

1. 動き商標、ホログラム商標、位置商標に関する審査基準について

○小塚座長 それでは早速、第1の議題ですが、前回資料の御説明を事務局からいただきましたときに、少し宿題を委員の皆様から頂戴しました。それについて事務局のほうで整理をしてこられたということですので、これは基準室長から説明をお願いいたします。

○木村商標審査基準室長 基準室の木村です。よろしく申し上げます。

資料4の「第5回ワーキンググループにおける指摘事項等について」について御説明いたします。

ここでまとめております指摘事項につきましては、前回のワーキンググループでいろいろな御指摘をいただきまして、ワーキンググループの中で既に回答申し上げている部分もございます。それらについては割愛させていただき、今回の審議に特に関係のある事項ということで、位置商標と動き商標について記載しております。

では、位置商標ですけれども、指摘事項の1でございます。これは位置商標において、特定の位置に付された標章（色彩と結合したもの）——位置商標というのとは基本的にその色彩のみということではなくて、標章に色彩が結合している状態という理解をしているのですけれども、これを商標法第3条第2項により主張する場合、使用証拠において提出された標章の色彩との同一性の範囲をどのように考えるのか、こういう御指摘であったと思います。

これにつきましては、現時点における事務局の考え方としては、出願された商標の色彩と使用証拠に記載された標章の色彩とが、厳密に外観上一致しない場合も多いかと思えます。その違いが外観において同一視できる程度のもの、例えば色彩の経年変化、ちょっとした退色といったものであれば、同一性を損なわないものとして扱うべきではないかということ整理しております。

それから、指摘事項2ですが、第5回ワーキンググループの「資料4」の5ページに例示されているものですが、この例は、スニーカーに赤い輪が付されている状態の位置商標を出願した場合でございます。この輪の中の白色は、これを商標の一部とするのかどうか、それを詳細な説明に記載しなかった場合、これは現行法で言うところの商標法第5条4項の商標の一部ではないとみなす規定が適用されるのかということですが、この条項は施行されますと、5条4項ではなくて5条6項という形になるかと思えます。

事務局の考え方としては、基本的には商標の詳細な説明の中に、例えば輪の中の白色に

ついて権利主張する記載がない場合には、現行商標法5条4項が適用されて、商標の一部ではないものとみなされるということで、これは透明な状態になる。要するに赤い輪だけの状態になるということです。

ですが、輪の中の白い色について、商標の一部として主張する場合、つまり、輪と其中的白い部分も含めて、全体として1個の商標として取りたいときには、詳細な説明の中に記載し、これに合わせた商標登録を受けようとする商標の記載がなされれば、現行商標法5条4項を適用しない方向で整備する予定です。これは省令事項にもなってきますので、それと関連しながら、そのような手当てができるような整備を行っていくということを検討しております。

それから2番目ですが、動きの商標です。動きの商標につきましては、従来、商標制度小委員会の中で、動きの商標導入ということで報告書ができ上がっているわけですがけれども、結果的に条文を見ますと、5条のところでは変化する状態、変化する商標ということで、名称として動き自体が規定されていないのではないかと御指摘がございまして、その議論をこちらで一度整理させていただいたということでございます。

指摘事項1ですが、標章が動いた結果その軌跡が残らなくとも、その残像が人の知覚によって認識される場合には、商標の構成要素として識別力や類否の判断の対象としてよいのではないかと。また、識別力や類否の判断の対象とする場合、改正商標法第5条2項1号の立法趣旨と矛盾しないかという御指摘だったと思います。

現時点における事務局の考え方ですが、改正商標法5条2項1号でいう変化する商標ですけれども、基本的には現行の文字、図形といった標章が変化する前後の様子を全体として一つの商標として保護可能にするというのがもともとの考えです。

この観点から、標章が変化するものであれば、軌跡が残らなくても、変化の仕方、標章がどのように形や色を変えていくのかということが、全体として識別力や類否の判断の対象になるといえるのではないかと。

また、動きが構成要素となっていないとしても、改正商標法5条2項1号でいう変化の前後にわたる標章を保護するものであって、変化の仕方を考慮したとしても、立法趣旨に矛盾しないのではないかとということで、動きと変化という言葉の使い方もありますが、我々基本的には変化の仕方を、動きというような形で捉えて資料をつくっています。

ここに具体的な例として書かせていただいておりますが、保護対象となる例と、保護対象とならない例ということで、3つほど例を挙げております。

保護対象となる例ですが、標章が変化する場合です。これは人が乗った自動車が、1、2、3ということで徐々に上のほうに移動しながら形が変化していきます。最後に、一番上で車の長さが変わっているという形で変化していきます。こういう一連の動きです。こういったものは標章が変化しているということで、対象になります。

もうひとつは、軌跡でございます。軌跡を描きながら移動する場合ということで、同じような車が動いていきますが、動いた後に軌跡が生ずるということで、最後の3番目の図面に長い軌跡が出る。そういう状態で止まっているということです。これは標章が変化しているということです。この場合少しわかりづらかったかもしれませんが、もちろん全体をあらわすということであれば1、2、3であらわせますが、3番目の最後の図だけでも出願できます。図面としてはこの3番目、それと商標の詳細な説明で軌跡がどういうふうに描かれるのかというのを、少し難しいかもしれませんが、それがわかるような形で最終的に出てくれば、それは特定が可能ではないかということを考えております。

それから、保護対象とならない例ということで、これは単純に移動する場合ということで、車が左下、真ん中、右上にそれぞれ移動している場合。これは標章自体が変化していないということで、そもそも動き商標というよりは、こういった図形商標で保護が可能ではないかという整理をしております。

それから指摘事項2ですけれども、3ページです。動きの商標は、標章に動きがあるところに意味のある商標であるが、動きそのものが商標の構成要素でないとすれば、識別性や類否の判断において動きそのものは考慮しなくてもいいのではないかということです。

事務局の考え方としては、標章が単に移動するような動き、先ほどのように上下、左右といった移動は、標章それ自体が変化しているとはいえないことから、動きの商標として保護の対象とはならないと考えています。

他方、標章が線を描きながら変化していくような場合、最終的に線の軌跡、あるいは文字とか図形を認識させるものであれば、当該軌跡による文字や図形が商標の識別性や類否に影響を与える可能性があることから、このような標章の変化については、識別性や類否の判断要素として考慮すべきではないかというように整理しております。

それから指摘事項3ですけれども、これは動きの商標ということで、実際に皆さんユーザーが使用しているのは、動きと音と一緒にしている状態のものかと思えます。今回は動きの商標には音声がない、無音であるということがあまり知られていないのではないか

ということで、この点に関して周知を図ってほしいということですが、これにつきまして
は審査基準の説明会を、来年の1月以降全国34カ所程度で開催する予定にしておりますの
で、そういったところで周知徹底を図っていくことを考えております。

その中で、動きの商標で資料1を御覧いただけますでしょうか。動きの商標は、その条
文の書き方と動きそのものをどうするのかという少し難しい問題がございましたので御説
明しますけれども、1ページ目に書いてあるのは、鳥が羽ばたいていく、連続しているも
のです。これは標章が連続して変化していきます。こういうのが通常のパターンと考
えております。

5ページ目に、少しわかりにくいのですが、(イ)の軌跡が残らない場合ということで、
5枚の図によりあらわされた動き商標の、「JPO」とその下にパテ丸くんがあって、これ
が単に上から下、それで上、下、そして真ん中といった動きになっているのですが、そ
もそもこういったものはどのように考えるのかということで例を出しました。これ自体は四
角の枠線で囲われているということで、四角を含めた1個の図形商標だということで我々
は作成したのですが、ここが商標の見本の枠と勘違いというか、誤解を招くものでしたの
でもう一度説明を申し上げますと、これはあくまでも枠の中にある「JPO」の文字とパ
テ丸くんがそれぞれ上から下に変化していく。そういったものが5枚あるということで、
これは変化する商標、動きの商標ということで、この場合には単に上から下に行って、そ
もそも標章自体も異なりますが、こういうものであれば非類似ということで我々は考
えておまして、先ほど説明申し上げました、単に移動する場合は保護対象にならないとい
うのはちょっと違いまして、この枠の中で一つの標章が変化しているというのをあらわ
したのが資料1の5ページということで御理解いただければと思います。

○小塚座長 この後の進め方ですが、以下のようにさせていただければと思います。今関
連で資料1も出しましたが、基本的には今の御説明は資料4についてということでしたので、
前回の御指摘事項に対する回答である資料4についてまず御議論いただいて、それでよろ
しいかどうか御了解をいただきたいと思います。その上で、前回御説明した資料1から資
料3に、今回つけ加わった資料4の考え方をに入れて、もう一度読んでいただくことになり
ますが、これを順次御議論いただいてそれぞれ結論を出していきたい、こういうことにさ
せていただきたいと思います。この進め方でよろしいですか。

ありがとうございます。

それでは、今御説明いただいた資料4「第5回ワーキンググループにおける指摘事項等

について」について御意見をいただけますでしょうか。まず1の位置商標について、指摘事項を2つ頂いております。それに対してそれぞれ回答が示されましたが、これでよろしいでしょうか。

これは回答どおりということですのでよろしいですね。

ありがとうございます。

それでは2の動き商標、これが前回議論がいろいろあったところですが、現在の事務局の整理は先ほど御説明いただいたとおりということです。前回、小川先生からも同じような御発言をいただきましたが、制度のつくり方としてはいろいろな考え方があるかもしれませんが、この場はあくまでも商標審査基準ワーキンググループであり、採択された条文をもとに基準をつくるということですので、条文自体も所与の前提として考えるところではないかというのが事務局の御説明ですが、いかがでしょうか。

○小川委員 きょうの資料4の動き商標との関係では、指摘事項2というのが私の発言に基づく事務局の整理であろうと思います。当初、資料1の一番下の備考に書いてあった、「『動きそのもの』は『商標』の構成要素とはされていない。」という記述ですが、動きを保護することに意味のある商標が動き商標だという一般的な理解からすると、大変ショッキングな記述だったわけですが、今日の説明とともに5条2項1号を読むと、観念的には文字、図形、記号、立体的形状または色彩自体が変化する様（変化という動き）が、保護対象になっていると言えるものの、その商標を出願の際に特定する方法としては、「動きそのもの」ではなくて複数の静止した前後の連続図、いわゆるパラパラ漫画ですね、これをもって行うこととしているということなのであると、私も頭の中でそれなりに整理してみました。

前回御説明いただいた資料1の基準ですが、具体例を含めて全体的に見ると、識別力にしても、類否の説明にしても、「動きそのものは商標の構成要素とはされていない」という先ほどの記述と呼応するがごとく、軌跡として線であらわされている場合のみが動き商標として保護されるという印象を与える書きぶりになっているように思いました。そうでないのであれば、必ずしもそうではないのだというニュアンスを出していただければと思います。

今日の資料4の指摘事項2の事務局の考え方の整理の後半部分も、やはり軌跡があるもののことしか書いていません。軌跡が残らないものであっても、動きの商標として保護され得ると整理していいのではないかと思います。

○外川委員 確認なのですが、今小川先生の御指摘のところで、そうすると軌跡があるものと、ないものとで一応区別はしないという前提のようにも見えるのですが、その場合に書きぶりが一つは軌跡ということが常に強調されていて、普通に素直に読むと、軌跡を要求したり、軌跡がないものについてはこの対象にならないように読めなくもないというところは、少し工夫が要るのではないかと思います。

資料4の2ページ目の上から7行目ぐらいに、「この観点から」という文章があって、これは回答ということですね。「この観点から、標章が変化するものであれば、軌跡が残らなくても、変化の仕方が全体として識別力や類否の判断の対象になるといえるのではないか」と。これは言えるのだという前提で書かれている文章ではないかと思います。そうするとこうした文章が審査基準の中に入ってくれば、それは現行法の解釈上大丈夫かという問題があると思いますが、かなりクリアになるのではないかと思います。

その場合に3つ例として、1番目は標章そのものが変化するもので、これは当然保護の対象になるであろうと。それから、軌跡があるものも対象になると。問題は単に移動する場合なのですが、この移動する場合に、図形商標として保護するのだということになると、これは動く商標とは言わないということなのですか。それとも、3こまあって一応動く商標で出願してくれば、3こまの基本的な形態がある一つの商標として保護することになるのか、それが一つクリアしたいところです。

それからもう一つは、極めて独特な動きをした場合です。昔々、インベーダーゲームの動きを不正競争防止法2条1項1号で保護するという判決が出たことがありました。あの判決が妥当かどうかについてかなり私は疑問を持っていますが、こうした動きが独特の場合は、例えば標識そのものは似ているものがなくて、独特と言えるか言えないかぎりぎりぐらいのところ、動きと標識全体で識別力が発生していると考えられる場合は、これは登録する方向になるのか。動きを評価するということになるとおそらくそうなると思います。この場合は軌跡がありません。

しかし、もともと軌跡というのは、あたかも視覚性を要求しているかのように思われますが、音の商標を設置するという法改正の中で、目に見えなければいけないというのはよくわかりません。その動きが独特であるという場合に、誰が見ても見えることは見える。ただし、その残像が残らないという場合に、全体として識別力が出るという限界事例があるのであれば、そこまでは行かないよという話ならそれはそれでいいと思うのですが、行くのであればそこまで審査基準にある程度書いていただかないと。なかなか絵では描きに

くいでしょうから、文字としては動きにかなり特徴があるような場合には、登録可能性はあるという書き方をするかどうかですね。動きに識別力、標識性を認めるということの要素が少しでも残っているという解釈であるならば、その動きについての評価はある程度書いていただかないと、私は何回もこれを読みましたが、結局よくわからないというか、どっちの立場なのだろうという疑問が若干残りますので、そこを整理していただければと思います。

○本多委員 軌跡が云々というところが、この審査基準全体をわかりにくくしているような気がいたします。軌跡が残る、残らない、どれぐらい残像が残れば軌跡が残るというのかといったことになってしまうので、軌跡というのは特に審査基準に書く必要があるのかどうかということから疑問があります。動きそのものと、あと全体の標章の変化を総合して判断することで、軌跡云々に言及する必要はないのではないかと印象がございます。そのほうが審査基準としてわかりやすくなるのではないのでしょうか。

○小塚座長 ほかの委員の先生はいかがでしょう。きょうはお二人が御欠席なので、あとは両先生しかいらっしゃらないのですが、この段階で御発言されますか。もしお立場があれば、池田先生、加藤先生も御発言いただいて。

それでは、池田先生からどうぞ。

○池田委員 今のところと関連しますが、資料4の2ページ目の「この観点から」と先ほど外川先生も挙げたところの記載なのですが、「軌跡が残らなくても、変化の仕方が全体として」とあると、その下に変化する例というものが挙がっている場合、標章そのものの形状が変わらないものは最後3番目の例のようなものに過ぎないと。どんな動きをしたとしても形が変わってないのだから、保護対象にはなり得ませんというメッセージとして捉えることができるのですが、ちょっとそれはどうかと考えます。やはり動きそのもの、ここで例に挙げられている直線的に右から左、下から上と動くようなものは、登録の対象とはならないというのはまだ理解できるころではあるのですが、線としては残らないけど、SUNというふうな見えない線をなぞって動いているような場合には、これは登録されてもいいのではないかと考えております。

○加藤委員 日本弁理士会の加藤でございます。だんだん種明かしをされた手品を見ているような感じになってきましたが…。前回の指摘というのは、「線として、軌跡が残る場合のみ、のような書き方をされていますね」という指摘だったかと思います。この指摘というのは2つの論点を含んでいまして、1つは「線として」かどうかということと、それ

から「軌跡が視覚的に認識できる状態で残るのか残らないのか」という2つの論点だったかと思います。

きょう配っていただいた資料4では、これらに対する答えとしては成立しているのではないかと私は感じました。できれば、2ページ目の第3パラグラフの「この観点から」というところの「軌跡が残らなくても」という文章を、「たとえ軌跡が残らなくても」と変更していただくといいかと。また、池田先生が先ほど、それから前回もおっしゃいましたけれども、見た人が、最終的に軌跡が残っていないくて煙が消えてしまっても、ある文字がそこに出た、その動きの変化によって出たということが誰もがわかるような状況であれば、それは標章が変化するものと捉えて、動きの商標として登録可能なのではないかと、この部分を少し親切に書きかえればよろしいのではないかと考えました。

1つ質問ですけれども、2ページの最後の、保護対象とならない例ですが、これは拒絶理由がかかるとか、かからないのか。かかるとすればどの条文でかけるのか、というところをお聞きしたいと思います。

○小塚座長 それでは事務局に回答していただきたいと思いますが、こんな感じでまとめてお尋ねしてみたいと思います。また不足があれば委員の先生からさらに聞いていただければと思いますが、まず第1に、軌跡がなくとも保護対象となる場合があるのだということ自体は明言していただいて構わないかどうか。第2に、軌跡が線として出ない。それから標章中の図形が一切変わらない。しかし動いた跡がかなり特徴的である、意味を持って伝わるというものについて、保護しないという割り切った考え方でいかれるのかどうか。第3に、仮にそうだとするとということだと思いますが、加藤先生の最後の御指摘で、その図形が変化しない場合の拒絶理由は何ですか。この3点についてまとめて返事いただけますでしょうか。

○木村商標審査基準室長 どうもありがとうございます。我々も前回の資料の中で、その軌跡が残る、残らないというところを少し強調し過ぎたきらいがあって、そこに論点が移ってしまったということがあるかと思います。我々が動きの商標を導入して、そもそも何を保護したいのかというところですが、動きそれ自体というよりも、実際今使われている文字や図形といった標章が、例えばコマーシャルや広告等において動いて使われている状況にあります。その一連の動きをどう保護するのかといったときに、今既にある登録されている例えば動きの一場面、一部分ですね。これを例えば10個重ねますと1つの動きになります。そのように考えると、10件の出願して、それぞれ少しずつ変化しているものを商

標権として取るという方法があります。そうしたことは普通はやらないと思いますので、それを1つの商標できちんと商標が変化する状態を保護してあげればいいということで、例えば10個の図形の変化であれば、10の図面を書いてもらって、それで変化する状態がわかるように詳細な説明の中に書いてもらう。そうすると1個の出願で1つの動きを保護することができる。こういった観点から条文としては現在の状態になっているというのが大前提でございます。

ですので、基本的には標章が変化していく。要するに形をちょっとずつ変えていくとか、色が変わっていくとか、そういったものが当然含まれると思います。そういったものについて我々は変化する商標という捉え方をして、保護しますということになります。そういう意味では標章が変化していれば、軌跡が残らなくても変化する状況に着目して、保護の対象になるのは当然のことだと思います。

あとは変化するときに、例えば軌跡として残る線だけではなくて、今回例としてあげている煙がのびていくような図形ですけれども、こういったものが出てくれば、当然それも保護対象になります。

これは登録例で説明したほうがわかりやすいかもしれませんが、例えば10秒の動きの商標があったときに、2秒から4秒の間に軌跡が出ました。その後は全く軌跡が消えてしまいます。最終形を見るとその軌跡は出ていませんというときに、我々一般需要者はどこを見るかという、全体を見て判断して、その部分で例えば2秒から4秒の間に軌跡ができて、その部分が特定の会社のロゴとか文字をあらわす場合には、強く認識させる。なおかつそれが目に見えるというか、それを認識できる状態で、かつ商標の詳細な説明に、そのような状態になるということをきちんと明示されていれば、これは商標記載欄の図面と商標の詳細な説明で動きの商標が特定されていると言えると思いますので、そういった場合には当然保護の対象になりますと言っていいと思います。

全く軌跡がない場合にどうかという点についても、今申し上げた例で言うと、全体として変化する状態がそういう特定の動きを認識させる。なおかつ、それが詳細な説明の中で権利としてちゃんと明記されているのであれば、第三者から見ても明らかにわかるということであれば、保護の対象になり得ると考えられます。

最後に、保護対象とならない例ということで単に移動する場合なのですが、これは移動になっているのですが、先ほど出願を束ねると申し上げましたが、例えば1件の出願を考えたときに、その見本欄の左上に標章を書きます。次の出願は右下に同じ標章を書きます。

それは同じですか。我々としては商標記載欄というのは、基本的にその中の特定の位置をあらわしているわけではなくて、その見本の中に例えば枠があって、その枠の中に標章があって、その枠の中の標章の位置が変わるのであれば、これは確かに図形が変わっていきますということで捉えられると思うのですが、それが無いとして商標記載欄の中だけで、右上にあります、左下にありますというのは、同じような出願されたとしたときに、それは違う商標ですかというのを考えると、多分それは相似形であったとしても、それは同じ商標だという認定判断をされると思うのです。

そうすると、それというのは結局それがぱらぱらと動いたとしても、同じ商標を単に見ているだけということになるかと思いますので、この場合には動きの商標それ自体は構成しないということで、商標法第3条第1項柱書の拒絶理由がかかると考えられます。

○小塚座長 そうすると、それが右上と左下というような単純な例ではなくて、同じ図形が、外川先生がおっしゃった例で言うとインベーダーゲームのように動く、あるいは池田先生の言われた例で言えばS何とかというふうに動くとしても、同じ図形である限りは、それは今回の変化する商標の保護の対象にはならないということですね。

○木村商標審査基準室長 今は基本的な考え方を申し上げたのですけれども、単純に動きが、右から上がっていくような動き自体は対象にならないと考えています。先ほど申し上げた軌跡が残らないけれども、説明文の中に、これは特定の出所を認識させるようなものを描く等の記載がなされ、我々がそれで特定ができればそれは当然考慮するということになると思います。それは一回審査の中に入ってきた上で判断することになるかと思います。ただ単純に動いているようなものについては、動きの商標を構成しないのではないかとこの判断もあり得ると考えています。

○小川委員 今の説明については異議ありです。単に移動するだけではなくて複雑な動きをしても、もともとの文字、図形、記号、立体形状、色彩が全く変化しないものであれば、それがどんな動きをしても動き商標としては認めないというのが、5条2項1号の文理解釈だと思います。

○小塚座長 ほかの先生方がいかがでしょう。そういう特殊な動きを保護すべきかどうかという議論は別として、それを保護するというのであれば、直線上で上がっていくというのも結局保護せざるを得なくなるのではないかと。それは直線とアルファベットとかインベーダーゲームの動きを区別することになりますね。それをしようとする、何か動きの中で識別性のあるものとか、普遍的なものとか、当たり前のものとか、ありふれたものとか、

そういう区別を今度はしなければいけなくなると思うのですが、きょうの御説明はそうではないわけですね。図自体が変わるかどうかという形で説明されたので、どんな特殊な動きをしようと図自体が一寸たりとも変わらなければ、変化する商標として保護されないというほうが一貫した説明なのではないかと思いますが、事務局のお考えは、そこは必ずしもそうではないわけですか。

○木村商標審査基準室長 類否のところを考えていたのですが、類否の場合には、まず標章を見て判断します。標章が変化して何かを描く場合には、そこに出る結果から認識させるような文字とか図形があるのであれば、それは類否のところでは既存の文字とか図形で総合的に判断するのはあり得る。そういう意味で考慮の対象になり得るのではないかということはお考えしております。

○小塚座長 今回の御説明はどうでしょうか。保護対象にならないけれども、類否の判断の材料になるというのも、非常に難しい議論のような気がしますが。

さてどうでしょうか、5条2項1号の条文を見ますと、改正後、「商標に係る文字、図形、記号、立体的形状又は色彩が変化するものであって、その変化の前後にわたるその文字、図形、記号、立体的形状若しくは色彩又はこれらの結合からなる商標」と。図形が変化して、恐らく1つのポイントは、日常用語としては同じ図形が右から左に行く、左から右に行くのは変化だと思いますが、この法文で言う「変化」という中にそれが含まれるのか。一応本日は、含まれないという御説明をされたと思うのです。その場合に、変化するものであって、そして変化の前後にわたる図形等が保護の対象だということですので、さて先ほどの事務局の御説明に何か補足がありますか。

○金子商標制度企画室長 企画室長の金子でございます。

先ほど小川先生おっしゃったとおり、変化することが前提で動き商標というものを保護するという事は確かにそうございまして、その商標全体を見たときに変化しているか。対象物そのものが動いているというのを、この見本の中であらわせるかどうかというところが一つの出願のテクニックといえますか、出願の方法かと思えます。

というのは、見本の中でいくら移動したとしてもそれは同じ図形だというのは、木村基準室長から先ほど説明したとおりであって、これが資料1の5ページのような動きをする。全く図形は同じですけども、画面の枠の中で動いているのだという表現をしていただければ、その商標全体が変化しているというようにとれるので、こういうものについて

は全く排除するつもりはございませんということでございます。

○小塚座長 資料1の5ページは商標記載欄の枠ではなくて、この青枠も含めて図形として出願しているわけですね。逆に言うと、こういう書き方をしないと軌跡が残らないですね。動きというのはどんなに独自であろうと取れないと、こういうことですね。

○金子商標制度企画室長 そういうことでございます。

○小塚座長 例えば位置商標のときのように、動いた後を点線で書く。しかし、実際には軌跡は出ないわけです。点線で書いて、こういうふうはこの図形が動きますというような出願をしても、これは変化する商標とは認められないということですね。事務局としては、それでよろしいですね。

そういう整理でいかがでございましょうか。逆にいうと取る方法もちょっと示唆されたという感じはしなくもありませんが。

○小川委員 今の説明で結構かと思いますが、先ほどの加藤委員の質問を1問答えていないのですが、これは結果的に移動しているだけというものについては、商標法第3条第1項柱書で商標を構成しないという拒絶理由でいいでしょうか。

○木村商標審査基準室長 商標法第3条第1項柱書で拒絶することになると思います。

○加藤委員 金子室長の御説明を確認させていただきたいのですけれども、資料4の2ページが一番下の例は、外側の黒い四角は枠ではなくて商標記載欄で、こういった形が出すと商標法第3条第1項柱書の拒絶理由がかかる。しかし、資料1の5ページにある青いトランプのような枠ごと書けば、商標法第3条第1項柱書の拒絶理由はかからないで動きの商標として認められるということですね。

○金子商標制度企画室長 その場合には、この枠も含めた1つの図形が動くことになると思います。

○小塚座長 トランプの図柄が変わっていると、イメージ的にはそういうことですね。

○金子商標制度企画室長 そういうことです。

○小塚座長 実質的には同じようなことが実現できる。

○本多委員 今の確認でございます。資料4の保護対象となる例もならない例もですが、この枠というのは商標見本の紙ということなので、商標そのものだけを見ますと、下から上に動いているように見えますが、そうではなくて同じものが、上は小さいのからだんだん大きくなったみたいな形で、2番目は後ろの線がただ、だんだん長くなっているだけということですか。下から上に動いているという理解ではないということですね。今の御説

明でしたらそうですよね。

○金子商標制度企画室長　そういうことです。特に真ん中の例については、図形自体が変化している。車も含めて、軌跡となっている煙もあわせて変化しているというふうに考えればよろしいかと思えます。この車自体は変わらないですが、軌跡も含めて変化していると。

○小塚座長　本多先生の御質問は、煙を出しながら上がっていくというのは、どうやって取ったらいいのでしょうかということですね。

○本多委員　上に上がってなぜ上下の差をつけて書かれたのかなという、ちょっとわかりにくさに対する疑問でございます。

○木村商標審査基準室長　上に上がっていくというのは特に意味はなくて、標章自体が変化しているのをあらわしているもので、基本的には上の例でいきますと、この車の図形が変化しているということです。

○本多委員　上に上がっていくのをあらわしている図形なのですか、それとも商標見本。要するに資料1の青枠の中は、上に行って、下に行って、上に行って、下に行って。だけどこちらのほうは、商標見本の中に位置をどう書こうと移動していることをあらわしていることにはならないという御説明だとしたら、これは上に動いているわけではないという理解になるのですが。

○金子商標制度企画室長　そうです。一番下の例がございまして、これが保護とならないと単に移動する場合というのと対比するために、ちょっとわかりにくかったかもしれませんが、上の2つを書いたということでございます。

○本多委員　上に移動しているわけではないでよろしいのですか。

○小塚座長　事務局的には、そういう主観的意図であろうと、上の動きというのは保護されていないということなのですか。例えば商標の詳細な説明とか、車の排気ガスが長くなりながら上に上がっていくと、こういうふうに仮に商標の詳細な説明として書いたとしても、その上に上がっていくという部分は、そもそも商標として出願したことになっていない。排気ガスが長くなっていくというその動きだけを登録されることになって、上に上がっていくというのを実現するためには、先ほどの資料1のような枠を入れないといけないということですか。それで間違いありませんか。

○木村商標審査基準室長　例えば枠の中で標章が動くと。資料1の5ページ目の例ですけども、こういうものであれば確かに図形が動いているのはわかるということになると思

います。

○池田委員 動きの商標というのは、例えば映画館なりテレビやパソコンのモニター画面に表示されるというのが前提となるのと思っていますが、資料1の5ページの下の例をとって、商標の詳細な説明で、この青枠は表示画面の枠を示すものであるという説明があった場合。つまり青枠そのものが、青枠として表示されるわけではありませんというような説明があった場合、これはどういう扱いになるのでしょうか。

○小塚座長 いかがでしょう。

要するにスクリーンに応じて何色にもなり得るということを、あらかじめ詳細な説明で示している。

○木村商標審査基準室長 出願されたのはあくまでも青枠で、中のパテ丸くんとかJPOが動いていきますというのは主張されているわけです。しかし、実際には、青枠ではなくて、別の色なりで使われるときにどうなるかということですが、基本的にはあくまでも出願されたときに出ている図面と、商標の詳細な説明に書いてある内容から商標が特定され、そこが権利範囲となりますので、その範囲内で使うということにならざるを得ないと思います。

○小塚座長 そうすると音の商標のときの楽器と同じように、ある程度の幅はもちろん認められるでしょうが、全く違う色の背景で使おうと思うものを、あらかじめ何種類かの色で出しておかないといけないという感じになるのですかね。パソコンのスクリーンなどはいろいろな色になり得ますよね。

○金子商標制度企画室長 この見本欄に書いたときには、相対的な位置関係がわからないということで認めない。ところが資料1の5ページに関しては、枠があることによって相対的な位置関係がわかる。その中で動いていると考えておりますので、おそらく商標の詳細な説明の書き方いかんかと思いますが、そういった枠の中で動くというような記載があれば、商標の詳細な説明にもよると思いますが、認める余地はあるかと考えております。

○外川委員 確認ですが、ということは枠はここで普通に考えると商標の一部であるけれども、例えば画面で中身の動きだけをやったときに、これは審査の段階ではないかもしれないですけども、商標の同一性の判断としては、かなりフレキシブルに判断されると思っていますのですね。つまり、これで使っていないと言われるとほとんど使う態様がない。だから、この枠で出すことがリスクがあるのか、ないのかがよくわからないのです。

それからもう一つは、資料4の四角の枠は、今の御説明だったら枠は入れないほうがよいと思います。ここで普通に見ると同義に見えているので、この四角の枠は外して、表示していただいたほうがいいのではないかと思います。

○加藤委員 先ほどの本多委員の御指摘に戻らせていただきたいのですが、資料4の2ページの真ん中の、保護対象となる例というのを私が出願したとします。この3つの図面を出したと。商標の詳細な説明には、最初左下にいる自動車が、次の画面では真ん中に少し高さが高くなって煙を吐いて移動中、3番目としてかなり煙を吐いて右上の方向に消えていくとか、そうした商標の詳細な説明の記載をしていたとすると、この場合には商標の詳細な説明を補正することはできるのでしょうか。

○木村商標審査基準室長 そもそも商標の詳細な説明で、ここに書いてある図面を補ってもらおうというのが特定の仕方ですので、もともと図面に書いてない内容を追加するような補正はおそらく認められません。基本的にこの図面の中から読み取ることができるようなものが初めから詳細な説明の中に書いていなければ、それを追加するような補正はおそらく認められないのではないかと考えます。

○小塚座長 外川先生が言われた使用例と出願見本に出した枠の色などの違いは、柔軟に受けとめられるとよいかという御質問についてはいかがですか。

○木村商標審査基準室長 結局動きの商標も、標章自体に識別力がもし無いとすると、全体を見て判断することになります。そうすると商標法第3条第2項的に認定判断していく例が多くなるのだと思います。そのときには同一性の範囲で、当然そういう色の同一性等を見ていく形になるかと思いますが、そこは実際に同じような色を使っていたのか、そこは従来の基準を大きく変えているわけではないので、今の基準とほぼ同じようなところで判断していくことになるのではないかと思います。

○金子商標制度企画室長 外川先生の最初の質問でございますが、以前音の商標のときも同じ議論があったかと思うのですが、社会通念上同一という範囲内で判断されるべきものではないかと考えております。それから、加藤先生がおっしゃっていた2ページ目の真ん中の例については、商標見本の中で相対的に位置が特定できないこともあるので、そのように書いたときに、商標法第5条の要件を満たさないと判断されたときは、右上に行くとか、真ん中にあるとか、下にいるとか、そういう位置自体が特定できないはずで、ということであれば、商標の詳細な説明の補正を求めるような形になるかと考えております。

○加藤委員 商標の詳細な説明には完璧に記されていて、きちんと文章化されているとし

た場合、要するにこの図面では足りないということですよ。そうしたときに出願人はどうすればいいのでしょうか？

結局今の位置関係がわからないということは、資料4の例は位置関係をあらわしていないということになりますね。ということは一番最後の、保護対象とならない例（単に移動する場合）、これは移動していませんよね、ということですよ。それで非常にわかりにくくなっているのではないかと思います。

○小塚座長 私の理解では、単に移動すると出願人は主観的には思って出した。けど特許庁はそうは見てくれない。こういうことを表現している図ですね。

○本多委員 そういうことですか。単に移動したものというのを的確に図面にあらわせば、それは保護対象となるということですか。

○金子商標制度企画室長 そうです。ですから相対的に移動したことが明確に特定できれば、その動きの商標として登録ができる。

○本多委員 となると、もし基準にこのままお書きになるとするならば、保護対象とならない例（単に移動する場合）というのは、非常に事実と違っているような印象がございませぬ。

○小塚座長 金子室長の今言われた例は、その場合は外枠をつけないと結局できないわけで、そうすると先ほどから出ている外枠の同一性という問題はかかってしまうということですよ。その範囲でしか権利は認められない。商標記載欄上では、外枠なしで単に移動するということを表現することはできない。

○本多委員 単に移動する場合も保護対象となると、的確にあらわされていれば保護対象となるということですか。

○金子商標制度企画室長 資料1の5ページにあるような枠があることによって相対的に動くことがわかる。そういう的確な出願方法を取っていただければ、登録の対象としてもいいのではないかと考えています。

○本多委員 わかりました。資料4と資料1との関係がよくわからなかったもので、ありがとうございます。

○小塚座長 それで加藤先生の御質問ですが、それもある意味で似たようなことですよ。結局出願人のほうは主観的には斜め上に上がっていくと思っていて、しかも言葉では詳細な説明を書いている。しかし外枠はついていない。こういう場合にはどういう補正が命ぜられるのかというのが御質問ですが、どうなるのでしょうか。

○金子商標制度企画室長 商標見本の補正は認められていないので、そういう補正はできないと考えておりますが、認めるべきということでしょうか。

○加藤委員 いや、「救済の余地がない」ということを確認したかったのです。

○金子商標制度企画室長 現在のところそういうふうを考えておまして、詳細な説明の補正はできますけれども、商標見本についての補正は認めないと。

○加藤委員 だとすれば、例えば資料1の5ページの青い枠が枠であることがわかるように、外川先生が先ほど御指摘なさったように、この青い枠の外側に黒く資料4のこの見本の枠のようなものをさらに書きませんと、見る者にしてみれば勘違いするのかなと思います。

○小塚座長 以上のやりとりは、基準室長はよろしいですね。

○木村商標審査基準室長 図形の書き方で申し上げましたように、資料1の(イ)の例が商標記載欄の枠なのか、あるいは図形としての範囲を画する枠なのか、そこがわかりにくかったという御指摘は我々も認識していましたので冒頭申し上げたのですけれども、結局そこが標章の変化をどうあらわすのかというところにつながってくるということですので、そこはどういうふうにあらわしたほうが変化を的確にあらわせるのか。これは単に青枠でお示したのですが、その基準にどう書いていくのかというのは、もう一度こちらのほうで検討いたします。

○小川委員 私の頭の中ではなかなか理解しにくい解釈と運用になるのかなと思っているのですが、資料4の真ん中の例で、煙を吐きながらだんだん右上がりになっていく。商標記載欄の中に書くときには、位置を特定しているわけではない。今までの、新しい商標制度が入る前の話は、確かにそのとおりだと思うのです。図形とか文字とか商標見本のどこに書かれようと、権利範囲は一緒である。そのとおりだと思いますが、新しく作る動きの商標で、本当にそれでいいのかというのが気になってしょうがありません。しかも、新たに商標の詳細な説明までつけさせる。商標の詳細な説明自体は、まさに商標登録を受けようとする商標を特定するものであるという条文までつくっています。こういう複数の商標の記載をさせて商標の詳細な説明の記載もさせるということであれば、この真ん中の例で言うと、これが順番に右上がりになっていくという形での動き商標として認めるべきではないか、これが国際的な標準ではないかと私は思います。それが皆さんの解釈の中でそれは無理だということであれば、省令でそれができるようにすべきだと思うのですが、いかがでしょうか。

○小塚座長 このワーキンググループは省令に対して意見を申し上げるマンデートを持っていないので、その点については申し訳ありません。今この基準ワーキンググループでは、あくまで制度を前提に商標審査基準を粛々として作るということでございますので、最初から申しあげているような商標法第5条第2項第1号の条文の書き方に従った基準をつくらざるを得ない。

そうしますと小川先生言われるような、確かに商標記載欄の中の位置というのを今後は考えてもいいのではないかと。その考え方自体は商標法第5条第2項に反するわけではありませんが、恐らくその議論をし始めると、資料4の一番下にある、単に移動する場合というこれはなぜ保護されないのかとか、仮に直線的な移動が保護されないとしても、特色ある移動ならば保護されるのかという最初の議論が出てきてしまうということだと思いますので、商標法第5条第2項の条文自体には先生方の御意見、お考えはいろいろあるかもしれませんが、この条文を前提とすると、商標記載欄の中の位置という考え方は、従来と同じく採用されていない。そう考えると、この枠なしで商標記載欄にじかに書く形で移動を示すことは認められないというか、示す方法がない。こういうことになるというのが事務局の一貫した御説明ではないかと思えます。

○池田委員 わかりやすくするために1つ例を挙げながらしゃべらせてください。現在でも登録の対象となっている文字、図形の商標をイメージしていただきたいのですが、ロゴマークで四角い枠、でも枠に線はなく、白い四角い枠に青い文字で何か書いてある。こういうものは当然登録されると思うのです。この白い四角というのは当然今も表現方法としてあると思うのですが、その中の文字が変化する、その中の白い四角の中で位置関係が変わっていくという表現は当然受けていただけるという理解でよろしいでしょうか。

○小塚座長 いかがですか。つまり資料1に出ている青い枠のかわりに白い枠を描くと。

○池田委員 背景が白い四角であって、その四角の部分の外側は用紙の地の色でしかないと。

○木村商標審査基準室長 商標の詳細な説明の書き方にもよりますが、基本的にはそういう中で位置が変化している。位置といいますか、標章が変化していることがわかるのであれば、それは認められる余地は十分あると思えます。

○小塚座長 そのあたりでいかがでしょうか。繰り返しますが、条文のつくりとして、これで本当によかったのかという問題は別として、条文を前提にした考え方としては、今のようにならなければ位置の動きは表現できない。枠をどう表現するかということ

については、池田先生おっしゃるようないろいろと考える余地はあるかもしれない。ただ、そのことに伴う影響はもちろんあるわけですね。例えば加藤先生がおっしゃった補正の問題もそうで、枠があつての前提だとすると、枠のない出し方をするともう補正の余地がないという結論が出てくるとか、動きを直接認めるのに比べれば違いは出てきますが、実際には動きを保護したのとかなり近いことは実現できるのではないということですね。大体そのあたりでよろしいでしょうか。

では、そういうことで商標審査基準ワーキンググループとしては理解の一致をみたささせていただきますよろしいですか。

ありがとうございます。それでは、そういうことにさせていただきたいと思います。

さて、そこで最初に戻りまして、まず動き商標に関する審査基準について資料1です。今随分議論したことを前提にこれをごらんさせていただきたいと思います。説明自体は前回なされているので省略しますが、出願方法について、これはだいぶ今議論がありましたし、御議論を踏まえて書きかえる必要があるかどうかはまた事務局で検討していただくことにしたいと思います。

それから、識別力の考え方。今のようなことなので、基本的には標章そのものの識別力が強くなりますが、これが影響を及ぼすというところが大きいと思いますが、動き方自体に識別力が認められる場合もあるのではないかと。ここで軌跡の話が出てくるわけですね。しかし、これはあくまで例えばということですし、場合によってはここに、枠の中で動きを示すというようなことも書かれていいのかもしれないですね。

それから、使用による識別力を認めるための証拠方法。まず、このあたりまでについて何か御発言等ございますでしょうか。

○小川委員 3ページの(イ)ですが、標章そのものに識別力が認められる場合、「商標全体として識別力が認められる場合が多い」と書かれると、認められない場合もあるのかと読めてしまうのですが、これは100%認められるのではないのですか。

○小塚座長 多いとお書きになった意図は何でしょうか。事務局から御説明がありますか。お願いします。

○木村商標審査基準室長 確かに識別力は全体として判断することになるかと思いますが、標章自体が識別力を有すれば、当然それを判断して、全体を見れば識別力があるという考え方を書いているので、書き方は、「多いと考えられる」と書いてありますけれども、基本的には標章自体に識別力があれば、商標全体として識別は認められるという考え方で書い

ております。

○小塚座長 ただ、その下の参考に書かれているところを見ますと、例えばカフェサービスで、ティーポット自体には使用による識別力があって、そのティーポット自体の識別力が認められている場合であっても、それがお茶を注ぐというのはカフェサービスには通常伴う動きですので、その動きには識別力が認められないと。もちろんその場合、図形としてのティーポットは商標登録されるのだと思いますが、その動く図としては識別力がないとか、そういうことをイメージしたのではないのでしょうか。

○木村商標審査基準室長 イギリスの例でいきますと、確かに指定商品、あるいは指定役務との関係で、その変化する状態がどうなっているのかを見ておりますので、これはあくまでも外国の例ですが、そういうところに着目して判断すると、必ずしも全部が全部識別力があるわけでもないという例です。我々は基本的には標章に識別力があれば、それで判断していく方向になると思いますが、こういう例もあるので、書き方はこういうふうになっております。

○外川委員 ティーポットの絵としてちゃんと自分で書いてやれば、これはカフェサービスなんだから、日本に出願されれば識別力は全体としては当然認めるという意味ですよ。これで拒絶するという意味ではないですよ。

○木村商標審査基準室長 そのカフェの図形のところに識別力があるということであれば、当然そこを見て判断するということです。

○小塚座長 そういうことですか。それで大丈夫ですか。静止画としてのティーポットには例えば識別力がある。それを変化する商標としても認める。そうすると 100%に近くなりますね。

○木村商標審査基準室長 イギリスの例は、あくまでも指定商品役務との関係で判断している例を参考までに挙げています。我々は現行の標章がどういうふうに変化していくのかを見ておりますので、標章自体が例えばティーポットの図形で、既に出所はそこで明らかにわかるということであれば、当然そこで識別力は判断できることになるかと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

○外川委員 逆に識別力のない例と書いてあるのは、やはり引っかかるのですけれど。これが審査基準に載ったときに。

○小塚座長 そうですね。そうだとすると参考の記述はないほうがいいでしょうし、「識別力が認められる場合が多いと考えられる」という表現方法も、そうなる適切でないかも

しれませんね。そこは表現を書き直していただくということでよろしいですか。

○木村商標審査基準室長 その表現方法は工夫いたします。

○小川委員 念のためですが、全く変化しないものが単に移動するものはだめだというお話でしたので、例えば2ページ、3ページに(ア)、(イ)という表題があつて、標章そのものに識別力が認められない場合、認められる場合とあるのですが、その「標章」のところを、「変化する標章」というような言い方はできませんか。

○小塚座長 そもそも、これは標章なんですか。この場合は変化の前後を含めた全体が商標ですよ。だから商標登録される標章という意味での標章では使っていないくて、変化する商標の構成要素である図形とか文字そのものに識別力が認められるかどうかを議論しているんですね。なので、図形、文字と書いたほうが本当は正しいんですね。小川先生、そういう理解であればよろしいですか。

○小川委員 委員長御指摘のとおりですが、委員長御指摘の場合でも、その頭に「変化する」という言葉はつけられないかなと。

○小塚座長 わかりました。ありがとうございます。それは御検討ください。

そのほかよろしいでしょうか。

もしよろしいようでしたら、その先、今度は類否についてです。

○加藤委員 今小川委員の御指摘になられた、例えば(ア)の「標章そのものに識別力が」という表現ですけど、基本的には商標そのものに識別力が認められれば、(1)で認められるわけですね。それで資料4の2ページ目の一番下の保護対象とならない例のこの図形というのは、識別力があるわけですけど、しかし動きの商標としては、商標法第3条第1項柱書で拒絶ということですね。

○小川委員 そういう意味で私は、頭に「変化する」という言葉をつけたほうがいいのではないかと申し上げました。

○木村商標審査基準室長 資料4については、動き方の例ということで出しておりますので、確かに御指摘のとおり、先ほどの3ページの標章そのものに識別力が認められる場合には、当然全体として見れば識別力は認められることになるかと思いますが、この資料4はあくまでも、保護対象となる例とならない例の考え方を図形であらわしたので、そういう意味では加藤委員の御指摘の、標章自体が識別力を持っているというところとは違う観点で書いているのですが、考え方としては、資料1にあるところになると思います。

○小塚座長 文字、図形等が変化する場合に、その変化する文字、図形等がという、そこ

のところを明確になるように表現してください。

さて、いかがでございましょうか。あるいは少し先まで広げまして、4ページからの今度は商標の類否の考え方も、同じように軌跡がある場合、それから軌跡がないけれども、枠を利用することによって変化が認められる、変化を表現したというふうに認められた場合、そういう場合にどう考えるかということですが、ここは軌跡がある場合と、その軌跡以外の形で変化を認めた場合で、少し類否の考え方が違うということですね。軌跡があると軌跡のところに注目して類否を判断しますが、軌跡のない変化の場合には、全体として類似しないことが多いのではないかという考え方ですね。そのあたりはいかがでしょう。この考え方でよろしいですか。

もしこの考え方がよろしければ、その次が今度は異なるタイプ間ということで、この軌跡と文字、それから軌跡を描く図形と図形、こういう類否の判断も当然あります。したがって、1つの変化する商標が軌跡の部分と図形とそれぞれについて、文字商標、図形商標と複数の文字商標、図形商標と類否を判断されることもあります。

その次は、標章が文字どおり形を変えていく場合に、その形を変えるもののそれぞれとの間で類否を判断する、こういうことになるのではないかということですが、そこまでを含めて、考え方としてはいかがでございましょうか。

○外川委員 6ページの②のところですけども、これでいいのかもしれないのですが、自動車が「SUN」という文字の軌跡を描いて進んでいった。明らかに分離観察する前提で、自動車にも類似するし「SUN」にも類似すると書かれています。①の動き方に識別力が認められる例は、標章は三角ですから、動き方だけに識別力があるということで、「SUN」と類似する。わかるのですけれども、これでいいのでしょうか。

「SUN」と類似するときに、②の例ですね、自動車というかなり大きな外観が違うものがくっついていて、「SUN」と類似するという全体観察、分離観察するという前提ですけども、自動車のような顕著な絵がついていて、文字商標「SUN」と類似するというのを審査基準で画一的に言って大丈夫なのでしょうか。分離観察すればいいのだと言われればそのとおりですけども、両方とも識別力が高いと思うのです。特に絵のほうは。絵がなくても「SUN」と類似するというのが画一的に言えるかどうかというのは、取引の実情等を考慮するということになる、そこを一律に言っていいのかどうかという単なる疑問です。

○小塚座長 これは、ほかの委員の先生方の御意見を伺ったほうがいいのかもかもしれませんね。

いかがお考えでしょうか。

確かにそうですね、「SUN」という軌跡を描いていることは間違いはないけれども、この自動車はかなり個性がありますからね。類否観察をする対象になるというのはいいと思うのです。軌跡を取り出して同じ文字と類否観察をする。これはいいと思うのですが、結論として類似することが多いと言い切れるかどうか、先生方の感触はいかがですか。

○外川委員 特に①と②が並んでいるのが気になります。

○小塚座長 そうですね、その部分は結果的には同じではないかと。

○本多委員 最近の裁判例を考えますと、これを基準に載せるのは危険かなという気はいたします。ただ、今の4条1項11号の審査基準はそのまま残ることになりますと、それにとっっていることになるのかなと。ですから、今の4条1項11号の例などをどのように扱われるのかによって、こちらをどう載せるかどうかということが一貫性ある審査基準になるものではないかという印象でございます。

○池田委員 恐らく本多先生の発言と趣旨は同じところかと思うのですが、軌跡の「SUN」と文字商標「SUN」は、称呼は恐らく同じものになるかと思うのですが、本当にこれが類似だと言い切っているのかというところはちょっと考えてみたほうがいいかもしれないと思っています。

○加藤委員 私はこの審査基準のとおりでよろしいのではないかと考えています。というのは審査基準というものは、たった一人で審査をなさる審査官のためであると同時に、出願人の側にしても、予測可能性を担保するという部分がありますので、へたに期待を膨らませられるものよりは、原則をきちんと書かれていたもののほうがいいのかという気がしております。

それとこの例のほうですけれども、これはおそらく軌跡を描いた動きの最後とまったところの絵だと思しますので、その途中の車の動きなどももちろん気になりますし、基準にあらわす場合は、これでもよろしいのではないかと考えております。

○小川委員 私も基準上ということであれば、少しきつめのルールでいいのかなと思います。どうしても心配であれば、「SUN」の軌跡と車をもう少し引き離して、分離観察しやすいようにしたほうがいいと思います。

○小塚座長 少し厳し目の御発言も続いたのですが、本多先生、あるいは問題提起された外川先生、いかがでございますか。

○外川委員 特許庁の方針で結構でございます。私が見ると疑問を感じるというだけです

ので、人によって見方は違うと思いますから、結構だと思います。

○小塚座長 それでは、これは類似することが多いという表現でもあるので、一応これでいいということによろしいでしょうか。

ありがとうございます。

7ページもこれでよろしいですか。

そうしますと御議論いただいたところを復習いたしますと、まず2ページから3ページにかけてなのですが、文字、図形が変化するという前提の記述であるということを確認するという事です。その変化する文字、図形について、識別力があるとかないとかの議論をしているのだ。ここをはっきりしていただく。

それから、3ページ目の(ア)の(b)で、軌跡として線であらわされるというのは1つの例で、これはこれでいいのですが、先ほどの資料4をめぐる議論の中で、資料1について軌跡が強調され過ぎていたのではという御指摘もありましたので、そこはもう少し、軌跡が残らないけれども、変化が認められる場合があり得る。場合によっては、この枠を書くことによってというのを、どこかで先取りして書くということも考えられると思いますが、そこを少し加えていただく。

それから、そのすぐ下の(イ)で、文字、図形そのものに識別力が認められる場合には、商標全体として「識別力が認められる場合が多い」ではなくて、これはもっと強い、「認められる」、あるいは「原則として認められる」ぐらいの、強いことなのではないか。

以上の点を修正させていただいた上で文章に落とすという前提で、それではその方向でお認めいただけますでしょうか。

○本多委員 すみません、もう1点なのですが、5ページの「軌跡が残らない場合」というところの書き方なのですが、「軌跡が残らないような場合には、残像の描く軌跡が」というところが、非常に一般的な動き方、動く商標を出そうかなと思うような方にとって、何となく違和感がある表現のような印象がぬぐえないのでございます。そこをどうしようというのはないのでございますが、ほかと比べてこういう書き方になるのかなと思うのですが、「残像」とかそういうことではなく、「動き方」ということだけで表現してもいいのではないかという印象がありますので、そこだけ述べさせていただきます。

○小塚座長 ありがとうございます。これは変化の態様ですよね。変化の態様は同一または類似であるということなのですね。確かに残像の軌跡はないが、残像の描く軌跡があるというのは何かわかりにくいので、そこは変化の態様等に直していただく。

それから、5ページの青い枠の外に、さらに商標見本の枠を書いていたいただきたいということでしたね。

その他よろしいでしょうか。

そうすると全部で5カ所、実はかなり本質的なものもあるのですが、5カ所修正していただいた上で、その方向でコンセンサスを得たということによろしいでしょうか。

ありがとうございます。

それでは、その次です。ホログラム商標についての資料2ですけれども、これも説明は前回していただいたところですので、御意見をいただきたいと思います。

まず、出願方法についてということですが、これは基本的にはホログラムの効果についての具体的、かつ明細な説明ということ。それから、一商標一出願について比較法的にも分かれているところですが、我が国としては、複数の表示を一括してホログラム商標として出願することを認めて、一商標一出願原則に反しないと考えるのではないかとということがございます。まず、ここまできかがございましょうか。

○小川委員 2ページ目の一商標一出願の説明はよくわかりづらいのですが、1行目で、アメリカとか韓国では、ホログラムが平面上に複数の表示面を与えるために使用されているときは、一商標一出願違反。これはホログラム商標が図1枚のみであらわされていないときは、登録しないということなのですか。1ページには韓国の例で、5枚の図がついていますね。

○小塚座長 私の理解ではこれは、後で出てくる「MOUN | TAIN」を2つに切って、「MOUN」と「TAIN」で出すようなものはアメリカでは認めないという理解をしていますが、韓国の例はしかしどうなのですか。

○木村商標審査基準室長 韓国の例も基本的にはこの図形が1個で、その見え方によって色合いが異なっているということで、これは一商標一出願には違反していないということです。

○小川委員 韓国でも、複数の図面で出願することは可能なのですか。

○木村商標審査基準室長 これは5つの図面で見え方がどうなっているのかを表現して出願している。それで登録されているものです。

○小塚座長 図形の形が問題なのですね。図形が変わるかどうか。さっきと似たような話ですが、図形の形が変わらないで、この色合い、光の加減が変わるということ複数の図面を使って表現すること自体は、韓国は認めているということですね。

○木村商標審査基準室長 その詳細な説明が2ページ目の一番上に、海外の登録例ということでその内容、図面の説明が書いてありまして、そこにどういう図形かということが書いてあって、見る角度によって図形全体の色彩がさまざまに変化していく。そういった変化の状態をここで書きあらわしているものを認めていることになっております。

○小塚座長 つまりホログラムの意味を、色とか光り方が変わるという限度で認めている国と、もっとはっきり図形とか文字が変わる。実際技術的にはそれはできるわけですね。そこまで含めて一商標として認めるということで分かれていて、我が国は後者で行こうとこういう御提案ですね。

○小川委員 今の説明でしたらわかります。そのように書いたらいかがですか。

○小塚座長 ありがとうございます。ただ、比較法は基準には書かれませんが、資料としてきちんと残したほうが良いと思います。

その考え方自体は先生方、よろしいでしょうか。

○加藤委員 私も小川委員の御指摘に同意します。ホログラム商標というふうに一般的に言った場合に、右から見たら「MOUNT」で、左から見ると「TAIN」と見えるというのが、日本で果たして登録になるのかならないのかというのは、ある程度の知識を持ったユーザーであれば疑問に思っているところだと思いますので、日本においてはアメリカのような考え方は取らないということ、はっきりおっしゃったほうがよろしい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。それではそこを明記するということですね。

そのほかいかがでしょうか。

もしここまでがよろしければ、次は識別力ということでありまして、結果的には、あらわれる図とか、図形とか、文字を基準にして識別力を考えるということになる。したがって、そこに識別力がない。「おいしい」、「りんご」という例が出ていますが、識別力がないと、結果的にはホログラム商標全体として識別力がないということになる。

それから、不登録事由も実は同じことでありまして、表示される文字、図形が基準になる。そうすると複数の文字、図形が1つのホログラムに出てくるというのを認めましたので、ばらばらに見るのか、結合して見るのかということが問題になりますが、これは表現されている、特に文字の場合ですね、意味、内容を考えながら、「MOUN | TAIN」の場合は一連一体と見て、切り離されると「マウン」、「モウン」としか読めませんが、ここだけを分離するということはない。しかし「HBG | カタニ」という場合には「HBG」

と「カタニ」をそれぞれ分離して観察する。図形の場合も、5ページにあるとおりということ。この考え方はいかがでしょう。

大体この原案で、御異論ないという理解でよろしいでしょうか。

○外川委員 4ページと5ページのところで例の1と例の3で、例の1は右側で1つの単語になる。これは一応わかるのですけれども、もう少し要部観察をすべきとする特段の事情がない。一連で読むべき理由があるというのか。でも、要部観察すべきとする特段の事情がないと。右側の例3は、多数の表示面に標章が表示されている場合で、これは恐らく全体は観念か何かでつながっているのだと思うのです。月とか、太陽とか、雲とか。ここは今度は図形商標の三日月等は類似しないと。全体観察が原則で。何か抽象的なことが言えないかなということを知っているのですけれども、左は観念がくっついているので一観念でいいのですが、右側は、各構成要素は不可分的に結合しているとは言えなければ。例3のほうは割合で説明しているのですね。すみません、考え方が余りまとまらないで言っています。これは6分の1だから非類似でという、それでいいのですか。

類似、非類似の関係で、例としてこれでユーザーがわかるのか。片一方は6画面のうちの1画面、しかし全体としては観念、少なくともシチュエーションは同じようなものをくっつけている。それから、「MOUM | TAIN」のほうは一連一語であるから、これは非類似でいい。そこはケースバイケースで判断させればいいということになるだろうと思いますが、例3はもう少し何か説明があったほうが良いと思います。では5つはどうなるのだという話になりかねないのではないかと思います。これは書き方の問題で、もう少しこの違いをはっきりしたほうがいいのではないかと思いますという御提案です。

○小塚座長 ここは原案について何か説明はありますか。

○木村商標審査基準室長 確かにホログラムというのは何面で出てくるのかというのがあって、基本的に今回ここで書いているのは、6面であらわされている状態を1個のホログラムということで書いているのですけれども、確かにここが先ほどの例1との関係で言うと、要部観察が本当にできるのかできないのかとか、そういう考え方をもう少し整理したいと思います。これは確かに太陽、月というふうに天気のマーカーをあらわすようなところを書き込んでいるのですが、もう少し観念的なつながりがもしあるのであれば、そういう例にして、分離観察はしないんですよと、そういったほうが多分わかりやすいかもしれないので、そこは検討させていただきます。確かにこの図形だけだと、なぜここが類似にならないのだということになるかと思いますけれども、どういう観念的なつながりがあれ

ば、そこは一連として見るとか、そういうところを明確にしたいと思っております。

○外川委員 ホログラムというのは1つの画面ごとに平等なのですか。例えば立体商標だと、この前の判決で所定方向みたいなものがある、需要者がどれが一番見るかというところを判断材料の一つとしていますが、常に平等かどうかというのは、審査の段階で判断するのは無理かもしれませんが、そういう比重というのはないのですか。全部同じに見るのですか。

○木村商標審査基準室長 ホログラムがどのように表示されるのかというのももちろんあると思うのですが、基本的にはホログラムの中で表示されている文字とか図形がどういう表示になっているのかというところで、需要者が例えばこの文字だったら強い印象を与えるので、その部分に着目して見るのですと、そういうのもあると思います。あとは単にこの図形がおもちゃのように並んでいるとか、個々のホログラムであらわしている状態を見ないと、一概に6面あれば1面だけ取り出して、見なくてもいいのですよということに多分ならないかもしれないので、そこは最終的にはケースバイケースにならざるを得ないのかなという感じはいたしますけれども、考え方としてはこういうのをもうちょっと明確にしていきたいと思えます。

○小塚座長 基本的には平等ということですね。技術的に恐らくそうなるだろうと思えます。

○加藤委員 私も外川委員の御指摘の例3というのが、何を伝えたくてここにあるのかというのがよくわからなかったのです。例えば三日月のところが突然「HBG」になっているということであれば、これは「HBG」と類似ですよという例として出してもいいのかなと思いましたが、あるいは、これが左から右に月の満ち欠けがあらわされていて、真ん中のハーフムーンと、先登録のハーフムーンの図形商標があった場合に、これらは非類似と考えますよという例として挙げるならともかく、この右端のニコちゃんマークが唐突で一体何なのかということとか…ちょっとわからなかったので、何を伝えなかったのかなというところは疑問に思いました。

それから、先ほど2つ目の外川委員の御指摘ですが、立体商標的に判断するというのは多分韓国型だと思うのですが、我が国は一商標一出願に関しては韓国型を取らない、ということなので、小塚座長が確認されたとおり、一応均等というか、一連のホログラムの動きを見るということによろしいのですよね。

○小塚座長 これは何を伝えたいかというだけではなくて、考え方の問題として、割合が

低くなれば要部観察をしないのだという、そのロジックが正しいのかということですね。それは実は結構文字のホログラム商標のときにも当てはまってきてしまうので、そこは少し再検討の必要がありそうですね。図形の場合の、各図形が不可分に結合していると言えなければ要部観察を行うという、ここまでであれば恐らく御異論はないのだと思うのです。その後になんか、割合が低い場合という例外をつけたことが、委員の先生方は非常に違和感を持たれたということだと思います。

○池田委員 例2について確認したいのですが、書き出しの部分で「特段の意味を有しない造語等が」という、これは本当に言わんとしていることは、識別力が否定されない表示だということかと思うのですが、もしそうだとすると、「特段の意味を有しない造語等が」というふうに書いてしまうと、では造語でなければいいという理解も招きかねないので、そのあたりどうなのかなというのと、もしそうであれば、もうちょっと広い書き方はできないかと思います。

○小塚座長 この趣旨はどういうことでしたか。「特段の意味を有しない造語等が」と出ている趣旨は。

○木村商標審査基準室長 これは例1との対比の関係で、例えば「MOUN | T A I N」というのは、「MOUN」と「T A I N」というのがそれぞれあらわれてくるのですが、最終的には「MOUN | T A I N」という1つの言葉を形成する。ここで言っているのは「HBG」と「カタニ」、これ自体は先ほど申し上げた「MOUN | T A I N」という1つの言葉と同じような結合は特にないということで、それぞれが独立したような言葉になっている、造語になっているということで書いたということですので、「HBG」と「カタニ」をそれぞれ類否のところで見ている。そういう書き方でこの例を出しております。

○小塚座長 したがって、ここで原案の言わんとしているのは識別力ではないのですね。むしろ不可分的に結合しているかどうかを見るときに、特段の意味を有しない文字列といえますか、その場合には、不可分的に結合しているとは言えないことが多いだろうと、そういう趣旨ですね。

○池田委員 承知しました。

○小塚座長 そのほかいかがでしょうか。

もしこれでよろしいとしますと、御指摘に従って直すべきところは、私の把握した限りでは2カ所。1つは、一商標一出願の関係で、「平面上に複数の表示面を」という書き方をしていますが、もうちょっとわかりやすく、複数の文字とか図形が角度によってあられ

るといふプログラムも我が国では一商標一出願に反しないというふうにはっきり書くという点が1つ。もう一つは、この例3を御検討いただきたいということですが、その点を留保して、このプログラム商標に関する審査基準をそれではお認めいただくということによろしいでしょうか。

ありがとうございます。

そうしましたら、次が資料3の位置商標です。位置商標については、まず出願方法ですが、この登録を受けようとする部分を実線、それ以外は破線で書き、さらに商標の詳細な説明で補うという出願の仕方をするということです。そして、この識別力の基本的な考え方は、実線で書かれた部分に識別力が認められる場合には、識別力が認められることが多いわけですが、位置だけで識別力が認められるというのは通常考えにくいのではないかと。したがって、ここは使用による識別力の獲得が原則になってくるのではないかとということでございます。まず、ここまできかがでございましょうか。

○小川委員 基本的な考え方のところですが、そのとおりなのだろうと思います。ただ、そもそも位置商標って何なのかといったときに、文字とか図形等の標章の部分には、本来識別力がないものを特定の位置づけによって登録を認めるのが位置商標だという、それが原則なのかと思っていたのですが、今回の立法者の整理はそうではなくて、識別力があるものとないものと同等に扱っているという理解でよろしいのかというのが1点。

位置商標で、海外で登録になっている例で、そもそも文字や図形の部分で識別力があるもので位置商標として登録になっているものがあるかどうか、教えてください。

○小塚座長 これは事務局では海外の例などを御存じですか。お願いします。

○木村商標審査基準室長 海外の例について御説明しますが、資料3の6ページ、これは基本的に詳細な説明の中に、商品のどの部分に付するのか、標章自体はどういうものなのか、そういったものが書かれてありますが、例1は、単純に丸い形が靴ひもと靴底の間に付されている。例2はやはり靴ですが、靴底のところに赤い色のラインが付されている。例3はパソコンのキーボードのところですが、真ん中部分のカーソルの操作器に使用される赤い色、これがキーボードの特定の位置に付されている。我々の調べた範囲では、こういう例が多いです。ほかには、おもちゃ、ぬいぐるみの特定の例えば耳たぶの位置に赤いマークとか、そういった例が多いと思いますので、基本的にはマークそれ自体はほとんど識別力がないものが特定の商品の特定の位置で使われて、それが会社の出所をあらわしている例が多いと思います。

○小川委員 わかりました。もし、実線部分で描かれる文字、図形部分には識別力のないものが基本的に位置商標だという理解でいいのであれば、この基本的な考え方も識別力が認められないほうを先に書いて、認められるほうを後に書くという書き方はいかがですか。

○小塚座長 いかがですか。

○木村商標審査基準室長 そこは書き方を工夫します。

○小塚座長 他方で、実線で書かれる部分には識別力がない場合には、原則として難しいのです。そういう意味では位置商標については、基本は使用による識別力の獲得になるのです。この審査基準の考え方は結局そういうことなのです。ということなのですが、その考え方でよろしいですか。

○本多委員 別のことですが、記載方法についてでございます。1ページの2. 出願方法について、(1)「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、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ということでございます。この場合に位置商標と、前回いたしました色彩の商標との記載方法が非常に混乱しやすいということではないかと思えます。色彩の商標の場合も、ルブタンの靴の裏のように靴を書いて靴裏を赤く塗るということは、それが色彩ということで。今度は位置の場合は、位置の部分を実線で描くということですが、その部分の形状が特定されているのが位置ということであるならば、そのようなことも積極的に書いていただいたほうが、位置の出願方法と色彩の出願方法との間で区別がしやすいのではないかという印象でございます。

○小塚座長 いかがでしょう、何か御説明ありますか。

○木村商標審査基準室長 確かにルブタンの例でいきますと、赤色がハイヒールの靴底に使われている場合に、靴底に輪郭のない色彩ということで赤色で取れる場合もございますし、位置商標ということで特定の商品を実線で書き、この位置にこの赤色を使いますという形にすることもできます。結果的には同じような状態になるといえますか、そのハイヒールの靴底に同じような赤色を使うということなのではございますけれども、我々はその違いというのは、標章が特定の位置に付されるというのが位置商標になり、色彩は色それ自体をここに使いますということをおそらく出願の方法になるかと思えます。その関係で、位置商標の場合には、この部分ですということがわかるように、ここでは商標登録を受けようとする部分を実線で描くという形にしておりますが、そのあたりを明確にということですので、書き方について検討いたします。

○本多委員 今の御説明ですと、靴の裏の形がどんな形であっても、靴の裏にこのような

色彩を付すということが位置商標ともなり得るという御説明に聞こえてしまうのですが。

○木村商標審査基準室長 それは位置商標ではなくて、色彩の場合に、こういう赤いハイヒールの靴底に、輪郭のない赤を使いますというのを図面と色を詳細な説明できちんと書いていただくということになります。

○本多委員 では、例えばつま先に赤を付するのが位置商標ですといった場合に、どんなつま先であっても、それは位置商標として認められるという理解でよろしいのでしょうか。

○小塚座長 どんなつま先であってもというのは具体的にはどういうことでしょうか。

○本多委員 とんがっているつま先とか、紳士靴とか長靴のように。つま先ということだけでは、いろいろな形のつま先が考えられるかと思います。そのつま先部分に、模様でも結構ですが赤色を付すというものは、そういった形で出した場合に位置商標として認められるということでしょうか。

○木村商標審査基準室長 どういう形状かという、その形状の特定が必要となる。その位置商標というのは、その商品のこの部分に例えば赤い標章を使いますということで、まず商標の詳細な説明の欄にきちんと、どの部分とどういう商品に使いますというのを書いてもらって、その図面と合わせて特定していくことになると思います。

○小塚座長 しかし、それは本多先生が言われるようになるのではないですか。例えば熊のぬいぐるみの耳の部分にラベルがついているものであって、それが熊ではないウサギバージョンとか、猫のバージョンとか出てきても、ぬいぐるみの同じ位置にラベルがついていけば、これは位置商標になるのではないですか。それを取っているわけですよ。

○木村商標審査基準室長 その考えでいくと、同種の商品につけるときのその同種の商品はどの範囲かという、今の御指摘のぬいぐるみであれば、熊のぬいぐるみであっても、ネズミのぬいぐるみであっても全く同じようなことで実現できるのかと、こういう御指摘だと思うのですが、そこは我々今一部検討中のところもありまして、例えば同じ履物の中でスニーカーと、げたのつま先といったときに、つま先部分はかなり形状が異なるものです。それが全く同じようなことが実現できるのかということ、同種の商品の考え方にもよりますが、全く同じ扱いにしているのかということところが課題としてありますので、その考え方はいずれにしても整理したいと思っております。

○外川委員 今の関連で、部分意匠のときも、その点線はどういう意味かというのが議論になりましたけれども、ここで言うと位置は実線で書くと、残りは点線で書くという場合の点線というのは、位置を示すための要素でしかないのか、それとも先ほど小塚先生

おっしゃったように、ウサギの絵が描いてあって左の耳に赤くつけていたときに、その点線に何か意味があるなら、熊だっていいじゃないかということになると思うのです。その点線というのは位置を単に示すものだけということなのですよ。そこがよく理解できていないのです。

○木村商標審査基準室長 基本的にはその商品のどの部分に付するのかという、それをあらわすための図面にしか過ぎないので、商品の形状自体に何か権利があるとかそういうことでは全くない。そこは私もそういう理解はしています。

先ほどの議論に戻りますけれども、全く同じような形状の縫いぐるみであれば、当然同じようなところに付されていけばいいと。これは多分あまり問題ないのかなと思いますけれども、同じぬいぐるみの仲間の中でも、動物の種類が異なって、同じ耳なのだけれども異なるような印象を与える。そのあたりの同種の商品の考え方が、多分我々の基準でも明確になっていない部分もありまして、これは諸外国でも明らかになっていないのではないのでしょうか。御指摘のところはそこにつながってくると思いますので、我々もそこは引き続き検討しながら、できるだけ基準に反映できるものはしていきたいと思っています。

○外川委員 そういうところで例えば出願人は、ウサギみたいな耳の長いを出すと極めて特徴的なので、パンダなのか熊なのかよくわからない絵を点線で描いて、左耳だけ赤くしてくるということはあると思うのです。そのときにその効力がどこまでかというのは、ある程度クリアにしておいてもらわないと混乱するのではないかと思いますので、よろしくをお願いします。

○小塚座長 何の位置かということですから、多少動物の種類は変わっても。例えば昆虫の縫いぐるみだと、昆虫は耳がないのでそれはそこまでは違うだろうとか、そういう話だと思います。

その他いかがでございましょうか。可能であれば、この位置商標は終わりまでまとめさせていただければと思いますが。

○加藤委員 先ほどの本多先生、外川先生の御指摘の点は、私の理解では、例えば女性用ハイヒールの場合に、非常に大きい27～28cmのハイヒールと、小さな少女のハイヒールという違いはOKであっても、先の形状みたいなものについて、紳士靴や長靴が入るといふうには理解しておりません。当然我が国の今度の位置商標もそうなのだろうと理解しておりました。

それともう一点は、ルブタンの例が出ましたけれども、全く同じ商標見本を位置商標に

も色彩商標にも使えるという理解でよろしいでしょうか。

○小塚座長 まず後半の点だけ答えていただけますか。

○木村商標審査基準室長 後半の点は、願書の書き方にもよってくるので今後整備するのですけれども、色彩自体は基本的に特に実線等は無く、その色それ自体を記載してもらう。位置の場合にはその標章のものを実線で書いてもらう。その違いが明確になるのだと思います。

○加藤委員 ただ、このワーキンググループで配られた資料は、位置商標も色彩商標もルブタンの例は全く同じ図面だったように記憶しているのですが。

○木村商標審査基準室長 図面的には同じようなことを同じような形でやるのですけれども、色彩の場合には輪郭のない色彩ということで、特に線で何か画するのではないということ。

○小塚座長 実線がないですね、靴全体を点線で書いて、赤がベタッと塗ってあると。

○木村商標審査基準室長 そういうことですね、その違いが出てくるということです。

○小塚座長 加藤先生の前半の御発言は大きな話なので保留にして、それでは本多先生、小川先生の順でお願いできますか。

○本多委員 先ほどの考え方によって、4ページの例えば①のスニーカーと長靴が類似というよりは、これはつま先が赤ということで同一になるのか、そういったことの判断にもかかわってくるかと思えます。ですから位置は実線ということであれば、ある程度の図形、形状を特定したものというふうに決めていただければそういった理解で動きますし、そうではなくて、その場所、位置ということで、つま先の形状に合わせていろいろ判断が変わる。それも位置だよということになれば、またそれはそれ以降の判断基準、審査基準の書き方が変わってくるのではないかと思いますので、そこを明確にいただければと思います。

○小川委員 先生方の御質問を受けての話なのですが、同じものであっても位置商標か色彩商標か、出願の方式自体ではどちらでも取れるという理解でいいですね。一般論で言うと、両方で取れるのであれば、どちらで取ったほうが権利範囲は広いのですか。

○小塚座長 この御質問は事務局は答えられますか。

○木村商標審査基準室長 基本的に色彩自体は輪郭のない色彩ですので、ハイヒールの形状自体は多分点線か何かであらわされるのだと思いますが、その点線自体は単に商品の形というか、商品の色彩が付されるものを単にあらわしているということであれば、多少輪

郭のない部分において色彩が広がるかもしれないと思います。要するに位置商標というのは実線の中で標章が確定されてしまいますので、そこで出願のときに既にその標章が実線で決まってしまうという違いはあるのかなと思います。

○小塚座長 これは本多先生の御発言とも恐らくつながっていて、位置商標について形状を全く考えないでいると、例えば靴底は位置商標ですけれども、細いハイヒールも平べったい靴も、とにかく靴底に張っているのは位置だということになって、そのあと輪郭のない色彩とどこが違うのだという話になってくるわけです。

ただ、本多先生おっしゃるような、ある程度形状的なものがあるという考え方になってくると、そこは基準室長が今言われたように、輪郭のない色彩で取ったほうが範囲が広がるということだと思うのです。原案でも、そこはある程度の形状的なものを認識しているのですよね。本多先生御指摘のように、スニーカーと長靴の例は同一の例ではなくて、類似を判断する例として出てきているわけですね。先ほど私が申し上げたように何の位置かという、何のという概念があつての位置商標なので、ある程度の形状的要素は含まれているということではないかと私は理解しているのですが、先生方の御理解はそれと違いますでしょうか。

○池田委員 私も位置商標というのは、何か特定の形状があり、それがどこにあるかというものなのではないかと理解しておりまして、ただ単につま先が赤いとかそういうのは、どちらかという色彩の商標なのではないかと感じております。

○外川委員 前回御質問したときと整合がとれているのかどうかですが、ルブタンのあの色を色彩で出願したときには、靴全体の色として解釈するという説明を受けたように、つまり位置については、ルブタンはあくまでも靴底が特徴なのですが、これを色彩で出願したときには靴を指定商品にして出すと、全体の色彩が特定されているだけで、靴底に入っているものはルブタンの権利は及ばないと言われたような気がするのですが。私の誤解だとすればいいのですが、その色彩はどこに使っても色彩の権利で靴で取っていて、もちろん商標法第3条第2項の証拠として靴底が出ていたという場合に、その色彩の権利は輪郭がないとおっしゃるのだけれど、それは何の権利になるのでしょうか。そこを確認したかったのです。

○木村商標審査基準室長 色彩の商標出願のときに、2つのパターンがあると御説明したと思いますが、1つは色そのものを指定商品、例えばスニーカーという形で出願するパターン、もう一つはルブタンのように、女性のハイヒールのこの部分に色を使いますと言っ

で出願するパターン、この2つを今回認めますという説明をしたかと思います。後者のルブタンの場合には、当然色彩がハイヒールの靴底に使われるということで、それは権利範囲が明確で、なおかつ商標の詳細な説明にきちんと書かれるということですので、それは一般の人から見ても、権利は靴底にあるのです、赤色が使われているのですということがわかると思います。

もう一つは、色が前面で出てきて、指定商品が「スニーカー」といった場合には、どの部分を使うかという限定がないということになります。これはアメリカのUPSの事例もそうだと思いますが、例えばこげ茶色を指定商品「配送サービス」というので取りますと、それ自体が全て配送サービスに使うような物、例えばこげ茶色のトラックとか、従業員のユニフォームといったところまで全て茶色が及ぶ。役務の場合ですが、そのような権利になるので、そういう意味ではかなりハードルが高い。ルブタンの特定の商品の、この位置にこの色を使うのですという立証に比べると、相当ハードルが高い。権利範囲は、そういう意味ではサービスに使うような例えばトラックの全面に、特に限定がなされていないのでその場合には全面に、あるいはユニフォームの全面で権利を取っているということになると思いますので、そういう意味では①のパターンで取るのか、②のパターンで取るかによって、権利の取り方が違ってくることになるかと思います。

○外川委員 これ以外に使ってなければ、使用証拠として靴底が赤い証拠を出さざるを得ないと。色彩の権利が大きくなるということはないということですか。つまり位置は色彩の商標として取ってあっても、使用商品との関係でいけば、立証できているのは靴底だけなのだから、権利としては色のほうが大きいというのは、そうならないのではないかとこの疑問が出てきたので、お聞きしているのです。

○木村商標審査基準室長 色のほうが大きいというのは、あくまでも靴底のその部分が輪郭で画されているのか画されていないのかというその部分に着目していうと、輪郭のない色彩のほうが広いのではないかということです。

○外川委員 標章の形状がないという部分だけですね。

○小塚座長 色彩で取りますと、靴底の形状は違うけど靴底であるというものが入ってくると思うのです。ですから、そこから位置で取って、この形状の靴底のこの位置というふうにとったものよりも少し広くなると。色だけで出願する場合ではなくても、商品の特定の位置を指定して出願する色彩商標の場合でも、位置商標に比べて広がるかなと思ったということです。

○外川委員 わかりました。

○本多委員 ということで今小塚座長がおっしゃったようなことであるならば、位置商標というのは図形を特定しているということ、商標登録を受けようとする商標の記載方法のところは何らかの形で書いていただいたほうが、色彩の商標等の出願方法との違いが、出願人としても、明確にわかるのではないかと思いますので、そのような御検討をいただけたらと思います。

○加藤委員 類否に行く前のところで1つだけ質問させてください。ニューヨークの控訴裁判所で出された判決では、ルブタンの位置なら位置、色彩なら色彩、靴底が赤というところはきちんと特定されているのだけれども、その以外の部分が、赤と対象的な色である場合にのみ商標として成立するというような考え方が示されたかと思うのですが、ルブタンのような靴の例の場合、商標法第3条第2項の適用で登録になることがまず見込まれるはずで、そういうときに提出された使用証拠が靴底とは対象的な色の黒のパンプスの例ばかりで、靴の革の部分が同じ赤のパンプスの使用例が一切出てこなかったときに、ニューヨーク控訴裁判所のような示唆をされたり、商標の詳細な説明を少し狭めさせるような指導をなさるのかどうかということはいかががでしょうか。

○小塚座長 御回答がありますか。私の感覚では、それは特許庁では難しいように思います。裁判所であれば、そういう判決は出せますけれども。

○木村商標審査基準室長 確かにルブタンのケースは、どちらも著名な場合を比較して判断しているので、それを今の我々の類否の判断において応用して決めていくのはなかなか難しいかと思えます。ですけれども立証のときに、例えば色の独占がどこまでその色について商標の中でできているのか、そういったものを商標法第3条第2項の中で求めていくということは当然にやっていく話だと思いますので、そういうものは参考になると思いません。

○小塚座長 よろしいでしょうか。

それでは大変申しわけありません、本日できたことを確認しますと、動きとホログラムはともかくとして、位置商標については出願方法と識別力のところまで、先ほど本多先生から御指摘いただいた1点、すなわち、ある程度形状を特定した上で位置を示すというこれをつけ加えた上で、原案どおりお認めいただいたということでいかががございましょうか。

それでは、類否の話が残ってしまいまして、さらにマドリッドプロトコルの場合の御相

談もしようと思っていたのですが、それも次回ということになります。ただ、その後のスケジュールもありますので、今日御用意いただいた事務局原案に基づいた基準たたき台案をお持ちする。それは皆さんの御議論を無視するという趣旨では全くなくて、たたき台案の文案を見ながら、この位置商標の類否の話、国際商標登録出願で来た場合の対応について御意見をいただき、その後で、それ以外の点も含めたたたき台案全体について御審議いただいく。この手順がよろしいのではないかと思います、それをお認めいただけますでしょうか。

では、そういうことで進めてさせていただきたいと思います。ありがとうございます。

それでは事務局から、次回の予定をお願いします。

○青木商標課長 本日も活発な御議論いただきまして、ありがとうございます。

次回のスケジュールでございますが、次回の第7回商標審査基準ワーキンググループは10月8日を予定してございます。詳細につきましてはおってまた御連絡いたします。

○小塚座長 ありがとうございます。

以上にて閉会させていただきます。

閉 会