

平成 27 年 7 月 9 日 (木)

於・特許庁 9 階 庁議室

産業構造審議会 知的財産政策部会 商標制度小委員会
第 11 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. 挨拶	1
3. 議事次第の紹介並びに配付資料の確認	2
4. 議題	
1. 商標審査基準の今後の検討事項とスケジュール	3
2. 使用による識別性の審査基準について	19
3. 国、地方公共団体等の著名な標章の審査基準について	31
5. 次回のスケジュール等について	41
6. 閉 会	42

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11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、本日も御多忙の中、御参集をいただきましてまことにありがとうございます。

2. 挨拶

○青木商標課長 審議に入ります前に、諸岡審査業務部長から一言御挨拶がございますので、よろしく申し上げます。

○諸岡審査業務部長 皆様、おはようございます。審査業務部長の諸岡でございます。

本日の御参集に対しまして、改めまして御礼を申し上げたいと思います。

前回、第10回のワーキンググループは今年の2月3日に開催いたしました。新しいタイプの商標の審査基準を御審議いただきまして、10回にわたった公開の場での審議を重ねていただきました。1カ月のパブリックコメントを経まして、今年3月に審査基準の改訂を公表したところでございます。

その後の状況の変化等につきまして、若干説明をさせていただきたいと思いますが、まず新しいタイプの商標の出願でございますが、4月1日出願受付を開始いたしました。現在まで、特許庁には850件を超えます出願受付がなされているところでございまして、新しい制度に寄せますユーザの期待が感じられるところでございます。ちなみに、音と色が7割を超えております。目下、審査部門におきまして慎重に審査の準備に当たっております。今後、こうした新しいタイプの商標を企業のブランド戦略に、ぜひ活用いただきたいところでございます。

次に国会周りでございますが、先週までに特許法等の改正が国会で可決・成立したところでございます。この改正には、商標法に関するシンガポール条約の加入と、その実施のための法整備、それから、商標料金の約2割の引き下げというものも含まれておりまして、

公布後1年以内を施行の目途としてございまして、今後、施行の準備をしていくところでございます。

さて、このワーキンググループで御審議いただきます商標審査基準でございますが、昭和46年、1971年に制定しておりまして、その制定以来、累次法律改正に伴う部分的な改訂を重ねてきたところでございます。他方で、商取引を取り巻く環境の変化、社会情勢の変化、ユーザのニーズの変化等が進みまして、またユーザの皆様からも、更に明確で分かりやすい審査基準とするようにというような要望も寄せられているところでございます。

このような中で、本年6月に官邸の知的財産戦略本部が決定いたしました『知的財産推進計画2015』におきまして、「国内外のユーザにとって明確かつ分かりやすい審査基準とするよう、その記載内容を見直し、改訂すると明記がなされました。また、この6月に商標制度小委員会からも、商標審査基準について審査基準の基本的な構成を見直すとともに、簡潔かつ明確にして、理解しやすい記載にすることが望ましいとされまして、このワーキンググループでの検討が付託されたところでございます。

今まで、ある意味では精緻に構築されました審査基準ではございますが、この見直しは、全く新しいものを作ることとは別の困難さを伴うものと思っております。概念であるとか条項の関連性を含め、丁寧に解きほぐしながら、また、関係の皆様との一定の理解も得ながらということで取り組んでいかなければいけないと思っております。

小塚座長の下委員の皆様におかれましては、引き続き、当ワーキンググループにおきまして熱心なる御審議、御協力をお願いするとともに、審査基準の内容面又は構成面についての全面的な見直しについての検討をぜひお願いしたいと思っております。

冒頭に当たりまして挨拶といたします。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す。

3. 議事次第の紹介並びに配付資料の確認

○青木商標課長 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。よろしくお願ひします。

○小塚座長 おはようございます。

それでは、早速でございますが、本日の議事次第の御紹介をいたします。

まず最初に、商標審査基準を今後、どういう検討事項について、それから、どういうス

ケジュールで検討していくのかということについて御審議をいただきます。その後、各論ということで、使用による識別性の審査基準について、それから国、地方公共団体等の著名な標章の審査基準について、こういう順序で議論をさせていただきたいと思っております。

それでは、配付資料の確認を事務局からお願いいたします。

○青木商標課長 それでは、資料の確認をさせていただきます。配付資料でございますが、議事次第・配付資料一覧、委員名簿、資料1. 商標審査基準の今後の検討事項とスケジュール（案）、資料2. 使用による識別性の審査基準について（案）、資料3. 国、地方公共団体等の著名な標章の審査基準について（案）、参考資料として、1. 商標審査基準の見直しについて、参考資料2. 商標審査基準改訂に伴う主な論点、参考資料3. 商標審査基準改訂のイメージ（3条1項1号の改訂）、参考資料4. 商標法3条2項適用に関する要望（日本弁理士会商標委員会）、参考資料5. 商標法3条2項に関する裁判例、以上でございますが、資料の欠落等はありませんでしょうか。

よろしゅうございますか。

それから、今回、委員が1名、異動がございます。日本知的財産協会の池田前委員から、今回、本田順一委員に交代をいただいております。本田委員、どうぞよろしくお願いいたします。

○小塚座長 ありがとうございます。ホンダ先生がお2人になりましたので、漢字は違うのですが、本田順一先生、本多敬子先生というふうにお呼びしたいと思います。

4. 議 題

1. 商標審査基準の今後の検討事項とスケジュール

○小塚座長 それでは、早速、第1の議題であります商標審査基準の今後の検討事項とスケジュールについてということで、事務局から御説明をいただきます。

○木村商標審査基準室長 審査基準室の木村です。よろしくお願いいたします。

資料1. 商標審査基準の今後の検討事項とスケジュール（案）でございます。

1. 商標審査基準等の見直しの必要性でございます。商標審査基準につきましては、商標審査実務と密接にかかわる商標法の適用についての基本的な考え方をまとめたものであります。審査における一般的な指針としての位置づけに加えまして、出願人あるいは代理

人の方々が、特許庁における実務に対する理解を深めていただくということで広く利用されているものでございます。

現行の商標審査基準でございますけれども、昭和 46 年に初版が発行されて以来、部分的には改訂を重ねてきておりますが、審査基準全体を見回して、用語の統一も含めて十分な見直しはなされていないという状況にあります。他方、ユーザの皆様方から、この商標審査基準につきまして、さらに明確でわかりやすいように、あるいは商取引を取り巻く環境、裁判例の蓄積とかいろいろ状況が変化していくという中で、この商標審査基準についても全体的に見直しをする時期に来ているのではないかという御指摘をいただいております。

その見直しに当たっては、我々は商標審査基準というものを審査基準ワーキンググループで御審議をいただきながら策定しているところでございますけれども、もう 1 つ「商標審査便覧」というものもございます。これは審査基準を補うようなものとして、手続的なものとか、そういったものを中心に特許庁で策定して公表しているものでございますけれども、これについても実務に相当大きい影響がありますので、基準との関係についても明確に整理していく必要があるということでございます。

あとは、先ほど部長からもありましたが、知的財産戦略本部において決定された「知的財産推進計画 2015」において、商標審査基準の改訂について言及がなされているところでございます。

今回、2. ですけれども、商標審査基準等の見直しの方針ということで、大きく 3 つほどあげております。

1 つは内容面の見直しでございます。ここは、まさに環境の変化でありますとかユーザの皆様方のニーズ、それから、近時の裁判例の動向等を踏まえて審査基準の内容を見直しをするということになります。特に、本文中に挙げております例示、例えば、こういうものが該当号に該当するとか、こういう記載もあるんですけども、その例示についても見直しをしたらどうか、内容をアップデートしたらどうかというようなことも必要かと思っております。

次のページですが、構成面の見直しということになります。これは、もちろん商標審査基準というのは審査官にとっての運用指針ということで非常に重要なものでございますけれども、対外的にも、出願人あるいは代理人の方々の利用に資する上での読みやすさも考慮する必要がございますので、構成全体の整理あるいは用語の統一といったものも必要に

なってくるということでもあります。さらに構成面の見直しに当たっては、特許庁の場合には、特許・実用新案・意匠とそれぞれ審査部門がございますけれども、特許・実用新案審査基準、意匠審査基準といったところの審査基準の構成面を参考にしながら見直しをしていくということも必要だと思います。

それで、先ほど申し上げましたけれども、(3) 審査便覧との関係についてということで、今回、商標審査基準を見直しするに当たって、審査便覧との関係も明確に整理するという事を考えております。1つは①ですが、商標審査基準の役割ということで、審査基準は商標法の適用についての基本的な考え方、解釈・運用等を条文ごとにまとめている。商標審査便覧ですけれども、審査便覧につきましては、審査実務を遂行する上で必要な手続的事項あるいは留意事項等を体系的にまとめたものとして、商標審査基準を補足するものという位置づけです。具体的にはということで、手続的な事項あるいは適用対象となるリスト、あるいは項目ごとに基準の内容を整理したもの、さらに、その基準の内容を詳細に説明するもの、こういったものが審査便覧の内容になろうかと考えております。

個別論点の検討スケジュールということですが、27年度、28年度の2年間にわたって、この全体的な見直しをしていこうと考えております。

それで27年度ですけれども、主に商標の識別性関連、3条ということですが、本日が第11回ということで、使用による識別性(3条2項)に関する論点整理、それから国、地方公共団体等の著名な標章、これはオリンピック関連を含むということで4条1項6号に関する検討。

第12回、これは2カ月後になりますけれども、3条1項6号になりますが、標語とかキャッチフレーズに関する検討、それから3条1項全体、柱書きに関する検討。

第13回ですけれども、使用による識別性(3条2項)に関する検討、それから、普通名称、慣用商標、商品の品質表示等に関する検討。

次のページですけれども、1月に第14回ということで、3条1項4号、5号、6号に関する検討。それから、全体の取りまとめになりますけれども、識別性に関する審査基準改訂案のまとめ、国、地方公共団体等の著名な標章に関する審査基準改訂案のまとめ。

これを行いまして、パブリックコメントを経まして、来年の3月には基準改訂案の決定をするというスケジュールで考えております。それで、施行は4月1日ということがございます。

それから平成28年度ですけれども、これは主に不登録事由ということで第4条、それ

からその他ということを考えております。特に4条は4条1項の号数が多いんですけども、割と審査の実務において非常に重要な点から審議をいただきたいと考えていまして、第16回、4条1項11号、4条1項8号、他人の氏名、略称等に関する検討。

その後が第17回、4条1項11号を引き続き検討していきたいと思っております。特に4条1項11号に関して言いますと、取引実情説明書という、これについて要望等をいただいておりますので検討していきたいと考えております。あとは公序良俗（4条1項7号）に関する検討です。

第18回、引き続き4条1項11号、類否判断、これは特に新しいタイプの商標の審査基準ですけども、審査基準を改訂するときに、なるべく具体的な事例を今後織り込むようにという御指摘をいただいておりますので、これも引き続き検討していきます。あとは商品等が当然備える特徴、これも新しいタイプの商標導入に伴って改訂した基準でございますけれども、これについても検討を行う。

第19回ですけども、周知性（4条1項10号、19号）、それから、商品または役務の出所の混同（4条1項15号）に関する検討、品質の誤認（4条1項16号）に関する検討ということを考えております。

第20回ですけども、これは4条1項全体、それから1号、2号、3号、5号、4号、9号、次のページで12号、14号、17号ということで、ちょっと数は多いんですけども、構成面の改訂も踏まえながら、これを検討していきたい。あとは地域団体商標に関する検討、それから4条1項、3項に関する検討のまとめ。

第21回ですけども、商標登録出願、これは特定に関するものを今回改訂しておりますが、5条関係の検討、それから補正の却下（16条の2、17条）に関する検討、これを御審議いただきたいと思っております。

あとは1月ですけども、これは「商標法制定の趣旨に反する」ことを拒絶理由とすることに関する検討です。あとはその他の検討ということで、それらを取りまとめて基準改訂案のまとめを行うということを考えております。

その後にパブリックコメントを経まして、3月にはその改訂案の決定をいたしまして、4月1日に施行を行う。そ

27年度、28年度、審議事項は盛りだくさんですので、一応、それぞれ予備日を設けておまして、審議の内容によってはもう一回増やして審議をいただくということも考えております。ちょうど2年ですけども、2年まとめて改訂するのではなくて、27年度は

27年度の改訂部分、28年度は28年度の改訂部分ということで、早く御審議をいただいた部分については、随時改訂を行っていくということを考えております。

参考資料を御説明させていただきます。

参考資料1でございますけれども、これは商標制度小委員会、6月26日開催でございますが、「商標審査基準の見直しについて」ということで、2. ですが、商標審査基準の見直しの方向ということでユーザの便宜に資するものであることを考慮し、簡潔かつ明確にして理解しやすい記載にすることが望ましい。それから、商標審査のさらなる的確性の向上と、商標制度を利用するユーザの予見可能性の向上を図ることが望ましい、こういう御指摘をいただいております。今後の進め方としましては、ワーキンググループにおいて優先度の高い項目から順次検討を行うこととされております。

それから、参考資料2でございます。これは内容面の検討になってくるかと思っておりますけれども、事務局のほうで今回、商標審査基準ワーキングを開催する前に各団体の皆様方からいろいろな意見、あるいは特許庁内でもいろいろな改善すべき点とか、そういったものを広く募りましてまとめたものでございます。

簡単に申し上げますと3条から順番に書いております。3条1項柱書きでございますけれども、これは平成19年4月から実施しております商標の使用または使用意思の確認についてです。これについても、業界によっては取り扱う商品・役務の分野が幅広いということもあって、一律に3条柱書きの適用が望ましいのかどうかということで、ぜひ検討していただきたいという御指摘をいただいております。

それから1号、2号、これは普通名称、慣用商標でございますが、これについては、慣用商標に該当する例あるいは普通名称に該当する例ということで基準上明記しておりますけれども、これが今の経済情勢に合っているのかどうかという御指摘もいただいておりますので、ここも、ぜひ業界の皆様方も含めて、我々も十分情報収集をしながら適切な事例に変えていきたいと考えております。

それから3号ですけれども、これも要望をいただいているところでございますが、歌手名・グループ名による商標の取り扱いということで、「歌手名・音楽グループ名」よりなる商標が、例えば第9類の「録音または録画済みの記録媒体」を指定して出願された場合には、現在の運用ですと、「商品の品質」あるいは「役務の質」に該当するとして3号を適用する運用を行っている。ですけれども、「歌手名・音楽グループ名」を利用した商品化事業を行うに際して商標権を利用できないのは問題があるのではないかと。商品化事業に

は商標権という安定した権利が必須であり、「歌手名・音楽グループ名」が有名であるほど、保護のニーズが高いのではないかと、こういう御指摘もいただいております。これに関しては、幾つか裁判例等もございますので、そういった点も含めて検討する必要があるのかなと考えております。

あとは独占適応性の明確化ということで、裁判例で3号の判断において独占適応性があるのかどうかということでございますけれども、それは審査基準で明記すべきかどうかということです。

あと品質等を間接的に表示する例ということで、現在、「品質」「効能」「用途」を間接的に表示するものというのは本号に該当しないというふうに記載されておりますけれども、その例示が具体的にないということです、こういったものも入れたらいいのではないかと御指摘です。

あと書籍の題号の取り扱いについても、現行の基準ですと、書籍の題号は、直ちに特定の内容を表示するときは品質を表示するものとされておりますが、出願に係る商標が書籍の題号に該当することや、直ちに特定の内容を表示するというのは、一体どういうことなのかということで、そういった判断基準についても明確化が必要ではないかと御指摘です。

あとは4号「ありふれた氏」、これは今、50音別電話帳等を基準上明記しておりますけれども、これについても適切なかどうか、あるいはもっと事例が必要なのではないかと御指摘がございまして。

5号「ローマ字と数字の組み合わせの取り扱い」が、現行の基準上は明確ではありませんので、これも審決例あるいは裁判例等が相当程度蓄積されておりますので、そういった例も踏まえて基準上、明示すべきではないかと御指摘もいただいております。

次のページですけれども、3条1項6号です。3条1項6号につきましても事例の検討、それから、これは要望をいただいておりますけれども、標語（キャッチフレーズ）の取り扱いということで、現行の基準でいきますと、標語、例えばキャッチフレーズということで、これに該当するものは原則として6号に該当するということになっておりますが、そもそも基準としてどう明確化すべきかということで、例えばということで、出願に係る商標が「標語」という概念に該当するかではなく、「極めて冗長な言葉より構成されているが故に自他商品役務の識別をすることができない」商標であるか否か等の観点から審査基準を明確化すべきではないかと御指摘をいただいております。

それから3条2項ですが、これは大きく4つほどの論点をいただいております、1つは需要者の認識の地理的範囲ということで、現在、全国的に認識されているということで「全国的に」という言葉が使われております。「全国的に」という言葉が、必ずしも適当なのかどうかという御指摘をいただいております。

それから、出願商標と使用商標の同一性ですけれども、これについても立体商標を中心に裁判例が蓄積されておりますので、この同一性についても、どの程度まで同一性を認めるのか、こういった点について見直しをすべきではないかという御指摘をいただいております。

あとは出願商標の商品・役務と使用商標の商品・役務の同一性。これは現行の基準ですと、商品・役務に関して言いますと「同一の場合のみとする」という記載しかないので、裁判例でいきますと、完全な同一だけではなくて、ある程度幅を持たせるようなものも幾つか出てきておりますので、これも踏まえて見直しをすべきではないかという御指摘です。

あと立証事実と証拠の記載についてということで、これは同業者の証明書あるいは公的機関の証明書が証拠方法として現行の基準に書いてありますけれども、こうした証明書があれば需要者の認識度が推定されるかのような記載は、主張すべき事実と証拠との関係をわかりにくくして適当ではないのではないかという御指摘をいただいておりますので、この関係についても明確化する必要があるのではないかということです。

あと4条ですけれども、4条1項6号、これは要件ごとの記載の追加ということで、現行の6号につきましては、著名な標章の該当例のみが個別に列記されています。ですので、「著名性」の判断の具体的な基準とか、あるいは要件ごとの判断基準が記載されておられませんので、これは明記する方向で検討してはどうかということでございます。

あとは7号、公序良俗で、これも事例の追加等を行って予見可能性を高めるべきではないか。

あとは8号ですけれども、8号も要望をいただいている点がございまして。これは著名な者の取り扱いということで、著名な者の氏名をその者が取り扱う商品・役務に使用しても、需要者は当該著名な者のみを理解、認識するものであり、他人の人格権を毀損する恐れはない。したがって、著名な者が自分の氏名を出願した場合、同一氏名の他人が存在しても8号を適用せず、登録を認めるべきではないか、こういう御指摘をいただいております。

あとは外国人の取り扱いですけれども、外国人の氏名につきましてはミドルネームがあ

る場合もございます。これについては、ミドルネームの取り扱いというのはフルネームに含まれるのかどうかといった取り扱いを基準上明確化すべきではないかという御指摘です。

あとは著名性の判断基準ですけれども、著名性については、商品または役務との関係を考慮する旨審査基準に明記されておりますけれども、例えば最高裁判所の判決では、その略称が本人を指し示すものとして一般に受け入れられているか否かを基準とするといった判断が示されておりますので、こういった点を踏まえて見直しをすべきではないかという御指摘です。

次のページで4条1項11号、これも論点がいろいろありますけれども、現行の類否に関する判断基準は、特に称呼に関する具体的な例が多く記載されておりますが、商標の類否自体は外観、観念、称呼等を総合して判断して、商品または役務に係る取引の実情を踏まえて全体的に考察すべきというふうになっておりますので、称呼以外にも、外観とかそういうところの判断基準及び具体例も含めて、もうちょっと書き方をバランスよくしたらいいのではないかという御指摘をいただいております。

それから、新しいタイプの商標の類否の具体的な例、あるいは類否基準を追加すべきではないかということです。

あとは取引実情説明書、これは11号を引用した場合に引用商標権者からの説明書をいただいで11号の判断の資料とするということですが、この利用が低いということで、もう少し使いやすいようにしたらいいのではないかという御指摘です。

あとは存続期間満了後の取り扱い、結合商標、称呼の類否についてといろいろいただいております。

それから、16号については品質の誤認ですけれども、これは「被服」の生産ということで、今、具体的な基準の例として商標中に、例えば「イギリス」の文字があった場合には「イギリス製の服」というような16号の対応の仕方が書いてあるのですが、実際、被服の生産というのは製造委託ということで、主に第三国で行っている場合が多いということで、このあたりも実情にあわせて例示についても検討したらどうかということをお願いしております。

あとは、「JIS」とか「JAS」あるいは「特許」といった一定の品質をあらわすような文字がある場合には、付記的な部分に限って、その部分を削除して16号を解消するという基準が書いてありますけれども、これが付記的な部分に本当に限られているのかどうか、あるいは構成要素そのものであった場合にどう判断すべきかといったところにつ

いての御指摘をいただいております。

それから16条、これは手続的なことですが、政令で定める期間の基準日ということで、出願から1年6カ月が政令で定める期間ということで、その期間内拒絶理由を発見しない場合には登録ということになります。この拒絶理由を発見した日とは、商標審査基準において発送した日というふうに書いてあるのですが、これは書面を基準とした日になっていて、オンライン手続の場合には、必ずしもこれを前提とした手続規定になっていないという御指摘もありますので、これについて見直したらどうかという御指摘をいただいております。

あとは商標法制定の趣旨違背ということで、15条の拒絶理由が限定的なものであれば、商標法制定の趣旨違背というのはどういう位置づけにするのかという御指摘をいただいております。

あとは全体的なこととして、構成を理論的に整理すべきではないかという御指摘をいただいております。

それから参考資料3ですけれども、これは事務局のほうで構成面の、こう変えたらどうかということでイメージをつくりました。右側が現行の審査基準ですけれども、3条1項1号（商品または役務の普通名称）に関する審査基準です。

1で、本号でいう「普通名称」とは、その名称が特定の業務を営む者云々、例として「時計」について「時計」、美容について「美容」、それから2. で普通名称には略称、俗称も含まれる、それで略称、俗称の例が書いてあります。3. で、「普通に用いられる方法で表示する標章」には、特殊な対応は該当しない。その際に取引の実情を十分に考慮するものとするを書いてあって、次に4. に商品または役務の普通名称をローマ字または仮名文字で表示するものは、「普通名称」に原則として該当する。

あとは、新しいタイプの商標について追加されているということですが、そういう意味ではここを、左側ですが、条文の趣旨、条文の判断すべき事項を中心に記載を分けたらどうかということで、大きく1. 「普通名称」についてという形にしております。それで、2として「普通に用いられる方法で表示する標章」、大きくこの2つに分けております。

具体的には「普通名称」についてということで、(1)「普通名称」とは、その名称が云々ということで例を記載しております。(2)として、「普通名称」には、原則として略称、俗称も含まれます。あと具体例が書いてあります。(3)として、「普通名称」には漢

字で表示されるもの、あるいは仮名文字、ローマ字で表示したものも含まれる、それで例示を書いています。

次に、「普通に用いられる方法で表示する標章」ということで、これについては特殊な態様のものは含まれない。この判断においては、取引の実情を十分に考慮する。あとは、新しいタイプの商標についてそれぞれ書いている。

主に構成面から言うと、こういう条文に沿った形でそれぞれの判断基準、具体例といったものを書き分けているというイメージでどうかということ提示させていただいております。

こちらのほうからは以上になります。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、今御説明いただいた内容について御自由に御意見をいただきたいと思います。資料1は、御審議いただいた上で最終的にこの場で決定していただくという扱いです。1の見直しの必要性自体は、今から必要性がないと言われても、ちょっと困ってしまうのですけれども、見直しの方針、スケジュールについてこれでよいかということ御審議いただきたいということです。

それでは、どうぞ御自由に御発言をお願いいたします。

林先生、お願いします。

○林委員 おおむねスケジュール及び対象についてはこれでよろしいと思います。

それで質問でございますが、資料1の2. 見直しの方針の(3)の審査便覧との関係について、基本的には解釈や運用にかかわるものについては審査基準のほうに盛り込まれるべきで、そのほうが国内外のユーザにとっては一覧性があるというわけですが、②の審査便覧の(ウ)のところ、立体商標等の項目ごとに関連する審査基準の内容を整理したものと書かれています。ここで言う審査便覧の対象には、立体商標等という中に、例えば「新商標」も入るのかとか、ここは審査基準に書いていないことが便覧に書かれるのか、それとも審査基準のほうに書かれている内容を項目ごとに整理するという意味なのか、ご趣旨を確認させていただけますでしょうか。

○小塚座長 ありがとうございます。お願いします。

○木村商標審査基準室長 審査便覧については、事務局のほうで審査基準以外の分についてはそれぞれ検討して公表・発表しているものでございます。それで(ウ)でございますけれども、確かに今回、新商標を導入したことによって商標審査基準自体は策定している

のですが、この基準ワーキングでも御指摘をいただいたとおり、例えば動きの商標あるいは音の商標といったようなタイプ別に、3条、4条、5条というような一覧性があるものをユーザの利便性の観点からつくったらどうかという御指摘をいただいております、これも我々は今検討しているところですけれども、そういったものに今回、審査便覧というのも新しいタイプの商標についてはつくっておりますので、これをうまく整理して、例えば動きの商標であれば、その審査基準と便覧を含めてタイプごとに統一的に見られるようなものをつくれなにかということを考えています。

それは審査基準の内容を含むんですけれども、審査基準そのものではないと思いますので、そうしますと便覧的なものに落とし込まれるということで、そういう意味では、特に新しくつくるものではないのですが、今あるものをもう少し整理・統合して、特に立体商標もそうですけれども、それぞれ3条柱書きが書いてあったりとか、いろいろなところに飛び飛びに審査便覧に記載がありますので、そこをタイプ別にまとめていきたいというのが趣旨になります。

○林委員 わかりました。ありがとうございました。

○小塚座長 今回の説明の内容でよろしいということですか、林先生。

○林委員 はい。

○小塚座長 わかりました。ありがとうございます。

それ以外に御発言があります方は、どうぞお願いいたします。

外川先生、お願いします。

○外川委員 今今の関連なんですけど、まず1つは審査便覧と審査基準の役割分担ですね。わかったような、わからないような文章なんですけれども——私もわかっていないのであれですが、役割をパッと言える、何か違いがわかる言葉というか、それが、つまり審査基準に書いていないけれども、審査便覧に書いてあるかもしれないと調べる必要性を認識するための何か違いがはっきりする言葉がつけるといいんじゃないかなと思います。審査基準はこういうことが書いてありますみたいなことを、余り細かいことを言わずに、それが1つです。

それから、これは中身に入ってしまうのですが、参考資料2で、ずらっと3条1項から説明をいただいたのですけれども、「普通に用いられる方法で表示」という単語は、さっきの整理のところにも出てきたのですが、あれは26条とかいろいろなところに影響すると思うのですけれども、もう少し具体的なことが書けないでしょうか。例えば「あずきバ

一」の事件なんかでも、「ロゴ」については普通に用いる方法ではないという審査結果が出ているのですが、あれは事例判断ですけれども、そこら辺がもう少し基準になるような何かもう少しわかる基準が示せるといいかなと思いました。だから、これも感想といえど感想ですけれども、できれば1号、2号、3号の中のどこかに、普通に用いられる方法のもう少し具体的な定義なり基準を入れていただければいいのではないかと思います。

あともう1つ、全体の姿勢の問題なんですけれども、これを見直すときに、例えば判例とか裁判例があれば、それはその方向にということ、ある程度いいと思うのですが、それが無いような場合に、あるいは裁判例がばらばらだというような場合に、審査基準のつくり方としては、積極的にこっちに決めようとするのか、それともそうじゃないのか、その姿勢で——ここは3つの質問の中で一番、私にとっては肝心なところですが、それはどういう姿勢で行くんですか。議論して、こっちがいいということであって、こっちで行こうというところまで決めるのか、それとも、それは判例を待ちましようという話になるのか、ちょっと漠然とした質問で恐縮ですが、以上でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、第1と第3の御質問が、まず大きな御質問なので、それをお願いできますか。

○木村商標審査基準室長 この紙にちょっと書かせていただいているんですけれども、キーワードをどう捉えるかということですが、審査基準について言うと、審査の商標法の適用についての基本的な考え方、解釈をまとめたものということです。ですから、それを見て審査官は審査を行っていきますということで、これは明確だと思います。

それで問題になるのは、審査便覧がどういう位置づけなのか。我々、ここも実態的な内容を見ると、かなり審査便覧というのはいろいろな要素が含まれていますので、判断に使われるようなものも実際には含まれているんですけれども、今回の整理としては、これはあくまでも審査実務の案になりますが、手続的な事項を整理したものという位置づけにして、商標審査基準は、あくまでも審査において審査官が扱っていきます。それで便覧については、それを補うようなものとして、いろいろな手続が書いてありますと、大きく言うと、そういうキーワードで分けられるのかなというふうに考えます。

あと裁判例がない場合ですけれども、これは非常に難しいと思います。裁判例がないのに、例えばAとBという方向があったときに、Aの方向に行くのか、あるいはBの方向に行くのかというのはなかなか難しく、この場で決めるというのも相当難しいと思うので、その場合には、例えば構成面をとりあえず直して、改訂をして裁判例の蓄積を待つとか、

そういう方向性もあるのかなというふうに考えます。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、今の点についても、ある意味では委員の皆様でこういう方向で行くべきだと、これは構えの問題ですので、この基準ワーキングとしてこういう方向で行くべきだという御意見もあろうかと思えますし、その他の点でも結構でございますが、ちょっと先ほどの「普通に用いられる」は置いておきまして、大きな基準のつくり方の問題について、ほかに御意見のある先生はいらっしゃいますか。

本多敬子先生、お願いします。

○本多委員 ただいまの裁判例の扱いについてでございますが、ある程度蓄積がされていて一定方向を示しているものということであれば、それを基準に取り入れていくということではよろしいかと思えます。

ただ、余り数もないような場合、裁判例の場合は、本当に各個別の商標、商品、その他の事情を勘案して判断なされているものであり、審査基準は、まだ実際に使われているかどうかともわからない状態のものが出されているようなものを審査する場合も多くあるかと思えます。そういった場合に、必ずしも裁判で出たからといって、そちらの方向をどちらかに決めなければいけないというようなことで基準をつくるよりは、やはり一般的な蓋然性、使われていないものも対象としているということを考えて、裁判例を参酌しながら、やはり基準は一定方向に向かってつくっていくほうがいいのかというような印象でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

田中先生、お願いします。

○田中委員 今の関連でございますけれども、判例・裁判例については審査便覧のほうに、それを抄録のような形でどんどん載せていくというイメージでございましょうか。

○小塚座長 それは、今はしていますか。

○木村商標審査基準室長 今はしていないですね。今はしていなくて、関連する審決とか判決というのは審査基準——特許庁のホームページをごらんになっていただいて審査基準を開いていくと、関連する審決・判決例にページが飛ぶことはできますので、それは、あくまでも参考という形で見るとはできますけれども、審査基準、審査便覧自体には裁判例はありません。

○田中委員 裁判例は、審査基準のほうに引用しているという形になっているんですね。

○木村商標審査基準室長 裁判例そのもの、例えば番号を引用しているというわけではなくて、裁判例の考え方を取り入れて文章にして基準の中に落とし込んでいるということになろうかと思います。

○田中委員 リンクを張ってあるということですね。

○木村商標審査基準室長 リンクはそうですね。ホームページではそうなっています。

○田中委員 裁判例を収録、リンクを張るのでも同じですけども、どの範囲に載せるかというのは難しいですね。それで今、本多委員から御指摘があったように事例判断であることが多く、一般論が書いてあっても、その事例に向き合った裁判官の考えとして一般論が出てきていることがございますので、やはり、どういう事例についてそういう判断が出ているのか、事例と判断がセットでわからないと裁判例の正しい評価ができないと思います。そうすると、どうしても1つの裁判例の収録部分が長くなって、それを集めていくと大変な量になってしまうということになるので、どの範囲まで収録するのか、審査基準に収録するのか、あるいは裁判例の全文にリンクを張るだけで便利なのかという点は、一つの検討課題だろうと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

ちょっと私のこの肩書きを外れて委員として申し上げますと、私も、少なくともこれは確立した裁判例であるといつて基準に取り入れた場合に、注はついていたほうが良いと思うのです。現状は、単にウェブサイト上は見られるというだけであって、基準の一部でも何でもないわけですが、明らかに判例を反映してこういう文言にしたということであれば、注はついていたほうが良いのではないかと思います。

それはそうなのですが、田中先生の御発言は、抄録を便覧に入れたほうが良いのではないかと御提案ですか。

○田中委員 審査基準に書くと非常に読みにくくなるということで、抄録であれば便覧に入れるほうが良いのではないかと御提案でございます。そうすると、便覧のどこに書いてあるかという注は、審査基準の該当部分に必要なだろうと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

加藤先生、お願いします。

○加藤委員 日本弁理士会の加藤でございます。

今の本多敬子委員と田中委員の御指摘、ごもっともだと思っております。

これに関連して、1点質問させていただきたいのですが、審査基準に判例で示された考

え方を文言として持ってくるというような御説明が木村室長のほうからありましたけれども、それは最高裁判決が出たときとか、そういった基準はお持ちなのでしょうか。

○小塚座長 いかがでしょう。

○木村商標審査基準室長 最高裁の判決が出れば、当然それは十分に反映させていくということになるかと思えますけれども、例えば査定不服の訴訟でありますと知財高裁の判決がほとんどになってくるかと思えます。そういったときに、知財高裁の判決をどう取り込んでいくのかというのが問題になるかと思えますけれども、確かに個別事案によってそれぞれ判断されていきますので、こういう判決が出た、ああいう判決が出たというのもそれぞれあるのですが、我々としては全体として見て、やはり傾向として見れば、例えば立体商標であれば、3条2項についてはこういう判断基準が知財高裁で出されているとか、そういう一定の方向性が読み取れるようなものであれば、それは十分参酌して基準に落とし込んでいくというのもあり得るのではないかと考えます。

○小塚座長 よろしゅうございますか。

○加藤委員 はい。

○小塚座長 そのほか、何か御意見はございますでしょうか。

本田順一先生。

○本田委員 今の議論とは全く関係ないんですけれども、明確かつわかりやすい審査基準にするのが目的だと。それにもう1つ、簡潔にということが書いてあるのですが、明確にしようと思うと、こういう4条1項6号の案のように非常に丁寧に説明する必要があるんですけれども、それと簡潔にわかりやすくというところ、そのバランスはどのように考えていけばいいのかなと、ちょっと素朴な疑問で申しわけないですけど。

○木村商標審査基準室長 そこは事務局でも検討しますので、それは御審議いただくことになると思いますが、例えば事務局の案をつくるときに、ちょっと長くなったりとか、いろいろな引用文献から持ってきたりとかでわかりにくくなったりする場合もあるかと思えますので、そういったものはどンドン御指摘をいただいて、商標制度を利用する方々から見てわかりやすさという点を随時御指摘いただければいいのかなと思います。

○小塚座長 よろしゅうございますか。

○本田委員 はい。

○小塚座長 小川先生、お願いします。

○小川委員 まず裁判例の関係で言うと、確かに個別事案ということがありますので、そ

の辺はよくよく考慮した上で、一定の積み重ねで、ある程度定着した考え方、定着した表現等があれば審査基準に盛り込むことはいいのではないかと思います。商標の審査基準ですから、特許庁が行政庁としてよりよい商標行政を行うためにどうすべきかという観点から前向きに取り組んでいいのではないかと。もちろん違法なことはできませんが、違法でないという範囲であれば、商標行政としてはこうすべきだ、特許庁としてはこうすべきだ、このようなものは登録すべきではないと思うようなものについては、少し踏み込んでやっていただいてもいい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、補足的に御発言をなさる先生はいらっしゃいますでしょうか。

もしありませんようでしたら、資料1については、ここに書かれている内容及びスケジュールについては、まず先生方に基本的にお認めいただいたというふうに私は理解いたしました。

その上で基準と便覧の関係について、これは、ここに書かれているとおりのように書かれているとおりのようですが、基準というのは結局基本的な考え方、これは、ある種ルールを決めているのです。それに対して便覧というのは、便覧でルールが決まるわけではない。便覧は、あくまでもルールを適用した具体例であったり、適用するときの手続を書いている、こういう切り分けでよいということで、これも先生方に御賛同をいただいたと認識しております。

それから、裁判例の取り上げ方については、最高裁はもとより、裁判例の傾向が確定している場合にはそれに従うということで、そうでない場合については、必ずしも個別の裁判例に捉われる必要はないのではないかと、個別の裁判例は、あくまでも具体的判断である、ということで、むしろ先生方の御意見の方向は大體一致したというふうに認識しております。

以上のようなことでよろしゅうございますでしょうか。お認めいただけますでしょうか。

〔「異議なし」の声あり〕

○小塚座長 ありがとうございます。

途中で外川先生から御提起いただきました「普通に用いられる方法」というのは、早速、次回の3条1項1号の後にも出てまいりますので、そのあたりで具体的に御検討をいただくということで、きょうのところはお預かりするということにさせていただきたいと思っております。ありがとうございました。

2. 使用による識別性の審査基準について

○小塚座長 それでは、次の議題でございます。使用による識別性の審査基準についてという3条2項の関係でございますが、また事務局から説明をお願いいたします。

○木村商標審査基準室長 資料2、使用による識別性の審査基準について（案）でございます。これは3条2項でございますが、「前項三号から五号までに該当する商標であっても、使用をされた結果需要者が何人かの業務に係る商品または役務であることを認識することができるものについては、同項の規定にかかわらず、商標登録を受けることができる」ということですが、現行の審査基準につきましては1. の下に書いてあります。

（1）出願商標と使用商標の同一性について。これは商標審査基準2.（1）ということを書いてありますけれども、基本的には「同一の場合のみとする」とされております。（2）に、例えばということで、出願商標と使用商標とが外観において異なる場合は、使用により識別力を有するに至った商標とは認められないものとする。「外観において異なる場合は」ということになっております。それで、その具体的な例が書いてありまして、（3）ですけれども、ここで出願商標と使用商標とが厳密には一致しない場合であっても、例えば、その違いが明朝体とゴシック体、縦書きと横書きにすぎない等外観において同視できる程度に商標としての同一性を損なわないものと認められるときには考慮する、そういう規定になっておりますので、原則同一の場合のみとするというふうに書いてあって、一致しない場合であっても同視できる程度のものであれば、それを考慮していきますという基準になっております。

2ページ目の（2）です。指定商品・指定役務と実際に使っている商標の商品・役務との同一性ですが、これは、先ほどあった2.（1）のところですが、先ほどあった2.（1）のところですが、「同一の場合のみとする」というような規定になっておりまして、それ以外の例外規定は記載されておられません。

（3）ですけれども、識別力の獲得が求められる地理的範囲について。これは、基準上は「全国的に認識されているものをいう」という記載になっております。

（4）ですけれども、識別力を有するに至ったかにあたり考慮される事実とその証拠方法についてというふうに書いてありまして、3.（1）には、次のような事実を総合勘案して判断するものとするということで、実際に使っている商標、あるいはいつから使ってい

るのか、生産数量とか販売数量といったものを総合勘案して判断する。

その一方で(2)として、上記(1)の事実は、例えば次のような証拠方法にするものとする。それで、具体的な証拠方法についてもここで書いてあるわけですが、ここで①広告物、②伝票類、③商標が使用されていることを明示する写真または動画。次に④、⑤、⑥ですが、ここに広告業者または印刷業者といったものの証明書、同業者等の証明書、公的機関等の証明書ということで、ここで「証明書」というものが出てきております。ですから、ここだけ見ると、この証明書の位置づけといいますか、どういうものなのかというのを上の(1)の関係でも、なかなか直ちに把握することは難しいのではないかと、そういう御指摘をいただいております。

3ページですけれども、改訂のための論点ということで、改訂に当たっては、近時の裁判例を踏まえつつ内容の見直しを検討する必要があるのではないかとということで、先ほどあげた大きく4つの論点について書いております。いております。

(1) 出願商標と使用商標の同一性についてということで、先ほど御説明しましたけれども、外観が厳密には一致しない場合であっても、外観において同視できる程度のものであれば、それは考慮していきます。しかしながら、近時の裁判例によりますと、出願商標の外観に顕著な特徴がない場合、これは、例えば標準文字で出願されたような場合ですけれども、実際に標準文字を使っていないようなものも当然あるかと思いますが、そういった場合に外観、称呼、観念を総合的に観察し、同一性を認められているものが見受けられるということです。

実際、この出願商標と使用商標の同一性が問題になる場合ですけれども、大きく2つに分けて、1つは出願商標そのものと使用商標の構成・態様に違いがあるため同一性が問題になる場合、これは今の基準が問題にしているところです。それから②、実際の使用においてハウスマーク等の他の商標と組み合わせて出願商標を使用している場合に、その出願商標が使用商標と認められるかが問題となる場合の2つが存在しているということになります。それで②につきましては、出願商標と使用商標の同一性を形式的に商標同士を比較して判断するのではなく、出願商標の部分のみで独立した識別力が認められるかという実質的な観点から判断するという裁判例が見られます。そこで、審査基準においても近時の裁判例を踏まえて内容を改めるか検討すべきではないかということです。

(2) ですけれども、今度は出願商標の指定商品・指定役務と使用商標の商品・役務との同一性についてということになります。現行の審査基準では、同一の場合のみというこ

とになっておりますけれども、近時の裁判例では、その同一性について商品・役務の密接関連性等から、実際に使用していない商品・役務についても3条2項による登録が認められているものがあります。さらには、商標の著名性を考慮して、実際に著名性を獲得した商品・役務とは非類似とされる商品・役務についても3条2項による登録が認められているものもあるということで、こういった実情を踏まえて記載を改めるか検討すべきではないか。

(3)は全国的にということですが、これについても「全国的に」という表現が曖昧さを含んでいるので、当該記載について、より明確・詳細な基準に改めるべきではないか。

「全国的に」といいますと、北は北海道から南は九州・沖縄まで全部なのかとか、あるいは全国各地の主要な都市でも認められるのかとか、こういった言葉の定義を明確にしたらいいのではないかという御指摘です。

(4)は使用事実と証拠方法ですけれども、先ほど御説明したとおり、使用事実とその立証方法の対応関係を明確にした上で、例えば証明書というのがどういう位置づけになるのかとか、そういった記載も含めて検討すべきではないか。

そういう大きく4つの論点を記載しております。

参考資料のほうをご覧くださいますと、参考資料4は、ことしの1月29日に日本弁理士会の商標委員会から特許庁に出されている要望書になります。これは3条2項の適用に当たっての要望でございますけれども、1ページ目に要望事項ということで、1.商標の同一性に関する基準に関しては、現行審査基準「2.(2)」と「2.(3)」を改めて、これは地域団体商標ですが、商標法第7条の2第1項柱書きに関する審査基準の改正案「4」と同様の規定ぶりに改正すべきであるという御指摘と、次は2ですけれども、3条2項の適用を受けられる「指定商品・役務と使用商品・役務の同一性」の考え方について審査基準に規定し、その際には、商標の著名性等によっては「商品・役務の同一性」に一定の幅があるといったことを明記すべきではないかという御指摘をいただいております。

それから、参考資料5でございます。これは、事務局にて3条2項に関する裁判例を論点に従って整理したものでございます。

1番目が、出願商標と使用商標の同一性について。これは出願商標そのものと使用商標の構成・態様に差異がある場合、どの程度で認められているのかというのを記載しているものでございます。

最初に「ジューシー」事件というものがあまして、審判における判断というのが①に

書いてあります。審判における判断ということで、これは態様が多種にわたり一定せず、使用に係る商標がいずれか特定できないので、構成・態様において相違するものであって認めることはできないという判断を審判で行っていますが、②裁判所における判断では「ジューシー」——「ジューシー」という片仮名であらわされた商標なのですが、それを実際に使っているのは、やや太目の「ジューシー」という片仮名文字を使ったりとか、あるいは図形のようなものと一部組み合わせて使っているものもあったのですけれども、それも裁判所では同一性が認められているということになります。

それから2ページ目の「角瓶」、これは文字商標で、太字で「角瓶」というふうを書いてあったものですが、実際に使っているのは「サントリー角瓶」とか、サントリー「新・角瓶」とか、あとは書体がちょっと違うような「角瓶」とか、あるいはローマ字で「KAKU-B i N!」とか、いろいろな態様で使っているものがありました。そういうことで審判では同一とは認められないという判断が出ているのですけれども、裁判所においては、3ページの下の方ですが「したがって、これらの商標に係る文字の表示態様は、本願商標の上記の構成態様と対比して、外観上、取り立てて言うほどの相違点と認めることはできない」ということで、使用商標と本願商標とが称呼及び観念を共通にするものであることは明らかである。それで、外観、観念及び称呼を総合的に比較検討していくということになります。

他方、4ページに(4)で「Speed Cooking」事件というものがあります。これは、審判では「Speed Cooking」と英語で書いた文字と、スペースを置いて片仮名で「スピードクッキング」と書いたものが本願商標なんですけれども、それが実際に使われているものが「S p e e d C o o k i n g」という欧文字と、その下に「スピードクッキング」と2段で片仮名文字が書いてあったという事例です。これは、基本的に審判では同一性は認められなかったということですが、この裁判例では、構成・態様は2段書きになっていたとか、いろいろ本願商標、出願の態様とはちょっと異なるということで、これは同一性が認められなかった事例になります。

それから「あずきバー」、5ページ目ですけれども、「あずきバー」事件は、出願商標自体は標準文字で「あずき」という平仮名文字と「バー」という片仮名文字で一連にして「あずきバー」という標準文字で出願されたものですが、実際に使っているのはアイスのパッケージには「あ」「ず」「き」と大きく文字が書いてあって、その下に小さく「バー」ということで、「あずき」の文字が浮かび上がるような感じで書いてあるものが使われて

いたわけですが、これも審判では標準文字で出願されておりますので、構成・態様が異なるということで同一性が認められなかったということですが、裁判所では、これは6ページ目の下のほうですが、本件商品の発売以来、本件商品の包装に原告の会社名とともに、ロゴ書体、これを横書きにしたもの、またはこれと社会通念上同一と見られる標章を付しており、これは同一の標章だという判断をしております。

あと、8ページはハウスマークと結合しているものです。

これは「純」事件ですけれども、「純」というのは「宝焼酎・純」ということで一緒に使われていたものですが、これは同一性についての請求が認められなかった事例です。

それから9ページ、「角瓶」ですけれども、これも先ほど、「サントリー角瓶」というのは文字が付されて——同じ事件ですけれども、これはハウスマークと結合している部分についてどう判断なされたのかという観点から書いてあるものです。これはハウスマークと一緒に結合して「角瓶」というのは使われていたのですけれども、「角瓶」でも独立して1個の商標として使うということで、これは認められた例になります。

あと立体商標では、これは立体商標の出願自体には文字とかそういったものは書いていなかったのですけれども、実際に使っているのは「サントリー」の文字が入ったりとか、そういうことで、これは認められなかったということになります。

あと11ページで「本生」、これはビールの事件ですけれども、これは「Asahi（アサヒ）本生」ということで、「アサヒ」の文字が入っているということで、これも認められなかったものです。

他方、立体商標に関して言うと「マグライト」事件ですが、12ページの(5)ですけれども、判断が「MINIMAGLITE」あるいは「MAGINSTRUMENT」という文字が入っていたのですが、立体の形状のみでも十分識別できるということで、これは立体形状が独立して自他商品識別機能を獲得しているという判断をしております。

あとは15ページの「コカコーラボトル」事件、これも「コカコーラ」というハウスマークと、瓶の立体形状が結合したものでございますが、これについても独立して立体形状の識別を認めたということになります。

次は19ページです。これまでの裁判例は商標の態様自体がどうかという判断ですけれども、19ページ以降は、指定商品・役務と実際に使っている商品・役務との同一性についてということになります。これは東京高等裁判所、45年、50年、この当時の判断については厳格に同一性を判断していたという傾向にあるかと思えます。

それが、例えば 20 ページの「DB9」事件、DB9 というのは、アストンマーチンで使われている高級スポーツカーの分野でかなり知られているものということですが、実際に使われているのは「Automobiles (自動車)」ということですが、これに関連するパーツ、自動車用部品とか、あるいは修理といったものについても関連する需要者というのは、相当程度共通にするということで、これはそういった自動車以外のところでも認めた。

それから 21 ページのところ、これは化粧品の香水の容器の関係ですが、
「JEANPAUL GAULTIER CLASSIQUE」のケースです。実際に使っているのは香水ですが、それ以外の美容製品、石けん、香料類及び化粧品についても、香水と極めて密接な関連を有しということで、取引者・需要者も共通にしている。これも一定の幅を持って認めているということになります。

あと「Kawasaki」事件ですが、
「Kawasaki」事件は結論的には認めているのですが、ただし、これはもともと 3 条 1 項各号に該当しないという判断をした上で、3 条 2 項は傍論という解釈をしているものになります。

それから 26 ページ、全国周知のところですが、ここもいろいろ裁判例を調べてみますと、「アモンド」事件は、東京都を中心に全国にわたって取引者及び一般需要者の間に広く認識されるに至ったもの。「ひよこ」の立体商標に関して言いますと、これも全国的に、上から 4 行目ですが、「本件立体商標が前記特別顕著性を獲得したか否かは日本全体を基準として判断すべきであること等である」ということで、ここは日本全体というのが裁判所的には基準になっているのかなということでございます。

私のほうからは以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、また御自由に御意見をいただきたいと思いますが、せっかく参考資料 4 が出ていますので、これは日本弁理士会からの御意見ということで、加藤先生、よろしければちょっと御案内をいただけますでしょうか。

○加藤委員 私ども日本弁理士会の商標委員会では、昨年度 1 年間にわたって、この 3 条 2 項について議論をしまいたして、こちらの要望書をまとめさせていただき、1 月 29 日に提出をさせていただきました。それで、ここに書かれてある内容は、今いただきました資料 2 のほうにほとんど反映させていただいているようで、大変ありがとうございます。

私どもがこの議論を始めたときに一番に思いましたことは、本日、参考資料 3 として

配付されました商標審査基準改訂のイメージにありますけれども、まず条文が示され、その条文の中にあるキーワードを普通名称について、あるいは普通に用いられる方法で表示する標章について、という形でかぎ括弧で抜き出されています。しかし、この3条2項に関しましては、条文の中に「同一」というキーワードはございません。しかし、最初から審査基準のつくりが「同一性について」というところから始まっているということで、その「同一」というキーワードについて、やはり我々としては議論をし、ここには少しの幅があるのではないかと、あつて然るべきなのではないかということで、商標についても、商品・役務についても、そのような考え方のもとでまとめさせていただいております。

特に商品・役務の同一性に関しましては、実際の審査におきましても、かなりいろいろと幅が出ているようでございますし、過去の判例で示された考え方を整理するよい機会なのではないかなというふうに考えております。

以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

先ほどの事務局からの御説明、それから今の要望書の内容なども踏まえまして、どうぞ御自由に御議論をいただきたいと思います。

林先生、お願いします。

○林委員 今回タイミングが合いまして、この件について日弁連の知財センターの商標PTのほうでも議論させていただきましたので、順番に申し上げたいと思います。

資料2の2、「使用による識別性の審査基準について（案）」の「2. 改訂のための論点」の「(1) 出願商標と使用商標の同一性について」でございます。今、加藤先生からお話があったように、3条2項の条文文言で「同一」は要件にはあがっていないということを出発点としまして、ここにも「近時の裁判例によれば」と書かれているように、裁判例では、外観、称呼、観念のみならず「取引の実情」を総合的に勘案して、社会通念上の同一性が認められるかどうかということで判断されている知財高裁の判決例が、取引の実情については、「コカコーラボトル」についての平成20年の知財高裁判決、社会通念上の同一性については「あずきバー」の平成25年の知財高裁判決などがございますので、基本的には、この案の文章の中に「取引の実情」の点と「社会通念上の同一性」という点を加えてはどうかという意見でございます。

次の「(2) 出願商標の指定商品・指定役務と使用商標の商品・役務の同一性につきましても同様に、やはり「取引の実情」という観点が、例えば「ゴルチェ」の判決では密接

関連性とか、取引者・需要者が共通であるといったところを考慮して判決が下されていますので、この使用商品・役務についても取引の実情という要素を入れてはどうかと考えております。

「(3) 識別力の獲得が求められる地理的範囲について」、これも「ひよこ」事件の知財高裁 18 年の判決にありますように、3 条 2 項の効力が全国である以上、全国的認識は必要であるものの、全国すべからくではなく、商品・役務の取引の実情の観点で判断されている判決ではないかと思っておりますので、そういった意味で、ここを幅を持たせるという形で取引の実情の観点を入れるということにはいかがかと思っております。

(4) の証拠方法のところでございますが、御指摘のとおり、現在の審査基準の資料 2 の 1. 現行基準の (4) の (2) で引用されているところの④と⑥というのは、①、②、③とか、ほかのものの代用品として位置づけられるもので、こうやって同じレベルで並べると誤解を生むのではないかということは、皆、意見が一致しておりました。

ただ、⑤の取引先の証明書については、実際には②の取引書類と実質的には並ぶような場合もあるのではないかということで、④、⑥と一律に一緒にしていいのかという点については留保がありました。

以上でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほかに御意見、御発言等ございますでしょうか。

本多敬子先生、お願いいたします。

○本多委員 出願商標と使用商標の同一性についてですが、今まで厳格だったものですから、そちらについては、ある程度の幅を認めていいのではないかという感触でございます。ただ、裁判例に見られますように、取引の実情その他考慮して、商品なども広げて認めておられます。一旦権利を認めてしまいますと専用権の範囲で権利が与えられてしまいます。そのように広げた部分にまで 3 条 2 項で専用権を与える必要があるのかどうかというところは、まだ議論をしているところでございます。

また、一旦登録を認めてしまいますと、その後、更新時等に何らのチェックもせずに、そのまま権利が認められている。そのような場合に 3 条 2 項で認められた権利範囲について侵害等の問題で余り争われたものがないので、その解釈は難しいのですけれども、そのまま広い場合、一時の取引の実情を勘案して、そのような強大な権利を与えていいのかどうかというところが議論があるところでございます。まだ、協会としては方向性が出てい

ませんけれども、疑問を呈しているような意見もございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほか御意見、御発言等ございますでしょうか。

外川先生、お願いします。

○外川委員 まずは、この商標の同一性、商品の同一性、それから認識の地理的範囲、証拠の記載と、これを論点にすることには全く賛成でございます。

あと、審査基準というのはどこまで理屈を言えるかという問題はあると思いますけれども、例えば先ほど、これは否定した例として参考資料5の「スピードクッキング」事件の4ページ目ですね。これは、昔読んだときもいいことを言っているなと思って、ただ結論が違うという感じだったのですが、つまり「公益上の要請の後退」及び「自他商品識別力の取得」と。公益上の要請というのは「自由使用保証の要請」、あるいは逆からいえば「独占適応性」がある、ないという問題だと思うのですが、結局、商標と商品の同一性の問題は、商品も商標も識別力の問題、それから独占適応性の問題ですね。これは、しつこいですが、普通に用いられる方法と裏腹でもあると思うのですが、その2つについて、もう少し理屈っぽいことを言っていたほうが良いのではないかと思います。

先ほどの林委員からの取引の実情、社会通念上というのは、もちろんいいと思うのですが、その裏づけは何なのかということ少し言っていたほうが、抽象的な基準ではありますけれども、はっきりするのではないかと。それで、特に今回は広げようとして——私は広げたほうがいいと思っているのですが、広げようという根拠として、その識別力を見るとか、独占適応性を見るということが、3条1項との関係もあると思いますけれども、入れたほうがいいのではないかと思います。

以上でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほかに。

田中先生、お願いします。

○田中委員 基本的な方向性については私も賛成でございます。3条2項により商標登録を受けることができると法律が定めた趣旨にも照らしますと、同一性について、それほど厳格に限定してしまうのはいかなものかというところでは同じ意見でございます。

ただ、裁判例によれば、取引の実情等も勘案して、結局は、総合判断ということになってしまいますので、なかなか基準化するのは難しいように思います。裁判例の流れを踏

まえ、一般化したような基準の文言になるのだろうと予測しております。

他方、ここで問題になっているのは、3号から5号に本来は当たってしまうようなものですので、余り広く強大化し過ぎると弊害も出てくることが懸念され、勘案が難しいと思っております。具体的な文言案があるわけではありませんが、その両面を考慮しながら基準を作っていく必要があるだろうと思っております。抽象的で申しわけありません。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほか御意見。

本田順一先生、お願いします。

○本田委員 企業/需要者の立場から申し上げましても、3条2項の商標の同一性のところについては、一定の幅があるというのを明記していただくというのは非常にありがたい話であります。3条2項については、結局、使用された結果、需要者の立場で識別力を獲得しているかどうかというところがポイントなんですけれども、裏腹といたしましては、企業の立場からいきますと、企業の活動では同じ商標をずっと使い続けるという場合もあるのですが、ほぼバリエーションをつけて使ったり、時代によって少しずつ変化していくことが多いです。それを企業としては1つのブランドとして、やはり育てていっているということがありますので、その幅であれば同一性を認めていただけるというのは非常にありがたい話です。

もう1つ、現行の審査基準には、外観において同視できる程度というふうにし書かれていないのですけれども、やはりブランド訴求する場合には称呼、このブランドというのは、例えば「ジュシー」だったら「ジュシーブランド」として売っていく場合に、その称呼というのが非常に大事になってくると思います。ですから、称呼という観点も少し加えていただけるように改訂していただければなと感じました。

以上です。

○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。

小川先生、お願いいたします。

○小川委員 先ほど知財高裁の判決を幾つか御紹介をいただいて、個別案件の事案ではありますが、同一性を少し緩やかに解釈すべきだという裁判例もあるし、また、その一方で厳格にすべきだというものもある。ちなみに、厳格にすべきだという例として「スピードクッキング」事件があげられましたが、これだけではなくて、例えば「三浦葉山牛」事件

とかもそうです。どちらの考え方にも知財高裁の複数の裁判例がある。

それで厳格というのは、どうも誤解があるのではないか。必要以上に厳しくということではなくて厳しく正しいという意味であり、従来の特許庁の審査運用もそうであって、また、全く物理的に 100%云々というところまではやっていないと思います。したがって、知財高裁の判断も分かれている。

ちなみに立法者の意思は、逐条解説を見てもわかるように、その商品について、その商標を使った場合と書いてありますから、条文上、同一性の文言がないのではないかというふうにおっしゃられた委員もいらっしゃいましたが、確かにありませんが、それは立法者のところでは、そんなことは当然のことである。同一だということは当然の前提として、その商品にその商標を使った場合に識別力が出てきたのをそのまま保護するという、これが立法者の意思ではないかというふうに解釈もできますので、解釈は二通りあり得ると思います。

したがって、安易に同一性を緩和するというのは慎重にやるべきではないかと私は思います。使用しているものを、そのまま保護することにして何が不都合があるのかというのは私にはよくわかりません。商標権が設定されると類似範囲まで禁止権が及ぶわけですから、それで商標の場合でも、商品の場合でも本当に困ることがあるのかという気がいたします。とりわけ商品の場合には、使用していない商品にまで広げてしまうと、そこに専用権を認めると、さらにその外に禁止権が広がります。そうすると、結果的にはもともと使用している商品とは非類似の商品にまで及ぶというようなことがあり得るわけです。確かに、出願人にとってはとても利益なことですが、それが3条2項の適用で登録になり商標権が発生すると、その排他的な独占権の権利行使の制約を受ける第三者の利益も考えなければいけない。そうすると、やはりそこまで広げないと本当に困るのかということと、それから第三者の利益も十分に考えなければいけないのではないかと考えているところです。

それからもう1点、仮にですよ、私がそうすべきだと言っているわけではなくて、仮に皆さんがおっしゃるように、取引の実情だとか、社会通念上だとか、ある程度の幅まで広げるとしたときに、著名だから、この辺の商品までは識別力があると「推認」ができるのか、それはないのではないか。仮に全く使用していない商品についても識別力があるというふうに主張するのであれば、出願人がそれを立証すべきだと私は思います。そこまで立証してくれるのであれば、そこまでは折れてもいいのかなと個人的には思っています。使用していない商品について立証なんかできないではないかという指摘については、いや、

それは最近の裁判例でアンケートという方法等が定着しています。ないわけではない。そこまで立証してくれれば、確かに立法者の意思とは少し離れますが、認めてもいい範囲はあるのかなと思っています。

以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

実は、この3条2項については、本日は事務局として原案、文案をお持ちになっているわけではないということでありまして、先ほどのスケジュールをごらんいただきますと、11月のところに改めてこれが予定されていますので、そういう意味では、きょう御議論をいただいた内容を踏まえて11月までに文案を練っていただきます。

先生方からいろいろな御発言があるように聞こえましたが、基本的な方向はそう違わないのではないかと思います。一番の基本は、外川先生がおっしゃったように、一方には公益上の要請というものがあります。これは、要するに独占適応性の問題です。他方で、自他商品の識別力というものがどう取得されたのかという問題があります。これは、その現象を見るときに、商標ブランドというものが実際にどう使われているのかということをごのように織り込んでいくかという話です。この両者について、どちらかに偏るのではなくてバランスのとれたところを見ていきたいと思います。ということで、そういう意味では、先生方は、大体同じ方向で御発言になったのではないかと思います。

それでは、事務局のほうでまた文案を練っていただくということでお願いいたします。

3. 国、地方公共団体等の著名な標章の審査基準について

○小塚座長 さて、次に国、地方公共団体等の著名な標章の審査基準についてという議題が本日ありますので、これについて、また事務局からの御説明をお願いいたします。

○木村商標審査基準室長 資料3になります。国、地方公共団体等の著名な標章の審査基準について（案）です。これは4条1項6号になりますけれども、国もしくは地方公共団体もしくはこれらの機関、公益に関する団体であって営利を目的としないもの、または公益に関する事業であって営利を目的としないものを表示する標章であって著名なものと同ーまたは類似の商標についての規定です。

現行の審査基準ですけれども、本号に該当する例として、都道府県、市町村、都営地下鉄、市営地下鉄、I O C、J O C、ボーイスカウト、J E T R O等を表示する著名な標

章等ということで、例示はされておりますけれども、そもそも公益に関する団体であって営利を目的としないものといった法文上の要件の判断基準、それぞれの具体例、該当例について適切な記載がないということでございます。

改訂の方向性につきましては、本号の条文に則して、要件別に判断基準を整理して記載するとともに、その該当例についてもあわせて記載してはどうかということで、改訂イメージということで3. に書いております。

まず条文上に出てきますのは、「国、地方公共団体もしくはこれらの機関」についてということで、「国」は日本国をいう。「地方公共団体」とは、地方自治法一条の三にいう都道府県及び市町村並びに特別区、地方公共団体の組合及び財産区をいう。「これらの機関」とは、国については立法、司法、行政の各機関をいい、地方公共団体については、これらに相当する機関（司法を除く）をいうという形にしております。

(2)「公益に関する団体であって営利を目的としないもの」についてですけれども、これは団体に着目したのですが、当該団体の設立目的及び組織、公益的な事業の実施状況等を勘案して判断する。この場合、団体とは国内または海外にあるか、あるいは法人格を持っているか、持っていないかといったものは問わないということで、実態を判断していくこととなります。

次のページですけれども、該当例として、これもどの程度例を挙げるかという議論はあるかと思いますが、こちら事務局のほうで考えた例でございますが、公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律により認定を受けた公益社団法人または公益財団法人、特別法に基づき設立された社会福祉法人、学校法人、医療法人、宗教法人、特定非営利活動法人、独立行政法人、政党、国際オリンピック委員会、日本オリンピック委員会、国際パラリンピック委員会、日本パラリンピック委員会、それから日本貿易振興機構、こういったものがあげられるのではないかとことです。

(3)ですけれども、「公益に関する事業であって営利を目的としないもの」、今度は事業に着目したものですけれども、当該事業の目的及びその内容並びに事業主体となっている団体の設立目的及び組織等を勘案して判断するものとする。ここは事業ですけれども、事業を行っている主体が実際にどういうものなのかというのは、当然、事業との関連で出てきますので、そういったところも総合的に見て判断をする。この場合、事業が国内または海外のいずれにおいて行われているかは問わない。

該当例ですけれども、例えば地方自治体や地方公営企業等が行う水道事業、交通事業、ガ

ス事業、それから、国や地方自治体が実施する事業、国際オリンピック委員会や日本オリンピック委員会が行う競技大会であるオリンピック、国際パラリンピック委員会や日本パラリンピック委員会が行う競技大会であるパラリンピック、こういったものが該当するのではないか。

さらに、(4)「表示する標章」についてということですが、この表示する標章の中で、具体的には、正式な名称でなくても、例えば略称、俗称、シンボルマークといった需要者にその団体等を想起させるような表示もここに含まれるということを書いておきます。

具体例ですけれども、公益に関する団体であって営利を目的としないものを表示する標章の例として、国際オリンピック委員会の略称である「I O C」及び日本オリンピック委員会の略称である「J O C」、それから、公益に関する事業であって営利を目的としないものを表示する標章の例として、国際オリンピック委員会や日本オリンピック委員会が行う競技大会であるオリンピックを表示する標章としての「オリンピック」及び「O L Y M P I C」、その俗称としての「『五輪』の文字」、そのシンボルマークとしての「五輪をあらわした図形」、オリンピックシンボルですけれども、こういったものが表示する標章の中に含まれてくるのではないか。

(5)「著名なもの」ですけれども、この著名なものをどう解釈するかということですが、「著名」とは、本号に掲げる団体等の公益を保護する本号の趣旨に鑑み、必ずしも全国的な需要者の間に認識されるに至っていなくとも、一定範囲の需要者に認識されていることを要する、そういう書き方にしております。

それで、「著名なもの」に該当するか否かについては、例えば、次の①ないし④の事実を総合勘案して判断します。実際に使用されている標章、標章の使用開始時期、使用期間、使用地域、標章の広告または告知の方法、回数及び内容、それから、一般紙、業界紙、雑誌または他者のウェブサイト等における紹介記事の掲載回数及び内容、こういったものをあげております。

最後、(6)ですけれども、「同一または類似の商標」についてということですが、ここについても、類否の判断は、商標の有する外観、称呼及び觀念等のそれぞれの判断要素を総合的に考察しなければならない。今回、音とか、色とか新しいタイプの商標が導入されておりますので、当然、自治体や国等でも従来の文字、図形以外にも、例えば音を使ったりとかいろいろなものがあり得るので、「等」という形にさせていただいておりますけれ

ども、それぞれの判断要素を総合的に考察しなければならない。この場合、団体の権威、信用の尊重や出所の混同を防いで需要者の利益を保護するという本号の公益保護観点を十分に考慮するということを考えております。

あとは参考ですけれども、6号の立法趣旨ですけれども、ここに書いてありますが、「立法趣旨はここに掲げる標章を一私人に独占させることは、本号に掲げるものの権威を尊重することや国際信義の上から好ましくないという点にある」。8号においても「著名」という言葉を使っておりますけれども、その承諾を得た場合でも登録しないものであるから、単純な人格権保護の規定ではなく、公益保護の規定として理解されるものであるということで8号の趣旨とは異なるという立法趣旨が書いてあります。

これに関する裁判例とか審決例ですけれども、これは結構オリンピックに関連するものが多いということで、それもあげております。

それで（イ）の知財高裁、商標法4条1項6号の規定は、同号に掲げる団体の公共性に鑑み、その権威を尊重するとともに、出所の混同を防いで需要者の利益を保護しようとの趣旨に出たものである、こういうことが示されております。

それから審判ですけれども、これは本願商標がオリンピックのローマ字を含むものと五輪の図形、オリンピックシンボルを含むものですが、「OLYMPIC」の文字はオリンピック憲章に基づき開催されるオリンピック競技大会を指導する国際オリンピック委員会及びその承認のもとに直接事業を運営する日本オリンピック委員会が、営利を目的としない事業活動を表示する標章であり、我が国においても著名であると認められるものといった判断が示されております。

あとは「Junior Original Concert」、「J. O. C」の文字が上下2段に含まれているものについて、「J. O. C」の文字について日本オリンピック委員会の略称を表示するものとして広く知られている、こういった判断がなされております。

あと、審判ですけれども、「オリンピアード」、「The Olympic Games」とか「Photolympics」、「万博」、こういったものについても4条1項6号の適用性が認められているということになります。

あと6ページですけれども、これは知財高裁、平成24年10月30日の判断ですが、本願商標は、この図形と「DAIWA」というローマ字で書いたものが2段にあらわされているものですが、審査・審判では九州の日南市の市章が同じような図形で告示さ

れていたということで、この日南市章を4条1項6号として引用して拒絶したものです。そのときに、図形自体は出所をあらわすものとしては非常に機能が薄いという判断をしつつ、著名性について判断をしております。ここに、「著名」とは指定商品・役務に係る一商圈以上の範囲の取引者、需要者に広く認識されていることを要すると解するのが相当であるということで、ここでいう「著名」とは、必ずしも全国的な著名ではない。もちろん、全国的な著名も当然含まれるとは思いますが、必ずしもそれにはこだわっていないということになるかと思えます。

これに関連しましては、政党名についても最近の知財高裁の判断では、一都道府県でも周知性が認められれば4条1項6号の適用を認めているといった事例もございます。

あと審査便覧の取り扱いですけれども、ここには、別紙に示すということでユニバーシアード大会、日本ユニバーシアード委員会、アジア競技大会、国民体育大会、日本スポーツ少年団の標章と同一または類似する標章を、主たる構成部分とする商標について4条1項6号の規定に該当するという取り扱いになっております。

以上でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。こちらのほうは、かなり具体的な条文案に近いイメージで御提示をいただいております。

それでは、どうぞまた御自由に御発言、御意見をお願いいたします。

本多敬子先生。

○本多委員 こちらの案におきまして、3ページ、(6)の「同一または類似の商標」についての改訂のイメージですけれども、この記載によりますと、「商標の類否の判断は、商標の有する外観、称呼及び観念等のそれぞれの判断要素を総合的に考察しなければならない」とありまして、現行の4条1項11号とちょっと似たような基準となっているかと思えます。この場合、今までの審決例などを拝見いたしますと、必ずしも、こういった4条1項11号と同様の判断なのかなというのに疑問を呈するようなものが出ておまして、若干厳しいというか、類似の幅が少し広いような、4条1項11号では類似にならないのではないかとと思われるようなものも類似にしているような御判断とお見受けいたします。

それで、こちらの期間その他、6号の判断、規定の趣旨を考えますと、例えば4条1項3号等の、先般改訂していただきましたような内容ですとか、そういったものもあわせて基準として御考慮いただいたほうがわかりやすい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。

小川先生、お願いします。

○小川委員 今回の関連で申し上げますと、私も同じような印象を持ちました。4条1項11号の類似判断と何が違うのかなと思ったのですが、考え方として、この規定の趣旨から見たら少し類似の幅を広くする、地方公共団体等のマークは、なるべく可能な範囲で保護するんだという趣旨からすれば、類似の幅を広げてもいいと思うんです。

何で、この文章を読んでそんな誤解が生ずるかということ、「この場合、団体の権威、信用の尊重や出所の混同を防いで云々」とあり、「出所の混同」という言葉が入っているからなんですね。「出所の混同」の言葉なんか入れなければいいじゃないですか。その下の4. 参考(1)、立法趣旨で「本号の趣旨は権威の尊重と国際信義だ」と言っているじゃないですか。だから、主として団体の権威、国際信義を尊重する観点で判断するんだということであれば、類似の範囲を広げると解釈してもいいんだなということがわかるように思うので、「出所の混同」は外したらいかがですか。恐らく、この「出所の混同」というのは、先ほどの日南市章の判決から持ってきたと思うんですけれども、「主として」と頭に入ればいいのかと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。多分、「出所の混同」は、知財高裁は恐らく一貫して、21年のほうの知財高裁の判決も「出所の混同」と言っているのですね。ただ、商品・役務、商標同士のときの出所の混同とは、ちょっと意味が違いますね。例えば、ある商品についての商標があって、これがオリンピック委員会と関係があるかないかという意味で誤解を生ずるかという問題ですから、そういう御指摘だと思います。ありがとうございました。

そのほかの先生方はいかがでございましょうか。

加藤先生、お願いします。

○加藤委員 私も、今の「同一または類似の商標」についての書きぶりが気になっております。間違いなく4条1項6号の同一・類似の幅の判断のほうが厳しく行われてきていると思いますので、何か柱書きというか、原則のほうが4条1項11号と同じ書きぶりになってしまっているのも、むしろ立法趣旨のようなものを先に書かれ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した。

その他の点についても御発言があれば、続けてお願いします。

○加藤委員 恐れ入ります。2ページの(4)「表示する標章」についてでございますが、

ここには例として、略称、俗称、シンボルマークといったところが出ていますけれども、実際の審査実務におきましては「施策の名称」、地方公共団体が行う、例えば最近ですと霞ヶ関で行われている「ゆう活」のような、ああいった施策の名称についても、それと同一または類似であるということで4条1項6号が出されることが多ございます。これを受けますと、何か、「あっ、これも4条1項6号なんだ」というふうに思う瞬間もございますし、その施策を行っている者が、4条2項との関係では、恐らく1人だろうと考えていたのが、複数の地方公共団体が同じ名称で、同じキャンペーンを張っていることもあったりするんですね。そういうようなときに、この4条1項6号で、ここで拒絶されるのかというようなところをちょっと疑問に思ったこともございますし、あと、今は地方公共団体ではキャラクターが大変人気を博しておりますので、こういったものも、この「表示する標章」に当たるのであれば、例示として入れていただいたほうがわかりやすいかなと思いました。

以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。今の御指摘、特に施策のところでは何か御発言はありますか。施策は、原案では(3)に入っているんですね。

○木村商標審査基準室長 そうですね。施策については、(3)の「公益に関する事業であって営利を目的としないもの」として、水道事業、交通事業、ガス事業の下に、国や地方自治体を実施する事業（施策）と書いてありますけれども、当然、これは正式な名称でもありますし、それから、例えば「ゆう活」——「ゆう活」が略称なのかは、ちょっとあれですけども、そういうことであれば、当然こちらにも入ってくると思いますので、ちょっと書きぶりは検討させていただきます。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほかの先生方、いかがでございましょうか。

小川先生、お願いします。

○小川委員 3ページの(5)の「著名なもの」についてというところですが、「著名」の用語の商標法上の法律的な解釈を他の規定に出てくる「著名」の用語との関係で見ると、これでいいのかなというふうに思うのですが、そのところは、先ほどもちょっと類似のところでお話をしたように、商標行政を行う立場として、地方公共団体等のマークは全国周知でなくても保護すべきだという考え方自体は、大変理解できますし、こういう方向でやっていいのではないかと思います。

ただし、「一定範囲の需要者に認識されていることを要する」、本当にこれでいいのかな、というのは、まず「一定範囲」というのがよくわからない。何かもう少し言い方がないのでしょうか。さらに、一定範囲の需要者に認識されていればいい、ただ知られていればいい、わざわざこれは「広く」という用語も外しているんですね。周知でなくていい。これだと、ちょっとやり過ぎではないかと思うのですが、このところはいかがですか。

○小塚座長 ありがとうございます。いかがと言われても、ちょっと基準室長としても答えにくいと思いますので、むしろ、ほかの先生方の御意見を伺いたいと思います。今の点でも、その他の点でも結構でございます。いかがでございますでしょうか。

本田順一先生、お願いします。

○本田委員 私も全く同じ意見でして、「一定範囲の需要者」というところはどこまでかということもあると思います。これは、日南市章の事件の一商圈以上というようなことを意識されたのかなと思うんですけども、やはり小川先生がおっしゃったように、もう少し書きぶりを変えたほうがよいのかなという感じ、印象を受けております。

○小塚座長 ありがとうございます。

○木村商標審査基準室長 確かに、「一定範囲」はどのレベルなのかという議論はありまして、4条1項6号の条文自体を見ると多様な主体が入っています。国もしくは地方公共団体、これは、国というのは我々特許庁も含めて国ですけれども、地方公共団体、先ほど御説明しましたが、都道府県、市町村といったところまで入ってきます。そうすると、市町村レベルでも、この4条1項6号が適用され得るということになりますと、そういったところで、この「著名なもの」というのはどういうものが想定されるのか。地方公共団体で著名なもの、例えば市町村レベルでどうかということになりますと、かなり狭い範囲で著名だという場合も多分あると思うので、そこが、ちょっとなかなか事務局としても書きぶりが難しいなということで「一定程度」という形にしたんですけども、それは、確かに御指摘のとおりですので、ここについては、またいろいろ御意見をいただきながら、書きぶりは検討していきたいと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

その他いかがですか。

林先生、お願いします。

○林委員 今回、4条1項6号を前倒しして検討しているのはオリンピックとの関係があると思うのですが、その点で、まだ実際に使われていない、著名になっていないけれども、

一旦、使われれば需要者にオリンピックを想起させるような、想起させるであることが明らかかなようなもの、例えばオリンピックの開催年と開催地を組み合わせたようなもの、これを6号で処理するのか、他の条文に振り分けるのかということが気になっています。いずれにしても、そういったものを何か制約しなければいけないというのは、国としてオリンピックを招致したときの約束になっていると思いますので、それをどこで担保するのか。資料3「国、地方公共団体等の著名な標章の審査基準について（案）」の「3. 商標審査基準改定のイメージ」の（5）「著名なもの」の書きぶりからすると、既に著名になっていなければいけないようなので、そうすると、それは6号の問題にはしないという御判断なのかなとも推測するのですが、その辺はいかがでしょうか。

○小塚座長 ありがとうございます。

これは何か、原案としてお考えはありますか。

○木村商標審査基準室長 一般論で言うと6号に該当しないようなもの、例えば著名でないようなもので国とか国際信義に反するようなものについては、一般条項ですけれども、4条1項7号の適用とかそういったものも考えられますので、そこは案件に応じて柔軟に対応していくことでいいのではないかと思います。

○小塚座長 林先生の御指摘は、例えばオリンピックのキャラクターなどは、発表した瞬間には著名ではない、つくった委員会しか知らない。たちまち著名になっていくのだと思うのですが、そのようなわけで、その瞬間には「著名」の中で読んで——公表した瞬間に、事柄の性質上、ある意味で著名になっているのだというふうに見て適用していくというのは1つの考え方だということでしょうし、そうでないのであれば、一定期間は6号で保護できない期間があるのだということにもなりそうなので、そこを読み込んでいくかどうかという御指摘ですね。

○林委員 はい。あとは、これは6号では無理かとは思いますが、アンブッシュマーケティングのような、オリンピックという言葉は出さないけれども、それを完全に想起させるようなものが出てくることに対して、これまでの開催国ではそれぞれ対応してきていますので、我が国としてどうするかという問題もあります。ここで御質問することではないことかもしれないんですけども、関連する質問であります。

そういった意味で、（6）の「同一または類似の商標」にも、先ほどと同様に、「取引の実情」、「社会通念上の同一性」という用語も入れて判断するということがわかるようにしておいたほうがいいの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。

そのほかの先生方、御意見ございますでしょうか。

田中先生、小川先生の順でお願いします。

○田中委員 今回の関連で一言だけ申し上げますと、商標実務では困った場合には7号が出てくるのですけれども、全体の法体系から見ても、商標の分野では公序良俗違反が多いと言われておりますので、7号を余り振り回すのはどうかという感じがします。解釈上、運用上可能であれば、できるだけ個別の条項で処理すべきですので、6号の適用が可能であれば、なるべくそちらのほうに誘導すればよろしいのだらうと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは小川先生、お願いします。

○小川委員 6号の規定ぶり、特に「著名」という用語のところは、特許庁が商標行政として本当にやりたいことができなくなっているような気がします。この委員会の場で言う話ではないんですが、ぜひ次の改正のときには、この「著名」という用語を「周知」という概念に置きかえたらいかがですか。そうすれば、すんなりやりたいことができると思います。以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。これは林先生の大きな御発言とともに、特許庁としてはどこかで受けとめていただくということで、当ワーキンググループのマנדートを超えておりますので、御意見として承っておきます。

そのほかはいかがでしょう。

そのほかはいかがでございましょうか。

外川先生、お願いします。

○外川委員 また今回の関連でしつこいですが、この条文の解釈として「著名なもの」の「著名」というのが、今後、明らかに蓋然性として著名になり得るというものについては含むという解釈も、審査基準の範囲ではできるのではないかと思うのですが、公序良俗よりは——公序良俗も、今出たてのときに本当に公序良俗違反かということがありますので、むしろ6号で読み込んだほうが平和じゃないかと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

加藤先生、お願いします。

○加藤委員 この「著名」というところなんですけれども、やはり4条1項8号にいう「著名」との関係が気になります。先月出されました「金比羅」に関する判決においても、

4条1項8号の「著名な略称」ということが認定されていましたが、宗教法人の略称として「著名」という4条1項6号にも該当したのかなというような感じも個人的には考えておまして、そうしますと、同じ「著名」というもの、それから「略称」というもの、特に宗教法人なんかの場合には両方にかかわってきますので、この「著名」というものの意義ということは、ちょっと深く考えたいなというふうに考えておりますが、いかがでしょうか。

○小塚座長 ありがとうございます。具体的にこういう方向というような御意見がございますか、加藤先生。

○加藤委員 8号につきましては、「国際自由学園」で示された考え方に私は賛成をしておりますが、4条1項6号に関しましては、また立法趣旨が異なりますので、全く同じでよろしいのかどうかというところは、もう少し考えさせ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。

そのほか御意見をお持ちの先生はいらっしゃいますでしょうか。

それでは、きょういただきました御意見をまとめますと、まず後ろからいきまして(6)の「同一または類似の商標」の解釈については、これは11号よりも類似であると認められる場合が明らかに多いという御指摘でして、この原案の書きぶりは改めていただきたいという御意見が強いということです。

それから(5)の「著名なもの」については、第1に、「必ずしも全国的な需要者の間に認識されるに至っていなくても」というところまではいいとして、その後をどう受けるか。これは、一委員としての私の感覚としても「一定範囲の需要者」と書かなくてもいいのではないかと。「全国的な需要者の間に認識されるに至る必要はない」という部分を切ってしまうのもよいのではないかと思います、その点も含めて、御検討をいただきたい。

この問題についての第2のポイントとしては、著名になる蓋然性が非常に強いというようなものについてどう扱うか、読み込むかどうかということを検討していただきたいということです。

それから第3点として、加藤先生から8号との関係も整理する必要があるかもしれないということでした。

その他の点は、おおむね御了解いただきまして、ただ、国、地方公共団体が実施する事業の名称というものについて現在の位置でよいか、これは取り上げる場所が(3)でよいかという御指摘がありました。

というようなことをございますので、これらの御意見を踏まえて文案にして——これは、いつ、どの回で出す予定になっていますか。次回、文案にして出されますか。

○木村商標審査基準室長 次回に出します。

○小塚座長 それでは、次回に文案として御提示していただけるということですので、その際に御審議をよろしく願いいたします。

5. 次回のスケジュール等について

○小塚座長 本日議論したいことは、以上をもちまして終了ですので、次回のスケジュールについて御案内をいただきます。

○青木商標課長 本日は、熱心な御議論をありがとうございました。ちょっと私から一言だけコメントをさせていただきます。

先ほど林委員から、オリンピック標章についてのアンブッシュマーケティングへの対応ということで御指摘がありましたけれども、それについては私どもも、オリンピックを東京に招聘するということが日本政府としていろいろコミットメントしているということは十分認識しておりまして、商標の審査の場面において、そういったオリンピック標章の適切な保護、あるいは適切でない商標の登録の防止という視点では、私ども、この4条1項6号も含めまして、現行の法令の範囲内で適切・適正な審査をしていくということで徹底しております。

それから、田中委員から御指摘があった4条1項7号を余り振り回さないようにという御指摘については、これも私ども、しっかり認識して、判例でも示されている幾つかの類型に該当するものについて適用するという考え方で、ほかの、例えば出所の混同とか、あるいは類似とか、そういった現行の他の規定で適用できるものを優先して適用して、その上で判例等に従った4条1項7号の適用をするように審査を徹底しております。

簡単でございますが、2点コメントをさせていただきました。

それで、次回のスケジュールでございますが、次回の第12回商標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、追って御連絡を申し上げます。

○小塚座長 ありがとうございました。

それでは、以上をもちまして第11回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。本日は、どうも熱心な御議論をありがとうございました。

6. 閉 会