

「商標審査基準」改訂案（平成26年特許法等の一部改正対応等）に対する意見書

2015年（平成27年）1月23日

日本弁護士連合会

特許法等の一部を改正する法律（平成26年法律第36号）により、新しいタイプの商標（音商標、色彩のみからなる商標、動き商標、ホログラム商標及び位置商標）の登録のための要件、国際機関の標章に関する登録要件及び地域団体商標の周知性の要件が新たに追加されたことに伴い、平成26年12月25日に意見募集が開始された「商標審査基準」の改訂案（以下「改訂案」という。）について、当連合会は以下のとおり意見を述べる。

意見の趣旨

1 新しいタイプの商標について

(1) 全般

改訂案の基本的な考え方、方向性に賛成する。

しかし、新しいタイプの商標については、改訂案作成の時点で未だ審査が開始されていないこともあって、今後、疑問点や審査基準の適用に当たって不明確な点が出てくることが予想される。したがって、これらの新しいタイプの商標における商標の特定、識別力、類否等の各論点について、今後の実務・運用の集積を待って、諸外国の例も参考にしつつ、審査基準の更なる明確化や適切な具体例の追加がなされることを要望する。

(2) 新しいタイプの商標の各タイプについて

基本的な考え方に賛成する。ただし、類否について挙げられた例については、更に検討を要するものがある。

2 国際機関の標章に関する登録要件（商標法第4条第1項3号関係）について 改訂案の示す基本的な考え方及び判断における考慮要素について賛成する。

3 地域団体商標（商標法第7条の2第1項柱書）に規定する「需要者の間に広く認識されているとき」（周知性）の要件について

商品又は役務の特性に応じた類型化、周知性要件の基準の緩和について、改訂案の基本的な考え方に賛成する。

意見の理由

1 新しいタイプの商標について

(1) 全体の構成について

改訂案 1 頁以下において、「第 3 条第 1 項全体」との表題の下に、新しいタイプの商標について、どのような場合に自他商品役務の識別力を有するかについての基本的な考え方が示されたことを評価する。

なお、改訂案は、条文ごとの記載の中に新しいタイプの商標の各タイプについての記載を埋め込む形式となっているが、新しいタイプの商標の審査の基準について統一的な理解を容易にするために、今後の課題として、商標のタイプごとにまとめて横断的に識別力、商標の特定、類否等の事項を記述する形式の審査基準又は審査基準の解説を作成することも考慮に値するのではないか。

以下では、「動き商標」、「ホログラム商標」、「色彩のみからなる商標」、「音商標」及び「位置商標」の順で、新しい商標のタイプごとにまとめて意見を述べる。

(2) 動き商標について

- ① 自他商品・役務の識別力（以下単に「識別力」という。）についての基本的考え方（第 3 条第 1 項関係，改訂案 1 頁・3 項）

改訂案に賛成する。

- ② 動き商標の特定について（第 3 条第 1 項柱書関係，改訂案 9 頁・8 項）

改訂案 9 頁・8 項(1)に示された動き商標と認められない例，10 頁・(2)に示された動き商標と認められる例は，いずれも例示として妥当なものと考ええる。

- ③ 商標自体の識別力について（第 3 条第 1 項第 1 号ないし第 6 号関係，改訂案 22 頁ないし 35 頁）

改訂案 22 頁・5 項(1)，(2)は，第 3 条第 1 項第 1 号に「原則として」該当する場合を説明しているが，どのようなものが「例外」に当たるのかについて具体例が示されていない。同様の「原則として」との記述が，第 3 条第 1 項第 2 号ないし第 6 号に関してもみられる。これらについては，今後の実務，運用の集積を待つて具体例を追加するなどして，より分かりやすいものとするよう要望する。

- ④ 使用による識別性について（第 3 条第 2 項関係）（改訂案 38 頁・4 項）

改訂案 38 頁・4 項では，第 3 条第 2 項の使用による識別性に関して，出願商標と使用商標の同一性についての判断基準を示しており，同一性の認められる場合と認められない場合のそれぞれの説明は，妥当なものと考ええるが，今後の実務，運用の集積を待つて，適切な具体例が追加されることを要望す

る。

⑤ 類否について（改訂案60頁・14項）

改訂案60頁・14項の(1)で示された動き商標の類否についての基本的な考え方は、妥当であり、賛成する。また、(2)で「原則として、動きそのものについて、独立して自他商品の役務の識別標識としての機能を果たしうる部分（以下「要部」という。）として抽出することはしない。」とされている点についても、「動きそのもの」は商標の構成ではないから、要部とは考えないというルールに賛成する。動き商標相互の類否に関して、(3)の原則類似となる場合の摘示及び(4)の原則非類似となる場合の摘示も妥当と考える。

しかし、軌跡が線で表されることで標章を形成する動き商標と文字商標又は図形商標との類否について、原則類似となる場合として示された具体例(5)は、動きの軌跡が線で表されることにより形成される標章（Sun）が識別機能を認められることを前提としており、また、原則類似となる場合として示された具体例(6)も、動き商標を構成する文字や図形等の標章（人が乗った自動車）が識別力を有し、かつ、軌跡が線で表されることで形成される標章（Sun）も識別力を認められること前提としているが、図示された「Sun」や「人の乗った自動車」が上記前提を表すうえで適切な例であるかは疑問である。具体例(5)(6)は、説明文を丁寧に読まないで、原則類似とされる理由がただちに理解できるとはいえないので、具体例の図をより分かりやすいものに差し替えることも考慮に値するのではないか。

⑥ 動き商標として特定するための願書の記載等について（第5条関係、改訂案84頁ないし86頁）

86頁・(ロ)に動き商標を特定するものとは認められないとして挙げられた例①、②については、実務の運用・集積を待って、適切な具体例が分かりやすく摘示されるのが望ましい。

(3) ホログラム商標について

① 識別力についての基本的考え方（第3条第1項全般、改訂案1頁・4項）
改訂案に賛成する。

② ホログラム商標の特定について（第3条第1項柱書関係、改訂案11頁）

改訂案11頁・9項(1)に示されたホログラム商標と認められない例、ホログラムと認められる例の説明は、いずれも例示として妥当なものとする。

③ 商標自体の識別力について（第3条第1項第1号ないし第6号関係、改訂案22頁・5項(1)、(3)）

改訂案 22 頁・5 項(1), (3)には、「原則として」とあるが、どのようなものが「例外」に当たるのかについて具体例が示されていない。同様の「原則として」との記述が、第 3 条第 1 項第 2 号ないし第 6 号に関してもみられる。これらについては、今後の実務、運用の集積を待って具体例を追加するなどして、より分かりやすいものとするよう要望する。

④ 使用による識別性について（第 3 条第 2 項関係）（改訂案 38 頁・5 項）

改訂案 38 頁・5 項では、第 3 条第 2 項の使用による識別性に関して、出願商標と使用商標の同一性についての判断基準を示しており、同一性の認められる場合と認められない場合のそれぞれの説明は妥当なものとするが、今後の実務、運用の集積を待って、適切な具体例が追加されることを要望する。

⑤ 類否について（第 4 条第 1 項第 11 号関係，改訂案 62 頁・15 項）

改訂案 62 頁・1 項(1)～(3)に示されたホログラム商標の類否についての考え方は基本的に妥当であり、賛成する。63 頁・(4)の 1 つの単語，熟語等が複数の表示面に分割された場合の考え方，具体例の摘示についても妥当と考える。

「原則として類似する」場合として示された 64 頁・(5)の例は、「特段の意味を有しない造語等の標章が複数の表示面にそれぞれ表され，各表示面の標章の商標全体に占める割合が低くない等，複数表示面の標章を分離して観察することが取引上不自然であると思われるほど不可分的に結合しているとはいえない」ことが原則類似とする理由となっているものと思われるが，分かりにくいので，例えば，図の下にカッコ書きで「「HBG」と「カタニ」は不可分的に結合しているとはいえない」などの短い説明を付加することを考慮してはどうか。いずれにしても，ホログラムなどの新しいタイプの商標については，既存の商標の場合よりも一層分かりやすい説明があることが望ましい。

⑥ ホログラム商標として特定するための願書の記載等について（第 5 条関係，改訂案 87 頁）

87 頁・(ロ)に動き商標を特定するものとは認められないとして挙げられた例①，②については，実務の運用・集積を待って，適切な具体例が分かりやすく摘示されるよう要望する。

(4) 色彩のみからなる商標について

① 総論

改訂案全体を概観すると、「色彩のみからなる商標」は、原則として識別力がなく、登録は第3条第2項の使用による識別力を獲得したものに限られるという前提がとられていることがうかがわれ、この前提については賛成である。改訂案の立場は、小委員会の報告書において、色彩のみからなる商標については第3条第2項による使用の前提がなければ識別力は認められないとの指摘がされていたこととも整合している。

しかし、色彩のみからなる商標について、単色の出願と位置を特定した出願の2通りを認めたことにより、全体を通じて、「色彩のみからなる商標」で位置を特定した場合と、「位置商標」との違いが分かりにくくなっている。具体例も同じような例（ナイフやゴルフバッグの例）を示しているため、両者を比較したときの相違点、メリット・デメリット、出願に際し注意すべきこと等について、説明があることが望ましいと考える。

② 識別力についての基本的考え方（第3条第1項全体、改訂案2頁・5項）

商標法第3条第1項の登録要件についての基本的な考え方として、「色彩を組み合わせる商標については、商標全体として考察するものとする」としている点は妥当である。

同(2)の「色彩を付する位置を特定したものについては、その位置は考慮せず、色彩が商標登録の要件を満たすかどうかにつき考察する」という点については、位置商標と区別する趣旨であると思われるが、「色彩のみからなる商標」で位置を特定する場合と、位置商標との違いについて、端的な説明があると分かりやすいと考える。

③ 色彩のみからなる商標の特定について（第3条第1項柱書関係、改訂案13頁・10項）

改訂案13頁・10項の基本的な考え方を支持する。なお、改訂案13頁ないし14頁で「色彩のみからなる商標」と認められる場合として挙げられた例では、詳細な説明の記載における色の表現方法としてRGB法が使われている。詳細な説明の方法として、RGB法やカラーコード（PANTONE等）を利用するのが簡明かつ明確なのであれば、その旨の説明があった方が分かりやすいと思われる。

また、改訂案13頁ないし16頁には、色彩のみからなる商標の願書の記載方法が例示されているが、ここでは、①商標登録を受けようとする商標に色彩のみを記載する方法と、②商標登録を受けようとする商標に色彩の商品等における位置が特定できるように記載する方法の2通りの方法を認めるこ

と、②の方法による場合には「位置商標」との違いを意識する必要があることを明確に説明する方が分かりやすいと思われる。

- ④ 商標自体の識別力について（第3条第1項各号関係，改訂案27頁，34頁）

第3条第1項第3号該当性について，改訂案27頁・15項(1)(イ)ないし(ハ)の例は概ね妥当と思われるが，(ニ)の冷蔵庫についての「黄色」，(ホ)のコップについての「縦のストライプからなる黄色・緑色・赤色」は，普通に用いられる方法で表示する標章のみからなる例として適切かどうか疑問がある。

第3条第1項第6号該当性について，改訂案34頁・10項は，第3号に該当するもの以外は，原則として，本号（6号）の規定に該当するものとする，と説明しているが，より分かりやすく，色彩のみからなる商標は，原則として識別力がないこと，登録は第3条第2項の使用による識別力を獲得したものに限られる点を端的に示した方が明確ではないかと考える。

- ⑤ 使用による識別性について（第3条第2項関係，改訂案39頁）

第3条第2項の使用による識別性に関わる出願商標と使用商標の同一性については，改訂案39頁・6項(1)で同一性が認められるものが文章で説明されているが，色の商標であるだけに分かりにくい。適切な図・色見本による摘示が望ましい。

また，同(2)の同一性が認められない場合の説明では，色彩について色相，彩度，明度の三要素を判断基準としていることに触れられているが，カラーコード（PANTONE等）や13頁のRGB法の活用等の説明，適切な図・色見本による具体例の摘示があった方が分かりやすいと思われる。

- ⑥ 不登録事由について（第4条第1項第18号関係，改訂案76頁・1項，2項）

商品等が当然備える特徴についての一般論を記載した改訂案76頁・1項は賛成する。しかし，2項(2)において確認すべきものとされている，(イ)の「商標等から自然発生する色彩」とはどのようなものか，同(ロ)の「商品等の機能を確保するために不可欠な色彩」とは何かについては，具体例の摘示がなく基準として分かりにくい。この点は，今後の実務・運用の集積を待って，適切な具体例が示されることを要望する。

- ⑦ 類否について（第4条第1項第11号関係，改訂案64頁・16項）

「色のみからなる商標」の類否判断について，基本的に色相，彩度，明度

の三要素と全体観察を判断基準としているのは妥当である。

改訂案 6 5 頁・(3)に示された類否の具体例については、図の説明として、図形商標は外辺を有し、その形を枠線で示していること、色彩のみの組み合わせ商標は、外辺を持たないため枠線がなく、限りない無限の色のみの商標であることの説明があった方が分かりやすいのではないかと考える。

全体として、類否については、適切な具体例が少なく、基準から明確なイメージを持ちにくい。この点は今後の実務と運用の集積を待って、更なる見直しと適切な具体例の追加が必要と思われる。

(5) 音商標について

① 総論

基本的な大枠として、「音商標」がそもそも商標として認められるかにつき、「色彩のみからなる商標」と異なって使用の実績は前提とせず、個々の商標について自他識別性を判断していくという方向性については賛成である。しかし、現状の改訂案は抽象的なものにとどまっているので、今後、審査基準の更なる見直しと適切な具体例の追加が必要と思われる。

② 音商標の識別力及び特定について（第 3 条第 1 項関係、改訂案 2 頁・6 項、1 7 頁・1 1 項）

ア 第 3 条第 1 項の登録要件について、改訂案 2 頁・6 項の基本的な考え方に賛成する。

イ 音商標の特定方法について、改訂案 1 7 頁・1 1 項(ロ)によると、海外では採用例のある「ソノグラム」や五線譜以外の楽譜による記載が認められていない。しかし、各種楽器に対応した楽譜としてその世界に通用している五線譜以外の楽譜で記載されている場合を音商標と認められないとするのは、狭きに失するのではないかとと思われる（実際の音商標が、ギターの演奏、三味線、琴、笙笛等の和楽器の演奏等の場合、五線譜で表記できない場合もある。）。今後の課題として、楽譜として一般に通用している楽譜、物件（音声ファイル）の楽器に対応する楽譜による記載を認めてもよいのではないかと考える。なお、省令第 4 条の 5 によると、「必要がある場合には五線譜に加えて一線譜」による表示も認められているが、これを改訂案 1 8 頁・(例 2) は総譜（フルスコア）に含まれる場合に限るとの解釈を採っている。この点、「五線譜」を総譜（フルスコア）に限定する解釈を採る必要はないものと考えられる。

次に、改訂案 1 8 頁・(2)は、音商標と認められる例として、(イ) 次の

すべての事項が記載された「五線譜」にて記載されている場合として、①ないし⑤の要素を列挙しているが、メロディがまったく同一であり、使用楽器も同一であっても、楽譜の調と物件の音声ファイルの調が異なる場合（たとえば、ハ長調の楽譜の「ド・レ・ミ」は、変イ長調の演奏では「ラ・b・シb・ド」になるなど）の扱い方が不明である。今後、音商標と認められる構成要素は(イ)①～⑤だけではないことを検討する必要があるのではないかと考える。

- ③ 商標自体の識別力について（第3条第1項各号関係，改訂案24頁ないし35頁以下）

改訂案を基本的に支持する。

- ④ 使用による識別性（第3条第2項関係，改訂案39頁・7項）について
改訂案40頁・(2)③の「埋没して聴取される」の意味が分かりにくい。改訂案39頁・(ロ)の同一性が認められる場合との比較において、どのような態様を想定しているかの説明が必要と思われる。

- ⑤ 不登録事由について（第4条第1項関係，改訂案50頁，76頁等）

第4条第1項第7号に関する改訂案50頁・1項を支持する。

第4条第1項第18号に関する改訂案76頁・(3)，(イ)自然発生する音のみからなるもの，(ロ)商品等の機能を確保するのに不可欠な音のみからなるものを挙げているが，上述の27頁・16項との関係においても，分かりにくい。今後の実務，運用の集積を待って，適切な具体例を示すことが望ましい。

- ⑥ 類否について（第4条第1項第11号関係，改訂案65頁ないし67頁・17項）

改訂案は，類否判断の手法の説明として概ね理解できるものであり，65頁・(1)の基本的な全体観察の考え方，(2)の音の要素と言語的要素の両方がある場合の考え方，分離観察の手法等は支持する。

しかし，各項目についての具体的な裁判例や運用実務の集積を待って，更に分かりやすく修正・追加されることを要望する。現時点では基準は抽象的に過ぎ，音商標の基準として理解しやすいとは言い難い。

なお，改訂案66頁下の図例は，メロディが同一で，言語的要素が要部として抽出される例と思われるが，ここに1つだけ例示されている趣旨が不明である。

- ⑦ 音商標の特定について（第5条関係，改訂案91頁）について

改訂案91頁・(4)の音商標の特定方法として，願書に記載のない事項は，

物件で特定するという判断手法は妥当と考える。

(6) 「位置商標」について

① 総論

位置商標については、位置だけで識別力を認めるのは難しく、第3条第2項の使用を前提とすることといった基本的な方向性は妥当である。

ただし、「色のみからなる商標」の項でも触れたとおり、全体的に色商標で位置を特定した商標と位置商標との違いなどが分かりにくい。

位置商標は破線と実線で表示し、色商標の位置は実線を持たない、というだけでなく、位置商標とは別に、色商標で位置を特定する場合の違い等を説明すべきではないか。

② 「位置商標」の登録要件について（第3条第1項関係，改訂案19頁・12項）

改訂案の基本的な考え方に賛成する。

(1)，(2)に示された基本的な考え方に賛成する。

19頁ないし20頁の位置商標と認められる例，認められない例の摘示についても支持する。色のみからなる商標で位置を特定した場合との比較の点は上記のとおりである。

③ 使用による識別性（第3条第2項関係，改訂案40頁・8項）について

改訂案40頁・8項は，説明文としては理解できるが，適切な具体例があると分かりやすい。今後の実務，運用の集積により，適切な具体例の摘示を要望する。

④ 類否について（改訂案67頁・18項(1)）

位置商標の類否についての改訂案に賛成する。また、位置そのものを要部として抽出して類否判断することはしない、との類否判断の基本的な考え方も賛成する。さらに、同(イ)において、標章に自他商品役務の識別機能が認められない場合、商品に付される位置等によって需要者及び取引者に与える印象，記憶，連想等を総合して全体的に考察しなければならないとするのは支持する。

しかし、具体例の摘示については、今後の実務，運用の集積により更なる検討の余地がある。

2 国際機関の標章に関する登録要件（商標法第4条第1項第3号関係）について
商標法第4条第1項第3号イ「需要者の間に広く認識されている商標」について、改訂案46頁・4項の基本的考え方及び同項(1)①～⑥に挙げられた判断の要

素については支持する。同項(2)の証拠方法の①～⑧の例示、「アンケート結果」の扱い方には注意が必要であることも賛成である。3号口についても支持する。

3 地域団体商標（商標法第7条の2第1項柱書）に規定する「需要者の間に広く認識されているとき」（周知性）の要件について

(1) 総論

地域団体商標の「周知性」の要件について、改訂案の基本的な考え方に賛成する。

(2) 改訂案100頁・6項の類型化について

① 6項本文

6項本文が示す、本条の周知性の要件については、「商品又は役務の種類、需要者層、取引の実情等の個別事情」によって、「全国的な需要者の間に認識されるには至っていないくとも、例えば、商品又は役務の種類及び流通経路等に応じた」、類型ごとの「一定範囲の需要者に認識されていることを要する。」との一般論、及び需要者の意義について、「主たる需要者層が取引者である商品又は役務については、需要者には、最終消費者のみならず、取引者も含まれることに留意する。」との注記がされたことを支持する。

② 6項(1)

6項(1)の比較的低価格で、日常的に消費されること等から、比較的広範囲の地域で販売され得る商品についての記述は概ね賛成である。

③ 6項(2)ないし(4)の類型化と「一都道府県」

6項(2)ないし(4)の類型は、「隣接都道府県に及ぶ程度の需要者に認識されていることを必要とする」という現行の審査基準から、今回の改訂案で変更された点であり、地域団体商標保護の同法第7条の2第1項の立法趣旨からすれば、相応の合理性があるものとする。なお、適切な具体例があるとイメージを持ちやすいと思われるので、後の実務・運用の集積により、より分かりやすい具体例等の追加を要望する。

(3) 改訂案101頁・7項について

7項のインターネット、マスメディア等を利用した宣伝広告、販売活動を行っている類型については概ね賛成である。

ただ、テレビ（放送）、新聞（活字）、インターネット（IT）が一括りになっているが、それぞれのメディアには個別の特徴がある。ここでも今後の実務、運用の集積により、改訂案の見直し、より分かりやすい具体例等の追加等を要望する。

(4) 改訂案 102 頁・8 項の立証方法について

8 項の立証方法については、概ね賛成である。ただし、地域団体商標の登録の際に考慮する要素としては、販売実績、営業の実態を示すものとして、どの程度の期間商品等を販売してきたか、「販売期間」の要素も重要と考える。この点に関する証拠方法についても言及することが望ましい。

以上