

平成27年11月5日（木）

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13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. 使用による識別性の商標審査基準について .....	2
3. 需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することが できない商標の商標審査基準について .....	21
4. 普通名称、慣用商標の商標審査基準について .....	37
5. 閉会 .....	43

## 1. 開 会

○木村商標審査基準室長 おはようございます。

防災訓練が今訓練が終わりました。

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 13 回商標審査基準ワーキンググループを開催いたします。

委員の方々におかれましては、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。

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

○小塚座長 おはようございます。

本日は、議題として3点御用意いたしております。使用による識別性の商標審査基準について。需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができない商標の商標審査基準について。そして普通名称、慣用商標の商標審査基準についてということです。

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。

○木村商標審査基準室長 配付資料の確認をさせていただきます。

本日の配付資料は、座席表、議事次第及び配付資料一覧、委員名簿のほかに資料1、使用による識別性の商標審査基準について（案）。

資料2-1、標語、キャッチフレーズに関する商標審査基準について（案）。

資料2-2、需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができない商標の商標審査基準について（案）。

資料3-1、普通名称の商標審査基準について（案）。

資料3-2、慣用商標の商標審査基準について（案）。

参考資料1、商標審査基準たたき台（案）。

参考資料2、商標法第3条第2項に関する裁判例。

以上の7点です。不足等ございませんでしょうか。

なお、お願いがございます。御発言なさる際にはお手元のマイクのスイッチをお入れい

いただき、マイクを近づけて御発言いただくようお願いいたします。

以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

よろしいでしょうか。

## 2. 使用による識別性の商標審査基準について

○小塚座長 それでは、第1の議題ということで、使用による識別性の商標審査基準について、これは前々回からの継続ということでございます。事務局からの説明をお願いいたします。

○木村商標審査基準室長 それでは、説明させていただきます。資料1になります。

3条2項、使用による識別性につきましては、ことし7月の第11回審査基準ワーキンググループにおいて御議論をいただいております。その際の指摘事項を1にまとめております。

(1)でございますけれども、出願商標と使用商標の同一性についてですが、第3条第2項の法文上、「同一」は要件として明記されておらず、また、裁判例では、外観、称呼、観念及び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で判断されていることから、「取引の実情」及び「社会通念上の同一性」の観点を加えるべきではないか。

他方、3条2項の立法の趣旨でございますけれども、商品又は役務についてその商標を使用した場合に識別力が出てきたものをそのまま保護するということですので、「同一」の要件を緩和するのは慎重に検討すべきではないか。こういう御意見もあります。

(2)ですが、出願商標の指定商品又は指定役務と使用商標の商品又は役務の同一性についてですが、(1)と同様の状況にあるということで、第3条第2項の法文上「同一」は要件として明記されておらず、また、裁判例では、商品の密接関連性や、取引者・需要者が共通であるといった事情を考慮して判断されていることから、この使用商品又は役務についても「取引の実情」の観点を加えるべきではないか。

他方、仮に全く使用していない商品又は役務についても識別力を主張するのであれば、出願人がその事実を立証すべきではないかということです。

(3)ですが、識別力の獲得が求められる地理的範囲ですが、全国的な認識は必要であ

るものの、全国すべからくではなく、商品又は役務の取引の実情の観点を加えるべきではないか。

(4) 証拠方法ですけれども、これは「広告業者、放送業者、出版業者又は印刷業者の証明書」及び「公的機関等の証明書」については、これらの証明書を提出すると、識別性が認定されるかのような誤解を生じるのではないか。

(5) ですけれども、出願商標と使用商標の「同一性」及び出願商標の指定商品又は指定役務と使用商標の商品又は役務との「同一性」の関係で3条2項の適用可能性を広げるのであれば、その根拠として3条2項において独占適応性の観点も考慮しているということを示したほうがいいのではないか。こういう御指摘をいただいております。

これに対する事務局の考え方ですけれども、2. にまとめております。

(1) ですが、出願商標と使用商標の同一性については、出願商標について、商標法上の「使用」しているか否かという要件の問題として整理してはどうかということです。第3条第2項に「使用」の文言があることからすれば、出願商標と使用商標が同一でなければならないという原則は維持しなくてはならない。その上で、指定商品又は指定役務における取引の実情を考慮して同一性の範囲が拡張される場合があることを明示してはどうかということです。

なお、実際の商標の使用態様において出願商標を他の商標と組み合わせて使用しているような場合、これは立体的形状からなる立体商標に企業ロゴが付されているような場合が想定されますが、従来は出願商標と使用商標の同一性の問題として論じられていましたが、出願商標のみで、この場合には立体的形状のみで識別力を獲得しているかどうかという問題に整理してはどうかということです。

(2) ですが、出願商標の指定商品又は指定役務と使用商標の商品又は役務との同一性については、条文の文言が「使用された結果」とされていることに加えて、たとえその出願商標が特定の商品又は役務において著名であったとしても、全く使用していない商品又は役務においてまで本項を適用してしまいますと、識別力の獲得をいわば先取りするような形で認めることになるということが考えられるため、指定商品又は指定役務と同一の商品又は役務において使用されている必要があるという現行の審査基準は維持すべきではないか。

ただし、指定商品又は指定役務と厳密に表示が一致していることまで求めるのではなく、指定商品又は指定役務における需要者の範囲等の商品又は役務の取引の実情を考慮してそ

の同一を判断してはどうかということです。

(3)の「全国的」の意義ですけれども、ここは「一地方」での認識だけでは本項の対象にならないという趣旨を明確化してはどうか。

(4)で広告業者等の証明書及び公的機関等の証明書については、当該証拠が提出されるとあたかも識別力が獲得されているとの誤解を与えるような記載であることから、例示から削除してはどうか。

それから、(5)ですけれども、独占適応性の観点は、第3条第2項の判断において、「他の事業者による出願商標と同一又は類似する標章の使用の有無及び使用状況その他取引の実情」を考慮することにより、独占適応性についての判断が可能ではないかという整理をしております。

以上を踏まえまして改訂イメージというのをこちらのほうで作成しております。3.になります。

参考資料1ですけれども、商標審査基準たたき台(案)というところに現行の審査基準とたたき台(案)を対比する形で記載しております。

3条2項につきましては40ページをごらんになっていただきますと、右側が現行の審査基準で、左側が御指摘をいただいた部分を踏まえて事務局でつくりました改訂イメージということで書いてあります。私がこれから申し上げるのは、資料1と参考資料1は同じ文言になっておりますので、どちらをごらんになっていただいても結構です。資料1の3.の改訂イメージですが、1.商標の「使用」についてですが、(1)商標について。出願商標と使用商標とが外観において異なる場合は、出願商標を使用しているとは認めないということで使用のところにまとめて書いております。

ただし、出願商標と使用商標とが外観上厳密には一致しない場合であっても、外観上の差異の程度や指定商品又は指定役務における取引の実情を考慮して、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は使用しているものと認めるという形にしております。

(イ)としまして同一性が認められる例になります。

①出願商標と使用商標が文字の表記方法として縦書きと横書きの違いがあるに過ぎないような場合。

②出願商標と使用商標が共に一般的に用いられる字体であり、取引者又は需要者の注意をひく特徴を有せず、両者の字体が近似しているような場合。

③出願商標と使用商標の立体的形状の特徴的部分が同一であり、その他の部分にわずか

な違いが見られるに過ぎないような場合。

これは例示ですので、これに限られるわけではないのですけれども、こういった場合は同一性が認められる例として考えていいのではないかということです。

それから、(ロ) ですが、同一性が認められない例になります。

これにつきましては①から⑤まで書いてありますが、これは現行の審査基準、参考資料1の40ページの右のほうの2.の(2)に(イ)、(ロ)、(ハ)、(ニ)、(ホ)と書いてありますので、これをそのまま引用しているということになります。

それから、(2)ですけれども、商品又は役務についてというところですが、資料1の4ページ、出願商標の指定商品又は指定役務は、使用商標の商品又は役務と一致しなくてはならないものとする。この場合、商品又は役務の密接関連性その他取引の実情を考慮してその一致を判断するという記載にしております。

2.ですけれども、「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」について。

(1) 需要者の認識について。

「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができるもの」とは、その商品又は役務の需要者の間で、一地方のみならず全国的に認識されているものをいう。これは一地方のみならずという文言を追加しております。

(2)として考慮事由ですけれども、「需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することのできるもの」に該当するか否かは、次のような事実を総合勘案して判断する。これも例示ですけれども、①から⑤まで書いてあります。

- ①商標の構成及び態様。
- ②商標の使用態様、使用数量、使用期間及び使用地域。
- ③広告宣伝の方法、期間、地域及び規模。
- ④出願人以外の者による出願商標と同一又は類似する標章の使用の有無及び使用状況。
- ⑤商品又は役務の性質その他の取引の実情ということです。

(3)の証拠方法ですけれども、(2)の事実は、例えば、次のような証拠方法により立証することができるものとする。これも①から⑤まで書いてあります。

- ①使用商標及び使用態様がわかる写真又は動画等。
- ②取引書類、請求書等。
- ③出願人による広告物及びその実績がわかる証拠物。

④出願商標に関する出願人以外の者による紹介記事。

⑤需要者を対象とした出願商標の認識度調査、アンケート調査の結果報告書、ただし、この場合、実施者、実施方法、対象者等作成における公平性及び中立性について十分に考慮するという事です。

(4)ですけれども、使用商標を他の商標と組み合わせて使用しているような場合は、出願商標部分のみで独立して自他商品・役務識別標識として認識できるか否かを考慮するという事にしております。

5 ページですが、(5) 団体商標、それから (6) 小売等役務につきましては、内容的には現行の基準を変えているわけではありませんが、書きぶりをわかりやすく修正しているということになります。

以上が資料1の説明になります。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、今の御提案につきまして、御自由に御意見をいただけますでしょうか。特に前々回の会合で御指摘いただきました点が反映されていますかどうか、御発言をお願いいたします。いかがでしょうか。

○小川委員 確認だけさせてください。

4 ページの一番上から3行目まで、商品、役務は基本的に一致、その次に、「この場合、商品又は役務の密接関連性その他取引の実情を考慮してその一致を判断する」となっているのですが、ここは具体的にはどういうことか。どういうところまでと具体的な例をあげていただけるとわかりやすいかと思うのですが、どういうものを認めるということになっているのか考え方をお示しいただければと思います。

○小塚座長 お願いいたします。

○木村商標審査基準室長 この基準の文言自体は、実際の裁判例を踏まえて書き加えたものでございますけれども、実際、この文言に従って特許庁の実務がどう回っていくのかという御指摘ですが、商品・役務の記載の仕方については、実際に出願人の方が使っている商品、あるいは役務をそのまま書いてくる場合もありますし、商標法の施行規則別表に、例えば第何類に含まれる商品の表示はこういうものがありますというのが記載されています。基本的には特段自分の使っている商品が特殊なものでないようなものについては、施行規則別表に書いてあるレベルで通常は出願してくる。それに従って特許庁は商品又は役務の類似群コードを付与して、商品・役務の管理をしているというのが実態でございます。



ですので、今回、密接関連性云々というところですけども、基本的には別表に書いてある一番下のレベルの商品の中で、例えば表示が若干異なるものですけども、商品としての同一性といいますか、その一致はどうかというのは、その一番下のレベルの商品の範囲の中で見るというのが基本ではないかなと考えております。

仮にそれを超えるとなると、類似の商品のところまで入るなどバランスの問題もありますので、ケース・バイ・ケースにはなるとは思いますが、基本的な考えとしては、別表の一番下のレベルで書いてあるような商品の中での表示の一致というのを考えているところではあります。

○小塚座長 ありがとうございます。

小川先生、何かございますか。

○小川委員 要は使用していない商品にまで認めることがあるということではありませんねという確認をしたいのですが、それでよろしいでしょうか。

○木村商標審査基準室長 使用していないものも認めるということではないです。

○小川委員 何か表示が包括概念で出願されていて、その中に含まれるものだったらOKというような意味ですか、ここは。そうでもないのですか。

○木村商標審査基準室長 そこは表示の仕方がどうとらえられているのかということになってくると思うのですけれども、それはケース・バイ・ケースになると思いますので、これを一概にこの表示とこの表示がどうなるというのはなかなかいえないのでけれども、基本的には置きかえても問題がないようなものであれば、それはその表示の中で十分に見込んでいくという余地を今回入れ込んでいるということです。

今の基準ですと、同一の場合のみとするということになっていますので、解釈の余地は全くないかのような印象を与えてしまいますので、そこは具体的な裁判例を踏まえて書き起こしたということになります。

○小塚座長 よろしいでしょうか。

今回の事務局提案の背景には、裁判例の積み重ねということがあるわけで、恐らくこの文言の御提案の背景には、例えばジャン・ポール・ゴルチェの裁判例という香水とオードトアレ等とか、それから、あずきバーの事件のあずきを加味してなる菓子、棒状のアイス菓子というような、そういうことを念頭に置きながらお書きになっている、こういうことであろうと思いますけれども、よろしいでしょうか。

○林第 35 部門上席部門長 ちょっと 1 点補足させていただきます。

我々実務をやっている人間からすると、例えば、3条2項で使用している証拠として「あんパン」について使っていますと証明書が出てきて、出願人の方は、これをもって「パン」について商標を使っていますといったときにどう判断をするのか。

同じように、包括的な概念の中で、例えば、CD-ROMとかフロッピーディスクみたいなものについて使っていることをもって、電子応用機械器具全部について使っていますと主張するというようなケース、これを全く同じように解しているのかというと、そこは取引の実情なり、同じ包括概念の中でも、実際の密接関連性というという観点で、どれだけ近いのかという点が個々のケースによっていろいろ違う事情があるだろうと思います。そういう観点を勘案した上で商品が一致しているかどうかを判断していこうという趣旨と解しているのですが。

○小川委員 すみません、今の例だと、あんパンとパンの例はOKなのですか。

○林第 35 部門上席部門長 少なくとも電子応用機械器具とフロッピーディスクよりは近い、密接関連性は高いであろうと思います。絶対同一として扱いますとはなかなか言えませんけれど。

○小塚座長 審査基準の議論をするときに、個別の具体例について確答いただくのは難しいと思いますが、ただ、あんパンとパンの例というのは、あずきバーの話に相当近いという、そういうことでお出しになったのではないかと思います、いかがでしょうか。

○外川委員 今との関連なのですが、4ページ目の上の3行を普通に文章として読むと、「一致していなくてはならないものとする。」、こう書いてあって、その後に「この場合、・・・密接関連性その他取引の実情を考慮してその一致を判断する。」と記載されています。

今のお話だと、拡張するようなこともあり得るという含みがあるという説明なのですが、文章だけ読むと、狭めることはあっても広がることはないのではないかと読めてしまいます。「一致」という単語と「異なる」という単語がこの書面の中でいっぱい使われているのですが、その意味がよくわからない。「密接関連性その他取引の実情を考慮してその一致を判断する。」というのは、もう一度確認すると、少なくともあずきバーのような、あずきを加味してなる菓子のようなアイスよりは広がったものは入る可能性があるという意味なのではないでしょうか。裁判例がありますから。つまりどこまでがこの文章の中に表されているのかがよくわからないので、広がったようにも読めるし、従来どおりにも読めるし、今の御説明だと広がっていることもあり得るという見方なのですけれども、そこをもう一度、しつこいですが、3条2項としてはある意味一番大事なところなので確認したいのです

が。

○小塚座長 ありがとうございます。

原案の趣旨は、現行実務、あるいは従来行ってきたことを変えていこうという趣旨ですかというのが御質問の大きなポイントだと思います。そこはいかがですか。

○木村商標審査基準室長 現行の趣旨を大きく変えるつもりで書いているわけではなくて、基本的な考え方は同じになっています。ただ、それはなぜかという、商品・役務の同一性については、標準文字の場合と、実際使っているロゴのケースとか、いろいろ裁判例がありますけれども、類似性を認めているケース、拡張しているケースもありますし、拡張していないそのままの状態で判断をしているケースもありますので、これは要するに拡大傾向にあるかどうかというのは必ずしも明確ではないというのが正直なところですよ。

その中で、日本弁理士会さんからいろんな御指摘をいただいている、今の基準ですと、同一の場合のみとするというような基準になっていますので、そうしますと全く解釈の余地はないのかというような印象を強く与えていて、実際審査の中では同一の場合のみ判断をしているというのが実態ですので、そこは審決例とかを見ますと、若干先ほど御指摘がありましたとおり、商品の範囲の中に含まれているのかどうかとか、指定商品の範囲の中にあるのかどうかとか、いろんな取引の実情を踏まえて判断がなされているケースもありますので、そういったものも審査の中でできるような記載にしていけないのかということ、今回、この記載にしていますので、原則は変えてないのですけれども、表示が完全に一致しなくてはならないのかということころは、そうではないということですよ。

○外川委員 そこは緩和したということなのですね。

○木村商標審査基準室長 そうですね。その表示の厳密な一致という意味では緩和しているということになるかと思いますが。

○小塚座長 裁判例の中には特許庁の判断がそれで覆されているものもあるわけで、そういう意味で、特許庁の判断が今まで硬かったものを、裁判例を見ながら少し緩くしているという趣旨ではないということですね、御提案は。

○木村商標審査基準室長 結局裁判例も、個別の事情で判断しており、要するに他人の使用状況とか、あるいは商標の態様等を含めて判断していると思いますので、それをすべてトレースして基準に落とし込むというのはなかなか難しいかなと思います。

○小塚座長 いかがでしょうか。

今、議論になりました点についてはほかの先生方は何か御意見ございますか。あるいは

おおむね了解ということでございますか。

○本多委員 今の御説明をいただいて、かえってますますわかりにくくなってしまったのですが、原則として今までと変わらない。例えばあずきバーの事件の判例なのですが、あれは特許庁の基準に合わせますと、拒絶という判断でよろしいのでしょうか。それとも例えばあずきを加味してなる菓子ですから、きんつばでもOKというお考えになるのでしょうか。

すみません、個別具体的ではないですけれども、結局その辺がこの文言からどういう基準になられたのかがはっきり伝わってこないものですから、そこをちょっと御説明いただけたらと思います。

○林第 35 部門上席部門長 今のお話でいうと、いわゆる「きんつば」と「あずき入りの氷菓」、「アイスクャンディー」を同一とみるかみないのというのを、別にどっちだというふうに決めつける文言ではないと思っているのです。

そのときに、いわゆる密接関連性とか取引の実情を勘案した上で、包括的なものとして同一視できるような商品の範囲を探っていきましょうというのが趣旨であると思いますので、そういう意味では、取引の実情なり密接関連性で「アイスクャンディー」と「きんつば」が果たして同じようなお店でいつも売られているのかとか、お客さんが食べたいと思うときは必ず一緒に売っているような取引実情があるのかということをお勘案しましょうということだと思います。その上で、違う実情という認定ができるのであれば、それは違う結論が出るでしょうし、また、必ず隣に一緒に売っているし、食べたいと思うときにも同じようにつながっているのであれば、同一の範囲というように、認定の中で勘案されていくという趣旨であろうと我々思っているのです。

そういう意味では、この文言が入って、必ず、アウトかセーフかが決まるというよりも、少なくとも、勘案すべき事項を注記したという趣旨であろうと思っているのです。

○林委員 今、議論している点、4ページの一番上から3行目までの、商品、役務は基本的に一致、この場合、商品又は役務の密接関連性その他取引の実情を考慮してその一致を判断するという部分は、きょうの資料1の2.の「指摘事項に対する考え方」の(2)に対応する基準案の文章だと思います。この2.の、「考え方」のところでは、「使用をされた結果」という条文の文言についての「考え方」を(1)では「商標の同一性」について、(2)では「商品と役務の同一性」について整理した文章として、この「考え方」自体については皆様も御確認済みのところではないかと私は思っています。そういうことであれ

ば、資料1の3.の1.の「(1) 商標について」で、外観において異なる場合は、出願商標を使用しているとは認めない。ただし、厳密に一致しない場合でも取引の実情を考慮して使用しているものと認めるというような書きぶりをしているのと、同様の趣旨で「(2)の商品と役務について」も書かれている、と私は理解したのですが、今の議論が要するにそうは読めないということであれば、基準案の文章のうちの3.の(2)の「商品又は役務」のところの表現ぶりを(1)の「商標について」のところの書きぶりに近いように表現をもう少し工夫する余地があるかと思います。考え方自体については私はこれで賛成でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

今の林先生の理解は、事務局の提案の趣旨と合っていますか。

○木村商標審査基準室長 まさに林委員御指摘のところですけども、この商品・役務の考え方についてはなかなか難しいところもございますので、裁判例の密接関連性と、取引の実情という2つの点を書き込んでおりますけれども、商標の同一性のような、もうちょっとより精緻な形にすべきということであれば、そこについても検討が必要かなと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

○加藤委員 日本弁理士会の加藤でございます。

4ページの1行目から3行目、2つの文章で構成されているのですが、審査基準のほかの箇所の記載と比べますと、「この場合」という言葉で第2文が第1文を受けるところに少し違和感を覚えております。

先ほど林委員の御指摘にもありましたように、3ページの3.の1.の(1)の商標についての記載のように、第1文があって、第2文を「ただし」で受けるのであれば、先ほど木村室長がおっしゃったように、緩和の方向で第2文を解釈することが可能なんです、第1文と第2文が「この場合」でつながっていますので、外川委員御指摘のように、例えば「よって」とか「したがって」とかというような形で受ける文章なのかどうなのかがはっきりしないように思います。

したがって、緩和であるのであれば「ただし」としていただけないかなと思っております。

○小塚座長 ありがとうございます。

おっしゃっている緩和というのは、これは従来の審査の方法、あるいは判断の結果を緩

和しているという意味ではなくて、要するに社会的事実としてある商品と別の商品が一致するということのほか、いわば商標法上の概念としてある商品とほかの商品が一致だと認められる場合があるという意味での緩和、つまり審査基準が変わるという意味での緩和ではなくて、概念がやや抽象的な概念としてとらえられているという意味での緩和、そういうことですね。恐らく先ほど来議論になっているのはそういうことだろうと思いますので、事務局にあえて確認的なことを申し上げたのですけれども、審査の仕方が変わっていくかどうかという問題が今問題になっているのではなくて、厳密にアイス菓子であるあずきパーと、あずきを使った菓子というものが同じかどうか、社会的事実としてはアイスとアイスでないものは同じでないということですが、裁判例は、そこはアイス菓子とそれ以外に区分して判断する理由はない。一つの「あずきを加味してなる菓子」という概念でもって一致すると判断すればよろしい、こういう知財高裁の判断であったわけであって、それと同じような意味で、ある程度抽象的な形で商品・役務の一致を見ます、こういう意味での緩和であるという趣旨をはっきりさせてほしいという御発言と承ったのですが、そのようなことでよろしいですか。

そうだとすると、「この場合」という表現でないほうがいいのではないかということですが、それは検討の余地がありますか。

○木村商標審査基準室長 御指摘いただいた点を踏まえて、この商品・役務のところは極めて重要だと思いますので、こちらのほうでももう一度書きぶりは（１）の商標についての書きぶりも踏まえて検討させていただきます。

○小川委員 先ほどの基準室長の御説明の冒頭で、ここでいっている説明ぶりは省令別表の個別表示の範囲で、というおっしゃり方をされたので、そうならと思っているのですが、個別表示の範囲内でならある程度少し緩やかにということであれば、あずきパーの事件というのは、実際使っているのは氷菓子、アイスクャンディーですね、別表には「アイスクャンデー」という表示はちゃんとあるのですね。ところがその大きな包括概念である「菓子」で認めているというところに私は問題があると思っているので、あずきパーの事件のような案件まで認めるというのであればなかなか賛成しにくいなと私は思っています。

○小塚座長 ありがとうございます。

○田中委員 先ほどの座長の御説明で納得しましたが、基本的にその方向だろうと思います。

私の感想を申し上げますと、使用による識別力を獲得したという案件を考える場合、基

準のつくり方として、やはりクリアに書けばいいのですが、それだと柔軟性がなくなるといふことで、若干緩めざるを得ないというのは、理解いたします。

実際に検討している場合によく感じることは、使用によって獲得された識別力にも、強いもの、弱いものがありまして、非常に強いものであれば、恐らく外観の一致性というところも一定程度範囲が広がるのではないかと思います。さらに獲得した識別力の強弱が指定商品、指定役務の点での広がりにも影響を及ぼすのかは、理論的には議論があり得ると思いますが、一定の影響があるのではないかと考えております。

そのような関係で、強い識別力を獲得しているようなものについては、一定程度、指定商品、指定役務の同一性についても幅が出るというか、柔軟に考えてはどうかという示唆ではないかと理解しております。

○小塚座長 ありがとうございます。

その他の先生方、何か御意見ありますでしょうか。

○外川委員 これは質問なのですが、今のは、商品、役務のほうですけれども、商標のほうでさっきから出ているあずきバー事件で標準文字が問題になりましたけれども、あれはロゴ出願と標準文字出願で特許庁の対応が違いました。標準文字は普通に出す出願の形態なので、商標の同一性が認められる例と認められない例の、ロゴの特殊性にもよると思うので、相対的な問題かもしれませんが、標準文字出願について基準に言及することは無理なのですか。

○小塚座長 いかがですか。

○木村商標審査基準室長 確かに標準文字で使用による識別力を獲得できるのかという問題があって、標準文字は特許庁が指定する文字として表されたそのもの自体に権利があるということになっていると思いますが、実際標準文字で出願をして、使っているのは少し態様を変えたり、色をつけたりとか、いろんな使い方があるとは思いますが、これについては **Speed Cooking** というように同一性を認めてない判断もありますし、あずきバーのように、標準文字で出されているものについて、著名性とか、強い周知性とかといった点を加味して判断しているという、そういう判決もございますので、そういうのを考えますと、標準文字だから一律同一性は認められないということを商標審査基準に明確に書き込むというのは難しいのかなと思います。

○外川委員 書きにくい。

○木村商標審査基準室長 書きにくいということで今回、あえて書いていません。

○外川委員 多分ニーズはあると思うのですけれども、しょうがないですね、わかりました。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほかの点も含めまして、資料1の使用による識別性の判断基準につきまして何か御意見等がありますでしょうか。

○本田委員 実際に3条2項の主張をするときいつも悩ましいのは、どういう資料を出せばいいのかということだと思います。企業にとっては証拠方法のところの記載ができるだけ厚い、いろいろ具体的に例示があったほうがありがたいなと思っておるのですが、今回、各種証明書のたぐいが削除されたということで、これは誤解を招くおそれがあるからという理由だったのですけれども、これは証明書という言葉が誤解を招いているのではないかなと思っておまして、こういったものも、審査基準の改訂後もまだ有効な資料であるということできれば残す方向は無理かなと思っておまして、例えば削除されたら、これは使えないのかというふうな誤解を与えないのかなと思っております。残した上で、これだけではだめだよ、これだけで認めるものではないのだよというような注記をすれば、そういうことはいかがかなと思うのですけれども、いかがでしょうか。

○小塚座長 何か具体的な文言の御提案がありますか。つまり証明書という言葉を使わないで、しかし例えば広告業者、放送業者が出す書類というのは残したいという御趣旨ですね。

○本田委員 そうです。

○小塚座長 何かそういう御提案がありますか。あるいは例えば広告業者云々、云々の発行する書面とか、そんなようなことですか。事務局としていかがでしょうか。

○木村商標審査基準室長 そもそもなぜこれらの証明書が例示から削除すべきかという検討の経緯は踏まえないといけないかなと思うのですけれども、実際審査をやっている、3条2項の主張のときに、例えば商工会議所とか公的な機関の証明書が出る場合もちろんあります。その公的機関の証明書を得て、審査官は実際にそれを加味して判断していくのですけれども、実際ここに書いてある証拠方法では、使用商標が実際のどの程度商品との関係で使われているのかというのは証明していただくようになっているのですけれども、この証明書に関していうと、そこだけがあたかも公的機関から1枚の書面が出てきて、3条2項の適用において考慮すべしというような記載になっているので、それは審査側からすると、どういう観点から考慮すべきなのかというのがなかなかわかりにくいところがあり



ます。公的な団体からの推薦のような形になっているというのはわかるのですが、それが実際の3条2項の適用において需要者の認識にどう影響されているのかというところが必ずしもはっきりしないというのがあります。

そうであれば、はじめからそういう証明書の提出については、商工会議所に申請して証明書を提出するというのもかなり出願人の方にとっては手間だと思うのですが、そういうのを省くという意味でも、はじめから削除したほうがわかりやすいのではないかという、そういう観点になります。

ただ、それは削除したからといって出せないということではもちろんないと思います。これはあくまでも例示で書いてありますので、必要に応じて必要な資料を出すということになるかと思えます。

○小塚座長 ありがとうございます。

○林委員 今の点ですが、具体的なものがあがっていたほうがヒントになっていいという実務的な観点があるのかもしれないのですが、むしろあげることによって、それを出さないといけないということになっていけません。今回、従来の基準では、参考資料1の41ページの3.の(2)の柱書きですと、上記(1)の事実は、「例えば、次のような証拠方法によるものとする。」という形で、今まで、証明書というものがあがっていたので、証拠方法はこれによらなければいけないというような雰囲気があったところを、今回はその部分の柱書きも、「(2)の事実は、例えば次のような証拠方法により立証することができるものとする。」というオープンな書きぶりにしていますので、そういった意味では、今回、証明書を落としても、そんなに自由度が狭まるということはないのではないかなと理解しております。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほかの先生方、御意見等がありますでしょうか。

○加藤委員 今のところとは別のところなんですけど、よろしいでしょうか。

○小塚座長 結構です。

○加藤委員 4ページの2.(1)需要者の認識についてのところの確認ですが、この認識というのは、一地方のみならず全国的に認識されているものをいうというふうになっていますけれども、使用ではなくて認識ということでよろしいでしょうか。

例えばうなぎパイの事例なんかですと、東海地方と成田空港、羽田空港ぐらいしか売っていないようですが、そういう意味では、使用というのは限られているわけですが、

北海道から沖縄までうなぎパイというのは認識されているということになりますと、この全国的認識にあてはまるのかと思うのですが、この認識というのは必ずしも使用と一致しなくてよろしいということでもよろしいでしょうか。

○小塚座長 これは確認の質問ですが、いかがですか。

○木村商標審査基準室長 確かにおみやげものとか、一部の地域で使用されているものであっても、それが様々な地方に出荷されることによって需要者が認識されるという状態も当然ありますので、それは全国的な認識というのは、あくまでも全国ですけれども、使用というのは一地方の使用であっても3条2項の適用を妨げられないということになるかと思えます。

○小塚座長 ありがとうございます。

○小川委員 同じ4ページの(2)考慮事由のところの①の商標の構成及び態様という、この商標というのは出願商標ですか、使用商標ですか。

○小塚座長 いかがですか。

○木村商標審査基準室長 出願商標の構成及び態様ということを考えています。

○小川委員 わかりました。それであれば出願商標と書いていただけますか。②との関係がよくわからなかったものですから。

○木村商標審査基準室長 御指摘ありがとうございます。

○小塚座長 事務局はそういう整理でよろしいですね。①のほうが出願商標の構成及び態様で、現実に使用されている商標は②のほうで受ける、そういう趣旨ですか、書いた趣旨は。

○木村商標審査基準室長 すみません。訂正いたします。商標の構成及び態様は、実際に出願商標と使用商標との関係で考慮していくということになります。

○小塚座長 私も文章を素直に読んだときは、これは両方の商標の構成、態様のことを指しているのではないかと思ったのですけれども、事務局の趣旨はそうではないのですか。

○木村商標審査基準室長 すみません。先ほど出願商標と申しあげましたけれども、使用商標と出願商標との一致を見ながら判断していくということになりますので、両者を含むような記載を今回しております。

○小塚座長 先ほどのご発言は言葉がすべったということで、小川先生、そういう説明でよろしいでしょうか。

○小川委員 出願商標及び使用商標の構成及び態様ということですか。

○木村商標審査基準室長 ええ、両者が含まれるということです。

○小塚座長 よろしいでしょうか。双方の商標を見比べて判断をするという中で、構成が簡単なものであるか、何か特異性があるかとか、特異性のあるものを強調しているか、多分そういうことですね。

○小川委員 いわゆる商標の同一性の判断のことをいっているのですね。

○木村商標審査基準室長 そうですね、実際に出願されているものと、使われているものの構成、態様がどうなのかというのを勘案するということになります。

○小川委員 商標の同一性はもう既に1. のほうでやっているのですけれども、ここでもまた商標の同一性の判断を入れるのかということなのですか。現在の審査基準には入っていませんね。

○小塚座長 事務局で御回答をお願いします。

○田村法制専門官 こちらの判断は、常に一致しているもの、出願商標と一致をしている使用商標についてのみ考慮します。そのため、出願商標と完全に一致しているものなので、使用商標と出願商標はイコールになっているため、どちらも含み得る、そういう意味でどちらも含み得るということになっています。それとあとは今回、ちょっと同一性の解釈を広げていますので、出願商標と外観上厳密に一致しないという場合もあり、その場合には使用商標として複数見る可能性が一応あり得るということにはなります。

○小塚座長 事務局がこれをお書きになったときには、マグライト事件の知財高裁の判決文が恐らく念頭にあって、当該商標ないし商品の形状という、これを少し一般的な形で書いた。マグライト事件は立体形状の事件ですけれども、それをやや一般的な形で書くところになった、こういうことですね。

よろしいでしょうか。

○外川委員 4ページの一番下のところなんですけど、今マグライトの話が出たので、(4)で「商標を他の商標と組み合わせている場合について」ということで、「・・・組み合わせて使用している場合は、出願商標部分のみで独立して自他商品・役務識別標識として認識できるか否かを考慮する。」と記載されています。

マグライト事件の場合は、基本的には使用商標と、立体に文字商標の小さいのがついていて、出願商標は立体商標だけなわけですけれども、この場合は、いわゆる商標の同一性として見るのではないよと前のほうに書いてあったのですが、この部分は(4)で読むのですか。つまり使用証明としては、文字商標がついたものしか出てない、コココーラみた

いにアンケート調査とか出てないというような場合には、それを片一方の文字マグライトは明らかに商標なわけで、文字商標として識別標識にはなっているわけですが、そのときに立体も独立でというのを考慮するというのがどういう意味なのかなという疑問です。マグライトの場合は立体商標は独立して登録されたわけですが、そういうふう運用するのか、そうではないのか、ここではそれは読みませんよという話かもしれないのですが、そこを、ついでの話で申しわけないのですが、マグライト事件がちょうど出たので疑問に思いましたので確認でございます。

○小塚座長 この(4)の部分の趣旨について少し確認をしていただけますか。これは指摘事項に対する考え方の中の2.(1)のなおというところに対応した部分ですね。

○木村商標審査基準室長 今まで使用商標と出願商標の同一性の問題として争われてきたものですけれども、今回は、新商標の審査基準の検討時にも同じような考え方を入れたのですけれども、例えば組み合わせで使っているような場合、例えばミニマグライトの文字と立体形状の組み合わせで使っているような場合であっても、もちろんその文字自体にも識別力があります。ただし、販売実績等によって立体形状でももちろん認識できるというようなことであれば、それは当然ここに一応考慮すると書いてありますけれども、判断していくということにはなるとお思いますので、その部分を明確化したいということで書いてあります。

○外川委員 あのケースの場合は、マグライトの文字がすごく小さかったわけですが、この文章から、アンケート調査を必ずしないと立証できないということにはならないのですよねという逆の確認でもあるのですが、つまり文字商標が小さかったから立体商標だけで、それ以外立証のしようがないですね。使用証明はくっついているのしか出てないので。そうするとあとは審査の判断の中で、これは立体商標としての識別力が大変高いと判断して、それでいけるのか、それともコカコーラみたいに文字商標を取ったものでアンケート調査をしないと、この「考慮する」という文言の中に、「考慮する」だから、そんなに重大なことではなさそうですが、ちょっとそこは確認です。

○小塚座長 この「考慮する」という表現が、おそらく事務局案は考慮要素としてこれを考えるという意味ではなくて、この組み合わせられている場合については、出願商標部分のみで独立して自他商品・役務識別標識として認識できるか否かという観点から検討する。この観点から考察するという意味の考慮する、なのですね。

○木村商標審査基準室長 はい。

○外川委員　そういう意味では、アンケート調査が出なくても、使用証明と出願商標との間で考慮すれば登録になることはあり得るという解釈でいいということでしょうか、多分。

○木村商標審査基準室長　アンケート結果、多分必須というよりも、いろんな出てきた証拠を見て総合判断するということになるかと思います。

○小塚座長　そういう意味では、今のところは考慮要素を書いているわけではなくて、考察の観点を書いているという、そういう理解ということでしょうか。ちょっと表現を直したほうがいいかもしれませんね、ほかの部分との並びで。

○本田委員　1点だけ、今のところで確認させていただきたいのですが、ここは立体と文字の例だったのですが、文字商標と図形商標の組み合わせというのもここで考慮されるということでしょうか。

○小塚座長　いかがですか。

○木村商標審査基準室長　それも当然入り得ると思います。

○小塚座長　図形だけではなくて、いろいろな新商標が出てまいりますので、言語と音声とかもありそうですね。

　　おおむねよろしいでしょうか。

　　そうしますと、私の認識している限り、表現ぶりについて2点宿題が出まして、1点は、資料1で申しますが、実は同じことがたたき台、新旧対照表にもありますけれども、資料1で申しますと4ページの上から2行目のこの場合、商品又は役務の密接関連性その他取引の実情を考慮してその一致を判断する。「この場合」という表現を改めたほうがいい。私の理解では、その一致を判断するという、ここがこの文章は重要なのであって、つまり第1文でいう一致については商品・役務の密接関連性、その他の取引の実情を考慮する。こういう趣旨で書きたいところ、「この場合」といっているためにむしろ限定的に読めるということですので、そうではない。この一致の判断の仕方についてこういうことで判断をするということをしているのだという趣旨です。それを表現する適切な表現を探すということですね。

　　それから、今出ましたけれども、4ページの最後の部分で、認識できるか否かを考慮するというのは、これは考慮要素をあげているのではなくて、こういう観点から考察するということであるという意味ですので、ちょっと違う表現にしたほうが多分ほかの部分との関係でまぎれがないと思います。

　　以上2点を修正するというので、それで途中で本田先生から出ました証明書等のお話

は、それを排除するという趣旨での今回の改訂ではないということをお場で確認をしたということで、しかし、新しい基準に書き込まないというのは、それはそれでまた背景のあることですので、それでよろしいですか。

ありがとうございます。

その他個別の事案については先生方、それぞれいろいろ御意見があると思いますし、私も一研究者としては、個別の事件について何か言うかもしれませんが、当ワーキングとしては、やはり裁判所がある判断を、しかもある程度一般的な判断の仕方を示したときに、なかなか特許庁でさらにまたそれと違うことを基準に書くというのは、これは余り適切ではないと思います。やはり判例が出たらそれに従うということではないかと思しますので、それを踏まえて表現等も選んでいる、こういうことで御了解いただけますでしょうか。

そうしますと、先ほど申しました2点を修正させていただくということで御承認いただいたというふうに理解してよろしいでしょうか。

ありがとうございます。

それでは、第1の議題については以上にさせていただきます。

### 3. 需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識することができない 商標の商標審査基準について

○小塚座長 それでは、続きまして3条1項6号の関係ですが、資料が2つあるということで、2つ続けて事務局から御説明をいただきます。それでは、お願いいたします。

○木村商標審査基準室長 資料2-1になります。

標語、キャッチフレーズに関する商標審査基準について（案）ですけれども、これは前回のワーキンググループ、第12回で御議論いただきまして指摘をいただいております。

2. (1) ですけれども、現行の商標審査基準が「キャッチフレーズ」が本号に該当するとしたのは、取引者・需要者が自他商品・役務識別標識と認識しないためであり、第三者が使用していないということは判断の際に考慮する一事情に過ぎず、本号該当性の決め手になるような記載はしないほうがよいのではないか。

(2) キャッチフレーズに該当するかという形式論ではなく、商標が宣伝広告や企業理

念を表したものとしてのみ機能する場合には、出所識別機能がなく本号に該当するという  
ことを明確にするような記載をしたほうがよいのではないか。

(3) 通常の審査と同様に、商標中に造語が含まれている場合についても、本号に該当  
しない例として記載を追加したほうがよいのではないか。

(4) 「認識させる」という記載が複数箇所において見られるが、本号に該当するものと  
しないものを例示している箇所においては、判断を要するような「認識させる」という記  
載ではなく、端的に「記述している」等の表現に改めるべきではないか。

(5) 本号に該当しない場合の例として、「商号等」が含まれている場合や「自他商品・  
役務の識別機能を有する図形等と結合している」場合が挙げられているが、このような例  
示が本号に該当しない場合を限定的な場合であると推認させるおそれがあるため、記載を  
削除したほうがよいのではないか。

(6) 本号に該当しない場合の例として、「出願人が出願商標を長期間使用している場合」  
が記載されているが、長期間にわたる使用にもかかわらず、本号を適用した裁判例がある  
ことから記載を改めたほうがよいのではないかという御指摘をいただいております。

それに対する考え方が2ページに書いてあります。

(1) ですが、全体の書きぶりとして、需要者の認識として自他商品・役務識別  
標識以外の認識をする場合には本号に該当するというのがより明確になる記載にしてはど  
うか。

(2) 宣伝広告又は企業理念・経営方針等のみを認識させる場合に本号に該当するとい  
うのを明確化してはどうか。

(3) 造語として認識できる場合には本号に該当しないとの記載を追加してはどうか。

ここではただし、造語なのか、宣伝広告等なのかというのは需要者の認識を踏まえた最  
終的な結果として出てくるものですので、造語に該当するかどうかという観点だけで判断  
してしまいますと、現行の審査において「キャッチフレーズ」に該当するかどうかという判  
断と変わらなくなってしまうということです、この点は十分注意する必要があります。

(4) ですが、総論部分を「認識させる場合」、例示部分を「表す場合」という記載にし  
てはどうか。

(5) 本号に該当しない場合の例から、「商号等」が含まれている場合や「自他商品・役  
務の識別機能を有する図形等と結合している」場合に関する記載を削除してはどうか。

(6) 長期間にわたる使用にもかかわらず、本号を適用した裁判例があることから、一

定期間商標として使用しており、第三者が使用していない場合というような記載に改めたらどうか。そういう提案をさせていただいております。

最終的な改訂イメージにありますけれども、4. になります。

これは参考資料1の35ページ、こちらも参照いただければと思うのですが、3条1項6号になります。

現行の審査基準は右側のほうに書いてありまして、2. 標語（例えば、キャッチフレーズ）は、原則として、本号の規定に該当するものとするに記載していますが、その左側のほうに今回の改訂イメージが書いてあります。

2. としての表題ですが、指定商品若しくは指定役務の宣伝広告、又は指定商品若しくは指定役務との直接的な関連性は弱いものの企業理念・経営方針等を表示する標章のみからなる商標について。

(1) ですが、これは総論的な形で書いております。出願商標が、その商品若しくは役務の宣伝広告又は企業理念・経営方針等を普通に用いられる方法で表示したものとしてみ認識させる場合には、本号の規定に該当する。

出願商標が、その商品若しくは役務の宣伝広告又は企業理念・経営方針等としてのみならず、造語等としても認識できる場合には、本号に該当しないという形にしております。

(2)、(3) については、宣伝広告、それから企業理念・経営方針等における考慮要素をそれぞれ具体的に書いております。

(2) ですが、出願商標が、その商品又は役務の宣伝広告としてのみ認識されるか否かは、全体から生じる観念と指定商品又は指定役務との関連性、指定商品又は指定役務の取引の実情、商標の構成及び態様等を総合的に勘案して判断する。

(イ) ですが、商品又は役務の宣伝広告を表示したものとしてみ認識させる事情として例示を入れております。

①指定商品又は指定役務の説明を表すこと。

②指定商品又は指定役務の特性や優位性を表すこと。

③指定商品又は指定役務の品質、特徴を簡潔に表すこと。

④商品又は役務の宣伝広告に一般的に使用される語句からなること（ただし、指定商品又は指定役務の宣伝広告に実際に使用されている例があることは要しない）。

⑤商品の購入又は役務の利用を誘因する記述であることという、そういう例示をあげております。



(ロ) ですけども、宣伝広告以外を認識させる事情です。

①指定商品又は指定役務との関係で直接的、具体的な意味合いが認められないこと。

②出願商標を一定期間自他商品・役務識別標識として使用し、第三者が出願商標と同一又は類似の語句を宣伝広告として使用していないこと。

これが宣伝広告以外を認識させる事情としてあげております。

(3) ですけども、出願商標が、その企業理念・経営方針等としてのみ認識されるか否かは、全体から生じる観念、取引の実情、全体の構成及び態様等を総合的に勘案して判断します。

(イ) ですが、企業理念・経営方針等としてのみ認識させる事情としましては、①企業の特性や優位性を記述すること。

②企業理念・経営方針等を表す際に一般的に使用される語句で記述していること。

(ロ) ですが、企業理念・経営方針等以外を認識させる事情としましては、①として出願人が出願商標を一定期間自他商品・役務識別標識として使用し、第三者が出願商標と同一又は類似の語句を企業理念・経営方針等を表すものとして使用していないことという形で整理しております。

引き続きまして資料2-2になります。資料2-2は3条1項6号全体について記載しております。

1. は現行の審査基準になります。

3ページをごらんになっていただきますと、2. に問題の所在が書いてあります。

(1) ですけども、現行の商標審査基準は、本号の該当性判断の総論部分がなく、本号に該当する例示のみが記載されている。

そのため、例示に該当しないが本号に該当する(識別力を有しない)場合が、どのような観点から判断されるのかが明確ではなく、出願人の予測可能性が十分に確保されていないのではないか。

また、独占適応性の考え方を本号の判断においてどのように取り扱うべきか検討すべきではないか。

(2) ですけども、本号の例示は、「地模様」、「元号」、「店名」等のように、需要者が自他商品・役務識別機能を発揮しない場合の判断を先行させるような記載となっているため、このような記載では、キャッチフレーズと同様に当該例示に該当するかという形式論になってしまうのではないか。

4 ページの 3. ですけれども、改訂にあたり議論すべき事項として 1. 以下書いてありますけれども、これは具体的な 3 条 1 項 6 号の審査基準のイメージで書き込んでおります。

1. を見ていただきますと、これは今回、新たに追加するというので、総論部分に相当するものです。

本項第 1 号ないし第 5 号に該当しないものであっても、一般に使用され得る標章であつて、自他商品・役務識別機能が認められない場合には、本号に該当するとしております。

2. は先ほど申し上げた標語、キャッチフレーズについての基準になります。

3. としまして地模様からなる商標ですけれども、これは先ほどの参考資料 1 の 35 ページですけれども、現行の審査基準ですと冒頭にきております。1. 地模様のみからなるものは、本号の規定に該当するものとするということで、6 号に該当すると書いてあるのですけれども、今回変えておまして、商標が、その全体の構成・態様及び指定商品又は指定役務との関係から、地模様（例えば、模様のなものの連続反復するもの）と認識される場合には、本号に該当するという形にしておまして、ただし、地模様と認識される場合であっても、その構成において特徴的な形態が見いだされる等の事情があれば、本号の判断において考慮することとしています。

これは裁判例がありまして、6 ページの真ん中なのですが、(ハ) 東京高判平成 12 年 1 月 18 日、これはトランプの模様の例ですけれども、地模様であっても、特徴的な形態が見いだされれば自他商品の識別機能を有する場合もあり得るということで、これは一般論ですけれども、特徴的な形態について登録の可能性について言及している。

あとは (ニ) にある審判ということですのでけれども、これは伊勢丹のチェックなんですけれども、これについて判断しているものがありまして、6 ページの一番下の行ですけれども、本願商標を付したショッピングバッグ（以下「紙袋」という。）を作成し、以来、現在に至るまで、長期間にわたり、その紙袋を商品の購入者に手渡してきた事実が認められるということで、自他商品・役務識別機能ありという判断がなされております。その部分をきちんと考慮していくという形にしております。

それから、4. 単位等からなる商標についてですけれども、商標が、指定商品又は指定役務との関係から、商慣習上数量を表示する場合に一般的に用いられる表記、これは今までは参考資料 1 の 36 ページ、3. 現行です、右側のほうですけれども、「Net」、「Gross」と書いてありますが、今回は数量を表示する場合に一般的に用いられる表記ということで「メートル」、「グラム」を入れております。

あと5. 現元号からなる商標について。

商標が、現元号としてのみ認識される場合は、本号に該当する。

6. 国内外の地理的名称等を表示する商標について。

これも現行と同じようなものですが、書きぶりをちょっと変えている、内容的には変わっておりません。

商標が、国内外の地理的名称からなり、事業者の所在地、指定商品の仕向け地・一時保管地若しくは指定役務の提供に際する立ち寄り地等として認識される場合は、本号に該当する。

7. 店名からなる商標について。

商標が、指定役務との関係から、当該役務において多数使用されている店名と認識されることが明らかな場合は、本号に該当する。これも現行と同様です。

8. 店舗又は事務所の形状からなる商標について、これも現行と同じです。

9. 取扱商品の産地等からなる商標について、これも考え方は同じです。

以下は新しいタイプの商標についての記載になっております。

今回、問題の所在の(1)のまた以下のところ、独占適応性の考え方を3条1項6号の判断においてどう考えていくべきかという御指摘を前回いただいておまして、これは今回の改訂にあたり議論すべき事項として具体的には記載していませんが、ここもどういう形で判断していくべきかというのを御議論いただければいいかなと思っております。

説明は以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

同じ3条1項6号に関する事務局案ということでまとめて御説明をいただきましたが、このうちいわゆる標語、キャッチフレーズについては前回、一度御議論いただいておりますので、その御指摘がきちんと反映されているかどうかという観点でごらんいただけますでしょうか。それ以外のところは初出ということですね。

恐らく両方並行して扱いますと議論が混乱しますので、まず標語、キャッチフレーズに関するという資料2-1について御発言のある先生がいらっしゃいましたら先にお願いできますでしょうか。

○本多委員 2-1の3ページの具体的に例としてあげられているものです。2ページから読みますと、商品又は役務の宣伝広告を表示したものとしてみ認識される事情という

ことで①から⑤まであがっておりますが、この⑤というのは、①、②、③、④の中でカバーされているようにも思われるのですが、何かこちらの誘因する記述であることというのは、特別な事例を考慮されて記入されたのでしょうか。

○小塚座長 これはどういう御趣旨でしたか。

○木村商標審査基準室長 宣伝広告として一般的な機能を果たすものとして誘因する記述というのを最後に書かせていただいたのですけれども、確かに御指摘のとおり、②特性や優位性を表すこととか、③品質、特徴を簡潔に表すこととか、こういったものと当然重なり得る部分があると思いますので、もし⑤が特段①から④の中で対応できるという御指摘であれば、⑤を必ず入れないといけないということではないので、これについては検討したいと思います。

○小塚座長 逆に本多先生、何か⑤が不都合だというような御趣旨がありましたでしょうか。

○本多委員 特に不都合ということではないのですが、⑤というものを何か特別に入れられて、上でカバーできない事象をお考えになって入れられたのかどうかということを確認させていただきたかったのです。

○小塚座長 わかりました。ありがとうございます。

どうでしょうね、たしかに商品、役務の説明にも何にもなっていないのだけれども、誘因するという記述がないとは限らないですね。

そのほかいかがでございますか。

○加藤委員 日本弁理士会としましても、3ページの今、本多委員から御指摘があった⑤の部分ですが、商標というのは、商品の購入又は役務の利用を誘因する記述になるように選択するものでございますので、やはり⑤の記述については必要ないのではないかと考えております。

○小塚座長 今のは、積極的に⑤があると弊害があるのではないかと御指摘ですね。本多先生の御発言もそうなのかなと私は思ったのですけれども。

そのほかの先生方、今の点、あるいはその他の点いかがでしょうか。

○林委員 今までの現行の基準に比べますと、2.の(1)のところで、「～のみ認識させる場合には、本号の規定に該当する」、のみならず、「造語等としても認識できる場合には、本号に該当しない」ということが書かれていることと、(2)の冒頭で、「総合的に勘案して判断する」と書いているあたりで、十分に緩和の趣旨は反映されているかなと私などは

思うのですが、それに加えてさらに（イ）①から⑤とか、（ロ）とかこの次のところまでこういった詳細な記載というのは審査基準に必要なのでしょうか。実務的にあったほうがよいのでしょうか。その辺はいかがでしょうか。

○小塚座長 これはむしろほかの委員の先生方の御意見を伺いたいところですね。事務局としてはこういう御提案を一応しているということで、ほかの先生方の御感触はいかがでしょうか。要するに（２）の柱書きで切ってしまうてもいいのではないかという、端的に言うとなんかということですね。これはそれぞれ出願されるお立場、あるいは防衛されるお立場いろいろあると思いますけれども、いかがでございますか。

やはり考慮要素が明示されているほうがやりやすいということか、逆にこれがあると足かせになるということか、どちらでしょうか。特にどちらというご意見もありませんでしょうか。林先生は、現段階では、つまり判例などがたくさんあるわけではないという段階では、余り書き込まなくてもいいのではないかという御趣旨ですか。

○林委員 書き分けてある例も、ある程度抽象的に書かれていますし、先ほどの証拠方法などの実例とはちょっとレベルの違う詳細な書きぶりなので、なくてもいいのかなと個人的な感覚でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

○外川委員 今まで標語とかキャッチフレーズについては、一律にだめそうだというふうに出願人は思っていたわけですから、それに対してこれをある意味で変更しましょうということなので、できるだけ特許庁が認めるようなものについて、あるいは認めないようなものについて明確にしておいたほうがユーザーオリエンテッドといえますか、親切ではないかと思えます。

○小塚座長 ありがとうございます。

これは確かに実務をちょっと変えていくというところはあるわけですね。

特許庁の審査・審判実務としては、やはりこれは基準がとりあえず明確になっていたほうが審査は対応しやすいということですか。

○林第 35 部門上席部門長 審判の立場からすると、限定的というわけではなくて、（例）として、例示だということを明記していただいた上でのものですので、考慮すべきもの、しないものを含めて、例示があったほうが審理においては少なからず指針になりますので、ありがたいなと思えます。

○小塚座長 ありがとうございます。

○半田産業役務上席審査長 審査の立場で申し上げますと、私どもも今、林上席部門長が言われたことと同じでございます。わかりやすさというのが入ってよろしいのではないかと考えております。

○田中委員 この部分は、一定の評価が加わって結論が出る部分でございますので、評価に考慮すべき要素というのが重要になると思われまふ。そういう趣旨において、案では、例示として、評価での考慮要素としてプラスの方向とマイナスの方向のものが整理されていふるので、このような記載自体はあつてよろしいだらうと思ひます。

ただ、先ほどから議論が出ていふとおり、その要素に振り分けることによつて誤解が生じないかという意味において、それぞれ個々の要素につき、それを挙げることの当否については、個別に議論がされてよいであらうと思ひます。

○小塚座長 ありがとうございます。

どうも例示自体はあつたほうが良いのではないかというお声が強ひようですけれども、そうしますと⑤の誘因する記述という部分の取り扱ひ、これについては特に加藤先生、本多敬子先生以外の先生方、御発言はございますでしょうか。

一般的に「誘因する記述」と書くと、確かに商標というのは常に商品・役務の利用を誘因するものだ、とそういう気もいたしますね。

いかがでしょうか。特に御発言がないとしますと、先ほど日本弁理士会としてのお立場、かなり強い立場でおっしゃつたように私は伺ひましたので、⑤はさしあたり取り下げさせていただいて、①から④を残すという形で進めて、また裁判例等が出れば、それに合わせて基準を変えていくということは将来的にはあるかもしれませんが、とりあえず現時点としてはそういう方向が考えられますが、それでよろしいでしょうか。

ありがとうございます。

そのほか、この標語、キャッチフレーズについて何かありますか。

○小川委員 2ページの4の2.の(1)ですが、第2文目のところの2行目で「造語等」というのがあふのです。指摘事項に対する考え方は全部「造語」と書いてあふのですが、ここだけ「造語等」になつていふのですが、この「等」は何をお考えか確認させていただければと思ひます。

○小塚座長 事務局から御説明いただけますでしょうか。

○木村商標審査基準室長 御指摘いただいたのは造語ということですがけれども、この「等」の中には識別力があるようなものとか、いろいろなものが当然入り得るとは思ふので、一応

全部書ききれないので「等」として書いています。ですけれども、具体的に何か入っているかという、基本的なところは造語と考えているのですけれども、それ以外のものも当然あり得るので、造語等として、出所識別として認識されるようなものというのも必ずしも造語には限らないものもあるかと思しますので、そういったものも含まれ得るという、そういう一般的な形で「等」というのを入れております。

○小塚座長 いかがでしょうか、よろしいですか。

○小川委員 具体的なイメージがよくわかりませんが、そういう趣旨だということで、了解します。

○小塚座長 恐らく事務局の意図は、せっきく標語である、キャッチフレーズであるということが何かマジックワードになるという事態を避けたいということをつくったところが、今度は造語というのがマジックワードになってもいけないということで、そういう意味ではない。造語にあたればどうだという、そういう判断をするのではないという気持ちを出したかったということだと思いますが、よろしいでしょうか。

それでは、大体資料2-1については御発言が余りないので、資料2-2のほうはいかがでございましょうか。今の点以外の3条1項6号関係の基準案でございませけれども。特に御意見、御発言等ありますか。先生方どうぞお願いいたします。

○本多委員 言葉の使い方についての質問ですが、こちらの基準たたき台（案）というほうの35ページのところ、3条1項6号で、前号までのほか、識別力のないものというふうにタイトルがなっております。その中で1.として自他商品・役務識別機能が認められない場合にはという使い分けをされておりますが、識別力のないものということと、識別機能が認められない場合という言葉の使い方には何か特に分けて御使用になる意味をお考えになっているのでしょうか。

○小塚座長 何か趣旨がありましたでしょうか。

○木村商標審査基準室長 考え方は同じ使い方になるかと思しますので、そこは単に両方の使い方だけの問題だと思いますので、最終的にはきちんと整理する必要があると思いたすけれども、違う意味合いで使っているということではございません。

○小塚座長 確かに御指摘を受けてみますと、3条2項のほうが今度は使用による識別性とか、これは従来の商標審査基準の文言なわけですがけれども、それも全体の議論が一巡した段階で精査する必要があるかもしれませんね。部分的に修正すると、また部分的にずれが生じますので、ちょっとテイクノートしておいてください。

○本多委員 今おっしゃられたように、一部ずつ見ておりますものですから、言葉の使い方は、その中では理解できるのですけれども、3条全体で拝見いたしますと、どうしてここが違う言葉になっているのかしらと思うところがございますので、まとめましたところでぜひ一度言葉の使い方など統一していただければよりわかりやすいものになるのではないかと思います。よろしく願いいたします。

○小塚座長 ありがとうございます。

ではこれは事務局でテイクノートしておいてください。

そのほかに御発言、御指摘等。

○外川委員 先ほど独占適応性の考え方を本号の判断においてどのように取り扱うべきか検討すべきではないかという御指摘があったので、全体に常に識別力で大体統一されているというのはわかっているのですけれども、最高裁のワイキキ事件は、配付資料には出ていないのですが、5ページ目の下のほうの知財高判平成25年1月10日の下線が引いてある部分がほぼ同じ文言だと思います。「識別力のない商標は、特定人による独占使用を認めるのを公益上適当としないものであるとともに、」とまず独占適応性のほうが先に出てきて、それから、「一般的に使用される標章であって」と続く。そのあとワイキキ事件裁判は「多くの場合」という単語が入っているのですね、知財高裁はそれを省略しているわけです。ワイキキ事件裁判は、「独占適応性がない、それは多くの場合は識別力がないよね」といっているだけのようにも読めるのだけれども、つまりワイキキの最高裁がどっちの立場に立っているか、あるいは選択式ではないと思いますが、そうすると独占適応性という考え方は、審査基準の中にある程度は入れておかないとまずいのではないかな。いつも「多くの場合」がひっかかっている、識別力が付録のように書いてあるワイキキ事件の最高裁の判決とどう整合をとるかというのは、多分知財高裁は「多くの場合」という文言を邪魔だからとっていると思うのですけれども、ワイキキ事件はあくまでも3条1項3号の判例ですよということになります。1号から5号までは例示だ、6号が包括なんだというふうな考え方もあるわけで、そうすると独占適応性の考え方は少し出てきたほうがよいのではないかなと思います。本当は3条2項のほうでも言いたかったのですが、やめたのですけれども、少し入れたほうがよいのではないかな。ただ、固執していません。固執していませんけれども、こういう考え方の中で最高裁の判決が一応あるので、それについては少し配慮したほうがよいのではないかな。あれは判例的意味がないというのなら、それはまた別論ですけれども、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。

この点についてはいかがでしょうか。事務局としても考慮していないわけではないと思いますが、先生方、御発言、御意見等ございましたら。

○小川委員 ワイキキ事件というのは最高裁で出されたものですが、3条1項3号に関する判決と承知をいたしております。きょう、事務局で御紹介いただいている5ページ目の知財高裁の判決は3条1項6号の判決です。この3条1項6号に関する知財高裁の判決をよく見ると、ワイキキ判決と書き方が大分違う。アンダーラインのところでも、「識別力のない商標は、特定人によるその独占使用を認めるのを公益上適当としない」とされており、いわゆる識別力のない商標イコール独占適応性がないというような書きぶりになっていますので、大分違うなという印象があります。

それから、3条1項6号に関しては、条文の書きぶりから見て、自他商品の識別性のことしかいっていないという考え方がありますし、それから、その一方で、3条1項3号の類推で独占適応性という考え方が6号にもあるのではないかという考え方と、両説あるということは承知をいたしておりますが、こういう判決を見ても、どちらが有力説とか、どちらが多数説とかということについては、私は承知しておりません。少し独占適応性の考え方を書き込むということについては慎重にあるべきではないかなと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほかの先生方の御意見いかがでしょうか。外川先生が御指摘になりましたが、「多くの場合」というのが、裁判判決の表現として入ったり入らなかったりする、そのあたりをどう考えるのか、ときどき判決というのはそういうところもありますので、「特段の事情がない限り」というのがあつたりなかったりするとか、そのあたりをどう考えるかということもあります。委員の先生方の御意見、あるいは方向感のようなものはありますでしょうか。

○本多委員 質問でございますが、3条1項6号の規定ぶりから独占適応性云々ということを経験の中に入れるということは適当と考えて、可能ということによろしいのでしょうか。

○小塚座長 御質問ありがとうございます。

外川先生の御提案は、基準の中で、端的に申し上げると、特定人による独占使用を認めることが適当でない場合には、本号に該当するというような、そういうことを書くということでしたか。

○外川委員 そんなに固執していません。ただ、識別力が認められないということと並列して少しは触れたほうがいいのではないかとただでございまして、書きぶりは6号も、それから、2項も、みんな識別力で書いていますから、文理解釈上はそのとおりでいいと思うのですけれども、ただ、考え方としてはアメリカ法の「独占適応性」の考え方もあるし、ドイツ法の「自由使用保障の要請」というものもありますから、そういう意味では比較法的にはそっちで説明するほうがむしろ普通ではないかと思っているので、少し触れたらどうですかというだけで、本多先生のおっしゃる書きぶりから読めるかといわれるのは、解釈論としては成立するけれども、文理上は何も書いてないというのはそのとおりだと思います。

○小塚座長 ありがとうございます。

これは一委員としての発言ですけれども、私も独占適応性というのは基準の内容として書きますと、例えば特定人に独占させることが望ましいかどうかというのを審査官が判断をしなければいけない。あるいは審判にいて審判官が判断をしなければいけない。それができるかという、そこはまた非常に難しいところがあるのではないかと。裁判所とか、あるいは公正取引委員会とかがそれなりの資料収集手段を使って判断するのと少し違うところがあるかなと思うのです。

ですから、規定の趣旨を説明するときにそういう考え方をに入れていく。これは裁判所もそういうことを言ったものもあり、この規定の説明をするときに、その観点というのは非常に貴重なものだと思いますが、基準として書き起こせるかという、そこは少し逐条解説とは違うかなというのが、一委員としての私の印象なので、最終的に事務局もそのあたりを考慮されてこういう御提案になっているのではないかなと思いますけれども、そのほかの先生方いかがですか。

○林委員 何度もお尋ねがあるので、お答えします。やはり私も外川先生の御趣旨とかお考えもよく理解するところですが、座長がおっしゃるとおり、ここの基準で、では独占適応性についての解釈を書くかとなると、またそれはそれで書きぶりも難しいところではないかと思います。今回、今まで全くそういった総論的な部分がなかったものを、このように1. で冒頭で入れるということがまずは第一歩かなと考えております。

○小塚座長 ありがとうございます。

ほかの条文、まだ議論してない規定もたくさんありますけれども、ほかの部分を見ましても、審査基準は余り趣旨のようなことを説明する記述がないのですね。

○外川委員 要はそんなに固執していません。議論しようとして書いてあるので申し上げただけで、そちらの総意で結構でございます。

○小塚座長 ありがとうございます。

むしろこの場でこういう議論がなされたということ自体が、この議事録も、公開されるわけですから、こういう場で議論がなされたということ自体も一つ意味があるかなと思いますので、基準の案文自体としては、それでは、事務局案のような形で、この点については進めさせていただきますでしょうか。

そのほか、この資料2-2で掲げられている問題について、地模様、単位、言語等々ありますが。

○加藤委員 4ページの3.の3.の地模様について質問いたします。

地模様について（例えば、模様のなものの連続反復するもの）というふうに説明がされています。これは本号に該当する、原則として。ただしと書かれていて、地模様と認識される場合であっても……の事情があれば考慮するというふうになっています。

この手の出願がされるときの商標登録を受けようとする商標の記載なんですけれども、例えば6ページの（ハ）のトランプの事件ですと、トランプの形状といいますか、それがそのまま商標登録を受けようとする商標のところに願書に記載されるわけなんですけれども、その下の（ニ）の伊勢丹のようないわゆる地模様の場合には、あの8センチ掛ける8センチなり、15センチ掛ける15センチの枠いっぱいを使ってこの模様が表されることがあります。そういたしますと、たとえ地模様と認識される場合であっても、その構成において特徴的な形態が見いだされる等の事情があれば、本号の判断において考慮する。すなわち登録される可能性があるということになりますと、この4月から新しく入ってきました色彩のみからなる商標との関係はどのようにとらえればいいのか、地模様のようなものについての出願の仕方というところが、この審査基準ですと不明瞭かなと思うのですが、教えていただけますでしょうか。

○小塚座長 いかがですか。地模様が商標と認められる、登録が受けられる場合と、枠のない色彩の商標の関係ですね、いかがですか。

○木村商標審査基準室長 まず今回入れましたこの記載につきましては、伊勢丹のケース、あるいはトランプの模様に関する裁判例を踏まえて、一定の範囲で地模様であっても登録可能性はあるというのをまず明記したというのが一番大きいところになります。

その上で、今回4月1日から新しいタイプの商標ということで色彩のみからなる商標、

これは色彩のみからなる商標の場合には輪郭がありませんので、当然広がり得る、形状が限定されてない、そういうことになるのですけれども、いずれにしましても、色彩のみからなる商標については3条1項3号、あるいは3条1項6号の適用において使用の実態を見ていくというのが現行の審査基準になっていると思いますので、それが使用の実態によって識別力が獲得されているというのが判断できれば登録可能性ありということなので、今回、図形的な地模様とどういう関係があるのかというのは、なかなかこの説明は難しいのですけれども、色彩のみからなる商標については、基本的には使用の実態を見て、地模様のものがどういうふうに使われているのかを見て判断をしていくということで、基準上も明確になっていると思いますので、ですから、あとは出願人の方が色で取りたいのか、既存の図形商標的なもので取りたいのかという、そういう判断になってくるのかなと思います。

○加藤委員 日本弁理士会としてとても気にしておりますのは、この4月以降に、地模様を普通の商標出願として出願した場合に、仮に登録が認められた場合、その登録された商標というのが、こういういわゆる四角い図形の商標なのか、それとも連続した地模様としての登録になるのか、不使用取消審判を起こされたときに、どのような証明を果たせば、4月以降の地模様の商標登録の使用にあたるのかというところがなぞになっております。

先ほどの(ハ)のトランプのケースであれば、トランプの使用を出せばいいのはわかるのですが、伊勢丹の場合、この四角い伊勢丹の色のチェックがぼんどどこかバックに使われているというものが使用になるのか、それとも紙袋を出せば、それが使用になるのかというところはちょっと疑問に感じています。審査基準に書き表せないことは重々承知しているのですが、申しわけありません。

○小塚座長 ありがとうございます。

これは確かに要するに色の商標みたいなものが入ってくる前は、地模様で図形商標を取ることがその代替的な意味を持つという面はあったのだと思うのですね。そうしますと新しい商標というものが制度的に位置づけられたときにどうするのか。本来であれば図形商標と色の商標は効力の範囲が違うのは明らかですから、制度が整備されたときに、その効力というものをどういうふうに見ていくかという問題だと思います。これは審査の問題とは違いますが、なかなか重い御指摘ですね。それは特許庁のほうでも御検討いただくということで、しかし、審査基準のさしあたりの策定については、この書き方はこの書き方で、だから地模様について言及しないということではない。弁理士会としてもそれで

よろしゅうございますね。

地模様についての言及を3条1項6号から削除してほしいという御指摘ではないということでございますか。それでよろしいですね。

○加藤委員 削除という強い希望ではないのですが、何か誤解を招く表現はなるべく避けていただけたらと思っております。

○小塚座長 ありがとうございます。

しかし、地模様についても図形商標が取れることは間違いありません。それが取れなくなるということではないですね、新しい商標が入ったということ。そういう意味では、これがあることについて誤解を招くわけではないですが、むしろ従来やや便法的に行われてきたことが、この機会に厳しくなるのかという御指摘だと思いますので、それはまた別途特許庁で御検討いただけますでしょうか。

○林委員 この地模様のところ、従来は「地模様のみからなるものは本号の規定に該当する。」だったのですが、今回は3. のところで「地模様からなる商標について」というふうになって、「のみ」をとってしまったのは何か理由があるのでしょうか。2. の方はいわゆるキャッチフレーズという言葉を使っていませんけれども、「～のみからなる商標」についてというようなタイトルになっているのですが。

○小塚座長 ありがとうございます。

何か事務局のほうから御説明がありますか。

恐らく地模様のみというとらえ方自体が少し変わっているのですね、地模様と認識されるかどうかということで今回の基準は書いていますので、もともと地模様のみかどうかという見方が余り適切ではないという趣旨ではないかと思えますけれども、そうではないですか、事務局のほうでは。

○木村商標審査基準室長 座長御指摘のとおり、地模様として認識されるかどうかという観点を中心に書きあらわしているところになります。

○小塚座長 新しい基準を見ますと、ただし書きで地模様と認識される場合であっても、特徴的な形態が見いだされればというのが加わっていますので、この特徴的な形態が見いだされない地模様と認識されるだけの場合のことが従来の地模様のみというふうになれば、一応本文には対応しているということだと思いますが、「のみ」かどうかという事実の判断から、地模様と認識されるというふうにより少し視点が変わっているということ、それに伴う表現の置きかえではないかと思えますけれども。

○林委員 それで基準として機能するのであれば、もうこれ以上申し上げることはないのですけれども、キャッチフレーズのほうは、これだけ長文で基準を示したのに対して、それ以下の部分は結構シンプルに書かれているので、バランス的にどうなのかなというのがある。あって、最初のキャッチフレーズのところで申し上げたのですけれども、地模様の実務の観点から、これで大丈夫だということであるかどうかというのが私の質問です。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、本件の取り扱いはこういうことでしょうか。

まず資料2-1については、標語、キャッチフレーズに関しては2回目の議論で、先ほども特に御異論がないということでしたので、これでお認めいただいたという扱いにさせていただき、資料2-2は初出ですので、しかし大きな方向感としてきょう、特に御異論はなかった。あと表現ぶりの精粗、特に資料2-1との対比において、精粗というあたりをもう一度事務局で検討していただいて、資料2-2の部分に限って次回にでも最終的な文案を御提案する、ただ、大きな方向感はお認めいただいたということで、表現ぶりだけについて留保させていただく、こういうことでよろしいでしょうか。

○本多委員 すみません、後出しのようで。先ほど林委員がおっしゃられたように、確かに地模様についてですが、四角の枠で商標見本として出された場合に、地模様からなる、地模様かどうかというの使用態様を見なければわからないわけで、その枠で出されたものが図形商標なのか、地模様なのかというのは、まずその最初から判断してしまっている書きぶりは、キャッチフレーズのときと同じような対応になっているかと思っておりますので、ぜひこの点、御考慮いただけたらと思います。

○小塚座長 わかりました。それでは、地模様かどうかという入り口論にならないようにということで、加藤先生の御懸念とも関わるかもしれませんので、そこは事務局で持ち帰ってください。

今申し上げましたようなことでよろしいですか。

資料2-1については御承認いただいた。

資料2-2については、特に地模様の部分ですが、その他も含めて表現ぶりを御検討いただく。ただ、例えば地模様についても、地模様と認識される場合と、それ以上のプラスアルファの部分が認められる場合とで本文、ただし書きとを分けるという、こういう基本的な方向感についてはおおむね御支持いただいているということでしょうか。それ以下の元号その他についてもよろしゅうございますか。

ありがとうございます。

それでは、表現ぶりについて事務局でもう一度持ち帰って次回以降にお出しするという  
ことにさせていただきたいと思います。

#### 4. 普通名称、慣用商標の商標審査基準について

○小塚座長 ちょっと時間が押しておりますが、資料3-1、3-2についても事務局から御説明いただけますでしょうか。

○木村商標審査基準室長 それでは、普通名称、慣用商標の商標審査基準について御説明いたします。資料3-1になります。

普通名称の商標審査基準について（案）ですけれども、1. 現行審査基準の概要ですけれども、「普通名称」を取引界においてその商品又は役務の一般的な名称であると認識されるに至ったものと定義し、その具体的な事例を記載するとともに、「普通に用いられる方法で表示する標章」に該当する基準について記載している。

審査基準改訂の方向性ですけれども、（1）本号に該当する普通名称（略称及び俗称を含む）の事例について、現状に合わせた新たな事例に差し替えを行うべきではないか。

（2）「普通に用いられる方法で表示する標章」に該当するか否かについて、より具体的な判断基準を示すことはできないか。

（3）これは今回、新しいタイプの商標についてまとめたものですが、3条1項2号、3号、4号、6号に同じような記載がいろいろばらばらに書いてあるところもありますので、これらをまとめて3条1項全体の欄に内容を変えずに記載してはどうか。これは事務局の提案になります。ここはまだ具体的な提案までは至ってないのですけれども、これを今検討しています。

改訂イメージですけれども、（1）（イ）「商品又は役務の普通名称」とは、取引者において、その商品又は役務の一般的な名称（略称及び俗称等を含む）であると認識されるに至っているものをいう。

例示ですけれども、「さんぴん茶」に商品「さんぴん茶」。

「ういろう」で商品「ういろう」。

「サニーレタス」で商品「サニーレタス」。

「スマートフォン」で商品「個人用の携帯コンピュータの機能を併せ持った携帯電話機」。

次は「商品又は役務の普通名称の略称」と認められる例ですけれども、「スマホ」で商品が「個人用の携帯コンピュータの機能を併せ持った携帯電話機」ということと、次のページの「アルミ」、「パソコン」、「損保」、「空輸」、「波の花」は現行の基準に書いてあるものをそのまま引用しております。

(2) ですけれども、「普通に用いられる方法で表示する標章」ですが、(イ) 商品又は役務の取引の実情を十分に考慮し、その標章の表示の態様（書体や全体の構成等）が、取引者において普通に使用する範囲にとどまらない特殊なものである場合には、本号における「普通に用いられる方法で表示する標章」には該当しない。

例示を書いてありまして、「普通に用いられる方法で表示する標章」と認められる例としましては、商品又は役務の普通名称を単にローマ字又は仮名文字で表示するもの。それから、既存のフォントで表示するもの及び文字にレタリングを施して表示するもの、こういったものを書いてあります。

逆に「普通に用いられる方法で表示する標章」とは認められない例としましては、取引者において一般的に使用されていない漢字（当て字）で表示するようなもの。取引者において普通に使用する範囲にとどまらない特殊な態様で表示するようなものをあげております。

(3) 「のみからなる」ですけれども、ここは普通に用いられる方法で表示された普通名称に、他の文字や図形等と結合している場合には、本号に該当しないという形にしております。

次は資料3-2をごらんください。慣用商標になります。

現行審査基準の概要ですけれども、本号に該当する「慣用されている商標」について、同種類の商品又は役務について同業者間において普通に使用されるに至った結果、自己の商品又は役務と識別することができなくなった商標と定義し、その具体的な事例を記載しております。

改訂の方向性ですけれども、(1) 本号に該当する慣用されている商標の事例について、現状に合わせて新たな事例に差し替えを行うべきではないか。

(2) ですけれども、新しいタイプの商標については、まとめて3条1項全体の欄に記載してはどうか。

改訂イメージですけれども、(1) の(イ)「商品又は役務について慣用されている商標」とは、同業者間において一般的に使用されるに至った結果、自己の商品又は役務と他人の



商品又は役務とを識別することができなくなった商標をいう。

例としましては（１）文字や図形等からなる商標としまして「幕の内」、商品が「弁当」。

「ちんすこう」、これは商品「焼きあげたお菓子」。

「純正」「純正部品」につきましては、「自動車の部品、付属品」。

「政宗」「清酒」、「オランダ船」の図形として「カステラ」。

「かきやま」で「あられ」という形になっています。

色彩のみからなる商標と音商標については現行の基準をそのまま引用しております。

以上になります。

○小塚座長 ありがとうございます。

これもたたき台（案）参考資料１の 31 ページ以下にも同じ内容があります。同内容ですが、資料 3-1、3-2 をごらんいただければと思います。

それでは、時間が押していますけれども、御発言のある先生方どうぞお願いをいたします。

現行基準を大きく変えているわけではありません。

○小川委員 細かいところが幾つかあるのですが、3. の改訂イメージで（イ）「『商品又は役務の普通名称』とは取引者において・・・」とありますが、これは従来の現行基準は取引界になっていました。それから、隣の頁の逐条解説も取引界となっているのですが、取引界でなく取引者にした意味は何か特別におありでしょうかというのがまず第 1 点です。

それから、いろんな普通名称の例が書いてあって、苦勞して例を書かれたな、省令別表で表示する個別表示でいいのになと思うのですが。これはこれで誤りではありませんが。また、一番下で、普通名称の略称とっているのに、「個人用の携帯コンピュータの機能を併せ持った携帯電話機」の略称が「スマホ」と言われると違和感があります。普通名称の略称ですし、スマートフォンは普通名称と認めているわけなので、ここは、商品は「スマートフォン」でいいのではないかと思いました。「スマートフォン」の略称が「スマホ」ということです。

それから、もう 1 点、2 ページ目の（２）（イ）の例のところ、「普通に用いられる方法で表示する標章」と認められる例。「商品又は役務の普通名称を単にローマ字又は仮名文字で表示するもの」とありますが、これはここではなくて（１）ではないか。そもそもこれは商品・役務の普通名称の中で書くべきものではないか。普通名称には、略称とか俗称、別称、通称みんな入るわけですから、普通名称を単にローマ字、片仮名で表したのもも普

通名称そのものだろうと思いますので、(2)ではなくて(1)であるような気がします。御検討いただければと思います。

以上です。

○小塚座長 ありがとうございます。

何か事務局から御回答ございますか。特に取引者、取引界とか。

○木村商標審査基準室長 逐条等においては取引界となっているのですが、今回、特段強い意思があって書いているわけではないのですが、一応取引者のほうがわかりやすい表示なのかなということで取引者という形にしております。ただ、概念がちょっと変わるということであれば、そこはこちらのほうでもう一度検討いたします。

あと具体的な事例につきましても、今、ふさわしい事例等を検討しているところになりますので、ここは随時最終的には見直しをしていくということになります。

あとは普通名称を単にローマ字又は片仮名で表示するようなものの扱いについては、こちらのほうでもう一度検討いたします。

○小塚座長 ありがとうございます。

そのほか。

○本多委員 資料3-1の2ページの(2)「普通に用いられる方法で表示する標章」の部分で、文字にレタリングを施して表示するものと記載がございます。レタリングという言葉が今かなり広く使用されているようでございまして、かなりデザイン化されたもの、特定の文字というよりは、デザインをした文字というような意味合いでも認識されているような事情があるように理解しております。その場合に、レタリングというだけのもので普通に用いられる方法といった例にあげてしまっているのかどうかというのをちょっと心配しております。

○小塚座長 ありがとうございます。

これは事務局で持ち帰って御検討ください。

そのほか御指摘ございますでしょうか。

○加藤委員 私も2ページの(2)の(例)のところなんですけれども、これは普通名称を「普通に用いられる方法で表示する標章」の普通に用いられる方法で表示する標章と認められない例だと思うのですが、その取引者において一般的に使用されていない漢字(当て字)で表示するものとあるのですが、これは全体として普通名称ではないように思うのですが、この表示は、この例で正しいのでしょうか。

○小塚座長 先ほどの小川先生の御指摘ともつながるのですけれども、これは事務局案の意図は、普通名称は言葉としての例えばスマホとか、損保とかいうものが普通名称で、その表現として例えばスマホについてスマホと漢字をあてるというような、これは明らかに当て字なわけですが、それはスマホという言葉は普通名称だけれども、表示の方法が普通に用いられる方法ではない。小川先生の御指摘の点を私は誤解しているかもしれませんが、例えば損保というのは、漢字で書いた損保というのがこれが普通名称の著名な略称ですけれども、「そんぼ」というふうに仮名文字で書くと、これは普通名称の略称ではないように見えますが、表記の仕方としてはそれでも普通に用いられるに含まれるという、そういう趣旨でお書きなのではないかと思ったのですけれども、これは私の推測ですので、事務局の意図が違うということであればあれですけれども。

○木村商標審査基準室長 これは条文を分断して普通名称かどうか、それから、普通に用いられる方法で表示する標章かどうかと分けて書いていますので、そういう意味ではわかりにくくなっている部分があると思いますので、確かに御指摘の、関連性も含めてもう1回、こちらでそこは精査いたします。

○小塚座長 普通名称という言葉の概念みたいなところもありますけれども、項目ごとにしたほうがわかりやすいことはわかりやすいと思います。

そのほかに御指摘ございますでしょうか。3-2の慣用商標のほうもよろしいですか。

○小川委員 3-2の慣用商標の下のほうに例が並んでいるのですが、例が幾つかこれでいいのかなというのがあるのですが、例えば「幕の内」商品「弁当」。すべての弁当について「幕の内」は慣用商標ではない。幕の内弁当というのは、白いごはんに複数の種類のおかずを組み合わせる弁当を幕の内弁当というので、弁当すべてについて幕の内が慣用商標だといわれるとちょっと抵抗がある。恐らくこういう出願が出てくると、審査官は3条1項2号と4条1項16号と両方書くのではないかなと思いますので、ここの商品のほうは工夫したほうがいいのではないかなと思いました。

同じように次の「ちんすこう」もそうですね。「砂糖とラードと小麦粉をこね合わせて木型で抜き取り、焼き上げた菓子」、「ちんすこう」というと沖縄の伝統菓子ですから、こういう原材料でこういう製法の焼き菓子、かつ沖縄でつくられたものが「ちんすこう」で、同じような原材料で同じ製法の焼き菓子を北海道でつくって「ちんすこう」というのかよくわからないのですけれども。そもそも「ちんすこう」の例がいいのかどうかも含めて御検討いただければなと思いました。

○小塚座長 ありがとうございます。

具体例については御検討いただくとして、そろそろ時間ですが、問題点の御指摘を承っておいたほうが良いと思いますので、何か大きな問題点はありますか。

○加藤委員 3条2項の慣用商標の具体例としてあげられている例が古いという指摘があり、変えたという経緯があったかと思うのですけれども、日本弁理士会の中からは、消えた例、要するに古いといわれた例は、そうするともう慣用商標ではなくなったのかというような指摘がありましたので、ちょっとその点だけつけ加えさせていただきます。

○小塚座長 いかがですか。

○木村商標審査基準室長 例示から削除されたからといって解釈が別に変まっているわけではないので、単に事例を差し替えているだけですので、その瞬間に慣用商標でなくなったということでは多分ないと思います。

○小塚座長 今の答えを確認できればよろしいですね。

○加藤委員 はい。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、この普通名称、慣用商標につきましては御意見を承ったということで、ただ、大きな御異論があったというよりは、個別的なところで御指摘があったということですので、また事務局で検討していただくということでございます。

私の不手際で時間を延長しておりまして申しわけございません。

それでは、本日の議事内容については以上ということでございまして、次回のスケジュールについて最後に御案内をいただけますでしょうか。

○木村商標審査基準室長 次回のスケジュールについて御説明いたします。

次回、第14回商標審査基準ワーキンググループは12月24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申し上げます。

○小塚座長 ありがとうございます。

それでは、以上をもちまして本日、第13回のワーキンググループを閉会といたします。どうも時間を延長いたしまして失礼いたしました。

## 5. 閉 会